





TAX GOVERNANCE

Los principios de la Unión Europea y del G20



TAX GOVERNANCE

Los principios de la Unión Europea y del G20

Tulio Rosembuj

**el
Fisco**

Primera edición, 2017

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del Copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella, mediante alquiler o préstamos públicos.

© **Tulio Rosembuj**

© **Editorial el Fisco. TSteed SL.**

Valls i Taberner, 14, ático 2ª

08006 Barcelona

trosembuj@telefonica.net

www.elfisco.com

Correcciones: Montse Planas i Guillem Sanz

ISBN: 978-84-944098-2-0

Impreso por: Gràfiques Rey, S.L.

ÍNDICE

ABSTRACT	13
-----------------------	----

CAPÍTULO I. LOS PRINCIPIOS Y LA TAX GOVERNANCE15

1. Ley natural.....	15
2. La ley natural, ley de la comunidad de personas	19
3. La fuente de los principios comunes.....	24
4. De los valores subyacentes a los principios comunes..	28
5. De los principios comunes a la norma jurídica	30
5.1. La crisis del derecho calculable o la incalculabilidad del hecho	34
5.2. La certeza del derecho para el incumplimiento ...	38
6. La fórmula Radbruch.....	40
7. La formulación de los principios comunes	42
7.1. La naturaleza de la cosa	47
7.2. La complejidad de la cosa.....	52
7.3. La certeza fiscal	55
8. La secuencia de los valores, principios, normas	57
9. La secuencia en la lectura de Benvenuto Griziotti	59
10. De los principios comunes fundamentales y el valor de corrección.....	62
10.1. El principio de capacidad contributiva y abuso del derecho en la jurisprudencia italiana	67
10.2. El abuso del derecho en la jurisprudencia italiana posterior.....	70
11. Los principios comunes de nivel medio	74
11.1. Ejemplos de principios comunes de nivel medio	79

12. Los standards valorativos	82
12.1. Los principios legislativos. La aproximación legal basada en principios	85
13. Los principios comunes transnacionales.....	87
14. La gobernanza. Los criterios de obediencia y de creación de expectativas	90
14.1. El Procedimiento Legal Transnacional	93
14.2. Los criterios de creación de expectativas	96
Conclusiones.....	98

CAPÍTULO II. TAX GOVERNANCE EN LA UNIÓN EUROPEA 101

15. Los principios de gobernanza en la Unión Europea .	101
15.1. La gobernanza fiscal híbrida	103
15.2. La buena gobernanza fiscal. Los principios ...	106
16. De la especificación de los principios.....	111
16.1. El principio de la Responsabilidad Social Corporativa. La planificación fiscal agresiva. El abuso del derecho.....	120
16.1.1. De los principios comunes estrictos y las directrices. Los ilícitos atípicos ..	127
16.1.2. La conciencia lesiva y el principio del daño a terceros.....	131
16.2. El principio de Transparencia. El paquete de transparencia fiscal	134
16.3. Los valores de la transparencia en el Impuesto sobre Sociedades.....	138
16.4. La transparencia extensiva	145
16.4.1. El beneficiario efectivo	146
16.4.2. Los facilitadores y promotores de planificación fiscal agresiva	149
16.4.3. La protección de los denunciantes ...	153
16.5. El principio de la protección del mercado interior o de la base de imposición. La Directiva UE/BEPS contra las prácticas de elusión fiscal ...	157

16.5.1. La limitación de los intereses	159
16.5.2. Las sociedades en régimen de transparencia fiscal internacional. (Controlled Foreign Corporation)	160
16.5.3. El arbitraje fiscal o asimetrías híbridas. (Hybrid Mismatches)	162
16.5.4. La imposición de salida de la UE. (Exit tax)	164
16.5.5. La Norma General contra las Prácticas Abusivas. (General Anti Abuse Rules) ..	166
16.6. Principios transnacionales de buena gobernanza. La lista de las jurisdicciones no cooperativas	169
16.7. El arbitraje fiscal o asimetrías híbridas con terceros Estados	173
17. El principio de la competencia fiscal lesiva.....	175
17.1. La ayuda de Estado, Tax Rulings y los precios de transferencia	178
17.2. Patent boxes.....	185
Conclusiones.....	187
El cuadro de los principios de buena gobernanza fiscal de la Unión Europea	191

CAPÍTULO III. TAX GOVERNANCE EN EL G20

18. Los principios de gobernanza del G20.....	193
18.1. Las áreas del G20. La Protección Fiscal. La Transparencia y el Intercambio de Información. La Asistencia y Cooperación con los países en vía de desarrollo. Marco de Inclusión (Inclusive Framework).	198
18.2. El Plan de Acción BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) del G20/ OCDE.	201
18.2.1. La Acción 11. Establecer Metodologías y Análisis de Datos sobre BEPS.....	206

18.3. Los principios comunes transnacionales. Elusión fiscal. Arbitraje fiscal. Competencia fiscal lesiva y Prácticas Fiscales Lesivas. Transparencia.....	209
18.3.1. Elusión Fiscal	209
18.3.2. Arbitraje Fiscal	211
18.3.3. Competencia Fiscal Lesiva	214
18.3.4. La transparencia fiscal	216
18.3.4.1. El beneficiario efectivo	218
18.3.4.2. Deber de los contribuyentes, facilitadores y promotores de revelar sus mecanismos de planificación fiscal agresiva ..	220
18.3.4.3. Identificación de jurisdicciones no cooperativas	230
18.4. Los principios mínimos (o de nivel medio) de la OCDE. Prácticas Lesivas. Abuso de Tratado, Informe País por País (Country-byCountry Reporting). Mecanismos de resolución de contraversias	231
18.4.1. Prácticas Lesivas.....	232
18.4.2. Abuso de tratado.....	234
18.4.3. Informe País por País (Country-by- Country Reporting).....	237
18.4.4. Las Directrices de Precios de Transferencia, la Acción 13 y las Acciones 8/10/BEPS	239
18.4.5. Mecanismos de resolución de controversias.....	246
19. Los <i>standards</i> valorativos. Los precios de transferencia. La elusión artificial mediante establecimiento permanente. La limitación de intereses. La transparencia fiscal internacional. (Controlled Foreign Corporation)	248

19.1. Los precios de transferencia. Asegurar que los resultados de los precios de transferencia son acordes a la creación de valor	249
19.1.1. Los intangibles. El ocaso del valor normal de mercado	252
19.2. La elusión artificial (o la planificación agresiva) mediante establecimiento permanente.....	267
19.3. La limitación de intereses	270
19.4. La transparencia fiscal internacional (Controlled Foreign Corporation).....	272
19.5. Acción 1. Los retos de la economía digital	274
20. Desarrollo de un instrumento multilateral para modificar los Tratados fiscales bilaterales	275
20.1. El Marco de Inclusión (Inclusive Framework) ..	279
20.2. La integración sistémica	280
20.3. El consenso de la OCDE o la creación de una Organización Fiscal Internacional	285
Conclusiones.....	288
El cuadro de los principios de buena gobernanza fiscal del G20.....	291

CAPÍTULO IV. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

21. Principio de intercambio de información tributaria .	293
21.1. De la información a solicitud a la información automática y espontánea. De la relevancia a la necesidad	295
21.2. Los EE.UU. y la FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act)	298
21.3. Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal. (Consejo de Europa/OCDE) de 1988	301
21.4. El principio general de intercambio automático de las cuentas financieras del G20/OCDE	305

21.5. El intercambio de información en la Unión Europea 308

21.6. OCDE El Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información..... 315

BIBLIOGRAFIA 317

ABSTRACT

El sistema jurídico, obviamente también el tributario, reposa sobre fundamentos últimos que tienen una designación principista y principalista. Un derecho, en suma, que se enuncia mediante presupuestos de hecho y la subsunción y otro que apela a la ponderación, sin presupuestos de hecho, de significados implícitos, indecibles, del propio ordenamiento jurídico. Los principios preexisten al derecho positivo y el intérprete debe buscarlos porque es de justicia y le obligan en su decisión.

El 14 de mayo de 2008 el ECOFIN (los Ministros de Finanzas de la UE reunidos en Consejo) definen la buena gobernanza fiscal en base a los principios de transparencia, intercambio de información y competencia fiscal conforme a las reglas. A ello posteriormente se añadirá la Responsabilidad Social Corporativa.

De modo que, por vez primera, la UE señala los principios comunes que adjetivan la buena gobernanza fiscal; principios que sufren un laborioso y permanente proceso de definición y detalle; pero, que, a esta altura definen las características que deben presidir la orientación y dirección del sistema tributario de cada Estado Miembro.

Las Recomendaciones del G20 son la fuente de principios comunes transnacionales de gobernanza global más relevante y, por descontado, en el ámbito fiscal. El mejor de los ejemplos es el Plan de Acción de la Erosión de Bases y Desplazamiento de Beneficios (*Base Erosion and Profit. Shifting*), encargado a la OCDE y aprobado por el propio G20.

El núcleo del BEPS se concentra en la fuga de beneficios de los países mediante los mecanismos adoptados por los agentes económicos a través de planificación fiscal agresiva que obvian someter los beneficios de su actividad económica allí donde se generan y el arbitraje fiscal, facilitado por la competencia fiscal lesiva de las jurisdicciones que lo facilitan, toleran o promueven.

De no haber sido por los EE.UU., difícilmente podríamos estar hablando de principio general de derecho de intercambio de información tributaria y de intercambio de información automática de las cuentas financieras.

KEY WORDS: Dworkin, Radbruch, Alexy, Griziotti, principios comunes, constitucionales, de nivel medio, standards valorativos, gobernanza fiscal. BEPS, protección e base imponible nacional, elusión fiscal intencional, arbitraje fiscal, competencia fiscal lesiva, transparencia; principios mínimos (de nivel medio); standards valorativos; OCDE; integración sistémica, principio general de derecho de intercambio de información.

CAPÍTULO I. LOS PRINCIPIOS Y LA TAX GOVERNANCE

1. Ley natural

Primero es el fundamento, cualquiera que se elija, de la ley natural que relaciona el acto moral con la verdad sobre el bien y el mal.

Por ejemplo, la Doctrina Social de la Iglesia. La persona, desde el inicio, intuye y conoce la diferencia entre el bien cumplido y el mal cometido. La ley natural es una de las respuestas: los principios comunes superiores son imposición de la ley natural. Una ley inmanente a la persona e inmutable, pasaje tras pasaje de geografía, historia o pueblos. Pero, no es una ley de acceso universal, perceptible por todos con claridad e inmediatez, porque solo puede ser conocida con ayuda de la Gracia y de la Revelación: la ley natural que es la ley de Dios es inmutable, incluso cuando se la rechaza o niega o se la pretende extirpar, “resurge siempre en la vida de individuos y sociedades”.¹

La ley natural, universal, es la ley de Dios para los hombres e “indica las normas primeras y esenciales que regulan

1. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, Vaticano, 2 de abril 2004, 140, 141, 142.

la vida moral”, y la “razón que la promulga es la propia de la naturaleza humana”²

“La ley natural, que es ley de Dios, no puede ser cancelada por la maldad humana”³

La ley natural, la moral de Dios respecto a la libertad y dignidad de la persona, lleva la conducta de la persona a la profundidad de un compromiso espiritual que trasciende la norma positiva de conducta formal, literal, expresa. No es la norma que ordena, prohíbe o permite; sino, “ el respeto al fundamento preparado por Dios a la ley revelada y a la Gracia, en plena armonía con la obra del Espíritu. ” con lo cual la norma jurídica puede coincidir, discrepar o apartarse.⁴

Hay principios comunes superiores que se vierten desde la Divinidad y aúnan la pretensión de esencialidad moral en la libertad y dignidad de todos. Son preexistentes a cualquier sistema social, económico, de derecho y elaboran criterios incondicionales de comportamiento moral, que no cambian ni mutan, que no se agotan ni perecen cualquiera que sea el tiempo y el espacio al que se recurran. Pero, cuya realización está amenazada por el egoísmo de la persona. El exceso de la persona comporta preferencia por el mal, y, la consecuencia, es traicionar el principio común en base a valores equivocados o perversos: genocidio, racismo, tráfico de personas, esclavitud, tortura. En suma, escapar del respeto a la dignidad mínima aceptable entre iguales. El mal principio sobre el desvalor humano traiciona la ley natural, aunque pretenda su respeto formal.⁵

2. Idem p. 140.

3. Idem p. 142.

4. Idem p. 142.

5. Idem p. 158.

“Esta Ley es el fundamento oral indispensable para edificar la comunidad de los hombres y para elaborar la ley civil, que infiere las consecuencias de carácter concreto y contingente a partir de los principios de la ley natural”⁶

Los principios comunes superiores de la ley natural preceden a la letra, al enunciado, a la descripción convencional del comportamiento humano (aunque casi siempre necesaria de la prescripción, del mandato). El respeto al espíritu de los principios comunes no está basado en la forma, en la letra, de la norma; sino en el espíritu que le anima, o, por decirlo en modo más preciso, en los valores morales de justicia, igualdad, libertad, equidad, que transportan.

Los principios comunes sirven para portar otra dimensión a la convivencialidad, cual es el valor moral, valor de justicia, de igualdad, de libertad. No hay principio común que no pueda identificarse útil en términos del valor al que pretende asistir en su realización. Pero, sin olvidar que, “la sociabilidad humana no comporta automáticamente la comunión de las personas, el don de sí”⁷, porque el pecado social de la soberbia, de la mezquindad y del poder menoscaban, a la par, principios comunes y valores morales.

La ruptura del vínculo con Dios traiciona el bien humano y con frecuencia le reemplaza con el mal y la cerrazón egoísta⁸. La ética individualista considera exclusivamente el beneficio egoísta, negando cualquier ventaja derivada de la pertenencia social, económica, política a la comunidad. Esto configura *estructuras de pecado*: el afán exclusivo de ganancia y la sed del poder a cualquier precio, una ruptura de la solidaridad y el bien común, donde predomina el desconocimiento del otro y la decisión de no hacerse res-

6. Idem p. 142.

7. Idem p. 150.

8. Idem p. 143.

ponsables por los propios actos ni de las circunstancias de los menos favorecidos: "actos concretos de egoísmo humano".

En defecto, la ley natural –desprovista de aliento religioso específico– tiene un contenido absoluto en el sistema moral, cualquiera que sea su signo u orientación, porque ninguno puede hacer caso omiso al consenso poco menos que universal sobre la dignidad de cada persona y los derechos humanos, y la responsabilidad de los actos de cada uno en la comunidad. El sistema moral, religioso o no, coincide en la autonomía moral de cada persona, sus íntimas creencias, convencimientos elementales e intrínsecas motivaciones que le mueven y, a la par, su compromiso con los otros, con la sociedad en la que está. Del uno al otro; del otro a uno. Es igual si a esto se le llama comunidad de principio (*R. Dworkin*) o el valor de justicia de la ley como puente con la realidad social, cultural entre los individuos (*G. Radbruch*).

Si la justicia es vivir honestamente, no dañar a ninguno, dar a cada uno lo suyo puede aceptarse que sea la comunidad que la celebre, aun cuando se rehuse la existencia de "patrón soberano del universo, cuya perfección es suprema y que está al cuidado del bien general" (*G. W. Leibniz*).⁹

De una idea del derecho natural inmutable y absoluto, común a todos los tiempos y a todos los pueblos, cognoscible por la razón y que pertenece al orden de la Creación puede, también, entenderse una suerte de derecho natural inmutable y absoluto, pero, que es verdadero, "exista o no un Creador".¹⁰

9. G. W. Leibniz, *La giustizia*, edición A. Baratta, Milano, 1967, 9. 68.

10. G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, 2014, p. 13, 25; *Right Conduct*, edited by M. D. Bayles, K. Henley, New York, 1989, p. 24.

El sistema moral, paso a paso, adquiere una dimensión general, y permea, también, el derecho, desde el instante en que se adquiere la convicción que una ley injusta no es moralmente válida y, por tanto, ineficaz.

Los valores de la autonomía moral de cada uno no son ajenos a los valores morales desprendidos de la sociabilidad. Uno es uno y los otros al mismo tiempo. Los valores compartidos destilan un espacio propio ineliminable de cada persona y de la relación puede fortalecerse o debilitarse la ética individualista o solidaria, que, de vez en vez, aparecen como desafíos a los comportamientos singulares y colectivos, o sea, la ley natural como emanación de la comunidad de personas.

Cualquiera que sea la perspectiva, cualquier cuestión política, jurídica, social, es al mismo tiempo, una cuestión moral. Y lo que no figura en la ley son los principios comunes que la sostienen o qué en su caso, pueden contradecirla o provocar su extinción.

2. La ley natural, ley de la comunidad de personas

Cada discurso espiritual religioso descuida pluralismo, relatividad, en suma, es una afirmación que, desde y hacia los seguidores, agota una filosofía moral determinante; pero, que, es insuficiente, para dotarla de universalidad, contingencia histórica, adaptación social, cultural, política, para aquellos de otras convicciones, creencias, ideas. Y, no obstante, enuncia algo indiscutible en términos contemporáneos, aun cuando no versemos de Dios en la ley natural: hay una lectura en penumbra, detrás de la escena de las normas o reglas jurídicas que, en ningún caso, pueden empecer la actuación de principios y valores que las sobrepasan, que son previas o van más allá.

El positivismo de la ley está lejos de agotar el Derecho. El derecho, se puede decir, está antes en los principios comunes convivenciales y en los valores de comunidad y de cada persona. Si abrimos la puerta a los principios podemos advertir mejor cuales y como son los valores que permean el sistema jurídico y, por tanto, ofreciendo respuestas para las que el alfabeto de las normas es insuficiente o definitivamente incompleto, lagunoso.

Los principios comunes son descifrables por los valores a los que aspiran y es una actividad de búsqueda permanente (infinita) porque la naturaleza de la cosa, de las personas, del ambiente, son cambiantes, tornadizas, repentinas e imprevisibles. El mensaje de los principios obedece, por definición a “condicionalidad difusa y no puntual” (A. Falzea)¹¹. Y, aún más, porque la construcción del sistema jurídico puede contraponerse en modo flagrante y contundente a los principios comunes y a los valores que se predicán, en cuyo caso, la opción –al menos cultural– aparece definitivamente en contra de la validez de la norma jurídica implicada o cuestionada.

No es menos cierto, que la apertura a los valores morales mediante los principios comunes, también, pueden asolar el derecho positivo, en la medida que trastruequen sus valores internos, los principios comunes superiores y los principios fundamentales, constitucionales que les inspiran, mediante valores y principios comunes decididamente injustos, ni que los principios atienden la reorientación de la norma siempre que exhiban la corrección moral; porque, en caso contrario, destruyen el entramado social, ético, cultural tipificado en la norma. El justo principio postula superioridad sobre la norma jurídica, y, en igual grado,

11. I Principi Generali del Diritto, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992, Angelo Falzea, p. 13.

el principio injusto, opera a favor de la preferencia del derecho positivo, que lo rechaza.

El derecho injusto no es válido; pero, tampoco, el principio fundado en valores injustos. La pretensión de corrección moral vale tanto para la norma como el principio: no se puede decir o hacer derecho sin la conciencia de la injusticia, de la justificación moral del discurso. (R. Alexy)¹². Lo que si parece indiscutible es que la penumbra indefinible del principio común refleja sin interferencias una “cierta dimensión de moralidad” (R. Dworkin)¹³, que es menos interpretable que la de la norma jurídica. Y, lo que se requiere es tomar en consideración a cuál dimensión de moralidad se presta.

La defensa del racismo, de la discriminación de género, de religión, de nacionalidad, de la tortura, en general la conculcación de los derechos humanos son manifestaciones repugnantes de una dimensión moral errónea, refutable, en sus propios términos. Esos principios, pese a su mayor o menor sostén aberrante en la naturaleza de la cosa, ofrecen elementos de estructuras de mal común, de insolidaridad, en si mismas inmorales.

Los valores morales desarmados generan principios comunes minusválidos, discapacitados. Y son presupuestos de la realidad más frecuentes de lo deseable. Una cosa es sujetar la autonomía moral y la sociabilidad –la opinión pública– a amplios criterios de interpretación, sin cuestionar su legitimidad y otra es ignorarla, despreciarla, descartarla en su amplio respiro.

12. R. Alexy Los principales elementos de mi filosofía del derecho, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32, 2009.

13. R. Dworkin Taking Rights Seriously, Harvard University Press, 1977, 1978, p. 22.

La instantaneidad de los principios comunes, acelerada por las redes sociales y los poderes privados supranacionales, choca, como hipotética deliberación social de la opinión pública, con valores morales instalados en la tradición, en la ley, en la representación institucional. Es una vía peligrosa porque se va desde el nuevo principio a la destrucción de los valores morales consolidados, sean sociales, económicos, culturales, familiares. Pero, al mismo tiempo, la instantaneidad revela y detecta el sismo de la opinión pública, que no puede dejar de considerarse. La diferencia presente entre los principios generales de antes y los de ahora, es su aparición inmediata, por obra de factores políticos, precisamente la opinión pública; factores jurídicos de aceleración histórica y factores técnicos, tales como la emergencia de una *lex administrativa* global y organizaciones y entidades, públicas y privadas, transnacionales.

“La función de las instituciones que pertenecen a la estructura básica es la de asegurar las condiciones que sirven de fundamento en contra de las que produzcan las acciones de los individuos o asociaciones. A menos que esta estructura sea adecuadamente regulada y ajustada a un proceso inicial socialmente justo podrá cesar de ser justo, por más libres y justas que puedan parecer las transacciones contempladas en si mismas” (*Jh. Rawls*).¹⁴

El cese de la justicia, en su caso, es el derrumbe de la sociedad bien ordenada, de la libertad e igualdad instituida.

La justicia de fondo (*background justice*) conforma la justicia básica en el curso del tiempo en base a la plena realización de los dos principios e justicia: el derecho de cada persona a un esquema de iguales libertades básicas y la

14. Jh. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 2005, p. 266.

satisfacción de dos condiciones respecto a las desigualdades económicas y sociales. Por un lado, igualdad de oportunidades en el acceso de funciones y cargos y por otro, deben ser del mayor beneficio para los miembros menos afortunados de la sociedad (el principio de diferencia).¹⁵

En G. Radbruch la ley no puede en ningún caso prescindir del valor moral y este valor orientador es, principalmente el ideal de justicia de la ley. La justicia es sustancialmente igualdad; la adecuación al fin ético supone reconocimiento de los valores contenidos de los deberes morales y la seguridad jurídica fija la vigencia del derecho positivo.¹⁶

La finalidad, acorde a los tiempos y la realidad social, solicita su adaptación permanente a los cambios: la ley está codeterminada por las situaciones concretas y los conflictos. La ley está inmersa en la cultura y relacionada con valores y principios que la inspiran, como la justicia y los valores éticos, hacia cuya realización debe obligatoriamente, tender.¹⁷

R. Dworkin otorga preeminencia moral, bajo la denominación de integridad, a la comunidad de principio: coherencia moral en la política y en la jurisdicción enalteciendo la igualdad de derechos y responsabilidad moral por las obligaciones, entre sus miembros. Es el principio moral de integridad el que inspira la norma jurídica y puede ir más allá de su ámbito si hay percepción de arbitrariedad.¹⁸

15. Jh. Rawls, *Justice as Fairness*. A restatement editor Erin Kelly, Harvard, 2003, p. 59.

16. G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit. p. 32, 35.

17. L. Martínez Roldán, *Radbruch y el Arco Gótico*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 40, 2006.

18. R. Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, 1998, p. 216.

3. La fuente de los principios comunes

El principio general no coincide, conforme a *E. Betti*, con la respuesta del derecho positivo que juzga **estática, intelectualística e inmovilizante**¹⁹. El punto de partida es la representación de una **totalidad espiritual** que excede y supera las manifestaciones singulares de carácter normativo²⁰. La insuficiencia de la norma positiva solicita heterointegración, esto es, reenvío a una fuente situada al margen del *ius conditum*, “**extraña a las fuentes del derecho reconocido**” y **que lo trascienden**²¹. (Los subrayados en negrita son míos).

Los principios, las directivas, ajenas al sistema de derecho vigente, no se pueden derivar por deducción de las disposiciones particulares que resuelven problemas prácticos ni por inducción, porque gozan de “**virtualidad indefinida**” y no pueden captarse ni agotarse en formulaciones específicas.²²

“En verdad, “principio” designa algo que se contrapone conceptualmente a cumplimiento, a consecuencia que desciende, y así a la norma, completa y formulada: “ es **la idea germinal**, el criterio de valoración, del que la norma constituye la puesta en obra, en modo de específica formulación preceptiva...inspira la *ratio iuris* bajo el aspecto teleológico en cuanto suministra el criterio de solución”.²³

Los principios generales afirman orientación e ideales de política legislativa, capaces de una indefinida e inagotable virtualidad.

19. E. Betti, *Teoria Generale della Interpretazione*, II, Milano, 1955, p. 841.

20. *Idem* p. 840.

21. *Idem* p. 843.

22. *Idem* p. 846.

23. *Idem* p. 846.

En suma, criterios directivos de interpretación y criterios programáticos para el progreso de la legislación. "Ciertamente, las finalidades del orden jurídico tocan los más profundos problemas éticos y políticos de la vida social; y una legislación genial es aquella que sabe encontrar y apreciar los verdaderos valores de civilidad en el momento en el cual entra en vigor".²⁴

El derecho como totalidad espiritual impulsa el concepto de los principios generales como "criterios de valoración inmanentes al orden jurídico, caracterizadas por un **"exceso de contenido deontológico (o axiológico)** respecto a las normas en particular...".²⁵

Los principios generales poseen una virtualidad de expansión valorativa y axiológica, fuerza de **"valores éticos y de sus valoraciones**, que gradualmente maduran y se afirman en base a situaciones históricas contingentes".²⁶

Los principios generales tienen una **"función genética"** respecto a las normas en particular.²⁷

Los principios no son normas, sino principios de normas, inmersos en **el humus espiritual del pueblo y la conciencia social, histórica**; el fondo común del derecho, directivas que determinan la valoración de las normas y que no se agotan en estas, sino que abrazan **"exigencias de justicia"**.²⁸

La contribución de *E. Betti* es decisiva, porque establece el ámbito de los principios generales y sus funciones cívicas insustituibles, distintas de las normas jurídicas, en el

24. Idem p. 847.

25. Idem p. 849.

26. Idem p. 850.

27. Idem p. 851.

28. Idem p. 857.

seno del ordenamiento jurídico; funciones que sirven a la interpretación, a la orientación de la política legislativa y, en general, al progreso del derecho, en la medida que conciernen a su coherencia y al enraizamiento con la conciencia social y espiritual, históricamente contingente de la comunidad. Pero, destacando, al mismo tiempo, que el principio no es regulable, sino que su territorio es original, porque posee una excedencia deontológica y axiológica sobre las normas que le derivan, de ahí su virtualidad infinita, genética, siempre presidida por los valores éticos y exigencias de justicia no satisfechas por el orden jurídico vigente.

Los principios proponen la valoración de las exigencias sociales de las relaciones de la vida, en cada momento y espacio determinado. O mejor, relatan una superioridad metajurídica, que deviene el transporte del valor moral sobre la validez y vigencia de la norma.

La equivalencia es significativa: o el principio común es la ley natural desprendida del pacto con Dios y vehículo de los valores espirituales descritos por cada religión a sus creyentes o es la ley natural del pacto social, del contrato social entre las personas, conforme a sus ideales y que lejos de ser fijos e inmóviles nacen, crecen, mueren, con la evolución o involución de cada comunidad. Los principios comunes adheridos al ser humano carecen de eternidad, siguen, de algún modo, las vicisitudes éticas y morales de su tiempo. Y, por tanto, puede que de sitio a valores próximos a la espiritualidad religiosa o a la solidaridad laica o, al contrario, que sean medios de destrucción de valores superiores a través del cambio del pacto social primigenio.

De *E. Betti* hay que subrayar antes lo que sugiere que la palabra o certidumbre de la frase. El positivismo es objeto de descalificación clara y rotunda, porque no ayuda a la dinámica de cambio ínsita en la evolución social, histórica de

la sociedad y es prisionero de la razón, lo cual le impide asumir lo que hay por debajo, detrás y en el fondo común del derecho; esto produce la parálisis del ordenamiento jurídico, su incompletud, que le lleva o puede llevarle a adoptar una perspectiva insuficiente o deficiente, la totalidad espiritual, que ancla el derecho a la realidad que constituye el *humus*.

Los principios, se colocan en las márgenes del derecho positivo y proporcionan las claves de su entendimiento último, de la solución de la *ratio legis*, de las direcciones de la política legal progresiva. Son fruto de valores éticos y criterios de valoración de carácter indefinido, difuso, que no se agotan en sus aplicaciones singulares, sino que se proyectan toda vez que se les requiere. Por eso, los criterios de valoración de principios son germinales y genéticos porque dan lugar a la creación nueva, originaria, de aplicaciones hasta ese momento vedadas al sistema positivo. El principio realiza los valores por defecto de la norma jurídica o, mejor dicho, porque exhiben un exceso o excedencia de valor respecto a la misma. El principio de la norma, por así decirlo, es el principio.

Los valores subyacentes de los principios aprecian exigencias de la vida social, exigencias de justicia, conforme a la conciencia histórica: "es verdad que cada sociedad históricamente determinada ve lo que tiene en el corazón, o sea, lo que le importa y siente".²⁹

En suma, la posición de *E. Betti* anticipa un origen metajurídico de los principios comunes que transmiten valores enterrados en la conciencia social históricamente determinada.

29. *Idem* p. 855.

4. De los valores subyacentes a los principios comunes

El vínculo de la ley natural con la ley de la comunidad de personas ocurre siempre que los valores subyacentes identifiquen la actualidad de la moral social en un momento histórico determinado y expresa la creencia compartida entre lo que se debe hacer y no se debe hacer. Es una construcción social que da las pautas ordinarias de comportamiento, pero, que reposa finalmente en la autonomía moral de cada persona. Y la ley puede que no ofrezca una respuesta clara y convincente entre lo que debe ser hecho y lo que no debe ser hecho. El significado social es obra y función de los principios comunes, aun enfatizando obviedades que parecían aceptadas por todos: la igualdad entre todos, el bien común, la solidaridad con los menos afortunados.

El significado social no puede darse por sentado. De ello la necesaria precisión que exigen los principios comunes, cuya subversión de lo deseable a lo indeseable, puede ser instantánea. En efecto, la trascendencia de las redes sociales es inevitable y a considerar como fuente de prederecho, de criterios de valoración sin pausa ni espacio de tiempo suficiente en su aparición, que, eventualmente, conducen a nuevas normas.

La existencia de principios comunes propios de cada sociedad no obsta para su origen histórico, casual, imprevisto, alterando o modificando las preferencias de significados sociales en el derecho positivo, que pueden deslegitimizarlo o convertirlo en inoperante. La deliberación colectiva es permanente y coloca las diversas funciones sociales que se atribuyen al poder político y al ordenamiento jurídico en un marco cada vez más abierto a preferencias no preestablecidas ni determinadas, que influyen en forma

abrupta en la aplicación y extensión de los valores y principios comunes y, con ello, en la orientación del ordenamiento jurídico vigente.

No puede, entonces, ignorarse el resultado puntual de la hipotética deliberación social que los alimenta y puede derivar en contradicciones profundas en la comunidad, entre los principios comunes y valores hasta entonces adoptados y otros que se generan y cuyo efecto jurídico aparece orientado a su cambio, a su propósito y, finalmente, a proveer de otros nuevos principios comunes y valores hasta ese momento inexistentes u ocultos.

La libertad e igualdad son valores subyacentes en toda sociedad bien ordenada. La autonomía moral de la persona y la sociabilidad con los otros establecen la equidistancia de la justicia en cualquiera de sus expresiones tanto en los derechos individuales cuanto en la responsabilidad de cada uno hacia los demás. Y en dichos valores está la dimensión de moralidad (*R. Dworkin*) de los principios comunes.

La transmisión no es automática ni mágica porque hay un itinerario conflictivo y arriesgado desde los valores aparentemente compartidos hasta la sustancialidad de la naturaleza de la cosa, merecedora del respeto común. De aquí que no siempre desde la estructura del valor primario hasta su prolongación exista un recorrido sin contradicción o incoherencia. La ley natural no es sino pobremente humana y por tanto susceptible de retrocesos, renunciaciones, traiciones, que, dejan los valores suspendidos en el limbo, expuestos a la intemperie, enajenados de certidumbre y sometidos a interpretaciones, contingentes, que les hace retorcidos para la finalidad común, compartida, que se les supone. Prueba de ello son los derechos humanos que pese a su incontrovertibilidad aparecen rasgados, perforados, desarmados.

De modo que, de los valores morales aceptados a los principios que les replican, aun cuando no sean concordantes con el derecho vigente, o, aun, por eso mismo. La jerarquía del buen principio prevalece sobre la ley injusta. A la vez, el mal principio, el principio que deshereda el valor moral consensuado, no puede ni servir de representación ética, ni, tanto menos, acreditarse como medio de superación de la norma jurídica.

La Doctrina Social de la Iglesia lo expresa, en el seno de la dogmática religiosa, como estructuras de pecado, del mal; mientras que la ley natural puede enunciarlo, simplemente, como directivas injustas, moralmente insostenibles. Principios justos que desenvuelven valor moral de justicia y principios injustos que son epílogo de valor moral de injusticia.

Los principios comunes superiores atienen a los valores morales superiores adoptados fundacionalmente por la comunidad y compartidos en su práctica y corriente deliberación y actualización y dirigen o proveen de criterios de valoración a la totalidad del ordenamiento jurídico y a cada una de sus partes y áreas, sean o no recogidos en su expresión.

Y ello, obviamente, puede actuar desde fuera o desde el exterior del propio sistema, así como desde el interior. Y sería inútil la pretensión de circunscribir una lista cerrada de principios comunes que, por definición, no pueden catalogarse.

5. De los principios comunes a la norma jurídica

Los valores subyacentes orientan la tesis de *R. Dworkin*. Los principios son exigencia de justicia o equidad, "o alguna otra dimensión de moralidad." El principio justo debe

observarse sin tomar en cuenta si asegura una situación deseable, social, política, económica. No es identificable el principio con las políticas. La orientación del principio es previa a su expresión política y connatural a los fundamentos de la *comunidad de principio*: sus miembros aceptan que sus destinos están vinculados por principios comunes no solo por normas jurídicas resultantes del compromiso político.³⁰

Los principios no se confunden con las normas jurídicas. Hay una razón lógica que lo establece. La norma jurídica es aplicable en una forma de todo o nada. "Si los hechos que la norma prevé se realizan, entonces, la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que provee debe aceptarse o no, en cuyo caso no contribuye para nada a la decisión"³¹. Los principios no atañen al cumplimiento, como ya sagazmente señalaba *E. Betti*, sino para inclinar la decisión en una u otra dirección, desvelando las razones atinentes al *quid iuris* (*L. Mengoni*)³² Además, los principios tienen el atributo del "peso o importancia", que permite dirimir la preferencia por uno u otro en caso de conflictos entre principios. Un principio, a diferencia de la norma jurídica, no pierde validez si en un caso viene pospuesto a otro, puesto que en otra circunstancia la solución podría cambiarse en su favor.

L. Alexander provee una elegante diferencia entre reglas y principio. La regla es un algoritmo de conducta: una vez que se determina que la regla es aplicable a alguna decisión práctica; la regla dicta el resultado. El principio, en cambio, carece de formulación canónica y así es no algorít-

30. R. Dworkin, *Law's Empire*, cit. p. 214.

31. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit. p. 24.

32. *L. Mengoni*, *I Principi Generali del Diritto e la Scienza Giuridica*, en *I Principi Generali del Diritto*, cit. p. 325.

mico. En su lugar, tiene dimensión de “peso”. “...un principio es más o menos una consideración o razón de peso en favor o en contra de un acto u omisión.” Los únicos principios que se caracterizan por su peso son los principios morales imposibles de legislar y sometidos a ponderación.³³

En sentido próximo A. Falzea define la norma como regla del presupuesto de hecho, estructurada sobre la previsión de un evento y sobre la prescripción de una acción condicionada a la verificación del evento y al principio como una regla “al menos tendencialmente incondicionada o sometida a una condicionalidad difusa y no puntual”³⁴. Pero, no avanza, como R. Dworkin, en su dimensión moral, poniendo el acento en su indeterminación tanto en el deber hacer cuanto el deber ser del valor jurídico. La indeterminación, es útil precisarlo, es relevante en cuanto excluye de su concepto la vinculación obligada a un presupuesto de hecho, que supone primar el sentido de dirección, de orientación, de programa, de cualquier principio común. La designada como condicionalidad difusa o no puntual, aunque no se diga, es el escenario del valor subyacente del principio.

N. Irti somete a R. Dworkin a dura crítica. Desde el acusado positivismo que le distingue sostiene que solo hay derecho en la prosa del legislador y fuera solo es “fruto de arbitraria u oscura voluntad”³⁵. Los principios son así calificados como entidades misteriosas, independientes de los textos legales, que vinculan al juez en su íntima intuición, descubrimiento o hallazgo. Puro voluntarismo. Peor aún, el

33. L. Alexander, what are Principles, and Do They Exist? University of San Diego, School of Law, Research Paper n. 13-119, June 2013 p. 1.

34. A. Falzea, Relazione Introduttiva, en I Principi Generali del Diritto, cit. p. 13.

35. N. Irti, Un Diritto Incalcolabile, Torino, 2016, p. 66.

recurso a la “dimensión de la moral” lleva a *R. Dworkin* al sociologismo: “a las normas positivas prefiere la turbia y controvertida positividad de los hechos sociales”.³⁶

En verdad, la crítica es injustificada, porque el punto de partida es dual: hay normas jurídicas y hay principios. No es que se atribuyan a la norma jurídica una trascendencia impropia de su disciplina. Simplemente, se apura la existencia de una dimensión moral que sirve para completarlas, socorrerlas o, al límite, ignorar o cambiar. Pero, en ningún caso puede afirmarse que se da la vuelta al criterio de legalidad en el “absoluto intuicionismo y voluntarismo del juez”³⁷. El principio común no entorpece la certeza del derecho; al contrario, su vaguedad e indeterminación favorecen el discurso, los argumentos, la discusión civil, como dice *Schiffrin*, es el primer borrador interpretativo cívico de la ley.

G. Zagrebelsky es terminante, calificando como una “concepción infeliz del derecho y del jurista”, aquella, como el positivismo, que desconoce el “puente que existe entre la dimensión formal del derecho y su dimensión material”... “la idea que el derecho puede constituir un mundo en si mismo, totalmente autofundado, separado y no dependiente de la autocomprension en términos de valores de la sociedad en la que opera”.³⁸

La defensa de otro orden jurídico, que va más allá o en el entorno de la ley, paralelo, complementario o, al límite, substitutivo, de las normas con presupuesto de hecho; no puede aducirse como traición a la legalidad. Véase el ejemplo de los principios contenidos en la Constitución, de los que puede predicarse su realización inmediata, sin media-

36. *Idem* p. 67.

37. *Idem* p. 67.

38. *G. Zagrebelsky*, *La Legge e la sua Giustizia*, Bologna, 2008, p. 234, 235.

ción de actos legislativos intermedios, para constatar que la legalidad no se agota en la ley. Que hay más ley fuera del acto legislativo o puede haberla. O, la eficacia de los principios comunes transnacionales que, por si fuera poco, emana de organizaciones informales –G20– sin autoridad ni legitimidad aparente para recomendarlos y cuyo contenido es esencialmente valor y principio, que no derecho positivo, o, también, de organizaciones como la Unión Europea, perfectamente estructuradas en torno al Tratado, que, no obstante, superan la rigidez de la Directiva como principal instrumento de armonización fiscal en los impuestos directos, en la gobernanza fiscal mediante Recomendaciones, Comunicaciones, Códigos de Conducta, Planes de Lucha.

5.1. LA CRISIS DEL DERECHO CALCULABLE O LA INCALCULABILIDAD DEL HECHO

El derecho positivo se proclama calculable como una máquina mientras que la incalculabilidad del hecho nutre los valores y principios fuera del texto, antes que el texto o más allá del texto jurídico.

La secuencia de ponderación de los principios comunes responde a su propia jerarquía, a su importancia y peso, por lo que el grado de aplicación recorre un camino desde su más elevada dimensión moral, su incorporación constitucional, su actuación específica y sectorial en cada instituto jurídico –principios de medio nivel– y standards valorativos, reglas técnicas, principios legislativos (en la propia norma) y principios transnacionales.

La ponderación no equivale a subsunción ni la lectura de los principios comunes obedece a fácil dogmatismo oportunista: la naturaleza de la cosa no es simple de codifi-

car. No es un algoritmo, sino un no algoritmo que precisa siempre de razón, de motivo que justifique su exceso.

Desde los valores primarios a los principios comunes fundamentales, los principios comunes de nivel medio y los *standards* valorativos y los principios legislativos, hasta los principios comunes transnacionales se vertebró un modo de derecho caracterizado por la *incalculabilidad*, coexistente con el derecho calculable de la norma. La incalculabilidad de los hechos propone la dirección, la orientación, el programa de principios ante la imprevisibilidad de la naturaleza de la cosa, de las reacciones lesivas, más allá de la ley o en torno a la ley. Sería un error preconizar que la incalculabilidad crea más incerteza jurídica que la norma jurídica, sobre todo, cuando la *creative compliance* y la *evasión* para evitar el impuesto ocurre a la sombra de la norma. La norma permite comportamientos a los que se oponen otros principios porque suponen estado mental lesivo y daño a la tutela fiscal del propio Estado y a los demás contribuyentes afectados.

La premisa positivista es que el derecho para ser previsible debe ser estable: "La calculabilidad está garantizada solo por presupuestos de hecho abstractos de normas estables" (N. Irti).

N. Irti cita a M. Weber: *El capitalismo tiene necesidad de "un derecho que se pueda calcular en modo similar a una máquina"*³⁹.

El cálculo jurídico deviene cálculo racional solo y en tanto permita la aplicación de presupuestos de hecho normativos sometidos a subsunción. La norma jurídica prevé una abstracta hipótesis de hecho y dispone un correspondiente efecto a su realización. El derecho calculable es la

39. N. Irti, op. cit., p. 15.

única forma de ofrecer positividad a las propias decisiones, un cálculo preventivo, previsible. La pérdida o crisis del presupuesto de hecho equivale a crisis de la calculabilidad jurídica.

La estabilidad jurídica no pasa solo y exclusivamente por la norma. El sistema jurídico, obviamente también el tributario, reposa sobre fundamentos últimos que tienen una designación principista y principalista. O sea, la justicia, la igualdad, la libertad son principios comunes y prioritarios, así como sus desarrollos en noma constitucional o en el nivel medio del orden jurídico, se reflejen o no en el derecho vigente. Los valores en los que se sostiene determinan la estabilidad, que no únicamente la norma. Frente al caos del sistema, incluido el jurídico, solo los valores sirven para adecuar la estabilidad.

Imagínese después de la caída del Muro de Berlín, la validez de la norma y la eficacia en Alemania Oriental. Más aun, el caso del Brexit de la U. E. por el Reino Unido propone un sistema jurídico nuevo distinto al existente, que no mengua ni debilita los valores y principios comunes de ese país que lo definirán, con las mismas garantías de estabilidad que hasta ahora. La estabilidad pretendida es la del sistema complejo, cualquiera que sean sus vicisitudes históricas, sobre el consenso de los valores y principios comunes de la comunidad: principista, principalista.

M. Weber no tiene razón. El derecho calculable no puede ni debe parangonarse a la máquina, si no a la realidad material, substancial; a los hechos que lo sostienen. La naturaleza de la cosa y la complejidad de la cosa determinan la idea del derecho, en cada momento y ocasión histórica, conforme a la ley natural de la comunidad, de las personas. Podría decirse sin temor a error que el derecho calculable no elimina la incalculabilidad de la persona (del hecho) a la que el derecho queda sujeto. No es que “La imagen webe-

riana del derecho racional pertenece ya al pasado"; sino que, probablemente, nunca existió.⁴⁰

Sería ingenuo sostener que la función de los valores y principios comunela función de la norma jurídica. No es que se proponga la sustitución de un modo técnico de disciplina jurídica por otro desprovisto de presupuesto de hecho. La complementariedad, la combinación, el reconocimiento de la dimensión moral de los valores y principios comunes es un modo adicional de regular los comportamientos humanos. Hay hechos insuficientemente o no regulados o situaciones de hechos no previstas que solo hallan respuesta social a través de los criterios de valoración y ponderación extrajurídicos.

Un derecho, en suma, que se enuncia mediante presupuestos de hecho y la subsunción y otro que apela a la ponderación, sin presupuestos de hecho, de significados implícitos, indecibles, del propio ordenamiento jurídico, v. g. principios constitucionales o ajenos al mismo, v. g. los principios transnacionales.

El futuro del comportamiento estriba en la previsión, en la anticipación proporcionada por el presupuesto de hecho de la norma, es la forma en la que el Derecho piensa el futuro. Su pérdida o crisis convierte los comportamientos en impredecibles, desprovistos de expectativas racionales. Si se quita la norma jurídica, el futuro se convierte en un agujero negro incolmable, que escapa a toda previsión y anticipación.

Es reductivo afirmar que la previsión y anticipación, la certeza del derecho, pasa solo por el presupuesto de hecho. La certeza del derecho es, en si misma, un principio jurídico de nivel medio que acompaña obligatoriamente

40. N. Irti, op. cit., p. 109.

cualquier expectativa legítima del ciudadano, pero en pluralidad de formas: el incumplimiento no avala la certeza del derecho; el abuso o el fraude tampoco e inclusive la retroactividad puede tener su espacio, sin vulnerarla.

5.2. LA CERTEZA DEL DERECHO PARA EL INCUMPLIMIENTO

La topografía de la certeza legal es claramente enunciada por *Jh. Braithwaite*. Por un lado, las normas son ciertas ante acciones que son simples y estables, predecibles, *que no implican intereses económicos poderosos*. Por otro, los principios ofrecen más certeza legal que las normas cuando se trata de acciones complejas en ambientes variable donde están en juego potentes intereses económicos.⁴¹

“Hay incerteza que puede ser predecible estructuralmente por los perfiles de poder en la sociedad antes que por las facetas de la ley... Lo que estoy discutiendo es que lo que es verdad de ley para los que defraudan el sistema de bienestar social; es falso para el alto dirigente de la gran corporación. Como decimos los criminólogos, la mejor forma de robar un banco es siendo su propietario”⁴²

Afirma *N. Irti* que los valores y los principios comunes son reglas desprovistas de presupuesto de hecho. Los valores no necesitan del presupuesto de hecho ni de subsunción, porque tienden a una concreta e inmediata realización.⁴³

41. *Jh. Braithwaite*, *Rules and Principles: a Theory of Legal Certainty*, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002, p. 52.

42. *Jh. Braithwaite*, *Making Tax Law more certain: A Theory*, *Australian National University Canberra, Centre for Tax System Integrity*, Working paper 44, 12/2002, p. 9.

43. *N. Irti*, *op. cit.* p. 112.

Para el autor citado, la esencia de valores y principios comunes convierte la decisión jurídica en una toma de posición ante episodios o situaciones de la vida. Es un juicio sin ley, cuyo fundamento está en si mismo. Los valores y principios comunes aparecen, en esta tesitura, como puro subjetivismo, intuitivo y vitalista.

No tiene mucho recorrido la contraposición entre la norma y los valores, representativa cada una de ellas como forma y realidad, objetivismo y subjetivismo, intuición y razón.

El positivismo lógico formal no acude completamente a cada desafío de la realidad y, por tanto, o se cambia la norma cada vez que envejece o se desactualiza o se decide por principios que lo resuelvan. La decisión de quien descubre o encuentra el principio aplicable y el juez que opera la ley puede perturbar la objetividad en igual modo. Es tan subjetivo el principio cuanto la ley injusta, arbitraria, inadecuada. La diferencia es que el principio equilibra, pondera, hace balance de los intereses, de los hechos para llegar a una solución que no es solo de quien la formula, sino, también de todos los que son partícipes o afectados. Y, sobre todo, que no siempre se puede producir la subsunción cuando los presupuestos de hecho de la norma lo impiden por su rigidez o detalle o se manipulan. Por último, negarle razón a los principios no parece un argumento solvente: la razonabilidad, que no la intuición, explica las reacciones extrajurídicas frente a circunstancias descuidadas por la norma jurídica.

Dice *N. Irti* "Los valores no tienen necesidad de "presupuesto de hecho", pero abrazan todo y responden a todo; los valores no se "aplican" a los casos particulares y predefinidos, si no que reaccionan a las "situaciones de vida" y se

realizan en ellas”⁴⁴. Los valores y los principios comunes, en suma, se realizan sin que sea necesaria la mediación legislativa para su aplicación inmediata e instantánea.

Los valores y los principios comunes soportan una intuición metajurídica o sociologismo ultrapositivo y el reenvío al ambiente social, lleva al “positivismo formalismo logicismo” (*sic*) a un callejón sin salida. La consecuencia es que los valores y principios comunes, basados en la intuición subjetiva del juzgador, decretan la insuficiencia de las normas.

La intuición subjetiva del juzgador, sin mediación legislativa, decreta que hay vida social y realidad substancial fuera de la norma jurídica. Pero, sería exagerado definirlo como intuición subjetiva frente a la razón objetiva del que renuncia a la aplicación de la norma jurídica, so pretexto de literalidad, detalle o texto. Los valores y principios comunes entran por la puerta grande cuando la norma sale por la ventana.

No hay solución de continuidad desde la *ratio iuris de la norma*, el espíritu de la ley, su finalidad y los principios comunes fundamentales, constitucionales, de medio nivel y la cursiva valorativos. El algoritmo no es más racional que el no. algoritmo. caracterizado por su peso moral. No obstante, persiste el riesgo del “enmascaramiento formalista”, como pretexto y excusa de vaciamiento de los elementos prepositivos.⁴⁵

6. La fórmula Radbruch

G. Radbruch eleva el fundamento moral, aunque mínimo, a fundamento último y final del ordenamiento jurídico.

44. N. Irti, op. cit. p. 36.

45. G. Zagrebelsky, op. cit. p. 229.

co. Su fórmula viene a sostener que hay principios jurídicos superiores a cualquier norma jurídica y, por tanto, en caso de contradicción con ellos es irremediablemente inválida. No es solo el valor de la adecuación al fin, la seguridad jurídica, sino, fundamentalmente, el valor de la justicia lo que debe prevalecer.

Llámesese derecho natural o derecho racional es constatable la existencia de principios fundamentales que son más fuertes que toda disposición jurídica y cuya validez depende de su respeto o defección a los citados principios básicos. ““Es cierto que ellos han estado rodeados en particular de muchas dudas, pero el trabajo de los siglos ha elaborado una firme reserva, recogida en las llamadas declaraciones de derechos del hombre y el ciudadano con tal universal consenso, que la duda en relación con muchos de ellos solo puede mantenerse todavía *por un escepticismo deseado*”⁴⁶

El argumento de *G. Radbruch* es que las leyes son nulas desde el momento en que carecen de cualquier atisbo de justicia y la igualdad es deliberadamente traicionada, por lo que no se puede predicar su verdadera naturaleza de ley, sea en el contexto de la legislación nazi cuanto de la comunista de la Alemania Oriental. Hay un Derecho Supralegal, “aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo norma legal”⁴⁷

El valor moral de la justicia inspira el principio básico de ley justa o intolerablemente injusta y promueve la supremacía del principio. No hay tanta diferencia entre *G. Rad-*

46. G. Radbruch, *Relativismo y Derecho*, Colombia, 1999, p. 78.

47. B. Bix, *Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory*, *Rechtstheorie* 37, 2006; G. Radbruch, *op. cit.* Introducción a la Filosofía del Derecho, p. 180.

bruch y *R. Dworkin*, porque en este aspecto, abundan en la superioridad del principio "para dar paso al cumplimiento de los deberes morales"⁴⁸. No se trata de derecho natural, objetivo, universal, permanente; sino de derecho compadecido con la realidad histórica, espiritual, social, de cada comunidad. O, si se prefiere, con la fundación cultural y los hechos sociales; pero, delineada, pese a todo, por expresiones espirituales que integran en cualquier comunidad lo que está bien o está mal; lo que es correcto y lo que es incorrecto.

R. Alexy, como veremos, introduce una modulación entre injusticia intolerable y tolerable, apoyada en la presunción de corrección del discurso jurídico, en cuya virtud cualquier agente jurídico sincero es portador de un enunciado mínimamente justo y regular, en el bien entendido, que satisfaga las expectativas de aceptación, de acogida social.⁴⁹

7. La formulación de los principios comunes

E. Betti solo considera a la jurisprudencia como fuente de formulación de los principios comunes, como órgano de la conciencia social y por tanto la titular de la representación a la que se encomienda su introducción en el ordenamiento jurídico. *E. Betti* adjudica a la jurisprudencia (ciencia jurídica

48. G. Zagrebelsky, cit. "... una conexión profunda de complementariedad y esencialidad entre la experiencia de la justicia y la experiencia jurídica, en cuanto la pretensión de justicia (o justeza) sea considerada un elemento de la definición misma del derecho.", p. 33.

49. G. Tusseau, *Metatheorie de la notion de principe dans la théorie du droit Contemporaine. Sur quelques écoles de définition des principes*, p. 90, en *Economica*, 2008. *Les Principes en Droit*, direction Sylvie Caudal.

y práctica) la representación de la conciencia social de la que emergen, de vez en vez, los principios generales. No obstante, señala que ello es así, en tanto y en cuanto la jurisprudencia sea consciente de su representación de índole moral de la sociedad⁵⁰, aceptando, implícitamente, que pudiera ocurrir que no lo fuera, lo cual obligaría a considerar otras fuentes distintas de las que rescatar la representación moral de los valores y de los criterios de valoración.

El interrogante es si la jurisprudencia, a su vez, *crea o declara* el principio común. O el principio estaba ya, antes; o es nuevo de cuño, por obra del juez o de la práctica.

Dice J. Carbonnier que los principios “se encuentran en suspensión en el espíritu de nuestro derecho, de modo que parecen revelar algunos de sus textos fragmentarios”⁵¹. La premisa del autor es que los principios preexisten al derecho positivo y el intérprete debe buscarlos porque le obligan en su decisión.

En una línea similar, *Ganshof van der Meersch* señala que “Los principios generales se aplican aún en ausencia de texto, no son una creación jurisprudencial y no deben confundirse con simples consideraciones de equidad. No son reglas de costumbre: el juez, que los aplica o controla su aplicación no se refiere nunca a la constancia de su aplicación. Tienen valor de derecho positivo; su autoridad y su fuerza no se vinculan a una fuente escrita; existen fuera de la forma que les da el texto, cuando hay alguna referencia a los mismos; el juez los *declara*; *el* constata su existencia... Se forman fuera del juez, pero una vez formados, se imponen a él: el juez está *obligado* a asegurar su respeto”.⁵²

50. E. Betti, cit. p. 858.

51. J. Carbonnier, *Droit Civil I, II*, 2004, PUF. Paris.

52. W. J. Ganshoff van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, *Journaux des Tribunaux*, 1970, p. 577.

El juez, el árbitro o el conciliador, en esta reflexión, ape-
la a fuentes no escritas, ajenas al derecho positivo, para en-
contrar el principio que oriente su decisión.

G. Alpa amplía la formulación de *E. Betti*, incorporando
la legislación a la jurisprudencia, comprensiva de la ciencia
jurídica.⁵³

Pero es *F. Modugno* el que se aproxima a una perspecti-
va más amplia, advirtiendo la probabilidad de origen de
principios comunes en las resoluciones o mociones parla-
mentarias⁵⁴. La idea es útil, porque en la actualidad los
principios comunes responden a una variedad indefinida
de fuentes.

En verdad, nada asegura su duración; pero, a la par que
su indeterminación, los principios comunes advierten, en
nuestra época, la instantaneidad de su formulación y su
mayor o menor importancia depende de la aceptación o
rechazo que pueden producir en la comunidad.

Así las declaraciones, recomendaciones, comunicacio-
nes o decisiones de organizaciones nacionales o interna-
cionales, de autoridad y legitimidad reconocida, aunque
no lo pretendan, dibujan escenarios de renovados princi-
pios comunes, de alcance general, sectorial, institucional.

La traducción del valor y del principio es demasiado
importante como para dejarla solo en manos de los juris-
tas. El principio común fluye de valores o va en contra de
valores señalados y su aparición no queda circunscrita solo
al orden institucional, constitucional, en vigor y sus agen-

53. G. Alpa, General Principles of Law, Open review of Manage-
ment. Banking and Finance, 27-09-2005 ; Trattato di Diritto Privato, G.
Indica, P. Zatti, I principi generali, Milano, 2006.

54. F. Modugno, Appunti per una Teoria Generale del Diritto. La
Teoria del diritto oggettivo, Roeyno, 1989, p. 140.

tes. Hay fuentes ajenas al ordenamiento jurídico, los propios ciudadanos, que promueven criterios de valoración que el propio ordenamiento jurídico toma en cuenta en su actividad.

El exceso o excedencia de contenido deontológico y axiológico, del principio común al que apunta *E. Betti*, invoca, antes que nada, su naturaleza implícita o inexpresable. El principio común no puede encerrarse en la letra, es indecible, porque su importancia y ponderación no se dejan encerrar en la frase. O, lo que es más preciso, el principio común se desprende de valores subyacentes que, aun cuando no se exprese, preexisten a su interpretación literal" el principio existiría igualmente, aunque no fuese formulado" (*F. Modugno*).⁵⁵

La eficacia, el peso, del (buen o mal) principio, al final, depende de si debe tomarse en cuenta por los que lo deben aplicar "como una consideración cuya relevancia inclina en una dirección o en otra", la cuestión debatida"⁵⁶. La ponderación del principio convierte en opinable la decisión de la cuestión jurídica que no se confronte con su alcance. La norma carece de absoluto, de clausura, de cierre, sin su coherencia con el principio común.

La jerarquía del principio común no responde exclusivamente al derecho positivo, porque, sería negar su "potencialidad productiva" (*F. Modugno*). Eso que *E. Betti* define como fuerza genética, originaria, de virtualidad indefinida, califica la presencia de los valores morales en el derecho, cuya búsqueda de justicia y equidad se extienden a todo el ordenamiento jurídico, con mayor o menor fuerza, con mayor o menor vinculación, pero siempre con acento preciso en el valor axiológico de corrección,

55. *F. Modugno* cit. p. 141.

56. *F. Modugno* cit. p. 141.

de adhesión a ciertos criterios de valoración constitucionales, del propio sistema jurídico e intrínseco a su funcionamiento o de naturaleza transnacional, derivados de la constelación de culturas jurídicas diferentes que convergen en valores morales compartidos que sirven de asiento a los principios comunes.

El intérprete no es solo el juez, el árbitro, el conciliador, el aplicador del Derecho, sino, fundamentalmente, el constructor del significado social que emerge del ciudadano, sea a través de la representación política, de la organización de la sociedad civil, de las redes mediáticas, de las redes sociales, de la innovación económica y tecnológica y, por último, aunque no finalmente, de los grupos de presión económica. Parafraseando a *Clausevitz*, el derecho es demasiado importante como para dejarlo en manos de la jurisprudencia, inclusive del legislador o de la Administración.

Pero, esto no es mera concesión sociológica al objetivismo o realismo; sino una exigencia del valor moral de la justicia y libertades, superior a la norma jurídica. El discurso moral, al fin, no es un discurso en el vacío, porque atiende, si se quiere, a la sociedad, a los ciudadanos, que lo discuten para aceptarlo o rechazarlo. Y así los principios comunes son instrumentos de deliberación moral, útiles para la "salud moral y una activa y comprometida ciudadanía democrática"⁵⁷. El compromiso civil por virtud de los principios comunes es el borrador de la interpretación legal: "como la ley se entiende en la calle por los ciudadanos ordinarios debe real y correctamente tener una influencia importante en su interpretación jurídica final"⁵⁸.

57. S. V. Shiffrin, *Inducing Moral Deliberation on the occasional virtues of fog*, *Harvard Law Review*, Vol. 123, 2010, p. 1217.

58. S. V. Shiffrin, *cit.* p. 1225.

No hay en las apreciaciones de *Schiffrin* algo lejano de la teoría discursiva de *Jurgen Habermas* cuando descansa la legitimidad de la norma en su predicado legal y su justicia, propiciado por la formación de opinión pública, plural y su participación democrática. El poder discursivo, comunicativo de la sociedad civil, permite inferir discursivamente los contenidos normativos de los procedimientos y productos jurídicos. La opinión pública pasa a ser decisiva como fuente legítima de la ley, que puede ser menoscabada por los medios de comunicación y, añadido, los grupos de presión económicos.⁵⁹

7.1. LA NATURALEZA DE LA COSA

Los valores no son entidades etéreas, despojadas de realidad e historia. Los valores dan contenido a los deberes impuestos por la moral. Son bienes morales que la ley debe facilitar. En la perspectiva de *G. Radbruch* el derecho no puede prescindir de la “naturaleza de la cosa”, entendida en su amplio sentido: la vida en común, las relaciones y ordenaciones vitales en la sociedad, los hechos que las constituyen. Esa es la substancia histórica, cultural, social, económica, espiritual, a la que el derecho debe dar forma, que no es sino la pluralidad de convivencia social y cultural que refleja cada comunidad, en cada momento histórico y en espacios determinados. Como se ve no es la misma idea de naturaleza de la cosa que *E. Betti* juzga como “visión ingenuamente realística y atomística”⁶⁰; sino una afirmación que parece irrefutable cual es que no hay derecho sin realidad, sin substancia y cuyo contenido radica en la conviven-

59. J. Habermas, *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático en términos de teoría del discurso*, 2013, Madrid.

60. E. Betti, cit., p. 859

cia y en las relaciones entre los convivientes y los hechos y, asimismo, que no hay realidad sin derecho que la regule y defina sus límites.⁶¹

E. Betti expresa su rechazo a la naturaleza de las cosas como modo de identificación de los principios comunes. Primero, “la lógica de la materia” que es objeto de la disciplina jurídica, posee un a finitud histórica y técnica, que la obliga a una actitud diversa según el ambiente social y las creencias e las personas que en el viven. Así, la lógica y naturaleza de las cosas son valoradas en forma diversa según el régimen reconozca la propiedad privada que en un régimen comunista. La orientación de la sensibilidad social en una u otra dirección modifica las relaciones de vida y su valoración. No es sino fruto de una “ilusión ingenuamente objetivista” pensar que del exámen de sus elementos se revele la norma más adecuada a su comportamiento.: “ porque no se trata de registrar datos naturales, sino de apreciar exigencias de la vida social, cada época histórica ve las mismas “cosas” con ojos diversos”.⁶²

E. Betti advierte en contra de concepciones extrínsecas (al ordenamiento jurídico), materialistas, que pueden sugerir ilaciones o deducciones de la “presunta identidad de ciertos datos sociológicos” que es, simplemente, ilusoria⁶³. La jurisprudencia es el único órgano social indicado para identificar y elaborar los principios comunes. La negación, en base a la naturaleza de las cosas, es ingenuamente realista.

El autor observa que la conciencia social de su tiempo está en la jurisprudencia teórica y práctica que individuali-

61. G. Radbruch, La naturaleza de la cosa como forma jurídica de pensamiento, 1963, Universidad de Córdoba, p. 66.

62. E. Betti, cit. p. 855.

63. E. Betti, cit. p. 857.

za los principios comunes, en las márgenes del derecho positivo, sustrayéndolos al arbitrio subjetivo y la inspiración personal de los individuos.

E. Betti sucumbe a su propia crítica. Los valores y principios metajurídicos no vienen desde la realidad social, cultural, histórica, como medios ajenos a la realización del derecho: son, también, derecho. O sea, una materia que en ningún caso puede omitir la ley.

Otra perspectiva es la de *G. Radbruch*, cuyo punto de partida, no es diverso al de *E. Betti*, pero cuyas conclusiones son diametralmente opuestas.

La naturaleza de la cosa, que es muda e indiferente o expresa la “resistencia del mundo indolente”, no solo condiciona la idea del derecho, sino que lo determina en su interior.⁶⁴

La naturaleza de la cosa es el substrato, la materia, la substancia, la esencia de la realidad a la que el derecho tiene que dar forma. La naturaleza de la cosa es la naturaleza de todas aquellas personas, cosas, o hechos naturales, sociales, religiosos o jurídicos que el Derecho tiene que regular. “Es la vida en común de los hombres, la totalidad de las relaciones y de las ordenaciones vitales dentro de la sociedad, como así también los hechos que son elementos constitutivos de aquellas relaciones.”⁶⁵

La naturaleza de la cosa es la materia que alimenta el derecho, incluido el propio derecho, “en cuanto que las relaciones vitales jurídicamente regladas pueden ser substancia jurídica y, por consiguiente, materia de la naturaleza de la cosa.”⁶⁶

64. G. Radbruch, cit. La naturaleza de la cosa, p. 67.

65. G. Radbruch, La naturaleza...cit. p. 65.

66. G. Radbruch, La naturaleza de la cosa, cit. p. 73.

La idea del Derecho está dirigida a una determinada materia y se halla, también, determinada por ella. En la determinación material de la idea confluyen la materia, historia, espíritu y el sentido objetivo que se desprende de las relaciones de la vida.⁶⁷

La idea del Derecho de *G. Radbruch* es que la ley está subordinada, como la realidad, a la realización de la justicia. La idea no puede existir sin la cosa y la cosa no puede disciplinarse sin la ley. La “*calificación material de la idea*”, en la expresión del autor, sugiere que la naturaleza de la cosa determina las relaciones de hecho existentes y las normas y principios que deben regularla”. La idea está calificada por la materia porque está calificando para la materia”.⁶⁸

Si esto fuera aceptado queda en tela de juicio que la naturaleza de la cosa sea un dato sociológico o extrajurídico, ilusorio o ingenuo. Al contrario, define el mejor derecho en cuanto regula plena y concientemente todas y cada una de las relaciones vitales que interesan a una sociedad en un momento histórico determinado y queda sometido al tiempo y espacio de las deliberaciones sociales que lo modifican o actualizan, conforme a los valores morales fundacionales y los principios comunes fundamentales adoptados.

La naturaleza de la cosa es la fuente de los valores morales y de los principios comunes. Y, lo que resulta sería aún más audaz: la jurisprudencia teórica o práctica es uno de los vehículos, si se quiere el más importante, en la identificación de los mismos y los criterios de ponderación; pero, dista de ser el único y exclusivo portavoz de los valores mo-

67. G. Radbruch, op. cit. Introducción a la Filosofía del Derecho, p. 26, 28, 29.

68. H. Gribnau, Not Argued from but Prayed to. Who's afraid of legal principles? eJournal of Tax Research, May 2014, Vol 12, 1, p. 201.

rales y principios comunes socialmente compartidos. No puede ser objeto de omisión el poder de los ciudadanos el poder de la prensa, el poder de las redes sociales y, por último, aunque no finalmente, el poder de los lobbies y grupos de interés (corrupción institucional).

La interrelación necesaria entre la materia indolente y el Derecho debe estar presidida por la idea de justicia en la ley. No hay Derecho injusto que prevalezca sobre la naturaleza de la cosa, cuya validez depende de los hechos y de los valores y principios que los regulan.

El recurso a los principios comunes no es sino la respuesta de la naturaleza de la cosa a la incompletud, insuficiencia, arbitrariedad, imprevisión de la norma jurídica. Y lo que puede explicar su novedad actual es que no hay respuesta más adecuada y representativa frente a la complejidad del sistema jurídico, político, económico, social y su interdependencia con los distintos y plurales intereses sociales y con otros sistemas análogos ajenos. Pero, también, como impulso a la deliberación moral de los ciudadanos sobre las cuestiones (siempre morales) que los principios trasladan.

G. Zagrebelsky alude, por su parte, a los “hechos y dinámicas culturales” que sirven de fondo del derecho, que tienen su alimento y del cual, en última instancia, depende. La validez de la ley aparece subordinada a la normativa de lo social y no a la inversa. “O mejor, lo social está subordinado a lo legal, pero a condición y en la medida que ésta no lo contradiga”⁶⁹. La fundación cultural y social de la ley es un modo de definir la naturaleza de la cosa.

69. G. Zagrebelsky, cit., p. 228.

7.2. LA COMPLEJIDAD DE LA COSA

La complejidad informa ahora, merced a la interdependencia de conceptos al intercambio de instituciones y a la difusión de urgencias localmente no percibidas, del azar difuso y la incertidumbre ante cualquier hecho o evento inesperado que rodea a cualquier tipo de sistema económico, social, político y, obviamente, jurídico. Cualquier sistema complejo está expuesto a riesgos sistémicos, a crisis y, finalmente a la catástrofe o caos. Los ejemplos están a la vista de todos: la crisis financiera de 2008, la crisis ambiental por el cambio climático; la crisis derivada de la renta sin Estado de las empresas multinacionales; la crisis que despliega la economía digitalizada.⁷⁰

Los (nuevos) principios son, al mismo tiempo, causa y efecto, de la complejidad sistémica. Son la causa porque introducen elementos de imprevisibilidad en el funcionamiento de las instituciones, de las personas, de los Estados, ya que no ordenan, sino que orientan o dirigen hacia algunas metas o propósitos y su origen no es el procedimiento propio de los actos legislativos, administrativos o jurisdiccionales. Los principios imponen su otra dimensión desde fuera del derecho vigente y son más previsibles, ante situaciones inesperadas, que la norma legal, precisamente porque aspiran al rescate de los valores o significados de justicia, dignidad, ética, descuidados por el *ius conditum*.

Pero, también, puede indicarse que los principios comunes son el efecto de la complejidad sistémica. La parálisis política, legal, reglamentaria, administrativa, jurisdiccional genera respuestas que no son las convencionales de la separación de poderes y hay un significado social ajeno

70. T. Rosembuj, Principios Globales de la Fiscalidad Internacional, Barcelona, 2013, p. 313.

alentado u obstaculizado por otros poderes distintos que les impulsa o detiene: corrupción institucional, activismo, redes sociales y mediáticas.

La gobernanza, que no el gobierno, es finalista y su diseño es prevalentemente principista. La gobernanza no existe sin el derecho flexible, mórbido, plástico, sin el *soft law*, materializado en recomendaciones, comunicaciones, programas, resoluciones políticas. La gobernanza y el derecho variable tienen los principios comunes como fundamento y justificación.

La gobernanza y el derecho variable a través de los principios comunes dan acto de presencia cuando el tiempo agota la resolución de los problemas materiales cuyo origen es la naturaleza de la cosa, de los problemas reales y sustanciales.

La respuesta de los principios ante la complejidad sistémica y el correlativo riesgo supone superar el derecho racional encerrado en si mismo, propiciando su apertura cuando el caos o la emergencia atañe a valores y principios comunes.

No es casual, como se verá, que los cambios introducidos en la fiscalidad internacional sean nuevos principios comunes transnacionales, originados básicamente, desde órganos de gobernanza informales, tales como el G20, y que exhiben las características de instantaneidad de directrices y la versatilidad de su aplicación, cuyo origen es el *soft law*, afrontando el riesgo sistémico de las empresas multinacionales de no sujeción al impuesto.

La simplificación de las leyes, de su aplicación administrativa, de la jurisdicción son elementos útiles, pero insuficientes. La complejidad sistémica es, aun cuando sea redundante, compleja, difícil de subsunción normativa. El mejor modo de prevención y prudencia reside en los prin-

cipios de soporte que permitan la heterointegración con otros órdenes para cubrir las contradicciones, lagunas, insuficiencias. Imperfecciones de la disciplina legal.

La heterointegración es intrínseca al principio común, porque, por definición, resulta de una fuente situada al margen del derecho vigente, y, en este sentido, "extraña a las fuentes de derecho reconocidas".⁷¹

La simplificación de las leyes, de la jurisdicción, de la Administración no hace que la complejidad sea menor, desde el momento en que atiene a la estructura y función del sistema. El sistema no deja de ser complejo, pese a la claridad y detalle de las normas. Los procedimientos de propuesta, aprobación legal, decisión judicial no transitan por la única lógica de la tradicional separación de poderes. Hay otros poderes que influyen y determinan una u otra orientación. Y toda la tensión queda encorsetada en la norma escrita. La referencia no es fútil, puesto que si hay algo que conocemos es que las fuentes que alimentan los principios comunes enuncian criterios de valoración cuyo origen no es endógeno sino exógeno a la norma y frente a los cuales la norma queda a la intemperie, a causa de su rigidez y ausencia de ponderación de los riesgos más inmediatos y actuales.

La complejidad del sistema jurídico, incrementada por la globalización, y del sistema tributario, no se resuelve solo con normas claras ni añade certeza la búsqueda del detalle. Al contrario, la aproximación semántica y de significados, el culto al texto y a la palabra, culmina en mayor elusión fiscal. La formalización, por precisa que sea, traiciona una realidad cada vez menos definible, menos limitable, menos acotada. Quedan fuera de la norma las conductas

71. E. Betti, cit. p. 843.

que precisamente más daño provocan a principios de justicia, de equidad, de igualdad. No elude quien quiere, sino quien puede.

Jh. Avery Jones se decanta a favor de los principios frente a la complejidad de la realidad, inspirado en *R. Dworkin*: "En este sentido, el principio es algo externo a las normas que ayuda a construir las normas y, en consecuencia, empuja a las normas a ser menos detalladas"⁷². Pero, no solo, el principio aporta más previsibilidad que la norma que queda pequeña frente a la naturaleza de la realidad que disciplina. El detalle no aporta más certeza legal. "La aproximación estrechamente semántica conduce inevitablemente a la elusión fiscal".⁷³

La certeza legal es el acento de los cultores del derecho calculable, atribuyendo, al principio común, inseguridad jurídica. Pero, probablemente, la verdad es lo contrario. La certeza legal sirve bien poco para confrontar comportamientos permitidos que promueven daño a terceros, sea al interés fiscal del Estado o a los demás contribuyentes. El abuso del derecho va en sentido contrario a la conducta intencional predicable por la norma aplicada y es dudoso sostener que introduce inseguridad jurídica.

7.3. LA CERTEZA FISCAL

El G20 solicita al FMI y la OCDE un informe sobre certeza fiscal, a discutirse en Alemania, 2017.⁷⁴ El resultado no deja de ser elemental y obvio, partiendo de la premisa, por

72. *Jh. Avery Jones*, *Tax Law: Rules or Principles?* *Fiscal Studies*, 1996, vol. 17, 3, p. 7

73. *Jh. Avery Jones*, cit. p. 71

74. *IMF/OECD Tax Certainty Report for the G20 Finance Ministers*, March 2017.

un lado, que el propio criterio de certeza fiscal es indefinible e irreductible a generalización y, por otro, cuando es del propio ámbito empresarial que su importancia queda relativizada: “el sistema fiscal es un factor importante de influencia en las decisiones de inversión y localización, pero –nada sorpresivamente– no es el factor más importante.”⁷⁵

La certeza no es una virtud que acompañe, desde su origen, a la ley tributaria, campo de juego, año tras año, de ideologías, intereses, grupos de presión y que por definición no descarta ni puede hacerlo la imprevisibilidad. Otra cosa, hubiera sido, centrar el tema en la certeza legal; los efectos de los cambios legales, reglamentarios; la eficacia de la norma en el tiempo y en el espacio; la extensión de la potestad tributaria y las garantías de los contribuyentes, pero, solo se apunta fragmentaria y equívocamente a algunos de los puntos señalados, aunque sin motivos suficientes que los avalen: críticas a la administración fiscal, contradicciones en la aplicación de los principios y criterios internacionales, leyes confusas o pobremente diseñadas.

Los buenos consejos empiedran el paraíso tributario: claridad de la ley, “evitar retroactividad inadecuada”, consulta y guía sobre las propuestas de ley; predictibilidad de las consultas administrativas; mecanismos de resolución de controversias. Pero, se renuncia al discurso general, sobre la relación entre contribuyente y Administración; entre ciudadanos y gobierno, por lo que la empresa no residente aparece como la destinataria única y exclusiva del mensaje de certeza fiscal. No hay ninguna palabra a la confianza, a la legitimidad, a la correspondencia entre los impuestos y los bienes colectivos.

Curiosamente, se pasa sin detalles por una de las preocupaciones esenciales de la Administración fiscal cual

75. IMF/OECD, cit. p. 25.

es el comportamiento del contribuyente en términos de planificación fiscal agresiva.

El interrogante hubiera debido ser distinto. No es la certeza fiscal lo que preocupa, sino la decisión de inversión y localización de la inversión extranjera. Y no puede defenderse la certeza fiscal en si misma, sin antes atender la incerteza fiscal de los privilegios: la ayuda pública, los beneficios fiscales e incentivos tributarios que procuran ventajas a algunos en el mercado, en el sistema financiero y, por añadidura, en el sistema tributario. Digamos que a los principios BEPS se contraponen la certeza fiscal como un eventual cortafuegos que evite el riesgo de su aplicación e implementación, conforme a los valores que los inspiran.

En suma, un informe banal cuya finalidad política aparece evidente: desvalorizar el paradigma BEPS, que todo cambie, para que todo siga igual. Un paso atrás.

8. La secuencia de los valores, principios, normas

La escala de principios comunes se nutre hacia abajo de conceptos destinados al desarrollo de los principios comunes superiores, cuya genericidad puede ser sometida a discusión, v. g. aplicación directa del valor de justicia por medio del principio de capacidad contributiva; pero, sin traicionar su fuente, porque, de lo contrario, perderían el carácter vehicular moral que les distingue. Y hacia arriba roza el mundo de los valores, del que pretende ser visión aproximada, más o menos cercana a aquellos conceptos que describen. Los valores despliegan su influencia sobre compromisos mínimos, que corresponden al comportamiento de la persona en sociedad. Una realidad virtual paralela a la realidad material de la que no puede echarse de menos, porque sacrifica fracciones humanas esenciales de

convivencia. Hay un cierto modo de trabajo, de comercio, de empresa, de supervivencia, que sin los valores quedarían reducidos a pura lógica de poder y exterminio. Si es que se defiende el valor de mercado monetizable, también, debe hacerse otro tanto con el mercado de valores no monetizables, porque ni el uno puede imponerse sobre el otro o viceversa, sin mengua de la persona.

Esto también se explicita en G. Zagrebelsky al afirmar que el principio “es el *médium* en el cual encontramos una apertura moral al valor y una apertura práctica a la regla: es el *médium* a través del cual el mundo de los valores entra en el jurídico y el mundo jurídico se abre a los valores”. Es posible colocar las reglas, principio y valor en una secuencia de inferencias de validez ética material, que se reflejan en el mundo de la validez jurídica formal.⁷⁶

Evidentemente, son conceptos, concepciones de conceptos, que pueden portar con claridad su vocación de valor o que el intérprete deberá reelaborar para que asuman su significado auténtico, original. Del valor de dignidad de la persona, a la igualdad de género, a la equidad fiscal de su disciplina tributaria; del valor de la propiedad de capital al capital intelectual y de ahí al capital humano del trabajo.

G. Zagrebelsky añade que el mundo de las reglas es el de la legislación; el mundo de los principios, es el de la Constitución; el mundo de los valores es el de la cultura⁷⁷, el esquema es razonable, pero, adolece de una cierta insuficiencia.

En efecto, las normas de ley y los valores derivados de la fundación cultural y social, pero, asimismo, los principios comunes que no están en la norma constitucional y que,

76. G. Zagrebelsky, cit. p. 224, 225.

77. G. Zagrebelsky, cit. p. 228.

de pronto, afloran con fuerza desde el mundo de la cultura, de lo social, de la naturaleza de la cosa y en su distinta jerarquía, los principios de nivel medio, que obedecen a instantaneidad y los *standards* valorativos que admiten su eficacia jurídica en la recepción de la norma que los reconoce y los cada vez más destacados principios transnacionales.

En suma, que el mundo *prepositivo* es más amplio que la Constitución del país, acogiendo principios ajenos transnacionales; principios de especificación o concreción de nivel medio y principios que la propia ley puede adoptar de alcance singular, *standards* valorativos, dentro de su estructura de subsunción.

9. La secuencia en la lectura de Benvenuto Griziotti

El principio, como concepto, es connatural al derecho financiero(tributario). La Hacienda Pública, desde su mismo origen, se apoya, académicamente, en principios rectores que la inspiran. B. Griziotti propone tres grandes principios:

- El principio *conmutativo* (la lógica de la reciprocidad) o la relación de equivalencia entre servicios públicos recibidos o solicitados y la contraprestación, conforme al principio de capacidad contributiva. (Hacienda Pública fiscal).
- El principio de *solidaridad* financiera que atiende razones sociales, económicas, políticas, a través de beneficios fiscales dirigidos a satisfacer necesidades públicas, sea porque se carece de capacidad contributiva, razones humanitarias, tutela de actividades económicas. (Hacienda Pública extrafiscal).

- El principio de las *extorsiones*, relativo a los gastos e ingresos públicos ilícitos, destinados a enriquecer determinados grupos sociales o que gravan contribuyentes sin capacidad contributiva, (Hacienda Pública ilícita o arbitraria).⁷⁸

No es necesaria mucha sutileza para darse cuenta que los valores expuestos tienen absoluta actualidad. B. *Grizioti* configura un sistema financiero tributario que ofrece principios de guía a la actividad pública, que poseen una virtud de permanencia indiscutible.

Primero, el principio conmutativo es lo que se denomina la lógica de la reciprocidad: la relación de equivalencia entre la provisión de bienes colectivos y el pago de los impuestos es la condición necesaria para el cumplimiento de los deberes tributarios. El tributo no es fruto exclusivo del poder de imperio del Estado y de la coerción; si no un medio de reparto social en base a la capacidad contributiva, asumida como indicador de las ventajas generales y particulares de su pertenencia al ámbito social ordenado. El pago del impuesto obedece a una regla ética, antes que jurídica y su causa es el beneficio que obtiene el contribuyente por razón de su pertenencia social, económica, política y las ventajas que augura ello le supone. Luego sería la capacidad contributiva constitucionalizada.

Segundo, el principio de solidaridad a través del impuesto y hacia el bien común, de todos y de cada uno. La ética de la solidaridad es consecuencia de la sociabilidad y de la interdependencia y el impuesto debe satisfacer la función social a los menos favorecidos.

Tercero, el principio de las extorsiones, traducible hoy como ilusiones financieras y corrupción institucional, la

78. B. Grizioti, *Saggi sul Rinnovamento dello Studio della Scienza delle Finanze e del Diritto Finanziario*, Milano, 1953, p. 17, 24, 275.

contaminación de lo público por los intereses particulares que distorsionan los propósitos generales mediante influencias desviadas sobre las instituciones.⁷⁹

Finalmente, la asunción por la Escuela de Pavía, de la realidad de los hechos por encima de la ley y de la voluntad del contribuyente. Una preeminencia destacada, en suma, del principio de realidad económica como alternativa al formalismo jurídico.

La *justicia financiera (sic)* no deriva de la certeza del derecho “que consiente la interpretación de la ley estudiada formalmente (y) que conduce al absurdo de la reverencia a la regla “*dura lex, sed lex*”⁸⁰. Las leyes contrarias a los derechos y libertades del contribuyente son arbitrarias y al límite no aplicables porque son *leyes injustas*, cosa que el derecho formal impide. No es el derecho formal la referencia, sino las cosas, los hechos reales. Y citando “la valoración exacta de la función económica de los hechos de la vida” (E. Vanoni).⁸¹

De lo que se trata es de lograr “la certeza sustancial del impuesto justo”, en lugar de la certeza formal del derecho. “Se consigue la *certeza de la justicia financiera* en lugar de la llamada *certeza del derecho, o sea de la aplicación del impuesto conforme a la mera letra de la ley*”⁸²

No está demás abundar que, sin el principio de realidad económica, cualquiera que sea la interpretación que se le otorgue, es imposible encuadrar críticamente la planificación fiscal agresiva, la elusión fiscal intencional como elemento de ley injusta. Asimismo, el abuso del derecho o de

79. T. Rosembuj, Tax Morale, Barcelona, 2016.

80. B. Griziotti, cit. p. 14.

81. B. Griziotti, op. cit. p. 94

82. B. Griziotti, op. cit. p. 99

las formas y el arbitraje fiscal, el abuso de Tratado, precios de transferencia, y, en general, la erosión de las bases de imposición y el desplazamiento de los beneficios hacia la no imposición.

El principio de la realidad económica informa no solo a la ley tributaria, sino que se ha convertido en principio informador de la actividad mercantil y su reflejo contable, atendiendo a su realidad económica que no sólo a su forma contable.⁸³

En suma, La adecuación no es a la letra de la ley, sino a su *ratio legis* y el contribuyente no puede sacrificar el fondo de su operación a la forma de conveniencia, diga lo que sea la ley. La certeza de la justicia financiera significa congeniar el principio de la realidad con la ley, y todavía más, propiciar la *interpretatio abrogans*, denominada adecuadora, para cubrir las insuficiencias de la propia ley⁸⁴. La certeza del derecho no puede ser la excusa para el incumplimiento.

B. Griziotti, interpretaba que el derecho –el derecho financiero y tributario– es más que la letra de ley y que sin principios y directrices puede prevalecer la ley injusta, en contraste con la naturaleza de la cosa, de las gentes, del interés general.

10. De los principios comunes fundamentales y el valor de corrección

Los principios comunes fundamentales recogidos en la norma constitucional aspiran a reflejar expresamente los propósitos y valores asumidos en el seno social, aspirando

83. T. Rosembuj, *Minimización del impuesto y Responsabilidad Social Corporativa*, Barcelona, 2009, p. 40, 47.

84. B. Griziotti, *op. cit.* p. 426.

a fijar la dirección y vocación de mejora del estilo de vida de la sociedad, en un momento histórico particular.⁸⁵

Los principios constitucionales recogen el enunciado explícito de un mandato de corrección: son las vías por las que los valores supremos se reconocen para compadecerse con los criterios fundacionales o con los valores comunes de justicia, libertades, solidaridad.

La corrección del sistema tributario significa individualizar los principios tributarios generalmente admitidos que concurren incorporados en la respectiva ley constitucional. Es correcto aquel sistema jurídico irreprochable desde la perspectiva de los principios comunes superiores: concretamente un sistema regido por los principios de capacidad contributiva, legalidad e igualdad tributaria.

La pretensión de corrección implica, sobre todo, el valor de coherencia, de integridad del propio sistema jurídico tributario y, a la vez, su autorizado reconocimiento en relación y coordinación con los otros sistemas jurídicos de otros Estados. Y, es indudable, que, desde *R. Alexy*, sabemos, que la pretensión de corrección implica un valor moral de legitimidad del propio ordenamiento jurídico. O, mejor, una proyección universal de la ley local y el acceso de valores y principios jurídicos extranjeros en su contexto, compartiendo una función arquetípica respecto a la estructura del ordenamiento jurídico. Esto sucede cuando la cúspide constitucional se abre a la influencia de otros valores (transnacionales) además de los propios, que le son afines, próximos, familiares.⁸⁶

R. Alexy reclama la pretensión de corrección de la actuación del derecho, lo cual implica afirmar la corrección,

85. A. Falzea, en *I Principi Generali del Diritto*, cit. p. 13.

86. A. Falzea, en *I Principi*. cit. p. 13.

justificarla y sostener la expectativa de su aceptación. Y, en lo destacable, cualquiera puede ser titular de la pretensión de corrección, que no se agota en la potestad legislativa o jurisdiccional. Por tanto, el principio, mandato de optimización, puede ponderarse en términos de corrección, solo y en cuanto sea aceptado y ello por cualquiera que participe en el sistema jurídico. La corrección exhibe la corrección moral, las razones morales que sirven de fundamento a los principios.⁸⁷

La teoría de los principios comunes fundamentales se enriquece en dos aspectos a través de las contribuciones de R. Alexy. Por un lado, la definición de los principios como mandatos correctos de optimización, o sea, sometidos a la expectativa de corrección moral, no solo por el legislador, la jurisprudencia, sino, también, por cualquiera, el ciudadano, que los aplique. Por otra, la extensión de los principios tanto a los derechos subjetivos de las personas, así como a los bienes colectivos cuyo goce le corresponde, lo cual toca de lleno el propio concepto de impuesto. En efecto, la fruición, goce, utilización de los bienes colectivos es índice de capacidad contributiva e informa a los tributos en general y al impuesto en particular, sea el que se establece conforme a las reglas de mercado, de los valores no de mercado (dignidad de la persona, igualdad sustancial y tutela del bien ambiental).⁸⁸

Los principios se califican como mandatos de optimización, exigiendo que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Su forma de aplicación es la ponderación. Las normas son reglas que ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente.

87. R. Alexy, *La Institucionalización de la justicia*, ed. J. A. Seoane, Derecho y Corrección, Granada, 2005.

88. T. Rosembuj, *El impuesto Ambiental*, Barcelona, 2013, p. 140.

Son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción⁸⁹, el todo o nada que indica *R. Dworkin*.

“Los principios son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho que pueden ser satisfechos gradualmente y que su grado apropiado depende no solo de lo que es empíricamente posible, sino también de lo que es jurídicamente posible. La extensión de lo jurídicamente posible está determinada por los principios opuestos.”⁹⁰

Los principios moderan la injusticia y contribuyen a reforzar el discurso moral con respecto a las reglas y más allá; y su ponderación no está reservada solo al legislador o a la jurisprudencia sino a todo participe del sistema jurídico. La optimización pone el acento en su carácter de programa, de proyecto, de directiva, realizándose conforme a las circunstancias jurídicas y empíricas. La importancia de los mandatos de optimización se manifiesta en cuanto a los principios comunes fundamentales de carácter constitucional, v. g. principio de igualdad, de capacidad contributiva, de legalidad.

La ley de ponderación o peso permite seleccionar el principio más adecuado e idóneo en la situación que se discute, partiendo de la premisa que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

La ponderación permite definir la preferencia del principio común con respecto a otras finalidades. Así, por ejemplo, el valor de justicia distributiva puede entrar en conflic-

89. R. Alexy, *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, cit. p. 82

90. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2007, p. 67, 68.

to con la acumulación eficientista de la riqueza individual y propiciar una u otra orientación. El posibilismo de la ponderación es el talón de Aquiles de *R. Alexy*. O, mejor dicho, la ponderación condena el programa o la dirección o impulsada por el principio común a su improbable evolución.

El mandato de optimización, entonces, puede resignar valores subyacentes de los principios comunes, porque apela a criterios de valoración que preservan la neutralidad de la actuación ante lo existente, so pretexto de establecer una indefinida respuesta en términos de proporcionalidad. La proporcionalidad es una respuesta claudicante porque subordina la vocación finalista, la directiva, el programa, al posibilismo pragmático. Si, al contrario, prevaleciera la dimensión moral la respuesta no depende de la proporcionalidad, sino de la gradual determinación de la justicia en la sociedad. La directiva sin realización o el programa descuidado en su ejecución conspiran contra la aportación de los principios comunes a la moral social fundacional.

El punto no es si el principio es o no programático, sino si su enunciado permite otra forma de relación social, económica referenciada a lo existente. Desde siempre hubo una cierta reticencia a la aceptación del programa, del proyecto, de la dirección constitucional, desmereciendo su alcance hacia el futuro o, inclusive, su carácter de norma constitucional. Y no es así, dentro del concepto de principio común fundamental hay espacio para la tutela de los derechos fundamentales permanentes y duraderos de la persona, subjetivos o de acceso a los bienes colectivos y para los fines u objetivos de la comunidad, siempre móviles y cambiantes en el tiempo. Cada época ofrece su propia valoración de las "exigencias de la vida social" o de "las relaciones de la vida" (*E. Betti*).

Un tema de alcance es el que propone *R. Alexy* cuando concibe los principios comunes no solo como derecho fun-

damental sino, asimismo, como prerrogativa de los individuos al goce y disfrute del bien colectivo. Los derechos individuales y los bienes colectivos tienen el carácter de mandatos de optimización. El bien colectivo es un bien indivisible, del que nadie puede quedar excluido y cuyo uso por alguno lo impide el de otro.⁹¹

La calificación del bien colectivo como principio común fundamental obliga al sector público al cumplimiento de los criterios que fijan sus prioridades, básicamente, la solidaridad y la igualdad en el reparto del gasto público conforme a las posiciones que ostentan en la sociedad y la valoración del deber de contribución en razón de la capacidad contributiva, entendida como fruición, goce, utilización de los bienes colectivos.⁹²

El mandato de optimización permitiría graduar el disfrute, uso, goce del bien colectivo susceptible de goce plural, como índice permanente de capacidad contributiva, en la medida que satisfacen los valores morales superiores de justicia, libertades, solidaridad.

10.1. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA Y ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

La jurisprudencia italiana sostuvo su adhesión a la existencia de un principio general antielusivo –abuso del derecho– cuya fuente en materia de impuestos directos no armonizados no es la jurisprudencia comunitaria si no los propios principios constitucionales que informan el ordenamiento tributario italiano.

91. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, 2004, p. 179.

92. T. Rosembuj, *El Impuesto Ambiental*, Barcelona, 2013, p. 121

“...los principios de capacidad contributiva (artículo 53. 1. Const.) y de progresividad de la imposición tributaria (artículo 43. 2. Const.) constituyen el fundamento sea de las normas en sentido estricto, sea de aquellas que atribuyen al contribuyente ventajas o beneficios de cualquier género, siendo también éstas últimas normas evidentemente finalizadas a la actuación de aquellos principios”.⁹³

El principio de capacidad económica deviene vinculante en el desarrollo de la autonomía de voluntad en las relaciones jurídicas entre los particulares, en cuanto vulneren su extensión mediante el abuso del derecho.

No hay autonomía de voluntad justificable en la práctica de la desviación de la aplicación de las normas mediante instrumentos artificiosos, aunque no esté en contraste con ninguna disposición legal, para la obtención de beneficios fiscales que de otra manera no se obtendrían.

“no puede no considerarse ínsito en el ordenamiento, como derivación directa de las normas constitucionales, el principio según el cual el contribuyente no puede extraer ventajas fiscales indebidas por la utilización distorsionada, *aunque no sea en contraste con ninguna disposición específica, (cursiva mía)* de instrumentos jurídicos idóneos para obtener un ahorro fiscal, en defecto de razones económicamente apreciables que justifiquen la operación, diversas de la mera expectativa de aquel ahorro fiscal”.⁹⁴

La doctrina italiana, en general, fue crítica. Si bien, el principio de capacidad contributiva concentra el deber de contribuir al gasto público en la realización de valores constitucionales admitidos de solidaridad e igualdad tribu-

93. Sentencias 30055, 2. 2. y 30057 de 23 de diciembre de 2008, Corte Suprema de Cassazione.

94. S. 30055, 2. 2.

taria. La importancia del ilícito atípico de planificación fiscal agresiva implica la privación al Estado de recursos mediante la actividad contraria a la finalidad de la ley o antagónica con los principios jurídicos que la inspiran, dañando su interés fiscal, su derecho a la recaudación de impuestos, de otra forma adeudados y a los otros contribuyentes que se ven sobreimpuestos por la ausencia de los ingresos tributarios ordinariamente debidos.

No es persuasivo negar al principio de capacidad contributiva la eficacia directa en el abuso del derecho, en base a que su función solo se refiere a la prohibición de una injustificada disparidad de tratamiento respecto a un adecuado *tertium comparationis*, alteración del reparto equitativo, pero sin contenido regulador preciso ni directrices generales. Si ello fuera correcto se requiere una etapa de actuación mediante normativa ordinaria que lo desarrolle.⁹⁵

El principio de capacidad contributiva es la viga maestra del reparto equitativo de la carga tributaria entre los ciudadanos. Es un principio común fundamental de corrección en el diseño constitucional tributario. Su contenido no puede desvirtuarse porque el comportamiento lesivo, dañoso de ciertos contribuyentes significa, en si mismo, a través de la arquitectura no genuina de actos, contratos, negocios jurídicos, la vulneración intencional de la *ratio legis* de la norma que aparentemente lo permite. Esto es, conforme a la expresión de *G. Zagrebelsky*, un enmascaramiento formalístico, destinado a impedir los valores derivados de la realidad.

Ningún principio común posee un marco de regulación precisa, porque, precisamente, su fuerza e importancia re-

95. F. Gallo, Abuso el diritto (dir. trib) en curso de publicación, p. 17.

side en la virtualidad indefinida de su actuación, prescindiendo del presupuesto de hecho, que no le es necesario, objetivo en cualquier norma jurídica. Y, además, tampoco puede rehusarse su validez y efecto como directriz general, puesto que, si no coadyuva para desaplicar la *creative compliance*, que lo desmiente por voluntad desviada anómala y fraudatoria de los partícipes, sería de nula o escasa utilidad, ¿en que modo puede compatibilizarse el abuso del derecho con el principio de capacidad contributiva, igualdad y solidaridad? .

La libertad patrimonial de los particulares debe ajustarse a su compatibilidad a valores y principios que establecen la necesidad primaria de su justificación y utilidad social.

10.2. EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA POSTERIOR

La evolución posterior muestra que la postura de la *Corte di Cassazione* fue enmendada por el legislador ordinario, desautorizando al principio de capacidad contributiva de la idoneidad para identificar en si mismo los comportamientos en abuso del derecho, o, lo que es lo mismo, desconociendo a un principio común constitucional superior su principal actividad de corrección en la aplicación del sistema tributario, junto con los principios de legalidad e igualdad tributaria en las relaciones creadas por los particulares.

El Estatuto del Contribuyente recoge que “las operaciones abusivas no dan lugar a hechos punibles en el sentido de las leyes penales tributarias” Solo son aplicables las sanciones administrativas. (DL. 128/2015).

La *Corte de Casación* interpreta la dicha norma en modo diverso según el comportamiento del contribuyente ilus-

tre sobre una realidad jurídica sustancial dirigida a la producción de efectos esenciales, a través de actos, contratos, negocios jurídicos, más o menos típicos, aun cuando su finalidad prevalente esté dirigida a conseguir ventajas fiscales, que de otro modo no obtendría. No hay relevancia penal cuando se verifica una clara significación económica subyacente (realidad jurídica sustancial).

“la irrelevancia penal de las conductas de “abuso del derecho” y de elusión fiscal presupone que la operación principalmente finalizada a conseguir una ventaja tributaria sea, no obstante, caracterizada por una efectiva y real función económica merecedora de tutela por el ordenamiento...”⁹⁶

Al contrario, el comportamiento del contribuyente resulta caracterizado penalmente toda vez que asuma un contenido de simulación desprovisto de cualquier efecto fundado dirigido a engañar, defraudar a la Administración, prescindiendo de cualquier sustancia económica.

“en este último caso, nos hallamos de frente no tanto a una hipótesis de abuso de un negocio jurídico subsistente y válido cuando a una verdadera y propia maquinación privada de sustancia económica cuyo único fin, aun a través del sabio uso de instrumentos negociales vinculados entre ellos, sería la de alcanzar una ventaja fiscal indebida y penalmente relevante”.⁹⁷

La posición del Tribunal Supremo establece una categoría de análisis que vale la pena revisar.

Primero, conforme a la ley se reconoce la exclusión de las consecuencias penales o criminales de las operaciones

96. S. n. 41755/2016 de 5 de octubre; S. n. 48293/2016 de 16 de noviembre

97. S. n. 41755/2016, n. 48293/2016).

elusivas, en cuya virtud se adopta un esquema negocial articulado con el propósito de conseguir una ventaja fiscal indebida, pero en relación a una operación económica subyacente que se verifica realmente. La elusión es penalmente irrelevante, cualquiera que sea su finalidad y resultado, en la medida que la operación exhiba una función real económica efectiva.

Segundo, las consecuencias penales se producen respecto a operaciones simuladas, que carecen de voluntad total o parcial de realización o con referencia a sujetos ficticiamente interpuestos. La conducta reprochable de abuso del derecho solo se perfecciona cuando comparecen elementos fraudulentos, engañosos, que ocultan las operaciones y no observan una realidad jurídica sustancial y efectiva. La simulación, a diferencia de la elusión, significa un “mero simulacro sin ningún contenido efectivo”, “una maquinación privada de sustancia económica”. (S. n. 41755).

La elusión –en abuso del derecho– no es un ilícito atípico, fundado en la actuación inmediata del principio de capacidad contributiva. Su sanción es estrictamente administrativa.

La sanción penal o criminal se aplica, en cambio, en la evasión por simulación o interposición ficticia. Está clara la posición de las sentencias, pero, lamentablemente, sobre la base de su renuncia al recurso del principio de capacidad contributiva en la elusión fiscal intencional. ¿Como puede justificarse la obtención de ventajas fiscales indebidas, generadoras de daño al interés público y al de los demás contribuyentes sin sanción plena (administrativa y penal)? O mejor, ¿cuál es la razón para confundir sanción penal con evasión cuando se trata de elusión fiscal intencional?

La convalidación de la ley evitando las sanciones criminales en el abuso del derecho no elimina la aplicación de

las sanciones administrativas, introduciendo una distinción escasamente persuasiva porque, finalmente, el comportamiento se califica como infractor. Y haciendo la distinción lo único que se logra es coadyuvar en la ausencia de intencionalidad deliberada en la construcción no genuina de operaciones, cuya finalidad esencial es la procura de ventajas fiscales indebidas. Un paso atrás en la idea que no puede provocarse, sin un estado mental de conciencia lesiva, el daño al interés fiscal y a la distribución de la carga tributaria entre los ciudadanos.

La planificación fiscal agresiva es un acto claro de conciencia lesiva y solo por puro convencionalismo puede sostenerse que no exista intencionalidad preconcebida dirigida al no pago del impuesto. Un comportamiento indebido, serial, confidencial, industrializado, basado en esquemas artificiosos, que privan a la norma tributaria de su razón de ser, porque ofrece ventajas que no estaban en su propósito conceder.

La teoría de los ilícitos típicos conforma la ilicitud del comportamiento lesivo, de daño, permitido por la norma y contra lo cual reacciona el principio o los principios perjudicados. Esto es necesario, pero insuficiente, si no se asume el estado mental de conciencia lesiva, digamos, la intencionalidad del comportamiento abusivo.

La elusión fiscal intencional, hoy denominada planificación fiscal agresiva, es un ejemplo de ilícito atípico, de transgresión reprochable jurídicamente, porque afecta el interés fiscal del Estado, y los principios de capacidad contributiva e igualdad tributaria de los demás contribuyentes, en cuyo cumplimiento desarrollo dan fe las sentencias 30055 y 30057 de 23 de diciembre de 2008 de la Corte di Cassazione. Sezione Unite Civile de Italia.

El cambio de orientación posterior, por obra de la actuación legal no impide considerar que, la coherencia e in-

tegridad del ordenamiento tributario está más próximo a la actuación de los principios constitucionales correctos antes asumidos, que la exclusión y restricción de la sanción del ilícito atípico de abuso del derecho, reducido a símbolo menos grave y pernicioso que la evasión por simulación, cuando, por el contrario, en si mismo es la identificación actual de la peor de las insuficiencias de la norma jurídica expuesta a la *creative compliance*.

11. Los principios comunes de nivel medio

Los valores inspiran los principios comunes fundamentales y a su través la escala descendente de principios comunes que les derivan. Precisamente, los denominados principios de nivel medio evocan la necesidad de lograr una especificación compartida, que no tiene respuesta inmediata en los principios y valores abstractos de superior calado.

M. D. Bayles refrenda que los principios de nivel medio ocupan un lugar importante en la justificación moral y legal y que la ética aplicada y pensamiento jurídico pueden aprovecharse de principios *compartidos* de nivel medio, antes que el recurso a la teoría ética fundamental o principios fundacionales. Los ejemplos que proporciona son indicativos: el consentimiento informado de los pacientes, confidencialidad, respeto por la intimidad, libertad de expresión, no discriminación por razón de raza, sexo, religión.⁹⁸

El espacio compartido se complementa con la especificidad del principio de nivel medio, acudiendo con más cer-

98. M. D. Bayles, *Moral Theory and Application, Social Theory and Practice*, 10, 1984; *Mid –Level Principles and Justification, Justification: Nomos XXVIII*, ed. R. Pennock, Jh. W. Chapman, New York, 1986

teza y rapidez a la respuesta, que los interrogantes basados en los principios fundacionales.

La doctrina ya advirtió la existencia de principios ajustados a su ámbito de validez, en base a su mayor especificidad, determinación, precisión. Así, hay principios de nivel medio de un instituto (v. g. la discriminación cuantitativa y cualitativa entre las rentas del trabajo y las rentas del capital en el IRPF); de una rama del derecho (v. g. la progresividad del sistema tributario). Los principios de nivel medio son específicos con relación a los principios comunes fundamentales y generales con referencia a su ámbito o extensión de validez particular. En este supuesto son principios más vinculantes que los principios generales, porque su ponderación es más próxima al caso debatido que la de éstos.

El punto de partida es la existencia de principios en los que concurren lenguajes y compromisos públicos compartidos, compatibles en su diversidad con los principios fundamentales que inspiran la sociedad bien ordenada. Son principios abstractos e indeterminados, pero, específicos y particularizados, a diferencia de los compromisos sociales fundacionales. Los principios comunes de nivel medio no apelan al fundamento último de la vida en sociedad, si no a la autonomía moral del individuo, que, en su certeza, puede contraponerse a la de otros, pero que sin embargo confluyen en un área de consenso público, aunque sean conflictivos entre sí.

El pluralismo es la evidencia de los principios de nivel medio que concilian la convivencia con los principios comunes fundamentales de la sociedad, aun cuando sean divergentes en algunas de sus manifestaciones o aplicaciones. Se puede rechazar, por ejemplo, el cambio climático como tal, aceptando, en cambio, la *Carbon Tax* o los derechos de emisión comercializables como instrumentos o incentivos económicos.

R. P. Merges explica la emergencia de los principios de nivel medio de casos y prácticas precisos y determinados; pero que pueden pensarse como el producto de una hipotética deliberación multigeneracional entre los sostenedores de éticas divergentes o contrarias, mediante consensos que se superponen en el espacio público.⁹⁹

C. Sunstein explica la utilidad de los principios de nivel medio mediante la referencia a los “acuerdos incompletamente teorizados” sobre un principio general. La aceptación del principio común no implica la aceptación general de los casos particulares. Y pone como ejemplo, que cualquiera sabe que matar está mal, pero, no todos están de acuerdo respecto al aborto.¹⁰⁰

No puede deducirse ningún automatismo mágico que permita esquematizar la relación entre los principios comunes fundamentales y los principios de nivel medio. Los ciudadanos pueden confiar en los primeros y desconfiar de los segundos o, a la inversa, confiar en los segundos, de nivel medio, sin aceptar los principios comunes fundamentales. Pero, la disparidad se expresa sin ruptura, porque, en lo esencial están de acuerdo.

La validez de los principios de nivel medio, herederos directos de principios comunes fundamentales, otorgan certeza de resultado superior a la teoría o doctrina que les ilumina. Por ejemplo, la consideración, de la planificación fiscal agresiva como un principio de nivel medio, que fun-

99. R. P. Merges, *Justifying Intellectual Property*, 2011, Harvard University Press donde califica como tales, los principios de proporcionalidad, eficiencia, no remoción o protección del dominio público, y dignidad; *Foundations and Principles in IP Law*, San Diego Law review, V. 49, 2012.

100. C. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements*, 108 Harvard Law review, 1995.

da la condena del abuso del derecho, concede un crédito superior a su formulación teórica en el ámbito del comportamiento empresarial, que ayudan a su expresión.

Así, según *M. D. Bayles*, el enunciado del principio de nivel medio refina su actuación y le califica con mayor certeza que cualquier teoría o doctrina en particular. Esto es, conforme a *K. Henley*, las virtudes de la convergencia. Asimismo, cabe destacar, su virtud identificatoria, que facilita al intérprete de la norma jurídica enfatizar las características morales o legales en discusión, en un modo más inmediato y rápido que el que resultaría del recurso al principio común fundamental que le sirve de matriz.¹⁰¹

La ponderación del principio de nivel medio puede ilustrar el conflicto entre igualdad y desigualdad tributaria, la paridad o disparidad de tratamiento a paridad o disparidad de capacidad contributiva. El tratamiento menos favorable de las rentas del trabajo, en su comparación con las rentas del capital mobiliario en el impuesto sobre la renta, propone que el peso de la insatisfacción del cumplimiento razonable del principio de igualdad a favor de la renta de trabajo, describe el mayor peso concedido a la satisfacción de la tutela del capital, por parte del legislador, de la jurisdicción en la aplicación de las normas, lo cual no indica más justicia, sino menos.

El principio de nivel medio que aplica la igualdad no puede justificar un mandato de optimización de las rentas del capital, en contra de favorecimiento semejante a las rentas del trabajo. Es decir, que prevalezca la eficiencia de la propiedad del capital y su uso antes que la igualdad en el reparto de la riqueza.

101. K. Henley, *Abstract Principles, Mid-Level Principles, and the Rule of Law*, *Law and Philosophy*, 12, 1993, 123.

El ejemplo sirve para establecer que en una sociedad pluralista no siempre la ponderación desde el principio común fundamental identifica la solución justa. Es el principio de nivel medio el que descubre la continuidad del principio de igualdad, en evitación de que la justa distribución del impuesto quede menoscabada por mor de la pretendida eficiencia económica del capital. Pero, esto no es irreversible, porque, en otra ocasión, puede darse la solución opuesta, según las circunstancias. O sea, desde el principio de nivel medio podría atenderse un consenso público que alentara otra apreciación o valoración distinta de la igualdad que el ejemplo preconiza.

La instantaneidad y versatilidad del principio común de nivel medio, que, en alguna medida, también es atributo del principio común fundacional le consienten un peso e importancia coyuntural, circunstancial, abierta a otras alternativas y condiciones que las que inspiren las creencias, convicciones, significados sociales o ideológicos de la ciudadanía, en el bien entendido que justifiquen los valores morales y principios superiores, aunque sea de otra forma que la que se entiende en la ley, en la política, en los valores en curso, pero, siempre adheridas a un fundamento de justicia, aunque mínimo.

La categoría aproxima en grado notable, además, la indeterminación, generalidad o abstracción de los principios comunes superiores a las exigencias intrínsecas de la propia norma jurídica específica de cada impuesto o de la rama de derecho analizada.

Digamos que es la contrafigura de la ley, porque la precisión del principio de nivel medio se dirige a ajustar el presupuesto de hecho, la subsunción, a la necesaria correspondencia, a su nivel, con los principios comunes, esto significa que, el intérprete debe ponderar ante cualquier norma jurídica la justificación y el argumento que la soportan y el contrario, de

lo que podría derivar o la razonabilidad de la solución adoptada o su apartamiento y el conflicto con el principio de nivel medio, antecedente del conflicto con el principio común superior, v. g. potestad pública reglamentaria y derecho individual; bien colectivo y prestación coactiva tributaria; beneficios fiscales e igualdad tributaria; certeza del derecho e imprescriptibilidad; retroactividad y elusión fiscal.

Los principios de nivel medio cooperan en la adhesión de la norma jurídica a su coincidencia con los valores morales y principios comunes superiores. O sea, soportan la búsqueda y satisfacción de la justicia, aunque sea mínima, porque solo así la ley es compatible con la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico.

11.1. EJEMPLOS DE PRINCIPIOS COMUNES DE NIVEL MEDIO

Robert P. Merges recoge los principios fundacionales de la propiedad intelectual en Locke, Kant, Rawls, bajo diferentes aspectos e ilustra la aplicación de los principios de nivel medio que, les son independientes, pero avanzan en su aproximación menos general, de libertad, respeto individual, justicia. Así, configura su intervención en términos de: eficiencia; respeto al principio de no remoción preservación del dominio público; proporcionalidad; dignidad. Son principios abstractos, implícitos en el campo de conocimiento.

El principio de eficiencia supone perseguir los objetivos maximizando los beneficios y minimizando los costes, del mejor modo que se pueda determinar.

El principio de no remoción sugiere que la información e ideas de dominio público no deben privatizarse.

El principio de proporcionalidad dibuja que el derecho a la propiedad intelectual debe ser proporcionado a la contribución del creador.

El principio de dignidad captura la idea que los trabajos protegidos por la propiedad intelectual reflejan los atributos personales de los creadores individuales, v. g. los derechos morales del autor.

Si el derecho tributario puede servir de ejemplo, podrían indicarse, sin ánimo exhaustivo, la presencia de principios de nivel medio tales como, el principio de *no confiscatoriedad*, que suponga la ablación de la riqueza o renta gravada por el impuesto progresivo; el principio del *habeas data* en la tutela del derecho a la intimidad de la persona, sin debido procedimiento previo; el principio de la *transacción* a través de la resolución alternativa de disputas –mediación, arbitraje, conciliación– que invite a la solución eficiente de litigios y la simplificación de la actividad administrativa; el principio de la *relación cooperativa* entre el contribuyente y la Administración como representativos ambos del interés fiscal, para facilitar el cumplimiento formal y material de los deberes legales, postergando la disuasión y coacción como definición de potestad sobre los que engañan, ocultan o disimulan y, asimismo, el principio de la certeza del derecho para los contribuyentes ordinarios, excepción hecha de la retroactividad de la ley en supuestos de elusión fiscal o siempre que se hubiera prolongado en el tiempo la capacidad contributiva que se pretende gravar.

En un aspecto más amplio son también ejemplo, la apelación a la razonabilidad, la no arbitrariedad, la proporcionalidad en la actuación de la ley o de la potestad administrativa y el deber permanente de respeto y transparencia que son atributos de una Administración correcta e imparcial.

De los casos citados se desprende que los principios de nivel medio proponen un acercamiento a la norma, desde fuera, sobre la plataforma, por decirlo, de criterios previos

de valoración, que orientan y justifican su argumento, pero, sin contraponerse a los principios teóricos fundacionales o valores morales superiores. O sea, los principios de nivel medio, que son construcciones intelectuales, apoyadas en doctrinas, prácticas, experiencias culturales y sociales, reúnen en su característica particular el dato que no pertenecen al sistema de derecho positivo y que su influencia o efecto viene desde un sistema de orientación o dirección distinta del propio de la norma jurídica.

El sistema de principios comunes se desarrolla a través de principios de nivel medio, que, por su indeterminación y exterioridad denotan su origen desde un “sector cultural de proveniencia, esencialmente, en el sistema ético-social” (A. Falzea). A destacar, no obstante, que pueden o no incorporarse en la norma, si no lo hacen, quedan como expresión plena de principios generales sometidos a ponderación y, en cambio, pueden integrarse en la norma perdiendo su categoría extrapositiva, porque se convierten en elementos de la norma jurídica, sometidos a subsunción.¹⁰²

Los principios de nivel medio son indeterminados, como los principios comunes, pero, a diferencia de estos, responden a valores intermedios compartidos y compartimentalizados, de insuficiente consenso para ser comunes, pero, de adhesión bastante para exhibir alguna ampliación o restricción valorativa de la norma ordinaria: *acuerdos sociales incompletamente teorizados*.

La diferencia cualitativa entre los principios e nivel medio y las reglas ordinarias reside, precisamente, en que aportan determinación a la insanable incompletud del texto, de la letra, a la ausencia de presupuesto de hecho. Y esto no significa afirmar que siempre y cada vez las normas son

102. A. Falzea, *ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica giuridica*, Milano, 1999, p. 423.

claras. Al contrario, la calificación e interpretación es un medio de traducción sistemático de toda norma jurídica. La determinación no se confronta con normas ambiguas: todas lo son, en el sentido dicho; sino, con la incompletud, con el vacío, con las lagunas, con permisividad que deviene contraria a los principios comunes.

Los criterios de valoración ofrecen la dirección ante la encrucijada sobrevenida, porque la ley permite o prohíbe, sin señal de tráfico. Y la respuesta se encadena desde la injusticia intolerable hasta la injusticia corregible, más o menos, desde los principios comunes fundamentales, pasando por los principios de nivel medio, hasta los *standards* valorativos, éstos si recogidos por la norma jurídica como elemento propio de integración.

12. Los standards valorativos

El *standard* valorativo es un principio común, de nivel medio, integrado y recibido en el contenido de la norma jurídica.

“...los *standards* valorativos tienen una proveniencia extrajurídica y devienen jurídicos por efecto de su inclusión en una norma jurídica... devienen parte integrante de la norma jurídica”.¹⁰³

Se trata de una modalidad de “determinación progresiva de la realidad jurídica”, admitiendo valores éticos sociales de sectores culturales predominantes, o técnicos, científicos v. g. vivir honestamente; no dañar a terceros; buen padre de familia; buenas prácticas bancarias, aseguradoras, normas de contabilidad, sistemas de pagos Es una ex-

103. A. Falzea, cit. ídem p. 413.

presión del derecho flexible, a causa de su indeterminación, dirigido a ampliar los efectos jurídicos de normas rígidas.

Los standards valorativos no se confunden con los principios de nivel medio. En efecto, la principal de las diferencias es que los primeros están dentro de la norma jurídica, aun cuando contribuyan a su flexibilidad y provengan desde fuera del ordenamiento jurídico; mientras que los segundos, son atraídos no por la norma jurídica, que, inclusive puede omitir de su enunciado, sino por los principios comunes fundamentales o superiores.

P. Perlingieri es contrario a los standards valorativos, definidos como normas de adaptación, porque duda que la realización del derecho esté preparada para diferentes niveles normativos: normas ordinarias, normas del caso concreto y normas auxiliares, cuyo único fundamento es aportar vaguedad frente a las reglas claras, sobre todo, porque cualquier disposición tiene un grado de ambigüedad. El standard puede suponer la desvinculación de la actividad interpretativa de los principios constitucionales, alimentando el poder del juez de creación de normas a partir de principios extrajurídicos.¹⁰⁴

En verdad, el *standard* valorativo abre la norma jurídica, pero, dentro de su presupuesto de hecho, y, por tanto, no es ponderable, puesto que queda sujeto a la calificación e interpretación por subsunción. No hay recurso extrajurídico, porque la estructura de la norma reemplaza la virtualidad del principio común. Se trata de conceptos extrajurídicos transformados en norma jurídica, en la medida de su recepción.

104. P. Perlingieri, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 14.

El *standard* valorativo formaliza, en el plano tributario, criterios técnicos específicos, la buena práctica, las guías o códigos de conducta y la revisión de la realización. La particularidad es que ilustra comportamientos de los contribuyentes, en el mercado, que se aprecian susceptibles de rectificación. Por ejemplo, valor normal de mercado; atribución de renta pasiva de transparencia fiscal internacional de otra sociedad participada en otro país a la sociedad matriz; restricción o limitación de la deducción de intereses en el seno de la organización económica; prácticas de arbitraje fiscal de doble deducción o doble exención; empleo de beneficiarios efectivos para ocultar beneficios; lista de paraísos fiscales; ayudas fiscales por elusión o evasión fiscal.

La elusión fiscal es uno de los ámbitos destacados de los *standards* valorativos que, en su inspiración de prever en detalles las conductas inadecuadas de los contribuyentes culminó por llevar a la “parálisis por análisis”, puesto que siempre la planificación fiscal agresiva comporta un paso por delante del legislador y de la Administración. Ahora, el recurso a principios comunes y principios de nivel medio suponen una aproximación más eficiente que la anterior. En especial, el empleo del principio de la Responsabilidad Social Corporativa y la cláusula general anti abuso del derecho.

Finalmente, no está demás destacar que el flujo de *standards* valorativos en la última década, al menos en el ámbito de política económica, financiera, aseguradora, tributaria, traen su origen no en conceptos domésticos de la comunidad, sino en definiciones de organizaciones públicas y privadas internacionales.

12.1. LOS PRINCIPIOS LEGISLATIVOS. LA APROXIMACIÓN LEGAL BASADA EN PRINCIPIOS

G. Pinder propone una aproximación legal basada en principios, denominado

“aproximación coherente de principios”.¹⁰⁵

El principio es una regla legal operativa, que especifica el resultado pretendido al nivel de abstracción más elevado. “Los principios pueden trabajar juntos cuando identifican correctamente el campo sobre el cual entienden operar y capturar la esencia de los resultados pretendidos en un modo que ayude al lector a regularse fuera de la ley y es intuitiva a cualquiera que interprete el contexto legal.” (G. Pinder).

El método no es menos cierto que la ley literal (*black letter law*) pero, ignora el detalle, para pronunciarse por el nivel general y desciende solo excepcionalmente al detalle. la idea es que el principio pronunciado por el Parlamento perdure, flexible y constante, a lo largo del tiempo, eludiendo las trampas de la literalidad y de la casuística. El esfuerzo de los principios consiste en clarificar la disciplina general que asume en forma que evite la complejidad de la norma detallista.

En contra de alguna opinión, tal como la de J. Freedman, el énfasis en principios genéricos de carácter legal tiene una, si no la más importante motivación, en el diseño de reacción legal contra la elusión y la *creative compliance*.¹⁰⁶

105. G. Pinder, The coherent principles approach to tax law design, Treasury Economic Round Up, Autumn, 2005, 75

106. J. Freedman, Improving (not perfecting) Tax Legislation: Rules and Principles Revisited, University of Oxford, Legal Research Paper Series, 26/2011, p. 735.

La certeza legal se rompe en pedazos ante la *creative compliance*. La norma queda convertida en un material de reconstrucción subordinada a los intereses del cliente y bajo sofisticada asistencia profesional. El propósito es la búsqueda de brechas legales; de beneficios fiscales, se cumplan o no los requisitos exigidos; de intersticios legales entre los detalles y la letra de la norma y su finalidad... "donde las palabras de la ley puedan tratarse como recetas para la elusión.", defendiendo el incumplimiento como perfectamente legal.¹⁰⁷

Los únicos poderes fuertes que sirven ante dichos comportamientos suponen: pasar de las normas a los principios; focalizar la substancia antes que la forma legal; adoptar una aproximación conceptual a la construcción de las definiciones y enfatizar en los super principios, tales como, cláusulas generales antiabuso; la imagen fiel de la empresa en las normas de contabilidad.

La línea de mestizaje norma-principios –*standards valorativos*– orientan un ámbito legal dirigido, orientado, finalizado, a evitar la manipulación de las normas (por su detalle) mediante comportamientos empresariales lesivos; guía de las situaciones comunes a todos los contribuyentes, limitando sus patologías, Los principios legales, según *Jh. Braithwaite*, mejoran su eficacia en la ley, que si actúan por si mismos, aún, en los supuestos de relación cooperativa entre la Administración y el contribuyente. No puede presuponerse que una norma de ley sea mejor que una "norma de reglas justas".¹⁰⁸

107. D. McBarnet, When Compliance is not the Solution but the Problem: From Changes in Law to Changes in Attitude, en *Taxing Democracy*, Chapter 11, ed. V. Braithwaite, Ashgate, 2002, p. 230.

108. Jh. Braithwaite, Making Tax Law more certain: A Theory, Australian National University Canberra, Centre for Tax System Integrity,

J. Black ofrece un esquema de disciplina basada en principios (*principles-based regulation*) que establecen la observancia de las obligaciones y deberes más importantes. Los principios dotados de elevado grado de generalidad; contienen conceptos que son cualitativos; son finalistas, enunciando los motivos detrás de la norma; y tienen un contenido definido de comportamiento correcto (integridad, diligencia, atención razonable). Su acento está puesto en el diálogo, la conversación entre la parte pública y los agentes particulares, desplazando la responsabilidad de su cumplimiento sobre los regulados.¹⁰⁹

13. Los principios comunes transnacionales

Fue *P. Jessup* el primero que aporta una referencia consistente de “ley transnacional”. La comunidad universal, decía, está modelada por “situaciones transnacionales”, lo cual supone pluralidad de actores tales como “individuos, sociedades, estados, organizaciones de estados u otros grupos”. La ley transnacional incluye cualquier ley que regula las acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales, se trate de sujetos públicos, organizaciones internacionales o entidades privadas. Y lo que es significativo, incluyendo un laxo concepto de ley apto para integrar no solo el derecho internacional convencional, público o

Working paper 44, 12/2002; Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002.

109. *J. Black*, Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation, Law Society and Economy Working papers 13/2008, London School of Economics and Political Science. Law Department; Calling Regulators to Account: Challenges, Capacities and Prospects, 11-10-2012, Working Paper 15/2012, admitiendo las dificultades de la metaregulación, el diálogo, la conversación para promover la disciplina por principios de los sectores a los que se aspira adherir.

privado, sino, también, cualquier otra categoría de disposiciones que no encajan plenamente en las categorías normativas ordinarias.¹¹⁰

Señala A. Falzea que la internacionalización, globalización, de las relaciones entre Estados y agentes particulares, organizaciones mundiales, promueve a la vez un proceso dinámico de monismo en la conjunción en torno a principios y valores transnacionales generalmente reconocidos (adecuación *conformada*) y de dualismo en cuanto a la interrelación pactada, convencional entre las normas internacionales y las normas nacionales (adecuación adaptada).

“La asunción de normas internacionales generales en el sistema estatal de los principios constitucionales y no en el sistema de normas ordinarias comporta por ello mismo que descienda la apertura del ordenamiento jurídico nacional a su más alto nivel normativo, a reglas jurídicas transnacionales”.¹¹¹

Los principios transnacionales son orientaciones y valores que vienen colocados y formulados en los acuerdos alcanzados en el interior de comunidades más extendidas de las que es parte la comunidad nacional.¹¹²

Los principios comunes transnacionales entran en el ordenamiento jurídico local como adecuación conforme a otros valores y principios que vienen de fuentes no pacticias, que adopta como propios.

Una interpretación de las categorías expuestas sirve para reseñar que la adecuación conformada viene a coincidir, en la actualidad, con los valores y principios aceptados

110. Ph. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, 1956, Yale University Press, p. 2.

111. A. Falzea, *ricerche*. cit. p. 500.

112. A. Falzea, cit. p. 343.

cuya fuente es, principalmente, la gobernanza a través de *soft law*. Y a su vez, la adecuación adaptada implica la adhesión a las fuentes de *hard law* (tratados internacionales).

El derecho informal internacional emerge como una fuente de importancia igual o poco menos que equivalente al derecho formal. Es un comportamiento donde se asumen compromisos, de contenido variable, mórbido, cuyos objetivos son virtualmente universales, sean de carácter político, económico, social, cultural. Su creciente importancia revela que estamos ante una “extensión del dominio de la regla de derecho en el orden internacional; una contribución al desarrollo material del derecho internacional” (D. Carreau).

El vehículo de *soft law*, *derecho flexible*, transita a través de acuerdos informales y actos concertados de amplia diversidad (Comunicados, Recomendaciones, Códigos de Conducta) y en forma de coordinación, cooperación, aproximación finalista a los fines, a la gobernanza, que se impulsa.¹¹³

Los principios comunes transnacionales tributarios pueden observarse en la gobernanza de la Unión Europea al amparo de su Tratado y, principalmente, la gobernanza mediante Recomendaciones del G20, en modo de *soft law*, destinadas a orientar los comportamientos públicos y privados que entiende amenazadores para el principio global de estabilidad económica y financiera. Y, para ello se apoya en los Estados miembros, en organizaciones internacionales, asociaciones profesionales o industriales o equipos específicos sectoriales de funcionarios.

El G20 es una organización política de naturaleza informal u oficiosa que establece las directrices para todos los

113. D. Carreau, *Droit International*, Paris, 2007, p. 195, 207.

Estados y agentes económicos particulares implicados mediante el soporte técnico de otras entidades mundiales y organizaciones técnicas sectoriales o grupos de trabajo específicos, fundada en la cooperación económica internacional y cuyo objetivo declarado es el principio de estabilidad global, frente a los riesgos sistémicos de carácter económico, financiero, ambiental, fiscal. El G20 es un *systemic hub governance* (J. J. Kirton): un proceso de diplomacia fluida cuyas claves son: cualquier miembro puede dirigir; cualquier miembro puede apoyar o rechazar; los temas definen coaliciones que son transversales y no blindadas y esto funciona ante situaciones de riesgo sistémico, como la crisis financiera de 2008, el fallo de las organizaciones internacionales más ancianas y la adhesión a fines mayores de estabilidad global donde participan los países industrializados, países en vía de desarrollo (BRIC`S). Pero, en lo que aquí interesa es que su gobernanza, sin autoridad, se traduce en Recomendaciones que, a todos, Estados miembros o no, interesa cumplir.¹¹⁴

14. La gobernanza. Los criterios de obediencia y de creación de expectativas

J. N. Rosenau describe el concepto de gobernanza global como “sistemas de reglas a todos los niveles de la actividad humana –desde la familia a la organización internacional– en el que el propósito a través del ejercicio del control tiene repercusiones transnacionales”. El sistema de reglas alude a la influencia suficiente para modificar el comportamiento de los otros actores.¹¹⁵

114. J. J. Kirton, *G 20 Governance for a Globalized World*, Ashgate, 2013, p. 40.

115. J. N. Rosenau, *Governance in the Twenty-first Century*, *Global Governance*, I, 1, p. 15, 1995; *Governance without government. Order and change in worlds politics*, Cambridge, 1992.

L. S. Finkelstein apunta una precisión necesaria cuando afirma que gobernanza global significa gobernar, sin autoridad soberana, las relaciones que trascienden las fronteras nacionales.¹¹⁶

La gobernanza, como concepción de concepto, diseña un orden global, plural, con agentes públicos y particulares, nacionales e internacionales, vocados transnacionalmente y cuyo contenido no es la autoridad, el ordeno y mando, si no la coordinación por consenso, de resultados flexibles y comportamientos deseables y esperados entre las partes. Todo ello mediante instrumentos de principios y criterios de valoración de instrucciones, que construyen la participación y constriñen las conductas (voluntariamente asumidas) de los participantes.¹¹⁷

El gobierno sin autoridad, la gobernanza, es un proceso de consenso, de Recomendaciones no rígidas, con participantes públicos y privados, sobre temas diversos y variables de alcance transnacional, apoyado en referencias (*benchmarks*), control entre pares (*peer review*), que se materializa en *standards* valorativos técnicos (*best practices*) y principios de creación de expectativas compartidas de cumplimiento, que, a su vez, pueden ser fundamentales o de nivel medio.¹¹⁸

Siendo un resultado de interacción, pluralidad de sujetos, a través de instituciones, formales o informales, mecanismos de orientación o procedimientos de actuación de consenso y coordinación; no extraña que la gobernanza

116. L. S. Finkelstein, What is Global governance? Global Governance, I, 1995, p. 369

117. K. Dingwerth, Ph. Pattberg, Global Governance as a perspective on world politics, Global Governance, 12, 2006, p. 191.

118. M. Kamto, Droit International de la Gouvernance, Paris, 2013, p. 33.

aparezca como un adjetivo propio de **otra forma de dirección o conducción** de una o varias organizaciones públicas o privadas, nacionales o internacionales, en el que prevalecen los fines, los propósitos a alcanzar a través de fuentes de derecho informales, flexibles, móbidas, claramente diferentes a las fuentes rígidas de derecho convencionales.¹¹⁹

La naturaleza de la gobernanza pública se define a partir de sus particulares características: participación, aplicación de la norma jurídica, transparencia, responsable, efectiva y eficiente, equitativa y predispuesta a la respuesta institucional y procesal.¹²⁰

El Libro Blanco de la Unión Europea define la buena gobernanza como las reglas, procedimientos y comportamientos que afectan la forma en que los poderes son ejercitados a nivel europeo, con referencia a la apertura de comunicaciones, participación, responsabilidad, eficacia, coherencia. Estos criterios refuerzan los de subsidiariedad y proporcionalidad.¹²¹

Hay dos categorías de fuentes de *soft law* de gobernanza. Por un lado, el procedimiento legal transnacional que da causa a principios de nivel medio en forma de los *standards valorativos (best practices)* y, por otro, principios comunes de creación de expectativas compartidas de realización (*international common law*), que construye una topografía de principios más completa, sean fundamentales o de nivel medio.

119. T. Rosembuj, Principios Globales de Fiscalidad Internacional, Barcelona, 2013, p. 48, 55.

120. ESCAP, United Nations Economic and Social Commission for Asia and Pacific, What is good governance, 2007.

121. Commission of the EC European governance, A White paper, Bruxelles, 25-7-2001, recogido en el Artículo 15 de los Tratados de la UE, marzo 2010.

14.1. EL PROCEDIMIENTO LEGAL TRANSNACIONAL

H. Hongju Koh es el autor de la teoría de *Transnational Legal Process*.¹²²

El procedimiento legal transnacional es el escenario en el que actores, públicos y particulares, incluyendo Estados, sociedades, organizaciones internacionales, ONG e individuos interactúan en una variedad de foros en la interpretación y aplicación y, finalmente, la internalización de los principios y normas internacionales.

La clave es la obediencia y no la voluntad de cumplimiento. La aceptación de la ley internacional en los valores del sistema local como un modo de obediencia como si fuera una ley local.

La diferencia radica que el cumplimiento, por premio o sanción, es contingente; mientras que la obediencia responde a una convicción endógena, la voluntaria aceptación de una norma o criterio dentro del propio sistema de valores, principios, reglas domésticas.

La obediencia puede resultar de distintas actuaciones. Primero, la interacción entre actores transnacionales origina normas internacionales. Segundo, una mayor interacción produce una interpretación determinada de los criterios y, tercero, la internalización de la norma en el sistema local, representa la convicción obediente del resultado.

¿Por qué la mayor parte de las naciones cumplen con las reglas de derecho internacional?: “porque el cumplimiento en su mayor parte viene de la obediencia; la mayor parte de la obediencia viene de la internalización de la norma; y la mayor parte de la internalización de la norma viene

122. H. Hongju Koh, *Why do Nations obey international law?* 106, *Yale L. J.*, 2599, 1997.

de la participación en procedimientos legales, en concreto, procedimientos legales transnacionales”.¹²³

Los *standards* valorativos explican criterios transnacionales a los que la obediencia mediante la internalización introduce en los distintos sistemas jurídicos nacionales y, tributarios. Y la obediencia no deriva de un tratado; sino de acuerdos informales oficiosos, frecuentemente como inspiración de “buenas prácticas”, códigos de conducta, guías de actuación, criterios técnicos.

La generación jurídica de la interacción internacional en procesos, instituciones, experiencias, crean la atmósfera de un comportamiento debido, aun cuando no sea de obligado cumplimiento, v. g. la ley del tratado en sentido tradicional.

El *standard* valorativo debe ser relevante, universal, flexible, ampliamente aceptado y susceptible de comprobación, revisión, actualización. Y su origen o fuente, en verdad, viene de entidades, organizaciones u organismos de variada naturaleza: Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, OCDE, Grupo de Acción Financiera en materia de blanqueo de capitales, y, asimismo, el Consejo de Estabilidad Financiera del G20.

Como es propio de la categoría, están aceptados en el presupuesto de hecho de la norma jurídica local, a través del procedimiento legal de obediencia, internalización e interpretación conforme. Esto se hace evidente, en las normas contables internacionales (*IASB*); en las guías de precios de transferencia (*OCDE*); pero, aún más, desde la aprobación del Plan de Acción del BEPS, en la designación de algunas de las acciones aprobadas como *standard mínimo*.

123. H. Hongju Koh, Jefferson Memorial Lecture, Transnational Legal Process after September 11th, Berkeley Journal of International Law, Vol. 22, 2003, p. 339

Los *standards mínimos* acordados son: la restricción de las prácticas fiscales lesivas mediante transparencia y sustancia económica de los regímenes fiscales preferenciales que la consientan y, también, fijación de la disciplina básica de incentivos fiscales a la propiedad industrial e intercambio obligatorio de las consultas fiscales que atañen a precios de transferencia. (Acción 5); impedir el abuso de tratado, sobre todo, clarificando, que el convenio para evitar la doble imposición no debe usarse para generar doble no sujeción (Acción 6); Reexamen de la documentación de precios de transferencia, facilitando la información sobre la actividad global de la empresa, la localización de sus rendimientos y los impuestos pagados en los diferentes países, en particular, el informe país-por-país. (Acción 13) y, por último, cambios en los convenios para evitar la doble imposición relativos a la efectividad de los mecanismos de resolución de controversias. (Acción 14).

La calificación, entre todos, de algunos *standards como mínimos* acentúa el matiz de obediencia, porque, en su virtud, se reclama la formalización en la ley local y ello “predispone a la realizabilidad” ...“la formalización es un paso obligado hacia la efectividad”¹²⁴

O dicho en otro modo, estas son las Acciones que reciben el consenso superior de todos los participantes para su adopción inmediata en su sistema jurídico.

Esto no significa que el resto del Plan de Acción BEPS carezca de valor propositivo. Al contrario, puede decirse que afrontan un argumento más complejo que tiene que ver con el discurso sobre valores y principios comunes fundamentales y de nivel medio, no acogidos, en principio, dentro de los sistemas jurídicos nacionales.

124. A. Falzea, *ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica giuridica*, cit., p. 364.

14.2. LOS CRITERIOS DE CREACIÓN DE EXPECTATIVAS

El Plan de Acción del G20 contra la erosión de bases y el desplazamiento o traslado de beneficios es una matriz de tutela de la base de imposición de cada Estado y los distintos valores, tales como transparencia, planificación fiscal agresiva, arbitraje fiscal, intercambio automático de información y los principios que inspiran, por ejemplo, la cláusula anti abuso del derecho, los precios de transferencia y *earnings stripping*, la economía digital; el régimen de transparencia fiscal internacional; la elusión mediante establecimiento permanente que, por tanto, quedan sometidos a su nacionalización progresiva y gradual conforme a las decisiones institucionales de cada país; pero, encadenados a los valores y principios superiores que les orientan.

A diferencia de la incorporación mediante *standards*, existe otra causa de *soft law* que es lo podría identificarse como criterios de creación de expectativas compartidas. Hay ordenaciones no obligatorias que poseen consecuencias en el comportamiento de los destinatarios, porque moldean las expectativas de los Estados hacia lo que constituye un comportamiento adaptado a lo que de ellos esperan los demás.¹²⁵

El *soft law*, en esta construcción, interesa como manifestación y mecanismo para la socialización entre estados. Es distinto al *hard law*, no tanto ni tan solo por el grado o clase de vinculación que supone, sino porque implica persuasión, difusión e interculturalismo entre los Estados y sociedades, que "su mera aplicación en los Tribunales o en

125. A. T. Guzman, T. L. Meyer, *International Soft Law*, The Journal of Legal Analysis, Vol. 2, n. 1, 2011, UC Berkeley Public Law Research paper, ssrn. 1353444.

decisiones políticas en procesos de máximo nivel”¹²⁶. Y no es una referencia a cada Estado en singular; inclusive bajo el Tratado de la Unión Europea, como veremos, la expansión del *soft law* responde la búsqueda de compromisos cooperativos ante la dificultad de implementación de normas de *hard law* (típicamente Directivas y Reglamentos) en ocasión que no se producen traspasos de competencias de funciones al seno de la UE.¹²⁷

La teoría que sustenta la “*international common law*” expresa el *soft law* como una opción de coste beneficio efectivo para el Estado, que le significa delegar y consentir otras fuentes de conducta, que no estrictamente convencionales, antes de regímenes de compulsión legal directa o sancionatorio.

“...las reglas no obligatorias pueden adoptar significación legal cuando moldean las expectativas hacia lo que constituye el cumplimiento con normas obligatorias.” (*Guzman, Meyer*). Justamente, la creación de expectativas compartidas es el punto fuerte de los acuerdos informales o flexibles. Es cierto que carecen de la fuerza vinculante rígida de la norma internacional convencional; pero, no es menos cierto, que genera la expectativa de cumplimiento entre los participantes o, incluso, como en el caso de las Recomendaciones del G20 o de la Unión Europea respecto a terceros Estados.

La diferencia entre *standards* y *criterios comunes compartidos* no es solo de grado sino de naturaleza. En efecto,

126. A. T. Guzman, T. L. Meyer, *Soft Law*, UGA Legal Studies Research Paper n. 2014-17, UC Berkeley Public Law Research Paper, ssrn n. 2437956.

127. D. M. Trubek, L. G. Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination*, 2005, *European law Journal*.

la importancia está en que su irradiación es genética, porque las prioridades asumidas –estabilidad global, protección de la base de imposición, transparencia, Responsabilidad Social Corporativa– se ramifican en torno a otros principios de nivel medio y sobre los propios *standards*. Toda la secuencia de valores y principios confluye, en distinta jerarquía, a la prospectiva transnacional.

De este modo, desde la gobernanza como concepto, se diseña un cuadro amplio de principios comunes transnacionales, cuya expresión multilateral es fruto del consenso o de la obediencia y el resultado es la integración cultural al registro de valores y principios comunes de cada sistema jurídico en particular. Son la referencia de ciertos valores prioritarios cooperativos de carácter global que abren la expectativa que sus destinatarios acudan a la realización de los fines que se postulan o criterios técnicos de obligada aplicación.

Conclusiones

Los principios comunes superiores atienen a los valores morales superiores adoptados fundacionalmente por la comunidad y compartidos en su práctica y corriente deliberación y actualización y dirigen o proveen de criterios de valoración a la totalidad del ordenamiento jurídico y a cada una de sus partes y áreas, sean o no recogidos en su expresión. El principio de la norma, por así decirlo, es el principio.

La secuencia de ponderación de los principios comunes responde a su propia jerarquía, a su importancia y peso, por lo que el grado de aplicación recorre un camino desde su más elevada dimensión moral, su incorporación constitucional, su actuación específica y sectorial en cada instituto jurídico, principios de nivel medio y *standards* valorati-

vos, reglas técnicas, principios legislativos (en la propia norma) y principios transnacionales.

La naturaleza de la cosa es la fuente de los valores morales y de los principios comunes. La respuesta de los principios ante la complejidad sistémica y el correlativo riesgo supone superar el derecho racional encerrado en si mismo, propiciando su apertura cuando el caos o la emergencia atañe a valores y principios comunes.

Los principios comunes fundamentales recogidos en la norma constitucional aspiran a reflejar expresamente los propósitos y valores asumidos en el seno social, aspirando a fijar la dirección y vocación de mejora del estilo de vida de la sociedad, en un momento histórico particular.

Los denominados *principios de nivel medio* evocan la necesidad de lograr una especificación compartida, que no tiene respuesta inmediata en los principios y valores abstractos de superior calado. La categoría aproxima en grado notable, además, la indeterminación, generalidad o abstracción de los principios comunes superiores a las exigencias intrínsecas de la propia norma jurídica específica de cada impuesto o de la rama de derecho analizada. Los principios de nivel medio son indeterminados, como los principios comunes, pero, a diferencia de estos, responden a valores intermedios compartidos y compartimentalizados, de insuficiente consenso para ser comunes, pero, de adhesión bastante para exhibir alguna ampliación o restricción valorativa de la norma ordinaria: *acuerdos sociales incompletamente teorizados*.

El *standard valorativo* es un principio común integrado y recibido en el contenido de la norma jurídica. Los standards valorativos no se confunden con los principios de nivel medio. En efecto, la principal de las diferencias es que los primeros están dentro de la norma jurídica, aun cuando

contribuyan a su flexibilidad y provengan desde fuera del ordenamiento jurídico; mientras que los segundos, son atraídos no por la norma jurídica, que, inclusive puede omitir de su enunciado, sino por los principios comunes fundamentales o superiores.

Los principios transnacionales son orientaciones y valores que vienen colocados y formulados en los acuerdos alcanzados en el interior de comunidades más extendidas de las que es parte la comunidad nacional. Los principios comunes transnacionales entran en el ordenamiento jurídico local como adecuación conforme a otros valores y principios que vienen de fuentes no pacticias, que adopta como propios. Los principios comunes transnacionales tributarios pueden observarse en la gobernanza de la Unión Europea al amparo de su Tratado y lo que es más sugestivo de derecho flexible ajeno o distinto a su producción, y, principalmente, la gobernanza mediante Recomendaciones del G20.

El gobierno sin autoridad, la gobernanza, es un proceso de consenso, de Recomendaciones no rígidas, con participantes públicos y privados, sobre temas diversos y variables de alcance transnacional, apoyado en referencias (*benchmarks*), control entre pares (*peer review*), que se materializa en *standards* valorativos técnicos (*best practices*) y principios de creación de expectativas compartidas de cumplimiento, que, a su vez, pueden ser fundamentales o de nivel medio.

CAPÍTULO II. TAX GOVERNANCE EN LA UNIÓN EUROPEA

15. Los principios de gobernanza en la Unión Europea

La gobernanza fiscal responde a una intencionalidad coordinada respecto a determinadas finalidades. La novedad, si cabe, es el empleo sistemático de instrumentos tendentes a ello sin argüir en su defensa el ejercicio de competencias cedidas por parte de los Estados, que no existe en materia de impuestos no armonizados, impuestos directos y, consecuentemente, el recurso a la exclusiva regulación mediante Directivas y la regla de la unanimidad. (art. 113 FEUT).

El concepto de gobernanza fiscal aparece reflejado, desde 2008, en textos y documentos publicados de la Unión Europea. Pero, en verdad, podría remontarse a 1997 con la adopción del Código de Conducta Empresarial (“Código Monti”), que señala la introducción del principio de competencia fiscal lesiva¹²⁸. No es casual, entonces, que algún autor, indique que el Código es un ejemplo de *Open Method of Coordinación*, “sin utilizar explícitamente la etiqueta”.¹²⁹

128. Consejo de la Unión Europea, Economic and Financial Affairs, 8850/08, comunicado de prensa 2008, p. 22 y 23.

129. C. M. Radaelli, U. S. Kraemer, Governance Areas in EU Direct Tax Policy, *Journal of Common Market Studies*, March 2008, p. 17;

No puede menos que aceptarse que el verdadero antecedente racional de un modo de gobernanza mórbido, adaptable fue el denominado Método Abierto de Coordinación. (*Open Method of Coordinación*), que promueve la integración por coordinación desde el final de los años noventa, en materias tan sensibles como el empleo, tutela y protección social.¹³⁰

En efecto, es este método OMC el que inspira, posteriormente, la gobernanza fiscal. La integración por coordinación, que no armonización por medio de Directivas, tiene por contenido directrices o programas que cuentan con el soporte de los diferentes gobiernos para su adopción local, combinado con controles periódicos, revisión e indicadores y referencias comparativas. Los principios inspiradores son la flexibilidad, participación, pública y privada, integración de nivel múltiple y, sobre todo, voluntad política de integración.

La integración por coordinación no implica la cesión de competencias a nivel supranacional, si no la “aproximación de la política nacional y los diseños políticos en una realidad colectiva única, que refleja la complejidad e interdependencia de la sociedad y economía europea”¹³¹. En suma, un modo de gobernanza que no es jerárquico, ni rígido y que, tampoco apela a la norma sancionatoria en caso de incumplimiento.

Modes org Governance in EU Tax Policy, en *Innovative Governance in the European Union: The Politics of Multilevel Policymaking*, editors I. Tommel, A. Verdun, Lynne Rienner Publishers, USA 2009.

130. S. Borrás, K. Jacobsson, The open method of co-ordination and new governance patterns in the EU., *Journal of European Public Policy*, 11, 2 April 2004.

131. S. Borrás, K. Jacobsson, cit. p. 202.

15.1. LA GOBERNANZA FISCAL HÍBRIDA

El OMC inaugura un nuevo modo de gobernanza, basado en medios no jerárquicos para el logro de objetivos políticos, en suma, medios de *soft law* o la integración por coordinación. En el ámbito fiscal esto origina una gobernanza híbrida, apoyada, de un lado, en la forma rígida y ordenada de la legislación comunitaria primaria, en especial, la Directiva y, en su caso, los Reglamentos, y, de otro, una forma de orientación desprovista de esa característica, basada en Recomendaciones, Comunicaciones, Código de Conducta, Planes de Acción, Guías de actuación, en áreas que pudieran no ser compatibles o estuvieran en contradicción con las leyes comunitarias. Una gobernanza híbrida que pretende concitar la participación de los actores públicos, instituciones comunitarias y Estados, y privados, las empresas, para consensuar objetivos y modos de realización, sea a través de elementos jerarquizados o voluntarios y participativos.

Sin perjuicio de ello, no puede omitirse la función de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es mérito suyo el desarrollo del principio comunitario del abuso del derecho. Las concreciones del principio en sucesivos casos obligan a su interpretación y aplicación directa por las leyes locales¹³². El derecho nacional de cada Estado miembro no puede actuarse sin referencia a la congruencia y respeto de los valores propios del derecho comunitario. Es más, convierte en redundantes las cláusulas antiabuso domésticas o, inclusive, es de aplicación, aunque no fuera contemplada por el derecho nacional.¹³³

132. Entre otros, Emsland-Stärke –C-110/99, S; Halifax, C-255/02 Cadbury Schweppes, C-196-2004; Thin Cap Group Litigation, C-524-2004; Kofoed, C-351-2005.

133. F. Vaniestendael, Halifax and Cadbury Schweppes: one single theory of abuse in European tax law, EC Tax Review, 4/2006.

La gobernanza fiscal, a partir de 2008 hasta ahora y en sucesivos despliegues, ha tentado de impulsar una idea de aproximación, que no de armonización, entre las políticas fiscales de los Estados miembros ocasionada por la rápida evolución de los acontecimientos a partir de la crisis financiera de 2008 y las dificultades para alcanzar la unanimidad en las decisiones requeridas por las Directivas comunitarias.

En su conjunto, es una reacción unitaria de la institución comunitaria a través de la coordinación programada y flexible entre los Estados miembros y cuyo objetivo hacia dentro es la tutela de las bases de imposición nacionales, alteradas por la evasión y la elusión intencional, la planificación fiscal agresiva, el abuso del derecho, la competencia fiscal lesiva. y, vecinada, como refuerzo a la lucha contra el blanqueo de capitales, corrupción, criminalidad organizada y financiación del terrorismo. Simultáneamente, la coordinación hacia fuera solicita la buena gobernanza fiscal de los Estados no miembros, mediante la cooperación internacional en términos de transparencia, intercambio de información y evitación de competencia fiscal lesiva.¹³⁴

La última década advierte una inclinación por la coordinación pactada, mórbida, flexible en el seno de la UE, sobre todo, en un ámbito, en principio, exclusivo y excluyente de los Estados miembros, cual es el área de la imposición directa. Este modo de gobernanza, afirman *U. S. Kraemer* y *C. M. Radaelli*, no emerge en un vacío político, pero “parece ganar preeminencia en los últimos años.”

Las causas son claras: la crisis financiera de 2008; la restricción de la legislación primaria comunitaria en términos

134. Unión Europea, Comunicación Promoting good governance in tax matters, 28/4/2009 y Tax and Development –Cooperating with developing countries on promoting good governance in tax matters, 21/4/2010.

de apoyo unánime para su aprobación y, por último, pero no menos importante, la circunvención de la cesión de nuevas competencias que pudieran dificultar las decisiones políticas de los Estados miembros, sin perjuicio, al mismo tiempo, de confrontarse con los desafíos urgentes de la disminución de sus recursos públicos y la pérdida de protección de su base de imposición nacional.

La integración coordinada en materia de impuestos directos es, también consecuencia de la constatación por la propia UE y sus miembros que la única salvaguardia para preservar su autonomía de acción reside en la cooperación, puesto que ningún Estado puede afrontar en lo inmediato la mejor defensa de su interés fiscal, de su recaudación, si no es en conjunto con otros.

No es que las salvaguardias del Tratado minen la autonomía de los miembros, en lugar de tutelarla, en particular, la autonomía fiscal. La verdad es exactamente la contraria: las salvaguardias del Tratado son a todas luces insuficientes y probablemente obsoletas; pero, no es menos cierto, que el dogma de la soberanía política, asimismo obsoleto, propende a obstaculizar una auténtica unidad fiscal, con Hacienda propia de la UE y capacidad política de intervención jurídica en los impuestos directos. Eso ayuda a explicar la apelación a una regulación soterrada, que deja las competencias como están, aunque, en la práctica, la gobernanza fiscal, por principio común aceptado, las modifica.¹³⁵

135. P. Genschel, M. Jachtenfuchs, How the European Union constrains the state: Multilevel governance of taxation, *European Journal of Political research*, 50, 2011, p. 309, sostienen que las salvaguardias del Tratado minan la autonomía.

15.2. LA BUENA GOBERNANZA FISCAL. LOS PRINCIPIOS

La gobernanza es teleológica; mientras que la buena gobernanza es de principios comunes. Una cosa son los propósitos y la finalidad y otros los instrumentos que se requieren para conseguirlos y que no deben sacrificarse, valores intermedios, principios comunes para conseguir las finalidades, sin traicionarlas.

La buena gobernanza aparece estrechamente vinculada a los derechos humanos, a la democracia, al desarrollo sostenible, a la responsabilidad social corporativa y al respeto de la ley. Una dirección del conjunto, si es un actor público, en un marco de valores y principios comunes que la rodean y, decididamente, la condicionan.

El transporte de la gobernanza a la buena gobernanza impone la participación social, la integridad, la transparencia, la confianza, la igualdad en la aplicación de la norma y la responsabilidad de la actuación como prerequisite de legitimidad.¹³⁶ Pero, no solo, puesto que la buena gobernanza rechaza los males públicos y las malas prácticas en corrupción, blanqueo de capitales, criminalidad organizada, financiación del terrorismo.¹³⁷

El 14 de mayo de 2008 el ECOFIN (los Ministros de Finanzas de la UE reunidos en Consejo) definen la buena gobernanza fiscal en base a los principios de transparencia, intercambio de información y competencia fiscal conforme a las reglas. A ello posteriormente se añadirá la Responsa-

136. N. Chowdhury, C. E. Skarstedt, *The principle of good governance*, Centre for International Sustainable Development Law, Oxford, marzo, 2005

137. F. Weiss, S. Steiner, *Transparency as an element of good governance in the practice of the EU and the WTO: Overview and Comparison*, *Fordham International Law Journal*, V. 30, 5, 2006, p. 1550.

bilidad Social Corporativa. De modo que, por vez primera, la UE señala los principios comunes que adjetivan la buena gobernanza fiscal; principios que, como veremos, sufren un laborioso y permanente proceso de definición y detalle; pero, que, a esta altura definen las características que deben presidir la orientación y dirección del sistema tributario de cada Estado miembro.

El 28 de abril de 2009 hay una Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo que se denomina "*Promoviendo la buena gobernanza en materia fiscal*".

En primer lugar, se señala que la crisis financiera amenaza la política presupuestaria y los sistemas tributarios y se necesita "*cooperación fiscal internacional y principios comunes*" (*el subrayado es mío*), (v. g. "buena gobernanza en el área fiscal").

En segundo lugar, hay signos negativos de la globalización que hacen más vulnerables a los países, a la elusión y evasión fiscal. Fue la crisis sistémica financiera la que puso en evidencia las fragilidades de los sistemas locales y la función perversa de los paraísos fiscales, de los centros financieros internacionales, que reniegan del principio de transparencia e intercambio de información, estimulando la planificación fiscal agresiva de las empresas transnacionales.

En tercer lugar, es necesario establecer acuerdos con terceros Estados que cubran *principios comunes* (*el subrayado es mío*) y cooperación en materia fiscal. La buena gobernanza fiscal no solo es esencial para combatir la elusión y evasión fiscal, sino también para fortalecer la lucha contra el blanqueo de capitales, la corrupción y financiación del terrorismo. Hay un consenso global para continuar coordinando la respuesta a este problema.

En cuarto lugar, la cooperación comunitaria es vital para los Estados, porque las medidas individuales o bilaterales son insuficientes de cara a los problemas de la *erosión* fiscal.

En rigor, los principios de transparencia, e intercambio de información, como fundamento de la buena gobernanza, resultaban, a la época, fragmentarios e insuficientes, con excepción del de competencia fiscal lesiva y complemento de ayuda fiscal prohibida, que se remontaban a 1997. Por ejemplo, en materia de transparencia se hacía hincapié en las normas societarias y reglas contables y financieras y en cuanto al intercambio de información no asumía, lo que posteriormente supuso la modalidad automática, a partir de FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act de los EE.UU. de 2010*)

La resolución del Parlamento Europeo de 10 de febrero de 2010, promoción de buena gobernanza fiscal, aparece como un desarrollo más atento de la extensión de los principios adoptados.¹³⁸

El principio de transparencia comprende decisiones sobre paraísos fiscales, jurisdicciones que amparan el secreto bancario; el abuso de personas jurídicas, antecedente del beneficiario efectivo; revisión de las reglas contables; adopción del informe **Country by Country** (país por país) de las empresas transnacionales.

El principio de intercambio de información se convierte en la elección de la modalidad automática, dentro de la Unión y con terceros Estados.

El principio de competencia fiscal lesiva conserva su alcance en el rechazo a los regímenes fiscales preferenciales y la ayuda fiscal prohibida.

138. OJC 341 E, 16. 12. 2010.

La resolución del Parlamento europeo de 8 de marzo de 2011, cooperando con los países en desarrollo en la promoción de la buena gobernanza en materia fiscal, propone la introducción de una cláusula de gobernanza fiscal en los Tratados que se celebren, por cuanto asegura legitimidad y confianza en las instituciones implicadas, descrito como “el dividendo de la gobernanza”. El énfasis se traslada a las jurisdicciones no cooperativas, a los paraísos fiscales como vehículos destacados de elusión, evasión, blanqueo de capitales; denunciando, a la vez, las prácticas ilegítimas de precios de transferencia de las empresas transnacionales y el arbitraje fiscal. Anuncia la conveniencia de listas comunes y sanciones o estímulos a su comportamiento. Asimismo, la introducción de mecanismos de información y transparencia en los ámbitos de las empresas dedicadas a la explotación de recursos naturales. Finalmente, respalda un acuerdo multilateral obligatorio de intercambio automático de información, incluyendo trusts y fundaciones, en la lucha contra el flujo ilícito de dinero y capital.¹³⁹

De la evolución se desprende que el principio de competencia fiscal lesiva mantiene su contenido esencial, como marco de medidas que afectan o pueden hacerlo en un modo significativo, la localización de la actividad empresarial en la Unión mediante el atractivo de un significativo bajo nivel de imposición, que el que generalmente aplica el Estado miembro concernido, incluidos los regímenes fiscales preferenciales como ayuda fiscal prohibida; el principio de intercambio de información evoluciona, en manera destacada, hacia un modelo de intercambio automático entre los Estados de determinados bienes de información, en especial, financiera y el principio de transparencia irradia sus efectos sobre terceros Estados, empresas transna-

139. A7-0027/2011.

cionales y empresas dedicadas a la explotación de recursos naturales.

La Comunicación de la Comisión Europea de 25 de octubre de 2011 sugiere una estrategia renovada de la UE 2011-14 para la Responsabilidad Social Corporativa.¹⁴⁰

La RSC es “la responsabilidad de las empresas por sus impactos en la sociedad”.¹⁴¹ Las empresas deben integrar las preocupaciones sociales, ambientales éticas, derechos humanos y de los consumidores en sus operaciones comerciales y estrategia central en colaboración con sus partícipes. Por una parte, para maximizar la creación de un valor compartido por sus propietarios, accionistas, partícipes y la sociedad en sentido amplio. Por otra, para identificar, prever y mitigar sus posibles impactos negativos o adversos.

¿Por qué es importante la definición de RSC? Lo advierte la propia Comunicación: las empresas son alentadas, cuando sea apropiado, a trabajar en la implementación de los principios de buena gobernanza fiscal: transparencia, intercambio de información y competencia fiscal conforme a las reglas, correcta¹⁴². Y, dando origen, como se verá, a la RSC como fundamento de la lucha contra la planificación fiscal agresiva y el abuso del derecho. O sea, del principio de Responsabilidad Social Corporativa deriva la necesidad que la operación comercial y la estrategia central de la empresa identifique, prevea y mitigue los impactos adversos y negativos de la elusión fiscal intencional, mediante el desplazamiento de sus beneficios a otras jurisdicciones más benévolas que le aseguren la doble no imposición.

140. COM (2011)681.

141. Cit. p. 6.

142. Cit. p. 7.

16. De la especificación de los principios

Los principios de buena gobernanza fiscal –transparencia, intercambio de información, competencia fiscal lesiva, responsabilidad social corporativa– se desenvuelven gradualmente hacia una determinación de su contenido, en esencia, no fácilmente predeterminable, y ello exige describir las circunstancias que lo individualizan y acumulando datos de identificación. Los hechos se suceden y su designación es de oportunidad, histórica, de perdurabilidad imprevisible. El proceso no es lineal, porque hay hechos que, a la vez, tocan con principios distintos, zonas secantes que comparten ámbitos de principios diversos, v. g. transparencia y competencia fiscal lesiva o intercambio de información y responsabilidad social corporativa y, asimismo, hechos que se sitúan en escala o secuencia de principios que no ostentan igual jerarquía, v. g. principios transnacionales, principios comunes y principios de nivel medio o *standards*, valorativos o aún más conceptos que llegan desde abajo y ascienden al máximo grado de valor (planificación fiscal agresiva por vía de la Responsabilidad Social Corporativa).

De ello resulta que el desarrollo del *soft law* comunitario, una vez sentados los criterios primeros de valoración, afronta, no sin contradicciones, la vía de la adaptación, de la adecuación, que permita su transporte, desde la Comunicación o Recomendación; desde el Código de Conducta o el Libro Blanco, a los principios de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

El 27 de junio de 2012 se produce la Comunicación de la Comisión sobre medidas concretas para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal inclusive en relación con terceros países. (*June Communication*).¹⁴³

143. COM (2012) 351.

La disposición desplaza el acento de la gobernanza fiscal en el desafío puesto por el fraude fiscal y la evasión fiscal. La distinción, para entendernos, es entre delito fiscal e infracciones administrativas de ocultación o simulación. "Un aumento de la eficiencia y eficacia es desesperadamente necesitado" ante la disminución de los ingresos tributarios.

Primero, a través de la mejora de la recaudación fiscal; segundo, por la cooperación transfronteriza entre las Administraciones y tercero, promoviendo los principios de buena gobernanza fiscal respecto a los terceros Estados.

La mejora de la recaudación de impuestos constata las deficiencias y debilidades de las Administraciones de algunos de los Estados miembros, en especial en el IVA.

La cooperación entre las Administraciones propicia una colaboración de confianza y solidaria entre las mismas, en el empleo de los instrumentos legales existentes y el fortalecimiento de las herramientas actuales, donde especialmente, se señalan las entidades jurídicas intermediarias no gravadas que oscurecen al beneficiario efectivo último y a los instrumentos financieros que sirven a la evasión fiscal (*insurance wrappers, structured retail products*). Además, se reitera la necesidad de promover el intercambio automático de información dentro y fuera de la UE y la eventual introducción de un Número de Identificación Fiscal europeo.

De nuevo, adquiere protagonismo la planificación fiscal agresiva como elemento coadyuvante de la crisis fiscal de los Estados mediante el uso de operaciones o estructuras artificiales y la explotación de asimetrías entre los sistemas tributarios, lo cual vulnera las normas legales y exacerba las pérdidas de recursos. En tal contexto, se pretende desarrollar mecanismos que permitan advertir con anticipación y dar rápida respuesta a los esquemas de planifica-

ción fiscal agresiva; la creación de inspecciones conjuntas para el fraude transfronterizo; el seguimiento de los flujos de dinero.

Hay una breve mención al desarrollo de incentivos motivacionales a los contribuyentes, complementarios del ordeno y mando administrativo, mediante una aproximación de servicio, como si fuera cliente; posición, obviamente insuficiente, y escasamente argumentada.¹⁴⁴

Lo que parece de interés es una nueva referencia a la Responsabilidad Social Corporativa, relacionándola con formas de revelación voluntaria del contribuyente y sus asesores, de sus programas o esquemas de planificación fiscal agresiva y rectificación espontánea de sus errores, esta vez, como fundamento, de un futuro Estatuto de los Contribuyentes.¹⁴⁵

Finalmente, la apreciación dirigida a obviar y superar cualquier distinción entre impuestos directos e indirectos en la lucha contra la evasión, porque quien lo hace en el IVA no deja de hacerlo en el Impuesto sobre la renta o sociedades y viceversa. Por tanto, no hay particular referencia a la Directiva (impuestos directos) como modalidad exclusiva de su regulación.

Los principios de buena gobernanza fiscal deben promoverse dentro y fuera de la UE. Y esto atañe tanto a centros financieros offshore internacionales (Suiza, Islas Cayman) cuanto a determinados países (Andorra, San Marino, Liechtenstein, Mónaco). En general, la actividad opaca y lesiva de los paraísos fiscales, jurisdicciones no cooperati-

144. T. Rosembuj, *Tax Morale*, cit. p. 172, porque el énfasis debe formularse en términos de regulación reactiva, diferenciando la masa de contribuyentes que cumplen ordinariamente de los que son infieles, desleales, defraudadores sistemáticos.

145. June Communication, cit. p. 8.

vas, conspira contra la erosión de la base de imposición de cada Estado. Al respecto, la propuesta europea pretende, no solo reclamar transparencia, sino eliminación de la competencia fiscal lesiva y de la planificación fiscal agresiva.

La consecuencia de la *June Communication* fue el Plan de Acción para fortalecer la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, de 6 de diciembre de 2012.¹⁴⁶

El objetivo declarado es la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, calificado como un problema plurifacético y que requiere una acción coordinada en todos sus aspectos. “Es un desafío global que ningún Estado miembro por si solo puede afrontar”.¹⁴⁷

Conviene destacar algunas de las iniciativas más relevantes.

La primera de las iniciativas insiste en estimular a los terceros países para aplicar *standards* mínimos de buena gobernanza fiscal. De un lado, bajo retorsión de una lista negra de jurisdicciones no cooperativas y la renegociación, suspensión o conclusión de los CDI.

Inmediatamente apunta a una Recomendación sobre Planificación Fiscal Agresiva, contraria a los “principios de Responsabilidad Social Corporativa”, porque el impago de los impuestos empresariales produce un impacto negativo sobre el resto de la sociedad. En una de sus primeras descripciones alude al uso de transacciones complejas, a veces artificiales, dentro o fuera de la UE. De este modo se explotan las asimetrías de los distintos sistemas tributarios y ciertas rentas quedan no sujetas e ningún lugar o las diferencias de tipos de gravamen. Ello debe servir para incor-

146. COM (2012)722.

147. ídem, cit. p. 15.

porar cláusulas en los CDI que eviten la doble no imposición y la inclusión de una cláusula antiabuso común.

La tercera de las propuestas es la mejora de la aplicación del principio de competencia fiscal lesiva, en el nuevo contexto en que se aplica el Código de Conducta para la fiscalidad de empresa de 1998; ante la complejidad de las prácticas que lo eluden y que permiten la doble no imposición mediante planificación fiscal agresiva.

La cuarta se refiere a la promoción del principio de intercambio automático de información en el foro internacional y en la UE. Es, probablemente, la definición más rotunda en este especial ámbito, porque, no puede olvidarse que la ley americana FATCA está en vigencia desde 2010 y, por tanto, acelera la actividad de la propia entidad comunitaria, así como la del G20 y la OCDE.

Asimismo, abraza las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (FATF/GAFI) avaladas por el G20, que exhiben la preocupación por el blanqueo de capitales a través del abuso de entidades intermediarias, trusts, fundaciones, encubridor del último beneficiario efectivo. Y, sobre todo, al identificar la evasión fiscal como una de las infracciones subyacentes al blanqueo de capitales, superando una añosa polémica que la excluía. Asimismo, aclara que el contrabando incluye el fraude aduanero y las accisas y los impuestos relativos. Las entidades financieras deben extremar la *due diligence*, el conocimiento de sus clientes, la gestión de las bancas corresponsales y los deberes de información, contabilidad y documentación. En suma, predica el fortalecimiento de la cooperación entre agencias administrativas de lucha contra el blanqueo de capitales, la evasión fiscal, la seguridad social y el orden jurisdiccional.

Finalmente, se insiste en medidas ya anunciadas, tales como el Número Único de Identificación Fiscal; la extensión

de un Código o Estatuto del Contribuyente; las inspecciones conjuntas transfronterizas; el seguimiento de los flujos de dinero en el sistema financiero; la elaboración de un único instrumento legal para la cooperación fiscal respecto a todos y cada uno de los impuestos, sean directos o indirectos.

Vale la pena apuntar a las acciones que se apuntan contra el fraude repentino y masivo en el IVA, protagonizados por enteros sectores económicos y que provocan un impacto financiero importante. Las propuestas se convirtieron en las Directivas 2013/42 y 2013/43 respectivamente. Es decir, el Plan de Acción sugiere Mecanismos Rápidos de respuesta en el IVA mediante la extensión de la inversión del sujeto pasivo –*reverse charge*–, que condujeron a su traducción en normas comunitarias primarias.¹⁴⁸

La inversión del sujeto pasivo en el IVA consiste en el hecho singular de que quien asume la condición de tal, pasa a ser no quien realiza la operación, sino quien la recibe.

Los efectos reseñables son los siguientes:

- La inversión de sujeto pasivo implica que el destinatario asume la dicha posición, que no el cedente o el prestador.
- La inversión opera sólo en las operaciones sujetas al Impuesto. No se modifica el ámbito de las exenciones ni el de las operaciones no sujetas.
- La inversión implica que el sujeto pasivo pase al empresario para quien se realiza la operación gravada.

La principal de las consecuencias en el régimen de inversión del sujeto pasivo es que el destinatario de la opera-

148. Directivas Unión Europea 2013/42 y 2013/43 de 22 de julio de 2013.

ción no debe esperar a que se produzca repercusión por parte del vendedor, sino que debe ser el mismo quien se autorepercute el IVA soportado. Por tanto, incluirá entre sus cuotas de IVA devengado las que correspondan a su propia repercusión, sin perjuicio de las deducciones que le corresponden.

Es un sujeto pasivo y, a la vez, deudor u obligado al pago del IVA, pleno, completo, adecuado a la mecánica legal del IVA, exactamente asimilable a los que tienen la condición de empresa y realizan las operaciones gravadas. Todo, reunido en una figura subjetiva única.

Así, la Directiva 2013/42/UE en sus fundamentos explica:

“El fraude fiscal en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (IVA) provoca pérdidas presupuestarias considerables y afecta a las condiciones de competencia y, por ende, al funcionamiento del mercado interior. Recientemente, han surgido modalidades específicas de fraude fiscal repentino y masivo, especialmente a través de la utilización de medios electrónicos, que facilitan el comercio ilícito rápido a gran escala.”

En particular, se ha advertido que se han producido fraudes en relación con el suministro de gas y de electricidad, los servicios de telecomunicaciones, las consolas de videojuegos, los ordenadores portátiles y las tabletas digitales, los cereales, los cultivos industriales como las semillas oleaginosas y la remolacha azucarera, y metales en bruto y los metales semi acabados, incluidos los metales preciosos.

La reforma es trascendente porque vincula férreamente a enteros sectores económicos productivos, comercializadores, de servicios a la *reverse charge*, como medio determinante de lucha contra el fraude fiscal en el IVA. La

normativa comunitaria provoca, entonces, una atracción central a la aplicación exclusiva del IVA mediante la inversión del sujeto pasivo.

El 6 de diciembre de 2012 se publica la Recomendación de la Comisión atinente a medidas de aliento a los terceros países para apliquen *standards* mínimos de buena gobernanza fiscal, que profundiza las conclusiones de la *June Communication*.¹⁴⁹

Los principios de gobernanza aplicables atañen a la transparencia, el intercambio de información y la interdicción de competencia fiscal lesiva.

La transparencia se cumple cuando las autoridades del país tienen acceso a la propiedad e identidad de información de cualquier tipo de entidades o transacciones y por la conservación de sus registros contables fiables. Asimismo, por la disponibilidad de información de los titulares de cuentas bancarias.

Las autoridades tienen la potestad de obtener la información que se les requiere bajo un acuerdo de intercambio de información, de cualquier persona dentro de su territorio.

Los mecanismos de intercambio de información son efectivos y aseguran la confidencialidad de la información recibida por el Estado receptor, en respeto de los derechos de los contribuyentes.

La calificación de los principios, a tenor de lo que vendría con posterioridad, son insuficientes y, por ejemplo, no menciona el intercambio automático de información ni tampoco hay referencias a las clases de entidades de riesgo –trusts, fundaciones– ni a los beneficiarios efectivos o a los

149. C (2012)8805.

deberes y obligaciones de las entidades financieras respecto a la *due diligence*.

La concurrencia de prácticas lesivas se verifica a partir de ciertos indicadores asumidos por el propio Código de Conducta Empresarial de la UE y de la OCDE.

- Si las ventajas se conceden solo a no residentes o respecto a transacciones realizadas con no residentes.
- Si las ventajas están aisladas del mercado doméstico, de modo que no afectan su base de imposición.
- Si las ventajas se conceden aún en ausencia de actividad económica real y presencia económica sustancial dentro del tercer país.
- Si la regla para la determinación del beneficio dentro de un grupo multinacional se aparta de los principios aceptados, en particular de la OCDE.
- Si las medidas son opacas, inclusive en vía administrativa, aunque la previsión legal no lo haga explícito.

Las consecuencias de la competencia fiscal lesiva atañen a la confección de listas negras con los terceros países que no respeten los principios de gobernanza fiscal y, eventualmente, la renegociación, suspensión o conclusión de los CDI.

Al contrario, para los que cumplan, se abre la posibilidad de reforzar la cooperación y asistencia técnica, en especial, a luchar efectivamente contra la evasión fiscal y la planificación fiscal agresiva.

16.1. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA. EL ABUSO DEL DERECHO

No es exagerado señalar que la RSC deviene el *cuarto* de los principios auspiciados de buena gobernanza fiscal: la minimización del impuesto a través de esquemas dirigidos a su eliminación, diferimiento, o anulación, configura un cuadro de ilícito atípico, abuso del derecho, cuya base es la ruptura del principio de Responsabilidad Social Corporativa.¹⁵⁰

“El pago de los impuestos por las empresas puede tener un importante impacto positivo sobre el resto de la sociedad. La planificación fiscal agresiva puede así considerarse contraria a los principios de Responsabilidad Social Corporativa.”¹⁵¹

La RSC es el soporte que prohíbe, en principio, el exceso de riesgo fiscal de la empresa, la intencionalidad de eludir el pago de los impuestos mediante mecanismos destinados a impedir la aplicación correcta de la norma legal y, por tanto, negando que se cumpla su cometido. Los impactos negativos o adversos son dobles: daño al interés fiscal, el derecho a la recaudación de impuestos de otra forma adeudados al Estado y a los otros contribuyentes que se ven sobreimpuestos por la ausencia de los otros ingresos tributarios debidos.

La relación preestablecida entre Responsabilidad Social Corporativa y planificación fiscal agresiva permite individualizar algunas necesarias ideas previas. El núcleo de la

150. T. Rosembuj, *Tax Morale*, cit. p. 236.

151. COM (2012) 722, *Communication, An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*, 6 de diciembre de 2012, p. 6.

relación es el impacto negativo de la privación de recursos tributarios al Estado mediante acciones contrarias a la finalidad de la norma jurídica para la obtención de beneficios fiscales que de otra forma no conseguiría, con daño no solo al propio interés fiscal del Estado, sino, también, a los demás contribuyentes que cumplen correctamente con su deber cívico de contribuir.

La RSC se presenta como el principio prohibitivo del exceso de riesgo fiscal del contribuyente, que impide el cumplimiento del cometido de la ley, de su propósito. El exceso, justamente, es el acto negativo de planificación fiscal agresiva. El contenido del acto negativo es la violación de la *ratio legis* de la disposición y su intención, reduciéndola a pretexto por vía del texto, de su literalidad. Esto es lo que suele definirse como *creative compliance*: la apariencia de cumplimiento de la norma, evitando su cumplimiento genuino.

La RSC es la matriz de un concepto hijo propiciado por las Naciones Unidas que es la Responsabilidad Fiscal Corporativa (*Corporate Tax Responsibility*). El discurso aquí no se dirige a las empresas transnacionales o a los Estados, si no a los inversores, advirtiendo de los riesgos de la planificación fiscal agresiva. Por un lado, porque crea riesgos sobre los beneficios y conduce a problemas de gobernanza; ocasiona un daño reputacional y desvaloriza la marca; y, por último, causa distorsiones macroeconómicas y sociales.¹⁵²

Se dice que los inversores necesitan conocer las prácticas fiscales de las empresas para minimizar sus impuestos. Y así señala como estrategias claves las siguientes:

152. Principles for Responsible Investment, Engagement Guidance on Corporate Tax Responsibility, A. Karanidou, A. Guha. Finance UNEP Initiative, United Nations Global Compact, 2015.

transmisión de la propiedad intelectual desde jurisdicciones de fiscalidad ordinaria hacia jurisdicciones de nula fiscalidad; deuda intragrupo, en cuya virtud una filial en jurisdicciones de baja o nula fiscalidad presta dinero a filiales localizadas en jurisdicciones de fiscalidad ordinaria, para generar deducciones por intereses o, también, el empleo sistemático del arbitraje fiscal para obtener doble deducciones en las respectivas jurisdicciones o una deducción sin impuesto en la otra; la fragmentación de funciones, (v. g. I&D, diseño de producto, logística, transportes, servicios a clientes), utilizando servicios de marketing o sociedades comerciales, que solo sirven para desplazar beneficios por vía de la transparencia de precios, desde la fiscalidad ordinaria a la nula o mínima y finalmente, la localización en paraísos fiscales a través de sociedades sin sustancia económica o la promoción de regímenes fiscales de atracción de inversiones, del tipo de vacaciones fiscales o *patents box*.¹⁵³

La Responsabilidad Fiscal Corporativa confirma, por si fuera necesario, que la planificación fiscal agresiva es objeto de atención por las empresas transnacionales y su diseño no es ocasional sino sistemático; no es de interpretación jurídica, sino de la deliberada voluntad de búsqueda de beneficios fiscales, que, sin el esquema preordenado y predeterminado no se conseguirían. O sea, el mal uso, el abuso, del texto de la ley.

La planificación fiscal agresiva es el adjetivo del abuso del derecho y requiere una combinación de circunstancias objetivas, en cuya virtud, pese a la observancia literal de la ley comunitaria, impiden que su propósito se cumpla. Y, un segundo elemento subjetivo, consistente en la intención de conseguir una ventaja de la ley mediante la

153. Principles of Responsible Investment, cit. p. 13 y 14.

creación de condiciones artificiales que de no existir no se obtendría.¹⁵⁴

La idea es considerar la norma legal como “material para ser trabajado, ajustado a las propias necesidades o intereses”, sin tomar en cuenta ni la intención del legislador o la *ratio legis*, “donde las palabras de la ley pueden ser tratadas como recetas para la elusión”¹⁵⁵. Pero, con deliberación para conseguir la ventaja fiscal que se pretende de minimizar, diferir, eliminar el impuesto.

La otra posición, en la escuela de la OCDE, prescinde del elemento subjetivo, y centra su concepto en posiciones fiscales objetivas que son defendibles pero que poseen consecuencias en los ingresos tributarios que no están previstas, sea por un uso indebido de la ley o porque no estuvo en la intención del legislador y ésta es la posición adoptada por la UE., que estrecha considerablemente su postulado de RSC.¹⁵⁶

El 6 de diciembre de 2012 la Comisión publica la Recomendación sobre planificación fiscal agresiva.¹⁵⁷

La planificación fiscal agresiva consiste en la obtención de ventajas de los detalles (tecnicismos) de un sistema fiscal o de las asimetrías entre dos o más sistemas tributarios

154. Tribunal de Justicia de la U. E. Emsland Stärke, C-110/99, S. 14-12. 2000, par. 52, 53; en sucesivas sentencias la jurisprudencia oscila entre la consideración exclusiva del elemento objetivo o en conjunto con el subjetivo; Ampliascintifica CJCE C 162, 7 may, 2008. v. T. Rosembuj, op. cit. Minimización del Impuesto..., p. 22.

155. D. Mc Barnet, When Compliance is not the solution but the Problem: From Changes in Law to Changes in Attitude, p. 230, Taxing Democracy, ed. V. Braithwaite, Ashgate, London, 2002.

156. OECD, Study into the role of tax intermediaries, 2008.

157. C (2012)8806

con la finalidad de reducir la responsabilidad fiscal. Esto se produce a través de acuerdos “estrictamente legales” que, no obstante, contradicen la intención de la ley.

El punto de partida es doblemente erróneo. Aquello que se considera como acuerdos o transacciones legales son el resultado de la *creative compliance*. Usar la forma, la apariencia, artificial o no genuina, para producir un beneficio fiscal de otro modo fuera del alcance del contribuyente. Es un exceso decir que esto es cumplimiento de ley. Pero, además, vulnerar la intención de la ley (*ratio legis*) no puede verificarse si no hay una actividad artificiosa del agente, desprovista de contenido económico, con finalidad fiscal esencial. El uso indebido de la ley o la desviación de la intención jurídica se realiza porque hay un esquema dirigido a esa finalidad.

Hay un *defeat de la ley, en perjuicio del interés fiscal y del interés del resto de la sociedad*. O sea, un acto antagónico a la disposición jurídica, que traiciona su objeto, espíritu, propósito que de otra manera hubieran debido aplicarse. El contribuyente distorsiona el significado querido de la ley, partiendo de su sentido “estrictamente” literal: “ El no pretende entender. El no construye la ley de buena fe.”¹⁵⁸

La Recomendación propone un modelo de cláusula general antiabuso a los Estados Miembros, para contrarrestar las prácticas de planificación fiscal agresiva, cuyo talón de Aquiles es la renuncia a extraer las conclusiones debidas de su propio diagnóstico.

Así, deben ignorarse los esquemas artificiales o la serie de acuerdos artificiales cuyo propósito esencial es la elu-

158. H. Filipczik, Spirit of the Law for Non Believers: Tax Avoidance and (Legal) Philosophy, November 1, 2014, ssrn.com/abstract=25117906, p. 5.

sión fiscal dirigidos a obtener beneficios fiscales. Las autoridades deben atender a la substancia económica. La planificación fiscal agresiva, en el sentido expuesto, resuelve el abuso del derecho en un comportamiento objetivo, en fraude de ley, sin intención lesiva ni dañosa. O sea, se descarta la intencionalidad y la motivación fraudulenta de las operaciones, cuyo efecto es la rectificación, que no la sanción; la redefinición de la transacción conforme a lo que hubiera debido hacerse.

La calificación de acuerdo o transacción artificial reside en su ausencia de substancia mercantil. Y se describe el catálogo de situaciones que permiten apreciarla, sumando, en realidad, la experiencia recogida en torno al principio de la realidad económica, de la *economic substance, substance over form, step transactions, sham transactions*, del fraude de ley.

- Establecer la realidad jurídica total del esquema puesto en práctica, para evidenciar su incompatibilidad con los pasos singulares trazados.
- Establecer la razonabilidad del comportamiento empresarial ordinario.
- Establecer, si la serie de operaciones traen como efecto su autoanulación o autocancelación predeterminada.
- Establecer si las transacciones son circulares por naturaleza, donde nada cambia.
- Establecer si el beneficio fiscal se refleja en el riesgo de empresa asumido.
- Establecer si el beneficio antes de impuesto es insignificante en comparación con el beneficio fiscal esperado.

El predominio del elemento objetivo llega a su máximo en cuanto se afirma que las transacciones orientadas a la elusión fiscal vulneran (*defeat*) el objeto, espíritu y propósi-

to de las normas que hubieran debido aplicarse, “sin considerar ninguna intención subjetiva del contribuyente”¹⁵⁹. Esto enuncia la contradicción ya advertida, porque no puede producirse planificación fiscal agresiva, abuso del derecho, sin intención de hacerlo, sin hechos artificiales que lo procuren.

Por último, se invita que la búsqueda del beneficio fiscal (consecuencia de la actividad elusiva) pueda desprenderse de la comparación entre el importe del impuesto debido, por efecto de los artificios, y el importe debido en ausencia de los dichos artificios, (excluir cantidades de la base imponible: aprovecharse de la deducción; pérdidas fiscales; ausencia de retención en la fuente. De nuevo, la referencia confirma que la elusión fiscal intencional en razón de esquemas preordenados a la minimización del impuesto no puede comprenderse sin intencionalidad lesiva. El camino es de ida y vuelta. Del artificio al *defeat*; del *defeat* al artificio.

La oficialización del elemento objetivo de fraude de ley es restrictiva y reductiva. No puede, en ningún caso, asimilarse la planificación fiscal agresiva a un comportamiento despojado de intención de ir contra el propósito de la ley, en forma querida y voluntaria a través de operaciones vacías y huecas que así lo testimonian y dejar inmune al responsable. La palabra clave es *obtención de ventajas indebidas mediante un comportamiento lesivo*. Esto es, un comportamiento ilícito, sancionable.

El abuso del derecho, efecto concreto de la planificación fiscal agresiva, no puede ser “contemporáneamente conforme al derecho y contrario al derecho” (*Planiol*). La licitud del comportamiento no se puede determinar solo

159. Recomendación, p. 4. 5.

por la expresión de la letra de la ley, en caso de contrastar con principios comunes de dimensión moral externos y superiores.¹⁶⁰

16.1.1. De los principios comunes estrictos y las directrices. Los ilícitos atípicos

M. Atienza y J. Ruiz Manero distinguen entre reglas, principios en sentido estricto y las directrices. Los principios en sentido estricto se diferencian de las reglas (de las normas jurídicas) en la medida que su propuesta de solución al caso es abierta, mientras que las segundas responden a una estructura finita y cerrada. Los principios en sentido estricto establecen un mandato basado en valores que el propio ordenamiento jurídico califica como últimos y que los justifican y, al tiempo, dan sentido a las reglas.¹⁶¹ Las directrices, a su turno, son la forma que adoptan las normas programáticas, normas finalistas dirigidas a perseguir determinados propósitos.¹⁶²

La fórmula es que la categoría general es la norma dentro de la cual conviven las reglas (*rectius*: norma jurídica), los principios estrictos y las directrices.

La regla, en esa línea, es un conjunto cerrado y finito, lo cual, en verdad, implica que la regla asume el presupuesto de hecho y la solución que ofrece no se modifica ni se altera en la medida en que el hecho previsto se verifique. Es decir, más o menos, la definición clásica de norma jurídica,

160. Ch. Perelman, *Logica giuridica nuova retórica*, Milano, 1979, p. 131, 132.

161. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Sobre Principios y Reglas*, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 10, 1991, p. 108.

162. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996, p. 8.

sometida a la aplicación de subsunción. Es una norma de mandato.

El principio estricto se configura como una variante de la norma de mandato, pero de configuración distinta a la regla porque configuran el caso de forma abierta, fundado en valores últimos.

Las directrices son principios susceptibles de cumplimiento gradual, como los mandatos de optimización, y, al final, ilustran programas de mandato vago o desvaído, condicionados en su cumplimiento a la ponderación de las circunstancias y otros principios de colisión.

El enunciado jurídico de *M. Atienza, J. Ruiz Manero*, en lo que aquí interesa, es de gran interés. Por un lado, porque refuerza a los principios, aun cuando con razonamientos y argumentos distantes de la cuestión moral, desde una perspectiva que no se afilia al mero positivismo. La dicotomía entre principios estrictos y directrices, no obstante, es claramente reductiva. Es como si negara la posibilidad de la producción de principios, fuera del texto y contexto constitucional. En realidad, ambas formas, son principios y su importancia y peso es otro que el de la norma-regla. No están lejanos los tiempos en que todo lo que inspiraba a los principios constitucionales se descalificaba como programático, a efectos de menoscabar su potencialidad de aplicación. Y esto, en nuestro ámbito, no fue desconocido. Hasta ahora resuenan envejecidos argumentos contra el principio de capacidad contributiva, al que llego a bautizarse como “caja vacía”, por no hablar del principio de igualdad o, aún hoy, del principio de progresividad del sistema tributario.

No obstante, lo que deja la construcción de ambos autores es que los principios no son reglas (*rectius*: norma jurídica) y su virtualidad en el ordenamiento jurídico com-

parte la calificación de fuentes abiertas, irrestrictas, de comportamiento, a veces más competente y otras menos, pero, dicho con propiedad, distintas a la regla del presupuesto de hecho (de la *fattispecie*). Además, el reconocimiento, si bien estrecho, de criterios de valoración superiores que dan sentido último a las reglas (rectius: a la norma jurídica).

Los actos ilícitos son aquellos contrarios a una norma de mandato, que puede ser regla o principio. Los actos ilícitos típicos son “conductas contrarias a una regla (de mandato), los ilícitos atípicos serían las conductas contrarias a principios de mandato”.¹⁶³

Los ilícitos atípicos adquieren dos tipologías diversas.

“Unos son el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en reglas (*analogía legis*) o el resultado de la mera ponderación ente los principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva (*analogía iuris*). Otros...” son ilícitos atípicos que, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo, y en razón de su oposición a algún principio o principios, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder.”¹⁶⁴

Los elementos en común de los ilícitos atípicos son “: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por la regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esta acción ;c) el carácter injustificado de

163. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Ilícitos Atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, 2000.

164. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *ídem*, p. 27.

ese daño respecto a la ponderación entre los principios pertinentes del sistema; d) la producción a partir de ese equilibrio, de una nueva regla que limita el campo de aplicación de la primera, calificando como prohibidos los comportamientos que, según ella, aparecen como permitidos.”¹⁶⁵

Los principios estrictos, cuasi normas, y las directrices, cuasi promesas, vician una reflexión unitaria, lo que se evidencia en esta teoría de los ilícitos atípicos. De las dos, una: o los ilícitos atípicos derivan de principios o de normas, pero, lo que no se sostiene es que pueden derivar solo y exclusivamente de principios con mandato (los estrictos), mientras que los ilícitos típicos siempre traen como causa a la norma jurídica. Esto no puede ser, porque, precisamente, es de los principios comunes, de los fundamentales, de los principios de nivel medio y de los transnacionales, de donde puede razonarse y justificarse el comportamiento indebido en el abuso del derecho, el fraude de ley (o la desviación de poder).

El primer reproche, entonces, atiende a la insuficiencia del concepto adoptado de principio común, que retacea su alcance a través de las directrices. De nuevo, hay principios comunes latentes, ocultos, semienterrados en el ordenamiento jurídico que, de pronto, en manera instantánea, por razones de oportunidad, de cambio, de circunstancias sociales, de nuevos significados sociales emprenden su calificación hasta ese momento inadvertida, descuidada o menoscabada; de lo que es debido ejemplo la responsabilidad social corporativa. Y no es casual que esto ha ocurrido en los fundamentos empleados y en las modalidades de justificación en el fraude de ley y, aún más en el abuso del derecho.

165. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *ídem*, p. 126.

El segundo término, es determinante, aunque no se resalte en modo absoluto la premisa que se adopta: hay una regla que permite una conducta y un principio que la convierte en ilícita. El principio superior cancela la eficacia de la regulación válida y vigente, creando una nueva regulación, una nueva norma o regla, de su propio registro. El principio exhibe la función genética que le es propia, más allá de la norma instalada.

En tercer lugar, el desencadenante de la conducta permitida por la regla es que provoca daño a terceros y el principio común declara que no es justificado como presupuesto de su aplicación. Pero, no aparece de recibo que se excluya la intencionalidad como elemento componente del daño injustificado que se resiste. En efecto, la conducta produce daño que es consecuencia de la intencionalidad de provocarlo. Esto y no otra cosa es un ilícito (típico o atípico). Por otra parte, desde su origen, el abuso del derecho es intencional, por definición. Aun así, la incorporación del fraude de ley, objetivo y no intencional apunta a una categoría más amplia, donde la licitud resulta de la contradicción con principios que imponen otros resultados a la conducta incumplidora sustancial del agente, pese al cumplimiento formal, aparente, literal, de la disposición.¹⁶⁶

16.1.2. La conciencia lesiva y el principio del daño a terceros

El ilícito atípico es, más allá de sus puntos de partida restrictivos, una contribución decisiva para afrontar uno de los problemas más graves, si no el más grave, en el ámbito tributario, local e internacional. En efecto, la supremacía

166. T. Rosembuj, *Minimización del impuesto y Responsabilidad Social Corporativa*, Barcelona, 2009, p. 19.

del principio común prohibiendo un comportamiento dañoso admitido por la norma facilita el tránsito de la licitud de la elusión fiscal intencional –*creative compliance*– hacia su ilicitud mediante la planificación fiscal agresiva. Y ello solicita circunscribir la conciencia lesiva del agente y el principio de daño a terceros.¹⁶⁷

El ilícito atípico es un instrumento útil para elevar el denominado cumplimiento creativo, que, en rigor, es incumplimiento, en virtud de sus técnicas, esquemas, recursos aplicados a la minimización del impuesto, a comportamiento reprochable, aunque la norma lo consienta.

La elusión fiscal intencional, o sea la planificación fiscal agresiva, conforma una transgresión, porque vacía la ley de su contenido, aprovechando sus incertidumbres literales, pero, también, porque va en sentido contrario a los principios que la fundan.

Lo que no puede omitirse en la intención manifiesta del actor para incumplir el sentido de la norma en su propia ventaja y, la creación simultánea, de daño a terceros.

La planificación fiscal agresiva denota un esquema, diseño, programa dirigido a conseguir un beneficio fiscal que, de otro modo, no se obtendría, forzando, en su favor la letra y la *ratio legis*, de la norma. El comportamiento del contribuyente es voluntario e intencional. De ahí la importancia del concepto S. W. Buell, de *mental state of consciousness of wrongdoing*. (estado mental de conciencia lesiva).¹⁶⁸

La conciencia lesiva supone una forma de comprensión que la conducta realizada es *moralmente problemática* (S. W. Buell). Es decir, en su sentido elemental, la conciencia lesiva se-

167. T. Rosembuj, *Tax Morale*, Barcelona, 2016, p. 229, 233.

168. S. W. Buell, *Good Faith and Law Evasion*, 58 *UCLA Law Review* 2011, p. 622.

ñala que uno actúa sabiendo que está comprometido en algún tipo de *transgresión moral*, sean o no verificables consecuencias penales por el acto. (conducta *moralmente problemática*).¹⁶⁹

La conciencia lesiva produce daño tanto al interés público como al interés colectivo y de esa suma de lesividad intencional resulta necesariamente el recurso al principio común que la altere o cambie, aun cuando la norma lo permita o habilite.

La propuesta de *S. W. Buell* reúne el estado mental de la conciencia lesiva en torno al componente objetivo y subjetivo. "En términos comunes, el actor evasivo (*rectius: elusivo*) es uno cuyo proyecto consiste en circunvenir la ley. El busca evitar la sanción mientras se compromete en sustancia, en la verdadera clase de comportamiento que la ley pretende castigar...usa un cumplimiento técnico del régimen legal como medio para producir el daño que el régimen pretende bloquear o sancionar, mientras elude las consecuencias legales de la violación."¹⁷⁰

En un buen resumen, se afirma que si un "agente cuya conducta demuestra que él supo en el momento en que actuaba, que su conducta fue lesiva podría establecerse que actuó voluntariamente si esa conducta fue también lesiva basada en alguna medida objetiva, como normas éticas o profesionales."¹⁷¹

Del principio de RSC a través del principio de nivel medio de planificación fiscal agresiva hasta llegar al abuso del derecho, un ilícito atípico, basado en un estado mental de

169. S. W. Buell, L. Kern Griffin, On the Mental State of Consciousness of Wrongdoing, 2012, Law and Contemporary Problems, V. 75, p. 145.

170. S. W. Buell, cit. p. 623 y 616: "los actores despliegan un compromiso con objetivos que saben que son socialmente rechazados."

171. M. M. Kwon, The criminality of "tax planning", www. Chinatax-law.org. 22. 02. 2016.

conciencia lesiva, idónea para producir daños a terceros, públicos y particulares.¹⁷²

Por el contrario, la UE –siguiendo a la OCDE– agosta el principio de RSC y rehúsa la secuencia correcta de principios, con lo cual tanto la planificación fiscal agresiva como el abuso de derecho (en fraude de ley) quedan transformados en *standards* valorativos, sometidos a la subsunción en la norma, que no a la ponderación. Su proyección moral queda en suspenso. No hay ilícito atípico, aunque se quiebre el objeto, el espíritu, el propósito de la ley mediante operaciones artificiales con la finalidad esencial de obtener beneficios fiscales. Así, queda rota la prevalencia del cuarto principio –RSC– sobre el comportamiento ilícito del actor transnacional.

Esto aparecería ratificado posteriormente en la enmienda del Consejo Directivo a la Directiva 2011/96 relativa a las sociedades matrices y filiales en diferentes Estados Miembro¹⁷³. La nueva cláusula antibuso aspira a impedir las operaciones o serie de operaciones que no son genuinas, en la medida en que no existen válidas razones comerciales, que reflejen la realidad económica y que tienen como propósito principal obtener un beneficio fiscal que desvía el objeto o propósito de la Directiva.

16.2. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. EL PAQUETE DE TRANSPARENCIA FISCAL

El 18 de marzo de 2015 se publica la Comunicación de la Comisión sobre transparencia fiscal para combatir la evasión y elusión fiscal.¹⁷⁴

172. T. Rosembuj, *Tax Morale*, cit. p. 236.

173. Consejo Directivo, D. 2015/121 27 de enero de 2015 enmendando la D. 2011/96.

174. Com (2015) 136.

La Comunicación introduce en un amplio abanico de puntos, básicamente, tendentes a compendiar los principios de gobernanza fiscal que inspiran su actividad.

El punto de partida no es persuasivo, cuando afirma que la evasión es ilegal, mientras que la elusión está “en los límites de la ley” (*sic*): “No obstante, muchas formas de elusión fiscal van en contra del espíritu de la ley, tensionando la interpretación de lo que es “legal” tanto como es posible para minimizar la contribución total de la sociedad.” Es cierto, pero, entonces, no es que la planificación fiscal agresiva esté dentro de la ley; más bien, es lo contrario. Y, sobre todo, reconociendo como se hace que esta actividad mina el reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes, la competencia entre las empresas y la corrección de las reglas de juego entre los Estados Miembros que sufren en su interés fiscal. La Comunicación admite todos y cada uno de los elementos del ilícito atípico, negando, sin embargo, su plena aceptación.

La Comunicación está centrada en consolidar la transparencia fiscal en la lucha contra la evasión y elusión fiscal y, por primera vez, apunta un concepto nuevo que será de máxima importancia: asegurar el vínculo entre la fiscalidad y el lugar de la actividad económica real: “la imposición debería reflejar donde se realiza la actividad económica”¹⁷⁵, es el germen del derecho a la protección y tutela de la base de imposición nacional, que es el eje del Plan de Acción del BEPS del G20.

- La revisión de la Directiva sobre Cooperación Administrativa promueve el intercambio automático de información en cuestiones financieras y sanciona el final del secreto bancario, de acuerdo al principio global en la

175. Com, cit. p. 2.

materia aprobado por la OCDE/G20.¹⁷⁶ La adopción de acuerdos en la misma dirección con Suiza, Andorra, Mónaco, San Marino, Lichtenstein.

- La cuarta D. contra el blanqueo de capitales introduce el delito fiscal y de contrabando como delitos subyacentes al lavado de dinero e incorporan registros centrales de información de beneficiarios efectivos.
- Consultas fiscales. Las Consultas fiscales, sobre todo, vinculadas a los precios de transferencia, pueden ser ocasión de desplazamiento de beneficios hacia jurisdicciones de nula o baja fiscalidad o de atracción de la inversión para su localización donde el tratamiento es más relajado. La propuesta es un intercambio automático de información de consultas transfronterizas entre los Estados Miembros, en intervalos regulares y susceptible de ampliación a pedido de otros de los Estados.
- Exposición de información por parte de ciertas actividades. La *Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI)* aparece recogida por la Comisión, aunque en forma sumaria, respecto, a la resolución del Parlamento de 18 de diciembre de 2012. No obstante, es digno de destacar que tanto la banca, como la industria extractiva, forestal, deben declarar en informe separado y anualmente, sus actividades, pagos de impuesto sobre sus beneficios, cánones, dividendos, licencias a los gobiernos, subvenciones, en los lugares donde se desarrolla su actividad, bajo la Directiva de requerimiento de capital y la Directiva de Contabilidad.¹⁷⁷

El propósito es extender la información fiscal sobre las empresas transnacionales en los lugares donde actúan,

176. D. 2014/107/EU enmendando D. 2011/16/EU.

177. D. 2013/36/EU ; D. 2013/34/EU.

mediante el informe “país por país” (*Country by Country Report*) de los impuestos que pagan a cada gobierno.

- Revisión del Código de Conducta de la fiscalidad empresarial. El Código nace como instrumento y definición de competencia fiscal lesiva; pero, en algunos de sus aspectos, está incidiendo en la transparencia. La preocupación afecta algún tipo de incentivo fiscal que a su vocación de atraer localización de actividad transnacional mediante beneficios fiscales une una cierta opacidad de tratamiento, v. g. *patent boxes*.

Finalmente, se insiste en la necesidad de proyectar los principios de gobernanza fiscal sobre terceros Estados.

Llama la atención la denuncia sobre los fallos de cuantificación de la brecha fiscal (*tax gap*), La ausencia de estimaciones fiables supone que se ignora el coste de las actividades de elusión y evasión fiscal. La brecha fiscal significa las diferencias entre el importe de los impuestos adeudados y lo que hubiera debido pagarse. La brecha fiscal se alimenta de impuestos que no se pagan conforme a la previsión legal.

“La evasión y la elusión fiscal no son los únicos elementos contributivos a la brecha fiscal, junto a otros factores que juegan su papel tales como errores administrativos o créditos fallidos. Sin embargo, las estadísticas proveen un indicador importante de la escala de *voluntario no cumplimiento de la fiscalidad*”¹⁷⁸. Subrayo lo de voluntario incumplimiento, que acentúa el ilícito compartido tanto en su forma típica (evasión) cuanto atípico (elusión), pero del que se ignora su alcance real. En efecto, la voluntariedad equivale a intencionalidad y esto acompaña, en grados diferentes, tanto al ilícito típico como al atípico.

178. COM (2015), 136, p. 6.

En especial, debería hacerse, como se propone en el Reino Unido, el cálculo del impuesto no pagado por medio de planificación fiscal agresiva. En igual sentido, el FMI indica que el método de brecha fiscal no se agota en la cantidad de ingresos tributarios que no se recauda; sino, qué en su vertiente política, debe considerar el importe de la elusión, evasión fiscal, elusión fiscal agresiva y, además gastos fiscales (*tax expenditures*).¹⁷⁹

16.3. LOS VALORES DE LA TRANSPARENCIA EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

El 17 de junio de 2015, la Comisión publica la Comunicación sobre un Sistema Fiscal Justo y Eficiente sobre las Sociedades en la Unión Europea: 5 Áreas Claves para la Acción.¹⁸⁰

El discurso se torna más amplio, porque se introducen, en forma implícita, valores que están a la base de los principios. Se quiere otro sistema fiscal sobre las Sociedades porque la actividad de ciertas multinacionales dedicadas a la minimización de su impuesto y al desplazamiento de beneficios hacia jurisdicciones de baja fiscalidad, crean “descontento público”: “La ausencia de justicia amenaza el contrato social entre los gobiernos y sus ciudadanos y pueden afectar el conjunto del cumplimiento de los deberes fiscales.” Al mismo tiempo, las pequeñas empresas sufren la desventaja de la competencia lesiva y la carga tributaria sobre el trabajo perturba el crecimiento. Las reglas tributarias son opacas e ineficientes. Las preferencias de los sistemas fiscales por la deuda en lugar del capital desalientan la capitalización accionarial de las empresas.

179. T. Rosembuj, *Tax Morale*, cit. p. 138.

180. COM (2015)302.

La Unión Europea, bajo la directa influencia del G20 propicia en el marco de sus principios de gobernanza fiscal el ingreso de dos variables, hasta este momento apenas tomadas en cuenta: por un lado, debe existir una voluntad de justicia que asegure a los contribuyentes que todos pagan su parte equitativa de tributos, so pena de riesgo de la *Tax Morale* y de la *Tax Compliance*, que alimenta una difusa desilusión social y, por otra, que los beneficios de las sociedades deben ser gravados donde se desarrollan las actividades económicas de donde derivan y donde se crea el valor.

El sistema fiscal societario más justo y eficiente debe derrotar efectivamente la elusión fiscal intencional de las empresas transnacionales, que discurre a través de la manipulación de los precios de transferencia; las relaciones financieras intragrupo, que les permite transformar los dividendos en intereses deducibles; y la localización de la propiedad intelectual –intangibles– en paraísos fiscales. No por repetir, de nuevo, surge la Responsabilidad Social Corporativa –la planificación fiscal agresiva– como una de las fuentes prevalentes de desplazamiento de beneficios y erosión de las bases de imposición.¹⁸¹

En la Comunicación se pretenden los siguientes objetivos:

- Reestablecer el vínculo entre el impuesto y el lugar donde la actividad económica se realiza.
- Asegurar que los Estados miembros puedan valorar la actividad societaria en su jurisdicción.
- Creación de un ambiente fiscal competitivo.

181. Com. Staff Working Document, Corporate Income Taxation in the European Union, SWD (2015) 121, anejo a la Comunicación (2015) 302.

- Protección el Mercado Único e implementación del BEPS; aumentar la transparencia fiscal y arreglar la situación con las jurisdicciones no cooperativas.

Las 5 Áreas claves para la Acción son: la Base Imponible Común y Consolidada. (*The Common Consolidated Corporate Tax Base*); asegurar la imposición efectiva donde se generan los beneficios; medidas para mejorar el ambiente fiscal de las empresas; progreso en transparencia; herramientas de coordinación.

El proyecto inicial de Directiva concibe que la empresa o grupo fiscal pueden consolidar sus beneficios y pérdidas resultantes de su actividad dentro de la Unión Europea. La declaración única consolidada sirve para establecer la base imponible total del contribuyente. Cada Estado miembro podrá gravar una parte de la base imponible en razón de una fórmula basada en activos, salarios, ventas. La calificación de la base común implica que se emplea una sola medida de cuantificación de la generada en el conjunto de la UE. Una vez estimada la base se reparte entre los Estados en base a tres factores: activos tangibles, trabajo, ventas. El sistema, de aplicarse, sirve también para eliminar el precio de transferencia porque la base imponible debería consolidarse a nivel del Mercado Único y compensación de pérdidas incurridas en uno de los Estados miembros con los beneficios obtenidos en otro.¹⁸²

De entrada, la propuesta convierte en obligatoria la sujeción al régimen, que no opcional, como figuraba, y ello para evitar la planificación fiscal agresiva de las empresas transnacionales, que pudieran manipular la opción a su favor, conforme a sus conveniencias.

182. Propuesta para una Directiva sobre la Base Imponible Común y Consolidada de Sociedades, COMM (2011)121-4, 2011-0058CNS.

La propuesta actual persigue modificar la respuesta única del CCCTB, acompañando su introducción en diferentes etapas. Primero, construir una base imponible común y, después, afrontar el núcleo central de la declaración única consolidada. Otros interrogantes se suscitan en torno a los gastos de I&D y la asimetría entre deuda y capital.

La segunda de las Áreas Claves asume algunos de los principios adoptados por el G20 en su Plan de Acción BEPS.

Las empresas que gozan de ventajas en un mercado y originan allí sus ganancias deben pagar los impuestos donde realizan su actividad. Y esto restringe la dimensión del desplazamiento de beneficios a zonas de nula o mínima imposición. En especial, se indican, las definiciones de establecimiento permanente para evitar que las sociedades eludan artificialmente su presencia imponible en el territorio o el control de las sociedades en transparencia fiscal internacional (*Controlled Foreign Corporation*), donde se aparcen los beneficios en otras partes y luego se redirigen hacia las filiales o sucursales interesadas en forma de préstamos o que, sirven de plaza de propiedad intelectual fallida, como receptores de cánones y regalías del resto del mundo, al impuesto cero.¹⁸³

La UE debe conseguir que la legislación fiscal societaria no convierta el riesgo de la doble imposición en casos de doble no sujeción. En materia de relaciones entre matrices y filiales o en los pagos de dividendos o intereses. Si hay un Estado en el que no se paga impuesto; debe haber impuesto en el otro.

La Comunicación atiende la preocupación por la manipulación de los precios de transferencia, al amparo de un sistema complejo, impreciso y vago. Aunque asume la

183. COM Staff Working Document, cit. p. 25.

orientación del BEPS, añade que dentro de la EU se intensificarán los flujos de información intragrupo para facilitar su transparencia.

Finalmente, expresa su preocupación por los regímenes preferenciales, del tipo de *patent boxes*, que divorcian el lugar de la actividad económica de I&D de donde se procura el beneficio fiscal. Debe existir un nexo entre los beneficios fiscales a los que se aspira y las actividades de I&D en el sitio donde se realizan.

En la tercera de las Áreas Claves surgen medidas para mejorar el ambiente de las empresas, deteriorado por las prácticas lesivas de las empresas transnacionales, y a tal fin se promueve la compensación de los beneficios y pérdidas en localizaciones de Estados diversos, en tanto, se avance en la CCCTB y la mejora de los mecanismos alternativos de resolución de disputas en materia de doble imposición.

En la cuarto Área –progreso en la transparencia– se reitera la utilidad del intercambio automático de consultas fiscales entre los Estados; el refuerzo de la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas (*EITI*) y la implementación del Plan de Acción BEPS.

Además, se insiste en aplicar los *standards* mínimos de gobernanza fiscal a los países no cooperativos. A ese fin ofrece una Lista Negra común diferente a la de cada Estado Miembro, que servirá para contrastar su cumplimiento o no con los *standards* predicados (*screening*). Los resultados contrarios suponen posibles medidas de retorsión.

En conexión con el Informe país por país (*Country by Country Report*), hay el anuncio de complementarlo con deberes de información documental de las empresas.

Por último, el quinto Área auspicia el perfeccionamiento de la coordinación y cooperación entre los Estados, sea a través de la reforma del Código de Conducta empresarial,

reforzando su intervención en materia de competencia fiscal lesiva y, también, lo cual sería una novedad, en la aplicación de medidas no legislativas contra la elusión fiscal empresarial.

El 25 de octubre de 2016 la Comisión pública el Paquete de Reforma Societaria¹⁸⁴.

El contenido del documento enfatiza tres órdenes de prioridades: transparencia; las sociedades deben pagar sus impuestos donde los beneficios y el valor se crean y la promoción de la buena gobernanza fiscal a nivel internacional.

Al mismo tiempo advierte sobre el concepto de certeza fiscal, desde el G 20, como la emergencia de un nuevo “foco global” relativo al equilibrio entre las reformas y su predicibilidad en el ambiente de las empresas, en la promoción de la inversión y el crecimiento.

De este modo, la certeza fiscal revela un principio recién nacido, al que convendrá prestar atención, acompañante de la transparencia, el intercambio automático de información, la Responsabilidad Social Corporativa, la competencia fiscal lesiva y, no menos importante, el derecho a la protección por cada Estado de su base de imposición; pero que, como ya dije, inspira suma desconfianza, porque parece un cortallamas del BEPS, tal como se deduce del informe relativo del FMI/OCDE de marzo de 2017. La certeza fiscal más que como una defensa de valores y principios conformes al BEPS resulta un expediente para su cauterización. Y, aún más, dentro de un ordenamiento jurídico como el comunitario perfectamente estructurado en términos de seguridad jurídica y certeza legal para el comercio e inversión.

184. COM (2016) 682, Building a Fair Competitive and Stable Corporate Tax System in the UE.

El eje de la estrategia de la UE es la Base de Impuesto Común y Consolidada (CCCTB). En esta Comunicación se reiteran su ventaja.

En primer término, porque elimina la doble imposición, desde que solo se paga el impuesto que corresponda, pero no más. En segundo lugar, extingue las prácticas de precios de transferencia, porque las aplicaciones de las normas comunes en el Mercado Único conducen a la remoción del arbitraje fiscal y lagunas entre los sistemas fiscales. En tercer lugar, desincentiva la competencia fiscal lesiva, porque la BICC garantiza que los beneficios se repartan en conformidad a donde se realiza la actividad económica real. En cuarto término, prevalece la transparencia de los tipos de gravamen respectivos del Impuesto de Sociedades, sin que sean factibles regímenes preferenciales ocultos o consultas fiscales lesivas. Por último, se adoptan las cláusulas antiabuso y contra el arbitraje fiscal que eviten el desplazamiento de beneficios y la erosión de gastos.

Complementariamente se introducen estímulos a la deducción de I&D invertidas en actividades reales y a las empresas innovativas que están en sus comienzos.

Por último, crítica el favorecimiento a la deuda por sobre el capital de la empresa. Ofrece, en cambio, un beneficio fiscal por crecimiento e inversión (*allowance for growth and investment*), " permitiendo al capital recibir un nivel similar de beneficios fiscales como la deuda."¹⁸⁵

El beneficio fiscal del capital de la empresa implica conservar la deducción de los gastos por interés y agrega una deducción de los beneficios de empresa por el retorno notional sobre el capital (la referencia podría ser la deuda pú-

185. COM (2016) 682, p. 8.

blica a 10 años en el área del euro). En pocas palabras supone asimilar al capital como si fuera deuda.¹⁸⁶

La simetría entre interés y capital aparece forzada. En un caso, hay una carrera para disfrazar o convertir todo en deuda; mientras que, en el otro, se trata de los dividendos a percibir sobre el capital, que no influyen sobre la entidad de la base imponible, precisamente porque no son gastos deducibles. Si para evitar la distorsión entre deuda y capital, entre interés y dividendo, se amplía el gasto deducible, se acentuará el recorte de la base imponible, achicando, aún más, su aptitud recaudadora.

16.4. LA TRANSPARENCIA EXTENSIVA

La transparencia extensiva es una ampliación de los límites de la transparencia fiscal, que se complementa y conecta con otros objetos de proximidad, en particular, el blanqueo de capitales, la corrupción, la criminalidad organizada y la financiación del terrorismo. Desde las cuentas, la imagen fiel de la empresa, pasando por la integridad del comportamiento del titular de la actividad económica, hasta el círculo que la rodea para conseguir la minimización del impuesto.

Aparecen, entonces, figuras, algunas existentes, pero notablemente potenciadas, como el beneficiario efectivo y otras de nueva talla, cual es el caso de los Asesores Materiales o Promotores y Facilitadores de la planificación fiscal agresiva o el Denunciante que se aboca a informar sobre las irregularidades desde dentro de la propia actividad de

186. R. A. de Mooij, M. P. Devereux, *Alternative Systems of Business tax in Europe. An applied analysis of ACE and CBIT reforms*, Oxford University, Centre for Business Taxation, 2008.

empresa o, también, de la consultoría bancaria, contable, financiera, aseguradora. La transparencia extensiva convoca, no solo al protagonista de la actividad económica, sino a todos y cualquiera de los responsables coadyuvantes motivados para procurarle beneficios fiscales o incidentalmente para delatar su diseño.

El núcleo de la transparencia extensiva es la industria fiscal, el conjunto de instituciones o entidades, personas físicas, dedicadas a la comercialización lucrativa de esquemas masivos de planificación fiscal agresiva, sea *offshore* u *onshore*.

16.4.1. El beneficiario efectivo

El 5 de julio de 2016, la Comisión pública una Comunicación sobre medidas adicionales para perfeccionar la transparencia y la lucha contra la evasión y la elusión fiscal.¹⁸⁷

Y no hay transparencia extensiva sin recurso a la creación de registros públicos de beneficiarios efectivos; interconexión entre los registros públicos de los estados miembros y difusión entre los mismos de la información recogida.

El concepto asumido por las instituciones internacionales, tanto el G20 cuanto la Unión Europea, reposa en las Recomendaciones de Grupo de Acción Financiera (*Financial Action Task Force*).

El punto de partida es el *misuse of corporate vehicles*, y es exigencia básica para el bloqueo de sociedades o acuerdos asociativos dormidos o latentes; la identificación formal del beneficiario efectivo; la prohibición de acciones o certificados de acciones al portador y el fortalecimiento de

187. COM (2016) 451.

las medias legales que habiliten acciones en contra de lo que está “detrás de estructuras legales”, para esconder activos robados, facilitar la corrupción.¹⁸⁸

El FATF/GAFI enuncia en octubre de 2014 la importancia de la lucha contra los abusos de vehículos societarios y asociativos en el ámbito del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. No solo, sino incluyendo la evasión y el fraude fiscal.¹⁸⁹

El beneficiario efectivo es la persona física que resulta el último y real propietario o el que controla el capital o los activos de la persona jurídica o a través de la cual se realiza una transacción, aun cuando carezca de propiedad o control legal sobre el cliente. Y esto también comprende el control último y real, efectivo, sobre estructuras asociativas, v. g. trusts, negocios fiduciarios, fundaciones, sociedades de personas.¹⁹⁰

La Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015 incorpora en la legislación comunitaria el concepto de beneficiario efectivo, con el mismo alcance de las Recomendaciones del GAFI-FATF y del G20 de Australia, en orden de asegurar lo que denominamos transparencia extensiva: blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, corrupción, deli-

188. E. van der Does de Willebois, E. M. Halter, R. A. Harrison, J. Won Park, J. C. Sharman, *The Puppet Masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets and what to do about it*. The World Bank. UNODC, Washington, 2011, p. 16.

189. FATF Guidance, *Transparency and Beneficial Owners*, October 2014.

190. Glosario de las Recomendaciones del GAFI-FATF; Recomendación 24 y 25. Vale la pena acotar que las Recomendaciones son, en verdad, standards valorativos financieros, bancarios de nivel global comprensivo no solo de su ámbito contra el blanqueo de capitales, lucha al terrorismo, sino también cubriendo aspectos relativos fiscales, aduaneros.

tos fiscales y fraude. El propósito es combatir el abuso de entidades legales, en la ocultación de capital o activos, por parte de personas físicas, comprensivo tanto de personas jurídicas, fundaciones, trusts. Y, lo que es más importante, obligando a cada Estado Miembro a crear un registro central apto para recoger toda la información disponible sobre el beneficiario efectivo en su jurisdicción.¹⁹¹

La Comunicación de la Comisión en examen anuncia, además, el acceso a las autoridades tributarias nacionales a los datos relativos a la información de diligencia debida del cliente, los registros de beneficiarios efectivos acumulados en la lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, para mejorar el control de la inspección fiscal.

“Con el acceso a esta información las autoridades fiscales serán capaces de identificar la *persona detrás de una sociedad opaca, estructura o entidad, y reaccionar rápidamente a situaciones de evasión y elusión fiscal.*” El intercambio automático de información entre los Estados cubrirá, también, la que se refiere al beneficiario efectivo de complejos y ocultos esquemas de evasión y elusión fiscal.¹⁹²

La propuesta de la Comisión modifica, en consecuencia, el acceso a la información por parte de las autoridades fiscales contra el blanqueo de capitales, tal como existe en la Directiva 2011/16/UE.¹⁹³

En suma, nada precluye el acceso de las Administraciones tributarias a los datos de información recogidos por las otras Administraciones (incluso no tributarias) de los demás Estados, relativas al blanqueo de capitales, a través de la cooperación administrativa institucional.

191. D. EU 2015/849, 20-5-2015,

192. COM (2016), 451, p. 6, 7.

193. Propuesta de la Comisión (2016)452, modifica D. 2011/16/UE.

El blanqueo de capitales se ha convertido en el instrumento principal de descubrimiento de los delitos económicos transfronterizos, uno de los cuales y de no menor relevancia es el delito fiscal y el fraude.

16.4.2. Los facilitadores y promotores de planificación fiscal agresiva

Por último, el Consejo de la UE recomienda a la Comisión a considerar iniciativas legales al respecto para introducir “desincentivos efectivos para los intermediarios que asisten en esquemas de elusión y evasión fiscal”, que sería de utilidad en el intercambio de información entre las autoridades tributarias. Esto ya se mencionó en la *June Communication* vinculado a la Responsabilidad Social Corporativa.¹⁹⁴

La iniciativa está basada en la Acción 12 del Plan de Acción del BEPS; exigir a los contribuyentes e intermediarios, facilitadores y promotores que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, pero, se está a la espera de su diseño y contenido.¹⁹⁵

El 21 de junio de 2017 se publica una propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación (*reportable cross-order arrangements*).¹⁹⁶

194. Council of the EU, 6 February 2017, BEPS: Presidency roadmap on future work, 5988/17.

195. Council of the EU, 6 February 2017, BEPS: Presidency roadmap on future work, 5988/17.

196. Propuesta de Directiva del Consejo, Comisión Europea, Bruselas, 21-6-2017, COM (2017)335, 017/0138(CNS).

“La falta de transparencia facilita las actividades de determinados intermediarios que participan en la promoción y venta de los mecanismos de planificación fiscal agresiva con implicaciones transfronterizas. Como consecuencia de ello, los Estados Miembros se ven afectados por el traslado de beneficios que, en otras circunstancias, se generarían en su territorio y serían impositibles hacia jurisdicciones de bajo nivel impositivo, sufriendo a menudo una erosión de sus bases impositibles.” (2. Base jurídica, subsidiariedad y proporcionalidad.)

La UE propone una audaz herramienta para combatir la planificación fiscal agresiva basada en el intercambio automático de información y en el ejercicio combinado de la lucha contra los diferentes elementos que alimentan la elusión fiscal, sea el arbitraje fiscal, la competencia fiscal lesiva, los precios de transferencia. (v. p.21.5.). De este modo convierte la información continua en canal de comunicación entre los Estado Miembros, incluyendo no solo las cuentas financieras, otras rentas y capitales, sino también las operaciones o transacciones susceptibles de efectos lesivos en alguno de ellos o en ambas jurisdicciones o en terceros Estados. Los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación objeto de noticia conforman planificación fiscal “potencialmente agresiva dotados de dimensión transfronteriza” (par.6).

La información tiene como fuente el deber de revelación de los intermediarios que contribuyen al diseño, la comercialización, la organización o gestión, ofrecen ayuda material, asistencia o consejo, excepción hecha del amparo al secreto profesional o que sea el propio contribuyente el que la produce en su beneficio, sin intermediación aparen-

te, en cuyo caso será quien asuma la responsabilidad de la actuación.

La revelación temprana permitirá el conocimiento tempestivo de las operaciones, su valoración y transmisión, por lo que se fija un plazo breve de 5 días a los intermediarios para su comunicación.

La revelación de las operaciones bajo sospecha renuncia a una definición abstracta de planificación fiscal agresiva, apoyándose en lo que se denominan señas distintivas (*hallmarks*), concebidas como una lista de características de las operaciones que ofrecen claros indicios de elusión o evasión fiscal.

Los Estados Miembros gozan de amplia discrecionalidad sancionatoria contra la infracción del deber de revelación.

Las operaciones idóneas para su deber de revelación pueden acreditarse a través de señas distintivas, inspiradas por el **“criterio del beneficio principal”**.

El beneficio principal es el elemento clave inspirador de las **señas distintivas** que indica el propósito de obtener una ventaja fiscal a resultas de las transacciones formuladas.

- El intermediario percibe sus honorarios en función de la ventaja fiscal conseguida o pretendida, total o parcialmente.
- El compromiso del contribuyente de respetar la cláusula de confidencialidad, en virtud del cual debe abstenerse de revelar el modo en que puede procurarse la ventaja fiscal tanto respecto a otros intermediarios cuanto a la Administración tributaria.

- El uso de documentos normalizados (*mass-marketed schemes*), de producción genérica a disposición de más de un contribuyente.
- El uso de pérdidas para la minimización de la deuda tributaria, incluso mediante su traslado a otra jurisdicción.

Estas señas distintivas están contempladas en las normas vigentes en los EEUU y el Reino Unido, pero, se incorporan otras de mayor alcance en la propuesta de la Unión Europea.

- **Arbitraje Fiscal.**

Cuando el mismo activo está sujeto a amortización en más de una jurisdicción.

La conversión de la renta en capital, donaciones u otras categorías de rentas sujetas a gravamen inferior.

La existencia de asimetrías híbridas con terceros países.

El pago que se realiza goza de exención en el país de residencia del perceptor

Deducción de más de un contribuyente de crédito fiscal en relación con una misma renta en distintas jurisdicciones.

- **Competencia Fiscal Lesiva.**

El pago se beneficia de un régimen preferencial en el país de residencia del perceptor.

El destinatario carece de residencia fiscal; su residencia está en una jurisdicción que no aplica el impuesto sobre sociedades o lo hace a un tipo de gravamen inexistente o casi o en una jurisdicción no cooperativa.

- **Planificación Fiscal Agresiva.**

El uso de entidades interpuestas, sin substancia económica, para operaciones circulares de ida y vuelta, que se compensan o cancelan entre sí.

Traslados de activos que observan diferencia significativa entre su valor y el importe a pagar como contrapartida.

- **Transparencia. Intercambio de Información.**

Elusión de los acuerdos sobre intercambio automático de información, evitando la declaración de renta al Estado de residencia.

Reclasificación de la renta en clases que no están sujetas al intercambio automático de información.

Empleo de entidades no contempladas en la legislación de la UE ni en los acuerdos sobre intercambio automático de información.

Establecimiento en jurisdicciones que incumplen la regulación sobre blanqueo de capitales, incluyendo la ausencia de normas que permitan identificar el titular real de las entidades jurídicas o el recurso a testaferros para ocultar la identidad del beneficiario efectivo.

- **Precios de Transferencia.**

La desviación del criterio *at arm's length* sobre precios de transferencia, incluido el reparto de beneficios en el seno del conjunto vinculado.

La incomunicabilidad entre los Estados Miembros de los *tax rulings* y acuerdos anticipados de precios de transferencia.

16.4.3. La protección de los denunciantes

El denunciante, en términos generales, es cualquier persona que provee información relativa a ilegalidades,

fraude, irregularidades que amenazan o dañan el interés general que se cometen en su lugar de trabajo. La información debe ser original, lo cual significa que trae por causa su conocimiento independiente o el análisis del denunciante y no es sabida por las entidades externas interesadas.¹⁹⁷

P. B. Jubb define en modo preciso que la “denuncia es un acto de declaración voluntaria y deliberada que hace público una persona que tiene o tuvo acceso privilegiado a los datos o información de una organización acerca de ilegalidades que no son triviales u otro comportamiento inapropiado, sea actual, sospechado o anticipado que implica y está bajo el control de la organización, a una entidad externa con el potencial de corrección del mal hacer”.¹⁹⁸

En el ámbito internacional la figura del declarante y la necesidad de su protección ha sido reconocida, entre otros, en el Convenio contra la Corrupción de las Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la enseña del derecho a la libertad de expresión (art. 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales); el Consejo de Europa y manifestaciones aún no ratificadas en diversos tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y tutela de los trabajadores.¹⁹⁹

La Comunicación a la Comisión de la Unión Europea referida a Guías sobre Denuncias define al denunciante como

197. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 21. 7. 2010

198. P. B. Jubb, Whistleblowing: a Restrictive Definition and Interpretation, *Journal of Business Ethics*, 21, 1999.

199. A. Poitevin, Whistleblowers and the mainstreaming of a protección within the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, February 7, 2014, Aix Marseille Université.

un componente de la plantilla, actuando de buena fe, que informa sobre hechos descubiertos en el curso de o en conexión con sus deberes los que indican la existencia de serias irregularidades.²⁰⁰

En el Reglamento 596/2014 sobre abuso de mercado de 16 de abril de 2014 se ofrece una descripción más precisa del denunciante. Por un lado, porque puede ser necesario para detectar las manipulaciones en el mercado; por otro, asegurar su protección como la de los derechos de la persona acusada. Asimismo, autoriza a los Estados miembros para ofrecer incentivos económicos para los que ofrecen nueva información relevante sobre infracciones al Reglamento. La Directiva 2015/2392 de 17 de diciembre de 2015 sobre el Reglamento 596/2014 traspone conceptos similares de respeto tanto al denunciante de actuales o potenciales infracciones como al denunciado y, garantías que impidan represalias, discriminación o vulneración de datos personales. Esta iniciativa también resulta de la legislación comunitaria contra el blanqueo de capitales.

El COM (2016) 451 introduce la protección de los denunciantes de elusión y evasión fiscal, contra las represalias que pudieran afectarles. Están vivas aún las injustificadas sentencias de *LuxLeaks* en contra de *A. Deltour*, *R. Halet*, denunciantes que fueron de la empresa *PwC*, de ser autora de esquemas de elusión fiscal de masa en Luxemburgo.

“La protección de los que informan o desvelan información sobre actos y omisiones que representan una seria amenaza o daño al interés público no solo mejora la capacidad de los empleados para disponer de tal información, sino que también tiene el potencial de contribuir en modo crucial a incrementar la detección del fraude y evasión fis-

200. Com SEC (2012)679, 6. 12. 2012.

cal, que priva a las autoridades fiscales de legítimos ingresos tributarios²⁰¹

De aquí, su compromiso para lograr disciplina común en la UE para su tutela, que no solo a través de las leyes nacionales. Y no es casual, que funde su valoración en la mejora de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas que actúan en el mercado único.

Los criterios básicos compartidos describen, primero, la protección del denunciante de cualquier tipo de represalias en su puesto de trabajo o su retribución; segundo, la tutela de la libertad de expresión; tercero, la confidencialidad de su identidad; la inmunidad de responsabilidad por violación de secretos comerciales o recursos a querellas por calumnia, injurias, difamación; cuarto, la apertura de vías de denuncia que no se agotan solo en el plano jerárquico interno de la organización sino, además, la denuncia al exterior, probablemente a una agencia independiente, a la prensa, o instituciones representativas; quinto, la garantía correlativa del derecho a la defensa del denunciado y sexto, la posibilidad, como sucede en los EE.UU., de afianzar el interés público mediante recompensas por la recuperación de ingresos públicos desviados de la comisión de las infracciones.

El *Internal Revenue Service* de los EE.UU. incluye la denuncia entre los instrumentos a su disposición para conseguir la transparencia en las cuentas, estados financieros y responsabilidad fiscal de las empresas. El principal estímulo es el pago de recompensa a la persona que provee información y deriva en la recaudación de impuestos, sanciones, intereses u otros importes del contribuyente que no cumple.

201. COM (2016)451, p. 9.

La recompensa asciende entre el 15 y el 30% de los importes denunciados si exceden los 2 millones de dólares, al momento en que sean recaudados. (26 U. S. C. Section 7623). Si el denunciado es una persona su renta íntegra debe ser superior a los 200. 000 dólares, en cuyo caso la recompensa será, una vez recaudadas las sumas debidas, de un 15% hasta 10 millones de dólares.

Las condiciones exigidas son que la información sea "específica y creíble"; que no hubiera datos previos del fraude cometido y que permita a la Administración su ejecución coactiva o acuerdo.

No parece, según alguna doctrina, que el programa funcione eficazmente. De 2300 denunciantes en 2007 solo se produjeron nueve pagos en 2013. Por un lado, por la falta de recursos humanos calificados; la falta de tutela de la confidencialidad y el retraso en el pago hasta que no se verifique la recaudación.²⁰²

16.5. EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN DEL MERCADO INTERIOR O DE LA BASE DE IMPOSICIÓN. LA DIRECTIVA UE/BEPS CONTRA LAS PRÁCTICAS DE ELUSIÓN FISCAL

La Directiva 2016/1164 del Consejo de la UE de 12 de julio de 2016 establece normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interno.²⁰³

202. J. Richard (Dick) Harvey Jr., Corporate Tax Aggressiveness-Recent History and Policy Options, Villanova University School of Law, Public Law and Legal Theory, Working Paper 2014-1018, October 28, 2014: "El programa de denuncia del IRS es un instrumento importante para restringir la planificación fiscal agresiva, pero desafortunadamente no está operando a su plena potencialidad."

203. D. 2016/1164, DOUE, 19. 7. 2016.

La Directiva eleva algunos de los principios transnacionales adoptados por el G 20-BEPS a norma obligatoria comunitaria con carácter de principios derivado declarando su “nivel mínimo de protección del mercado interior” (3) bajo la advocación del principio general BEPS tendencialmente dominante: el derecho de cada país a proteger su base de imposición de la erosión de las bases y desplazamiento o traslado de beneficios y garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor.

Así queda consagrada la secuencia de principios transnacionales adoptada mediante Directiva comunitaria, de obligada trasposición los Estados Miembros, a su turno, como principios incorporables en la jerarquía que les corresponda, a las leyes locales o domésticas; principios de nivel medio bajo la forma de *standards* valorativos.

- La limitación de los intereses.
- Las sociedades en régimen de transparencia fiscal (*Controlled Foreign Corporations*).
- El arbitraje fiscal o asimetrías híbridas.

A su vez, quedan incorporadas también dos principios propios creados de la UE que no encuadran en ninguna de las Acciones BEPS.

- La imposición de salida (*exit tax*).
- La norma general contra las prácticas abusivas. (Cláusula General Antiabuso).

El ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades, comprendidos los establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros pertenezcan o no a sociedades europeas.

16.5.1. La limitación de los intereses

La limitación de la deducción de intereses es uno de los efectos del BEPS, desde el momento en que se afronta el desplazamiento de beneficios obtenidos en un país mediante la creación de gastos financieros intragrupo, pagados por préstamos o créditos recibidos desde sociedades filiales o sucursales instaladas en países de baja o nula fiscalidad. " En un intento de reducir su deuda tributaria global, los grupos de empresas recurren cada vez más a la BEPS mediante el pago de intereses excesivos." (Considerando 6).

Las palabras claves son intereses excesivos que deben limitarse en relación a la renta imponible en concepto de intereses o ingresos económicamente equivalentes obtenidos durante el periodo fiscal. La limitación positiva del endeudamiento (costes de endeudamiento excedentario) se fija en relación con los rendimientos conseguidos de igual naturaleza. La noción amplia de intereses adoptada aspira a restringir oportunidades de arbitraje fiscal en la configuración de rendimientos como si fueran derivados de la inversión financiera, v. g. préstamos participativos, bonos convertibles, contratos de leasing, intereses capitalizados, intereses nomenclaturales de híbridos financieros, costes de garantías, comisiones.

Podría afirmarse que no hay profundización bastante respecto al tráfico de gastos financieros artificiales, desprovistos de substancia económica genuina, la ruta de fondos a través de entidades intermedias dentro del grupo. Tampoco hay referencia alguna basada en las diferencias entre beneficio imponible y normas contables, básicamente las diferencias permanentes: diferimiento de impuesto, el empleo de entidades híbridas inversas (*reverse hybrid entities*), recalificación de los rendimientos.

La Directiva propone límite al importe del interés neto deducible, en base a una razón fija de hasta el 30 % de los beneficios (íntegros), antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (*EBITDA*). La disciplina de la limitación de intereses no excluye que los Estados puedan, asimismo, integrarla con reglas de infracapitalización contra la financiación intragrupo de la deuda. La ratio deuda-capital, en el marco del rigor de la referencia, v. g. 2 a 1, pese a las imperfecciones que se le acreditan, pueden ser de utilidad para fortalecer la estructura de capital de las empresas, reducir la gestión del riesgo fiscal y aumentar los indicadores de insolvencia en caso de exceso.

Si se trata de un grupo de sociedades sometido a cuentas consolidadas obligatoria se toma en cuenta el endeudamiento del grupo a escala global, con una exención de 3 millones de euros de endeudamiento excedentario.

16.5.2. Las sociedades en régimen de transparencia fiscal internacional. (Controlled Foreign Corporation)

Es otro principio vinculado al BEPS o, mejor dicho, reactualizado por el G20, porque tiene un origen definitivamente más antiguo. En realidad, es un instrumento pre BEPS (*Subpart F*. IRC, 951, EE.UU.). Su propósito fue el de establecer barreras a la utilización de territorios calificados como paraísos fiscales mediante la constitución de sociedades aparentes apropiadas para la acumulación de beneficios no gravados y el diferimiento del impuesto correspondiente en el Estado de residencia de la sociedad matriz. El mecanismo impide que la sociedad matriz traslade beneficios a una sociedad filial en una jurisdicción de nula o mínima fiscalidad, imputando la renta de la filial en

la propia renta de la sociedad matriz del Estado donde reside.²⁰⁴

Los requisitos exigen que la sociedad matriz posea más del 50% de los derechos de voto, capital o beneficios de la STFI y el impuesto liquidado por la filial sea menos que el 40% del impuesto que grava a la sociedad matriz en su Estado.

La atribución o imputación de renta puede ocurrir a través de dos formas. Por un lado, por el no reparto de rentas calificados como: intereses, royalties, dividendos, alquileres, actividades financieras, bancarias, aseguradoras y empresas intermediarias de reventa. Por otro, porque su fuente son mecanismos no genuinos predispuestos para la obtención de una ventaja fiscal, o sea, es una entidad aparente al servicio de planificación fiscal agresiva.

La posición es conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia europeo relativo al caso *Cadbury Schweppes* de 12-9-2006 y, probablemente, más acusada. En efecto, en aquella ocasión la jurisprudencia sostuvo que los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en éste último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, *"a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado"*.

La libertad de establecimiento puede restringirse cuando el comportamiento del agente pretende su aprovecha-

204. T. Rosembuj, Derecho Fiscal Internacional, Barcelona, 2001, p. 174.

miento mediante montajes artificiales inspirados en la finalidad fiscal exclusiva, desprovistos de realidad económica efectiva. Hay la intención subjetiva de evadir el pago del impuesto en el Estado de residencia mediante la constatación objetiva del empleo de mecanismos puramente artificiales que lo confirman. Ahora, se declara la atribución de renta si es que se aplican mecanismos no genuinos para conseguir el beneficio fiscal, o sea, la planificación fiscal agresiva mediante abuso del derecho. Lo que no es genuino no es auténtico ni espejo de realidad económica.

16.5.3. El arbitraje fiscal o asimetrías híbridas. (Hybrid Mismatches)

El arbitraje fiscal, denominado aparatosamente asimetría híbrida, es el empleo de técnicas que permiten explotar las diferencias o discordancias entre sistemas tributarios, mediante esquemas deliberados de elusión fiscal, a través de híbridos financieros o entidades híbridas, destinados a procurar ventajas fiscales, que de otra forma no se obtendrían.

El híbrido financiero es un instrumento financiero que presenta características de deuda y capital, según la ley mercantil, contable, fiscal, v. g. acciones sin voto, acciones rescatables, obligaciones convertibles, deuda subordinada o, en la combinación de dos o más instrumentos legales distintos cuya finalidad es la de replicar o sintetizar mediante derivados (opciones, futuros, swaps), el flujo de ingreso asociado –interés o dividendo; ganancia de capital o ingreso ordinario– con otro instrumento legal distinto.

La entidad híbrida es la calificación distinta de una entidad en varias jurisdicciones, una vez como sociedad, sometida a imposición separada y otra como entidad en transparencia o en atribución de rentas, gravada en cabeza de sus miembros.

El arbitraje fiscal o el aprovechamiento de las discordancias entre sistemas fiscales es una constante de la actividad financiera, aseguradora y las empresas transnacionales, que se hizo evidente en la crisis financiera de 2008. La renta vagabunda o sin Estado, exenta de impuesto en ningún lugar del mundo.²⁰⁵

El esquema de elusión diseña la creación de deducciones duplicadas, deducción del rendimiento en ambos países, o una deducción que no es correlativa a un ingreso gravable, una deducción sobre la renta en un país que está exenta en el otro, y que, obviamente, persigue el beneficio fiscal como finalidad principal. La Directiva se ocupa de la llamada doble deducción y de la deducción sin inclusión.

La calificación de las consecuencias del arbitraje fiscal es significativa. Por un lado, en caso de doble deducción solo se acepta la deducción conferida en el Estado donde se originará su pago. Por otro, en caso de deducción sin inclusión, el Estado del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente.

La *vis* compartida de las definiciones ratifica que el Estado observa desde su potestad impositiva los efectos de las leyes o disciplinas de otros, para ajustar su comportamiento en consecuencia. Esto implica una mirada más amplia de cada Estado a su alrededor. No es la doble imposición lo que le preocupa sino la doble no imposición. Y de este modo si el Estado de origen califica el pago de un instrumento híbrido como deuda, que no capital o a una entidad como sociedad, que no *partnership*, obliga a igual configuración al Estado de destino.

205. T. Rosembuj, *La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas*. Barcelona, 2011.

16.5.4. La imposición de salida de la UE. (Exit tax)

El criterio es que el traslado de activos por parte del contribuyente fuera de la jurisdicción de un Estado implique que se grave el valor económico de cualquier ganancia patrimonial creada y madurada hasta ese momento, aun cuando no se haya, realizado.

“Activos tales como la propiedad intelectual o patentes, usualmente valorados por su proyectado rendimiento futuro no resultan gravados cuando se trasladan fuera de la UE a un Estado tercero. Algunas sociedades trasladan sus activos de alto valor desde los Estados Miembros a países con baja o nula fiscalidad, para evitar pagar impuestos en la UE sobre los beneficios que generan una vez que venden tales activos.”²⁰⁶

El propósito es impedir que se transfieran activos fuera de la UE con la finalidad de evitar impuestos, asegurando mediante la imposición de salida que los beneficios de los activos de alto valor no pueden desplazarse inmunes o desaparecer de las cuentas y estados financieros.

De modo que lo que cambia en la propuesta de ordenación comunitaria es la finalidad de la imposición de salida, respecto a su preocupación anterior centrada en la coordinación y cooperación entre los Estados Miembros a fin de evitar discriminación entre la imposición transfronteriza y la disciplina nacional. Ahora, el propósito claro es impedir que activos intangibles, propiedad intelectual e industrial, desaparezcan como valor de las cuentas de las sociedades que se deslocalizan fuera de la UE o desplazan de igual manera sus activos de mayor valor razonable, para eludir la imposición en el lugar donde se crearon y deberían explotarse.

206. European Commission-Fact Sheet, The Anti-Tax Avoidance Package-Questions and Answers, Brussels, January 28, 2016, p. 3

En traducción simple, sería aprovechar la residencia dentro de la UE para deducir costes, gastos, procurarse subvenciones o ayudas fiscales y cuando el proyecto I+D o el activo resultante supera su factibilidad desaplicar la propiedad intelectual o industrial donde está, para acogerse a la tutela de otro país de baja o nula fiscalidad sobre la ganancia patrimonial así fundada.

El objeto de la imposición de salida afecta la transmisión de activos desde la sede central a un establecimiento permanente; desde un establecimiento permanente en un Estado a su sede central u otro establecimiento permanente; el cambio de residencia fiscal o una actividad realizada por un establecimiento permanente; en tanto y en cuanto el Estado en que se encuentra la sede o el establecimiento permanente, pierda el derecho a gravar los activos de su interés.

La propuesta registra, también, un criterio de valor trascendente, porque renuncia a la preferencia por el valor normal de mercado, *at arm's length*, y se asume el valor razonable (*fair value*) o valor de mercado de los activos transferidos, menos el su valor fiscal.

El valor razonable está próximo al concepto de valor normal de mercado; pero, no son idénticos. El primero es más amplio que el segundo, porque, en su defecto, puede elegirse entre modelos o técnicas de amplio respiro discrecional para el sujeto y de regular contenido económico. La referencia del valor razonable no es otra que la consideración del valor fiable de mercado, valor que aplicado a las operaciones vinculadas es dudoso encontrar (v. g. precios de transferencia). Si no lo hay, el valor razonable autoriza a recurrir a modelos y técnicas que lo establezcan, de estricta matriz económica.

El precio de transferencia no demuestra, en si mismo, valor fiable de mercado, por cuanto hay operaciones que

ningún empresario independiente efectuaría o no las haría en las condiciones pactadas en el conjunto vinculado y, por tanto, el valor de mercado es el que puede establecerse mediante instrumentos que maximizan los datos observables de mercados. Por ejemplo, esa ganancia patrimonial no realizada solo se evaluará sobre la ganancia que mejora la posición económica del contribuyente mediante instrumentos de análisis tomados en préstamo de la microeconomía y distinta de cualquier otra finalidad, como sería la de procurarse exclusivamente ventajas fiscales.

Es un error sostener que en materia de intangibles el valor normal de mercado excede al precio o resultante del *fair value* y ello porque, como detalla la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 24, la particular relación entre las partes asociadas modifica las operaciones internas en el grupo, sean compraventas, suministros, transferencias de I+D, licencias de intangibles, acuerdos de contribución de costes, financiación o garantías. La verdad, es exactamente la opuesta, porque hay operaciones vinculadas, precios de transferencia, que nunca serían realizables voluntariamente por empresarios independientes en transacciones directas entre compradores y vendedores no vinculados²⁰⁷. La UE opta, ya no por la *at arm's length*, sino, por el método del más elevado y mejor uso conforme a la relación en el seno del conjunto vinculado.

16.5.5. La Norma General contra las Prácticas Abusivas. (General Anti Abuse Rules)

Desde la Responsabilidad Social Corporativa, a la planificación fiscal agresiva, se llega a la práctica abusiva como

207. Contra, J. Wittendorff, European Commission Anti-Tax Avoidance Package: ¿Unavoidable Flawed? Tax Notes International, March 7, 2016.

respuesta propia del derecho comunitario, que no del BEPS. El discurso de la Unión Europea, sin solución de continuidad, se traduce en una Cláusula General sometida a los Estados, dirigida a la disciplina de la deuda tributaria atinente al impuesto sobre sociedades, aun cuando no aparezca disciplina legal comunitaria implicada.

El Estado puede ignorar o desconsiderar cualquier acuerdo o series de mecanismos cuyo propósito principal o uno de los principales, consiste en la obtención de una ventaja fiscal que desvirtua el objeto o la finalidad de la norma tributaria aplicable, no son genuinos conforme a todos los hechos y circunstancias relevantes. Tales acuerdos pueden comprender más de una fase o parte.

El acuerdo o las técnicas pueden concebirse como no genuinos o falseados en la medida que no respondan a razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

La deuda, en su caso, se calculará conforme a la legislación nacional. Y, con la premisa que "No debería impedirse a los Estados Miembros aplicar sanciones cuando sean aplicables dichas normas generales." (Considerando 11).

La deconstrucción de la Cláusula General ofrece elementos de máximo interés interpretativo. Teniendo en cuenta lo que habíamos dicho antes sobre el diseño de la RSG, hay algunas afirmaciones que podrían dar lugar a una visión más amplia sobre el ilícito atípico que en principio parece rechazarse.

En primer lugar, la práctica abusiva significa la desviación del espíritu de la ley a través de esquemas dirigidos a su incumplimiento, con el propósito de conseguir una ventaja fiscal, que de otro modo no se puede obtener. Es un comportamiento lesivo para el interés fiscal, contrario o antagónico a los principios jurídicos que inspiran la ley (*defeat*).

En segundo lugar, los acuerdos o mecanismos empleados se califican como no genuinos, que no artificiales, o, igualmente, inauténticos o falsos. Lo que no es genuino, no es auténtico ni real.

¿Cuál es la diferencia entre hechos puramente artificiales y hechos no genuinos o falseados?

La distinción es de acento, pero determinante, porque significa la toma en consideración, en mi opinión, de los móviles que inspiran la intención fraudulenta de sus autores, móviles que unen el elemento subjetivo a la construcción de hechos no genuinos o falseados. Esta es la hipótesis típica de abuso del derecho. Y la clave es la propia expresión mencionada del Considerando 11 de la Directiva, al admitir la aplicación de sanciones por prácticas abusivas. Y si existe sanción específica se calificará como abuso del derecho.

Los hechos puramente artificiales pueden representar una práctica abusiva que no es autónoma sino dependiente del presupuesto del fraude de ley, en cuyo caso, la intencionalidad fraudulenta comporta la prevalencia objetiva del hecho artificial y la aplicación del mandato de la ley violada como si no hubiera existido. Pero, asimismo, decreta la inexistencia de sanciones específicas porque no se valora intencionalidad lesiva alguna.

Las operaciones no genuinas, falsas, son aquellas cuyos motivos comerciales (aunque válidos) no reflejan la realidad económica o, lo que es lo mismo, la realidad jurídica efectiva. Por eso, ni la literalidad ni el textualismo de la ley es suficiente para excluir la práctica abusiva, la desviación de la finalidad de la ley y, a la postre, su violación.²⁰⁸

208. T. Rosembuj, *Minimización del Impuesto y Responsabilidad Social Corporativa*, Barcelona, 2009, p. 39.

16.6. PRINCIPIOS TRANSNACIONALES DE BUENA GOBERNANZA. LA LISTA DE LAS JURISDICCIONES NO COOPERATIVAS

La configuración de principios de buena gobernanza no se demora en el interior del mercado único; si no que aspira a su proyección, en los mismos términos, al ámbito internacional, transformando, de hecho, los propios principios comunes en principios transnacionales, como se afirma, “contra los sistemas opacos y la planificación fiscal agresiva.”²⁰⁹

La UE no se conforma con apoyar los esfuerzos relativos del G20 y de la OCDE; puesto que pretende su diseño principista intrínseco de efectos internacionales. Así, se publica el 28 de enero de 2016 la Comunicación sobre una Estrategia Externa para la Imposición Efectiva.²¹⁰

La premisa de buena gobernanza fiscal es la que sirve de base a la UE: transparencia, intercambio de información y competencia fiscal correcta. La evolución fiscal internacional aconseja la revisión de los criterios de buena gobernanza enunciados.

Primero, *aumento de transparencia*, que refleje, como mínimo, en transparencia e intercambio de información el principio de intercambio automático de información. Pero, no solo, sino, también, el intercambio automático de consultas fiscales y acuerdos anticipados de precios de transferencia; el informe país-por-país establecidos, en principio, para el sector bancario y financiero y para los sectores de hostelería e industrias extractivas.

209. COM (2016) 451, Promote higher tax good governance standard worldwide, p. 8.

210. COM (2016)24, European Commission.

Segundo, concordancia en la *lucha contra la competencia fiscal lesiva*. Por un lado, propiciando la aproximación del nexo modificado en el ámbito de las *Patent Boxes* y la aplicación de los criterios del BEPS en materia de erosión de las bases y desplazamiento de beneficios.

Tercero, acuerdos con terceros Estados para evitar la elusión fiscal, la planificación fiscal agresiva y el traslado societario de beneficios.

Por un lado, mediante *cláusulas de buena gobernanza fiscal*, cuyo contenido debe reflejar los principios transnacionales examinados; el nuevo principio global de intercambio automático de información; medidas derivadas de los principios del G20/OCDE BEPS y, no menos importante, estado de aplicación de las Recomendaciones del GAFI/FATF sobre blanqueo de dinero y financiación del terrorismo.

Por otro, evaluar las disposiciones sobre *Ayuda de Estado*, a efectos de aumentar la transparencia en las subvenciones, prohibir las que sean lesivas y, en general, analizar los regímenes fiscales preferenciales, usos administrativos y consultas fiscales, que puedan soportar prácticas lesivas distorsivas.

Cuarto, la consecución de los principios de buena gobernanza fiscal es el presupuesto de asistencia a los países en vía de desarrollo, tanto para que mejoren sus sistemas tributarios de recaudación cuanto para el perfeccionamiento de los procedimientos del gasto público ("*Collect More, Spend Better*").

Quinto, la exigencia de buena gobernanza fiscal para el *acceso a la financiación comunitaria*, condiciona la promoción de la transparencia y corrección de la competencia fiscal lesiva, sobre todo, de cara a las jurisdicciones de nula o mínima imposición.

El corolario de la Estrategia Externa es la propuesta de un sistema comunitario compartido de análisis y listado de terceros países no cooperativos, reticentes a los principios de buena gobernanza fiscal, en especial, impidiendo la planificación fiscal agresiva y el abuso del arbitraje fiscal entre los diferentes sistemas nacionales.

El procedimiento supone la adopción de retorsiones frente a comportamientos que se juzgan agresivos o, al límite, inamistosos, para la preservación de las bases nacionales de imposición. Un modo, de cristalizar el derecho a la protección fiscal de cada Estado frente a otro u otros que hacen norma de la elusión o evasión de Estado.²¹¹

El procedimiento previsto pretende un listado común de jurisdicciones fiscales no cooperativas, inclinadas a sostener la elusión, que no solo la evasión, fiscal, basado en tres etapas.

- *Indicadores (Scoreboard)*: el nivel de riesgo potencial de cada tercer país respecto a la elusión fiscal, para lo cual se toma en cuenta los lazos económicos con la UE; la actividad financiera desproporcionada del país en cuestión; los factores de estabilidad; los factores de riesgo, tales como, la opacidad, la presencia de regímenes fiscales preferenciales y la nula o inexistente fiscalidad societaria.
- *Análisis (Screening)*. Los resultados obtenidos e los Indicadores permitirán hacer la criba de aquellos que respetan los principios de buena gobernanza fiscal o no, mediante una discusión y diálogo sobre lo que debe enmendarse para conseguirlo.

Los criterios utilizados serán:

- *Transparencia*: cumplimiento del intercambio de información a demanda; y del intercambio automático de in-

211. T. Rosembuj, Derecho Fiscal Internacional, cit. p. 226.

formación y ratificación del Convenio Multilateral de intercambio de información.

- Competencia fiscal correcta: a través del examen de sus regímenes fiscales lesivos.
- Implementación del BEPS.
- Nivel de imposición: si hay fiscalidad societaria o es a tipo de gravamen 0.
- Blanqueo de capitales: cumplimiento de las Recomendaciones del GAFI/FATF, en especial la identificación de los beneficiarios efectivos y la inclusión de los delitos fiscales como delitos subyacentes del blanqueo de dinero.
- Listado de jurisdicciones no cooperativas (*Listing*): después del proceso de análisis se adopta la decisión de una lista común de la UE de terceros Estados que no cumplen con los principios de buena gobernanza fiscal. La lista contemplada como instrumento decisión última puede implicar sanciones. O sea, la lista evoca un comportamiento inamistoso, generador de responsabilidad internacional y con visos evidentes de ilicitud, tanto como para apreciar los presupuestos de planificación fiscal agresiva y abuso del derecho en los contribuyentes que están en ello.²¹²

La lista se conforma como el vehículo dominante para señalar la vulneración de principios comunes de orden internacional que menoscaban el interés fiscal de otros Estado mediante el asenso y consentimiento a la opacidad, competencia fiscal lesiva, flujo ilícito de dinero y erosión de bases y traslado de beneficios de países de fiscalidad ordi-

212. Council of the EU, Council conclusions on an external taxation strategy and measures against tax treaty abuse, 25-5-2016; Questions and Answers on the common EU list of non-cooperative tax jurisdictions, Brussels, 15-9-2016.

naria. A tenerse en cuenta que el objeto no es solo la evasión de Estado –típico del paraíso fiscal–; sino, también, la elusión mediante atracción de rentas del exterior para su inmunidad o preferencia en el territorio.²¹³

16.7. EL ARBITRAJE FISCAL O ASIMETRÍAS HÍBRIDAS CON TERCEROS ESTADOS

El arbitraje fiscal o asimetrías híbridas reguladas a través de la D. Anti-Elusión, de junio de 2016/1164, se formula respecto a los instrumentos híbridos y entidades híbridas entre los Estados Miembros de la UE. En febrero de 2017 se publican enmiendas a la dicha Directiva, al objeto de facilitar la extensión de la lucha contra el arbitraje fiscal que implica a terceros Estados.²¹⁴

Hay arbitraje fiscal reprochable toda vez que el contribuyente explota la intersección de los sistemas tributarios para eliminar o reducir sustancialmente su impuesto, cualesquiera que sean los instrumentos o las entidades empleada²¹⁵. El aprovechamiento de las disparidades entre sistemas tributarios en conceptos tales como deuda-capital; propiedad legal-propiedad económica; sociedad-sujeto de derecho transparente, renta ordinaria o ganancia patrimonial, estimula la actividad de los particulares para conseguir ventajas fiscales de las meras diferencias literales o textuales en la ley.

El arbitraje fiscal trasunta un comportamiento deliberado e intencional para explotar las discordancias entre los

213. T. Rosembuj, *Derecho Fiscal Internacional*, cit. p. 254.

214. Consejo de la UE, enmendando D. (EU)2016/1164 respecto a las asimetrías híbridas con terceros Estados, Bruselles, 17-2-2017, 6333/17.

215. D. M. Ring, *One Nation among many: Policy implications of cross-border tax arbitraje*, *Boston College Law review*, vol. 44, 2002.

sistemas tributarios nacionales, con finalidad fiscal principal, utilizando figuras e instrumentos jurídicos aparentemente lícitos, sea para procurarse una duplicación de beneficios fiscales, obtener gastos deducibles sin ingresos correlativos, duplicar pérdidas o amortizaciones, recalificar como gastos rendimientos susceptibles de ser gravados. El objetivo declarado, como se ha notado, no es otro que la doble no imposición, utilizando las discordancias legales entre los sistemas implicados.

Las modificaciones tienen un alcance superior al previsto en la D. 2016/1164. Así, las normas contra el arbitraje fiscal incluyen ciertas actividades atribuidas o no a establecimientos permanentes; transferencias híbridas sobre la titularidad del instrumento empleado (deudas colaterales); asimetrías importadas a través del uso promiscuo de instrumentos no híbridos dirigidos a ocultar la operación de arbitraje; arbitraje mediante entidades híbridas a la inversa y residencias duales; generadores de créditos fiscales extranjeros.

El concepto más destacado es el que se denomina “resultado de las asimetrías”, que consiente rehusar la deducción de pagos, gastos, o pérdidas o incluir pagos como renta imponible en caso de doble deducción, deducción sin inclusión, no imposición sin inclusión y doble crédito fiscal.

El principio aparece excesivamente casuístico y crítico y, por tanto, susceptible de dudosa aplicación, faltando una norma de cobertura que responda al particularismo textual o literal, del tipo de la Cláusula General Antiabuso. Hubiera sido preferible la extensión del principio legislativo, condenatorio de cualquier clase de aprovechamiento de las diferencias o discordancias entre la actividad derivada desde el contribuyente residente en un tercer Estado y los sistemas tributarios de los Estados Miembros, para maximizar beneficios por la minimización del impuesto mediante la operación estructurada a tal efecto.

17. El principio de la competencia fiscal lesiva

La primera de las versiones del principio de la competencia fiscal lesiva tuvo como fuente el Código de Conducta en materia de fiscalidad empresarial (Código *Monti*) de 1 de diciembre de 1997. Sucesivamente, esta que fuera una de las primeras manifestaciones de *soft law* comunitario se incorpora trámite la OCDE a un proceso más vasto de reglas informales de comportamiento en la actuación de la fiscalidad internacional.²¹⁶

El criterio genérico controvierte la política fiscal de los Estados (Miembros de la UE) o, en general, que impliquen la manipulación de sus sistemas tributarios con el propósito determinante de conseguir la radicación de la actividad de capital o de empresa o el establecimiento de rentas o riquezas en sus territorios, sea otorgando preferencias, favores, imposición nula o cuasi o ventajas financieras equivalentes, mediante disposiciones legales, reglamentarias o prácticas administrativas.

Los aspectos considerados para calificar la competencia como lesiva son, entre otros, si las ventajas se otorgan solo a no residentes o solo con respecto a las operaciones realizadas con no residentes; si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional; si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del Estado que ofrece las ventajas fiscales; si las normas para determinar los beneficios (*transfer pricing*) derivados de las actividades intragrupo multinacionales se ajustan a los princi-

216. Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal, Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, DOE 6/1/1998; OCDE, Harmful Tax Competition, Paris, abril 1998.

pios internacionalmente reconocidos o se traducen en la manipulación administrativa del valor de las transacciones, alterando la base de cálculo o mediante el uso inapropiado de los acuerdos anticipados de precios; o si las medidas fiscales carecen de transparencia o son opacas y carecen de rigor.

Se trata, en suma, de crear espacios jurídicos o administrativos que no persiguen la actuación efectiva de la función promocional de carácter general económico, sino la inmunidad fiscal de los que se acogen. La atracción de renta o riqueza extranjera a cambio de su virtual inmunidad tributaria u opacidad. Esto puede conseguirse por nula o mínima imposición o a través de la protección de la información obtenida ante el otro u otros Estados perjudicados. El acto de competencia es lesivo puesto que provoca o es susceptible de provocar un daño al interés fiscal, al interés a la recaudación fiscal, de otros Estados en forma incorrecta, inamistosa.

Asimismo, debe incluirse la promoción preferencial de los residentes a través de los beneficios fiscales que les permiten el acceso subvencionado a los mercados externos. No solo es pernicioso atraer a los de afuera; sino, incentivar la actividad de los de dentro, ayudándoles a que se procuren beneficios que sin la asistencia del propio Estado no conseguirían.

La elusión y la evasión de Estado son el contenido de la competencia fiscal lesiva. Un comportamiento inamistoso de Estado merecedor de retorsión en el plano de la tutela del interés fiscal de los otros Estados.

La elusión de Estado implica un régimen de preferencia fiscal para no residentes concedido administrativamente cuyo contenido será carente de actividad de empresa y vedado a los residentes en el Estado o formas jurídicas que

consientan privilegios a sus beneficiarios, desconectados de cualquier actividad económica, al amparo de una amplia red de tratados fiscales o faciliten a sus residentes la exclusión del impuesto cuando acceden a los mercados externos. (v. g. *Foreign Sales Corporations en los EE.UU.*).

La evasión de Estado define el encubrimiento institucional de renta ajena debido a la opacidad en la información, al oscurecimiento del sistema bancario y financiero y el ocultamiento de los beneficiarios efectivos de las entidades jurídicas.

Los discursos de los principios de buena gobernanza fiscal tienen su clausura en la competencia fiscal lesiva, por cuanto reúne en si mismo la exigencia de lucha contra la elusión y la evasión fiscal, el blanqueo de capitales, la corrupción y la financiación del terrorismo. No se puede ser más o menos cooperativo; más o menos correcto. De ahí que concurren en su materialización tanto los deberes de transparencia de las cuentas, como de la Responsabilidad Social Corporativa y la lucha contra las prácticas abusivas de planificación fiscal agresiva y el intercambio automático de información tributaria de las instituciones financieras. A esto se une, en su formato actual, el compromiso de cara a las Acciones del G20 en materia de erosión de bases imponibles y desplazamiento de beneficios. Digamos, que la competencia fiscal lesiva aparece como el cierre de los principios de buena gobernanza.

Fruto de ello son los nuevos ámbitos que ocupa. El Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas de la UE de 1997 es gestionado por un Grupo encargado que asesora al Consejo de la UE sobre medidas de lucha contra las prácticas abusivas; la transparencia y el intercambio de información en el ámbito de los precios de transferencia; las prácticas administrativas y las relaciones con terceros países (la lista de jurisdicciones no cooperativas). Y, los vín-

culos entre la competencia fiscal lesiva y la ayuda de estado.

17.1. LA AYUDA DE ESTADO, TAX RULINGS Y LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

La competencia fiscal lesiva pone de manifiesto la existencia de países que no respetan valores y principios de corrección internacional. La elusión o evasión de Estado suponen un comportamiento inamistoso u hostil, atacando el derecho a la recaudación de otros Estados o más aún dedicados a sustraerle capacidad económica de su base de imposición.

La ventaja fiscal que crea sistemas de elusión, evasión (o acuerdo) para capturar la localización de empresas o inversiones por finalidad fiscal exclusiva o prevalente afecta el interés fiscal del otro Estado; pero, si esto se proyecta como estímulo prohibido sobre los agentes económicos implica una perturbación en la leal competencia comercial, creando una distorsión que tiene por fuente única el beneficio fiscal (prohibido).

En rigor cuando se dice competencia fiscal lesiva se quiere decir competencia comercial lesiva, una patología de la igualdad de condiciones de competición que debiera presidir el mercado global.

La ayuda estatal en sentido amplio, comprensiva de cualquier tipo o clase de beneficios fiscales concedidos específica o selectivamente a agentes económicos mediante sacrificios financieros públicos representan ventajas que pueden o deben distorsionar la competición y el comercio.²¹⁷

217. Organización Mundial de Comercio, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SCM); TFEU de la UE, artículo 107.

Los beneficios fiscales, cualesquiera que sea su formulación, como exenciones, bonificaciones, reducciones, deducciones, vacaciones fiscales, amortizaciones aceleradas, interesan en la medida que sean fuente de perjuicios graves a otros Estados.

La ayuda estatal incurre en competencia fiscal lesiva en el momento en que la transferencia pública de recursos, sin contraprestación, sirve de plataforma a sus beneficiarios para la competencia en los mercados extranjeros o en el mercado local limitando a los extranjeros y a los que no la obtienen. O, mejor dicho, sirve para la competencia que sin la ayuda pública no sería factible para los intereses particulares. La ayuda estatal falsea la competencia leal y distorsiona los intercambios económicos que de otra forma se producirían.

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SCM) de la OMC incorpora la nota 59 a pie de página del apartado e) del Anexo I donde enuncia un criterio absolutamente imprescindible para interpretar la conexión entre los precios de transferencia y la ayuda estatal prohibida.

“Los Miembros ratifican el principio que los precios de los bienes en las operaciones entre empresas exportadoras y compradores extranjeros asociados deberán ser, a fines fiscales, los precios que se hubieran fijado ente empresas independientes actuando *at arm's length*. Cualquier Miembro puede advertir a otro por sus prácticas administrativas o de distinta naturaleza que contravengan el principio del valor normal de mercado y que “resulten en un ahorro significativo de impuestos directos en las operaciones de exportación.”

Conviene, al respecto, incluir, por coherencia, las importaciones de ahorro o capital que prescindan de la regla

general por medio de consultas vinculantes o *rulings* o acuerdos anticipados de precios que puedan determinar para el caso concreto un tratamiento más favorable para el solicitante. El Acuerdo señala entonces la vulneración del principio de ayuda de Estado cuando se traduce en un ahorro significativo de impuestos directos, atribuible a la actuación administrativa del Estado interesado.²¹⁸

Es este el mismo criterio adoptado en el Código de Conducta de la UE en cuanto induce a la aplicación del *standard* internacional *at arm's length* en la aplicación de las normas y prácticas para la determinación y asignación de beneficios dentro de un grupo de sociedades. No se puede manipular el *transfer price mediante* colaboración administrativa toda vez que sirva para proveer al receptor beneficiario un ahorro de impuestos directos que no se corresponde con el valor normal de mercado, entendiéndose por ello cualquier manifestación de potestad pública, en especial, consultas vinculantes y acuerdos anticipados de precios.

Desde junio de 2013 se manifiesta la preocupación de la UE respecto al uso indebido de los *tax rulings* como instrumentos de ayuda estatal prohibida. La lógica del principio de competencia fiscal lesiva impide utilizar cualquier forma de ayuda estatal, en el ámbito del mercado único, que conlleven la minimización del impuesto para el favorecido. Y esto puede suceder a través de consultas vinculantes (*tax rulings*) que fijan ventajas selectivas para empresas específicas. Y esto se verifica, sobre todo, en materia de la determinación y valoración de las transacciones intragrupo, a través de los precios de transferencia: las consultas vinculantes pueden influir en la asignación de los benefi-

218. T. Rosembuj, *Los Impuestos y la Organización Mundial de Comercio*, Barcelona, 2007, p. 204.

cios entre las filiales o sucursales del grupo de empresas, permitiendo el ahorro directo de impuestos y/o su desplazamiento a otras jurisdicciones fiscales. En suma, la consulta vinculante no refleja las contraprestaciones entre las partes del grupo en términos de mercado –*at arm's length*– y crea un tratamiento discriminatorio en comparación al que reciben otros contribuyentes.²¹⁹

El último de los episodios resguarda la concesión de beneficios fiscales ilegales a Apple por Irlanda, consintiendo evitarle impuestos sobre la casi totalidad de sus beneficios derivados de las ventas de sus productos en el mercado único europeo, mediante consultas vinculantes que carecen de justificación económica.²²⁰

La posición de la UE reposa en tres argumentos. Por un lado, la ayuda estatal está prohibida cuando otorga un tratamiento fiscal más favorable a ciertos contribuyentes antes que a otros, situándolos en una posición financiera más favorable. El impuesto como subvención. Por otro, la medida fiscal no es de recibo cuando defiende un método de determinación del beneficio imponible de un grupo “en un modo que no resulta de aproximación fiable a un resultado basado en el mercado en línea con el principio de valor normal de mercado” (*reliable approximation of a market-based outcome*), confiriendo una ventaja selectiva a su reci-

219. “Bajo las normas de ayuda estatal de la UE, las autoridades nacionales no pueden adoptar medidas permitiendo a ciertas compañías pagar menos impuesto que el que ellas debieran si las normas fiscales del Estado Miembro fueran aplicadas en una forma justa y no discriminatoria”. European Commission, State Aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Apple (Ireland), Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg), Brussels, 11 June 2014.

220. European Commission, State aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to 13 billion euro, Brussels, 30 August 2016.

piente, como, por ejemplo, minimización de los beneficios imponibles y de la deuda tributaria. Finalmente, las consultas aseguran certeza legal, en el bien entendido que no otorguen ventajas selectivas a específicos agentes económicos.²²¹

La consecuencia de la ayuda estatal prohibida es la obligación del Estado concedente o de los otros Estados perjudicados de la recuperación del importe o cuantía de la ventaja competitiva indebida, por el período transcurrido de los diez años precedentes.

El Departamento del Tesoro de los EEU produjo un documento crítico en contra de las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión Europea, con fecha 24 de agosto de 2016.²²²

Las apreciaciones son superficiales. Primero aludiendo una separación original y nueva de la doctrina jurisprudencial europea previa, lo cual no es cierto ni demostrado, al menos desde, 1974 en adelante. Segundo, calificando la recuperación económica de la ayuda estatal indebida como retroactividad inaceptable porque nace de la pretendida nueva aproximación teórica. No hay ninguna modificación perceptible en la competencia de la Comisión de ordenar la recuperación de la ayuda prohibida por un período de diez años precedentes desde la primera solicitud de información. Tercero, denunciando una perspectiva incompatible con los principios internacionales en materia de precios de transferencia pronunciados por la OCDE. La discusión atiende a la

221. ECJ, Joined Cases C-182/03, C-217/03, Belgium and Forum 187 ASBL v. Commission EU: C: 2006; 416; D. G Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings, 3 June 2016.

222. US Department of the Treasury White Paper, The European Commission's recent state aid investigations of transfer pricing rulings, august 24, 2016.

extensión del concepto de valor normal de mercado y la lectura equivalente europea del mismo en términos de efectos de la determinación del beneficio imponible del grupo de empresas en el mercado, en tanto el *tax ruling* ofrezca una ventaja selectiva al beneficiario. Desde la OMC y a través del acuerdo *SCM* queda acreditado que no pueden emplearse prácticas legales o administrativas de ayuda estatal que suponen un ahorro de impuestos directos, en el caso de precios de transferencia.²²³

La preocupación real de los EEU es que la recuperación de la ayuda estatal ilegal pueda considerarse como impuesto sobre renta extranjera y, por tanto, acreditable contra los impuestos debidos en EEU por las compañías americanas. Al límite, alguna doctrina radical, con viejas resonancias imperiales, sugiere que EE.UU. recurra a la *Section 891 IRC* como represalia contra la UE: si puede constatare que las leyes extranjeras aplican impuestos discriminatorios en perjuicio de ciudadanos o empresas americanas podría establecerse que por el período impositivo en cuestión y sucesivos se duplique el impuesto sobre cada ciudadano o empresa del dicho país extranjero.²²⁴

La posición del Tesoro americano es insostenible puesto que, como bien se afirma se basa en atemorizar a la UE, porque aspira a recaudar los impuestos sobre beneficios eludidos, que se le debe; simplemente, porque EE.UU. no actuó primero en hacerlo, respecto a la elusión fiscal sus empresas.²²⁵

223. D. G. Competition Working Paper, cit.

224. I. Grinberg, A Constructive US Counter to EU State Aid Cases, Tax Notes International, January 11, 2016; G. Aldonas, I. Grinberg, EU State Aid Investigations demanda an aggressive response, Tax Notes International, August 15, 2016.

225. E. Kleinbard, US Treasury publishes White paper in support of tax avoiders, The Hill, August 29, 2016; Elizabeth Warren, What Apple

Por último, se pretende contrastar la retroactividad del período de recuperación del impuesto debido por ayuda estatal ilegal con el principio de certeza legal. El fundamento radica en que la Comisión no habría facilitado información anticipada a las empresas para conocer con precisión la extensión de las obligaciones a las que están sometidas y poder establecer en modo inequívoco los derechos y deberes que les corresponden.

El principio de certeza legal es indiscutible: el ciudadano debe conocer cuál es la ley aplicable en un momento y espacio determinado y, por tanto, ser capaz de valorar la naturaleza legal o ilegal de su comportamiento.

La irretroactividad de la norma tributaria no es un dogma absoluto, como no lo es ante cualquier norma jurídica. La retroactividad en si misma es difícilmente justificable; pero, no lo es si aspira a restaurar un balance de legalidad infringida o, más aún, de desigualdad evidente ante la ley.

"Por tanto, no obstante que el principio de certeza legal, inclusive el de respeto a las expectativas legítimas, normalmente provee fuertes razones contra la retroactividad, esto no significa que hay una prohibición absoluta sobre la retroactividad. Es concebible que en ciertas situaciones intereses legítimos pueden servirse si el legislador garantiza efecto retroactivo a la legislación." Y, "si no hay expectativas legítimas infringidas, la retroactividad sería permisible"²²⁶.

Teaches Us About Taxes, International New York Times, September 8, 2016.

226. H. Gribnau, Not argued from but prayed to. Who's afraid of legal principles? eJournal of Tax Research, 2014, vol. 12, 1, p. 214; M. Pauwels, Retroactive and retrospective tax legislation: a principle-based approach; a theory of "priority principles of transitional law" and "the method of the catalogue of circumstances", p. 115, H. Gribnau & M. Pauwels (eds), Retroactivity of Tax Legislation, Amsterdam, 2013.

El doble interrogante que se suscita propone respuestas ciertas: el contribuyente no puede ignorar la elusión fiscal sobre el impuesto que grava sus beneficios societarios favorecido mediante un *tax ruling*, sin el cual su responsabilidad fiscal aumentaría geométricamente. Tampoco se vulneran sus expectativas legítimas, en la medida en que no puede argüir garantías de legitimidad de la concesión obtenida de la Administración tributaria implicada desde el momento en que el procedimiento legal, reglamentario y de aplicación administrativa comunitaria califican con claridad y precisión el alcance de la ayuda estatal prohibida. ¿En que modo se puede asegurar la legítima expectación de un comportamiento fiscalmente elusivo, lesivo, que amenaza a la competencia y al mercado en iguales condiciones?. O sea, ninguna de las empresas afectadas puede defender con solidez que no sabían de sus obligaciones comunitarias ni eran aptas para determinar los derechos y deberes emergentes de su comportamiento indebido.

17.2. PATENT BOXES

Patent Box es un régimen empleado para calcular la renta derivada de la licencia o uso de propiedad intelectual que es merecedora de beneficio fiscal, fijando un vínculo entre el gasto efectuado para la creación de los activos de propiedad intelectual, expresado en una proporción del gasto total relacionado con la creación, y la renta que se origina de tales activos.

La *Patent Box* ofrece como principal atractivo un tipo de gravamen preferencial para la renta de propiedad intelectual: la renta se reduce cuando y si se obtiene ganancia. Esta es su principal característica respecto a Investiga-

ción & Desarrollo cuyas ventajas fiscales ocurren cuando los gastos se verifican.²²⁷

La primera de las preocupaciones en la UE sobre el régimen de beneficio fiscal a la renta de propiedad intelectual tuvo por causa la competición fiscal lesiva, susceptible de extensión, como medio de atracción de capital móvil entre los Estados Miembros. No es circunstancial que el Grupo de Trabajo del Código de Conducta Empresarial configure entre sus dos temas prioritarios el arbitraje fiscal y la *Patent Box*, en ambos casos con la planificación fiscal agresiva y el BEPS de fondo. La preocupación, en suma, es la difusión de esquemas de elusión fiscal desprovistos de genuina actividad económica, amparados en mejor conveniencia de la reducción del impuesto sobre la renta obtenida.

La Acción 5 del BEPS promueve el denominado *modified nexus approach*, estableciendo el máximo importe de renta de propiedad intelectual susceptible de beneficiarse del régimen fiscal preferencial. El eje es conferir la ventaja fiscal en la medida en que hay conexión entre la ganancia y el gasto concebido como calificado para su obtención. Y esto es lo que acepta la UE.

El nexo enuncia el criterio de necesaria asociación entre el beneficio fiscal a la entidad y los gastos de I&D en la jurisdicción como condición del régimen preferencial, la necesaria existencia de una actividad económica sustancial.²²⁸

Los activos intangibles que se califican para los beneficios fiscales son las patentes, copyright software y otros

227. M. Graetz, R. Doud, Technological Innovation, International Competition, and the Challenges of International Income Taxation, *Columbia Law Review*, Vol. 113, 2013.

228. L. V. Faulhaber, The Long Reach of European Union Law: Patent Boxes and the Limits of International Cooperation, March 22, 2016.

activos que son funcionalmente equivalente a las patentes. Las marcas no se califican. La propiedad intelectual debe ser propiedad del contribuyente. La renta incluye cánones, ganancias patrimoniales de la venta de activos y renta incorporada a la venta de productos o uso de procesos directamente conectados al activo.

Los gastos que se califican son los que aumentan la renta de los activos de propiedad intelectual y que son realizados por la propia entidad o por compra a otra parte no vinculada. En cambio, se excluyen los gastos de otra entidad o tercera parte vinculada. Se trata de que el beneficio fiscal a la renta lo reciba la misma entidad que incurre en la innovación que le sirve de origen.

A raíz del acuerdo entre el Reino Unido y Alemania, después adoptado por el resto de Estados Miembros de la UE, se acepta que la entidad pueda incrementar un máximo del 30% de su gasto total calificado, siempre que no existan costes de adquisición o contratación con entidades vinculadas.²²⁹

Conclusiones

La UE lleva a cabo un recorrido de gobernanza híbrida, en la que se encuentran las normas fuertes del Tratado, Directivas o Reglamentos, Comunicaciones individuales y normas débiles, Comunicaciones generales, Planes de Acción, Códigos de Conducta, Directrices. A ello se une, de reciente, la incorporación de principios comunes transna-

229. Proposals for new rules for preferential IP regimes: German-UK joint statement, 11 November 2014..."...Preferential treatment of intellectual property must be dependent on substantial economic activity." (W. Schäuble)

cionales por obra del G20/BEPS. El resultado evidente es que cada sistema tributario de un Estado Miembro es objeto de influencia y de cambios de expectativas que supera la cesión de competencias o el ámbito fiscal, disuelta la diferencia entre imposición indirecta y directa o el ejercicio compartido de la potestad administrativa tributaria.

Los principios de buena gobernanza fiscal –transparencia, intercambio de información, competencia fiscal lesiva, responsabilidad social corporativa– se desenvuelven gradualmente hacia una determinación de su contenido, en esencia, no fácilmente predeterminado, y ello exige describir las circunstancias que lo individualizan y acumulando datos de identificación

La transparencia fiscal en la lucha contra la evasión y elusión fiscal y, por primera vez, apunta un concepto nuevo que será de máxima importancia: asegurar el vínculo entre la fiscalidad y el lugar de la actividad económica real: "la imposición debería reflejar donde se realiza la actividad económica"²³⁰, es el germen del derecho a la protección y tutela de la base de imposición nacional, que es el eje del Plan de Acción del BEPS del G20 y que se recoge en la UE como la protección del mercado interior.

La transparencia extensiva convoca, no solo al protagonista de la actividad económica, sino a todos y cualquiera de los responsables coadyuvantes motivados para procurarle beneficios fiscales o incidentalmente para delatar su diseño. Aparecen, entonces, figuras, algunas existentes, pero notablemente potenciadas, como el beneficiario efectivo y otras de nueva talla, cual es el caso de los Asesores Materiales o Promotores y Facilitadores de la planificación fiscal agresiva o el Denunciante que se aboca a infor-

230. D.2016/11164 UE.

mar sobre las irregularidades desde dentro de la propia actividad de empresa o, también, de la consultoría bancaria, contable, financiera, aseguradora.

El discurso de los principios de buena gobernanza fiscal tiene su clausura en la competencia fiscal lesiva, por cuanto reúne en si mismo la exigencia de lucha contra la elusión y la evasión fiscal, el blanqueo de capitales, la corrupción y la financiación del terrorismo.

Desde junio de 2013 se manifiesta la preocupación de la UE respecto al uso indebido de los *tax rulings* como instrumentos de ayuda estatal prohibida. Y esto se verifica, sobre todo, a través de *tax rulings* y acuerdos anticipados de precios en materia de la determinación y valoración de las transacciones intragrupo, a través de los precios de transferencia: las consultas vinculantes pueden influir en la asignación de los beneficios entre las filiales o sucursales del grupo de empresas, permitiendo el ahorro directo de impuestos y/o su desplazamiento a otras jurisdicciones fiscales.

No es exagerado señalar que la RSC deviene el *cuarto* de los principios auspiciados de buena gobernanza fiscal: la minimización del impuesto a través de esquemas dirigidos a su eliminación, diferimiento, o anulación, configura un cuadro de ilícito atípico, abuso del derecho, cuya base es la ruptura del principio de Responsabilidad Social Corporativa usando la planificación fiscal agresiva.

La Directiva 2016/1164 de la UE eleva algunos de los principios transnacionales adoptados por el G20-BEPS a norma obligatoria comunitaria con carácter de principio derivado declarando su "*nivel mínimo de protección del mercado interior*" bajo la advocación del principio general BEPS tendencialmente dominante: el derecho de cada país a proteger su base de imposición de la erosión de las bases y desplazamiento o traslado de beneficios y garantizar el co-

bro del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor.

Así queda consagrada la secuencia de principios transnacionales adoptado mediante Directiva comunitaria, de obligada trasposición los Estados Miembros, bajo el modo de *standards valorativos*.

- La limitación de los intereses.
- Las sociedades en régimen de transparencia fiscal (*Controlled Foreign Corporations*).
- El arbitraje fiscal o asimetrías híbridas.

A su vez, quedan incorporados también dos *standards valorativos* propios de la UE que no encuadran en ninguna de las Acciones BEPS.

- La imposición de salida (*exit tax*).
- La norma general contra las prácticas abusivas. (Cláusula General Antiabuso).

La configuración de principios de buena gobernanza no se demora en el interior del mercado único; si no que aspira a su proyección, "contra los sistemas opacos y la planificación fiscal agresiva."

El aumento de transparencia, concordancia en la lucha contra la competencia fiscal lesiva, propiciando la aproximación del nexo modificado en el ámbito de las *Patent Boxes* y la información sobre *tax rulings* y disposiciones sobre *Ayuda de Estado* prohibida; acuerdos con terceros Estados para evitar la *elusión fiscal*, la planificación fiscal agresiva y el traslado societario de beneficios. En definitiva, un conjunto de *cláusulas de buena gobernanza fiscal*.

Finalmente, la *Lista Común* de jurisdicciones no cooperativas, cuya consecuencia implica retorsión económica o clausura del acceso a la financiación comunitaria, para los que están incluidos.

PRINCIPIOS DE BUENA GOBERNANZA FISCAL DE LA UNIÓN EUROPEA	
1. PRINCIPIO COMÚN TRANSNACIONAL	Protección del mercado interior a la base fiscal UE-BEPS
PRINCIPIO DE NIVEL MEDIO	<ul style="list-style-type: none"> • La empresa debe pagar el impuesto donde se crea el valor y el beneficio. Blanqueo de capitales, corrupción, criminalidad organizada, financiación del terrorismo.
STANDARD VALORATIVO	<ul style="list-style-type: none"> • La limitación de interés. • Transparencia fiscal internacional. Controlled Foreign Corporations. • El arbitraje fiscal. • La imposición de salida (exit tax); solo UE. • Impedir la elusión artificial mediante establecimiento permanente. • Asegurar que los resultados de los precios de transferencia son acordes a la creación de valor.
2. PRINCIPIO COMÚN	La Responsabilidad Social Corporativa.
PRINCIPIO DE NIVEL MEDIO	<ul style="list-style-type: none"> • Planificación Fiscal Agresiva.
STANDARD VALORATIVO	<ul style="list-style-type: none"> • Cláusula General. AntiAbuso.
3. PRINCIPIO COMÚN	Transparencia. Transparencia Extensiva.
PRINCIPIO DE NIVEL MEDIO	<ul style="list-style-type: none"> • Cuantificación de la brecha fiscal (Tax gap). • El beneficiario efectivo. • Los facilitadores y promotores de planificación fiscal agresiva. • La protección de los denunciantes.
STANDARD VALORATIVO	<ul style="list-style-type: none"> • Base de Impuesto Común y Consolidada (CCTB). • Transparencia de Ciertas Empresas (modelo EITI). • Country by Country reporting.

4. PRINCIPIO COMÚN	Competencia Fiscal Lesiva.
PRINCIPIO DE NIVEL MEDIO	<ul style="list-style-type: none"> • Actualización del Código de Conducta Empresarial. • Regímenes Preferenciales.
STANDARD VALORATIVO	<ul style="list-style-type: none"> • La Ayuda de Estado. • Patent Boxes. • Tax Rulings.
5. PRINCIPIO COMÚN	Competencia fiscal y Terceros Estados
PRINCIPIO DE NIVEL MEDIO	<ul style="list-style-type: none"> • Transparencia y transparencia fiscal • Intercambio de información automática. • Competencia fiscal lesiva. Regímenes preferenciales. • Principios G20/BEPS. • Recomendaciones GAF/FATF. • La ayuda de Estado. • Asistencia (Collect More Spend Better). • Financiación comunitaria. Acceso. Exclusión.
STANDARD VALORATIVO	<ul style="list-style-type: none"> • Lista común de jurisdicciones no cooperativas. Scoreboard; Screening; Listing.
6. PRINCIPIO COMÚN TRANSNACIONAL	Intercambio de Información financiera y tributaria. Principio general de intercambio automático de información tributaria de cuentas financieras.
PRINCIPIO DE NIVEL MEDIO	<ul style="list-style-type: none"> • Cooperación interadministrativa. Inspecciones conjuntas. Visitas de inspección.
STANDARD VALORATIVO	<ul style="list-style-type: none"> • Blanqueo de capitales. Delito fiscal, Contrabando. • Intercambio automático de tax rulings y acuerdos anticipados de precios de transferencia y de informes Country by Country.

CAPÍTULO III.

TAX GOVERNANCE EN EL G20

18. Los principios de gobernanza del G20

«Globalización denota procesos que erosionan la importancia política y económica de las fronteras nacionales y progresivamente afectan las oportunidades de vida a través del sistema de normas que constituyen el orden global».²³¹

La erosión, en esta primera aproximación, ataca uno de los atributos clásicos de la soberanía de cada Estado, cual es el ejercicio exclusivo de la supremacía dentro de su territorio y la eficacia del ordenamiento jurídico propio. La noción de soberanía aparece en cuestión vinculada a un determinado sistema de normas de naturaleza global. En rigor, ataca una de las formas de entender la soberanía, que no la noción misma.

En efecto, no es la supremacía constitucional de la potestad de cada Estado el que resulta alterado por obra de la globalización; si no la denominada soberanía westfaliana: «el derecho a estar aislado, a excluir, a ser libre de cualquier interferencia externa»²³². Lo que se pone en tela de juicio es la interpretación que apunta al Estado como el sujeto úni-

231. M. Risse; *On Global Justice*, Princeton University Press, 2012, p. 3.

232. A. M. Slaughter: *Sovereignty and power in a networked world order*, *Stanford Journal of International Law*, 40, 284, 2004

co sobre un territorio físico determinado en la aplicación el sistema jurídico propio, como el solo actor en la identificación de cualquier comportamiento legítimo que se verifica dentro de sus fronteras.

La nueva soberanía es la cooperación entre Estados, que no el aislamiento o la indiferencia ante bienes o males globales que no le afectan directa e inmediatamente. Así, *Slaughter* dice que la nueva soberanía es la capacidad de participar en los regímenes internacionales y transgubernamentales, redes e instituciones que son necesarias para que cada Estado pueda cumplir en cooperación otros aquello que en algún momento podrían afrontar por sí mismos sobre un definido territorio.

La nueva soberanía, a diferencia de la soberanía clásica westfaliana, encuentra en la relación con otros la fuente del poder efectivo y exclusivo de cada Estado.

El origen del concepto pertenece a A. Chayes y A. Handler Chayes. La soberanía significa la libertad para comprometerse en las relaciones internacionales como miembro del ordenamiento jurídico internacional, que no la libertad de las injerencias externas. Es la pertenencia y el consenso internacional el que permite a cada Estado desplegar su soberanía junto a los demás: no hay Estado por poderoso que sea que pueda reivindicar sus propósitos e intereses unilateralmente ni, tanto menos, en contra del régimen internacional en curso.²³³

La internalización del derecho internacional ocurre sea a través de hard law, tratados, costumbre, principios generales de derecho o, también, mediante soft law, recomen-

233. A. Chayes, A. Handler Chayes, *The New Sovereignty, Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, October 1998.

daciones, declaraciones, acuerdos officiosos e informales que modelan las expectativas de cada Estado en la arena internacional conforme a lo que se espera de su conducta o comportamiento.

No obstante, la relativización de la soberanía en el cuadro global no conviene exagerarla, porque, y la crisis financiera de 2008 lo acredita, el Estado, pese a sus restricciones objetivas, se convierte en la última orilla de la tutela de sus habitantes. O sea, como bien afirma *Jean L. Cohen*, «la nación-estado todavía existe y permanece “soberano” en muchos aspectos. El Estado continúa ejerciendo la autoridad jurisdiccional, el poder sancionatorio y el uso de la coacción vis-a-vis aquellos en su territorio»²³⁴. Y en igual línea de reflexión *Cohen* aspira a una lógica de articulación entre la nueva soberanía en acto y la creciente influencia de la política global. El encuentro entre la soberanía y la disciplina global solicita la compatibilidad entre la igualdad soberana entre los Estados y los principios y standards comunes, básicamente informales u officiosos, del hecho global; pero en dirección a la constitucionalización de la norma global: «el fortalecimiento de las instituciones supranacionales, la reforma legal formal y la creación de la regla de derecho global que proteja tanto la igualdad soberana de los Estados basados en una concepción revisada de la soberanía y los derechos humanos».²³⁵

Es cierto que la soberanía no puede dejar de considerarse en toda su importancia, tanto administrativa cuanto

234. Jean L. Cohen: «Changing paradigms of citizenship and the exclusiveness of the Demos», *International Sociology*, 14, n. 3, 1999, p. 257.

235. Jean L. Cohen, «Whose Sovereignty? . Empire versus international law », *Ethics e International Affairs*, March 18, 2004, p. 24.

legal. Pero, no es menos cierto, que su poder disminuye a mayor grado de aislamiento o singularidad, sobre todo, en el ámbito fiscal. No es casual la aceptación de principios hasta ahora o ignorados o rehusados, tales como la transparencia, el intercambio de información automático o la lucha contra la doble no sujeción, mediante arbitraje fiscal, o la planificación fiscal agresiva a través de la deuda intra-grupo, los precios de transferencia, o la competencia fiscal lesiva a través de los regímenes preferenciales de opacidad e inmunidad fiscal. Estamos viviendo un gradual pero persistente cambio de paradigma internacional, que, con todas las restricciones que se quiera, propone un cambio en la gobernanza global, fundada en la protección de la base de imposición nacional

La dimensión tributaria, hasta no hace mucho ajena a la discusión, añade complejidad a la naturaleza y función de la soberanía en el momento actual. La supremacía del Estado en el marco del orden público económico constitucional resiente la incipiente creación de un discurso global que, inevitablemente, se impone sobre la autonomía plena de sus decisiones. Pero esta imposición, vinculación o internalización se produce o como retorsión en caso de cumplimiento contrario a la regla, standards o principios comunes, v. g. transparencia, competencia fiscal lesiva, actividades ajenas pero próximas de blanqueo de capitales, corrupción, criminalidad organizada, financiación del terrorismo, planificación fiscal agresiva o, al contrario, reforzando la igual soberanía entre Estados, cual es el caso de la tutela contra la erosión de bases imponibles y desplazamiento de ganancias.

La soberanía nacional atiende el propósito de la regla global tanto en su limitación negativa cuanto por el estímulo positivo para la defensa del propio interés fiscal, amenazado o en peligro por la actividad de la empresa transnacional y contribuyentes ricos. Obviamente, la erosión de la

base imponible provocada por los que son ciudadanos y residentes en el territorio no queda incluida en el estímulo, porque forma parte de la finalidad de justicia tributaria que se encarna en el ejercicio del poder de supremacía constitucional de cada Estado. El objeto de la lucha en defensa de erosión de la base imponible es la renta o riqueza transeúnte o ambulatoria. La renta sin Estado (*E. Kleinbard*) o la renta vagabunda (*B. Wells-S. Lowell*), protagonizada tanto por la empresa transnacional cuanto por los ciudadanos que pueden optar a la disciplina fiscal en cualquier lugar, conforme a su conveniencia.

La ecuación soberanía-globalización no puede resolverse en términos dogmáticos, porque hay un escenario internacional poblado por la inestabilidad y la incertidumbre que vienen de la actividad sin fronteras de empresas multinacionales, ricos contribuyentes, la criminalidad organizada, el terrorismo y, por último aunque no finalmente, jurisdicciones no cooperativas en el plano financiero y fiscal que van a su aire, haciendo caso omiso a los principios mínimos de corrección. La soberanía clásica es incapaz de dar respuesta a los desafíos propuestos; pero, tampoco, las instituciones, organizaciones internacionales, que cultivan su superación en modo de condicionar sus comportamientos a criterios compartidos o consentidos.

De ahí la importancia que adquiere el G-20, que se define a si mismo como "*the premier fórum for our international economic cooperation*" en la introducción de principios transnacionales basados en el consenso, que se apartan de la levedad programática, para incrustarse en los comportamientos de los Estados, sean o no parte de su organización. O sea, la formulación de principios comunes ordinariamente a través de sus Recomendaciones, en esencia *soft law*, que orientan y sientan prioridades destinadas a su cumplimiento y ejecución, bajo la general inspiración de la estabi-

lidad financiera y fiscal de carácter plural y global, ante amenazas de riesgo sistémico, tal como produjo la crisis financiera de 2008.

18.1. LAS ÁREAS DEL G20. LA PROTECCIÓN FISCAL. LA TRANSPARENCIA Y EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN. LA ASISTENCIA Y COOPERACIÓN CON LOS PAISES EN VIA DE DESARROLLO. MARCO DE INCLUSIÓN (INCLUSIVE FRAMEWORK).

La estabilidad asume el carácter de marco cuya orientación prioritaria debería ser la transparencia e integridad de los mercados, instituciones financieras y agentes transnacionales, públicos o privados, que apoyadas en el consenso internacional pretenden un ejercicio de buena gobernanza, de cooperación, de coordinación en sus políticas nacionales soberanas.

De ello se derivan sus actuaciones que adquieren inmediata relevancia en la construcción de la secuencia de principios comunes transnacionales en diversos ámbitos, en particular, financieros y fiscales y el flujo ilícito de capitales.

Primero, el derecho de cada país a la plena ejecución de sus leyes tributarias para proteger sus bases de imposición. El principio recibe el respaldo del G20 en Los Cabos y San Petersburg, materializado en la acción multifásica contra la renta sin Estado o renta vagabunda, atributo de la empresa transnacional y los más ricos, contra la erosión de la base de imposición y el traslado de beneficios a jurisdicciones de baja o nula fiscalidad. El fundamento asumido es que no es admisible la renta sin impuesto alguno en ningún lugar, o sea, la doble no sujeción, que deviene el núcleo de la lucha contra la elusión, evasión fiscal y el flujo ilícito de capitales.

Segundo la transparencia y el intercambio de información automático y a demanda. Desde el 2009, en Londres, se declara el final de la era del secreto bancario y se asume la necesidad de confrontarse con las jurisdicciones no cooperativas que lo practican. Asimismo, en Pittsburgh se ratifica el compromiso de afrontar los paraísos fiscales, el blanqueo ilícito de dinero, los ingresos de la corrupción, financiación de terrorismo y, lo que es importante, la creación del criterio de intercambio de información automático, convertido desde 2013, en nuevo principio global, susceptible de monitorización y revisión por los pares. El Foro Mundial sobre la Transparencia y el Intercambio de Información es el resultado de la colaboración de la OCDE con el G20 en la consagración de los principios transnacionales relativos. Asimismo, desde el GAFI/FATF comparece la figura del beneficiario efectivo, destinado a cobrar la máxima importancia en el ámbito financiero, fiscal, del flujo ilícito de capitales y cuya configuración merecería la particular atención del G20 de Brisbane en 2014, mediante los Principios de Alto Nivel de la Transparencia del Beneficiario Efectivo²³⁶. Por último cabe resaltar las Acciones 5 y 12 BEPS proponiendo la transparencia y la substancia en las prácticas lesivas y la Declaración obligatoria de esquemas de elusión fiscal por parte de los facilitadores y promotores, disuasoria de la planificación fiscal agresiva y del abuso del derecho.

Tercero, la cooperación fiscal con los países en vía de desarrollo para mejora de sus sistemas de gasto público y recaudación tributaria. La *Addis Tax Initiative* establece las coordinadas de acción compartida entre los países y orga-

236. H. Ascensio, C. Folsche, L'OCDE et la Cooperation Fiscale Internationale, en *Journée d'études de Paris, Le pouvoir normatif de l'OCDE*, p. 87; G20 Brisbane November 16, 2014, par. 13, 14.

nizaciones internacionales con los países en vía de desarrollo bajo los lemas de potenciación de los recursos internos y la asistencia técnica –doblando su ayuda hasta 2020– para la mejora de sus sistemas de gasto público e impuestos, integración en el debate fiscal global y en la gestión de la fiscalidad de los recursos naturales. De igual modo, permitir a los países beneficiarse de la agenda fiscal internacional del BEPS y de la Transparencia e Intercambio de Información del G20. El principio 8 de la Declaración señala potenciar la cooperación para combatir la evasión fiscal, luchar contra la corrupción y hacer frente a la financiación ilícita y promover la buena gobernanza financiera y la rendición de cuentas.²³⁷

Con carácter previo debe sumarse el Marco de Inclusión (*Inclusive Framework*) a la interpretación y construcción del BEPS. Se trata de un proyecto avanzado por la OCDE a todos los países, miembros o no de su organización, o del G20, como forma de atracción de los países en vías de desarrollo para la aplicación general del BEPS sobre tres bases: la promesa de la OCDE de defensa y tutela de la base de imposición del país; la participación en el diálogo a paridad de tratamiento (*equal footing*) para modelar el establecimiento de principios y procesos de monitoraje y el acceso a la capacidad de implementación de las directrices propuestas sobre el BEPS. El proyecto parece contar con más de cien países.²³⁸

237. United Nations, Sustainable Development Goals, Declaration, July 15, 2015.

238. OECD, *Inclusive Framework on BEPS: A Global Answer to a Global Issue*, 2016; Background Brief- *Inclusive Framework on BEPS*, 2017.

18.2. EL PLAN DE ACCIÓN BEPS (BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING) DEL G20/ OCDE.

Las Recomendaciones del G20 son la fuente de principios comunes transnacionales de gobernanza global más relevante y, por descontado, en el ámbito fiscal. El mejor de los ejemplos es el Plan de Acción de la Erosión de Plan de Acción de Erosión de Bases y Desplazamiento de Beneficios (*Base Erosion and Profit Shifting*), encargado a la OCDE y aprobado por el propio G20²³⁹. Este proceso tuvo su origen en el encuentro e Los Cabos en 2012 cuando se incita por primera vez a impedir la erosión de la base y el traslado de beneficios.²⁴⁰

El Preámbulo de la declaración del G20 celebrado en San Petersburgo, Rusia, señala que la evasión transfronteriza y la elusión minan la Hacienda Pública y la confianza de los pueblos en la justicia tributaria”

“Nos comprometemos a cambiar nuestras normas para combatir la elusión fiscal, prácticas lesivas y la planificación fiscal agresiva.”

En rigor, afloran, de algún modo, la jerarquía de los principios de gobernanza global, junto a los ya enunciados de transparencia e intercambio de información automático, materializados en evitar la elusión, la competencia fiscal lesiva y la planificación fiscal agresiva. Pero todavía hay más.²⁴¹

En el contenido del documento se aprueba el Plan de Acción de la OCDE de julio de 2013 contra la erosión de bases imponibles y desplazamiento de beneficios. Las Recomendaciones de la OCDE (en quince puntos) son del 5 de octubre de 2015.

239. G20, Comunicué Antalya, Turkey, 16, November 2015, 15.

240. G20, Declaration 18-19, June 2012, Los Cabos Mexico, 48.

241. G20, Declaration 6, September 2013, St. Petersburg, 50, 51.

Los fundamentos que lo avalan se recogen en los siguientes términos:

- Primero, asegurar que todos los contribuyentes paguen su justa parte de tributos.
- Segundo, los beneficios deben ser gravados donde se desarrollan las actividades económicas de los que derivan y donde se crea el valor.
- Tercero, animar a los países a cambiar sus normas que estimulan la erosión de la base de imposición y el desplazamiento de beneficios y “garantizar que la fiscalidad internacional y los sistemas tributarios nacionales no permiten ni estimulan a las empresas multinacionales a desplazar sus beneficios a jurisdicciones de baja tributación.”
- Cuarto, reconocer que la imposición efectiva de la renta de capital mobiliario es uno de los retos claves.
- Quinto, comprometerse en el desarrollo del Plan de Acción de la OCDE y a “adoptar la acción individual y colectiva tomando en consideración el paradigma de la soberanía.” (par. 50).

El BEPS se configura como el marco de referencia de la corrección fiscal internacional, al socaire de principios transnacionales originados por la gobernanza del G20 y cuyo vehículo son las Recomendaciones aprobadas por dicha organización y las entidades que colaboran.²⁴²

El propio Plan de Acción ofrece los caracteres principales del marco de orientación y dirección global de la fiscalidad.

El punto de partida es el derecho de cada Estado a la protección de su base de imposición.

242. T. Rosembuj, La Erosión de la Base Imponible y el Desplazamiento de Beneficios, www.elfisco.com, enero 2014.

El fundamento histórico se encuentra en el Acuerdo General de Comercio de Servicios (GATS). En efecto, las medidas fiscales de cada Estado, se afirma, pueden justificarse como excepción legítima a la obligación del Tratamiento Nacional, relativa a los compromisos específicos adoptados por cada Estado en su lista de concesión, al momento de la adhesión y ello cundo tienen el propósito de garantizar la imposición o recaudación equitativa o eficaz de los impuestos directos sobre los servicios o proveedores de servicios de otros estados (artículo XIV d.).

La nota 6 a pie de página relativa al art. XIV d.) ilustra las medidas cubiertas por la excepción adoptados por el Estado, a fin de proteger su base de imposición.

- Medidas aplicables a prestadores de servicios no residentes a la luz de la circunstancia que la obligación tributaria de los no residentes está determinada con referencia a supuestos de hecho gravados cuya fuente o localización es el territorio del Estado.
- Medidas aplicables a los no residentes para garantizar o asegurar la imposición o recaudación de los tributos en el territorio del Estado.
- Medidas aplicables a los no residentes y a los residentes a fin de impedir la elusión o evasión fiscal, comprendidas las que aseguran el cumplimiento y la observancia de los deberes legales.
- Medidas aplicables a los consumidores de servicios suministrados en o desde el territorio de otro Estado para asegurar la imposición o recaudación fiscal sobre tales consumidores en relación a las fuentes localizadas en el territorio del Estado.
- Medidas aplicables que distinguen entre prestadores de servicios sujetos a imposición a nivel mundial y otros

prestadores de servicios, frente a la diferente naturaleza de la base imponible entre ambos.

- Medidas que determinan, atribuyen o subdividen renta, beneficios ganancias, pérdidas, deducciones o créditos fiscales de l personas residentes o sucursales de la misma persona, para salvaguardar la base imponible del Estado.

La interpretación del artículo XIV y de la nota a pie de página se verifica de conformidad a los conceptos y definiciones tributarias propias del Estado que adopta las medidas o conceptos o definiciones similares o equivalentes. El fundamento de la excepción fiscal, que no puede resultar en discriminación arbitraria o restricción encubierta al comercio de servicios, estriba en impedir la falsificación de la igualdad competitiva mediante la elusión o evasión fiscal por causa de la no residencia, lo cual significaría una ventaja indebida o ilícita en las condiciones de competencia respecto a los servicios y proveedores de servicios locales semejantes. Pero, no es solo el propósito comercial el que inspira la excepción. Hay elementos que parecen dignos de relieve porque internalizan conceptos propios de valores no comerciales.

En primer lugar, el valor de corrección del sistema tributario equitativo (*equitable*). La corrección identifica al sistema tributario ajustado a los principios tributarios generalmente admisibles –legalidad, capacidad económica e igualdad– y los derechos fundamentales de la persona. El trato diferenciado que es compatible con la obligación del TN pretende, tiene el propósito, de defensa del interés fiscal del Estado, pero, también, del principio de legalidad, de capacidad económica e igualdad tributaria, finalmente erosionados por los hechos lesivos producidos en su territorio o sobre su territorio. En segundo lugar, el sistema tributario correcto equitativo (*equitable*) integra el orden pú-

blico económico de cada Estado en la cúspide de la norma fundamental. El valor superior de corrección está ínsito en el orden público económico constitucional de cada Estado. El sistema tributario, sus principios y valores jurídicos es un elemento integrante del orden público económico. El GATS provee eficacia a la incorporación del valor no comercial de la corrección tributaria en su relación con el orden público económico de cada Estado.

La excepción tributaria de los impuestos directos en el GATS pretende que el principio de no discriminación pueda utilizarse con finalidad fiscal de elusión o evasión fiscal por causa de no residencia o residencia vinculada al exterior, sea o no con la colaboración del Estado, es decir, se base en el hecho lesivo exclusivo del particular o en vinculación con medidas fiscales de otros Estados que favorecen la lesividad por ley o práctica administrativa. El trato menos favorable se solventa en la anulación de ventajas indebidas o ilícitas respecto a los servicios y proveedores de servicios locales. El límite de las medidas fiscales es que la diferencia de tratamiento no conculque los derechos y obligaciones asumidos por los Estados estableciendo una línea de equilibrio entre el derecho a la excepción y el deber de respetar los derechos de los otros Estados.

La raíz de la excepción tributaria es la justificación de la justicia tributaria, eficacia y recaudación de los impuestos directos en su territorio, sometido a competencia fiscal lesiva de otros Estados y, asimismo, a hechos lesivos de erosión de los empresarios no residentes o residentes vinculados a empresarios foráneos.

No se vulnera la obligación de tratamiento nacional si el propósito es la tutela del propio interés fiscal que puede verse menoscabado por la acción de otros Estados y sus nacionales o residentes. La erosión de la base imponible nacional por la comisión de hechos lesivos de no residen-

tes impone la protección fiscal de los contribuyentes y sus tributos, precisamente, para preservar las condiciones de competencia, la igualdad competitiva.²⁴³

Desde la perspectiva actual no cabe duda que el GATS preanuncia aquellos principios que ahora se definen en términos de combate a la elusión o evasión fiscal, prácticas lesivas, planificación fiscal agresiva, como instrumentos de las empresas transnacionales dirigidos al diferimiento, minimización o eliminación del impuesto debido, cuando la actividad crea un beneficio y valor en un territorio determinado o el aprovechamiento de los beneficios fiscales y gastos donde se aventajen de las mayores deducciones.

El derecho a la protección fiscal de cada Estado ilustra la reacción global de todos los Estados respecto a la erosión de las bases y el traslado de beneficios.

18.2.1. La Acción 11. Establecer Metodologías y Análisis de Datos sobre BEPS

¿Qué significa Erosión de las bases y Desplazamiento de los beneficios?

“Los mecanismos que logran la baja o nula imposición mediante el desplazamiento de beneficios desde las jurisdicciones donde las actividades que crean las ganancias se obtienen o *por la explotación de discordancias en la interacción de las normas fiscales nacionales donde el beneficio societario no está gravado de ninguna forma.*” (BEPS/G20/OCDE, Acción 11).

243. T. Rosembuj, Los impuestos y la Organización Mundial de Comercio, Barcelona, 2007, p. 259.

Los Indicadores señalan que:

- Las filiales en países de baja tributación registran márgenes de beneficios superiores a los obtenidos a escala mundial por la empresa multinacional que integran.
- Los tipos de gravamen efectivos de la multinacional se sitúan entre 4 y 8, 5 puntos porcentuales por debajo de los aplicados a las empresas locales.
- El nivel de concentración de la inversión extranjera directa es cada vez mayor.
- El traslado de beneficios desde donde se realizan las actividades económicas es evidente, sobre todo, respecto al capital intangible.
- Las filiales ubicadas en países de fiscalidad ordinaria observan elevados gastos deducibles por intereses abonados.

El núcleo del BEPS se concentra en la fuga de beneficios de los países mediante los mecanismos adoptados por los agentes económicos a través de planificación fiscal agresiva que obvian someter los beneficios de su actividad económica allí donde se generan y el arbitraje fiscal, facilitado por la competencia fiscal lesiva de las jurisdicciones que lo facilitan, toleran o promueven.

La elusión califica la erosión de bases y el desplazamiento de beneficios como un comportamiento reprochable, aproximando finalmente su designación a hechos ilícitos para la obtención de ventajas o beneficios fiscales, que de otra manera no se conseguirían. Y es un comportamiento intencional, porque se apoya en la planificación fiscal agresiva y en el arbitraje fiscal, la búsqueda deliberada de discordancias entre sistemas tributarios que permitan la doble no sujeción, observando la interacción entre jurisdicciones distintas, ya que lo que aparenta corrección en

una, puede no serlo en otra, lo cual conduce a rentas sin Estado, sin impuesto en ningún lugar. A ello se une el comportamiento, también reprochable, de jurisdicciones no cooperativas que incurren en competencia fiscal lesiva, para atraer riqueza o renta a su ámbito al socaire de la inmunidad fiscal.

La explicación, a mi juicio, está en la demarcación de la tutela protectoria de la Hacienda Pública del Estado, o, mejor dicho, en la explícita defensa de su interés fiscal sobre la base de imposición que le pertenece y los sujetos que están obligados.

Es una rehabilitación de la tutela protectora del interés fiscal de cada Estado al pleno ejercicio de su poder tributario sobre la capacidad económica que se manifiesta en su territorio. No es discriminatorio, en principio, el trato fiscal menos favorable sobre los no residentes (o residentes vinculados), si el propósito inspirador es el valor de corrección en la aplicación equitativa de los impuestos directos, conforme a la ley, igualdad y capacidad económica: asegurar que todos los contribuyentes paguen su justa parte de tributos y que los beneficios deben ser gravados donde se desarrollan las actividades económicas de los que derivan y donde se crea el valor.

El diagnóstico es claro y completo y las Recomendaciones de actuación se traducen en desarrollo de nuevos principios comunes, globales, que son la expresión de lo que se denomina el derecho a la tutela de la propia base de imposición que corresponde a cada Estado en el cuadro de la cooperación multilateral como refuerzo de la soberanía fiscal.

18.3. LOS PRINCIPIOS COMUNES TRANSNACIONALES. ELUSIÓN FISCAL. ARBITRAJE FISCAL. COMPETENCIA FISCAL LESIVA Y PRÁCTICAS FISCALES LESIVAS. TRANSPARENCIA

El encadenamiento del G20 de los conceptos que informan su perspectiva desde el BEPS pronuncian una serie de preferencias que, instantáneamente, se convierten en orientaciones desde lo principal y de principios, aun cuando, en sustancia, algunas veces resulta difícil, destrabar lo general de lo particular, porque se incurre en exceso de detalle o precisiones, a la postre confusas o un exceso de prudencia impulsado por los agentes económicos afectados.

18.3.1. Elusión Fiscal

La primera de las referencias es a la elusión fiscal y esa elección no parece casual. Se trata de la base que soporta toda la configuración del Plan de Acción. Sin la elusión fiscal no existe riesgo sistémico para los sistemas tributarios singulares, porque su insidia impune es más peligrosa que la evasión, el delito fiscal, claramente punible. De pronto, es la elusión la que sirve a la doble no sujeción y a la fractura de gravar la riqueza allí donde se crea el valor y el beneficio. Por tanto, la lucha contra la elusión fiscal es un principio declarado de sostenibilidad a lo que retratan sus áreas de preocupación: transparencia e intercambio de información, competencia fiscal lesiva, arbitraje y planificación fiscal agresiva.

La mejor descripción de la elusión fiscal intencional viene de la propia OCDE al afirmar: "Se necesitan cambios fundamentales para impedir la doble no sujeción, así como casos de nula o baja fiscalidad asociada con prácticas que artificialmente segregan renta imponible de las activida-

des que la generan”²⁴⁴. Y se añade, “Además, los gobiernos deben continuar trabajando juntos para frenar las prácticas fiscales lesivas y la planificación fiscal agresiva”.²⁴⁵

La elusión como ilícito atípico basado en el comportamiento perjudicial y la creación de daño al interés fiscal de los Estados. Y ello es producto de la explotación y sobre explotación de (todas) las bases globales de imposición, mediante la planificación fiscal agresiva, la competencia fiscal lesiva y el arbitraje fiscal.

La elusión fiscal intencional y deliberada atenta contra el derecho a la protección de las propias rentas nacionales.

El compromiso del G20 explicita su voluntad de cambio normativo respecto a la elusión, competencia fiscal lesiva y planificación fiscal agresiva. Pero, ninguna de las Acciones del Plan BEPS recoge, como la ha hecho, por ejemplo, la Unión Europea, el alcance del principio y no lo hace porque su transversalidad ocupa, en la práctica, el núcleo de todas y cada una de las Acciones BEPS establecidas como criterios de conducción. En particular, “prácticas que segregan artificialmente el beneficio de la actividad que lo generan” y que, en unión al arbitraje fiscal, conlleva que “el beneficio de las actividades transfronterizas no esté gravado en ningún lugar o solo exiguamente gravado”.²⁴⁶

A diferencia de la UE, la planificación fiscal agresiva del G20 no responde al principio superior de Responsabilidad Social Corporativa debido por los actores privados y los muy ricos y, por tanto, se configura en si mismo como tal, acompañada sistemáticamente por el calificativo de abusi-

244. OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, p. 13.

245. *ibídem*, cit. p. 13.

246. OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, cit. p. 10.

va por que la perspectiva es distinta: el eje en el BEPS es el lado de la oferta en el proceso de elusión fiscal. Aquí lo que importa es la identificación de los que consiguen beneficios de la explotación y sobreexplotación de la renta mundial, juntos con los contribuyentes.²⁴⁷

18.3.2. Arbitraje Fiscal

El arbitraje fiscal es uno de los principios elevados a común no solo por la trascendencia propia que se le atribuye en si misma, sino, porque la propia definición del BEPS le concede... "instancias donde la interacción entre normas fiscales diferentes conduce a la doble no sujeción o menos que la imposición única."²⁴⁸

El arbitraje fiscal es una operación o cadena de operaciones en la que se busca el beneficio fiscal, aprovechando la diferencia o discordancia en el sistema tributario o entre sistemas tributarios. La búsqueda y concreción de la discordancia no tiene otra motivación que el ahorro ilícito de impuesto, la finalidad fiscal. La dificultad del arbitraje fiscal internacional es que requiere tomar en cuenta el punto de partida como el punto de llegada de su materialización, o sea, preocuparse del efecto en el propio Estado y en el otro. Los instrumentos utilizados se apoyan en productos financieros híbridos (capital o deuda) y sintéticos que los replican y en las entidades híbridas, sociedades en atribución de rentas en una jurisdicción y con personalidad jurídica diferenciada en otra.

La complejidad del arbitraje fiscal reside en que exige el exámen simultáneo de los hechos y situaciones cuya fi-

247. V. Tanzi, *Lakes, Oceans and Taxes. Why the World Needs a World Tax Authority*, en *Global Tax Fairness*, edit. Th. Pogge, K. Mehta, Oxford University Press, 2016, p. 255.

248. *ibídem*, p. 10.

nalidad no puede determinarse si no es sobre la base de la lectura compartida y común de las normas positivas de los ordenamientos implicados. La consecuencia nociva deriva de la no imposición buscada tanto en el Estado de origen como en el Estado de destino.²⁴⁹

La Acción 3 del Plan del BEPS afronta el arbitraje fiscal como “Neutralización de los efectos de los mecanismos de asimetría híbrida”.

El desarrollo de la Acción es extenso –casi cien páginas– y sumamente complejo, por lo que se augura su imposible aplicación salvo para las administraciones más sofisticadas. En suma, han tratado lo que se presenta como un principio superior, común; como si fuera un standard valorativo o una buena práctica, lo cual desnaturaliza su influencia futura. El principio general se recorta al grado de mera buena práctica, sometido a una casuística exagerada y restrictiva, que lleva, inevitablemente a la parálisis por el análisis.²⁵⁰

Esto no significa adoptar una versión radical que sostiene que la solución no es la neutralización del arbitraje fiscal, sino la consideración de los grupos societarios como empresas unitarias y únicas, lo cual posibilitaría descalificar las transacciones intragrupo. El problema de las discordancias entre sistemas tributarios va más allá de la empresa multinacional, abarcando a los grandes contribuyentes e inclusive a los propios Estados. Por tanto, aunque se rechace la ficción legal de entidades separadas dentro de un grupo societario; se daría igualmente el punto de aprovechamiento de los beneficios fiscales entre diferentes siste-

249. T. Rosembuj, *La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional*, Barcelona, 2011.

250. L. A. Sheppard, *BEPS and EU Progress Report*, Tax Notes International, June 27, 2016.

mas legales. El punto, en cualquier caso, es elevar el arbitraje fiscal a su real jerarquía como principio común en el contraste de la elusión fiscal intencional, del desplazamiento de beneficios y erosión de gastos. Estamos en una encrucijada en donde convergen el derecho a la protección fiscal y el rechazo de la planificación fiscal agresiva, tanto de sociedades cuanto de personas físicas.²⁵¹

En verdad, la metodología OCDE es desilusionante comparada, por ejemplo, con la que inspiró a la legislación británica relativa a la elusión implicada en el arbitraje fiscal²⁵². El punto de partida es claro y definitivo: la utilización de la planificación fiscal agresiva para obtener ventajas fiscales que de otra forma no se hubieran obtenido, mediante la implementación por instrumentos híbridos y entidades híbridas, créditos fiscales diferimiento de impuesto. Basicamente, el esquema se dirige a la creación de doble deducción o duplicación de deducción o una deducción que en correlativa a un ingreso gravable y créditos fiscales, que no se corresponden a los impuestos extranjeros efectivamente pagados.

La primera Recomendación es rehusar la deducción para los pagos que no están incluidos en la renta imponible del perceptor. La segunda atiende los pagos que originan una doble deducción por el mismo pago o derivan de un dividendo exento. El objeto son los instrumentos financieros híbridos y las entidades híbridas y contribuyentes con residencia dual o doble, dentro de un conjunto vinculado o estructuras controladas y operaciones financieras estructuradas. Finalmente, también se incluye denegar los

251. BEPS Monitoring Group, Overall Evaluation of the G20/ECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project, 5th October, 2015.

252. Finance Act (n. 2) de 2005, Chapter 4 –clause 24-31 y Schedule 3.

pagos que dan lugar a una deducción sin inclusión derivadas de un arbitraje importado: pagos realizados a través de paraísos fiscales y que vienen de un país que no lo regula.

La parte más sugerente es aquella que vincula la aceptación o denegación de la deducción por los pagos efectuados a que sea renta imponible en otro Estado o esté incluida dentro de la misma. Pero, sobre todo, la desaplicación del arbitraje practicado si un Estado carece de las normas adecuadas, por parte del otro Estado que puede neutralizarlo. La clave es que la transacción debe pagar, al menos, por una vez, en algunos de los países implicados. Y esto es una innovación decisiva en la lucha contra la doble no sujeción, porque admite la extensión de la soberanía fiscal ajena cuando la de uno no llega. Y no es casual que a esta norma se le denomine como defensiva.²⁵³

18.3.3. Competencia Fiscal Lesiva

El principio de competencia fiscal lesiva es uno de los primeros que se instaló en la escena internacional, tanto desde la Unión Europea cuanto por la OCDE. El criterio general desde el comienzo fue dar respuesta completa dos puntos; que hacer ante regímenes preferenciales y ante la opacidad de las transacciones predispuestas para el impuesto nulo. El argumento subyacente, que ahora aflora con toda claridad, es que cualquier preferencia fiscal puede ser lesiva, en forma más o menos evidente, si califica privativamente el beneficio fiscal como excepción de su propio sistema jurídico o de los principios generales que le

253. "La norma defensiva solo se aplica donde no hay una norma contra el arbitraje fiscal en la otra jurisdicción o la norma no se aplica a la entidad o acuerdo." R. Avi-Yonah, Haiyan Xu, *Global Taxation after the Crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses aun what can be done about it*, 1/15/2016.

gobiernan y esto sirve tanto para los Estados ordinarios cuanto para las jurisdicciones cooperativas o es una actividad de pantalla, artificial o no genuina.

El interrogante permanente es si la actividad económica y el beneficio hubiera sido sometido a gravamen en ausencia del beneficio fiscal concedido. Y la ayuda estatal se convierte en prohibida –lesiva– en las situaciones en que la renta hubiera sido gravada o de otro modo debida si no fuera por el beneficio fiscal otorgado.

Hay una zona secante entre competencia fiscal lesiva y ayuda fiscal prohibida y, asimismo, respecto a la transparencia. Y, más aún, hay elusión de Estado y evasión de Estado, en ambas circunstancias, o por circunvención de los principios de competencia equitativa o por violación de los principios BEPS, ya que la competencia fiscal lesiva justifica retorsión internacional, puesto que afecta directamente el derecho a la protección de la base imponible de cada Estado.

Así la OCDE entiende que el régimen preferencial se debe examinar en comparación con los principios tributarios generales del Estado en cuestión y el primer factor para determinar su lesividad es el nula o exiguo tipo de gravamen aplicable, sin perjuicio del análisis de otros factores coadyuvantes y algunos comportamientos lesivos de los Estados en materia de competencia comercial lícita contra el interés fiscal de otros.²⁵⁴

La elusión de Estado implica un régimen de favorecimiento para no residentes, concedido administrativamente, cuyo contenido será carente de actividad substancial y

254. El régimen está aislado de la economía doméstica; es opaco; no hay efectivo intercambio de información y, como se dijo, hay nula o exigua imposición sobre actividades financieras móviles y otros servicios; o no se verifica sustancia económica, p. 22 Action 5.

vedado a los residentes en el Estado o formas de organización jurídica que consienten privilegios a sus beneficiarios efectivos. La evasión de Estado define el encubrimiento institucional de la renta ajena a través de la inmunidad fiscal mediante la opacidad de los beneficiarios efectivos, el secreto bancario y mercantil, el rechazo al intercambio de información en cualquiera de sus modalidades: a demanda, automático, espontánea.

Estamos ante un principio común transnacional sustentado en la antinomia competencia comercial lesiva respecto a la igualdad de condiciones competitivas en el mercado global. El Estado no puede emplear su potestad o supremacía legal o administrativa creando perjuicio directo o indirecto a otro Estado en sus intereses fiscales o los de las personas o bienes a él vinculados. El principio común transnacional impera, y las prácticas fiscales lesivas, mencionadas en la Acción 5, aparecen como aplicaciones concretas del valor del enunciado superior.

18.3.4. La transparencia fiscal

La versión de transparencia fiscal del G20 se apoya en dos vectores. Por una parte, garantizar que los contribuyentes paguen su justa parte de tributos, constatada la erosión de bases y traslado de beneficios por la empresa multinacional, y, la correlativa, minimización del impuesto a su cargo. Por otra, no puede segregarse artificialmente el beneficio de la actividad económica del que deriva y donde se crea el valor. La empresa debe pagar el impuesto donde se crea el valor y el beneficio.

Es una idea de transparencia que va más allá de la información; porque propone una valoración de los datos declarados que contienen referencias al comportamiento adoptado y su coherencia con la actividad de empresa y si

se difunde se convierte ella misma en fuente de renovada información recogida. Es una transparencia doblegada a los principios que están detrás del deber de hacerla y que debe enumerar los sujetos obligados o vinculados y la publicidad que se le otorga.

La transparencia fiscal se preordena en torno al cumplimiento de la ley y la difusión pública del comportamiento exigido y adoptado. El foco no es el incumplimiento de la ley –evasión– si no la *creative compliance*, la minimización elusiva del impuesto.

El resultado de la transparencia fiscal debe proporcionar a los gobiernos un catálogo de indicadores útiles para la gestión de la recaudación.

- Beneficio fiscal y gastos aplicados.
- Impuesto pagado o a pagar.
- Individualización de la relación entre la contabilidad y los impuestos y las diferencias permanentes o circunstanciales.
- Los tipos efectivos de impuesto en su comparación el resto de tipos soportados por el grupo y sus entidades vinculadas, en su caso, globalmente.
- Identificación de la gestión fiscal de riesgo (*risk management*) y la planificación fiscal agresiva.

La difusión de la transparencia fiscal comprende tanto a los interesados facilitadores, promotores, cuanto a los ciudadanos en general y la descripción de los datos sirve, justamente, para saber cuanto impuesto se paga en el país y si está correctamente relacionado con la actividad económica que se lleva a cabo.²⁵⁵

255. Australian Government, A Tax Transparency Code. A report to the Treasurer. The Board of Taxation, February 2016.

Desde el principio común de transparencia fiscal se deducen otros principios señalados en el BEPS:

El informe País por País (Acción 13 BEPS), principio mínimo (o de nivel medio); y los *standards* valorativos relativos a los precios de transferencia (Acciones 8/10 BEPS), para asegurar que los resultados obtenidos son acordes a la creación de valor y la transparencia extensiva atinente a los cooperantes con la elusión fiscal, del contribuyente, en particular, el beneficiario efectivo²⁵⁶, y los facilitadores y promotores de revelar sus mecanismos de planificación fiscal agresiva. (Acción 12 BEPS).

El valor de la transparencia fiscal coadyuva al cumplimiento del impuesto mínimo, en paralelo a la propia actividad económica. Es un compromiso que tiene que ver con el mercado de valores, que no solo con el valor de mercado y la transparencia extensiva se dirige a la industria *offshore* como fábrica de comportamiento incorrectos.

18.3.4.1. El beneficiario efectivo

El G20 de 2014, en Brisbane, Australia, promueve Los Principios de Alto Nivel sobre la Transparencia del Beneficiario Efectivo. La premisa es equivalente a la del GAFI-FATF: los países deben poseer una definición que sirva para capturar la persona física que por último y efectivamente tiene la propiedad o el control de la persona jurídica o de los acuerdos legales asociativos, y se recomienda información adecuada, cuidadosa y actualizada sobre los beneficiarios efectivos y la oportunidad de intercambio de la misma entre las autoridades locales e internacionales. Al límite, sugiere, la creación de registros centrales de beneficiarios efectivos de las perso-

256. G20, High Level Principles on Beneficial Ownership Transparency, 2014.

nas jurídicas. La transparencia extensiva significa impedir el abuso de las entidades y personas físicas intermediarias para la oferta ilícita de productos dirigidos a la corrupción, la evasión fiscal, el blanqueo de capitales.²⁵⁷

El G20 de Brisbane, 2014 se compromete a afrontar prioritariamente los riesgos que derivan de la opacidad de las personas jurídicas y otros acuerdos legales, tales como trusts, fundaciones, asociaciones, entidades de personas para proteger la integridad y la transparencia del sistema financiero global.

- Los países deben adoptar una definición de beneficiario efectivo que capture la persona física que es el propietario último y final o controla la persona jurídica y otras entidades o contratos.
- Los países deben valorar los riesgos emergentes asociados a las diferentes clases de personas jurídicas, entidades y contratos y compartir la información con las autoridades competentes, instituciones financieras y profesionales y otras jurisdicciones; tomando medidas para mitigar los riesgos identificados y los sectores de alto riesgo implicados que, por ejemplo, en el caso de corrupción son las industrias extractivas, de la construcción, forestales y cuyo denominador común es la desviar recursos críticos de la economía en la que actúan.
- Los países deben asegurar que las personas jurídicas mantengan la información sobre el beneficiario efectivo a la vista.
- Los países deben asegurar, por ejemplo, a través de registro centrales, la posesión de información fiable y ac-

257. G20, High Level Principles on Beneficial Ownership Transparency, 2014; GAFI-FATF, Guidance on Transparency and Beneficial Ownership, 2014; GAFI-FATF, Recommendations 24, 25, 2012.

tual sobre los beneficiarios efectivos, tanto de personas jurídicas cuanto de entidades o contratos.

- Los países deben requerir a las instituciones financieras la verificación del beneficiario efectivo de sus clientes.

El G20 a celebrarse en Alemania, en julio de 2017 refuerza su compromiso con las Recomendaciones del GAFI-FATF.

La respuesta del G20 debería consistir en asumir como principio común de nivel medio las Recomendaciones 24 y 25 del GAFI-FATF; monitoraje de determinados sectores profesionales –de constitución de sociedades, abogados o proveedores de trusts–; sancionar a los facilitadores del mal uso de de estructuras societarias; eliminar las barreras al intercambio de información global; posibilitar el tráfico fluido de información seria y actual sobre el beneficiario efectivo; someter a revisión los procedimientos sugeridos para establecer el cumplimiento seguido por los países.²⁵⁸

18.3.4.2. Deber de los contribuyentes, facilitadores y promotores de revelar sus mecanismos de planificación fiscal agresiva

La Acción 12, Exigir a los contribuyentes, facilitadores y promotores que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, persigue el conocimiento anticipado de las técnicas de planificación fiscal agresiva en modo de facilitar a las Administraciones su identificación y evaluación de los riesgos potenciales y preparar la respuesta temprana a su realización.

La oferta de planificación fiscal agresiva no sería factible sin la sistemática participación de facilitadores y pro-

258. GAFI-FATF, Report to G20 on Beneficial Ownership, October 7, 2016.

motores que se dedican a la comercialización de esquemas de elusión y evasión fiscal, sean abogados, asesores financieros, consultores bancarios o aseguradores, *tax havens*, *centros offshore*. No es casual que en el propio Plan de Acción BEPS/OCDE del G20 figure la necesidad de introducir Normas Obligatorias de Revelación (*Mandatory Disclosure Rules*, *Acción 12*) relativas a los contribuyentes e intermediarios, que permitan un conocimiento administrativo anticipado de esquemas cuestionables de planificación fiscal.

La Responsabilidad Social Corporativa, en la versión de la UE, atiene a los contribuyentes mientras que las Normas Obligatorias de Revelación de la Acción 12 puntan sobre los promotores y facilitadores. La doble cara de la planificación fiscal agresiva: desde la demanda y desde la oferta.

El propósito es facilitar información temprana sobre esquemas de elusión fiscal; identificar a los usuarios y promotores y actuar como disuasor de los esquemas.

El centro es la industria de promotores y facilitadores que diseñan y venden esquemas de transacciones reprochables artificiales motivadas esencialmente por la obtención de un beneficio fiscal, y abusivas porque su finalidad específica consiste en la minimización del impuesto.

La evidencia de esquemas elusivos puede derivar de señas de identidad, descripciones, indicios, genéricos o específicos (*hallmarks*).

La descripción genérica puede ser la confidencialidad pedida al cliente; la proporción entre el pago de los servicios y el valor de los beneficios fiscales que se pretende (*premium fees*); protección contractual, v. g. limitaciones de la responsabilidad del promotor; productos fiscales estandarizados (*mass marketed schemes*) vendidos a más de un cliente, sin atender circunstancias particulares.

La descripción específica es la que se refiere a “transacciones potencialmente abusivas”. Por ejemplo, pérdidas artificiosas o no genuinas; mecanismos de leasing; esquemas de empleo; conversión de renta ordinaria en capital mediante híbridos financieros y sintéticos; entidades situadas en paraísos fiscales.²⁵⁹

El incumplimiento de la obligación de declarar implica sanciones, sea por no facilitar el esquema, ocultar la lista de clientes, la referencia numérica del esquema. Y, básicamente, hay sanción porque está implícito el abuso del derecho cometido. Las sanciones pueden ser diarias; en proporción a los ahorros ilícitos o los pagos a los promotores.

Un punto destacable es la consideración de los esquemas fiscales internacionales y la obligatoriedad de declaración en cuanto se produzcan beneficios fiscales artificiales y tenga implicaciones domésticas para contribuyentes locales. La extensión al ámbito internacional propone, en síntesis, un apoyo para los distintos modos de elusión a través del arbitraje fiscal. En verdad, la declaración obligatoria internacional comprende, en la práctica, los esquemas de minimización de impuesto mediante arbitraje fiscal (doble deducción; deducción sin inclusión; propiedad jurídica y económica).

El significado de la Acción 12 va más allá de su texto. Es una de las primeras manifestaciones de abordaje de la elusión fiscal en modo completo, demanda y oferta de servicios, a nivel local e internacional y con sanción por el comportamiento ilícito, sea del promotor o en caso de su inexistencia, del contribuyente.

Los elementos del proyecto requieren tanto al contribuyente cuanto a los intermediarios, facilitadores y promo-

259. Action 12, p. 36, 37, 38.

tores, la obligación de revelar aquellas transacciones susceptibles de riesgo fiscal.

Por un lado, la premisa es la transparencia (extensiva) y, por otro, el núcleo de información que podría, si es generalizada, contribuir a su intercambio con otros países.

Los mecanismos de riesgo fiscal de las transacciones se alcanzan mediante referencias o filtros que las delatan. Los filtros pueden ser genéricos (como la confidencialidad o el pago de una prima) o específicos (como el empleo de entidades híbridas o instrumentos híbridos o la utilización de pérdidas).

El régimen necesita de la identificación de los esquemas revelados mediante un número de referencia o una lista de clientes del promotor o facilitador; el umbral temporal para revelar el esquema, desde que está a disposición del contribuyente o su implementación y la inclusión de sanciones apropiadas por el incumplimiento de la revelación o el seguimiento de la misma.

La práctica aplicable hasta el momento se reduce a siete países (Irlanda, Israel, Corea, Portugal, Sudafrica, Reino Unido, Estados Unidos) a la que se agrega recientemente la propuesta de Directiva preparada por la Unión Europea para los Estados Miembros. La Unión Europea se añade a los sistemas expuestos. El 21 de junio de 2017 se publica una propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación (*reportable cross-order arrangements*). (Propuesta de Directiva del Consejo, Comisión Europea, Bruselas, 21-6-2017, COM (2017) 335, 017/0138 (CNS)).

A mayor abundamiento, podría señalarse que hay dos modelos, el de los EE.UU. y el del Reino Unido, que ordinariamente sirven de guía para el sistema elegible de revelación de esquemas de planificación fiscal agresiva

La primera de las experiencias viene de los EE.UU. En septiembre de 2007 el Tesoro y el *Internal Revenue Service* postulan el deber de información de *tax shelters* y transacciones calificadas como abusivas. El deber de información comprende la declaración de determinadas operaciones obligatoriamente comunicables. (*Reportables Transactions*).

- Operaciones relacionadas (*Listed Transactions*), que registra a las que son iguales o similares a algún tipo de transacción cuyo carácter finalizado a la elusión fiscal se haya hecho público, por medio de la Administración.
- Operaciones confidenciales (*Confidential Transactions*), referida a las transacciones ofrecidas al contribuyente bajo condiciones de confidencialidad que impiden su divulgación y por la que se paga un honorario o precio mínimo.
- Operaciones bajo protección contractual (*Contractual protection*), transacciones que se proponen con el derecho al reembolso del precio pagado si no se consiguen los beneficios fiscales pretendidos.
- Operaciones de pérdidas (*Loss Transactions*), ciertas pérdidas conforme a la *Section 165* del IRC.
- Operaciones de Interés (*Transactions of Interest*), ciertas transacciones en las que la Administración tiene signos de abuso, pero que no cuenta con los datos suficientes para materializar su sospecha.²⁶⁰

260. Department of the Treasury, Internal Revenue Service, Reg-129916-17. Rin 1545-BG76, Fed. Reg. 54615, 25-9-2007; I 6011. 4, 3-8-

La figura del Asesor Material (*Material Advisor*) se define como cualquiera que facilita ayuda material, asistencia o consejo respecto a organizar, promover, vender, implementar, garantizar, o realizar cualquier clase de operaciones comunicables y que obtiene una renta íntegra adicional al umbral profesional fijado, por esa actividad. El Asesor Material está obligado a conservar una lista de los servicios prestados a sus clientes y de los propios clientes.²⁶¹

Las sanciones establecidas por incumplir con la declaración de operaciones comunicables son del 75% de la reducción en el impuesto declarado como resultado de la participación en la transacción o el que hubiera sido, si la transacción hubiera respetado la ley; en ningún caso inferior a 5000 dólares para las personas físicas y 10.000 en los demás. La infracción por la omisión en las operaciones referenciadas puede ascender a 100.000 o 200.000 dólares. La *Section 6662 A* del IRC agrava las sanciones cuando la conducta fue inspirada por el propósito significativo de elusión o evasión fiscal con respecto al importe eludido u ocultado. (*accuracy-related penalty*).²⁶²

La segunda de las experiencias viene de el Reino Unido, a través de la Declaración de Esquemas de Elusión Fiscal (*Disclosure of tax avoidance schemes, DOTAS*) y, en particular, mediante el régimen relativo a los Promotores de Esquemas de Elusión Fiscal (*Promoters of Tax Avoidance Schemes, POTAS*) y, últimamente, incorporando a los facilitadores de elusión fiscal (*Enablers*) como nuevos protagonistas. De

2007, T. D 9350 American Jobs Creation Act 2004, modifications to the Section 6011 regulation.

261. IRS, Abusive Tax Shelters and Transactions, January 23, 2017.

262. D. Shaviro, Disclosure and civil penalty rules in the U. S. legal response to corporate tax shelters, en *Tax and Corporate Governance*, editor W. Schön, Munich, 2008, p. 251.

esto que la evolución británica sea interesante porque viene a coincidir, en el panorama, con el escenario propuesto en la Unión Europea, al enfatizar la función de ciertos intermediarios financieros y asesores que ayudan, facilitan, ocultar dinero a la Administración tributaria.²⁶³

Los objetivos del régimen persiguen la información temprana de los acuerdos fiscales y los sujetos que los utilizaron. La Declaración de los esquemas, en materia de impuesto sobre la renta o sociedades y ganancias de capital, se debe efectuar cuando facilita al contribuyente la obtención de un beneficio fiscal que, en esencia, se convierte en el beneficio principal o de los importantes del acuerdo celebrado, que reúne los caracteres distintivos para ello conforme a la legislación.

El responsable de la Declaración es el promotor, salvo que no resida en el Reino Unido, esté bajo el privilegio de la relación entre abogado-cliente o no hubiera promotor, en tales casos, el responsable es el cliente o usuario del esquema.

El promotor, presta servicios fiscales o es un banco, y es el diseñador del esquema, el que lo ofrece en el mercado, o permite su implementación por otros, lo organiza o gestiona. El introductor, es otra figura prevista, actúa junto al promotor, en la oferta del esquema a potenciales clientes.

Las transacciones descritas (*hallmarks*) sometidas a exámenes son:

- Productos fiscales de masa, que pueden comercializarse en serie sin variaciones particulares.
- Esquemas de pérdidas, que suponen la creación artificial de pérdidas para compensarlas con rendimientos o beneficios.

263. HM Revenue & Customs, Strengthening Tax Avoidance Sanctions and Deterrents: a discussion document, 17 august 2016

- Productos financieros, relativo a productos que no se hubieran concebido sin el beneficio fiscal pretendido o que sin el esquema no se hubiera conseguido.
- Impuesto de Sucesiones, para eliminar esquemas de elusión por muerte o donación *inter vivos*.
- Confidencialidad, del acuerdo sobre el beneficio fiscal obtenido, de cualquier otro promotor, en cualquier momento o realizado por el propio usuario sin el promotor.
- Honorarios o primas excepcionales, ocasionados por la obtención del beneficio fiscal mediante el esquema por parte del promotor, que de otra manera no se hubiera generado.

El responsable de la Declaración, salvo excepciones, es el promotor que debe conservar y facilitar la lista de sus clientes.²⁶⁴

Las infracciones penan el incumplimiento de la declaración del esquema; la ausencia de los deberes de información y, asimismo, las faltas del usuario respecto a la identificación numérica de su esquema. Las sanciones por carencia del deber de información del esquema pueden ser, inicialmente, de 600 libras diarias. El órgano jurisdiccional puede aumentar la disuasión en caso de incumplimiento deliberado, sobre el importe del beneficio fiscal obtenido o por las primas percibidas. El incumplimiento de los deberes de información supone 600 diarias hasta 5.000 libras. El usuario puede soportar sanciones que van de 5.000 libras hasta 10000 por cada esquema.

264. HM Revenue & Customs, Guidance Disclosure of tax avoidance schemes (DOTAS), 2017; Technical consultation on draft hallmarks for the Disclosure of Tax Avoidance Schemes regime, February 2016.

Junto al régimen *DOTAS* coexiste el régimen *POTAS* (*Promoters of Tax Avoidance Schemes*).

En *DOTAS* el eje es el promotor que diseña, comercializa, implementa, organiza o gestiona los esquemas de elusión mediante sus servicios profesionales. En *POTAS* el centro es el intermediario que está entre el promotor y el cliente y ofrece información sobre el esquema.

Ahora, la nueva definición británica amplía el círculo de promotores e introductores, acuñando el concepto del intermediario facilitador, que es cualquiera en la cadena de oferta que beneficia al cliente o usuario final de un esquema de elusión fiscal y sin cuya participación no sería posible.

El facilitador comprende, pero sin agotar la categoría, a los que desarrollan, asisten o aconsejan; los asesores financieros independientes, auditores; los bancos, contables, abogados, que son necesarios para montar los esquemas de elusión. (entrega de infraestructura –sociedades, trusts; apertura de cuentas bancarias; servicios de notarios; poderes de abogados–; mantenimiento de la infraestructura; asistencia financiera; ocultación de información. No es un asesor fiscal, sino que proporciona todo lo que pueda necesitar el asesor fiscal o la empresa o profesión para no pagar el impuesto correspondiente.

La propuesta de sanciones a los promotores y facilitadores gira en torno a dos criterios: eliminación o destrucción de la elusión y responsabilidad directa por cada esquema comercializado a cada cliente. Por un lado, si se produce la decisión –administrativa o jurisdiccional– que el diseño no logra su pretendido beneficio fiscal o acuerdo entre la Administración y el contribuyente con igual sentido, v. g. porque vulnera la cláusula general anti abuso, alguna norma antielusión o es objeto de notificación admi-

nistrativa al respecto (*defeated tax avoidance*). Por otro, la sanción recaería sobre cada facilitador de esquemas de masa en la cadena de oferta por cada uno de sus usuarios. "Esto significaría que cada facilitador de los esquemas de elusión quedaría sujeto a las sanciones por su propio derecho, independientemente de la posición final sancionadora del usuario de los acuerdos".²⁶⁵

Finalmente, se ilustra la pretensión de la Administración de obtener información en tiempo real de los esquemas de elusión mediante participación puntual en cada uno de los momentos del ciclo de vida de la elusión: marketing, oferta de la empresa, implementación, autovaloración del riesgo del beneficio fiscal; auditoría; litigio o acuerdo. La potestad administrativa afrontaría el seguimiento de las etapas mediante información puntual, requerimientos, notificaciones, que adviertan de las consecuencias del comportamiento seguido por los facilitadores y los usuarios.

Vale la pena tomar en consideración la *Criminal Finances Act 2017 del Reino Unido* como precedente útil y actual, porque afecta de pleno a los profesionales intermediarios de asesoramiento fiscal, jurídico y contable. En efecto, esta ley de 27 de abril de 2017 introduce el delito de impedir la facilitación de la evasión fiscal, sea en el territorio inglés o en cualquier lugar del mundo por parte de personas que actúan por sociedades o en su representación. Una sociedad o una entidad de personas es culpable del delito si una persona asociada a ella comete una facilitación de la evasión fiscal. Los efectos son una sanción pecuniaria ilimitada y la prohibición de acceso a contratos públicos. El delito requiere la intención defraudatoria de la persona, sea ayudando, aconsejando o procurando la comisión de la eva-

265. Cit. Strengthening tax avoidance..., p. 12.

sión fiscal. El carácter extraterritorial se manifiesta en la facilitación del delito de evasión en el extranjero, en cuya virtud la persona comete el delito deliberadamente por un importe que si se hubiera efectuado en el Reino Unido sería delito de evasión fiscal. El órgano de administración de la sociedad tiene la carga de la prueba sobre si ha adoptado o no medidas y procedimientos razonables para impedir que tales hechos se produjeran: valoración del riesgo; proporcionalidad del riesgo; compromiso de máximo nivel; diligencia debida; comunicación y monitoraje y revisión.

Los requerimientos de la Acción 12 no conforman un *mínimum standard*, esto presupone que los países pueden decidir o no sobre la aceptación del régimen obligatorio de revelación. Es un *standard* valorativo que deriva del principio común transnacional de planificación fiscal agresiva y abuso del derecho adoptado por el G20 y, en cuanto tal, no crea las mismas expectativas de los principios comunes y su desarrollo en principios de nivel medio. La calificación de *mínimum standard* de la OCDE hubiera influido en más para su adopción porque los países tienen la plena voluntad de aceptarlo o no. La consecuencia es que las multinacionales podrán contar con un instrumento nuevo de arbitraje fiscal para elegir entre aquellas jurisdicciones que establecen el régimen y las otras que no lo hacen o lo rechazan.²⁶⁶

18.3.4.3. Identificación de jurisdicciones no cooperativas

El G20 en la cumbre de Hangzhou, China, de 5 de septiembre de 2016 conmina a las denominadas jurisdicciones no cooperativas a la transparencia fiscal, superando la

266. R. S. Avi-Yonah, H. Xu, cit. p. 42.

revisión de sus insuficiencias de los sistemas que les regulan y con la perspectiva de la preparación de una lista (OCDE) respecto a los que no han progresado suficientemente hacia un nivel adecuado de implementación de los “principios internacionales acordados en materia de transparencia fiscal. Se consideraran “medidas defensivas en contra de las jurisdicciones en la lista”. (par. 19).²⁶⁷

De modo que la transparencia fiscal afronta su profundización en el marco global bajo la retorsión de la lista, cuyo efecto jurídico inmediato significa la adopción de medidas defensivas de la protección de la base de imposición de cada país. El trabajo encomendado a la OCDE viene a coincidir, en el tiempo, con similar compromiso de la Unión Europea.

18.4. LOS PRINCIPIOS MÍNIMOS (O DE NIVEL MEDIO) DE LA OCDE. PRÁCTICAS LESIVAS. ABUSO DE TRATADO, INFORME PAÍS POR PAÍS (COUNTRY-BY-COUNTRY REPORTING). MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTRAVERSAS

Los principios de nivel medio, como ya se ha dicho, descienden de principios de superior jerarquía y, en la comparación, sobreviven a la atracción de la norma jurídica, cosa que no sucede con los *standards* valorativos, y algunas de las Acciones BEPS tienen una característica común que las destaca y es la de su calificación como principio medio (*minimum standard*), compartida por las Acciones 5 (Prácticas Lesivas) 6 (Abuso de Tratado), 13 (Informe país

267. Esto mismo figura en el Comunicado de los Ministros de Hacienda y Bancos Centrales del G20, de 18 de marzo de 2017 (par. 9), para el G20 de Alemania.

por país (*Country-by-Country Report*), y 14 (Mecanismos de resolución de disputas). El principio mínimo es de nivel medio, porque denuncia su fuente hacia arriba, hacia principios comunes transnacionales.

La formalización de estos principios medios (*minimum standard*), responde estrictamente a la filosofía propia cuasilegislativa de la OCDE y cuya construcción responde a la evaluación permanente por los pares, la constante adaptación de los principios comunes transnacionales a los diversos sistemas nacionales, sean o no miembros de la organización, la complementariedad entre el *hard law* y *soft law* y su traducción prescriptiva en Recomendaciones, guías y buenas prácticas. Pero, se trata de definiciones apegadas a principios superiores, lo cual las hacen más que *standards* valorativos, pero menos que los principios comunes transnacionales.

El poder normativo de la OCDE aflora en toda su dimensión en la fabricación de los principios medios: proceso capaz de modificar el comportamiento de los destinatarios de una prescripción producida por ese proceso, que se apoya en el consenso, solicita la revisión y ajuste continuo por los pares, asociando a los Estados miembros y no miembros, organizaciones internacionales, actores privados.²⁶⁸

18.4.1. Prácticas Lesivas

El fundamento de la Acción 5 BEPS aspira a contrarrestar ciertas prácticas lesivas en base al requerimiento del factor de actividad substancial para cualquier régimen preferencial y más transparencia respecto a las consultas vin-

268. H. Ascensio, Les normes produites a l'OCDE et les formes de normativité, en Le pouvoir normative de l'OCDE, cit. p. 23.

culantes (*tax rulings*), sin que ello agote la potencialidad futura de sus aplicaciones.²⁶⁹

El primer factor decisivo, a tener en cuenta, es el alineamiento de la imposición con la substancia, para asegurar, en el contexto BEPS, que no haya operaciones solo inspiradas por la finalidad fiscal y que sirven para trasladar beneficios artificialmente desde donde el valor se ha creado y la prioridad está en la evaluación de los regímenes preferenciales de ciertos rendimientos derivados de la propiedad intelectual (*intangible regimes*), y, también, otros que no lo son.

La perspectiva substancial de los regímenes de propiedad intelectual reside en la existencia de algún tipo de conexión entre la renta y el gasto. El nexo es el eslabón que permite encadenar los beneficios fiscales de la renta derivada de la PI y los gastos que contribuyen a tal renta. La proporción del gasto en que se incurre es lo más próximo a la actividad substancial. El beneficio fiscal es legítimo toda vez que el rendimiento es generado por el gasto (I+D) calificado para ello. Los activos intangibles considerados son las patentes y otros funcionalmente equivalentes; excluyendo otros, por ejemplo, las marcas. El gasto cualificado es el que está directamente relacionado a las actividades destinadas a generar beneficios. Y la renta incluye cualquier renta derivado del activo intangible (canones, ganancias de capital, renta incorporada a la venta de los productos).

Uno de los elementos implícitos considerados es que la renta calificada debe tener por causa en gran parte la actividad de I+D realizada por el propio contribuyente, que no empresas vinculadas o asociadas.

269. Acción 5 Countering Harmful Tax Practices more effectively taking into account transparency and substance.

El régimen de *patent box* solicita el factor substancial, lo cual equivale al nexo entre renta beneficiada fiscalmente y la actividad subyacente de I+D que la propicia, ejercitada por el propio contribuyente. El nexo prueba que la actividad no es artificial ni sirve para desplazar beneficios a las jurisdicciones que ofrecen el mejor tratamiento tributario. A la par, puede afirmarse, es una restricción a la planificación fiscal agresiva.

El segundo factor es la transparencia, entendida como la obligación de facilitar el intercambio de información espontánea de las consultas vinculantes –*tax rulings*– relacionadas con los regímenes preferenciales. La particularidad de la orientación es que será el país en el que se produce la disposición administrativa el que de su propia iniciativa informará a otro de la información que le pueda ser de relevancia para si mismo.

Esto atiene a cualquier tipo de consulta vinculante, sea general o específica, anticipada o no, acuerdos anticipados de precios, sobre precios de transferencia o que puedan tener efectos transfronterizos.

18.4.2. Abuso de tratado

La Acción 6 BEPS ilustra su propósito desde su denominación: Impedir la concesión de beneficios en los Tratados en circunstancias inapropiadas. Al amparo de del principio de protección de la base de imposición –alineación más próxima de la atribución de la renta con la actividad económica que la genera– se persigue que los Tratados o Convenios para evitar la doble imposición no originen doble no imposición.²⁷⁰

270. Action 6 Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, 2014, p. 17.

El uso impropio de un tratado consiste en la situación que se produce cuando un residente de un tercer Estado que no es parte contratante aprovecha o trata de obtener ventajas de los beneficios del Tratado, ordinariamente a través de alguna sociedad aparente localizada dentro de alguno de los Estados contratantes del Tratado.²⁷¹

El uso impropio del CDI (*treaty shopping*) se verifica por el comportamiento a cargo de no residentes de un tercer Estado, de entidades interpuestas en uno de los Estados Contratantes con el propósito final exclusivo de conseguir para sí los beneficios que sólo están reservados a los residentes legítimos de cualquiera de ambos.

La Acción 6 se ofrece como principio mínimo (o principio medio) claramente dirigido a anular la elusión por abuso de tratado, incluyendo el *treaty shopping*, y consistente con la referencia crítica a los medios e instrumentos vinculados a la planificación fiscal agresiva. En especial, en el marco de principios, expresa una clarificación en su título y preámbulo para que los CDI acogidos al Modelo OCDE no pueden emplearse para generar doble no imposición: impedir la elusión y la evasión fiscal y evitar la creación de oportunidades para la no imposición o imposición mínima mediante el abuso de tratado.²⁷²

Del principio mínimo se desgajan dos cláusulas coherentes con su fin, combinadas o de aplicación singular:

- La cláusula de la finalidad principal (*principal purpose test*), enuncia la indisponibilidad de los beneficios con-

271. T. Rosembuj, *Fiscalidad Internacional*, Madrid, 1998, *Treaty Shopping. El abuso de Tratado*, p. 111.

272. El nuevo título es sugestivo: " Convenio entre el Estado A y el Estado B para la eliminación de la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y la prevención de la evasión y de la elusión fiscal. "

tenidos en el tratado si uno de los principales propósitos de las transacciones o acuerdos es el de conseguir un beneficio bajo el tratado y su obtención en estas circunstancias sería contrario al objeto y finalidad de las disposiciones del tratado. La planificación fiscal agresiva implica una derrota (*defeat*) de la finalidad perseguida por las normas del tratado y por ello denuncia que los resultados no sean consecuentes a la desviación, sino, precisamente, lo contrario, su descalificación.

- La cláusula de la limitación de beneficios (*Limitations on Benefits rule*), creada en el Modelo CDI de los EE.UU. condiciona la elegibilidad del residente a criterios objetivos de calificación que permitan deducir que la forma de organización posee una substancia económica efectiva o posee un nexo verificable con el otro Estado contratante para disfrutar de los beneficios, incluso en ausencia de substancia económica. La limitación de beneficios es un modo de constatar la propiedad y control de la sociedad y restringir la desviación de renta obtenida en concepto de gasto deducible a favor de un no residente en un tercer Estado. La inclusión de la cláusula *LoB* no empece otras específicas, v. g. descalificación de las sociedades interpuestas en acuerdos financieros.

Además se ofrecen cláusulas particulares para evitar el abuso de tratado en caso de sociedades con doble o dual residencia; exención de la renta de un establecimiento permanente por el Estado de residencia que no está gravado o recibe un tratamiento preferencial por estar localizado en un tercer Estado de baja o nula fiscalidad.

Finalmente, la advertencia señala la precaución antes de establecer tratados con jurisdicciones no cooperativas, en especial, “la capacidad de intercambio de información

fiscal, un aspecto clave que debería tomarse en cuenta cuando se decide si se celebra o no un tratado.”²⁷³

18.4.3. Informe País por País (*Country-by-Country Reporting*)

En 2009, R. Murphy publica el *Country-by-Country-Reporting*, cuyo origen se remonta a 2003.²⁷⁴

“Todo lo que el CbC Informe solicita es que la empresa multinacional publique una cuenta de pérdidas y beneficios por cada jurisdicción, un balance resumido y Tesorería, por cada jurisdicción en la cual actúen como parte de sus estados financieros anuales”.²⁷⁵

Es un núcleo de información necesaria de la que hasta hoy se carecía puesto que permite evaluar la actividad local de la empresa transnacional en sus aspectos contables, financieros, económicos y fiscales – impuestos pagados y efectos de los precios de transferencia intrafirma practicados. En suma, como dice *Murphy*, una información que sirve para apreciar si el impuesto que se paga es el correcto, pero no más, en el lugar correcto y al momento correcto.

La Acción 13 BEPS/OCDE desarrolla los criterios para la documentación de los precios de transferencia y el Informe País por País. Es un principio mínimo que condensa tres documentos (Master file, Local file e Informe País por País); los

273. Action 6, cit. p. 104

274. R. Murphy, *Country-by-Country Reporting*, Task Force on Financial Integrity & Economic Development, June 2009, Washington; *A Proposed International Accounting Standard Reporting Turnover and Tax by Location*, 2003, Association for Accountancy and Business Affairs.

275. R. Murphy, *Country-by-Country Reporting*, en *Global Tax Fairness*, edit. Th. Pogge, K. Metha, cit. p. 96.

procedimientos de intercambio con otros Estados y la sujeción al monitoraje y revisión par, por la OCDE.²⁷⁶

El *Master file* provee una perspectiva general de la organización multinacional y debe facilitar a las Administraciones fiscales la información sobre las operaciones globales realizadas y la política de precios de transferencia.

El *Local file* provee la información a la Administración fiscal nacional sobre las operaciones celebradas localmente, sus importes y los precios de transferencia practicados.

El *Informe País por País* da noticias de la atribución total de la renta, los impuestos pagados, y ciertos indicadores económicos relativos al número de trabajadores, capital aportado, beneficios no distribuidos y activos tangibles en cada jurisdicción donde la empresa realice operaciones.

La documentación proporciona datos suficientes para que las Administraciones fiscales puedan apreciar cuando las empresas multinacionales incurren en precios de transferencia patológicos que provocan el desplazamiento de beneficios significativos a jurisdicciones de baja o nula fiscalidad. No hay duda que su calificación como principio mínimo reenvía su significación al principio principal de protección fiscal de la base de imposición nacional en uno de los ámbitos señalados como fuente de erosión como es el de los riesgos del precio de transferencia.²⁷⁷

Es un principio mínimo de notable alcance, al cual, no obstante, se formulan críticas: por una parte, el umbral de 750 millones de euro del ingreso anual consolidado del grupo parece elevado para las empresas multinacionales

276. A. Christians, BEPS and the New International Tax Order, Brigham Young University Law Review, p. 1625, 2017.

277. Action 13 Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, p. 10.

en los países en vías de desarrollo y por otra, la restricción de su difusión pública, porque solo estará disponible para las Administraciones fiscales. También, el Informe País por País debe encauzarse al Estado de residencia de la sociedad matriz, en lugar de facilitarlo automática e inmediatamente a los otros en los que desarrolla sus actividades. Por último, no menos importante, se notan ausencias de datos importantes: Tesorería, equivalentes monetarios, intangibles, éste que pasa por ser uno de los motores del desplazamiento de beneficios.²⁷⁸

18.4.4. Las Directrices de Precios de Transferencia, la Acción 13 y las Acciones 8/10/BEPS

La OCDE aprobó el 23 de mayo de 2016 las enmiendas a las Directrices de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales conformes a las Acciones 8-10 BEPS "Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor" y, asimismo, la Acción 13 relativa a la documentación sobre precios de transferencia y al Informe país-por-país.

Las Directrices son criterios de *soft governance* impulsados por la OCDE para acomodar una determinada calificación e interpretación compartida por los Estados respecto al principio de valor normal de mercado (*at arm's length*) en el tráfico intrafirma de bienes, tecnología, marcas y servicios. De su texto surgen comentarios y recomendaciones para la aplicación del artículo 9 del Modelo de Tratado Fiscal de la OCDE y de las NNUU. El artículo 9, en otras palabras, debe interpretarse coherentemente con los criterios

278. R. S. Avi-Yonah, H. Xu, *Global Taxation after the Crisis*, cit. p. 43; L. A. Sheppard, *BEPS and EU Progress Report*, cit. p. 1221; The BEPS Monitoring Group, *Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*, cit. p. 6.

aceptados de las Directrices de Precios de Transferencia. Pero, hablamos de elementos que no son obligatorios y preceptivos, sino de mecanismos que la ley local puede rehusar o modificar en un "modo informado y transparente".²⁷⁹

La reacción de los Estados no está descontada. Pueden incorporar las Directrices a su ley; pueden traducirla en reglamentos, circulares, instrucciones internas o, al límite, emplearlas como criterios o líneas de conducta prácticas, hasta un cierto punto, sometidas a la norma jurídica local en su ámbito, alcance, efectos y no más allá.

Las Directrices, en resúmen, son una expresión OCDE de las buenas prácticas, guías de actuación, orientaciones de comportamiento en cuanto a la aplicación del valor normal de mercado en materia de precios de transferencia de un conjunto vinculado. Pero, los instrumentos jurídicos utilizados son diversos en sus alcances y efectos, porque exhiben naturaleza jurídica diversa en su configuración. Las Directrices, en ese sentido, es un contenedor de principios, *standards* valorativos y un principio mínimo (de nivel medio).

Las Directrices, asume *standards* valorativos en virtud de su transposición, aunque parcial, en el Plan BEPS relativo a las Acciones 8/10. Esto es más que un mero *standard* traducible en buenas prácticas o guías de actuación, *pero lo es porque el G20 lo adoptó de esa forma*. Es un instrumento de propuesta indiscriminada a los Estados que aspiren a su transposición a la realidad propia, conforme a su desarrollo y capacidad institucional, porque sirve a la lucha contra la elusión fiscal, el arbitraje fiscal, la planificación fiscal agresiva. Es una contribución valorativa técnica finalizada a la realizabilidad del principio del valor normal de mercado

279. OECD, Transfer Pricing Legislation- a Suggested Approach, June 2011, p. 2.

en los precios de transferencia intrafirma siempre sometida al principio de protección de la base de imposición nacional.

La primera diferencia es que no todas las definiciones de las Directrices gozan del mismo estado en la secuencia de principios, básicamente, porque no todas resultan ponderadas como principios (de nivel medio) o como *standards* valorativos.²⁸⁰

La integración en las Directrices de la OCDE de las Acciones 8/10 de Precios de Transferencia es coherente con el enunciado G20 BEPS y perfectamente definibles como *standards* valorativos. Sería absurdo que esas Directrices no se identifiquen con el principio superior, alinear la imposición de la riqueza a la creación del valor allí donde se produzca. Pero, no puede decirse otro tanto con respecto a otras de las Directrices que no se reflejan en el Plan BEPS.

Los *standards* ordinarios, buenas prácticas, metodología de comportamiento, revelan una indeterminación que no les permite incorporarse al sistema jurídico nacional, a menos que la ley lo integre en su presupuesto y aplicación. Sin esa formalización son virtualmente irrealizables o de nula eficacia jurídica, sin perjuicio, de su expresión programática y didáctica.²⁸¹

280. Son *standards* valorativos las Acciones 8/10 reflejadas en el Capítulo I, Section D; Parágrafos añadidos al Capítulo II, después de párrafo 2. 16: nuevo párrafo después de de 2. 9; Capítulo VI; Capítulo VII; Capítulo VIII y las demás Directrices son meramente *standards*, buenas prácticas, guías de actuación. A su vez, el Capítulo V es principio mínimo (de nivel medio).

281. En particular, los Capítulos III, Análisis de Comparabilidad; IV, Procedimientos administrativos destinados a evitar y resolver las controversias en materia de precios de transferencia y, está pendiente de tratamiento el Capítulo IX, sobre reestructuración de empresas.

Por su parte la Acción 13, Documentación sobre precios de transferencia e Informe país-por país, incluida como Capítulo V en las Directrices, a diferencia de las Acciones antes mencionadas, es calificada, no como *standard* valorativo sino como principio mínimo (de nivel medio) y, por tanto, asume más jerarquía en la secuencia de principios comunes.

De modo que en las Directrices aparecen *standards*, *standards* valorativos y un principio mínimo (de nivel medio).

El término genérico de *standard* comprende buenos principios, prácticas o directrices en un área determinada.

Los buenos principios son los fundamentos generales de una amplia política de un área económica, institucional o privado. Por ejemplo, los Principios de la Efectiva Supervisión Bancaria del Comité de Basilea.

Las prácticas son propuestas específicas y de aplicación de los principios en un marco más estrecho. Por ejemplo, las prácticas para la contabilidad de préstamos del Comité de Basilea.

Las Directrices son métodos de actuación o guías dirigidos a la fijación de los requisitos o etapas de aplicación, permitiendo una valoración objetiva del grado de cumplimiento.²⁸²

El establecimiento de los *standards* observa determinadas características de partida: universalidad, flexibilidad, consenso, comprobación periódica y revisión de sus pares.²⁸³

282. G-20 Financial Stability Board, *The Compendium of Standards*, 2017.

283. G-20 Financial Stability Board, *Key Standards for Sound Financial Systems*, 2017.

El *standard*, de su propia literalidad, representa un “requerimiento mínimo de buenas prácticas a la que se estimula a los países para aplicar o mejorar.” (FSB).

De modo que hay una figura de buenas prácticas, directrices, guías, códigos de conducta, que resultan, básicamente, de la producción normativa por parte de un abigarrado grupo de organismos o entidades internacionales, a su turno reconocida por el G20, las NNUU y otras organizaciones representativas de Estados y que se reconoce de consenso mínimo aplicable.

- Basel Committee on Banking Supervision (BCBS).
- Committee on the Global Financial System (CGFS).
- Committee on Payments and Market Infrastructures (CPMI).
- Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF).
- Financial Stability Board (FSB).
- International Association of Deposit Insurers (IADI).
- International Association of Insurance Supervisors (IAIS).
- International Accounting Standard Board (IASB).
- International Auditing and Assurance Standard Board (IAASB).
- International Monetary Fund (IMF).
- International Organisation of Pension Supervisors (IOPS).
- International Organisation of Securities Commissions (IOSCO).
- Joint Forum (JF).
- Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD).
- World Bank (WB).

El efecto predicado y querido del *standard* es la puesta en práctica de una determinada política u orientación técnica específica y, habitualmente, como resultado de organismos o entidades de naturaleza privada o cuasi, "que ejercen una enorme influencia en la creación de *standards voluntarios* que se convierten en normas industriales."²⁸⁴

El proceso de producción normativa de los *standards* aparece contaminada por un déficit de control político democrático o representativo: "demasiada ley internacional ocurre en privado, con exclusión de los otros (*accountability mismatch*). " Es un procedimiento secretista, opaco, cerrado, cuyos miembros operan como si fueran un club."²⁸⁵

La diferencia entre los principios comunes, los principios transnacionales y los *standards* valorativos no es baladí. Del mundo de la realidad material pasamos a la realidad virtual de los valores. La dirección es distinta: las buenas prácticas difunden la realización o ejecución de ciertas políticas o funciones que se valoran oportunas o convenientes como mensaje de intenciones u opinión a los destinatarios; pero, sin que se incorporen a los valores que sintetiza cada sistema jurídico nacional. De ahí, su ausencia de convicción debida. Esto no es el caso de la secuencia de los principios, cualesquiera que sea su lugar en ella, puesto que sirven de puente entre el valor y la norma.

Lo que no se entiende es la diferencia de tratamiento jurídico entre las Acciones 8/10 y la 13. Es insostenible que

284. P. Schiff Berman, *Dialectical Regulation, territoriality and pluralism*, Connecticut Law Review, 38, 946, 2006.

285. J. Koven Levit, *A bottom-up approach to international law-making*, The Yale Journal of International Law, Vol. 30, 199, 2005; *Bottom-up Lawmaking Through a Pluralist Lens. The ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit*, 2008, University of Tulsa College of Law, Emory Law Journal, 2008, 1223.

adquiera valor superior la documentación de los precios de transferencia que el contenido intrínseco que los configura. En verdad, las Acciones 8/10, en esencia, conforman aplicaciones de principio de nivel medio, por su propia naturaleza, de indiscutible compromiso para los Estados que se adhieren al G20 BEPS. No son *standards* ni tampoco instrucciones dirigidas a su integración en las disposiciones legales, porque están enlazados al principio transnacional de protección de la base imponible y de gravar la riqueza de la actividad allí donde se realiza. El motivo de su degradación, seguramente, obedece, a falta de consenso; pero, entonces, esto también afectaría la Acción 13. No es coherente que el contenido posea importancia menor que la documentación a través de la cual se formaliza. Pero, por otra parte, si esto fuera así, las Directrices de la OCDE hubieran prescindido del contenido y reducir su enmienda a la documentación, cosa que no se hizo.

Las enmiendas de la OCDE que recogen en su totalidad las modificaciones del G20 BEPS informan de la real naturaleza jurídica de las Acciones 8/10: pese a que no se las designa como principio mínimo (de nivel medio) y no tienen la misma eficacia y alcance que la Acción 13. La enmienda del G20 BEPS de las Directrices transforma esas otras Acciones en algo más que *standards* y algo menos que principios de nivel medio, con la obligación de implementación de los países destinatarios.

La Acción 13 BEPS no es un *standard*, sino un principio mínimo (de nivel medio) de lo cual responde al principio común superior en que se sustenta. Su grado de convicción debida no es el de una buena práctica, si no de una obligación sometida a cumplimiento. Su calificación connota un valor superior.

Las Acciones 8/10 BEPS no se recogen como principios mínimos (de nivel medio) por lo cual debe concluirse que

son *standards* valorativos, dirigidos a su reconocimiento jurídico en el momento de su integración o fusión con la norma jurídica. Son menos que los principios mínimos; pero, más que los meros *standards*.

Los *standards* explican las partes de las Directrices que no se reconocen como principios mínimos ni como *standards* valorativos. En modo más rotundo, están fuera de la secuencia de principios comunes.

Las enmiendas del G20 BEPS que modifican las Directrices son el contenido de comportamiento al que deben adecuarse. No son las Directrices de la OCDE, es su modificación por el G20 y la posterior aceptación por la OCDE, lo que manda.

18.4.5. Mecanismos de resolución de controversias

La Acción 14, pretende hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias. Con ello se busca que los procedimientos amistosos, ex artículo 25 CDI Modelo OCDE, se apliquen de buena fe y sean resueltos en tiempo debido; facilitar las medidas administrativas y asegurar que el contribuyente acceda a su tramitación.

No estamos, en rigor, ante un principio mínimo, aunque así se le considera, sino, a lo sumo, un *standard*, una buena práctica, que, ni siquiera adquiere consistencia como *standard* valorativo. Es un criterio de estímulo a la resolución de controversias relacionadas con los CDI mediante procedimientos amistosos. O sea, un estímulo a la aplicación generosa del artículo 25 del Modelo CDI OCDE. Se arguye que ello contribuye a disipar la incerteza jurídica y la impredecibilidad en el ámbito de la empresa resultante de la aplicación de las medidas adoptadas conforme al Plan de Acción BEPS.

Por un lado, se aspira a eliminar obstáculos que dificulten el recurso a los procedimientos amistosos convencio-

nales, en particular relativos a precios de transferencia y por otra, allanar el camino hacia un objetivo polémico como es la introducción de mecanismos en los CDI de arbitraje obligatorio y vinculante, que aparece respaldado por los Estados más desarrollados.

Es un mero *standard* convertido, por razones políticas, en principio mínimo (de nivel medio). Sirva de confirmación que se recogen, entre otros, compromisos de los Estados de adhesión, seguimiento, supervisión subordinada al Foro de Administraciones Tributarias para procedimientos amistosos, gestionado por la OCDE, organismo que reúne a los Administradores de 46 países para desarrollar respuestas comunes en materia de administración fiscal.

Su introducción está fuera de la secuencia de principios comunes y de cualquier referencia, hacia arriba a valores consensuados y hacia abajo a la jerarquía que se les puede adjudicar. Es un concepto sin concepto, una disposición sin atributo de valor superior ni calificación como principio.

“Así el principio mínimo de resolución de controversias es un modesto paso hacia el arbitraje obligatorio y vinculante – una prioridad de solo unos pocos Estados claves de la OCDE al momento.”²⁸⁶

La explicación no es muy complicada: el arbitraje obligatorio y vinculante sustrae a los Estados en vías de desarrollo de su potestad de imposición, al albur de órganos terceros discrecionales sobre los que su influencia es mínima o inexistente y de cara a los precios de transferencia puede ser catastrófico.²⁸⁷

286. A. Christians, BEPS and the New International Tax Order, cit. p. 1637.

287. L. Sheppard, BEPS and EU Progress Report, cit. “...el arbitraje no tiene muchos adeptos más allá de los ochos países que acordaron el arbitraje preceptivo en sus tratados con los EE.UU.”. p. 1222.

19. Los *standards* valorativos. Los precios de transferencia. La elusión artificial mediante establecimiento permanente. La limitación de intereses. La transparencia fiscal internacional. (Controlled Foreign Corporation)

“La norma ordinaria que utiliza un *standard* incluye en la propia estructura previsional y dispositiva la estructura previsional y dispositiva, del *standard* de modo que en la “norma con *standard* se tendrá un único presupuesto causal y un único presupuesto de efectos, que son constituidos por los componentes jurídicos de la norma y los componentes extrajurídicos del *standard*...”²⁸⁸

No es demasiado original sostener la relevancia del componente extrajurídico en las situaciones contempladas. Por una parte, la referencia es a la elusión artificial mediante establecimiento permanente, o sea, mediante planificación fiscal agresiva y por otra, alinear los resultados de los precios de transferencia con la creación de valor, es decir, impedir que las empresas multinacionales segreguen los beneficios de las actividades económicas que los producen para trasladarlos a jurisdicciones de baja o nula fiscalidad.

El componente extrajurídico determina los componentes jurídicos de la norma, sus efectos y causa. No obstante, por su significado, la lógica hubiera sido su confirmación como principios de nivel medio, como ya se dijo, no solo por una cuestión de jerarquía, porque están más cerca de los principios comunes y transnacionales que de la disposición legal de cada Estado, sino porque el empeño del componente extrajurídico es notoriamente más

288. A. Falzea, *Ricerche di Teoria General del Diritto e di Dogmatica Giuridica*, cit. p. 412.

expansivo y dinámico que la descripción del texto legal que lo informa.

A ello se une que la Acción 15, Desarrollo de un instrumento multilateral, advierte su incorporación en el MCOC-DE, mecanismo que no es de *soft law*, sino de *hard law* internacional, con lo cual aumenta la ambigüedad, porque entran en el contexto junto con los designados principios mínimos (principios de nivel medio). Es decir, esos *standards* valorativos se transformarían en principios mínimos (principios de nivel medio) solo en cuanto cada jurisdicción decida su integración en el instrumento multilateral.

19.1. LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA. ASEGURAR QUE LOS RESULTADOS DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA SON ACORDES A LA CREACIÓN DE VALOR

El precio de transferencia es el modo típico de funcionamiento interno de la empresa transnacional, con vistas al aumento de sus ganancias o al ahorro de costes. La finalidad fiscal integra el precio de transferencia y si es exclusiva arroja combustible a la erosión de bases y traslado de beneficios desde donde se realizan las actividades de empresa, hacia jurisdicciones de baja o nula fiscalidad.

La empresa transnacional es una organización única y unitaria, una comunidad de intereses con pluralidad de sujetos –subsidiaria, sucursal, comisionista, presencia comercial–, basada en la participación de cada uno de ellos en el capital intelectual –fondo de comercio– en proporción a los costes, riesgos, ventajas asumidos. El precio de transferencia representa el flujo financiero y fiscal de las empresas asociadas y la prima de transferencia, el beneficio que se obtiene simplemente por ser miembro o parte de la empresa transnacional. Se paga por lo que se obtiene, pero también, por estar.

El precio de transferencia ocurre describirlo como el precio para la obtención de un derecho o de un interés que no puede adquirirse en el mercado ni está a disposición de las empresas independientes, no vinculadas. Por eso, cabe denominarlo como la *prima de pertenencia* a la empresa transnacional. El precio del derecho o el interés por el acceso a las ventajas competitivas de la organización única y unitaria, de la economía de escala y de poder de mercado allí donde actúa. El núcleo de las ventajas competitivas no es otro que la constitución, consolidación, expansión del fondo de comercio entre los partícipes, el valor genético del crédito y reputación en el mercado.

La prima de pertenencia es la compensación de cada sujeto de la empresa transnacional por el uso y disfrute del fondo de comercio, el contenedor del capital intelectual; la adquisición de derechos o intereses sobre el secreto posesorio –*know how, I+D*–; el secreto propietario-patentes, marcas, *brand*–; el capital humano, la fuerza de trabajo cualificada las inversiones materiales o inmateriales; los servicios; el intercambio de bienes o mercancías. No hay transacción intrafirma que no sea compensada, sea a través del precio de las mercancías, de los servicios, de la gestión o de la oportunidad de inversión en cada mercado o, de los intangibles.²⁸⁹

La minimización del impuesto, mediante planificación fiscal agresiva, transcurre, principalmente a través de distintas modalidades de autoregulación fiscal dirigidas al traslado de los beneficios y a la erosión de bases. Así, préstamos o créditos intrafirma; servicios intrafirma; alquileres de propiedad intrafirma; ventas de propiedad bienes mobiliarios o inmobiliarios intrafirma; cesión de intangibles o

289. T. Rosembuj, *Minimización del Impuesto y Responsabilidad Social Corporativa*, cit. p. 225.

propiedad industrial intrafirma; acuerdo de reparto de costes.²⁹⁰

Las operaciones internas de la empresa transnacional, prescindiendo de la forma jurídica de sus partes, no son equiparables a otras que se verifican al externo de la organización única y unitaria, aunque sean semejantes. Y ello, porque difícilmente la empresa independiente las efectuaría en las condiciones pactadas, bajo el control y la influencia significativa de la dirección centralizada.

Podría llegar a aceptarse la idea *at arm's length*, la comparación del precio practicado entre empresas autónomas en el mercado, solo y exclusivamente si se refieren a bienes o servicios, tecnología o procedimientos de rutina, de libre obtención universal, v. g. calculadoras; pero, estas son transacciones de mínimo valor, de reducida ventaja competitiva. Y, a la postre, de dudosa significación. Aún así, no hay comparabilidad si se trata de transacciones que no son de rutina y, al respecto, podría decirse, que en la economía digital la rutina es inexistente o casi. Es aquí donde el valor normal de mercado resulta ausente por mor de la incomparabilidad. el valor normal de mercado resulta imposible toda vez que las transacciones no discurren en condiciones y circunstancias de normalidad, y, al contrario, destacan por su referencia peculiar, distinta, de imperfecta imitación o difícil substitución, de clara innovación o creatividad.

En suma, el universo de la transnacional es discreto y excluyente de los terceros independientes en el mercado, que difícilmente asumirían algunos de sus extremos, así como de las compensaciones establecidas intrafirma. Esto significa que pueden producirse operaciones que tienen como finalidad influir en algunos de los mercados, aún a

290. Internal Revenue Manual, I: R. S., Section 4. 11. 5. 2.

pura pérdida, a fin de eliminar la competencia o para aumentar la presencia propia.

19.1.1. Los intangibles. El ocaso del valor normal de mercado

Las Acciones 8/10 están dedicada a los intangibles y es oportuno mencionar su reenvío al principio que la inspira: asegurar que los beneficios asociados a la transferencia y uso de intangibles están debidamente asignados, que no segregados, de conformidad con la creación de valor. Es obvio, que la referencia atiende a que la riqueza debe gravarse allí donde la actividad económica se realiza y acompaña el propósito con la particular preocupación que suscitan los intangibles de difícil valoración y los mecanismos de los acuerdos de reparto de costes.

Los intangibles son factores no físicos ni financieros que contribuyen o son empleados en las actividades económicas y que están comprendidos latamente en el fondo de comercio de la organización. No parece esencial el dato que el intangible se cualifique por la propiedad, posesión o control por los titulares. Es obvio que esto es considerable en términos clásicos: patente, marca, *know how*; pero es un ángulo restrictivo porque la empresa transnacional convierte en intangibles aquellos activos que no son de su propiedad ni están bajo su control. Eso explica la presencia de factores exógenos a la empresa cuando se trata de la determinación de precios de transferencia, tales como, el fondo de comercio, el ahorro de localización, la cesión de capital humano calificado, las sinergias. Los activos intangibles que no se funden en propiedad o control, sino en acceso y uso de mercado, explotación de recursos humanos calificados, difusión de energías dentro del grupo, representan fuentes de valor que, por una parte, desestiman la comparación con la empresa independiente, que no puede ni está

en condiciones de aprovecharlos y, por otra, caracterizan la expansión indefinida, a espacial, de la desmaterialización (de la digitalización) global.

El valor de la organización se mide en su fondo de comercio (*goodwill*). Es, por así decirlo, el contenedor del capital intelectual y aglutina el secreto propietario –la propiedad industrial e intelectual, signos distintivos, *brand*; –el secreto posesorio– los secretos de la empresa, el know how, fórmulas, procedimientos, bases de datos, proyectos estrategias; I+D; –el capital humano, -la fuerza de trabajo, la formación, especialización, continuidad; capital relacional - clientela, proveedores; intangibles (derechos) reales, derivados de contratos y licencias.²⁹¹

El fondo de comercio reúne en si mismo la información y conocimiento de la organización. El valor señalado es el crédito y reputación de que la empresa goza en el mercado. A la inversa, el fondo de comercio negativo (*badwill*) es el castigo, el descrédito a la capacidad de gestión y organización de la empresa.

La obtención, conservación, crecimiento del fondo de comercio es el eje de la ventaja competitiva. La comercialización del capital intelectual resulta de la conversión de activos únicos, especiales, en mercancía, pero, en ese supuesto no es que se contraste con su valor normal de mercado, sino que equivale, en su resultado, al valor normal de mercado, porque no hay otro.

El problema del valor de los intangibles en singular radica en su secreto: si hay valor, inclusive en el fracaso lo hay porque así se aprende para el futuro, hay secreto y si hay secreto no hay posibilidades reales de comparabilidad en

291. T. Rosembuj, Intangibles. La Fiscalidad del Capital Intelectual, Barcelona, 2003.

el mercado como si se trataran de operaciones entre empresas independientes.

“Una ficción perniciosa propagada por la OCDE es que el método *at arm’s length* produce resultados precisos mientras otros métodos de asignación del beneficio son resbaladizos. Esto es ilusorio... El punto es que siendo la multinacional un grupo hace que sus diferentes componentes no tienen que negociar entre ellos a un precio de mercado, como si no estuvieran asociados. No hay modo de imputar los precios de mercado a empresas asociadas.”²⁹²

Hay métodos que pueden aproximarse al valor; pero, en verdad, su medida efectiva es cada vez más difícil a medida que el activo intangible resulta más complejo e indescifrable. Por eso la pretensión conceptual del intangible de la Acción 8, siendo correcta es equivocada. Dice “cuyo uso o transmisión –del intangible– habría sido compensado si hubiera ocurrido entre partes independientes en circunstancias comparables”. La retribución por el uso o transmisión dentro de la organización hacia o desde una de sus partes no tiene precio y si lo tiene es peculiar de la propia empresa, porque la comparabilidad con la empresa independiente es imposible.

“Por ejemplo, si tu tienes alguien en la empresa que ha conseguido una buena idea o proyecto, sería un grave fallo establecer un precio de transferencia sobre la idea dentro de la empresa. Tan pronto como se aplica en un sitio, tu debes aplicarla en toda la empresa. No puedes impedir que un precio impida el proceso. *Pienso qué a un nivel esencial, no sabemos todavía cuales son las medidas análogas de coste o de precio de transferencia que funcionan.*”²⁹³

292. L. A. Sheppard, *Is Transfer Pricing Worth Salvaging?*, Tax Notes, July 30, 2012, p. 471.

293. P. Romer, *The Soft Revolution: Achieving growth by managing intangibles*, en *Intangible Assets. Values, measures and risks*, ed. J. Hand- Baruch Lev, Oxford, 2003, p. 92.

No hay duda que las transacciones intrafirma que implican al intangible están encuadradas en la retribución; pero, no lo es menos que la cuantía y atribución de la misma está en la opción real de inversión intrínseca de la empresa, que nada tiene que ver con su comparación con terceros independientes. Esa opción real decide el que, el como, cuando, y en coordenadas de continuidad, renuncia, ampliación de la actividad emprendida. El precio interno queda supeditado unilateralmente o, en el tiempo y en el espacio, a cada una de las decisiones de inversión. Cualquier coincidencia con el valor normal de mercado que hubiera de producirse será puro azar.

El precio de transferencia es una decisión de empresa y, al mismo tiempo, incluye la opción fiscal, por lo que es una fuente de valor o desvalor de la decisión a emprender: anticipar, diferir, cambiar, abandonar, en distintos lugares y tiempos diferentes. Lo que sería beneficio o ingreso para un miembro de la organización se convierte en gasto o pérdida para otro teniendo en cuenta que la finalidad es la renta o el ahorro de costes consolidado de la organización. La prima de pertenencia, en verdad, es el valor potencial de lo que pagaría un inversor independiente por pertenecer y aprovechar la ventaja competitiva que representa ser parte de una organización única y unitaria.

Las Acciones 8/10 tienen un alto contenido de rectificación de la posición sostenida hasta ahora por la OCDE. Si alguna duda se nutre sobre la influencia del G20 BEPS, aquí está la demostración de cambios que, con todas sus matices, ofrecen nuevas vías de aproximación a los precios de transferencia de los intangibles y, por extensión, a los bienes digitales dentro de la organización transnacional. De ahí señalar la positiva influencia de los EE.UU. que, desde siempre, asumen una posición más acusada en la materia que la fue la de la OCDE y que queda reflejada a la

vista de los resultados. Pero, no solo, porque la consideración de los otros intangibles recoge la experiencia de algunos de los países BRICS, China, India, Brasil.

La lista de intangibles adoptada es abierta: hay secreto propietario (marcas, patentes, signos distintivos); secreto posesorio (secretos industriales, know how); derechos derivados de contratos y de licencias públicas, capital relacional. Pero esta descripción no es determinante, porque sin decirse, cada vez se incorporan nuevos factores para defender un precio de transferencia que no es posible conseguir a través de los métodos tradicionales y con los elementos conocidos. Surgen otros intangibles que pretenden acercarse al valor del uso o transmisión de intangibles dentro de la organización, salvada su cada vez mayor dificultad de comparación con terceros independientes en el mercado. El capital intelectual no se deja comparar, porque es una creación, mínima o máxima, de innovación tutelada por el secreto, como medio de conseguir la ventaja competitiva y que se produce en un compartimento estanco como es la organización transnacional. El intangible se desplaza entre subsidiarias, sucursales, comisionistas, presencias comerciales en todo el mundo y nunca abandona el perímetro de la empresa.

La actividad en determinados mercados proporciona ventajas un ahorro de costes significativo para la organización en relación a otros mercados. El ahorro de localización, derivado de la usabilidad del mercado, impone costes inferiores, pero mayores beneficios, que deben compartirse con el país huésped (*location savings*). Los ahorros desprendidos de bajos costes de mercado suponen beneficios extraordinarios a favor de la organización económica, susceptibles de ajustes por comparación a los que no los obtienen. La renta de localización nunca la conseguiría el empresario independiente. El mayor beneficio no es exclusivo

mérito propio, sino de la diferencia de los menores costes del mercado.

El fondo de comercio o la empresa en funcionamiento devienen intangibles, sin perjuicio de su especificidad mercantil o contable, porque exhiben el valor de reputación crédito que les caracteriza. Por ejemplo, la transmisión o licencia de una marca exige computar de algún modo el valor reputacional para establecer la retribución que corresponda (a la prima de pertenencia), porque esto se exigiría a cualquier otro empresario independiente si aspira la misma transacción, sin precio de transferencia en el medio. " En otras palabras, todas las contribuciones de valor deben compensarse *at arm's length* cualquiera que sea su denominación".²⁹⁴

La cesión o transmisión de capital humano afecta la identificación del precio de transferencia, sobre todo, en cuanto se trate de plantilla cualificada, susceptible de compensación por parte del beneficiario. El valor de la cesión es independiente de sus servicios, porque se trata de una forma de transmisión de asistencia técnica que está vinculada al know how, y que sirve de vehículo a la transferencia de un fondo de comercio tecnológico al beneficiario.

La sinergia es la ventaja derivada que una empresa obtiene por su pertenencia a una organización única y unitaria. Y se puede atribuir a la sociedad matriz, a las subsidiarias, a las sucursales, a los representantes y a los gestores de su actividad total que hubieran contribuido a su realización, aunque no sean propietarios o las controlen en el sentido convencional. Pero, está en el fundamento mismo de la empresa transnacional, porque se trata de una actuación deliberada y concertada para proveer ventajas materiales e inmateriales a los miembros, que no son típicas en

294. United Nations Practical Manual on Transfer Pricing, 2017, p. 282.

las empresas independientes. La sinergia del grupo comparece en todos y cada uno de los instrumentos de bienes y servicios, sistemas de gestión, los servicios intragrupo, los intangibles múltiples, la financiación intrafirma, marketing de intangibles, en definitiva no hay nada dentro de la organización que no sea efecto de la sinergia, de la pertenencia, de la estancia, dentro de la organización. La compensación de la sinergia está, precisamente, en la prima de pertenencia, dirigida a corresponder por lo que se hace y por estar.

Desde una perspectiva crítica, no tiene sentido individualizar entre sinergia material (ahorro de costes, economía de escala) e inmaterial (mejora de la posición crediticia, acceso a líneas de ayuda pública), porque cualquiera de las ventajas que procedan al grupo en cabeza de cualquiera de sus partes obedece a la lógica de la pertenencia al grupo y su compensación separada establece, definitivamente, la diferencia con el empresario independiente que carece de fuentes semejantes de favorecimiento.

La propiedad legal no es suficiente por si sola para legitimar el derecho a los beneficios originados por la explotación del intangible. No es creible que el valor aparente del activo intangible pueda prevalecer como titularidad efectiva, si, al mismo tiempo, no ejerce funciones, controla los riesgos significativos y contribuye al desarrollo y mejora de los activos. El beneficio pertenece al que contribuye a su consecución. No es que se distinga entre propiedad legal y económica, pero, se atiende a la sustancia económica de la actividad de la entidad propietaria, por lo que no se justifican beneficios de un propietario aparente desprovisto del contenido de empresa.

Esto ya consta en la Norma Internacional de Contabilidad 24, 10: "Al considerar cada posible relación entre partes vinculadas, se ha de prestar atención al fondo de la relación, y no solamente a su forma legal."

La determinación del valor normal de mercado refleja el principio de libre competencia, o sea, el precio que hubiera sido acordado en operaciones análogas por empresas independientes. El precio comparable. Si esto no es aplicable la Administración puede recurrir al coste incrementado (*cost plus*); el precio de reventa (*resale price*); y el margen neto transaccional (*transactional net margin profit*)²⁹⁵. Después se verá, la importancia que se otorga a la división del beneficio (*profit split*), cuyo efecto, en verdad, renuncia a la comparación, porque se funda en las contribuciones dentro de la organización para la creación de una propiedad intangible.

El recurso a las técnicas de valoración cuando no sea factible ni fiable conocer comparables entre terceros independientes desvía según se mire la finalidad y la necesidad de la comparación conforme al valor normal de mercado. Por un lado, porque, aunque no se diga, revela la admisión de otro método de valoración de las transacciones, fundado antes en el valor razonable (*fair value*), que en el valor normal de mercado.

El análisis de los precios de transferencia pasa del criterio del valor normal de mercado al valor fiable, basado en el examen técnico de las proyecciones del mercado en general, de la planificación financiera y, en general, de todos los métodos que permitan advertir la razonable expectativa de ganancias evaluada conforme al comportamiento económico de los agentes y distinta de cualquier otra finalidad, como sería la de procurarse exclusivamente ventajas fiscales.

En efecto, se acepta la aplicación de las denominadas técnicas de valoración microeconómicas, por ejemplo, la

295. T. Rosembuj, *Fiscalidad Internacional*, cit. p. 27

actualización del flujo de rendimientos esperados, modelos financieros, árbol de decisiones, teoría de las opciones, el método Monte Carlo, además de los criterios tradicionales de comparación, toda vez que la fiabilidad de la comparación no sea verificable. Es un cambio radical, porque supone otro método hasta ahora no previsto y fundado en la idea del valor razonable. Esto permitirá fijar el valor más elevado y el mejor uso del intangible o la alternativa más realista. En suma, lo que se podría esperar de agentes económicos razonables –que no venden a menos ni compran más caro o, al contrario, que venden a más y compran a menos–, deducido de los instrumentos microeconómicos indicativos del beneficio efectivo o casi, superior al declarado.

Si no se verifica valor fiable de mercado, que es lo usual, entre los miembros de la organización transnacional, por cuanto hay operaciones que ningún empresario independiente efectuaría o no las haría en las condiciones pactadas en la organización única y centralizada, procederá utilizar las técnicas de valoración, aceptadas por la norma contable y mercantil, para la fijación de los precios y cuyo origen son los datos observables en el mercado. Y su resultado no será el valor normal de mercado, sino el valor razonable, dependiente del valor fiable del mercado. Si esto es así, la Administración adquiere un instrumento trascendente en la determinación del beneficio o pérdida de la transacción, de la posición económica resultante de la operación desvelando cualquier otra finalidad que no sea la estrictamente económica.

No es exagerado atender al recurso a las técnicas de valoración como una alternativa objetiva al recurso *at arm's length*, porque será de su aplicación, que no de la comparabilidad, que podrá responderse al coste, beneficio, riesgo, asumido por cada parte vinculada a la transacción para

su correcta justificación y sobre datos fiables del mercado. Si no hay comparabilidad suficiente, el valor razonable a efectos de precios de transferencia resultará de la aplicación discrecional administrativa, de instrumentos o técnicas de valoración económica.

En la misma dirección se orienta la recomendación del método de división del beneficio (*profit split*) en los supuestos de operaciones de elevada integración o de valor elevado donde cada parte realiza contribuciones únicas y de valor intrínseco y la comparación se desvanece. Esto permite una fórmula combinada de reparto de beneficios para su posterior atribución, en vista de las dificultades de la estimación por separado. El *profit splitting* desautoriza el valor normal de mercado, de nuevo, porque se trata de una fórmula de reparto de beneficios en una empresa única y no separada que crea intangibles de difícil valoración. Esto significa que se está más cerca de la *apportionment formula* que *at arm's length*.²⁹⁶

El intangible de difícil valoración, principal propósito de la división del beneficio, es el eje de las empresas transnacionales, que “ganan las rentas excesivas de lo que trata el BEPS”²⁹⁷. Se trata del intangible para el cual no existe la comparación y que, no ofrecen previsiones fiables sobre los ingresos futuros de la explotación o son valoraciones inciertas a la fecha de su transmisión. La descripción no es suficiente para crear una categoría. En la práctica, también, el intangible de rutina puede compartir las mismas características. Que sea de rutina no supone bajo valor ni, tampoco, comparación fiable con terceros independientes. Al

296. La fórmula de reparto permite gravar proporcionalmente la parte de actividad del conjunto mundial por razón de sus ventas, salarios, capital, factores sobre los que se aplica el respectivo impuesto.

297. Lee A. Sheppard, BEPS and EU Progress Report, cit. p. 1221.

máximo, puede arguirse que el intangible de rutina ofrece una previsión de ingresos más cierta, que pueda facilitar su valoración; pero, nuevamente, por obra y acción de la Administración antes que por mor de la comparación con el valor normal de mercado.

La reacción BEPS permite a las Administraciones utilizar información posterior a la transmisión del intangible (*ex post*) al efecto de contrastar que la valoración inicial de la operación (*ex ante*) cumpla con el valor normal de mercado. Es una presunción retrospectiva (*hindsight*), que se remonta al principio, para establecer si los hechos y circunstancias empleados por el contribuyente sostienen o no la pretensión de imprevisibilidad o incertidumbre. Si no hay prueba en contrario, prevalece la presunción de manipulación contractual de los precios de transferencia.

Correlativamente, domina la lógica de la remuneración, anticipada o posterior, porque de su existencia puede deducirse si la cesión y uso del intangible respeta la lógica de la inversión, esto es, hay un pago y una contraprestación que debe ser apropiada al capital cedido o en explotación. Si no la hubiera o fuera desproporcionada podrá presumirse que no es conforme a los hechos y circunstancias de los hechos económicos en que se basa la operación y el comportamiento de las partes vinculadas. La incongruencia del contrato con la sustancia económica facilita la recalificación administrativa porque indica, inclusive mediante el exámen retrospectivo, la artificialidad de las formas adoptadas respecto de la realidad económica efectiva.

Uno de los aspectos conexos a la verdad jurídica de la operación es la relativa a la atribución de riesgos por cada una de las partes que ocasiona beneficios que pueden ser deslocalizados, toda vez que los riesgos no sean genuinos. El contrato en si mismo no es suficiente si origina una remuneración inapropiada al riesgo o al capital aportado.

Por ejemplo, una entidad con abundante dotación de capital, pero carente de actividad económica substancial, tendrá el reconocimiento por su financiación antes que un super beneficio y su remuneración ordinaria libre de riesgo como prestamista, que no inversor.

El riesgo como fuente de beneficio debe reconocerse a la entidad que lo asume, en el bien entendido, que tiene la capacidad de control del riesgo –la capacidad de decisión si asume el riesgo y como responde– y la capacidad financiera para absolverlo –acceso a los recursos, a pagar por la mitigación o a soportar las consecuencias negativas–. El riesgo es medida de más beneficio, siempre que se trata de un riesgo real y efectivo afrontado por el que puede contraerlo y asumir su realización y las consecuencias del fracaso.

Esto puede llevar a desconocer la transacción si se cuestiona su falta de racionalidad comercial. O sea, puede ignorarse el contrato que aunque sea formalmente correcto, no se compadece con la naturaleza jurídica y la realidad económica de la operación. Nótese que el reenvío no es al valor normal de mercado sino al criterio de la sustancia económica: si la operación no cambia la posición económica del actor en modo significativo es porque prevalece la finalidad fiscal.

El Acuerdo de Reparto de Costes supone un contrato entre las empresas del grupo para el desarrollo conjunto, de obtención de intangibles, bienes o servicios materiales, con la expectativa de un beneficio mutuo por la puesta en común de recursos y capacidades de cada uno de los participantes. Es una viga maestra de la planificación fiscal agresiva, cuyo esquema permanece inmutable.

Ha sido denunciado como un modo habitual de erosión de gastos y de traslado de beneficios porque en ver-

dad, es un esquema donde la prima de pertenencia queda incorporada a las transacciones llevadas a cabo; se paga por estar y hacer las cosas que se preordenan. Es excesivo definir el ARC como un contrato porque la dirección unitaria define su contenido y alcance con relativa prescindencia de la autonomía de voluntad de las otras partes.

La decisión de inversión a través del ARC integra la opción fiscal, lo cual significa que asume el diferimiento, minimización del impuesto, en la decisión del reparto de costes y beneficios entre los intervinientes. Los participantes pueden y deben contribuir cada uno con lo que pueden, inclusive, con regímenes preferenciales o ayuda de estado prohibida, porque el interés del grupo prevalece por sobre cualquier otro propósito.

La oportunidad de inversión es una opción real y supone anticipar, postergar, cambiar o liquidar su curso teniendo en cuenta la finalidad causal del grupo. Esto significa que puede existir beneficio en cabeza de alguno y pérdida en otro, en la medida que el propósito es la renta o el ahorro de costes del conjunto. El ARC es, probablemente, el mejor caso de estudio de la opción real para explicar el precio de transferencia.²⁹⁸

El modelo propuesto en las Acciones 8/10 BEPS no se diferencia sustantivamente de lo que ya conocemos y cuyas consecuencias de erosión, evasión y elusión fiscal, son públicas y notorias.

Se pide que los miembros expliciten su expectativa de beneficios en proporción a los riesgos que asumen y en función de sus capacidades. El problema central reside en que el valor de la participación de cada contribuyente debe

298. T. Rosembuj, *La Minimización del Impuesto y la Responsabilidad Social Corporativa*, cit. p. 281.

determinarse de acuerdo con el valor inexistente que habrían acordado empresas independientes en circunstancias comparables. El empresario independiente ni adoptaría decisiones que son efecto de la pertenencia al grupo y por las que no pagaría nada, ni, aunque fuera a coste o valor cero y, además, su exclusión de los factores de comparabilidad, v. g. sinergias, disminuyen aún más la comparación. El único valor (a valorar) es el derecho a estar en el ARC, a entrar, a seguir, a salir, a extinguir.

La decisión de invertir que es vertical comprende el coste fiscal y desde el inicio el ARC está contaminado por la decisión de minimizar, diferir, eliminar el impuesto a través de la prima de pertenencia, de los precios de transferencia. Y el problema es que las vías de fuga están dentro del modelo de ARC.

Hubiera sido el momento de atreverse con una aproximación al conjunto, predeterminado, por encima de la separación formal de sus partes, para establecer la opción real de la inversión, incluida la opción fiscal, y si hay alguna contribución económicamente sostenible que definir o solo se trata de ordenar el valor en función de costes soportados o beneficios antes sobrevenidos que se pretenden difuminar.

En suma, la imposible valoración de las contribuciones y los beneficios del ARC propician el transporte de los beneficios en dirección distinta donde el valor se ha creado. Y ello se verifica a través de los pagos *buy-in*, *buy-out*.

El pago *buy-in* es el que satisface la entidad que ingresa en el ARC con el fin de obtener las ventajas de la actividad o plataforma preexistente, los conocimientos ya adquiridos que se ponen a disposición. Y es absurdo pensar que el pago puede asemejarse al que efectuaría la empresa independiente. Es un valor secreto, discrecional, cuya compara-

bilidad es imposible y que, en su propia naturaleza, implica una recuperación de costes (*sunk costs*) históricos.

El pago *buy-out* es la compensación al participante que se retira y transfiere su interés a los demás. Aquí también se reproducen los comentarios anteriores: ¿sobre que lógica se valora la salida? Se trata de un proyecto cerrado, conclusivo, definido previamente hasta su final, porque si hay algo que define la opción real es el programa gradual flexible de realización lo cual supone contar con la salida, desde el mismo momento de la entrada.

Los pagos por entrar y salir, por el acceso y el egreso, tienen un claro componente de prima de pertenencia. Uno, se paga por el ingreso a la experiencia pasada; dos, se cobra a la salida por la experiencia pasada.

Es cierto que la participación debe ser proporcional a los beneficios esperados porque en caso contrario proceden los denominados *balancing payments*, los ajustes que pueden sumar a las contribuciones del pagador o reducir los costes del receptor, conforme al *at arm's length*; pero de nuevo, no es el empresario independiente el término de referencia como se postula e incluso tampoco el modelo del inversor o las técnicas de valoración de la eventual comparación, pues de la experiencia aplicada, sobre todo en los EE.UU. se desprende que es una vía expedita para la erosión y traslado de beneficios hacia jurisdicciones de baja o nula fiscalidad. No es que el activo subyacente sea lo más importante del ARC, sino la finalidad fiscal encaminada hacia el reparto de la no imposición del grupo, que no de las entidades separadas.

“Las reglas de los precios de transferencia son más complejas en la propiedad intelectual a causa de los ARC, donde diversas subsidiarias contribuyen al coste. Si un activo intangible ya ha sido parcialmente desarrollado por la

sociedad matriz, los demás participantes contribuyen con pagos *buy-in*. Es muy difícil establecer el precio *at arm's length* en dichas circunstancias cuando una tecnología ha sido parcialmente desarrollada y los riesgos asociados hacen que los resultados sean inciertos."²⁹⁹

La dificultad de valorar los pagos *buy-in* parte del error de creer que la empresa multinacional afronta ARC con el riesgo de la incerteza sobre sus futuros beneficios derivados del intangible. Esto es falso: lo saben desde el principio y utilizan el instrumento para desplazar los beneficios obtenidos en un país hacia países de baja o nula fiscalidad tales como Irlanda, Singapur o, inclusive Puerto Rico.³⁰⁰

19.2. LA ELUSIÓN ARTIFICIAL (O LA PLANIFICACIÓN AGRESIVA) MEDIANTE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

El establecimiento permanente es un concepto básico de la imposición sobre la actividad económica en el territorio por un no residente y supone la sede fija de operaciones en la que el Estado huésped confía para someterlo a impuesto. Es un mecanismo que nace viciado desde su propio origen en los albores de la Sociedad de las Naciones. El propósito fue achicar al máximo la potestad de imposición del Estado de la fuente y, en consecuencia, restringieron su ámbito a las solas sucursales, sin personalidad jurídica y agentes dependientes, dejando fuera las subsidiarias y los agentes independientes, reforzando una pre-

299. J. G. Gravelle, *Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion*, Congress Congressional Research Service, June 4, 2010, January 23, 2013, p. 11. . . "Algún estudio concluye que hay indicios que las empresas con ARD son más proclives al desplazamiento de beneficios."

300. R. S. Avi-Yonah, *Amazon vs. Commissioner: Has Cost Sharing Outlived its Usefulness?*, *ssrn-id2961235*, 5/1/2017.

tendida autonomía contable y configurándole como formal sujeto de derecho tributario, sin personalidad jurídica.

El establecimiento permanente requiere, por definición, su presencia física o material como nexo de imposición al territorio. La digitalización económica hace añicos el presupuesto, porque ignora la innecesariedad de la presencia física en el comercio virtual, de bienes digitales intangibles, que es aespacial, indefinido y genéricamente sin fronteras. El EP no se descubre en su presencia física, sino en las actividades económicas remota que realiza en los diferentes países y el uso remoto de mercados extranjeros. No hubo consenso político en el G20 para impulsar una reforma definitiva del EP y, por tanto, las propuestas son indiscutiblemente limitadas y mínimas, en lo que, probablemente, lo más importante es el prólogo que manda a la “actualización del EP para impedir abusos” y el propio título de la Acción 7: Impedir la elusión artificial del estatuto de EP, o sea, mediante planificación fiscal agresiva.³⁰¹

La conversión de beneficios en comisiones realizadas por el propio EP conduce a la minimización de impuestos en el Estado de la fuente: el empresario se transforma en comisionista, sin cambio aparente. O considerar las actividades principales como auxiliares o preparatorias exentas, v. g. un almacén de un proveedor de bienes digitales, y, en general, cuando fragmentan sus operaciones entre diversas entidades para conseguir igual propósito.

301. T. Rosembuj, *El Impuesto Digital*, Barcelona, 2015, ps. 89, 108, 129. Es destacable la sentencia del Tribunal Supremo de España, *Roche Vitamines Europe, de 12-3-2012*, la elusión artificial en la forma de reestructuración empresarial, cuyo propósito esencial es desplazar los beneficios obtenidos al exterior, sin impuesto en la fuente, transformando la actividad de la subsidiaria en EP encubierto.

Las modificaciones aprobadas tienen tres objetivos. Por un lado, evitar el uso de los mecanismos de comisionistas y otras estructuras que desarrollan actividades económicas susceptibles de excluir la definición del EP. En suma, las actividades realizadas mediante agentes dependientes son sometidas como EP y, en cambio, esto no sucede cuando se trata de agentes independientes, aun cuando sean materialmente dependientes de la organización para la cual actúan. Por otro, restringir la exención vigente de las actividades preparatorias o auxiliares que, en el marco digital actual, son susceptibles de ser centrales a la actividad de la empresa extranjera. Finalmente, impedir la reorganización de la actividad a través de la fragmentación de una única actividad en distintas y más pequeñas, so capa que desarrollan actividades preparatorias o auxiliares.

Las Recomendaciones se dirigen a la propuesta de modificaciones de las normas de EP en el artículo 5 del MCOCC-DE. Se clarifica que es EP de la empresa la actividad que desenvuelve un intermediario dependiente en modo habitual, por cuenta de la propia empresa, para la transmisión o el derecho de uso sobre sus bienes o provisión de servicios que le atienen. Asimismo, el intermediario independiente será EP cuando actúa exclusivamente o casi para empresas con la que está fuertemente relacionada.

La exención de las actividades preparatorias o auxiliares solo se aplica a aquellas que realmente lo sean, pero no cuando se configuran como la actividad principal de la empresa, v. g. las empresas digitales. Asimismo, rehusa la fragmentación de las actividades de una empresa que opera de manera conjunta, como si fueran actividad preparatoria o auxiliar. (es aquello que la jurisprudencia española define como asentamiento complejo operativo).

El resumen de la Acción 7 muestra la reticencia política para afrontar algunos temas que se conciben como ruptu-

ristas y que son simplemente la respuesta a la realidad actual. Primero, abogar por el establecimiento permanente virtual, por la presencia económica, que no física o material, en la economía digitalizada, con base en los usuarios que la consumen por territorio, el establecimiento permanente virtual y segundo, ampliar el propio concepto de EP en forma significativa para que comprenda tanto las sucursales, como las subsidiarias, los agentes dependientes e independientes, que sirven de vehículo para los beneficios extranjeros derivados de la usabilidad del mercado local.

La Acción 7 no se califica como principio mínimo (principio de nivel medio), como sucede con las prácticas lesivas; el abuso de tratado; e Informe País por País (*Country-by-Country Reporting* y los mecanismos de resolución de controversias. La eficacia se encauza hacia el MCOCDE y lo hace mediante su integración –eventual– en el alcance de la Acción 15, Desarrollo de un instrumento multilateral, que, también, incluiría otras disposiciones. Aquí, como ya se dijo, la transformación ocurre por obra del paso de *soft law* consentido a *hard law*, de la participación de todos los países que quieran hacerlo, pendiente finalmente del resultado del desarrollo del Marco Inclusivo.

19.3. LA LIMITACIÓN DE INTERESES

La ilimitada deducción de gastos financieros, intereses y otros pagos financieros equivalentes, es un instrumento, a la vez, de erosión de bases imponibles y de arbitraje fiscal, de oportunidad de interacción entre jurisdicciones más o menos rígidas en la clasificación de la deuda y el capital, de los intereses y los dividendos por las normas locales. Es un *standard* valorativo, que no un principio de nivel medio y, estrechamente, conectado hacia arriba con el principio superior del arbitraje fiscal. Y ello es patente en los instrumentos híbridos, con ca-

racterísticas de deuda y capital, de interés y dividendo, conforme a la diversa ley en las distintas jurisdicciones.

La Acción 4, Limitar la erosión de la base por vía de deducciones de interés y otros pagos financieros, se dirige a encuadrar el problema del exceso de gastos de intereses deducibles a través de empresas asociadas o terceras o el uso de la deuda para financiar la producción de renta exenta o diferida, segregando la simetría entre gastos deducibles y el momento de producción del beneficio.

El propósito de la Recomendación es colocar sobre la mesa el exceso cuantitativo de la deuda dentro del grupo multinacional y, al mismo tiempo, fijar la barrera: las deducciones de intereses deben estar ligadas directamente a los ingresos derivados por la actividad económica y que los gastos por intereses no superen los ingresos por intereses.

La propuesta es un ratio fijo que establezca la frontera de las deducciones netas de intereses a un porcentaje de sus beneficios íntegros antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA). Dicho ratio debería situarse entre el 10 y 30% por parte de los países, siendo el primer porcentaje el mejor situado para disuadir la planificación fiscal agresiva de la deducción de intereses.

El ratio fijo puede complementarse con un ratio global de grupo, que permita exceder el límite fijado por el ratio fijo.

El uso de la limitación de intereses no es suficiente por sí mismo, sea por el arbitraje fiscal cuanto por la planificación fiscal agresiva. Ello explica la reticencia de las denominadas *targeted rules* al respecto, indicadoras de la necesidad de establecer normas anti abuso que consoliden la Recomendación: intereses pagados a empresas asociadas, deuda artificial, canalización de fondos a través de entidades intermedias, *stapled stocks*.³⁰²

302. OECD, Acción 4, p. 55

19.4. LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL (CONTROLLED FOREIGN CORPORATION)

El origen de la *Controlled Foreign Corporation* data de 1962 en los EE.UU., *Subpart F Internal Revenue Code*, y su propósito fue obstaculizar la acumulación de rentas en filiales constituidas en territorios de baja o nula fiscalidad y ello mediante la eliminación del diferimiento de impuesto respecto a ciertos tipos de sociedades, de rentas, sometidas a control o bajo la influencia de las sociedades matrices en el Estado de residencia. La técnica empleada consiste en atribuir, como propia, la renta de la entidad no residente al socio o titular residente, para su gravamen. La imputación importa el deber de integración en la base imponible del socio residente de ciertas rentas que se produjeron o cuya fuente es el territorio de otro Estado y mediante un sujeto distinto.³⁰³

La propia OCDE reconoce que su trabajo en este ámbito no ha sido significativo³⁰⁴. Y esto es evidente, porque la empresa multinacional crea filiales en territorios de baja o nula fiscalidad hacia la cual se canalizan beneficios obtenidos en los Estados de fiscalidad ordinaria y que, ordinariamente, retornan como préstamos o créditos a dichos Estados, con el propósito de crear gastos deducibles que diluyan los beneficios y su traslado mediante los pagos financieros a la filial donde se aparcan sin sujeción efectiva.

La Acción 3 se desagrega en seis bloques relativos a la eventual implementación del régimen TFI, vigente, hasta el momento, en una treintena de países, con el objetivo de impedir o restringir el desplazamiento de ingresos a filiales

303. T. Rosembuj, *Derecho Fiscal Internacional*, ob. cit. p. 174 y sigts.

304. OECD, *Action 3, Strengthen CFC rules*.

extranjeras. La finalidad no es prescriptiva sino meramente didáctica y pedagógica. Estos bloques ilustran sobre: la definición de una sociedad TFI; exenciones y límites de las normas; definición de rentas; cálculo de la renta; atribución de rentas; prevención y eliminación de la doble imposición.

Las Recomendaciones se agotan en la oferta de flexibilidad para la aplicación de la sociedad TFI y alternativas a los países de la UE en consonancia con sus obligaciones como Estados Miembros. Es una Acción coja, débil, meramente enunciativa.

Quizá lo único importante a resaltar es que esta Acción es cercana, en lenguaje BEPS, a las relativas al arbitraje fiscal, la limitación de intereses, las prácticas fiscales lesivas y los precios de transferencia. En cambio, es prescindible la mención a las Acciones sobre los Mecanismos de Resolución de Controversias; el desarrollo del instrumento multilateral.

En verdad, el encuadramiento del régimen TFI corresponde directa y estrictamente al principio de arbitraje fiscal, al que por definición contribuye y que convendría tener en claro le proporciona un amplio respiro. En otras palabras, la constitución de filiales en zonas de baja o nula fiscalidad exhibe la utilización de mecanismos de planificación fiscal agresiva para el aprovechamiento de ventajas fiscales mediante sociedades aparentes que de otra forma no se obtendría y explotando las discordancias entre sistemas jurídicos diferentes. Y esto lo descubrieron antes que nadie las empresas transnacionales americanas impulsadas por la propia ley que les autoriza a elegir la forma de organización jurídica que mejor les convenga para su planificación fiscal, a través del régimen de *check-the-box*, básicamente, entre tributar en el Impuesto sobre Sociedades

u optar por la imposición en cabeza de sus socios como si no fuera sociedad.³⁰⁵

19.5. ACCIÓN 1. LOS RETOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL

Esta Acción 1 quedó totalmente limitada en sus pretensiones porque no pudo alcanzarse ningún resultado prescriptivo convincente. Y es un fracaso significativo porque la imposición del bien digital es un desafío trascendente para los propósitos BEPS.³⁰⁶

La esperanza de los autores es que la renta sin Estado o renta vagabunda pueda disciplinarse en forma mediata, desde los efectos que pudieran producirse desde las otras Acciones adoptadas: modificaciones del concepto de EP; orientaciones de precios de transferencia; diseño del régimen de transparencia fiscal internacional (CFC); directrices en materia de planificación fiscal agresiva; reglas para la deducción de intereses.

No fue afrontado ninguno de los considerados riesgos sistémicos de la economía digital; el nexo, los datos, la calificación de los beneficios.

El establecimiento permanente virtual, basado en el consumo o goce del bien digital, tanto para la imposición directa

305. El régimen se aplica desde 1997 en los EE.UU. y establece la clasificación de una empresa, local o extranjera, como sociedad, sociedad de personas o entidad ignorada. Una entidad que no sea sociedad puede elegir su clasificación marcando un formulario.

306. T. Rosembuj, *El impuesto Digital*, Barcelona, 2015, p. 105 y sigts; G. Cooper, *Implementing BEPS or Maybe Not- the Australian Experience One Year On*, U. Sydney, Sydney Law School, research paper 16/91, October 2016, señalando entre los fracasos BEPS la economía digital, la forma del establecimiento permanente y el sin sentido del edificio del precio de transferencia.

como la indirecta. No es la presencia física o material, sino la presencia económica en el mercado lo que debe juzgar el derecho a gravar por parte del Estado donde se verifica.

Los datos personales son la materia prima de la economía digital. El intangible digital tiene valor proporcional al número de los usuarios que posee. Ello señala su utilización como fuente de valor, que no solo al mero algoritmo.

La renta derivada de los servicios digitales es beneficio de empresa. De modo que el único modo de evitar BEPS consiste en un retorno a la primera de las proposiciones: el establecimiento permanente virtual, presencia económica y con la base de los usuarios que, país a país, lo sostienen. Tiene razón *Sheppard* cuando afirma que el informe BEPS sobre la economía digital simplemente retrasa lo inevitable: afirmación de la jurisdicción del beneficio de la empresa sobre la base del nexo económico.³⁰⁷

20. Desarrollo de un instrumento multilateral para modificar los Tratados fiscales bilaterales

La Acción 15 es un instrumento multilateral apto para la modificación de todos los más de 3000 Tratados fiscales existentes, a través de un único mecanismo y, que recoja a la vez lo que se entiende como los puntos más destacados del Plan de Acción BEPS. Y esto supone la integración de los denominados principios mínimos (principios de nivel medio), así como otros que no lo son, como la elusión artificial mediante EP; las estructuras de residencia dual o doble; las entidades híbridas; transacciones de transferencia de dividendos: arbitraje obligatorio y vinculante.³⁰⁸

307. L. A. Sheppard, BEPS and EU Progress Report, cit. p. 1216.

308. OECD, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15-2015.

Los instrumentos multilaterales pueden facilitar una coordinación rápida, ordenada, concordante respecto a los Tratados fiscales vigentes, bajo la cobertura de los principios transnacionales inspiradores del BEPS, sin necesidad de una renegociación singular de cada uno de ellos, en el entendido de la aceptación previa por parte de los países que quieran firmarlos.³⁰⁹

“El Instrumento multilateral provee una ingeniosa solución: Un instrumento multilateral que automáticamente modifica todos los tratados bilaterales de sus firmantes”.³¹⁰

El 24 de noviembre de 2016 la OCDE adopta el contenido del propuesto instrumento multilateral y las explicaciones al Convenio para implementar las medidas relativas a los tratados fiscales para impedir la erosión de la base y el traslado de beneficios, para su discusión y sumisión a la firma de los países que adhieran. Una Convención multilateral que tiene la forma de derecho duro, vinculante, que no de derecho flexible o mórbido.

La ocasión multilateral es propia del esfuerzo del G20 y el Plan de Acción BEPS. De eso se trata, pero no solo de eso. Es oportuno señalar que las premisas fundacionales del paradigma de fiscalidad internacional de la Sociedad de las Naciones se conservan intacto tanto en el MCOCDE, así como el MCEE.UU. y, también, el MCNNUU. El paradigma fundacional resiste inmutable: El EP como elemento de imposición restringido en su alcance, por la exclusión de las subsidiarias y (hasta ahora) de los agentes independientes;

309. OECD Countries adopt multilateral convention to close tax treaty loopholes and improve functioning of international tax system, November, 24, 2016.

310. R. S. Avy-Yonah & Haiyan Xu, Global treaty override? The new OCDE Multilateral Tax Instrument and Its Limits, Michigan Law University of Michigan, paper 542, March 17, 2017.

la aplicación del valor normal de mercado en las transacciones entre las subsidiarias y otras partes de la organización como si fueran entidades separadas, independientes; la eliminación de la retención en la fuente de los cánones, intereses, dividendos, asistencia técnica. Pero, no solo. A ello se une la indecisión en materia de inmunidad a la digitalización y la sólida reticencia al tratamiento unitario y consolidado de la empresa multinacional.³¹¹

El esfuerzo del G20 es notable, pero, si se prescinde de la consideración de la empresa multinacional como organización única y unitaria, con un índice propio de capacidad contributiva global, resulta arduo evitar significativamente la erosión de las bases y el desplazamiento de los beneficios, porque se mantiene la base de la remuneración artificial y abusiva en materia de intangibles, financiación, servicios. No es que se deba multilateralizar los tratados bilaterales vigentes, que consagran el paradigma fundacional de los años 30 y donde las contradicciones entre lo nuevo y lo viejo se harán evidentes; al contrario, hubiera sido mejor, sentar el fundamento del instrumento multilateral sobre los propios principios multilaterales transnacionales del BEPS y redactar un Modelo de tratado diferente, adecuado a la globalización como su consecuencia, tendiendo puentes a los países en desarrollo y sirviendo para que puedan aprovecharse plenamente las innovaciones principistas del BEPS.³¹²

311. B. Wells, C. Lowell, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, 65 Tax Law Review 535, The University of Houston Law Center, p. 560.

312. I. Grinberg, Breaking BEPS: The New International Tax Diplomacy, september, 1, 2015. Working Draft... "...debemos bifurcar el análisis de los esfuerzos multilaterales de cambio de la fiscalidad internacional en el Modelo basado en el Tratado y los basados en componentes que no pertenecen al Modelo de Tratado, para entender el nuevo régimen multilateral fiscal."

La aprobación del instrumento multilateral para la aprobación de los Tratados fiscales existentes es una respuesta transaccional; un principio común malgastado, pues introduce serias dudas sobre su coherencia con las normas convencionales existentes; un esfuerzo baldío, desde que hubiera sido mejor reformular el Modelo de Tratado de la OCDE, que no refleja el nuevo paisaje de la fiscalidad internacional. Y así, aprovechar un reexamen profundo del reparto de los derechos de imposición entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente, para evitar la discriminación histórica en contra de los países pequeños o en desarrollo

La arquitectura del instrumento convencional, de libre decisión para su adopción por lo países que lo deseen es el resultado del Plan de Acción del BEPS, algo menos, porque no todas las Acciones están incluidas; pero, algo más, porque comprende no solo los principios mínimos (principios de nivel medio) sino referencias puntuales a algunas de otras Acciones, que no lo son.

El interrogante es la interpretación y construcción de la combinación entre principios multilaterales transnacionales tal como se enuncian en el G20 y el instrumento convencional que, si bien parcialmente, aspira a la modificación de todos los tratados fiscales vigentes al mismo tiempo. La firma del instrumento posibilita una puerta de ingreso de los principios BEPS en el cerrado paradigma de la Sociedad de las Naciones/OCDE a favor del Estado de residencia, por lo que el Estado de la fuente, con todas sus restricciones, adquiere un cierto grado de presencia que hasta ahora se le negaba. Además, tiene la oportunidad de denegar su firma total, completa y obligada, porque hay algunas de las previsiones normativas que pueden rechazar o plantear sus reservas, en particular, el arbitraje obligatorio y vinculante que defienden algunos de los países in-

dustrializados y que les representa una cesión inútil de potestad de imposición fuera de cualquier influencia en sus laudos.

20.1. EL MARCO DE INCLUSIÓN (INCLUSIVE FRAMEWORK)

El G20 de 2015, Antalya, Turquía se invita a la OCDE a desarrollar un Marco Inclusivo con el compromiso de los países interesados que no son del G 20 para la implementación del BEPS en pie de igualdad.

La racionalización del proceso responde a la denominación de Marco de Inclusión BEPS (*Inclusive Framework*). Se trata de sumar el mayor número de jurisdicciones al programa G20 BEPS, comenzando por los primeros cuatro principios mínimos. Para ello, en el estilo del derecho mórbito y flexible de la OCDE, asume destacada importancia la revisión de las normas internas que obstaculicen o creen riesgos al BEPS y el monitoreaje, en pie de igualdad con los partícipes para su material aplicación.

Otras Acciones pueden convertirse en futuros principios mínimos consensuados. El *Inclusive Framework* aspira a un cierto nivel de compromiso de los países en el BEPS no solo en tema de implementación de las disposiciones, sino mediante el pago de una matrícula BEPS anual. Esto eleva el alcance del BEPS a más de cien países.

El Marco de Inclusión es una iniciativa audaz del OCDE, a instancias del G 20, porque promete su empeño en la protección de ls bases de imposición de cada país y la asistencia y discusión par en el diseño de la aplicación de los procedimientos BEPS sometidos a monitoreaje en posición de igualdad entre todos los países.³¹³

313. Antalya, Turquía, Summit. Declaración (par. 15.)

El instrumento multilateral que modifica convencionalmente los tratados fiscales no puede ignorar el ambiente principista en el que se manifiesta y que necesariamente debe orientar la interpretación de la gobernanza fiscal.³¹⁴

20.2. LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA

El Marco de Inclusión es principista, un área de *soft law* que rescata la paridad de tratamiento entre todos los países asistentes y que compromete la tutela de la base de imposición ante la erosión de bases o desplazamiento de beneficios. Su creación contribuye a un reforzamiento de los principios multilaterales transnacionales a tener en cuenta y a la extensión de los bienes públicos, desde una organización (*club goods*) hacia todos los que quieran adherirse, lo cual supone un cambio epocal, porque difunde bienes públicos a dimensión común y global, abierto y en condiciones de igualdad a todos los países.

De modo que son los principios comunes superiores los que inspiran el ambiente de interpretación y construcción jurídica del BEPS. Y la paradoja está en que son los dichos principios que, recordemos, son de *soft law*, los que orientan la disposición convencional contenida en el instrumento multilateral. Esto es lo que en la doctrina de derecho internacional designa como *integración sistémica*, con la diferencia que no se trata de ambiente de ley a ley, sino ambiente de principios a ley.

El artículo 31 (3)(c) de la Convención de Viena de 1969, establece que para la interpretación de los Tratados debe tomarse en cuenta, junto con el contexto:

314. A. Christians, cit. p. 1646... "En particular, estableciendo el *Inclusive Framework* es un evento importante en la gobernanza fiscal internacional".

...Cualquier norma relevante de ley internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

La interpretación, entendida como razonamiento legal, funda el principio de la integración sistémica en un campo de sistema conjunto de ley internacional. Cualquiera que sea el resultado que se aspire, no puede omitir en su justificación a un ambiente legal más amplio y totalizador, porque, de otro modo, se dispararía la fragmentación de los órdenes singulares y particulares. Hay una vocación a observar desde lo particular y concreto lo que acaece en el paisaje general donde se inserte la norma analizada.

La integración sistémica es un método de interpretación de cada uno de los instrumentos de la ley internacional dirigido a la armonización dentro de un panorama más amplio del ambiente jurídico en el que se aplica.³¹⁵

El principio de integración sistémica confronta los riesgos de la fragmentación del sistema legal en su conjunto, que, inevitablemente, quiebran su homogeneidad y coherencia. Esto atribuye a la interpretación la obligada captura de la dialéctica entre la norma y el conjunto donde se instala como medio de compatibilizar su aplicación entre las partes y respecto a las jurisdicciones intervinientes de actuación.

No es en ningún caso menor que el recurso al principio de integración sistémica reposa en el tratado, en la costumbre, en los principios generales de derecho, en suma, en las fuentes del derecho convencional. Siempre tendrá una referencia de norma o normas susceptibles de contras-

315. V. P. Tzevelekos, *The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective anti Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology?*, 2010, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31, 622-685.

te o conflicto y los modos de resolución no se piensan sino en los términos propios de la ley internacional en cuanto tal. Pero, la fragmentación no es solo propiedad del *hard law*; porque extiende su pernicioso efecto sobre cualquier tipo y clase de orientaciones, criterios, principios. Así, *Koskenniemi* afirma, que ...” Como un resultado, las redes tienden a desarrollar sus propias reglas y sistemas de reglas. Esto toma lugar algunas veces *informalmente, a través de la adopción por parte de los actores dirigentes de formas de comportamiento o soluciones que crean expectativas o son copiadas por otros*”.³¹⁶

Desde la informalidad también puede acusarse la fragmentación de la ley o de la cuasi ley internacional, que no solo del derecho internacional convencional. O sea, la emergencia de una miríada de cuadros, esquemas, compromisos, acuerdos, que no tienen relación aparente entre si.

Hay sectores específicos de la ley internacional –derechos humanos, derecho ambiental– en el que los principios propios se ajustan, en ocasiones o se expanden, en otras, en coincidencia con un ambiente legal, formal o informal, que evita la fragmentariedad de la interpretación por los Tribunales a cargo.

Así, valores no comerciales –ambientales, salud, protección humana, animal, vegetal– interceden ante los valores comerciales de la Organización Mundial del Comercio, sea como excepción, reglas, o, asimismo, principios; modificando el alcance de los textos de los tratados y planteando su obligada coexistencia. Un orden estable y rígido como la OMC, no obstante, reconoce dentro de sus límites principios,

316. M. Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansión of International Law*, Report of the Study of the International Law Commission, United Nations, General Assembly, April 13, 2006, p. 245.

valores y preocupaciones que vienen del medio ambiente y que nada frecuentemente asumen carácter de *soft law*.³¹⁷

Desde esta perspectiva, el predominio principista sobre el tratado, es explicable el reforzado objeto de la revisión entre pares y el monitoraje porque, en otro caso, el predominio del tratado sobre los principios, no se requiere ninguna estructura fuerte de revisión, porque el cumplimiento o la sanción por incumplimiento están contenidos en el propio contrato (tratado), que no en los principios de compromiso (*pledges*). . . "Aunque los compromisos no son una panacea poseen un poder sorprendente" y no pueden considerarse una alternativa de segundo grado. *Raustiala*).³¹⁸

La aplicación del BEPS conduce el alcance y ámbito, desde ahora, del propio instrumento multilateral y su relación con los principios multilaterales transnacionales que le informan. La integración sistémica apoya, por extensión, la referencia a la interpretación que no atiende solo ni exclusivamente la norma jurídica, si no principios que pueden no ser determinados y definidos como normativos en sentido estricto. Otros criterios se toman en cuenta para obtener los resultados de la interpretación del MCOCDE y similares o al propio instrumento multilateral, porque prevalece un interés que va más allá del marco de tratado, referido al interés sistémico de las normas y principios en el campo internacional. "Sin el principio de "integración sisté-

317. T. Rosembuj, *Medio Ambiente y Comercio Mundial. Los Impuestos*, Barcelona, 2005; G. Sacerdoti, *WTO Law and the "Fragmentation" of International Law: Specificity, integration, conflicts*, en G. Sacerdoti, A. Yanovich, J. Bohanes, eds, *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, 2007, Cambridge University Press.

318. K. Raustiala, *Form & Substance in International Agreements*, UCLA Law School, February 2004, I promueve una diferencia entre contratos (*hard law*) y compromisos (*pledges*), éste último similar al concepto de *soft law* que critica, reconociendo que... p. 68.

mica" sería imposible dar expresión y mantener vivo cualquier sentido de bien común de la humanidad, no reducido al bien de cualquier institución particular o "régimen".³¹⁹

Por ejemplo, las Naciones Unidas –Derechos Humanos– acaba de publicar su Comentario No. 24 sobre las Obligaciones del Estado al amparo del *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*.³²⁰

Los Estados –se afirma– están obligados a crear un ambiente que facilite el cumplimiento de la Declaración de Derechos Humanos y, en consecuencia, estimular a los agentes económicos para que no vulneren los esfuerzos de los Estados en materia de evasión y elusión fiscal. " Para combatir las prácticas fiscales abusivas de las empresas transnacionales, los Estados deberían combatir las prácticas de precios de transferencia y profundizar la cooperación fiscal internacional, y explorar la posibilidad de gravar los grupos multinacionales como empresas únicas. De igual modo la disminución del Impuesto sobre Sociedades con la finalidad de atraer inversores o la protección del secreto bancario, perjudica la capacidad de los Estados de movilizar recursos para la aplicación de los derechos económico, social y cultural, los derechos humanos de sus habitantes. (par. 37). Y resulta clara la convergencia con el G20/BEPS, por lo que nada impide que se emplee en la integración sistémica, si es el caso, de los instrumentos multilaterales aprobados por la OCDE y los tratados bilaterales.

319. M. Koskeniemi, cit. p. 244... "Pero la ley es también acerca de la protección de derechos y la ejecución de obligaciones, sobre todo derechos y obligaciones que tienen un soporte en algo parecido a un interés general, público".

320. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, General Assembly resolution 2200A(XXI) December 16, 1966, en vigor desde el January 3, 1976.

20.3. EL CONSENSO DE LA OCDE O LA CREACIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN FISCAL INTERNACIONAL

No es casual que la constitución del Marco de Inclusión ha sido una decisión clave porque “cementa la posición de la OCDE como la institución donde el desarrollo de la política fiscal se realiza de cara al previsible futuro” o, en otras palabras, debilita las posiciones de los que defendemos la existencia de una organización fiscal internacional distinta multilateral, autónoma, representativa, al amparo de las Naciones Unidas, porque como bien afirma *Christians* “la OCDE trata de crear un organismo que aparece para todos los propósitos tan inclusivo como las Naciones Unidas”³²¹. Y una buena muestra de ello es la expansión del Foro Global de Transparencia e Intercambio de información, dirigido a la materialización de los principios transnacionales de transparencia e intercambio de información automática y a solicitud.

La pregunta es si la OCDE es la institución legitimada para llevar a cabo un consenso global de fiscalidad internacional, tomando en cuenta que sus socios fundadores son los países desarrollados, que sus decisiones históricas no se han caracterizado por el espíritu de inclusión de todos los países, que ahora se exige y que, finalmente, el propio BEPS pone de manifiesto que los propósitos del G20 han sido más o menos cumplidos, bordeados de restricciones y omisiones, cuando no de apartamiento de los objetivos. Esto no quita, el reconocimiento al mérito de afrontar un desafío como el BEPS en el que por vez primera están sobre la mesa los temas más importantes de la fiscalidad internacional o el haber conseguido el acuerdo multilateral de intercambio automático de información. Puede que el peso

321. A. Christians, BEPS and the New International Tax Order, *Brigham Young University Law Review*, p. 1644; 2017; T. Rosembuj, *Principios Globales de Fiscalidad Internacional*, cit. p. 235.

de sus servidumbres administrativas, tecnocráticas y hacia las grandes organizaciones privadas empresariales y profesionales le impidan una autonomía que afronte riesgos necesarios para la cooperación fiscal. Al fin y al cabo, adolece de legitimidad representativa, de participación democrática y su déficit político es dominante. Por eso, nunca podrá competir con una Organización Fiscal Internacional, auspiciada por las Naciones Unidas.

La Organización Fiscal Internacional, según V. Tanzi, perseguiría la reducción de la competencia fiscal lesiva, la injusta explotación de la “base fiscal mundial” y ayudar a reducir la elusión y evasión fiscal conectada con las actividades globales.³²²

La Comisión *Zedillo* de junio de 2001 promovida desde las NNUU, propuso la creación de una Organización Fiscal Internacional.

Sus objetivos serían:

- Recopilar estadísticas, identificar tendencias y problemas presentar informes, ofrecer asistencia técnica y un foro para el intercambio de ideas y desarrollo de normas para la política fiscal y la administración.
- Supervisar el desarrollo fiscal como el FMI respecto a la política macroeconómica.
- Empezar negociaciones con los paraísos fiscales para que desistan de la competencia fiscal lesiva y adopten un papel de liderazgo en la restricción de la competencia fiscal diseñada para atraer a las multinacionales.
- Desarrollar procedimientos de arbitraje cuando haya conflictos entre los países por motivos fiscales.

322. V. Tanzi, *Lakes, Oceans, and Taxes, Why the World Needs a World Tax Authority*, cit. p. 261.

- Auspiciar un mecanismo multilateral de intercambio de información para restringir la evasión fiscal.
- Desarrollar, a su debido tiempo, un acuerdo internacional sobre una fórmula global de reparto de los beneficios de las empresas multinacionales.

“Una campaña bien organizada por los opositores a la propuesta consiguieron excluirla del informe final (de Monterey) y de cualquier debate.”³²³

Th. Rixen y P. Dietsch defienden una organización fiscal internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas para asegurar una participación correcta y justa de todos los gobiernos, con autoridad suficiente para establecer la base imponible común y la fórmula de reparto, ordenado hacia la gobernanza fiscal global, similar a la Organización Mundial del Comercio.

- Obligar a cada Estado a la revisión de las disposiciones legales que impiden a los otros Estados la tutela de su base de imposición. En particular, el secreto bancario, la planificación fiscal agresiva y la introducción del intercambio automático de información.
- Eliminar las prácticas de competencia fiscal lesiva mediante regímenes preferenciales.
- Introducir un sistema de empresa única y fórmula de reparto de los beneficios de las empresas transnacionales.
- Crear procedimientos alternativos de resolución de conflictos entre Estados y órganos especializados para ello.³²⁴

323. V. Tanzi, *ibídem*, p. 260.

324. Th. Rixen, P. Dietsch, *International Tax Cooperation and Background Justice*, 2011, Social Research Center Berlin; Department of

En suma, esta Organización Fiscal Internacional podría disponer de una autonomía, representatividad, democracia, que no posee la OCDE. Pero, además, propende a una redimensión jurídica que encuentre de verdad a la empresa transnacional como empresa única, unitaria, bajo dirección centralizada, que, es presupuesto de la aplicación de la fórmula de reparto de sus beneficios consolidados y facilita un discurso de eliminación de conflictos entre Estados a través de procedimientos de resolución de controversias que no están contaminados por intereses particulares o especiales.

Conclusiones

Las Recomendaciones del G20 son la fuente de principios comunes transnacionales de gobernanza global más relevante y, por descontado, en el ámbito fiscal. El mejor de los ejemplos es el Plan de Acción de la Erosión de Plan de Acción de Erosión de Bases y Desplazamiento de Beneficios (*Base Erosion and Profit. Shifting*), encargado a la OCDE y aprobado por el propio G20.

El núcleo del BEPS se concentra en la fuga de beneficios de los países mediante los mecanismos adoptados por los agentes económicos a través de planificación fiscal agresiva que obvian someter los beneficios de su actividad económica allí donde se generan y el arbitraje fiscal, facilitado por la competencia fiscal lesiva de las jurisdicciones que lo facilitan, toleran o promueven.

El *principio común transnacional básico* es el derecho de cada país a la plena ejecución de sus leyes tributarias para

Philosophie, Université de Montreal; T. Rosembuj, Principios globales de fiscalidad internacional, cit. p. 234.

proteger sus bases de imposición; materializado en la acción multifásica contra la renta sin Estado o renta vagabunda, atributo de la empresa transnacional y los más ricos, contra la erosión de la base de imposición y el traslado de beneficios a jurisdicciones de baja o nula fiscalidad. No es admisible la renta sin impuesto alguno en ningún lugar, o sea, la doble no sujeción, que deviene el eje de la lucha contra la elusión, evasión fiscal y el flujo ilícito de capitales.

Los fundamentos que lo avalan se recogen en los siguientes términos:

- Primero, asegurar que todos los contribuyentes paguen su justa parte de tributos.
- Segundo, los beneficios deben ser gravados donde se desarrollan las actividades económicas de los que derivan y donde se crea el valor.
- Tercero, "garantizar que la fiscalidad internacional y los sistemas tributarios nacionales no permiten ni estimulan a las empresas multinacionales a desplazar sus beneficios a jurisdicciones de baja tributación."

La secuencia de los *principios comunes transnacionales* enumera la elusión fiscal; el arbitraje fiscal; la competencia fiscal lesiva y la transparencia.

Es la elusión la que alimenta el riesgo sistémico por su insidia ya que sirve a la doble no sujeción y a la fractura de gravar la riqueza allí donde se crea el valor y el beneficio.

La consecuencia nociva del arbitraje fiscal deriva de la no imposición buscada tanto en el Estado de origen como en el Estado de destino.

El principio de competencia fiscal lesiva aspira a dar respuesta a dos puntos: que hacer ante regímenes preferenciales y ante la opacidad de las transacciones predispuestas para el impuesto nulo.

La versión de transparencia fiscal del G20 se apoya en dos vectores. Por una parte, garantizar que los contribuyentes paguen su justa parte de tributos, constatada la erosión de bases y traslado de beneficios por la empresa multinacional. Por otra, que no puede segregarse artificialmente el beneficio de la actividad económica del que deriva y donde se crea el valor. La empresa debe pagar el impuesto donde se crea el valor y el beneficio, evitando el mal uso de las personas jurídicas, entidades, trusts, fundaciones.

La aprobación del instrumento multilateral para la aprobación de los Tratados fiscales existentes es una respuesta transaccional; es un principio común malgastado, pues introduce serias dudas sobre su coherencia con las normas convencionales existentes; un esfuerzo baldío, desde que hubiera sido mejor reformular el Modelo de Tratado de la OCDE, que no refleja el nuevo paisaje de la fiscalidad internacional, probablemente, para aprovechar un reexamen profundo del reparto de los derechos de imposición entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente, evitando la discriminación histórica en contra de los países pequeños o en desarrollo.

Los principios mínimos (o de nivel medio) son las prácticas lesivas; el abuso de tratado; el Informe País por País (*Country-by-Country Reporting*) y los mecanismos de resolución de controversias. El balance es desolador, porque excluye a los precios de transferencia (Acciones 8/10); el establecimiento permanente; e, incluso, la transparencia extensiva, beneficiario efectivo y facilitadores y promotores de planificación fiscal agresiva.

Finalmente, son *standards valorativos* la elusión artificial mediante establecimiento permanente; los precios de transferencia; la limitación de intereses; la transparencia fiscal internacional (**Controlled Foreign Corporation**).

PRINCIPIOS DE BUENA GOBERNANZA FISCAL DEL G20	
1. PRINCIPIO COMÚN TRANSNACIONAL	Protección de la base fiscal de cada país
2. PRINCIPIO COMÚN	Transparencia. Los beneficios deben ser gravados donde se desarrollan las actividades económicas de los que derivan y donde se crea el valor y asegurar que todos los contribuyentes paguen su justa parte de tributos, evitando el mal uso o la opacidad de las personas jurídicas y otras entidades o contratos.
PRINCIPIO MÍNIMO (O DE NIVEL MEDIO)	<ul style="list-style-type: none"> • Informe país por país
STANDARD VALORATIVO	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios de transferencia. Asegurar que sus resultados son acordes a la creación de valor. • Transparencia extensiva: <ul style="list-style-type: none"> - El beneficio efectivo. Corrupción, evasión fiscal, financiación del terrorismo, blanqueo de capitales. Principios de Alto Nivel de Transparencia (Brisbane, 2014). - Deber de los contribuyentes, facilitadores y promotores de revelar sus mecanismos de planificación fiscal agresiva. - Identificación de jurisdicciones no cooperativas.

3. PRINCIPIO COMÚN	La lucha contra la elusión fiscal. Doble no sujeción y nula o baja fiscalidad mediante prácticas artificiales de planificación fiscal agresiva que segregan los beneficios de la actividad económica donde se realiza.
PRINCIPIO MÍNIMO (O DE NIVEL MEDIO)	<ul style="list-style-type: none"> • Abuso de Tratado.
STANDARD VALORATIVO	<ul style="list-style-type: none"> • La elusión artificial (o la planificación agresiva) mediante establecimiento permanente. • Planificación fiscal agresiva.
4. PRINCIPIO COMÚN	Arbitraje fiscal dirigido a la doble no sujeción. Instrumentos y entidades híbridas.
STANDARD VALORATIVO	<ul style="list-style-type: none"> • Limitación de Intereses y otros pagos financieros. • Diseño de normas efectivas del régimen de transparencia fiscal internacional (<i>Controlled Foreign Corporation</i>)
5. PRINCIPIO COMÚN	Competencia fiscal lesiva.
PRINCIPIO MÍNIMO (O DE NIVEL MEDIO)	<ul style="list-style-type: none"> • Prácticas Lesivas. Regímenes fiscales preferenciales. <i>Tax Rulings</i>.
6. PRINCIPIO COMÚN (O DE NIVEL MEDIO)	Instrumento multilateral para modificar los Tratados fiscales bilaterales.
PRINCIPIO MÍNIMO (O DE NIVEL MEDIO)	<ul style="list-style-type: none"> • Mecanismos de Resolución de Controversias.

CAPÍTULO IV. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

21. Principio de intercambio de información tributaria

El intercambio de información tributaria no es un concepto nuevo. De algún modo y en diversa medida estuvo presente en los acuerdos bilaterales y multilaterales entre los Estados, con más o menos eficacia, alcance, trascendencia.

En la tradición OCDE, Unión Europea, prevalecía el temor a su empleo sistemático, habitual, como instrumento de recolección (recíproca) de datos y noticias, entre los países. No había duda ni sobre las modalidades del intercambio: a petición, automática, espontánea; pero la reticencia aplicativa era casi obvia: eran más las reservas, que el propio impulso a la comunicación y a la relación informativa.

Esto comienza a cambiar desde el G20 de Londres, de 2009, en cuanto la crisis financiera corrobora la opacidad de los paraísos fiscales y la ocultación de renta riqueza a través del sistema financiero. Desde aquí comienza la campaña para erradicar el secreto bancario y obligar a las jurisdicciones no cooperativas a cooperar en la transparencia.

El G20, 2009, de Pittsburgh apunta, por primera vez, a la necesidad de la transparencia fiscal y el intercambio de información para los países como medio de aplicar de lle-

no sus leyes fiscales y” proteger su base de imposición” (par. 15).

Pero, el salto de calidad de la relación comunicacional ocurre a partir de 2010, con la introducción en los EE.UU. de la ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras (*Foreign Account Tax Compliance Act*).³²⁵

La información automática cambia relevancia por necesidad; cambia de tráfico rutinario a perpetración de comportamientos fiscales ilícitos en el Estado de residencia. La mera noticia predica desvelar hechos lesivos para el Estado receptor, al menos, ese es el propósito declarado de su adopción multilateral y comunitaria. Toda la información, a petición o automática, se convierte en información necesaria, definitiva, que no relevante, prodrómica o preliminar.

De esta forma, la eficacia jurídica de la información a petición y la automática pasan a ser equivalentes, sin que se de cumplimiento a la solicitud singular. La convergencia entre ambas modalidades en torno al intercambio de información no descarta ir de pesca con el piloto automático. “Si ir de pesca se entiende como una búsqueda sistemática de engaño fiscal yo pensaría que eso es exactamente lo que los gobiernos del mundo requieren para arreglar definitivamente los problemas de la evasión”.

El impacto BEPS se producirá, asimismo, sobre la información espontánea, porque la cooperación multilateral estimula la comunicación que atiende en perjuicio de la base

325. El 18 marzo de 2010 se aprueba la ley The Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE) y dentro de ella la FATCA que queda regulada, en el *Internal Revenue Code*, capítulo 4 del Subtítulo A, Sections 1471-1474, relativa a la información proveída por instituciones financieras extranjeras con respecto a cuentas en EE.UU. y la retención sobre ciertos pagos a las dichas entidades y otras entidades extranjeras.

de imposición local a otras jurisdicciones, sea por arbitraje fiscal, deducción de intereses, pérdidas fiscales, la elusión a través de establecimiento permanente, la manipulación mediante precios de transferencia; planificación fiscal agresiva.

De no haber sido por los EE.UU., difícilmente podríamos estar hablando de principio general de derecho de intercambio de información tributaria y de intercambio de información automática de las cuentas financieras.

21.1. DE LA INFORMACIÓN A SOLICITUD A LA INFORMACIÓN AUTOMÁTICA Y ESPONTÁNEA. DE LA RELEVANCIA A LA NECESIDAD

La relación comunicacional entre Estados tiene por objeto la noticia sobre la aplicación elusiva o evasiva de sus respectivos sistemas tributarios por parte del particular residente.

La noticia puede ser relevante o necesaria. La primera, es la información preliminar o preparatoria, a iniciativa del Estado emisor o proveedor. La segunda, necesaria, es la información definitiva que pide el Estado perjudicado en su interés fiscal sobre un contribuyente determinado bajo fundados indicios de evasión fiscal.

La información a solicitud o a petición consiste en la demanda necesaria sobre un determinado contribuyente, en una determinada jurisdicción, y de una determinada entidad financiera, con fundados indicios de evasión fiscal.

La información automática o de rutina se refiere al tráfico sistemático, regular, de datos sin que haya demanda previa y de utilidad relevante, sobre la circulación de categorías de rentas, incluidas las rentas del capital, entre el o los Estados de origen y de residencia.

La información espontánea significa el suministro de información relevante a otro Estado, de propia iniciativa por el Estado que la facilita, por considerarla de particular interés para el o los otros y que eventualmente podría generar, también, noticias a su favor.

La información necesaria, hasta ahora, es un adjetivo de la información a petición: los datos instrumentales para la valoración del interés fiscal perjudicado del Estado demandante.

La información relevante, hasta ahora, designa la posibilidad de conocimiento, de saber, por los datos que se reciben desde otras jurisdicciones, sin solicitud.

Desde la *FATCA* de 2010 en adelante, se produce un cambio en el protagonismo entre las modalidades de comunicación fiscal y en sus efectos jurídicos.

La información a solicitud, sometida a estrictas exigencias formales y materiales, ante el riesgo de lo que se denominaba *fishing expeditions*, se transforma en una herramienta inútil para el descubrimiento de contribuyentes de masa, ricos contribuyentes y empresas multinacionales, encauzados por la industria *offshore*. Por lo tanto, "su requisito que la administración fiscal solicitante posea tal detallada y específica información limita la eficacia del intercambio de información a petición como medio para combatir la evasión fiscal *offshore* sistemáticamente".³²⁶

A partir de la *FATCA* la importancia del intercambio de información se traslada a la modalidad automática, sobre las entidades financieras y las rentas del capital financiero.

326. I. Grinberg, *Building Institutions for a Globalized World: Automatic Information Exchange*, en *Global Tax Fairness*, edit. Th. Pogge-K Metha, Oxford University Press, 2016.

El transporte no está exento de consecuencias jurídicas. La información a petición declara su necesidad, porque el interés fiscal del Estado está fundado en la sospecha, en los indicios del comportamiento fiscal ofensivo. Pero, esto también puede aplicarse a la información automática, porque los datos y las noticias recibidas sobre las cuentas financieras acreditan valorar la probabilidad de que se hubiera cometido evasión fiscal y evitar innecesarias investigaciones adicionales.

De esta forma, la eficacia jurídica de la información a petición y la automática pasan a ser equivalentes, sin que se dé cumplimiento a la solicitud singular. La convergencia entre ambas modalidades en torno al intercambio de información no descarta ir de pesca con el piloto automático. "Si ir de pesca se entiende como una búsqueda sistemática de engaño fiscal yo pensaría que eso es exactamente lo que los gobiernos del mundo requieren para arreglar definitivamente los problemas de la evasión".

El impacto BEPS se producirá, asimismo, sobre la información espontánea, porque la cooperación multilateral estimula la comunicación que atiende en perjuicio de la base de imposición local a otras jurisdicciones, sea por arbitraje fiscal, deducción de intereses, pérdidas fiscales, la elusión a través de establecimiento permanente, la manipulación mediante precios de transferencia; planificación fiscal agresiva.

De no haber sido por los EE.UU., difícilmente podríamos estar hablando de principio general de derecho de intercambio de información tributaria y de intercambio de información automática de las cuentas financieras.

21.2. LOS EE.UU. Y LA FATCA (FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT)

Las entidades financieras extranjeras deben informar directamente al *Internal Revenue Service* respecto a cuentas financieras de las que son titulares los contribuyentes americanos o por entidades extranjeras en la cual los dichos ciudadanos poseen un interés propietario substantivo de más de un 10 % de su capital o derecho de voto. La renta derivada de activos financieros depositados en instituciones financieras extranjeras por ciudadanos americanos deberá soportar una retención del 30% sobre los importes pagados, a menos que faciliten la identidad del titular de la cuenta y proporcionen un balance anual de la renta íntegra y de las extracciones íntegras o pagos desde la misma – dividendos, intereses, otras rentas, transmisión de propiedad acreditada en la cuenta-. El deber de información comprende las obligaciones al portador de las que sean titulares los contribuyentes americanos titulares de las cuentas.

La entidad financiera debe informar sobre cualquier persona que sea titular de activos financieros en el extranjero de cuantía superior a los 50.000 dólares. La sanción es del 40% del importe del activo no declarado y se amplía el plazo de prescripción a seis años, de los tres previstos, cuando el importe omitido supere los 5.000 dólares.³²⁷

Los caracteres de la ley americana inauguran una etapa de imprevista radicalidad en el escenario tradicional del intercambio de información, alterando las prácticas tradicionales hasta el momento porque asume que la evasión y

327. La entidad financiera puede ser un banco extranjero, firmas extranjeras de intermediación, trusts, fondos mutuales, fondos de inversión de riesgo, fondos de inversión de capital social y cualquiera otra comprometida primariamente en inversión o comercio en los EE.UU.

elusión global necesitan un instrumento de potencial globalización, en principio unilateral aunque abierto a progresiva y gradual multilateralidad. El instrumento es el intercambio automático de información de activos financieros a las Administraciones tributarias, a cargo de los intermediarios financieros.

La transmisión sistemática y rutinaria de las rentas financieras a las Administraciones sorteas las dificultades de la modalidad de intercambio a petición, demanda o solicitud, con la que tropiezan los Estados necesitados de datos, noticias, de ciertos contribuyentes o grupos, sobre los que los Estados, no solo los de nula o baja fiscalidad, exponen severas reticencias. Además, *FACTA* obliga a la debida diligencia de la entidad financiera respecto al conocimiento de los clientes con los que se relación y la titularidad efectiva de vehículos societarios que sirven al único efecto de la ocultación de rentas o riqueza.³²⁸

Grinberg resume las tres ventajas de la *FACTA*. Primero, el intercambio automático facilita la noticia de los rendimientos y del capital. Segundo, alimenta el sentido de equidad entre los contribuyentes que no tienen acceso ni desean participar en el mecanismo de cuentas secretas *offshore*. Tercero, lleva en si misma la proyección multilateral y de reciprocidad, porque no hay país, ni siquiera los EE.UU., que puedan derrotar la opacidad global, sin compromisos y empeños con los demás países.

La proyección unilateral y extraterritorial anotada de la *FACTA* se mitiga a través de los Acuerdos Interguberna-

328. J. Heiberg, *FATCA: Toward a Multilateral Automatic Information Regime*, 69 *Washington & Lee Law Review*, 2012... "FATCA se dirige a incrementar el acceso del gobierno de los ciudadanos y residentes de EE.UU. con activos extranjeros, con la esperanza de disuadir y sancionar la evasión fiscal offshore."

mentales propuestos por los EE.UU. Por una parte, el Modelo 1 (Alemania, Reino Unido, España, Francia, Italia) establece que la información requerida por los EE.UU. podrá ser presentada a las Administraciones de los Estados convocados que, posteriormente, la compartirán con los EE.UU. Por otra, el Modelo 2 (Japón, Suiza), donde la entidad financiera debe enviar la información directamente al *Internal Revenue Service*, sin que pase por las Administraciones nacionales interesadas.

El intercambio de información en el Modelo 1 puede dar lugar a reciprocidad o no. En el primer caso, el AIG posibilita que ambos Estados se suministren información automáticamente sobre las cuentas de sus ciudadanos o residentes, o nacionales. En el segundo caso, el Modelo 1 no da pie a reciprocidad, porque se trata de países que no tienen tratado de intercambio de información con los EE.UU., sin perjuicio que pueden colaborar en la aplicación de la FATCA.

Esta solución parcial –la irreciprocidad– cuestionaba seriamente la propia extensión universal de la propuesta americana, fundada, sobre todo, en su exclusivo interés fiscal propio, porque, quiérase o no, restringía su eficacia a un grupo determinado de países. Pero no solo. No puede dejar de mencionarse que la norma FATCA es una expresión nacional de EE.UU. de voluntad unilateral y extraterritorial y esto significa que la ley fiscal de los otros países quedan, de algún modo, subordinados a la ley extranjera, tanto en la estructura, modos de información, diligencia debida y, en su caso, sanción por incumplimiento.

FATCA produjo un revulsivo en la cooperación entre Estados y Administraciones, en materia de transparencia e intercambio de información y ello por dos razones: primero, porque su centro fue la lucha contra la evasión y elusión fiscal de los contribuyentes mediante las entidades financieras

extranjeras y, segundo, porque transforma a las entidades financieras en responsables de la obligación de información sobre sus clientes, cuentas, estados financieros, so pena de retención en la fuente sobre los ingresos que reciben.

La naturaleza local de la ley provoca la reacción de los demás países, instalados en la tradición bilateral del medido intercambio a petición, a demanda, sobre particulares contribuyentes y transacciones. Pero, además, crea fricción que las entidades financieras de sus jurisdicciones hubieran de dar noticia directamente a la Administración americana y compartir la confidencialidad con sus clientes. Los Acuerdos Intergubernamentales fueron instrumentos ingeniosos, pero, de recorrido discutido, porque no daban la respuesta equivalente a todos los países en contribuir a la difusión del intercambio automático de información.³²⁹

21.3. CONVENIO DE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA FISCAL. (CONSEJO DE EUROPA/OCDE) DE 1988

La ley doméstica requiere multilateralidad para su propio suceso y la respuesta fue el recurso al Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal (Consejo de Europa/OCDE), que “provee un marco legal para facilitar la cooperación internacional a través de un intercambio multipais de intercambio de información y asistencia.”³³⁰

329. R. S. Avi-Yonah, G. Savir, IGAs vs. MAATM: Has the Bilateralism Outlived its Usefulness?, 8, February, 2014, U of Michigan Public Law Research Paper n. 384; ssrn.com/abstract=2392702; R. S. Avi-Yonah, G. Savir, Find It and Tax It: From TIEAs to IGAs, Michigan Law U of Michigan, paper n. 443, February 2015, ssrn.com/abstract=2567646.

330. T. A. Kaye, Innovations in the War on the Tax Evasion, Brigham Young University Law Review, 2014, 2, 31, may, 2014, p. 379.

El G20 *Summit* de Cannes, 2011, celebra el compromiso de sus miembros de firmar el Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal y “alienta fuertemente a otras jurisdicciones a unirse a este Convenio. En este contexto, consideraremos que el intercambio automático de información sobre bases voluntarias es apropiado y como establece el convenio.”³³¹

FATCA prolonga su efecto global, pero, acomodado a la norma del convenio multilateral, de *hard law*, por lo que puede decirse que en su éxito estuvo su propio límite. Si no hubiera sido por ella, todavía hoy seguiríamos con la modalidad restringida e inútil de la información acotada a la solicitud de particulares situaciones subjetivas, en el marco del convenio fiscal bilateral. Bien puede decirse que el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional tuvo su inicio con la ley de los EE.UU.

Mejor dicho, con la extensión extraterritorial de la ley, lo cual, a su turno, hizo que el G20 promoviera la multilateralización convencional, porque de esa forma, lo que era una iniciativa nacional difundida globalmente, pasa a convertirse específicamente en fuente de derecho convencional. Su conversión es lo que, con posterioridad, hizo posible desprender, como principio conductor, hijo, el intercambio automático de información, hasta entonces, solo una de las modalidades conocidas de la relación comunicacional entre Estados y no de las más empleadas.

El Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal fue formulada por el Consejo de Europa/OCDE el 25 de enero de 1988 y entró en vigencia el 1 de abril de 1995.³³²

331. G 20, Summit, November 4, 2011, par. 35.

332. T. Rosembuj, Intercambio Internacional de Información Tributaria, Barcelona, 2004, p. 38.

No puede decirse que inicialmente el Convenio tuviera una general aceptación. El G20 propicia su divulgación entre los países, estimulando su adhesión, a la par de su interés en la evolución del intercambio de información. Así en poco tiempo se incrementa el número de países signatarios del Convenio y en 2016 fue ratificado por más de setenta.

El acuerdo, desde su establecimiento, apoya la cooperación creciente entre las administraciones fiscales para luchar contra el fraude y la evasión fiscal, asegurando la protección apropiada de los derechos de los contribuyentes. En especial, la protección de su vida privada y el flujo de datos de carácter personal.

El campo de aplicación del Convenio comprende la asistencia administrativa que puede cubrir, si es adecuado, las resoluciones judiciales en materia tributaria.

La cooperación administrativa incluye el intercambio de información, las comprobaciones simultáneas y la participación en las Inspecciones realizadas en el extranjero. Asimismo, la asistencia en la recaudación y adopción de medidas cautelares y la notificación de documentos.

El Convenio contempla las diversas modalidades de intercambio de información: a petición o solicitud, espontánea, automática, la cual no obstante requiere, en su formato original, un acuerdo preliminar entre las partes con la voluntad de facilitar automáticamente la información entre ambas.

En 2010, y no es una fecha casual, se modifica el Convenio mediante un Protocolo con un doble propósito: la apertura de su firma a todos los países, estén o no en la OCDE o en la Unión Europea y confirmar, conforme al G20 *Summit* de 2009 en Londres, que el secreto bancario y el requisito del interés doméstico no pueden impedir ni servir de justi-

ficación para negar el intercambio de información fiscal. Cabe recordar que es entonces cuando se inicia el despliegue global a favor de la transparencia de las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales y, más aún, se declara el final del secreto bancario. Además, se eliminan del Convenio original las restricciones que obstaculizaban el uso o empleo del intercambio.

El centro de la cooperación internacional se focaliza en la creación de una red global de intercambio de información como medio de neutralizar la evasión y elusión fiscal internacional, dotando a los países de instrumentos de transparencia e integridad que lo permitan.³³³

El Convenio permite el acuerdo interadministrativo entre dos o más países para activar el intercambio automático de información, bilateral o multilateral, sin que exija la específica trasposición en la ley local, porque el Convenio lo habilita.

A partir del momento en que ningún Estado signatario puede practicar reserva alguna respecto al intercambio automático (y, también, espontáneo), se crea el soporte convencional, el tratado, para transformar la iniciativa *FACTA* en un proceso de alcance legal, obligatorio y vinculante, de carácter internacional.

Así en el G20 de Los Cabos, 2012, y en San Petersburgo, 2013, al tiempo que se alienta a todas las jurisdicciones a firmar el Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa, se compromete a liderar con el ejemplo la implementación del intercambio automático de información, convirti-

333. OECD, Background brief: The Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters and New Protocol, 2011..." transformar el Convenio en un instrumento muy potente en la lucha contra la evasión fiscal *offshore*."

do, ya, en el principio rector del intercambio de información tributaria y con un propósito definido el desarrollo de un modelo multilateral que facilite a los gobiernos “encontrar y sancionar a los evasores fiscales” (*G8, Lough Erne, 2013*).

21.4. EL PRINCIPIO GENERAL DE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE LAS CUENTAS FINANCIERAS DEL G20/OCDE

El G20 de San Petersburgo alienta la transparencia fiscal y la propuesta encargada a la OCDE para el establecimiento de “un verdadero modelo global para el intercambio automático de información multilateral y bilateral... Estamos comprometidos al intercambio automático de información como el *nuevo principio global* que debe garantizar confidencialidad y el uso adecuado del intercambio de información.” (par. 1).

El nuevo principio a escala global se enuncia como el principio de intercambio automático de las cuentas financieras. O sea, la *FATCA* sin adherencias nacionales ni proyección extraterritorial a través de los acuerdos intergubernamentales suscritos entre Estados Unidos y países de la Unión Europea y otros Estados terceros como catalizador del movimiento hacia el intercambio de información multilateral.

Es interesante comentar el itinerario, desde la *FATCA* hasta la adopción por el G20 del principio general de intercambio de información de las cuentas financieras, por definición, global y único.

El punto de partida es la *FACTA* y los Acuerdos Intergubernamentales celebrados por los EE.UU. que, en un segundo momento, halla cobertura e integración en el Convenio Multilateral de Asistencia Mutua Administrativa en material fiscal, oportunamente modificado, para culmi-

nar, en un instrumento singular y específico que resguarda a una clase única de intercambio de información, esto es, la información de cuentas financieras por parte de las entidades financieras a sus respectivas Administraciones tributarias. Por tanto, el eje no es cualquier forma de intercambio automático; sino, una particular categoría de bien de información que atiene a las cuentas financieras de las personas físicas, jurídicas, entidades de personas, trusts, fundaciones, por sobre un umbral determinado y cuyo contenido obedece al encargo efectuado por el G20 a la OCDE.

El principio de intercambio automático de información de cuentas financieras adquiere la jerarquía de principio general de derecho (artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia), de reconocimiento amplio como principio común a los grandes sistemas del derecho contemporáneo y aplicable al orden internacional.³³⁴

Es fuente de derecho internacional, que no de *soft law*, elaborada por la OCDE, bajo la determinación del G20 y que ostenta un rango superior en la jerarquía de las normas. Así, la Directiva 2014/107/EU, de 9 de diciembre de 2014, modificatoria de la Directiva 2011/16/EU reconoce explícitamente que los Comentarios de la OCDE al principio deberían servir a los Estados Miembros como fuente de ilustración e interpretación, denotando la sumisión del derecho comunitario a la vinculación derivada del contenido OCDE aprobado.³³⁵

334. D. Carreau, *Droit International*, Paris, 2007, p. 270.

335. Council Directive, 2014/107/EU de 9 de diciembre de 2014, Considerando, 13, los Estados Miembros al aplicar la Directiva "deberían usar los Comentarios del Modelo de Acuerdo de la Autoridad Competente y el Principio Común de Información, *Common Reporting Standard*, desarrollado por la OCDE."

El Principio Común de Información (*Common Reporting Standard*) desempeña una función vital en el paradigma BEPS, porque escenifica el punto de convergencia de los distintos principios comunes transnacionales que lo sustentan: transparencia, competencia fiscal lesiva, planificación fiscal agresiva. De forma que no es una información inocente o ingenua, sino predefinida en la búsqueda de renta no declarada u oculta en países que celaban su conocimiento, para tutelarlos del impuesto.

El flujo de la información conlleva el propósito definido de lucha contra la evasión y la elusión fiscal intencional mediante la planificación fiscal agresiva, sustrayendo riqueza de algunos países para dejarla inmune de impuesto en otro u otros. O sea, mejorar la protección de las bases locales de imposición, que es el principal propósito del BEPS. Y es un bien de información calificado por la propia entidad financiera, obligada a suministrarlo a la Administración tributaria nacional para su remisión hacia las demás jurisdicciones interesadas de residencia del contribuyente.

El principio único, global, autoriza la obtención de informaciones de las instituciones financieras y su intercambio automático con otras jurisdicciones. El contenido del principio describe la información de la cuenta financiera que se remite, la clase de entidad financiera obligada a hacerlo y los diferentes tipos de cuentas y contribuyentes cubiertos, así como los deberes de diligencia debida que deben seguirse, para su individualización, sobre todo, la identificación del beneficiario efectivo de las personas jurídicas y trusts, sociedades de personas, fundaciones.

Los datos y noticias financieros incluye cualquier forma de renta de inversión –intereses, dividendos, renta de ciertos contratos de seguros–, pero, también, balance de cuentas, que faciliten hallar el capital del cual afloran los rendimientos y las rentas de capital derivadas de la transmisión de activos financieros...” situaciones donde el contribu-

yente trata de esconder capital que en si mismo representa renta o activos sobre los cuales el impuesto se evadió.”³³⁶

Las cuentas afectadas, de personas físicas o entidades, afectan a las que son preexistentes y a las nuevas. Las cuentas preexistentes de entidades inferiores a saldo inferior a 250.000 dólares no están sujetas a revisión.

Las entidades financieras implicadas son los bancos, y entidades de custodia, intermediarios, ciertos vehículos de inversión colectiva y compañías de seguros.

La información sobre las cuentas afecta a las personas físicas y todo tipo de entidades y la exigencia de identificación del beneficiario efectivo que controla las entidades pasivas, desprovistas de actividad económica. Los procedimientos de diligencia debida son obligados en la identificación de las cuentas y sus titulares.

El propósito del principio general, global y único, consiste en impedir el fraude y la evasión fiscal mediante cuentas financieras opacas en el exterior del país de residencia; pero, también, se propone ajustar la elusión intencional, materializada en la circunvención del deber de información del capital, que no solo de los rendimientos o sus frutos; el empleo de entidades interpuestas pasivas que sirvan a tal finalidad y el radio amplio de las entidades financieras envueltas en el procedimiento de la relación comunicacional.

21.5. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

No es nada original sostener que la experiencia *FATCA* cogió desprevenida a la Unión Europea y, peor aún, produ-

336. OECD, Automatic Exchange of Financial Account Information, May 2014, p. 7.

jo el inmediato envejecimiento de la regulación vigente de sus Directivas sobre intercambio de información tributaria. La Unión Europea llegó tarde y mal al nuevo escenario y tuvo que realizar un particular esfuerzo para alcanzar los puntos de partida impulsados, primero, por los EE.UU. y luego por el G20/OCDE. Su reacción ocurre cuando comienzan a difundirse los Acuerdos Intergubernamentales, que atrajeron a los principales Estados Miembros de la UE al ámbito de influencia de la *FATCA*.

La Directiva 77/799/CEE de 19 de diciembre de 1977 fue importante por ser el primer paso de cooperación administrativa de derecho comunitario en materia fiscal; pero, que fue víctima de su propia cautela ante la idea de amplio espectro de intercambio de información.

Los límites recogen en primer lugar la cláusula no derogatoria del sistema tributario y su aplicación. Ningún Estado está obligado a suministrar datos para cuya obtención haya debido adoptar medidas contrarias a su propia ley o práctica administrativa. La Directiva adopta una posición de máxima restricción al evitar que el flujo de los datos circule pese a que el Estado proveedor de la información no permita conforme a su ley local recoger las noticias o utilizarla para sus propias finalidades. (art. 8). Lo mismo respecto a la cláusula de equivalencia (*mutuality*) que permite negar el suministro de información cuando el otro Estado no esté en condiciones de prestar información equivalente.

Las modalidades de intercambio de información son: a solicitud; automática; espontánea; modalidades tradicionales, que, como veremos, sufren cambios de sustancia a raíz de la nueva realidad internacional.

El intercambio previa solicitud alude a la información relativa a una persona o caso en concreto.

La información automática o rutinaria proporciona categoría de noticias determinadas con carácter general (intereses, dividendos, cánones) sin que se produzca una petición específica.

La información espontánea es el suministro de noticias a otro u otros Estados Miembros, propia iniciativa del que la envía, sin demanda previa.

- Presunción de existencia de una reducción o exención anormales de impuesto en el otro país.
- La pérdida del derecho a la recaudación por parte del otro Estado.
- La disminución o exención de impuesto que debería comportar un aumento o sujeción al impuesto en el otro territorio.
- Las operaciones económicas entre contribuyentes de Estados distintos que son efectuadas a través de establecimiento permanente en alguno de ellos o por los terceros, también situados en otros Estados y que significan una pérdida fiscal para los Estados Miembros interesados.
- Las reducciones de impuesto conseguidas a través de precios de transferencias entre el grupo de empresas o empresas asociadas.

La Directiva 2003/48/CEE de 3 de junio de 2003 supone como novedad la adopción plena del intercambio automático de información entre los Estados Miembros referentes a los pagos de intereses para permitir la imposición efectiva de dichos pagos en el Estado de residencia del beneficiario efectivo, de la persona física, último perceptor.

La Directiva nace herida de muerte por la reticencia de Bélgica, Luxemburgo, Austria, que consiguen mantener el anonimato del titular de las cuentas y sus rendimientos a

cambio de una retención en la fuente, cuya recaudación compartirían con el Estado de residencia del beneficiario efectivo, con el pretexto de impedir desventajas competitivas con respecto a otros Estados hasta que éstos no efectiven el intercambio de información a solicitud sobre los pagos de intereses conforme al Acuerdo Modelo de la OCDE.³³⁷

Desde 2008 se confirma la insuficiencia de la Directiva, erosionada por las restricciones sobre el concepto de intereses, agente pagador, beneficiario efectivo y oportunidades de elusión y evasión fiscal, sea porque no afecta a las personas jurídicas u otras entidades legales, a los trusts ni tampoco, los productos financieros derivados o contratos de seguros. No fue posible actualizar la Directiva, pese a las distintas iniciativas, y muere con la llegada de la *FATCA* y el principio general de intercambio automático de información. En suma, una ocasión perdida.

El 15 de febrero de 2011 se aprueba la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa y deroga la Directiva 77/799/CEE.

Se reconoce, de entrada, que la globalización cambia la filosofía de cooperación comunitaria, reconociéndose su actual desactualización e inadecuación.

La extensión subjetiva abarca todo tipo de personas, físicas o jurídicas, así como los trusts, fundaciones, fondos de inversión, y cualquier nuevo instrumento creado por los contribuyentes.

La información a petición o a solicitud sigue aferrada a la previsible relevancia de los datos que se piden al otro Estado, con la mayor amplitud posible, pero evitando ex-

337. Tulio Rosembuj, Intercambio Internacional de Información Tributaria, cit. p. 43.

pediciones de pesca o información irrelevante. No cambia, la modalidad de la información relativa a los casos particulares, tal como se la entiende en el Modelo COCDE. No obstante, se acepta que ningún Estado puede rehusar la transmisión de información porque carece de interés local o está en un banco u otra entidad financiera.

Pero, si se produce una apertura significativa en materia de intercambio obligatorio automático y espontáneo; ambas modalidades contribuyen a mejorar la valoración de los impuestos transfronterizos y en la lucha contra el fraude y deben ser fortalecidas.

Las categorías de intercambio automático son: rentas del trabajo, retribuciones de los miembros de consejo de administración, pensiones, seguro de vida, titularidad y rentas inmobiliarias. Se difiere la clase de las rentas del capital mobiliario *ex FATCA*.

La Directiva contempla que los Inspectores fiscales queden habilitados para su presencia en otros Estados Miembros. Asimismo, la práctica de controles simultáneos entre los Estados ante contribuyentes que ostenten interés común o complementario.

El Estado proveedor de la información goza del derecho al retorno (*feedback*), lo cual supone conocer los extremos resultantes de la gestión de los datos y noticias enviados.

El 9 de diciembre de 2014 se modifica la Directiva 2011/16/EU mediante la Directiva 2014/107/EU atinente a la obligatoriedad del intercambio automático de información.

La Directiva acoge la importancia del intercambio automático de información en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal y la planificación fiscal agresiva. y recoge el principio general del G20/OCDE, ampliando las categorías

de renta sujetas en la Directiva derogada y eliminando el requisito que esta información –de cuentas financieras– solo puede intercambiarse si está disponible.

La comunicación automática de las cuentas financieras permite “valorar la probabilidad de que se hubiera cometido evasión fiscal y evitar innecesarias investigaciones adicionales.” (Cons. 10).

La transcripción del contenido y estructura del principio general conlleva la sumisión de la jerarquía de fuentes comunitaria a la producción normativa de la OCDE a efectos de interpretación e ilustración. Por tanto, la aplicación de la Directiva por parte de los Estados Miembros tiene que ver con los desarrollos multilaterales aprobados por la OCDE, que no con el propio poder del derecho comunitario. La coherencia del principio general de comunicación, el Modelo de acuerdo para las autoridades competentes de la OCDE exhibe la fuerza del reenvío como inspiración en los distintos Estados Miembros por sobre el Tratado y regulación subordinada de la Unión Europea.

La aplicación del principio general de intercambio automático es fruto de un ordenamiento reenviante que se convierte en fuente de reproducción normativa de otro ordenamiento (el comunitario) y, lo que es más significativo, de cada uno de los Estados Miembros. El reenvío móvil incide en la retracción del orden comunitario en cuanto a la producción normativa en el sector, dejando al orden jurídico externo OCDE que establezca el desarrollo futuro del principio en la UE.³³⁸

La introducción de intercambio obligatorio de información automática ha generado propuestas comunitarias ul-

338. F. Modugno, *Appunti per una Teoria Generale del Diritto*, cit. p. 144.

teriores que añaden ámbito al principio general OCDE en tres aspectos específicos: canje de consultas (*rulings*) y acuerdos anticipados de precios de transparencia entre los Estados Miembros e Informe país por país (*Country per Country Report*).

La UE reposa en la lucha contra la elusión fiscal, planificación fiscal agresiva, competencia fiscal lesiva y transparencia para justificar sus proyectos de intercambio obligatorio de información automática entre los Estados Miembros respecto a las consultas transfronterizas y acuerdos anticipados de precios y el fundamento es preciso y sintetiza la convergencia de los diferentes principios que resultan afectados en su base fiscal doméstica: "Las estructuras de finalidad fiscal que conducen a un bajo nivel de imposición de elevadas cuantías artificiales de renta en el Estado Miembro emisor de la consulta dejan bajas cuantías de renta imponible en otros Estados Miembros implicados."³³⁹

Con fundamentos similares la otra propuesta sugiere el intercambio automático entre los Estados Miembros de los Informes país por país. Los grupos multinacionales con una renta consolidada igual o superior a 750.000.000 de euros deben presentar el Informe solo ante la Administración de su residencia. El proyecto pretende que el país de residencia en la UE comparta su información con los otros Estados Miembros en la medida que el grupo realice actividades económicas en sus territorios o posea un establecimiento permanente.³⁴⁰

Finalmente, la propuesta de intercambio automático de información de la revelación de operaciones transfron-

339. Propuesta 2015/0068 (CNS), (1).

340. Propuesta COM (2016) 2016/0010(CNS). Council of the EU, 6 February 2017, BEPS: Presidency roadmap on future work, 5988/17.

terizas por el contribuyente y los intermediarios que poseen indicios de planificación fiscal agresiva y cuya información y comunicación se obliga entre los Estados Miembros. (v. p. 16. 4. 2)³⁴¹

21.6. OCDE EL FORO GLOBAL DE TRANSPARENCIA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

El Foro Global es una institución auspiciada y gestionada por la OCDE, bajo la orientación del G20, con el propósito de aplicar los principios de transparencia entre todos los países, mediante compromisos multilaterales, revisión y monitoreo respecto a la introducción local de los principios transnacionales que se adoptaron. A la fecha cuenta con 139 Estados asociados, la Unión Europea y observadores de distintas organizaciones internacionales. Siguiendo las orientaciones del G20 mantiene una proximidad con el *FATF/GAFI* en temas de información sobre los beneficiarios efectivos. Su dirección actual consiste en el ejercicio de la revisión par de los principios guías de transparencia e intercambio de información y, en particular, promoviendo el canje de información financiera con todos aquellos países que lo deseen y, asistiendo, en tal sentido, a la configuración adecuada de la infraestructura tecnológica, la protección de datos que garanticen la confidencialidad y la formación y educación de las Administraciones responsables.

341. Propuesta para el Consejo Directivo de rectificación de la Directiva 2011/16/EU, 2015/0068(CNS); Propuesta para el Consejo Directivo de rectificación de la Directiva 2011/16/EU, COM (2016) 2016/0010(CNS), Bruxelles, 28. 1. 2016. Propuesta de Directiva del Consejo, Comisión Europea, Bruselas, 21-6-2017, COM (2017)335, 017/0138(CNS). Propuesta de Directiva del Consejo, Comisión Europea, Bruselas, 21-6-2017, COM (2017)335, 017/0138(CNS).

El número de países comprometidos con el principio general de intercambio de información de las cuentas financieras suma 100, empeñados en eliminar refugios fiscales para los evasores fiscales.³⁴²

Desde el G20 de San Petersburgo se solicitó al Foro Global que profundice en la actuación del intercambio de información a petición o solicitud con referencia a las jurisdicciones no cooperativas, con criterios de continuidad. El resultado del examen llevado a cabo muestra que solo una jurisdicción, sobre 125, ha sido calificada como incumplidora (Trinidad Tobago). El final no parece demasiado convincente. Hay otros incumplimientos que no comparecen y algunas jurisdicciones ordinarias que despliegan sus propias medidas de protección de sus propias zonas de refugio fiscal que no aparecen mencionadas y, asimismo, que en si mismas son reticentes a la transparencia.

342. OECD Secretary-General Report to G20 Finance Ministers, Baden-Baden, Germany, March 2017, p. 15.

BIBLIOGRAFIA

- G. Aldonas, I. Grinberg**, EU State Aid Investigations demanda an aggressive response, *Tax Notes International*, August 15, 2016.
- L. Alexander**, What are Principles, and Do They Exist? University of San Diego, School of Law, Research Paper n. 13-119, June 2013.
- R. Alexy**, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, 2004.
- , *La Institucionalización de la justicia*, ed. J. A. Seoane, *Derecho y Corrección*, Granada, 2005.
- , *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2007.
- , Los principales elementos de mi filosofía del derecho, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 2009.
- G. Alpa**, *I principi generali*, Milano, 2006
- , General Principles of Law, *Open review of Management. Banking and Finance*, 27-09-2005.
- H. Ascensio**, Les normes produites a l'OCDE et les formes de normativité, en *Le pouvoir normative de l'OCDE*, Paris, 2014.
- H. Ascensio, C. Folsche**, L'OCDE et la Coopération Fiscale Internationale, en *Journée d'études de Paris, Le pouvoir normatif de l'OCDE*. Paris, 2014.
- M. Atienza, J. Ruiz Manero**, *Sobre Principios y Reglas*, DOXA Cuadernos de Filosofia del Derecho, 10, 1991.

—, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996.

—, *Ilícitos Atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, 2000.

Australian Government, *A Tax Transparency Code. A report to the Treasurer. The Board of Taxation*, February 2016.

Australian Journal of Legal Philosophy, *Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*, 27, 2002.

Jh. Avery Jones, *Tax Law: Rules or Principles?* *Fiscal Studies*, 1996, vol. 17, 3.

R. S. Avi-Yonah, *Amazon vs. Commissioner: Has Cost Sharing Outlived its Usefulness?* *ssrn-id2961235*, 5/1/2017.

R. S. Avi-Yonah, Haiyan Xu, *Global Taxation after the Crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses what can be done about it?* 1/15/2016.

—, *Global treaty overrides? The new OCDE Multilateral Tax Instrument and Its Limits*, Michigan Law University of Michigan, paper 542, March 17, 2017.

R. S. Avi-Yonah, G. Savir, *IGAs vs. MAATM: Has the Bilateralism Outlived its Usefulness?* February 8, 2014, U of Michigan Public Law Research Paper n. 384; ssrn.com/abstract=2392702.

—, *Find It and Tax It: From TIEAs to IGAs*, Michigan Law U. of Michigan, paper n. 443, February 2015, ssrn.com/abstract=2567646.

M. D. Bayles, *Moral Theory and Application, Social Theory and Practice*, 10, 1984.

BEPS Monitoring Group, *Overall Evaluation of the G20/ECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*, October 5, 2015.

- E. Betti**, *Teoria Generale della Interpretazione*, II, Milano, 1955.
- B. Bix**, *Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory*, *Rechtstheorie* 37, 2006.
- J. Black**, *Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation*, *Law Society and Economy Working papers* 13/2008, London School of Economics and Political Science. Law Department. *Calling Regulators to Account: Challenges, Capacities and Prospects*, 11-10-2012, Working Paper 15/2012.
- S. Borrás, K. Jacobsson**, *The open method of co-ordination and new governance patterns in the EU*, *Journal of European Public Policy*, 11, 2 April 2004.
- Jh. Braithwaite**, *Rules and Principles: a Theory of Legal Certainty*, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002, p. 52.
- , *Making Tax Law more certain: A Theory*, Australian National University Canberra, Centre for Tax System Integrity, Working paper 44, 12/2002.
- S. W. Buell**, *Good Faith and Law Evasion*, 58 *UCLA Law Review* 2011.
- S. W. Buell, L. Kern Griffin**, *On the Mental State of Consciousness of Wrongdoing*, 2012, *Law and Contemporary Problems*.
- J. Carbonnier**, *Droit Civil I*, II, 2004, PUF. Paris.
- D. Carreau**, *Droit International*, Paris, 2007.
- A. Chayes, A. Handler Chayes**, *The New Sovereignty, Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, October 1998.

- N. Chowdhury, C. E. Skarstedt**, The principle of good governance, Centre for International Sustainable Development Law, Oxford, march, 2005.
- A. Christians**, BEPS and the New International Tax Order, Brigham Young University Law Review, 2017.
- Jean L. Cohen**, Changing paradigms of citizenship and the exclusiveness of the Demos, *International Sociology*, 14, n. 3, 1999.
- , Whose Sovereignty? Empire versus international law, *Ethics e International Affairs*, 18, 3, 2004.
- R. A. de Mooij, M. P. Devereux**, Alternative Systems of Business tax in Europe. An applied analysis of ACE and CBIT reforms, Oxford University, Centre for Business Taxation, 2008.
- K. Dingwerth, Ph. Pattberg**, Global Governance as a perspective on world politics, *Global Governance*, 12, 2006.
- R. Dworkin**, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, 1978.
- , *Law's Empire*, Oxford, 1998.
- Angelo Falzea**, *I Principi Generali del Diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992.
- , *Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica giuridica*, Milano, 1999.
- , Relazione Introduttiva, en *I Principi Generali del Diritto*.
- L. V. Faulhaber**, The Long Reach of European Union Law: Patent Boxes and the Limits of International Cooperation, 22, March 2016.
- H. Filipczik**, Spirit of the Law for Non-Believers: Tax Avoidance and (Legal) Philosophy, November 1, 2014, ssrn.com/abstract=25117906.

- L. S. Finkelstein**, What is Global governance? Global Governance, I, 1995.
- J. Freedman**, Improving (not perfecting) Tax Legislation: Rules and Principles Revisited, University of Oxford, Legal Research Paper Series, 26/2011.
- F. Gallo**, Abuso el diritto (dir. trib) en curso de publicación.
- W. J. Ganshoff van der Meersch**, Propos sur le texte de la loi et les principes generaux du droit, Journaux des Tribunaux, 1970.
- P. Genschel, M. Jachtenfuchs**, How the European Union constrains the state: Multilevel governance of taxation, European Journal of Political research, 50, 2011.
- Governance without government.** Order and change in worlds politics, Cambridge, 1992.
- M. Graetz, R. Doud**, Technological Innovation, International Competition, and the Challenges of International Income Taxation, Columbia Law Review, Vol. 113, 2013.
- J. G. Gravelle**, Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion, Congress Congressional Research Service, June 4, 2010, January 23, 2013.
- H. Gribnau**, Not Argued from but prayed to. Who's afraid of legal principles? eJournal of Tax Research, 2014, vol. 12, 1, p. 214.
- H. Gribnau & M. Pauwels** (eds) M. Pauwels, Retroactive and retrospective tax legislation: a principle-based approach; a theory of "priority principles of transitional law" and "the method of the catalogue of circumstances), Retroactivity of Tax Legislation, Amsterdam, 2013.
- I. Grinberg**, A Constructive US Counter to EU State Aid Cases, Tax Notes International, January 11, 2016.

- , *Breaking BEPS: The New International Tax Diplomacy*, september, 1, 2015. Working Draft.
- , *Building Institutions for a Globalized World: Automatic Information Exchange*, en *Global Tax Fairness*, edit. Th. Pogge-K Metha, Oxford University Press, 2016.
- B. Griziotti**, *Saggi sul Rinnovamento dello Studio della Scienza delle Finanze e del Diritto Finanziario*, Milano, 1953.
- A. T. Guzman, T. L. Meyer**, *International Soft Law*, *The Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, n. 1, 2011, UC Berkeley Public Law Research paper, ssrn. 1353444.
- J. Habermas**, *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático en términos de teoría del discurso*, 2013, Madrid.
- J. Richard (Dick) Harvey Jr.**, *Corporate Tax Aggressiveness-Recent History and Policy Options*, Villanova University School of Law, Public Law and Legal Theory, Working Paper 2014-1018, October 28, 2014.
- J. Heiberg**, *FATCA: Toward a Multilateral Automatic Information Regime*, 69 *Washington & Lee Law Review*, 2012.
- K. Henley**, *Right Conduct*, edited by M. D. Bayles, K. Henley, New York, 1989.
- , *Abstract Principles, Mid-Level Principles, and the Rule of Law*, *Law and Philosophy*, 12, 1993, 123.
- H. Hongju Koh**, *Why do Nations obey international law?* 106, *Yale L. J.*, 2599, 1997.
- , *Jefferson Memorial Lecture, Transnational Legal Process after September 11th*, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 22, 2003.
- N. Irti**, *Un Diritto Incalcolabile*, Torino, 2016.

- Ph. Jessup**, *Transnational Law*, New Haven, 1956, Yale University Press.
- P. B. Jubb**, *Whistleblowing: a Restrictive Definition and Interpretation*, *Journal of Business Ethics*, 21, 1999.
- M. Kamto**, *Droit International de la Gouvernance*, Paris, 2013.
- A. Karananou, A. Guha. Finance** UNEP Initiative, United Nations Global Compact, Principles for Responsible Investment, Engagement Guidance on Corporate Tax Responsibility, 2015.
- T. A. Kaye**, *Innovations in the War on the Tax Evasion*, *Brigham Young University Law Review*, 2014, 2, May 31, 2014.
- J. J. Kirton**, *G20 Governance for a Globalized World*, Ashgate, 2013.
- E. Kleinbard**, *US Treasury publishes White paper in support of tax avoiders*, *The Hill*, August 29, 2016.
- M. Koskenniemi**, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*, Report of the Study of the International Law Commission, United Nations, General Assembly, April 13, 2006.
- J. Koven Levit**, *A bottom-up approach to international law making*, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 30, 199, 2005.
- M. M. Kwon**, *The criminality of "tax planning"*, [www. China-taxlaw.org](http://www.China-taxlaw.org). 22. 02. 2016
- G. W. Leibniz**, *La giustizia*, edición A. Baratta, Milano, 1967.
- L. Martinez Roldan**, *Radbruch y el Arco Gótico*, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 40, 2006.

- D. McBarnet**, *When Compliance is not the Solution but the Problem: From Changes in Law to Changes in Attitude*, en *Taxing Democracy*, Chapter 11, ed. V. Braithwaite, Ashgate, 2002.
- L. Mengoni**, *I Principi Generali del Diritto e la Scienza Giuridica*, en *I Principi Generali del Diritto*, Lincei, Roma, 1992.
- R. P. Merges**, *Justifying Intellectual Property*, 2011, Harvard University Press.
- , *Foundations and Principles in IP Law*, **San Diego Law review**, V. 49, 2012.
- T. L. Meyer**, *Soft Law*, UGA Legal Studies Research Paper n. 2014-17, UC Berkeley Public Law Research Paper, ssrn n. 2437956.
- Mid –Level Principles and Justification**, *Justification: Nomos XXVIII*, ed. R. Pennock, Jh. W. Chapman, New York, 1986.
- Modes of Governance in EU Tax Policy**, end *Innovative Governance in the European Union: The Politics of Multilevel Policymaking*, editors I. Tommel, A. Verdun, Lynne Rienner Publishers, USA 2009.
- F. Modugno**, *Appunti per una Teoria Generale del Diritto. La Teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1989.
- R. Murphy**, *Country-by-Country Reporting*, Task Force on Financial Integrity & Economic Development, June 2009, Washington.
- Ch. Perelman**, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979.
- P. Perlingieri**, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006.

- G. Pinder**, The coherent principles approach to tax law design, Treasury Economic Round up, Autumn, 2005, 75.
- A. Poitevin**, Whistleblowers and the mainstreaming of a protección within the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, February 7, 2014, Aix Marseille Université.
- C. M. Radaelli, U. S. Kraemer**, Governance Areas in EU Direct Tax Policy, *Journal of Common Market Studies*, March 2008.
- G. Radbruch**, La naturaleza de la cosa como forma jurídica de pensamiento, 1963, Universidad de Córdoba.
- , *Relativismo y Derecho*, Colombia, 1999.
- , *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, 2014.
- K. Raustiala**, Form & Substance in International Agreements, UCLA Law School, February 2004.
- Jh. Rawls**, *Justice as Fairness. A restatement* editor Erin Kelly, Harvard, 2003.
- , *Political Liberalism*, Columbia University Press, 2005.
- D. M. Ring**, One Nation among many: Policy implications of cross-border tax arbitraje, *Boston College Law review*, vol. 44, 2002.
- M. Risse**, *On Global Justice*, Princeton University Press, 2012.
- P. Romer**, *The Soft Revolution: Achieving growth by managing intangibles, end Intangible Assets. Values, measures and risks*, ed. J. Hand- Baruch Lev, Oxford, 2003.
- T. Rosembuj**, *Fiscalidad Internacional*, Madrid, 1998.
- , *Derecho Fiscal Internacional*, Barcelona, 2001.
- , *Intangibles. La Fiscalidad del Capital Intelectual*, Barcelona, 2003.

- , Intercambio Internacional de Información Tributaria, Barcelona, 2004.
 - , Los Impuestos y la Organización Mundial de Comercio, Barcelona, 2007.
 - , Minimización del impuesto y Responsabilidad Social Corporativa, Barcelona, 2009.
 - , La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas. Barcelona, 2011.
 - , El impuesto Ambiental, Barcelona, 2013.
 - , Principios Globales de Fiscalidad Internacional, Barcelona, 2013.
 - , La Erosión de la Base Imponible y el Desplazamiento de Beneficios, www.elfisco.com, enero 2014.
 - , Tax Morale, Barcelona, 2016.
- J. N. Rosenau**, Governance in the Twenty-first Century, Global Governance, I, 1, 1995.
- W. Schäuble**, Proposals for new rules for preferential IP regimes: German-UK joint statement, 11 November 2014.
- P. Schiff Berman**, Dialectical Regulation, territoriality and pluralism, Connecticut Law Review, 38, 946, 2006.
- D. Shaviro**, Disclosure and civil penalty rules in the U. S. legal response to corporate tax shelters, end Tax and Corporate Governance, editor W. Schön, Munich, 2008.
- L. A. Sheppard**, BEPS and EU Progress Report, Tax Notes International, June 27, 2016.
- , Is Transfer Pricing Worth Salvaging? Tax Notes, July 30, 2012.

- S. V. Shiffrin**, *Inducing Moral Deliberation on the occasional virtues of fog*, *Harvard Law Review*, Vol. 123, 2010.
- A- M. Slaughter**, *Sovereignty and power in a networked world order*, *Stanford Journal of International Law*, 40, 284, 2004.
- C. Sunstein**, *Incompletely Theorized Agreements*, 108 *Harvard Law review*, 1995.
- V. Tanzi**, *Lakes, Oceans and Taxes. Why the World Needs a World Tax Authority*, en *Global Tax Fairness*, edit. Th. Pogge, K. Mehta, Oxford University Press, 2016.
- D. M. Trubek, L. G. Trubek**, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination*, 2005, *European law Journal*.
- G. Tusseau**, *Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporaine. Sur quelques écoles de définition des principes*, en *Economica*, 2008. *Les Principes en Droit*, direction Sylvie Caudal.
- E. van der Does de Willebois, E. M. Halter, R. A. Harrison, J. Won Park, J. C. Sharman**, *The Puppet Masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets and what to do about it*. The World Bank. UNODC, Washington, 2011.
- F. Vaniestendael**, *Halifax and Cadbury Schweppes: one single theory of abuse in European tax law*, *EC Tax Review*, 4/2006.
- Vaticano**, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, 2 de abril 2004.
- Elizabeth Warren**, *What Apple Teaches Us About Taxes*, *International New York Times*, September 8, 2016.
- F. Weiss, S. Steiner**, *Transparency as an element of good governance in the practice of the EU and the WTO:*

Overview and Comparison, *Fordham International Law Journal*, V. 30, 5, 2006.

B. Wells, C. Lowell, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, 65 *Tax Law Review* 535, The University of Houston Law Center.

G. Zagrebelsky, *La Legge e la sua Giustizia*, Bologna, 2008.

P. Zatti, *I principi generali*, Milano, 2006.

J. Wittendorff, European Commission Anti-Tax Avoidance Package: ¿Unavoidable Flawed? *Tax Notes International*, March 7, 2016.

DOCUMENTOS

ESTADOS UNIDOS Department of the Treasury, Internal Revenue Service, Reg-129916-17. Rin 1545-BG76, Fed. Reg. 54615, 25-9-2007; I 6011. 4, 3-8-2007, T. D 9350 American Jobs Creation Act 2004, modifications to the Section 6011 regulation.

—, Department of the Treasury, Internal Revenue Service, Reg-129916-17. Rin 1545-BG76, Fed. Reg. 54615, 25-9-2007; I 6011. 4, 3-8-2007, T. D 9350 American Jobs Creation Act 2004, modifications to the Section 6011 regulation.

—, Department of the Treasury White Paper, The European Commission's recent state aid investigations of transfer pricing rulings, August 24, 2016.

HIRE, 18 marzo de 2010 se aprueba la ley The Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE) y dentro de ella la FATCA que queda regulada en el *Internal Revenue Code*, capítulo 4 del Subtítulo A, Sections 1471-1474.

Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 21. 7. 2010.

Internal Revenue Service, Abusive Tax Shelters and Transactions, January 23, 2017.

—, Internal Revenue Manual, I. R. S., Section 4. 11. 5. 2.

—, Abusive Tax Shelters and Transactions, January 23, 2017.

GAFI-FATF Guidance, Transparency and Beneficial Owners, October 2014.

—, Glosario de las Recomendaciones; Recomendación 24 y 25.

—, Recommendations 24, 25, 2012.

—, Guidance on Transparency and Beneficial Ownership, 2014.

—, Report to G20 on Beneficial Ownership, October 7, 2016.

G20, Summit, November 4, 2011.

—, Declaration, June 8-9, 2012, Los Cabos México, 48.

—, Declaration, September 6, 2013, St. Petersburg, 50, 51.

—, High Level Principles on Beneficial Ownership Transparency, 2014.

—, Communiqué Antalya, Turkey, 16, November 2015, 15.

—, Financial Stability Board, Key Standards for Sound Financial Systems, 2017.

—, Comunicado de los Ministros de Hacienda y Bancos Centrales del G20, de 18 de marzo de 2017 (par. 9), para el G20 en Alemania.

ITALIA, Corte Suprema di Cassazione, Sentencias 30055, 2. 2. y 30057 de 23 de diciembre de 2008,

—, S. n. 41755/2016 de 5 de octubre,

- , S. n. 48293/2016 de 16 de noviembre
- , S. n. 41755/2016, S. n. 48293/2016).
- OCDE**, Harmful Tax Competition, Paris, April 1998.
- , Study into the role of tax intermediaries, 2008.
- , Transfer Pricing Legislation- a Suggested Approach, June 2011.
- , Action 5 Countering Harmful Tax Practices more effectively taking into account transparency and substance.
- , Background brief: The Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters and New Protocol, 2011.
- , Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013.
- , *Common Reporting Standard*, desarrollado por la OCDE.
- , Automatic Exchange of Financial Account Information, May 2014.
- , Action 6 Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, 2014.
- , Action 13 Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by Country Reporting.
- , Background Brief- Inclusive Framework on BEPS, 2017.
- , Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15-2015.
- , Countries adopt multilateral convention to close tax treaty loopholes and improve functioning of international tax system, November 24, 2016.
- , Inclusive Framework on BEPS: A Global Answer to a Global Issue, 2016.
- , Secretary-General Report to G20 Finance Ministers, Baden-Baden, Germany, March 2017.

OMC, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SCM).

UNITED KINGDOM Finance Act (n. 2) de 2005, Chapter 4 –clause 24-31 y Schedule 3.

HM Revenue & Customs, Technical consultation on draft hallmarks for the Disclosure of Tax Avoidance Schemes regime, February 2016.

—, Strengthening Tax Avoidance Sanctions and Deterrents: a discussion document, August 17, 2016.

—, Guidance Disclosure of tax avoidance schemes (DOTAS), 2017.

UNIÓN EUROPEA

TJUE. Emsland- Stärke –C-110/99, S; Halifax, C-255/02 Cadbury Schweppes, C-196-2004; Thin Cap Group Litigation, C-524-2004; Kofoed, C-351-2005.

Joined Cases C-182/03, C-217/03, Belgium and Forum 187 ASBL v. Commission EU: C: 2006; 416.

D. G Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings, 3 June 2016.

ECOFIN Conclusiones del Consejo de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal, Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, DOE 6/1/1998.

Commission of the EC European governance, A White paper, Bruxelles, 25-7-2001, recogido en el Artículo 15 de los Tratados de la UE, marzo 2010.

Consejo de la Unión Europea, Economic and Financial Affairs, 8850/08, comunicado de prensa 2008.

—, CJCE C 162, May 7, 2008.

—, Promoting good governance in tax matters, 28/4/2009 y Tax and Development.

- , Cooperating with developing countries on promoting good governance in tax matters, 21/4/2010.
 - , Propuesta para una Directiva sobre la Base Imponible Común y Consolidada de Sociedades, COM (2011)121-4, 2011-0058CNS.
 - , COM SEC (2012)679, 6. 12. 2012.
 - , COM (2012) 722, Communication, An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion, December 6, 2012.
 - , Directivas Unión Europea 2013/42 y 2013/43 de 22 de julio de 2013.
 - , Directiva, 2014/107/EU, 9 de diciembre de 2014.
 - , European Commission, State Aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Apple (Ireland), Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg), Brussels, 11 June 2014.
 - , Directiva 2014/107/EU enmendando D. 2011/16/EU.
 - , Consejo Directivo, Directiva 2015/121 27 de enero de 2015 enmendando la D. 2011/96.
- Directiva EU 2015/849, 20-5-2015.
- , Com. Staff Working Document, Corporate Income Taxation in the European Union, SWD (2015) 121, anejo a la Comunicación (2015)302.
 - , Propuesta 2015/0068 (CNS).
 - , Propuesta COM (2016) 2016/0010(CNS).
 - , COM (2016)24, European Commission.
 - , COM (2016) 451, Promote higher tax good governance worldwide.

- , COM (2016)682, Building a Fair Competitive and Stable Corporate Tax System in the UE.
 - , Propuesta de la Comisión (2016)452, modifica D. 2011/16/UE.
 - , European Commission-Fact Sheet, The Anti-Tax Avoidance Package-Questions and Answers, Brussels, 28 January 2016.
 - , Propuesta para el Consejo Directivo de rectificación de la Directiva 2011/16/EU, 2015/0068(CNS); Propuesta para el Consejo Directivo de rectificación de la Directiva 2011/16/EU, COM (2016) 2016/0010(CNS), Bruxelles, 28. 1. 2016.
 - , Council of the EU, Council conclusions on an external taxation strategy and measures against tax treaty abuse, 25-5-2016.
 - , European Commission, State aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to 13 billion euro, Brussels, 30 August 2016.
 - , Questions and Answers on the common EU list of non-cooperative tax jurisdictions, Brussels, 15-9-2016.
 - , Questions and Answers on the common EU list of non-cooperative tax jurisdictions, Brussels, 15-9-2016.
 - , D/2016/11164 UE.
 - , Council of the EU, 6 February 2017, BEPS: Presidency roadmap on future work, 5988/17.
 - , Propuesta de Directiva del Consejo, Comisión Europea, Bruselas, 21-6-2017, COM (2017)335, 017/0138(CNS).
- NACIONES UNIDAS**, Sustainable Development Goals, Declaration, July 15, 2015.

- , Practical Manual on Transfer Pricing, 2017.
- , Economic and Social Commission for Asia and Pacific, ESCAP What is good governance, 2007.