



# FISCALIDAD INTERNACIONAL EN EL PAIS VASCO

Sección editada en colaboración con:



## Los nuevos acuerdos internacionales en materia de Patent Box y los regímenes fiscales de los Territorios Históricos del País Vasco

**Gemma Martínez Bárbara**

*Jefa del Servicio de Política Fiscal de la Hacienda Foral de Bizkaia*

*Participante, en representación del País Vasco, en el Código de Conducta de fiscalidad de las empresas del Consejo ECOFIN*

### I. INTRODUCCIÓN

El establecimiento de incentivos con la finalidad de promover la investigación y el desarrollo tecnológico (I+D) es uno de los instrumentos de política fiscal más utilizados por parte de las jurisdicciones fiscales en la actualidad. Fundamentalmente, dichos incentivos van dirigidos, o bien a provocar una disminución de los impuestos que soportan las empresas que realizan actividades de I+D, o bien de aquellas que perciben ingresos derivados de la comercialización o explotación de los derechos de la propiedad industrial o intelectual. A los incentivos del primer grupo se les conoce con el término anglosajón *input tax incentives*, mientras que a los del segundo se les denomina *output tax incentives*, siendo el régimen de *patent box*, en sus distintas modalidades, la estrella de este segundo grupo que, además, con carácter general, resulta ser compatible con los incentivos a la realización de I+D.

Lo cierto es que, en estos últimos años, cada vez más jurisdicciones dedican una parte de su gasto fiscal, nada despreciable, a los incentivos en I+D. Observamos que 26 Estados miembros de la Unión Europea (UE) y 27 de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) contemplan este gasto fiscal en sus presupuestos, siendo, en particular, los regímenes de *patent box*, conocidos también como *innovation box* (en Holanda) o *licensed box* (en Liechtenstein o en el cantón suizo de Nidwalden), los que han tomado un mayor protagonismo (1).

En términos generales, el *patent box* es un incentivo fiscal que ofrece una reducción en la tributación correspondiente a los ingresos derivados de la explotación de patentes. Hasta la aprobación de la Acción 5 del Plan BEPS –*Base Erosion and Profit Shifting*– de la OCDE, fuertemente apoyado por el G20, a diferencia de los beneficios fiscales a la realización de I+D, este incentivo ofrecía un amplio margen para la planificación fiscal a las empresas a fin de soportar una menor carga impositiva.

Asimismo, resultaba un instrumento atractivo para los gobiernos por lo que suele formar parte de los sistemas fiscales de las distintas jurisdicciones para atraer ingresos de entidades no residentes. Las características y la aplicación práctica de los regímenes en vigor llevaban a concluir que provocaban fundamentalmente una menor tributación de la explotación de los activos intangibles patentables, dada la alta movilidad de este tipo de actividades, y no una mayor inversión y generación de los mismos que es el objetivo pretendido (2) .

Es por ello que tanto desde la OCDE como desde las instituciones comunitarias hayan sido cuestionados, a pesar de que la propia Comisión Europea reconoce que una evaluación rigurosa de la efectividad que los incentivos fiscales a la propiedad intelectual ofrecen para incrementar la actividad de I+D, se ve dificultada por la planificación fiscal de las empresas y por la competencia entre las diferentes jurisdicciones fiscales.

Así, en el ámbito de la Unión Europea, la Comisión ya puso en entredicho el fundamento de estos esquemas fiscales y su compatibilidad con los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), hasta el punto de que en la primavera de 2014 solicitó información a las jurisdicciones fiscales, incluidas las de los Territorios Históricos del País Vasco, sobre los esquemas en vigor (3) . En mi opinión, la apertura de este proceso de investigación sobre los regímenes de *patent box* resultaba incoherente con la postura mantenida por la Comisión en épocas anteriores y estaba claramente contaminada por el análisis que desde el prisma de traslado artificioso de beneficios y erosión de bases imponibles se estaba llevando a cabo en el ámbito OCDE en el marco del Plan BEPS, que poco tiene que ver con los parámetros exigibles para la compatibilidad de estos regímenes con la política de ayudas de estado establecida por el TFUE. A modo de ejemplo, resulta meridiana la incoherencia en la actuación de la Comisión en casos como, entre otros, el del régimen de *patent box* regulado en el Impuesto sobre Sociedades del estado español, aplicable en territorio común, que fue notificado en 2007 a la Comisión Europea y sobre el que esta concluyó que constituía una medida de carácter general y no una ayuda de estado (4) .

Mucho más acertado, en mi opinión, resulta ser el enfoque con el que finalmente la Comisión Europea ha realizado, a lo largo de 2015, el escrutinio de los regímenes en vigor en el ámbito de la UE, coincidente con el que se ha llevado a cabo en paralelo en el Foro sobre Prácticas Fiscales Perniciosas (FHTP, en inglés) con fundamento en el Plan BEPS, y cuyo antecedente remoto en el ámbito comunitario lo encontramos en la lista Primarolo elaborada por el Código de Conducta de fiscalidad de las empresas (el Código) en 2003, tal y como veremos. Ya que, si realmente el principal efecto de los regímenes de patentes es la deslocalización de los activos en favor de jurisdicciones que ofrecen este incentivo fiscal para su explotación desde las mismas, sin que realmente se lleve a cabo una actividad sustancial en ellas, nos movemos en el terreno de la competencia fiscal perniciosa y no en el de las ayudas de estado.

En 2015 por primera vez, la Acción 5 del Plan BEPS introduce el criterio de actividad sustancial para el escrutinio de los regímenes preferenciales y, en particular del de patentes, a través del conocido como enfoque del nexo o *nexus approach*, en cuya virtud los beneficios fiscales derivados del *patent box* deben estar conectados con los gastos de I+D que haya soportado el contribuyente (5) . Este enfoque fue asimismo adoptado, como detallaremos más adelante, por la Comisión Europea en el Código, al cual asisten desde 2011 representantes de las instituciones vascas formando parte de la representación española, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2 del Concierto Económico y del Acuerdo aprobado por la Comisión Mixta de Concierto de noviembre de 2010 (6) .

El presente artículo, tras presentar, a modo de marco introductorio, un *benchmarking* de los regímenes de *patent box* en la Unión Europea en su configuración previa a la adopción de los acuerdos internacionales BEPS en esta materia , tiene por objeto analizar dichos acuerdos, así como los adoptados en el seno del Código de Conducta, a fin de comentar las consecuencias derivadas de los mismos para los regímenes de *patent box* vigentes y, en particular, para los regulados en los Impuestos sobre Sociedades de los tres Territorios Históricos del País Vasco.

## II. LOS REGIMENES DE PATENT BOX EN LA UNIÓN EUROPEA

A principios de 2015, con anterioridad a su adecuación a los criterios de sustancia del *nexus approach*, existían 16 regímenes de *patent box* en el ámbito europeo, incluyendo los de Liechtenstein, el cantón suizo de Nidwalden así como los de los Territorios Históricos del País Vasco y Navarra, con tipos efectivos que iban desde el 0 por 100 de Malta o Irlanda hasta el 19,6 por 100 de los regímenes forales para algunos supuestos.

Cada incentivo presentaba sus propias características en cuanto a los activos que eran elegibles para su aplicación, los ingresos que cualificaban para su disfrute y el tratamiento de los gastos relacionados con los mismos. Encontramos elementos comunes entre ellos, como su aplicación generalizada a las patentes, aunque algunos se extendían a las marcas o al *know-how*

de ciertas características, como en el caso de los de Chipre, Hungría y el País Vasco. Muchos de ellos, como era el supuesto de los regímenes de *patent box* forales, permitían la aplicación del régimen no solamente al activo generado sino también al activo adquirido, aunque en algunos regímenes, como el belga y el holandés se exigía que el adquirente continuara desarrollando el activo y solamente se permitía la aplicación del incentivo sobre la parte desarrollada. En cuanto a los ingresos que se ven beneficiados por una menor tributación derivan con carácter general de los royalties y de las plusvalías puestas de manifiesto en la transmisión del activo, con algunas excepciones en este último supuesto como son los casos de Bélgica, Malta y el País Vasco o Navarra. Excepcionalmente, algunas jurisdicciones fiscales, como Reino Unido y Holanda, extienden el régimen a los *embedded royalties* o ingresos derivados de las ventas de productos que incorporan una patente.

A continuación se presenta una tabla comparativa en la que se recogen de manera sintética las principales características de los regímenes de *patent box* en Europa, tomando como referencia el ejercicio 2014, coincidente con el que tanto la OCDE como la Unión Europea utilizaron para efectuar el análisis de aquellos de sus elementos que eran susceptibles de generar un traslado artificioso de beneficios entre las distintas jurisdicciones fiscales, así como un escenario de competencia fiscal pernicioso. En el análisis se incluyen los regímenes en vigor en la Unión Europea en dicha fecha, así como los de Liechtenstein y el cantón suizo de Nidwalden. La razón de ser de la inclusión de estos dos regímenes, que quedan fuera del ámbito de la Unión Europea, responde a que, desde hace algunos años, la Comisión Europea está negociando la adopción por parte de Suiza y de Liechtenstein de los principios y criterios contenidos en el Código de Conducta de fiscalidad de las empresas. Dicha negociación fue impulsada de nuevo con fuerza en 2015 y, de hecho, en la reunión del Código de 8 de junio de 2017 representantes de ambas jurisdicciones expusieron sus avances en esta materia.

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS REGIMENES DE PATENT BOX EN EUROPA (2014)

	BC/Nv*	BE	CH*	CY	ES	FR	HU	IE	LI	LU	MT	NL	PT	UK
Año de implantación	2008	2007	2011	2012	2008	1971	2003	1973	2011	2008	2010	2007	2014	2013
Tipo general %	28	34	8,5+6	12,5	30	38	20,6	12,5	12,5	29,2	35	25	31,5	21
Tipo efectivo PB%	19,6/ 11,2	6,8	8,8	2,5	12	15,5	10,3	0	2,5	5,8	0	5	15,7	10
Aplicable a PI existente	✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓			✓
Aplicable a PI adquirida	✓	✦	✓	✓		✦	✓		✓	✓	✓	✦	✓	✦
Condición de que lo desarrolle		✓			✓			✓				✓	✓	✓
Aplicable solamente a patentes y a derechos asociados		✓				✓						✓		✓
Aplicable a patentes y a derechos asociados	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Aplicable a las marcas	✓		✓	✓			✓	✓	✓	✓	✓			
Aplicable a diseños y modelos	✓		✓	✓	✓		✦	✓	✓	✓			✓	
Aplicable a secretos industriales y a <i>know-how</i>	✓	✦	✓	✓	✓	✦	✓	✓						
Aplicable a las plusvalías			✓	✓	✦	✓	✦		✓	✓		✓		✓
Aplicable a la venta de productos innovadores, <i>Embedded royalties</i>		✓							✓	✓		✓		✓
Desarrollo en el extranjero o entre vinculadas	✓	✦	✓	✓	✦	✓	✓	✦	✓	✓	✓	✦	✦	✦
Renta incentivada	B	B	N	N	B	N	B	B	N	N	B	N	B	N

Fuente: elaboración propia con datos de la Comisión Europea y de los regímenes fiscales vascos

\*País Vasco y Navarra (BC/Nv) y el cantón suizo de Nidwalden son las únicas regiones con regímenes de *patent box* propio. Italia aprobó su régimen de *patent box* en 2015 por lo que no está incluido en la tabla comparativa.

✦ Aplicable con restricciones; B: bruta; N: neta

Comparados con los *input tax incentives*, que claramente fomentan la realización de actividades de I+D, tanto la Comisión

Europea, como ya he adelantado, como parte de la doctrina han cuestionado (7) que los regímenes de patentes realmente incentiven la innovación. Esto se debe fundamentalmente a las escasas dificultades para trasladar estos activos de unas jurisdicciones a otras, de tal manera que los grupos multinacionales normalmente registran los activos en aquellas jurisdicciones fiscales con tipos efectivos inferiores, a fin de reducir la factura fiscal derivada de su explotación. Si además tenemos en cuenta que los activos adquiridos también se benefician de la reducción impositiva en muchos de los regímenes existentes, todo parece indicar que, al menos en estos casos, existen dos finalidades principales, por un lado para el contribuyente, que pretende el traslado de beneficios a jurisdicciones de menor tributación y, por otro para los gobiernos, que buscan la atracción de ingresos fiscales que naturalmente no les corresponden. Como contrapeso y en defensa de la existencia de los *output tax incentives*, se destaca el papel que juegan estos regímenes en el ámbito de la innovación y, en particular, en los procesos de comercialización de estos activos intangibles de nueva creación que necesitan ser incorporados a bienes y servicios. Así, los *input tax incentives* solamente actúan sobre las fases iniciales en la creación de los intangibles, mientras que los *output tax incentives* procuran una comercialización efectiva y eficiente del activo de nueva creación. Sin embargo, esta función, aunque de gran importancia, difícilmente justifica, en mi opinión, la menor tributación de los royalties en aquellos supuestos en los que el titular del activo no desarrolla ninguna actividad para su generación y se limita a su mera cesión, como en los casos de las patentes adquiridas a un tercero y licenciadas a otro.

Así lo han entendido tanto la OCDE como la UE y por ello realizaron un proceso de revisión de los regímenes vigentes en 2014 a fin de detectar los elementos de los mismos que pueden provocar una deslocalización de los beneficios y, en consecuencia, una situación de competencia fiscal perniciosa entre las diferentes jurisdicciones fiscales. Fruto de dichos análisis, se ha concluido en ambos foros que en todos y cada uno de los regímenes revisados existían elementos perjudiciales y, en consecuencia, han tenido que ser modificados por las autoridades competentes de cada una de las jurisdicciones afectadas. Este contexto colocó a los regímenes de *patent box* en un nuevo escenario y provocó la reconsideración y el rediseño de los mismos, de tal manera que solamente los que se adaptaron a los nuevos estándares internacionales, que estamos a punto de ver, han sobrevivido, si bien es verdad que dichos estándares se vieron relajados en parte en la versión definitiva del informe final de la Acción 5 BEPS lo que permitió mantener algunos de los elementos que acabamos de identificar en los regímenes en vigor que, sin contradecir el enfoque acordado, aportaban una mayor flexibilidad al mismo. Como resultado de este proceso podemos hablar de la existencia de una estandarización a nivel global de los regímenes fiscales de patentes en la actualidad.

### III. LA ACCIÓN 5 DEL PLAN BEPS DE LA OCDE Y EL CRITERIO DE ACTIVIDAD SUSTANCIAL

La Acción 5 BEPS «*Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia*» nace, por un lado, de la preocupación existente por el riesgo que pueden suponer los regímenes preferenciales y el uso que se pueda realizar de ellos para el traslado artificial de beneficios y, por otro lado, de la falta de transparencia con respecto a algunos *tax rulings*.

En este marco, la OCDE reorienta y moderniza el trabajo desarrollado por el FHTP en el ámbito de las prácticas fiscales lesivas, con un enfoque renovado del criterio de actividad sustancial para cualquier régimen preferencial, exigiendo una correlación entre los ingresos sujetos a imposición que se ven beneficiados por el régimen preferencial y el valor que se crea.

Este requisito de sustancia, en realidad, no resulta ser nuevo sino que ya lo encontramos en el Informe OCDE de 1998 para determinar si un régimen preferencial es pernicioso (8), entre los otros ocho elementos que complementan a los cuatro factores clave que son utilizados en el análisis; en particular, en el último de ellos que establece que hay que tener en cuenta si «*el régimen fomenta operaciones y acuerdos que tienen como motivo el meramente fiscal y no implica actividades sustanciales*». Sin embargo, este requisito no se encuentra suficientemente desarrollado en dicho informe y esta tarea se efectúa a través de la Acción 5 del Plan BEPS, que define y establece los parámetros para apreciar la existencia de actividad sustancial, tanto en relación con los regímenes de *patent box*, como con otros de naturaleza preferencial.

#### 1. El criterio del nexo o *nexus approach* como criterio para definir la actividad sustancial

El FHTP barajó tres métodos diferentes para el requisito de actividad sustancial en un régimen de *patent box*. El primero, que se centró en la creación de valor, requería que los contribuyentes llevaran a cabo un número importante de actividades significativas de desarrollo. Este enfoque tuvo un apoyo minoritario entre los estados. La segunda perspectiva se basó en los

principios de precios de transferencia, lo que permitiría a un régimen conceder los beneficios a toda la renta generada por la patente, siempre que se dieran tres condiciones: que el contribuyente hubiera localizado un conjunto de funciones importantes en la jurisdicción que ofrece el régimen; que fuera el propietario legal de los activos que dan derecho a los beneficios fiscales y los usa; y que soportase los riesgos económicos de los activos que dan derecho a los beneficios fiscales. A pesar de que algunos países apoyaron este enfoque, muchos más plantearon objeciones sobre el mismo, y, en consecuencia, no fue adoptado en el FHTP. El tercer método era el enfoque del nexo, que ha sido el finalmente acordado por el FHTP, incorporado a la Acción 5 BEPS y ratificado por el G20.

El criterio del nexo exige que el ingreso derivado de la explotación de la patente solamente se pueda beneficiar del régimen del *patent box*, en la medida en que el contribuyente que lo aplique haya incurrido en gastos para la creación del activo intangible por sí mismo. La razón por la que se le ha denominado *nexus approach* es porque este análisis requiere la existencia de un nexo entre los gastos de I+D en que ha incurrido el contribuyente, el ingreso derivado de la explotación del activo y el beneficio fiscal otorgado por el régimen de *patent box*. Como se puede apreciar en la fórmula que representa el *ratio* del nexo, la proporción de gastos en I+D es el indicador para calcular qué parte del ingreso derivado de su explotación se puede beneficiar de la reducción impositiva:

$$\frac{\text{Gastos que dan derecho al beneficio en los que se incurre para desarrollar el activo intangible}}{\text{Total de gastos incurridos para desarrollar el activo intangible}}$$

En definitiva, el enfoque del nexo aplica un análisis proporcional a la renta, según la cual la proporción de la renta que se puede beneficiar de un régimen de *patent box* es la misma proporción que la existente entre los gastos que dan derecho a la aplicación del régimen y los gastos totales. En otras palabras, el enfoque del nexo permite a un régimen establecer un tipo de gravamen preferencial sobre la renta obtenida de la patente en la medida en que fue generada por los gastos en I+D. El propósito del enfoque del nexo reside en conceder incentivos exclusivamente a la renta que procede del activo, en la que la actividad real de I+D es realizada por el mismo contribuyente. Este objetivo se consigue definiendo «gastos que dan lugar al incentivo fiscal» al objeto de impedir la mera contribución de capital o que los gastos para la actividad sustancial I+D sean sufragados por terceros, distintos al contribuyente, para poder beneficiarse de los incentivos previstos en un régimen de *patent box*.

Este *ratio* puede ser configurado por las diferentes jurisdicciones fiscales como una presunción *iuris tantum*, de tal manera que los contribuyentes puedan destruirla si demuestran suficientemente que existe un vínculo directo entre los gastos y el ingreso derivado del activo, que debiera permitir que un porcentaje mayor del mismo se beneficiase del incentivo. Así lo prevé la Acción 5 que, sin embargo, establece que se limite su aplicación exclusivamente a circunstancias excepcionales.

## 2. Contribuyentes y activos susceptibles de beneficiarse de un régimen de *patent box*

Los contribuyentes susceptibles de beneficiarse de un régimen de patentes abarcan las compañías residentes, los establecimientos permanentes nacionales (EPs) de compañías extranjeras y los EPs extranjeros de compañías residentes, que estén sujetos a gravamen en la jurisdicción que ofrece los beneficios fiscales.

En cuanto a los activos que pueden aplicar el beneficio fiscal, se encuentran limitados a las patentes y otros activos de la propiedad intelectual e industrial funcionalmente equivalentes a patentes, siempre que estén legalmente protegidos y además estén sujetos a procesos similares de autorización y registro, cuando sea pertinente. El informe final de la Acción 5 BEPS expresamente establece cuales son los activos funcionalmente equivalentes a las patentes y los limita a (i) patentes en un sentido amplio (ii) *software* registrado, y (iii) en algunas circunstancias otros activos de la propiedad industrial e intelectual, que son útiles, novedosos y no evidentes. Asimismo, determina que los activos de carácter comercial o de marketing, como las marcas, nunca podrán ser elegibles para beneficiarse de los incentivos fiscales previstos en un régimen de patentes. El fundamento de dicha exclusión lo encontramos en que, a diferencia de las patentes, se considera que no producen externalidades positivas ciertas, como la mejora en la productividad industrial o la promoción del empleo.

### 3. Gastos elegibles y gastos totales

Los gastos que dan derecho a beneficiarse del régimen de *patent box –qualifying expenditures–* son aquellos en los que incurre el contribuyente, o que han sido externalizados a terceros no vinculados, que están directamente vinculados con el activo y que solo se destinan para actividades reales de I+D, mientras que los gastos totales –*overall expenditures–* son la suma de todos los gastos que de haber sido realizados directamente por el propio contribuyente hubieran podido beneficiarse del incentivo fiscal.

Con carácter general, se incluirán como gastos que cualifican para la aplicación del incentivo los que actualmente dan lugar al nacimiento de los créditos fiscales de I+D según la normativa tributaria de las distintas jurisdicciones, quedando expresamente excluidos el pago de intereses, los costes de construcción, los costes de adquisición o cualquier otro coste que no estuviera directamente vinculado a un activo específico. Así pues, el enfoque del nexo no incluye todos los gastos en los que se hubiera incurrido en el desarrollo de un activo PI en los gastos totales. En cambio, añade dos tipos de gastos a los gastos elegibles: los gastos de externalización a partes vinculadas y los costes de adquisición.

En cuanto al diferente tratamiento de los gastos de subcontratación, en virtud de que sean pagados a entidades no vinculadas, que los convierte en gastos elegibles, o a vinculadas, que los califica como no elegibles pero que se deben tener en cuenta en el total de gasto, cabe hacer un par de precisiones. El fundamento de esta distinción reside en que es muy poco probable que una entidad subcontrate con un tercero no vinculado una parte esencial de sus actividades de I+D, aunque sí cabe esta posibilidad con un tercero vinculado. Por tanto, hay una presunción básica de que en los casos de subcontratación con vinculados, el contribuyente no realiza en realidad una actividad sustancial. Sin embargo, observamos en la práctica que en ocasiones el contribuyente tiene motivos económicos y de negocio válidos para centralizar toda la actividad del I+D del grupo en una sola entidad y que la subcontratación del desarrollo de la patente a una vinculada no se hace exclusivamente por motivos fiscales. De hecho, en la reunión del FHTP de 22 de mayo de 2014, en París, tanto España como Reino Unido mantuvieron una reserva en relación a la exclusión como gastos elegibles de los derivados de subcontrataciones con vinculados. Esta reserva no fue en vano y dio lugar como veremos a continuación a modificaciones sustanciales en el criterio del nexo.

Por lo tanto, si un contribuyente lleva a cabo directamente las actividades de I+D y desarrolla la patente, el porcentaje aplicable en el *ratio* gastos elegibles/gastos totales sería del 100 por 100 y, en consecuencia, todo el ingreso derivado de la explotación del activo tendría derecho a beneficiarse del incentivo fiscal. Por el contrario, si la totalidad del activo se adquiere a un tercero, los gastos de adquisición no se podrían incluir en el numerador (gastos elegibles) pero sí en el denominador (gastos totales) y en consecuencia ninguna parte de los ingresos derivados de la explotación del mismo podría beneficiarse del incentivo. Entre ambos escenarios puede darse una situación intermedia, en la que el contribuyente adquiere el activo pero continúa su desarrollo incurriendo directamente en gastos relacionados con este. Estos gastos vinculados directamente con la mejora del activo después de su adquisición se incluirán tanto en los gastos elegibles como en los gastos totales y, en consecuencia, una parte proporcional de los ingresos derivados de la patente son susceptibles de beneficiarse del régimen de *patent box*.

En febrero de 2015, la OCDE incorporó, a instancias de Alemania y de Reino Unido, una modificación de calado en el criterio del nexo dando lugar al conocido como *modified nexus approach* (9), que fue incorporado al informe final de la Acción 5 del Plan BEPS y que ha regido las modificaciones de los regímenes en vigor llevadas a cabo por las jurisdicciones fiscales a lo largo de 2015 y 2016. La propuesta anglo-germana modifica el *nexus approach* en su versión original de 2014 en dos aspectos principales. Por una parte, introduce un mecanismo de *uplift*, o de elevación del incentivo fiscal, permitiendo que el contribuyente incluya los costes de adquisición y de externalización a partes vinculadas dentro de los gastos elegibles, siempre que entre ambos no superen el 30 por 100 del total. El objetivo de la propuesta de ambos países es asegurar que el enfoque del nexo no penaliza excesivamente a los contribuyentes por adquirir los intangibles o subcontratar actividades de I+D a partes vinculadas. La elevación permite garantizar que los contribuyentes solo reciben beneficios si ellos mismos realizan las actividades I+D, pero reconoce que, a pesar de haber adquirido el intangible o haber externalizado una parte del I+D a una parte vinculada, pueden ellos mismos ser responsables de una gran parte de la creación del valor que contribuyó a la renta de la patente.

Pongamos un ejemplo de cómo se aplica este mecanismo.

El contribuyente incurrió en gastos elegibles de 100, pagó 15 por costes de adquisición y 35 por los gastos de I+D subcontratados con una entidad vinculada. La cantidad inicial de gastos elegibles es, por tanto, 100, y el máximo de elevación será 30. El contribuyente puede incrementar sus gastos elegibles a 130 si sus gastos totales son iguales o mayores a 130. El

total de los gastos en este ejemplo es igual a 150, de modo que la elevación puede incrementar los gastos elegibles a 130. La renta del activo susceptible de ser incentivada será multiplicada, por tanto, por la *ratio* 130/150 (86,7 %). Si este mismo contribuyente hubiera incurrido en unos gastos de adquisición de 5 y de 20 por los gastos de I+D externalizados a una parte vinculada, solo tendría 125 de gastos totales. La elevación puede por tanto incrementar los gastos elegibles a 125 y, por tanto, la renta PI será multiplicada por 125/125 (100 %)

La segunda ampliación afecta al ámbito temporal de aplicación del incentivo fiscal. Así, por una parte, se establece una cláusula por la cual se acuerda que las jurisdicciones que tienen un régimen de *patent box* en vigor lo tenían que adaptar antes del 30 de junio de 2016 a través de los procedimientos legislativos pertinentes que, en todo caso, tenían que iniciarse en 2015; por otra, se establece un régimen transitorio que permite que aquellos contribuyentes que hayan estado aplicando un régimen de *patent box* no alineado con los criterios del *modified nexus approach* continúen haciéndolo como máximo hasta el 30 de junio de 2021.

#### 4. Ingresos totales

Dos son las cuestiones claves que afectan a la definición de cuál es el ingreso que se debe tomar como base para la aplicación del incentivo fiscal. En primer lugar, se limita a tres tipos de ingresos: a) el derivado de la explotación del activo, incluidos los royalties, b) las plusvalías derivadas de la venta del activo y c) la venta de productos relacionados directamente con la patente o *embedded royalties*. En segundo lugar, el ingreso total debe ser el neto, es decir, una vez reducido el ingreso bruto del ejercicio en la cuantía de los gastos que le son directamente imputables en ese ejercicio. El cálculo de la renta neta no ofrece dificultades en los dos primeros supuestos, aunque sí en el tercero, ya que normalmente resulta difícil de determinar qué porcentaje del total obtenido en la venta del producto deriva de la patente, para cuya determinación podría utilizarse un método de precios de transferencia, en cuyo caso nos podemos encontrar con complicaciones derivadas de que las patentes suelen ser únicas, sin comparables y de difícil valoración.

### IV. EL CÓDIGO DE CONDUCTA DE FISCALIDAD DE LAS EMPRESAS DEL CONSEJO ECOFIN Y EL RÉGIMEN DE PATENT BOX

En el ámbito de la Unión Europea, el análisis de los regímenes preferenciales pertenece a la agenda del Grupo del Código de Conducta de fiscalidad de las empresas en el seno del Consejo ECOFIN. No nos encontramos ante un instrumento jurídicamente vinculante, sino ante un instrumento de *soft law* en forma de sólido acuerdo político, calificado por muchos de histórico, alcanzado en 1997 por unanimidad en el seno del Consejo de Ministros de Economía y Finanzas de la UE, para luchar contra la competencia fiscal perniciosa, estableciendo para ello una serie de criterios que permiten la calificación de las medidas fiscales «bajo sospecha» como potencialmente perjudiciales.

Al aprobar el Código de Conducta, los Estados miembros se comprometieron, por una parte, a abstenerse de introducir nuevas medidas fiscales que de acuerdo con los criterios acordados pudieran resultar potencialmente perniciosas (*standstill clause*) y, por otra, a proceder al desmantelamiento en el plazo más breve posible de todas aquellas ya existentes y destinadas a la atracción a un Estado miembro de inversiones procedentes de sujetos residentes en otros estados (*rollback clause*). Además, también se obligaron a intercambiar recíprocamente información sobre las medidas fiscales vigentes, o en proyecto, siempre que pudieran entrar en el ámbito de aplicación del Código, y a institucionalizar un grupo encargado de convalidar las medidas fiscales anteriores, así como a supervisar las informaciones referentes a las mismas.

En junio de 2003, el Consejo ECOFIN adoptó un acuerdo mediante el que se identificaron 66 regímenes potencialmente perjudiciales, que formaron la conocida como lista Primarolo.

A pesar de su naturaleza de *soft law*, la experiencia nos demuestra que el Código ha tenido un indudable efecto en la legislación fiscal de los estados, que han derogado en su totalidad aquellos regímenes que habían sido etiquetados como perjudiciales siguiendo los parámetros del Código, debido, entre otras razones, a la presión que ejercen el resto de estados dentro del grupo. Por ello, para aquellos países que presentan objeciones a un tratamiento preferencial para las patentes y activos asimilados, el Código puede resultar el foro idóneo para contrarrestarlo. Entre las medidas fiscales de la lista Primarolo encontramos dos regímenes fiscales que encajan dentro de los regímenes de patentes: el régimen francés de royalties, que fue declarado perjudicial, lo que provocó consecuentemente una modificación del mismo, y el régimen de exención de royalties irlandés, que no fue considerado como tal, aunque no se hizo público el fundamento de esta decisión.

Con posterioridad, varios de los regímenes de *patent box* adoptados por los estados fueron analizados por el Código. En

2005, en relación al régimen húngaro, el grupo llegó a la conclusión de que no constituía una medida fiscal perjudicial aunque tampoco se hicieron públicos los argumentos que la sustentaron (10). En relación a los regímenes en vigor en Holanda, Bélgica, Luxemburgo y España, la mayoría del grupo acordó que no era necesario analizarlos en detalle, si bien Alemania mostro su opinión desfavorable a dicho acuerdo. (11)

De manera un tanto inesperada, en el verano de 2013, el Código introdujo en su agenda los regímenes de patentes de Reino Unido y de Chipre, que habían sido aprobados en 2013 y 2012, respectivamente. En diciembre de 2013, el Consejo ECOFIN invitó al Código a revisar todos los regímenes de *patent box* en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea a lo largo de 2014, incluyendo incluso aquellos que ya habían sido previamente analizados, y a tener en cuenta para dicha revisión los últimos acuerdos internacionales en esta materia y, en particular, los relativos a la iniciativa BEPS de la OCDE. Así, el escrutinio de los regímenes, que se centró fundamentalmente en el cumplimiento del criterio 3 del Código de Conducta de fiscalidad de las empresas para la determinación de si una medida es potencialmente perjudicial, debía tener en cuenta especialmente dos cuestiones. Por un lado, la definición del requisito de sustancia económica en el ámbito de estos regímenes. Por otro, en qué medida los regímenes de *patent box* inducen a la realización de una auténtica actividad económica. (12)

Reproduciendo las líneas de análisis del FHTP de la OCDE, en diciembre de 2014 el grupo del Código adoptó como criterio final de sustancia de los regímenes preferenciales de patentes el ya comentado *modified nexus approach*. Asimismo, el grupo concluyó que los regímenes que habían sido objeto de revisión en su seno no eran compatibles con este criterio y que, por lo tanto, eran potencialmente perjudiciales por incumplir fundamentalmente el criterio 3 del Código, debiendo iniciarse los procesos de modificación de los mismos, bajo la supervisión del grupo, a lo largo de 2015 y en todo caso antes del 1 de julio de 2016.

Así, el Código de Conducta analizó a lo largo de 2015, los regímenes de *patent box* vigentes en la Unión Europea (13), incluidos los vigentes en los tres Territorios Históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra, a fin tanto de dismantelar los vigentes para 30 de junio de 2016, posibilitando tal y como hemos comentado un régimen transitorio de cinco años para las cesiones de uso acordadas antes de dicha fecha, como de establecer unos nuevos regímenes respetuosos con los criterios acordados, en el ámbito OCDE y en el de la UE.

Desde una posición externa al grupo, por diversas razones es difícil calificar de manera rotunda a los regímenes de patentes como medidas fiscales potencialmente perjudiciales. La principal de ellas es que la aplicación práctica de los criterios del Código se ve dificultada fundamentalmente por una definición bastante abstracta e indeterminada; hecho que se ve agravado porque, con carácter general, ni el propio grupo ofrece directrices para la interpretación de los mismos, ni el Informe Primarolo, en la evaluación de las 66 medidas de su lista, aportó una visión clara de las líneas interpretativas en las que se sustentaban cada una de las calificaciones. De idéntica manera, como ya se ha mencionado, cuando algunos regímenes como el belga, el luxemburgués o el español fueron descritos en el grupo, este solamente informó, sin dar a conocer su fundamentación, de que no era necesario realizar una evaluación de las medidas. A lo anterior hay que añadir que las reuniones del grupo son confidenciales y que en los documentos oficiales del mismo que se hacen públicos no se aportan suficientes pautas para la interpretación e implementación de los criterios.

## 1. Escrutinio y dismantelamiento de los regímenes de *patent box*; en particular, los regímenes de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa.

En este apartado me centraré en comentar el resultado de la revisión que llevó a cabo el Código de los regímenes de *patent box* en vigor en 2014, poniendo el foco principalmente en los regulados en la normativa fiscal del Impuesto sobre Sociedades del País Vasco, para, con posterioridad, presentar la situación de actual dismantelamiento de los mismos.

Los regímenes de *patent box* se introdujeron por primera vez en la normativa del Impuesto sobre Sociedades de los Territorios Históricos del País Vasco con efectos 1 de enero de 2008, mediante la aprobación de un nuevo artículo 22 bis, con un régimen similar entre los tres, en las ahora derogadas Normas Forales que estaban vigentes desde 1996 (14).

Con efectos 1 de enero de 2014, las nuevas Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades reprodujeron el tratamiento de la normativa anterior para los rendimientos derivados de la cesión de activos intangibles, introduciendo un nuevo incentivo fiscal para los supuestos en los que el activo se destine al desarrollo de la propia actividad económica (15).

En líneas generales, y hasta la adaptación de los regímenes de *patent box* del País Vasco a los nuevos estándares internacionales, estos consistían en una reducción del 60 por 100 o del 30 por 100 en la base imponible –en función de si el intangible había sido desarrollado por la propia entidad o por terceros– de los ingresos brutos derivados de la cesión de uso y



explotación de activos intangibles o propiedad intelectual, entre los que figuraban las marcas, con la excepción del régimen alavés.

A solicitud del grupo del Código a las jurisdicciones fiscales afectadas de una descripción de los regímenes en vigor para su revisión, los Territorios Históricos del País Vasco enviaron la normativa reguladora del régimen junto con un cuestionario estandarizado cumplimentado a principios de 2014. El 22 de octubre de ese mismo año la Comisión Europea presentó al grupo el primer *assessment*, o conclusiones preliminares sobre la adecuación de los regímenes a los criterios del Código, de carácter parcial ya que dejaba sin concluir el análisis del cumplimiento del criterio 3, relativo a la actividad sustancial, en la medida en que la configuración del mismo no había sido aún finalizada en el FHTP de la OCDE. El 20 de noviembre de 2014 las delegaciones de Alemania y de Reino Unido presentaron al grupo su propuesta de *modified nexus approach* que había sido prácticamente cerrada en el FHTP en París durante los dos días previos.

En el ámbito del Código (16), la identificación de medidas fiscales potencialmente perjudiciales se realiza en dos fases. En la primera fase (A), se debe constatar que implican un nivel impositivo efectivo significativamente inferior al aplicado habitualmente en la jurisdicción fiscal de que se trate. Para ello, se debe realizar una comparación con el nivel impositivo general doméstico en la jurisdicción que adopta la medida. Dicho nivel impositivo puede derivarse del tipo impositivo nominal, de la base imponible o de cualquier otro factor pertinente.

En una segunda fase de la evaluación (B), se tendrán en cuenta fundamentalmente los siguientes criterios, cuya concurrencia, sin que estemos ante criterios acumulativos, provoca la consideración de medidas perjudiciales por parte del Consejo:

- 1) si las ventajas se otorgan sólo a no residentes, o sólo con respecto a las operaciones realizadas con no residentes, o
- 2) si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afectan a la base fiscal nacional, o
- 3) si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales, o
- 4) si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente a las normas acordadas por la OCDE, o
- 5) si las medidas fiscales carecen de transparencia y, en particular, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menos rigor y sin transparencia.

Pasamos a analizar los regímenes de *patent box* de los Territorios Históricos del País Vasco, en vigor hasta su modificación para adecuarlos a los nuevos estándares internacionales, a la luz de estos criterios.

### A. Nivel impositivo significativamente inferior

La principal característica de los regímenes de patentes es que posibilitan una menor tributación sobre ciertas rentas derivadas de algunos activos intangibles. La doctrina destaca las dificultades prácticas para la determinación de este criterio. Esto se debe fundamentalmente a que el Código no establece criterios objetivos para dicha medición, por ejemplo, determinando un umbral por debajo del cual se puede considerar que se produce esta circunstancia. Además, tampoco está claro si se refiere a una reducción en términos porcentuales o a una reducción de puntos en el tipo a aplicar. En tercer lugar tampoco determina la metodología para el cálculo de dicho tipo efectivo (17).

Tal y como se puede observar en el cuadro comparativo del apartado II de este artículo, los regímenes del *patent box* en Europa ofrecen tipos efectivos que reducen el tipo impositivo general de las empresas en porcentajes que varían desde el 30 por 100 al 100 por 100. Esta reducción del tipo se consigue o bien mediante el establecimiento directo de un tipo más reducido o bien mediante la reducción de la base imponible en forma de exención parcial. No parece que en el caso de reducciones superiores al 50 por 100, como ocurre en la mayor parte de las jurisdicciones fiscales, pueda dudarse de la existencia de una tributación inferior de carácter significativo. Sin embargo, esquemas, como el húngaro o el británico, que ofrecían reducciones del 50 por 100, o incluso el de los territorios forales del País Vasco, que contemplaban un 30 por 100 de reducción para los activos adquiridos, pueden suscitar dudas, aunque no fue el caso de la Comisión Europea que considero que en todos ellos concurría una imposición significativamente inferior y que, por tanto, eran potencialmente perjudiciales.

En el caso de los regímenes de *patent box* de los Territorios Históricos del País Vasco, debido a que el proceso de revisión por parte del Código se efectuó en 2014, período impositivo de entrada en vigor de las nuevas Normas Forales reguladoras del Impuesto sobre Sociedades, el Código analizó, junto con la regulación vigente a partir del 1 de enero de 2014 (18), el

régimen que se introdujo con efectos 1 de enero de 2008 (19) , siendo los dos regímenes de características y contenido muy similares. En relación a ambos, el Código concluye sobre el carácter potencialmente pernicioso de los tres regímenes de patentes forales, en sus dos versiones, en la medida en que los tipos efectivos que contemplan son del 11,2%, en el caso de la exención del 60 por 100 de los ingresos derivados de los activos desarrollados por el contribuyente, y del 19,6%, en el caso de la exención del 30 por 100 de los ingresos derivados de los activos adquiridos. Una vez constatado por el Código el carácter potencialmente perjudicial de los regímenes, se pasa a la segunda fase del análisis basada en los 5 criterios enunciados a efectos de determinar si realmente deben ser considerados como tales.

## B. Criterio 1

*«Si las ventajas se otorgan sólo a no residentes, o sólo con respecto a las operaciones realizadas con no residentes.»*

El criterio uno contiene 2 elementos. El primero, criterio 1.a, consiste en verificar si la medida es de aplicación exclusiva a no residentes o a operaciones realizadas con no residentes. El segundo, criterio 1.b, consiste en verificar si la medida es aplicable en la práctica exclusivamente o principalmente a no residentes o a operaciones realizadas con no residentes. Es decir, la Comisión en relación a este criterio propone un doble análisis *de iure* (criterio.1.a) y *de facto* (criterio 1.b).

En relación al criterio 1.a, los regímenes de *patent box* forales, al igual que la mayoría de los vigentes en la UE, no presentaron problemas. Así, lo constató la Comisión en su *assessment* al verificar que el incentivo fiscal es de aplicación *de iure* a cualquier entidad residente en España , siempre que tenga su domicilio fiscal en el País Vasco, y que no existe clausula alguna en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades de los Territorios Históricos que determine su aplicación exclusiva a operaciones con no residentes. Asimismo, tanto las sociedades residentes como los establecimientos permanentes de entidades no residentes, que estén sometidos a la normativa del Impuesto sobre Sociedades de cualquiera de los tres Territorios Históricos del País Vasco, se pueden beneficiar del régimen de patentes.

Tampoco presentó problemas el cumplimiento del criterio 2.b para cuya verificación resultó necesario proporcionar datos estadísticos de los años 2008 al 2012 al Código, que constan como Anexo al presente artículo. A la vista de los mismos, se concluyó que la mayor parte de los contribuyentes que se benefician de los regímenes forales son residentes y que, a su vez, como por ejemplo en 2012, el 96 por 100 de los ingresos que se han visto beneficiados por el régimen son obtenidos por esas mismas entidades. En consecuencia, el informe del Código entendió que no se cumple este criterio.

## C. Criterio 2.

*«Si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afectan a la base fiscal nacional.»*

Este criterio, a semejanza del anterior, distingue entre la dicción expresa de los textos legales, criterio 2.a o análisis *de iure*, y su aplicación práctica, criterio 2.b o análisis *de facto*. En general, una medida cumple este criterio cuando las ventajas no son de aplicación al mercado doméstico , *ring-fenced*, y por lo tanto no afectan a las base imponible interna. Este criterio como se puede observar está estrechamente relacionado con el criterio anterior.

Así, en relación al criterio 2.a, las regulaciones de los *patent box* forales no contemplan reglas que impidan ni que los contribuyentes residentes ni que las transacciones domésticas apliquen el incentivo. En cuanto al 2.b y utilizando los datos estadísticos que se presentan en el mencionado Anexo, se concluye que en el período 2008-2012 la mayor parte de los contribuyentes que han aplicado los regímenes forales son residentes y que la casi totalidad de las transacciones que se han visto beneficiadas por el mismo son domésticas. En consecuencia, el informe del Código entendió que no se cumple este criterio.

## D. Criterio 3.

*«Si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real, ni presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales.»*

Como ya he anunciado, la propuesta inicial de valoración de la Comisión en octubre de 2014 no contenía el análisis de la concurrencia de este criterio, ya que estaban terminando de perfilarse los requisitos para su cumplimiento, tanto en el FHTP de

la OCDE, como en el grupo del Código.

Una vez acordado el criterio del nexo modificado, *modified nexus approach*, cuyo contenido se ha comentado en el apartado anterior, el grupo del Código determinó que ninguno de los regímenes vigentes en la Unión Europea cumplía este criterio y que, por ello, debían ser, o bien derogados, o bien modificados para adaptarse al mismo si querían continuar en vigor (20).

Lo más destacable es que ninguno de ellos relacionaba los ingresos que debían ser objeto de incentivo con los gastos en I+D en que había incurrido el contribuyente para desarrollar el activo. Además, como ocurría con los regímenes de patentes forales, tampoco excluían los ingresos derivados de partes vinculadas y la mayoría de los regímenes se aplicaban también a los activos adquiridos aunque, como en el caso de los forales, fuese con un incentivo menor. Además, tal y como se observa en el análisis comparativo presentado en el apartado II de este artículo, muy pocas jurisdicciones fiscales restringían el beneficio fiscal a las patentes o activos asimilados, tal y como exige el *modified nexus approach*, sino que era de aplicación a otros intangibles. En el caso de los regímenes de Bizkaia y Gipuzkoa, no así en el alavés, incluso eran de aplicación a intangibles de carácter comercial, como las marcas, que quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación según el criterio acordado.

Finalmente, regímenes como el belga, el húngaro, el portugués o los forales vascos aplicaban los incentivos sobre el ingreso bruto, lo cual choca frontalmente con lo que determina el criterio del nexo modificado, que establece que la renta total debería ser definida de tal manera que la renta que se beneficie del régimen no sea desproporcionadamente alta en relación con el porcentaje de gastos elegibles realizados por los contribuyentes. Esto significa que la renta total no debería ser definida como renta bruta del activo, sino que debería ser calculada restando de la renta bruta obtenida en el año los gastos del intangible atribuibles a la renta en ese mismo año.

#### E. Criterio 4.

*«Si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente a las normas acordadas por la OCDE.»*

El cuarto criterio trata de impedir que la determinación de los ingresos derivados de patentes susceptibles de tributación se realice mediante la utilización de métodos nocionales, como el del costo incrementado o *cost-plus*. En la medida en que estos métodos se desvían de los acuerdos internacionalmente aceptados en esta materia, como por ejemplo, los principios de precios de transferencia de la OCDE, las medidas podrían llegar a considerarse como perjudiciales.

En la mayor parte de las jurisdicciones de la UE, también en el caso de las del País Vasco, los ingresos recibidos de partes vinculadas, tanto en el ámbito internacional como generalmente en el doméstico, se deben determinar conforme a los mencionados principios.

Las principales objeciones que la Comisión presentó en su *assessment* de los regímenes forales de *patent box* en relación a este criterio fueron fundamentalmente dos. Por un lado, la no aplicación del principio de tributación sobre la renta neta, que resulta ser un método de determinación del beneficio general e internacionalmente aceptado.

Por otro, común a varios regímenes, fue el hecho de que el beneficio fiscal se determinase mediante una exención, en el caso de los regímenes vascos del 60 por 100 o del 30 por 100, de parte de los ingresos. La Comisión entiende que este método de exención se desvía de los principios internacionalmente establecidos para la determinación del beneficio. Otros regímenes como el de Reino Unido, España u Holanda también recibieron importantes objeciones por parte de la Comisión en relación a este criterio.

En consecuencia, la Comisión concluyó que los regímenes de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa cumplen este criterio por no respetar los principios de valoración internacionalmente acordados.

#### F. Criterio 5.

*«Si las medidas fiscales carecen de transparencia y, en particular, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menos rigor y sin transparencia»*

El criterio de transparencia exige que todos los requisitos para la concesión del beneficio fiscal estén claramente establecidos en las leyes o disposiciones reglamentarias y que estas a su vez sean de carácter público y accesible a los

contribuyentes, sin que quede margen para la discrecionalidad por parte de las autoridades fiscales. En relación a este criterio, elementos problemáticos resultan ser los *tax rulings* que, por ejemplo, concurren en el *innovation box* holandés, o los acuerdos previos de calificación de activos regulados en el régimen de *patent box* aplicable en territorio común en el estado español. Tras el análisis de la información solicitada en relación a los regímenes de patentes del País Vasco, la Comisión concluyó que las medidas eran transparentes y que por lo tanto no cumplían este criterio.

Una vez revisados todos los regímenes de patentes de la Unión Europea a la luz de los criterios analizados, el grupo del Código los calificó como perjudiciales fundamentalmente por concurrir en todos los casos el criterio 3 y algún otro más, por ejemplo en el caso de los regímenes vascos, también el criterio 4.

El proceso de desmantelamiento de los regímenes perjudiciales ya ha finalizado por parte de los Estados, tal y como informó el Código al ECOFIN, tras la reunión de 8 de junio de 2017 (21). Italia y los territorios forales de Álava, Bizkaia, Gipuzkoa y Navarra han sido los últimos en culminar sus modificaciones legislativas de desmantelamiento, siendo Francia la única jurisdicción fiscal que, estando en desacuerdo con el carácter perjudicial de su régimen, ha decidido no modificarlo por el momento.

En el caso de los Territorios Históricos del País Vasco el desmantelamiento de los regímenes se produjo en el plazo requerido por el informe final de la Acción 5 BEPS y por el grupo del Código. Así, con efectos para los periodos impositivos iniciados con posterioridad al 30 de junio de 2016, los tres Territorios Históricos modificaron el artículo 37 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades, *Reducción por explotación de propiedad intelectual o industrial*, (22) a fin de adaptar el tratamiento fiscal de la reducción por la cesión de propiedad intelectual o industrial al criterio del nexo modificado, complementándolo con la aprobación de un régimen transitorio hasta 2021, en el marco de la propuesta anglo-germana, que permite la aplicación del antiguo régimen de *patent box*, a aquellos contratos de cesión del derecho de uso o de explotación de la propiedad intelectual o industrial que se hayan formalizado con carácter previo a la entrada en vigor del nuevo régimen (23).

Sin embargo, en cumplimiento de nuevos acuerdos complementarios alcanzados en el FHTP de la OCDE y en el Código de Conducta, se exigió a las jurisdicciones fiscales el establecimiento de mecanismos de garantía en relación al régimen transitorio, que, si bien en el caso del País Vasco casi con toda seguridad no van a ser aplicables, ha sido necesario incorporar a la normativa del Impuesto sobre Sociedades de los Territorios Históricos.

Por un lado, se requirió el establecimiento de un sistema de transparencia reforzada mediante el intercambio de información automático entre las jurisdicciones afectadas para las nuevas entradas en el régimen transitorio con posterioridad a 6 de febrero de 2015. En el caso de los territorios forales del País Vasco y de otras jurisdicciones fiscales, como por ejemplo la navarra o la de territorio común, esta exigencia se ha articulado solicitando dicha información en el modelo 200 de autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades para el período impositivo 2016, a presentar entre el 1 de julio y el 31 de julio de 2017 (24). Para las nuevas entradas entre el 6 de febrero de 2015 y el 31 de diciembre de 2015, existe un compromiso de las autoridades fiscales vascas de requerir idéntica información a la contenida en el modelo 200 a los contribuyentes afectados.

Por otro, ha sido necesario introducir una modificación con carácter urgente, (25) por afectar a la autoliquidación de 2016, en los regímenes transitorios a fin de mitigar el riesgo de que se produzcan nuevas entradas de activos al régimen transitorio en fechas cercanas a 30 de junio de 2016, con la única pretensión de beneficiarse de un tratamiento tributario que naturalmente no les hubiera sido de aplicación. Para ello, se establecen medidas de protección adicional al objeto de impedir que los contribuyentes apliquen el régimen transitorio a los activos intangibles que se adquieran directa o indirectamente de partes vinculadas después del día 1 de enero del 2016, siempre que no fuesen elegibles, es decir, que no tuvieran derecho a los beneficios en el momento de dicha adquisición en virtud del régimen fiscal que se les venía aplicando.

En la reunión del Código de 20 de julio de 2017, se ha solicitado por parte del Grupo que se enviarán las disposiciones aprobadas por los Territorios Históricos, cuyo texto en fase de proyecto había sido remitido para la reunión del mes anterior, a fin de dar por finalizado formalmente el proceso de desmantelamiento de los regímenes de *patent box* del País Vasco.

## 2. Los nuevos regímenes de *patent box* en la Unión Europea y su alineación con el criterio del nexo modificado; en particular, los regímenes de los Territorios Históricos del Álava, Bizkaia y Gipuzkoa.

Una vez finalizados los procedimientos legislativos de adaptación de los regímenes de *patent box* europeos a los estándares del nexo modificado, el grupo del Código realizó a lo largo de 2016 y del primer semestre de 2017, el proceso de *standstill*,

mediante el que se supervisa que los nuevos regímenes aprobados no contengan elementos perjudiciales conforme a los criterios del Código.

En el informe del primer semestre de 2017 del Código al ECOFIN (26) se recogen los avances realizados en este ámbito. Así, el Código de Conducta acuerda el carácter no perjudicial de los nuevos regímenes de *patent box* de Bélgica, Chipre, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Reino Unido. Asimismo, se pone de manifiesto que, en la reunión de 8 de junio de 2017, fueron objeto de análisis las siguientes 5 jurisdicciones fiscales: Italia, España (regímenes de territorio común, regímenes vasco y navarro) y Francia. Finalmente el grupo acordó el carácter no perjudicial del régimen italiano, en la medida que la delegación italiana presentó un compromiso al grupo de modificación del ámbito de aplicación de su régimen de patentes, no alineado con el *modified nexus approach*, por incluir algunos activos intangibles que no se pueden considerar cualificados, al amparo de lo dispuesto en el informe final de la Acción 5 BEPS.

En relación a los regímenes fiscales del estado español, el Código solicita que se modifiquen los elementos perjudiciales de los mismos que fundamentalmente se refieren, como en el caso italiano, a los activos cualificados, a lo que se comprometen las autoridades fiscales vascas, navarra y de territorio común. Además, El régimen de territorio común debe hacer algunos ajustes adicionales. Finalmente Francia vincula la no adaptación de su régimen al reciente cambio de gobierno de su país, si bien con anterioridad, como se ha comentado, ya se había mostrado reticente a abordar modificaciones en su régimen al defender su carácter no perjudicial, siendo la única jurisdicción fiscal de la UE que, a fecha de hoy, no ha cumplido con el compromiso de desmantelamiento.

Como colofón al presente análisis, haré un comentario sobre los nuevos regímenes de *patent box* de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, destacando los elementos más novedosos que pretenden alinearlos con el *modified nexus approach* y analizaré el *assesment* (27) sobre los mismos, que la Comisión Europea presentó al grupo del Código en la reunión de 23 de enero de 2017 y que ha sido ratificado en la última reunión de 20 de julio.

## A. Los regímenes de *patent box* forales tras su adaptación a los nuevos estándares internacionales

Antes de comenzar, dedicaré unas breves líneas al apartado 4 del artículo 37 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades antes de su modificación, en el que se incentivaba que el activo se destinase al desarrollo de la propia actividad económica. En primer lugar, tenemos que reconocer que sistemáticamente su ubicación no era la más correcta debido a que no estamos ante una reducción de ingresos, al amparo de un régimen de *patent box* potencialmente perjudicial por no cumplir el criterio de sustancia, mediante la que se incentiva la cesión de activos, sino ante el reconocimiento de un gasto nocional derivado de la utilización de los activos por parte de las entidades que los desarrollan o adquieren.

Por ello, aprovechando la adaptación del *patent box* a fin de respetar los criterios del *modified nexus approach*, con efectos para los ejercicios iniciados a partir del 1 de julio de 2016, en Bizkaia y en Álava se añade un nuevo apartado quinto al artículo 32 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades, que se dedica a establecer las normas especiales en materia de gastos, incorporando a él dicho incentivo fiscal. Por su parte el Territorio Histórico de Gipuzkoa lo deroga con efectos desde el 1 de julio de 2016.

Las diferencias de este incentivo con respecto al *patent box* son notables. Realmente lo que se le está reconociendo a toda entidad que aplique este incentivo es un gasto nocional interno, que nace del desarrollo o adquisición de propiedad intelectual o industrial y posterior aplicación de la misma en el proceso productivo de la propia entidad, incluidas las marcas.

De esta forma se trata de fomentar y potenciar el uso en el propio proceso productivo de este tipo de intangibles en Bizkaia y en Álava, y no tanto su desarrollo para que sea explotado en otra jurisdicción fiscal, poniendo en situaciones similares a aquél que lo desarrolla para ceder su uso a terceras partes con aquél que lo utiliza en su proceso productivo, bien lo haya desarrollado él, o bien lo haya adquirido de terceros.

El incentivo fiscal se articula mediante el mecanismo de reducción en base imponible de un importe equivalente al 5 por 100 del precio de adquisición/coste de producción de una determinada propiedad intelectual o industrial propia, con el límite del 0,5 por 100 del volumen de ingresos que deriven de la actividad económica en la que se apliquen. Adicionalmente se permite, para los casos en los que la reducción no haya alcanzado el límite máximo establecido respecto del ingreso de la actividad en la que se aplique el intangible en cuestión, la posibilidad de reducir esa diferencia con la compensación por la utilización de marcas registradas y generadas por la entidad, siempre que, de igual forma, se apliquen en su actividad.

En relación al nuevo régimen de *patent box* regulado en el artículo 37 de las respectivas Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades, los contribuyentes deberán ejercitar una opción en la autoliquidación correspondiente al primer período

impositivo que se inicie a partir del 1 de julio de 2016, momento a partir del cual se aplicará el régimen del *patent box* con las modificaciones requeridas por su adaptación al *modified nexus approach*.

Pasamos a resaltar los elementos más novedosos y notables del nuevo régimen, todos ellos relacionados fundamentalmente con los criterios 3 y 4 del Código, analizados en el subapartado anterior en relación a los regímenes de patentes vascos en vigor hasta 30 de junio de 2016. En primer lugar, corrigiendo uno de los principales elementos perjudiciales no alineados con los nuevos estándares internacionales, el incentivo ha de calcularse sobre la renta neta percibida como consecuencia de la explotación del intangible, en vez de sobre los ingresos brutos. Así se aplicará un 70 por 100 de reducción, frente al 60 por 100 vigente con anterioridad, sobre la renta que se derive de la cesión de uso o explotación a terceros de intangibles propios, que hayan sido, bien desarrollados por la propia entidad cedente, o bien obtenidos mediante la subcontratación de su desarrollo a terceros no vinculados, debiendo entenderse a estos efectos como renta neta, la diferencia positiva resultante del ingreso bruto del ejercicio proveniente de la cesión de los activos intangibles, una vez deducido el gasto por amortización de los activos en cuestión y los gastos del ejercicio directamente relacionados con el activo cedido.

No obstante, el segundo párrafo de este apartado limita el incentivo para los supuestos en los que el activo haya sido adquirido o el desarrollo del mismo se haya efectuado mediante subcontratación con una entidad vinculada. Recordemos que el régimen anterior concedía un incentivo autónomo del 30 por 100 en caso de adquisición del activo, sin ningún tipo de limitación. En el nuevo régimen, si la patente o el activo han sido parcialmente adquiridos o si su desarrollo ha sido subcontratado a una empresa vinculada a la sociedad cedente, el derecho a la aplicación del incentivo se mantiene aunque queda limitado. Se observa que, a medida que el gasto de adquisición del activo intangible o la subcontratación con vinculados asciende, el coeficiente de la fórmula disminuye, lo que determina el descenso de la renta que puede disfrutar del incentivo fiscal. Lo inverso ocurre cuando asciende el gasto incurrido para la creación del activo o la subcontratación con terceros no vinculados.

Además, como consecuencia de la presión ejercida por Alemania y Reino Unido, que consiguieron modificar *in extremis* el informe de la Acción 5 BEPS, el numerador de la fórmula puede incrementarse en un 30 por 100 sin que el importe resultante pueda superar al denominador, bajo la justificación de no penalizar excesivamente a las entidades que adquieren el activo intangible o realizan subcontratación con entidades vinculadas.

En relación a los activos cualificados, en el caso de los Territorios Históricos de Bizkaia y de Gipuzkoa, los nuevos regímenes subsanan una vulneración clara de los nuevos estándares al excluir del incentivo fiscal a las rentas que procedan de la cesión de uso o explotación de marcas, a la vez que prevén la posibilidad de que, por vía reglamentaria, se determine qué activos intangibles pueden quedar sometidos al régimen, lo cual, bajo mi punto de vista, ha sido correctamente cuestionado por la Comisión y por el Código por vulnerar el informe final de la Acción 5 BEPS, que exige la determinación precisa y certera de los activos cualificados para la cesión.

En segundo lugar, el apartado dos del artículo 37 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades, enumera una serie de requisitos que el legislador foral considera imprescindibles para poder aplicar el incentivo fiscal, que queda consecuentemente sujeto al cumplimiento de las cuatro condiciones en él establecidas, entre las que destaca el cumplimiento de requisitos contables y documentales, dando respuesta a la exigencia de trazabilidad y seguimiento tanto de los gastos como de las rentas; exigencia imprescindible para la aplicación del incentivo, según dispone el informe final de la Acción 5 BEPS.

Por último, en los apartados cuarto y quinto del artículo 37, se establece un sistema de compensación de las rentas positivas y negativas que proceden de la explotación de intangibles que impide, tal y como exigen los nuevos estándares, que las pérdidas derivadas del régimen de patentes, cuyas rentas tributan a tipos reducidos, puedan ser compensadas con rentas que tributen al tipo general del Impuesto sobre Sociedades.

## **B. Assesment de grupo Código de Conducta sobre los nuevos regímenes de *patent box* de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa**

El 23 de enero de 2017 la Comisión Europea presentó al Código su valoración inicial sobre el carácter potencialmente pernicioso de los regímenes de *patent box* que habían visto la luz en las distintas jurisdicciones fiscales europeas.

Todos ellos han presentado deficiencias en cuanto a la imposibilidad de proporcionar datos estadísticos a la Comisión para constatar la no concurrencia de los criterios 1.b) y 2.b) del Código que, como se ha comentado, analizan la vertiente *de facto* de estos criterios. Dicha imposibilidad resulta obvia en la medida en que estamos ante incentivos fiscales de muy reciente entrada en vigor y de escasa aplicación por el momento, si tenemos en cuenta la existencia de cláusulas transitorias que permiten la aplicación de los regímenes anteriores hasta el 2021. Por ello, el análisis de estos criterios se posterga a un

momento posterior en el que se disponga de más información.

Sin embargo, los regímenes de patentes forales presentan algunos elementos conflictivos adicionales. Como punto de partida, la comparativa entre el 8,4%, tipo impositivo efectivo resultante de los nuevos regímenes, y el 28%, tipo general del Impuesto sobre Sociedades en las tres jurisdicciones fiscales forales, lleva a concluir al Código, sin ningún tipo de duda, sobre el nivel impositivo significativamente inferior al general que ofrecen estos regímenes.

En relación a los criterios 1 y 2, con la salvedad que acabo de comentar, la Comisión, al igual que en el análisis que hizo de los regímenes iniciales, declara la no concurrencia de los mismos.

Es en relación a los criterios 3 y 4, auténtica esencia del criterio del nexo modificado, donde, a pesar de los grandes avances que se han realizado, se observan aún ciertas incoherencias con los nuevos estándares acordados.

El criterio 3 contiene cinco elementos clave.

Solamente uno de ellos plantea importantes objeciones; es el relativo a los activos intangibles cualificados para la aplicación del régimen. En el apartado III.2 de este artículo, ya hemos visto cuáles son estos. En línea con lo exigido, los regímenes vascos han sido modificados a fin de excluir a las marcas de su ámbito de aplicación. Sin embargo, el hecho de que en la norma legal no exista una enumeración positiva, sino una delimitación negativa, de los activos elegibles, así como de que la nueva regulación deje en manos de la Administración tributaria el establecimiento de qué activos tienen esta naturaleza, hace que se entienda incumplido lo exigido por el informe final de la Acción 5 BEPS.

Considero acertada la postura de la Comisión y su aceptación por parte del grupo del Código, si bien es cierto que tal y como reconoce la propia OCDE, en su documento «*Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes*», las jurisdicciones fiscales requieren ciertas directrices para determinar los activos que se pueden beneficiar del régimen, siendo necesario, además, recurrir a la normativa mercantil reguladora de este tipo de activos de cada una de las jurisdicciones a fin de ver qué activos son funcionalmente equivalentes a las patentes, y si están legalmente protegidos y sometidos a un proceso de aprobación y registro. Lo que parece claro es que, a pesar de que la doctrina administrativa de las haciendas forales, en particular, la de Bizkaia, ha admitido que el *know-how*, cumpliendo ciertos requisitos, se beneficie de este incentivo, el informe final de la Acción 5 no ampara dicha inclusión (28).

Los cuatro elementos restantes contenidos en el criterio 3, es decir, el *ratio* del nexo, los requisitos documentales y contables para la trazabilidad y el seguimiento sobre los ingresos y los gastos amparados por el régimen, el no carácter de presunción *iuris tantum* del *ratio* del nexo y el tratamiento de las pérdidas derivadas de la explotación de los activos, tal y como han sido configurados en los regímenes forales, no presentan ningún problema a la Comisión.

En cuanto al criterio 4, el hecho de que los nuevos regímenes de patentes tomen en cuenta los ingresos netos y no los brutos, de que la normativa foral de los Impuestos sobre Sociedades aplique las Directrices sobre Precios de Transferencia para la valoración de las operaciones entre vinculados y la no existencia de asimetrías en el tratamiento de las pérdidas despeja dudas en relación a la no concurrencia de este criterio. Sin embargo, emerge una cuestión horizontal que afecta a varias jurisdicciones fiscales que consiste en determinar hasta qué punto la aplicación de una exención en forma de porcentaje fijo de los ingresos para conseguir una menor tributación vulnera el principio de valor de mercado o, por el contrario, se considera una mera medida técnica en el ámbito fiscal.

Finalmente y en relación al criterio 5 sobre falta de transparencia, la Comisión lo liga al cumplimiento del criterio 3, en la medida en que las Normas Forales no contemplan cuáles son los activos susceptibles de beneficiarse del régimen sino que se efectúa una deslegalización al ámbito reglamentario para su determinación.

En consecuencia, a la vista del cumplimiento parcial de los criterios 3 y 5 del Código, la propuesta de la Comisión es de calificar los regímenes, junto con el navarro y el de territorio común, con fundamentaciones similares, como perjudiciales

El pasado 20 de julio, en la primera reunión del Código de Conducta que ha inaugurado el segundo semestre de 2017 presidido por Estonia, el portavoz de la delegación de España explicó, en relación a los tres regímenes de patentes del estado –territorio común, navarro y vasco– que se va a proceder a establecer cuáles son los activos cualificados conforme al *modified nexus approach* a la mayor brevedad posible, y en todo caso antes de 1 de enero de 2018, con el compromiso de que, para el informe final al Consejo ECOFIN de diciembre de 2017, el grupo del Código de Conducta haya conocido los textos legales de modificación y esté en condiciones de evaluar los regímenes.

## BIBLIOGRAFÍA

ARGINELLI, P, «*Innovation through R&D tax incentives: some ideas for a fair and transparent tax policy*» World Tax Journal (March 2015), IBFD Journals.

EUROPEAN COMMISSION, «*A study on R&D Tax incentives. Final report*». Taxation papers, Working Paper n.52-2014.

EUROPEAN COMMISSION, «*Patent Boxes design, patents location and local R&D*» Taxation papers, Working Paper n.57-2015.

EVERS K. L, «*Intellectual Property Box Regimes. Tax Planning, Effective Tax Burdens, and Tax Policy Options*». Tesis doctoral. Universidad de Mannheim. noviembre 2014.

MARTINEZ BÁRBARA, G. «*Armonización fiscal y poder tributario foral en la Comunidad Autónoma del País Vasco*», IVAP, Oñati, 2014.

OCDE (1998), «*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*», OECD Publishing, Paris.

OECD (2015), «*Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report*», OECD Publishing, Paris.

OCDE (2016), «*Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5 – Informe final 2015*», OECD Publishing, Paris.

SANZ GADEA, E. «*El Impuesto sobre Sociedades en 2015. Los intangibles*», Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, num 397 (abril 2016).

## ANEXO ESTADÍSTICO: REGÍMENES DE PATENT BOX ÁLAVA, BIZKAIA Y GIPUZKOA (2008-2012)

### ÁLAVA:

STATISTICAL DATA ON THE REDUCTION OF INCOME DERIVING FROM CERTAIN INTANGIBLE ASSETS (ART. 22BIS NF 24/1996)												
YEAR	2009			2010			2011			2012		
% REDUCTION	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers
60%	0,50	0,30	1	4,93	2,96	3	5,70	3,42	4	6,87	4,12	4
30%	0,00	0,00	0	0,00	0,00	0	0,28	0,08	2	0,97	0,29	2
TOTAL	0,50	0,30	1	4,93	2,96	3	5,98	3,50	5	7,84	4,41	5

Source: Hacienda Foral de Álava (Álava Foral Treasury)

In 2010, 2011 y 2012 just one taxpayer is a foreign owned resident company. The total amount of tax exemption applied by this taxpayer compared with the total amount of tax benefit is 0,4% in 2010, 0,5% in 2011 and 0,5% in 2012.

### BIZKAIA:

STATISTICAL DATA ON THE REDUCTION OF INCOME DERIVING FROM CERTAIN INTANGIBLE ASSETS (ART.22BIS NF 3/96)															
YEAR	2008			2009			2010			2011			2012		
% REDUCTION	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers
60%	0,91	0,55	3	5,22	3,13	10	31,48	18,89	11	49,85	29,91	27	61,32	36,79	28
30%	26,15	7,85	9	31,37	9,41	10	42,08	12,62	18	19,74	5,92	8	19,83	5,95	9
TOTAL	27,06	8,39	12	36,59	12,54	20	73,56	31,51	28	69,59	35,83	34	81,15	42,74	36

Source: Hacienda Foral de Bizkaia (Bizkaia Foral Treasury)

A minimum number of taxpayers are foreign owned resident companies, namely, in 2009 (2 taxpayers), 2010 (3 tax payers), 2011 (3 tax payers) and in 2012 (5 taxpayers). The total amount of tax exemption applied by these taxpayers compared with the total amount of tax benefit is 14,86 % in 2009, 14,05 % in 2010, 12,83 % in 2011 and 12,46 % in 2012.

### GIPUZKOA:

STATISTICAL DATA ON THE REDUCTION OF INCOME DERIVING FROM CERTAIN INTANGIBLE ASSETS (ART.22BIS NF7/1996)															
YEAR	2008			2009			2010			2011			2012		
% REDUCTION	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers	Income (million €)	Amount of reduction	Number of Taxpayers
60%	7,7	4,60	4	15,0	9,00	8	21,3	12,80	10	21,8	13,10	13	30,8	18,50	16
30%	21,0	6,30	2	31,0	9,30	7	0,3	0,10	7	0,3	0,10	6	0,7	0,20	4
TOTAL	28,7	10,90	6	45,7	18,30	13	21,6	12,90	15	22,2	13,20	17	31,5	18,70	19

Source: Hacienda Foral de Gipuzkoa (Gipuzkoa Foral Treasury)

Among these companies there are none foreign owned resident companies.



(1)

Para un análisis en profundidad del ámbito europeo, véase: EUROPEAN COMMISSION, "A study on R&D Tax incentives. Final report". Taxation papers, Working Paper n.52-2014.



- Ver Texto
- (2) European Commission, *"Patent Boxes design, patents location and local R&D"* Taxation papers, Working Paper n.57-2015.  
Ver Texto
- (3) [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-309\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-309_en.htm)  
Ver Texto
- (4) N 480/2007. DOUE 01.04.2008. [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_N480\\_2007](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N480_2007)  
Ver Texto
- (5) Nota de la autora: la versión original del informe final se redactó en inglés por lo que se recomienda el uso del informe en dicha lengua.  
OECD (2015), *"Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report"*, OECD Publishing, Paris. OCDE (2016), *"Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5 – Informe final 2015"*, OECD Publishing, Paris.  
Ver Texto
- (6) Para la participación de representantes de las instituciones vascas en los foros fiscales internacionales de la OCDE y de la UE, véase MARTINEZ BÁRBARA, G. *"Armonización fiscal y poder tributario foral en la Comunidad Autónoma del País Vasco"*, IVAP, Oñati, 2014. La autora de este artículo y del libro de referencia es una de las personas que acude al grupo de trabajo "D5 Código de Conducta de fiscalidad empresarial" del Consejo ECOFIN en representación de las instituciones vascas,  
Ver Texto
- (7) ARGINELLI, P, *"Innovation through R&D tax incentives: some ideas for a fair and transparent tax policy"* World Tax Journal (March 2015), IBFD Journals.  
Ver Texto
- (8) OCDE (1998), *"Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue"*, OECD Publishing, Paris.  
Ver Texto
- (9) <https://www.oecd.org/ctp/beps-action-5-agreement-on-modified-nexus-approach-for-ip-regimes.pdf>  
Ver Texto
- (10) Code of Conduct (Business Taxation) Report to the ECOFIN Council 15434/05  
Ver Texto
- (11) Code of Conduct (Business Taxation) Report to the ECOFIN Council 15545/1/07 REV 1 FISC 157 y Code of Conduct (Business Taxation) Report to the ECOFIN Council 16084/1/00 REV 1  
Ver Texto
- (12) Criterio 3 "...si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales..."  
Ver Texto
- (13) Bélgica, Chipre, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, España (central y los cuatro subcentrales) y Reino Unido.  
Ver Texto
- (14) Este incentivo se creó en Álava mediante la Norma Foral 14/2008, de 3 de julio; en Bizkaia mediante la Norma Foral 5/2008, de 30 de junio y en Gipuzkoa con la Norma Foral 8/2008, de 23 de diciembre.  
Ver Texto
- (15) Véase nota 18.  
Ver Texto
- (16) Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal – Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 1 de diciembre de 1997 relativa a un Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas – Fiscalidad del ahorro  
Ver Texto

- (17) EVERS K. L, *"Intellectual Property Box Regimes. Tax Planning, Effective Tax Burdens, and Tax Policy Options"*. Tesis doctoral. Universidad de Mannheim. Noviembre 2014.
- Ver Texto
- (18) Sirva de referencia para los 3 Territorios Históricos la normativa del THB, teniendo en cuenta que son prácticamente idénticas. Artículo 37 de la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades: *"Artículo 37. Reducción por explotación de propiedad intelectual o industrial. 1. No se integrará en la base imponible el 30 por 100 de los ingresos correspondientes a la explotación mediante la cesión a terceros del derecho de uso o explotación de la propiedad intelectual o industrial de la entidad, siempre que tal cesión se realice con carácter temporal y no implique la enajenación de los elementos patrimoniales correspondientes. El porcentaje de no integración en la base imponible será del 60 por 100 cuando la propiedad intelectual o industrial haya sido desarrollada por la propia entidad. En ningún caso darán derecho a la reducción los ingresos procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de derechos personales susceptibles de cesión, como los derechos de imagen ni de programas informáticos de exclusiva aplicación comercial. A estos efectos, se entiende que un programa informático no se encuentra en el supuesto descrito en el párrafo anterior cuando se trate, efectivamente, de un programa no estándar, específicamente desarrollado y mejorado por el contribuyente y que presente 47 funcionalidades específicas personalizadas para el cesionario en relación con su proceso productivo, del que constituya un elemento relevante. 2. Para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) Que el cesionario utilice los derechos de uso o de explotación en el desarrollo de una actividad económica y que los resultados de esa utilización no se materialicen en la entrega de bienes o prestación de servicios por el cesionario que generen gastos fiscalmente deducibles en la entidad cedente, siempre que, en este último caso, dicha entidad esté vinculada con el cesionario. b) Que el cesionario no resida en un país o territorio de nula tributación o considerado como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales. 3. Esta reducción deberá tenerse en cuenta a efectos de la determinación del importe de la cuota íntegra a que se refiere el apartado 7 del artículo 60 de esta Norma Foral. 4. Asimismo, el contribuyente reducirá su base imponible en un importe equivalente al 5 por 100 del precio de adquisición o coste de producción de su propiedad intelectual o industrial, en tanto que la misma se aplique en el desarrollo de una actividad económica, siempre que disponga de la plena propiedad de la misma y con las mismas exclusiones que las establecidas en el apartado 1 anterior, sin que esta reducción pueda superar el 0,5 por 100 del volumen de ingresos de la actividad económica en cuyo desarrollo se aplique. Si la reducción no ha alcanzado dicho límite, el contribuyente podrá reducir la diferencia en concepto de compensación por la utilización de las marcas registradas por la entidad que hayan sido generadas por la misma y que se apliquen en el desarrollo de su actividad económica. La reducción establecida en este apartado será compatible con la deducción de la amortización o de las pérdidas por deterioro de valor que correspondan a los activos intangibles respecto de los que se calcula la misma."*
- Ver Texto
- (19) Sirva de referencia para los 3 Territorios Históricos la normativa del THB, teniendo en cuenta que son prácticamente idénticas. Artículo 22.bis de la Norma Foral 3/1996, de 21 de junio, del Impuesto sobre Sociedades: *"Artículo 22 bis. Reducción de ingresos procedentes de la propiedad intelectual o industrial. 1. No se integrará en la base imponible el 30 por 100 de los ingresos correspondientes a la explotación mediante la cesión a terceros del derecho de uso o explotación de la propiedad intelectual o industrial de la entidad, siempre que tal cesión se realice con carácter temporal y no implique la enajenación de los elementos patrimoniales correspondientes. El porcentaje de no integración en la base imponible será del 60 por 100 cuando la propiedad intelectual o industrial haya sido desarrollada por la propia entidad. En ningún caso darán derecho a la reducción los ingresos procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de derechos personales susceptibles de cesión, como los derechos de imagen ni de programas informáticos de exclusiva aplicación comercial. 2. Para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) Que el cesionario utilice los derechos de uso o de explotación en el desarrollo de una actividad económica y que los resultados de esa utilización no se materialicen en la entrega de bienes o prestación de servicios por el cesionario que generen gastos fiscalmente deducibles en la entidad cedente, siempre que, en este último caso, dicha entidad esté vinculada con el cesionario. b) Que el cesionario no resida en un país o territorio de nula tributación o considerado como paraíso fiscal. 3. Esta reducción deberá tenerse en cuenta a efectos de la determinación del importe de la cuota íntegra a que se refiere el artículo 34.1 b) de esta Norma Foral. 4. Tratándose de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal, los ingresos y gastos derivados de la cesión no serán objeto de eliminación para determinar la base imponible del grupo fiscal."*
- Ver Texto
- (20) Code of Conduct (Business Taxation) Report to the ECOFIN Council 16553/1/14 REV 1 FISC 157
- Ver Texto
- (21) Code of Conduct (Business Taxation) Report to the ECOFIN Council 10047/17 FISC 133
- Ver Texto

- (22) El artículo 37 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades fue redactado para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de julio de 2016, por Norma Foral 5/2016, 20 julio, por la que se aprueban determinadas modificaciones en materia tributaria en THB; por la Norma Foral 3/2016, de 20 de junio, por la que se introducen determinadas modificaciones para adaptar el ordenamiento tributario foral a diversos acuerdos alcanzados en el seno de la OCDE así como a directivas y sentencias de la Unión Europea en THG; y por el Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 3/2016, del Consejo de Diputados de 19 de julio, para la incorporación al ordenamiento tributario foral de diversos compromisos acordados en el seno de la OCDE y para el cumplimiento de diversas directivas de la Unión Europea en THA.
- Ver Texto
- (23) THB: Disposición Transitoria Décimo Novena de la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades; THG: Disposición Transitoria Vigésimo Segunda de la Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre Sociedades; THA: Disposición Transitoria Décimo Novena de la Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- Ver Texto
- (24) Ver página 23 del modelo 200 aprobado en THB por Orden Foral del diputado foral de Hacienda y Finanzas 1087/2017, de 8 de junio, por la que se aprueban los modelos 200 y 220 de autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en el Territorio Histórico de Bizkaia y se regula el procedimiento para su presentación telemática, para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2016; THG: Orden Foral 282/2017, de 5 de junio, por la que se aprueban los modelos 200, 220, 20G y 22G, y su forma, lugar y plazo de presentación e ingreso; THA: Orden Foral 298/2017, del Diputado de Hacienda, Finanzas y Presupuestos, de 22 de mayo, de aprobación de los modelos 200 y 220 de autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en el Territorio Histórico de Álava, para los ejercicios iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016, y de las condiciones generales para su presentación telemática.
- Ver Texto
- (25) THB: Decreto Foral Normativo 2/2017, de 6 de junio, por el que se modifica la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en relación a la reducción por la explotación de la propiedad intelectual o industrial. THG: Decreto Foral-Norma 3/2017, de 20 de junio, por el que se modifica la Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Gipuzkoa, en relación a la reducción por la explotación de la propiedad intelectual o industrial. THA: Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 4/2017, del Consejo de Gobierno Foral de 13 de junio, que modifica la Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en relación a la reducción por la explotación de la propiedad intelectual o industrial. En el caso de la Comunidad Foral de Navarra, dicha modificación se ha producido mediante la ley Foral 10/2017, de 27 de junio, de modificación parcial de la Ley Foral 2672016, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- Ver Texto
- (26) Code of Conduct (Business Taxation) Report to the ECOFIN Council 10047/17 FISC 133
- Ver Texto
- (27) La redacción del artículo 37 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades, tras las modificaciones operadas en cada Territorio Histórico a fin de adaptarlo al *modified nexus approach*, por las disposiciones normativas recogidas en la nota 20, es la siguiente: *"Artículo 37. Reducción por explotación de propiedad intelectual o industrial. 1. No se integrará en la base imponible el 70 por 100 de las rentas correspondientes a la explotación mediante la cesión a terceros del derecho de uso o explotación de la propiedad intelectual o industrial de la entidad, siempre que tal cesión se realice con carácter temporal y no implique la enajenación de los elementos patrimoniales correspondientes, y siempre que la propiedad intelectual o industrial haya sido desarrollada por la propia entidad o mediante subcontratación con terceros no vinculados.*
- Idéntico porcentaje de no integración será aplicable en el caso de que la propiedad intelectual o industrial haya sido parcialmente adquirida o desarrollada mediante subcontratación con empresas vinculadas, según lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 42 de esta Norma Foral, siempre que la proporción del gasto incurrido a través de dicha adquisición o subcontratación no supere el 30 por ciento del gasto relacionado directamente con el desarrollo de la propiedad intelectual o industrial por la propia entidad o mediante subcontratación con terceros no vinculados. En el caso de que se supere el mismo, la no integración en la base imponible se reducirá proporcionalmente en el porcentaje que represente el exceso sobre el importe total de los gastos incurridos. Reglamentariamente podrán determinarse cuales son los gastos que se entienden que no se encuentran directamente relacionados con el desarrollo de la propiedad intelectual o industrial.*
- Las rentas a que se refieren los dos párrafos anteriores estarán constituidas por la diferencia positiva entre los ingresos del ejercicio procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de los activos y las cantidades que sean deducidas por aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 20 de esta Norma Foral y aquellos gastos del ejercicio directamente relacionados con el activo cedido.*
- Se podrán establecer reglamentariamente los activos intangibles que den derecho a la aplicación de la presente reducción. En ningún caso darán derecho a la reducción las rentas procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de marcas,*

*obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de derechos personales susceptibles de cesión, como los derechos de imagen ni de programas informáticos de exclusiva aplicación comercial.*

*A los efectos de lo dispuesto en esta Norma Foral, se entiende que un programa informático no se encuentra en el supuesto descrito en el párrafo anterior cuando se trate, efectivamente, de un programa no estándar, específicamente desarrollado y mejorado por el contribuyente y que presente funcionalidades específicas personalizadas para el cesionario en relación con su proceso productivo, del que constituya un elemento relevante.*

*2. Para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior deberán cumplirse los siguientes requisitos:*

*a) Que el cesionario utilice los derechos de uso o de explotación en el desarrollo de una actividad económica y que los resultados de esa utilización no se materialicen en la entrega de bienes o prestación de servicios por el cesionario que generen gastos fiscalmente deducibles en la entidad cedente, siempre que, en este último caso, dicha entidad esté vinculada con el cesionario. b) Que el cesionario no resida en un país o territorio de nula tributación o considerado como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas. c) Cuando un mismo contrato de cesión incluya prestaciones accesorias de servicios deberá diferenciarse en dicho contrato la contraprestación correspondiente a las mismas. d) Que la entidad cedente disponga de los registros contables necesarios para poder determinar los ingresos y gastos directos correspondientes a los activos objeto de cesión.*

*3. Esta reducción deberá tenerse en cuenta a efectos de la determinación del importe de la cuota íntegra a que se refiere el apartado 7 del artículo 60 de esta Norma Foral.*

*4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, si en períodos impositivos anteriores se hubieran integrado en la base imponible rentas a que hace referencia el apartado 1 de importe negativo sin la aplicación del coeficiente derivado de la aplicación de lo previsto en el mencionado apartado, se integrará en la base imponible el 100 por 100 del importe de la renta positiva obtenida en el período impositivo hasta la cuantía correspondiente a las rentas negativas de períodos impositivos anteriores, pudiendo aplicar el coeficiente de integración previsto en el apartado 1 de este artículo al exceso.*

*5. En el supuesto de que la renta del período impositivo a que hace referencia el apartado 1 anterior sea negativa y el contribuyente hubiera aplicado la reducción prevista en este artículo en períodos impositivos anteriores, la citada renta negativa se integrará en la base imponible mediante la aplicación de idéntico coeficiente que el que se derive de la aplicación de lo dispuesto en dicho apartado 1. Lo dispuesto en este apartado se aplicará hasta tanto el importe de las rentas negativas a integrar en la base imponible no supere el importe de las rentas positivas que se hayan integrado en la base imponible en períodos impositivos anteriores aplicando la reducción prevista en el apartado 1 de este artículo. El exceso, en su caso, se integrará en la base imponible en la totalidad de su importe, resultando de aplicación, en su caso, en períodos impositivos posteriores lo previsto en el apartado 4 de este artículo."*

Ver Texto

(28) Consulta de la HFB de 20.03.2012. Consulta de la HFB de 27.05.2015; Consulta de la HFB de 30.07.2015

Ver Texto

## Paraísos fiscales

**Pablo Urrecha Benguria**

*Jefe Regional de Relaciones Institucionales en el País Vasco. AEAT*

### I. INTRODUCCIÓN

Aunque hay estudios que sitúan el nacimiento de los paraísos fiscales en el siglo XVII con motivo de la piratería, lo cierto es que el surgimiento más cierto puede datarse a finales del siglo XIX, como lugares en los que se aplicaba un régimen tributario más favorable a las empresas no residentes, que en inglés se denominó "tax haven" (refugio fiscal).

La confusión entre las palabras "haven" y "heaven" originó que se tradujese al francés como "paradis fiscal" (paraíso fiscal), término que acabó por imponerse y que ha perdurado hasta la actualidad.

Con anterioridad a la segunda guerra mundial comenzaron a tomar relevancia paraísos fiscales basados en el secreto bancario como Suiza y Liechtenstein, que fueron utilizados por los judíos para refugiar su capital ante el auge de la Alemania

nazi.

Después de la guerra, en pleno proceso de descolonización y de reindustrialización, fue cuando los paraísos fiscales proliferaron definitivamente, mediante la definición de sistemas fiscales que permitiesen atraer capital extranjero.

## II. CONCEPTO PARAÍSO FISCAL

Con carácter muy general podríamos definir un paraíso fiscal como aquel territorio de baja o nula tributación que, mediante normas específicas internas, garantizan la opacidad de las transacciones, con la ausencia absoluta de registros, formalidades y controles.

Los paraísos fiscales suelen caracterizarse porque: su fiscalidad es nula o muy reducida, las normas financieras son muy flexibles (pudiendo existir secreto bancario), tienen un sistema regulatorio diferente para residentes y no residentes, y no intercambian información tributaria con otros países.

Sin embargo, una vez hecha esta aproximación, hay que señalar que no existe un concepto unitario ni estático de qué es un paraíso fiscal.

Por una parte porque los distintos países u organizaciones manejan diversas listas de paraísos fiscales basados en la concurrencia de unas circunstancias no siempre homogéneas.

Por otra parte, porque la consideración de lo que es un paraíso fiscal es dinámica, y ha venido variando, relajándose en realidad, a medida que ha habido que ofrecer compensaciones a distintos territorios y países para lograr pequeños avances en materia de lucha contra el secreto bancario y la ausencia de intercambio de información.

Todo ello, como veremos en la última parte del estudio, ello genera muchas dudas sobre la auténtica inclusión de territorios que realmente son paraísos fiscales.

Vamos a ver ahora cómo las distintas organizaciones califican un país o territorio como paraíso fiscal.

### 1. CONSIDERACIÓN DE LA OCDE

La OCDE define los paraísos fiscales como instrumentos de competencia fiscal desleal.

La OCDE pondera las siguientes circunstancias clave para considerar que un territorio es un paraíso fiscal:

**A.** Inexistencia de impuestos directos o carácter ficticio de los mismos.

Este requisito debe ponderarse junto con los demás, porque cada estado goza de soberanía fiscal para articular su sistema impositivo sobre la renta o sobre el consumo.

En caso de que el país grave el consumo pero no la obtención de renta, debe utilizarse los otros tres requisitos para determinar si estamos ante un paraíso fiscal.

**B.** Ausencia de transparencia.

**C.** Existencia de trabas legales o administrativas para el intercambio de información con fines fiscales con otros estados.

**D.** No exigencia del desarrollo de una actividad económica real para disfrutar de la aplicación de la normativa tributaria.

En la lista de paraísos fiscales publicada el 2/11/2011 solo aparece Nauru y Niue, además de una lista de territorios con un compromiso de mejorar la transparencia y el intercambio de información.

### 2. CONSIDERACIÓN DEL ESTADO ESPAÑOL

En España tienen la consideración de **paraíso fiscal** los países y territorios previstos en el art. 1 del Real Decreto 1080/91.

No obstante, según el art. 2 del mismo Real Decreto, dejarán de ser considerados paraíso fiscal aquéllos que firmen con España un Convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, o un Acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente así se establezca. La exclusión solo operará mientras los referidos Convenios o Acuerdos se mantengan en vigor.

De acuerdo a lo previsto en el apartado 2 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 36/06, la lista podrá actualizarse atendiendo a los siguientes criterios:

**A.** La existencia con dicho país o territorio de un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE enmendado por el Protocolo 2010, que resulte de aplicación.

**B.** Que no exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos por en el apartado 4 de la propia D.A.1ª.

**C.** Los resultados de las evaluaciones inter pares (peer review) realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con fines fiscales.

La actualización de la lista no tiene carácter automático sino que debe realizarse de forma expresa y, hasta que se apruebe la nueva relación, se seguirá aplicando la vigente lista de territorios que posibilitaba a los territorios allí relacionados su salida (el caso de Omán es, sin embargo, una excepción conforme a DGT Informe 3-11-15).

Hay que señalar que, a raíz de la D.A.1ª de la Ley 36/06, junto con los paraísos fiscales, se introducen otras dos nociones calificadoras de territorios que implican la aplicación de normas desfavorables: nula tributación y efectivo intercambio de información tributaria

Son **territorios de nula tributación** aquellos en que no se aplique un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, según corresponda.

A efectos de lo previsto en esta disposición, tendrán la consideración de impuesto idéntico o análogo los tributos que tengan como finalidad la imposición de la renta, siquiera parcialmente, con independencia de que el objeto del mismo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de esta. En el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, también tendrán dicha consideración las cotizaciones a la Seguridad Social en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Se considerará que se aplica un impuesto idéntico o análogo cuando el país o territorio de que se trate tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional que sea de aplicación, con las especialidades previstas en el mismo.

Existe **efectivo intercambio de información tributaria** con aquellos países o territorios que no tengan la consideración de paraísos fiscales, a los que resulte de aplicación:

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

**B.** Un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria; o

**C.** El Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010.

No obstante lo anterior, reglamentariamente se podrán fijar los supuestos en los que, por razón de las limitaciones del intercambio de información, no exista efectivo intercambio de información tributaria.

De la lista original siguen siendo considerados paraísos fiscales:

*Anguilla, Antigua y Barbuda, Bermudas, Emirato del Bahrein, Fiji, Gibraltar, Granada, Isla de Man, Islas Caimán, Islas Cook, Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal), Islas Malvinas, Islas Marianas, Islas Salomón, Islas Turks y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Macao, Mauricio, Montserrat, Principado de Liechtenstein, Principado de Mónaco, Reino Hachemita de Jordania, República de Dominica, República de Liberia, República de Naurú, República de Seychelles, República de Vanuatu, República Libanesa, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Sultanato de Brunei.*

### 3. LA CONSIDERACIÓN DE LA UE

En junio de 2016, bajo la presidencia holandesa de la UE, se elaboraron un paquete de medidas para luchar contra la elusión y evasión fiscal, entre las que destacaba la creación de una lista negra de países y territorios que serían considerados paraísos fiscales.

La Comisión europea presentó en noviembre una lista que contenía 11 países (Afganistán, Irak, Bosnia Herzegovina, Siria, etc) que tienen deficiencias relevantes en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Sin embargo esta lista fue devuelta por el parlamento al considerar que dejaba fuera a países que facilitan la comisión de delitos fiscales, y no es previsible que se ultime hasta finales de 2017.

### III. VALORACIÓN CRÍTICA DEL CONCEPTO Y DE LA LISTA DE PARAÍOS FISCALES

Refundiendo todo lo dicho, los paraísos fiscales son territorios donde los inversores extranjeros no tienen que pagar impuestos por los saldos que mantienen en las cuentas bancarias o por la constitución de sociedades en su jurisdicción, siempre que operen fuera de la misma.

La ventaja de constituir estas sociedades offshore es que aparte de pagar menos impuestos de los que pagarían en sus países de origen, gozan de total opacidad.

Las sociedades no tienen que justificar el origen de los ingresos, los beneficiarios de las sociedades pueden fácilmente acudir a testaferros o constituirlos con títulos al portador, la desregulación financiera protegida por el secreto bancario dificultan la remisión de información de un cliente incluso cuando se vulneran leyes civiles o penales de su estado de origen (solo se divulgará cuando esté acreditada la comisión de un delito, que también lo sea conforme a la legislación del paraíso fiscal), y no existen convenios de intercambio de información con terceros países.

El poder adquirido por los países que han diseñado estos sistemas de escasa tributación ha alertado a los grandes estados que permitieron y alentaron su creación y desarrollo, al llegar a desestabilizar las economías nacionales.

De hecho, a finales del siglo XX, el Comité de Expertos de París estimó que la mitad del comercio mundial pasaba por paraísos fiscales. A inicios del siglo XXI el valor de los activos depositados en dichos territorios superaba los 11 billones de euros, aunque un informe de TAX JUSTICE NETWORK sitúa esta cifra entre 2005 y 2010 entre 15 y 20 billones de euros, y un informe de 12/12/2016 de INTERMON OXFAM sitúa esta cifra en más de 24 billones de euros (esto es, un 33% del PIB mundial).

Los paraísos fiscales son singularmente perjudiciales para los países en vías de desarrollo, pero también afectan a los países desarrollados. Así, Bruselas estimó que las arcas públicas europeas dejan de ingresar entre 50.000 y 70.000 millones de euros al año debido a la evasión fiscal (a partir de este dato ordeno actualizar la lista de paraísos fiscales), estimando INTERMON OXFAM que el efecto en España solo de la actividad canalizada a través de los 15 paraísos fiscales más agresivos alcanzaría los 1.550 millones de euros. Asimismo estima que la evasión y elusión fiscal por parte de las grandes multinacionales a través de paraísos fiscales cuesta a los países pobres 100.000 millones de dólares anuales en ingresos fiscales.

Recopilando lo anterior se puede decir que los paraísos fiscales producen los siguientes perjuicios:

**1.-** Reducen los ingresos fiscales y, consecuentemente, los servicios sociales que se pueden prestar con los mismos.

Evidentemente las sociedades offshore no tributan en sus estados de origen, porque para ello se han deslocalizado en un paraíso fiscal.

Pero es que también van a reducir su tributación en sus estados de origen las demás sociedades vinculadas a la offshore a través de préstamos irreales, etc.

Como consecuencia de ello los que pierden recaudación son los estados con empresas deslocalizadas en paraísos fiscales, que deben equilibrar sus cuentas reduciendo gasto, cuyo efecto sobre el consumo y la recaudación es circular, o endeudándose.

Muchas veces son las propias entidades financieras que se han financiado a través de sus sucursales-filiales en paraísos fiscales, las que acaban prestando a altos tipos de interés a los estados que necesitan equilibrar sus cuentas.

**2.-** Empobrecimiento de los países en vías de desarrollo.

Resulta curioso que en Europa (o bajo su protectorado) haya 9 paraísos fiscales de los 15 más agresivos del mundo, y que prácticamente ninguno se halla en los países subdesarrollados con importantes recursos naturales.

Es así como se produce lo que se ha llamado colonización empresarial, pues son las grandes multinacionales de los países desarrollados las que explotan los recursos naturales de los países subdesarrollados, dejando una mínima tributación en los mismos, y desviando los beneficios hacia sus sociedades en paraísos fiscales.

**3.-** Competencia desleal entre ricos y pobres, entre multinacionales y pequeñas empresas.

Aunque la constitución de una sociedad offshore apenas cuesta unas horas y 150 euros, requiere el apoyo y asesoramiento de bufetes especializados que no están al alcance de las pequeñas empresas ni de los particulares de renta media.

Al reducir su tarifa fiscal las multinacionales ajustan sus costes y abaratan sus productos, destruyendo la competencia y adueñándose del mercado.

#### 4.- Se fomenta la corrupción política.

La opacidad permite a los políticos corruptos ocultar comisiones y otras formas de corrupción.

Como además, a quienes corresponde la iniciativa política y legislativa para luchar contra los paraísos fiscales es a los políticos, existe poco incentivo para quienes tienen allí sus cuentas.

#### 5.- Se fomenta la delincuencia.

La posibilidad de ocultar el dinero procedente de actividades ilícitas en los paraísos fiscales estimula su realización.

Es por ello que en los mismos se oculta y blanquea dinero procedente de terrorismo, narcotráfico, tráfico de armas, tráfico de personas, y otras formas de delincuencia organizada.

Todo ello ha provocado que desde los países desarrollados se haya lanzado una aparente ofensiva contra los paraísos fiscales.

Sin embargo se critica doctrinalmente que, a cambio de pequeños o nulos avances y compromisos mínimos en la lucha contra el secreto bancario y la ausencia de intercambio de información, se ha sacado de la lista de paraísos fiscales a multitud de territorios, sobre todo europeos, sin que ello responde a un cambio real de operativa de los mismos. Mónaco, por ejemplo, firmó un acuerdo con Francia y luego con 10 países de baja tributación, y gracias a ello salió del listado de la OCDE.

Tanto es así que el informe de INTERMON OXFAM señala que la adopción de criterios subjetivos y no objetivos (como por ejemplo tener un tipo del 0% de Impuesto sobre Sociedades) supone una renuncia a luchar contra los paraísos fiscales.

Denuncia el informe de INTERMON OXFAM que se está produciendo a través de los paraísos fiscales una nueva fórmula de colonización, no por medio de estados, sino a través de grandes empresas.

Territorios como las Islas Vírgenes Británicas acogen a más de la mitad de las 200.000 empresas offshore creadas por Mossack Fonseca, el bufete de abogados en el centro del escándalo de los papeles de Panamá.

España no es ajena a esta corriente, puesto que según el Observatorio de Responsabilidad Corporativa, el 86% de las compañías del IBEX35 tienen algún tipo de filial en paraísos fiscales.

Todo ello se refleja con absoluta crudeza en la lista de los 15 peores paraísos fiscales elaborada por INTERMON OXFAM en base a los criterios previamente citados, por orden de importancia:

*Islas Bermudas, Islas Caimán, Países Bajos, Suiza, Singapur, Irlanda, Luxemburgo, Curazao, Hong Kong, Chipre, Las Bahamas, Jersey, Barbados, Mauricio e Islas Vírgenes Británicas.*

Nueve de los 15 territorios citados son europeos (Países Bajos, Suiza, Irlanda, Luxemburgo, Chipre) o responsabilidad de países europeos (Islas Caimán, Jersey, Bermudas e Islas Vírgenes Británicas son responsabilidad del Reino Unido). Sin embargo, tan solo tres de estos territorios (Islas Bermuda, Islas Vírgenes Británicas y Mauricio) permanecen en la lista oficial española de paraísos fiscales. El resto de territorios nunca han estado en ella, como por ejemplo Suiza, o han ido saliendo al firmar un convenio de intercambio de información fiscal que no siempre ha resultado eficaz.

Muchos autores señalan como corolario que la lucha contra los paraísos fiscales es más simbólica que real.

## IV. ANÁLISIS DE ALGUNOS PARAÍDOS FISCALES

No todos los paraísos fiscales son iguales, sino que se ha ido especializando para competir entre ellos mismos.

Así, hay territorios especializados en fiscalidad corporativa (Jersey, Panamá, Delaware o Liberia) y otros en grandes fortunas (Mónaco, Andorra o Montserrat). Existen oasis fiscales (zonas privilegiadas fiscalmente dentro de países con una tributación estándar), paraísos bancarios (Suiza o Luxemburgo), países estándar con regímenes privilegiados para tipos de negocios o grupos de sujetos.

Por ello, vamos a analizar algunos de ellos y ver las características que los diferencian.



**1.- Delaware.** Se trata del segundo estado más pequeño de USA, con menos de 1.000.000 habitantes y más de 1.100.000 empresas. Se estima que más del 60% de las 500 mayores compañías americanas tienen filiales en Delaware, y que el 50% de las casi 900 filiales en paraísos fiscales de las empresas del IBEX 35 también están en Delaware.

Delaware no es un territorio de nula tributación, puesto que se paga el impuesto federal de USA, pero permite la exención de impuestos estatales y locales para sociedades limitadas en manos de extranjeros no residentes, siempre que no operen dentro del estado. Lo que singulariza Delaware es la flexibilidad mercantil, que permite constituir empresas en muy poco tiempo y sin muchas requerimientos de información sobre los socios, pudiendo operar de forma anónima a través de un Agente Autorizado con el que se crea la compañía.

#### **2.- Montserrat.**

Ubicado en el archipiélago de las Antillas (Caribe) se trata de una antigua colonia británica, tiene apenas 16 kilómetros de largo y 11 de ancho. De los 11 bancos offshore de Montserrat solo 2 tienen autorización para operar con residentes, debiendo los demás operar solo con no residentes.

Lo que singulariza Montserrat es que permite la creación de sociedades offshore exentas de impuestos durante 25 años.

**3.- Suiza.** Suiza tiene 255 bancos, que gestionaban en 2015 activos por valor de 6,5 trillones de euros, y fortunas individuales de extranjeros por valor de 2,04 trillones de euros, lo que supone el 25% del total mundial.

El secreto bancario surgió en 1713 cuando la regulación de la ciudad de Ginebra prohibió a los banqueros revelar la identidad de sus clientes. Ello se vio fortalecido por la neutralidad suiza declarada en el Congreso de Viena de 1815, que provocó que los residentes de países limítrofes deslocalizaran sus capitales para evitar la escalada de impuestos para financiar la primera guerra mundial, y que los nazis escondieran también sus botines una vez terminada la guerra.

La firma del acuerdo FATCA por Suiza en 2013 y el Acuerdo Multilateral de la OCDE (Common Reporting Standard o CRS) en 2014 no han terminado con el secreto bancario, pues el primero solo afecta a ciudadanos de nacionalidad americana, y el segundo se aplica con muchas limitaciones con los países menos poderosos.

#### **4.- Islas Bermudas.**

Es un archipiélago compuesto por 150 islas situado en América del Norte, que forma parte del territorio de ultramar británico. La mayor de las islas, la Gran Bermuda, tiene apenas 53 kilómetros cuadrados y 60.000 habitantes.

Aunque no es uno de los paraísos fiscales donde resulta más fácil constituir una sociedad, las empresas gozan de exención de impuestos sobre sociedades y los particulares están exentos de impuestos sobre la renta hasta el año 2035.

#### **5.- Islas Caimán.**

Constituye un territorio de ultramar británico con más del doble de empresas 200.000 que de ciudadanos. Es el líder mundial en fondos de inversión con más de 11.296.

Las empresas que operan en las Islas tienen que pagar unos derechos de licencia anual, pero están exentos los beneficios empresariales obtenidos fuera de la jurisdicción.

Los nombres de los socios de las compañías no son incorporados a ningún registro público, ni hay obligación de revelar su identidad, lo cual unido a que no tienen firmados acuerdos para evitar la doble imposición genera una opacidad absoluta.

**6.- Irlanda.** Ocho años después del estallido de la burbuja inmobiliaria y tres después de superar el rescate, Irlanda declaró haber crecido en 2015 más de un 25%. La razón es que en el PIB se computa las transferencias de activos de multinacionales extranjera.

La principal razón de este crecimiento está sin duda en un entorno impositivo que favorece la entrada de inversión extranjera, con un tipo de Impuesto sobre Sociedades del 12,5% y que permite el fácil traslado de los beneficios de las empresas hacia territorios de escasa o nula tributación.

Es lo que se llama el "doble irlandés", que consiste en que una sociedad cree dos sociedades en Irlanda, una de las cuales estaría en un territorio de ultramar y sería la titular de los derechos internacionales de la propiedad intelectual, y la otra sería la que vendería al resto del mundo, pagando por los derechos a la primera. Con ello se traslada los beneficios a la sociedad irlandesa que, mediante el pago de los derechos, traslada a su vez la mayoría del beneficio al territorio de ultramar. Así, la mayoría de los beneficios no tributan y los pocos que se localizan en Irlanda tributan al 12,5%.

Gracias a eso y a una normativa laboral muy flexible (muy similar a la americana), ha conseguido atraer a Apple,

Google, Facebook y otras empresas tecnológicas. Quizás no solo gracias a eso, puesto que la Comisión Europea multó a Apple con 13.000 millones de euros por no haber pagado el impuesto que le correspondía, sin ningún apoyo por el Gobierno Irlandés.

Irlanda también destaca como el principal domicilio para los hedge fund, ya que el 40% operan desde dicho territorio, manejando activos por valor de 235.000 millones de dólares.

#### 7.- Países Bajos, en particular Holanda.

En Holanda son tradicionales las Besloten Vennootschap (BV), sociedades holding, que no pagan impuestos por los dividendos y ganancias que reciban de sus filiales siempre que se tenga una participación mínima del 5%.

Ello unido a que Holanda tiene una gran red de acuerdos para evitar la doble imposición, lo convierten en un territorio ideal para asentar una compañía intermedia entre una empresa matriz y su filial (localizada en un territorio de ultramar).

Además, existen fórmulas específicas de defraudación aprovechando la normativa tributaria holandesa. El más conocido es el denominado "sándwich holandés" consiste en juntar el "doble irlandés" con otras dos sociedades, una localizada en Holanda que cobra royalties por utilizar la propiedad intelectual de la sociedad con sede en Irlanda (la ley irlandesa permite que el pago de royalties estén exentos de impuesto sobre sociedades si se pagan a otra empresa europea, mientras que en Holanda el cobro por royalties no tributa) y luego los transfiere a otra sociedad radicada en un paraíso fiscal (pagando solo un 2% en la salida). Así se logra que incluso la tributación del 12,5% en Irlanda sea menor. Este sistema fue el utilizado por Google para defraudar más de 11.000 millones.

#### 8.- Liechtenstein.

Con una superficie de 160 kilómetros cuadrados y 37.000 habitantes, tiene 74.000 compañías.

Este territorio ofrece un impuesto de 0,1% para las compañías extranjeras. También tiene una ley de fondos en fideicomiso, que permite formar estructuras mezcla de sociedades limitadas y fondos.

Ello unido a una falta total de transparencia, ya que los bancos no están obligados a informar quiénes son los titulares de las cuentas, ha atraído numeroso capital extranjero, gestionando 70.300 millones de dólares.

Para muchos autores la propia City de Londres constituye un paraíso fiscal, ya que a pesar de tratarse de un centro financiero onshore, está unida por medio de una tela de araña con todos los paraísos fiscales territorios de ultramar o antiguas colonias (Islas Caimán, Islas Bermudas, Gibraltar, Islas del Canal, Hong Kong, etc), que permite que la City canalice el 55% de los depósitos offshore del mundo, con 3,2 billones de dólares.

Por parte de otros autores, se ha escrito mucho acerca de si Canarias constituye también un paraíso fiscal, en base a las ventajas fiscales derivadas del REF concedido en base a su condición de territorio insular y ultraperiférico.

Así, Canarias tiene el menor tipo de impuesto sobre sociedades de la UE, con un 4%, además de otras ventajas (como beneficios para las empresas no residentes que se instalen con un establecimiento permanente, deducción de hasta el 75% de la inversión en I+D+I) y de un tipo del IGIC inferior al tipo reducido español y que no grava las importaciones de productos a las islas.

## V. LUCHA CONTRA LOS PARAÍOS FISCALES EN LOS DISTINTOS IMPUESTOS

Como hemos visto, invertir en un paraíso fiscal no es ilegal, motivo por el que la normativa española no lo impide.

No obstante, las ventajas de estas inversiones ha quedado desdibujadas por la adopción de medidas, esencialmente en el IRPF e Impuesto Sociedades (no se tratan las prácticas BEPS sino solo las medidas que específicamente se refieren a paraísos fiscales), que las hacen menos atractivas.

### 1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

#### A. Residencia habitual.

En la determinación de la residencia habitual por criterio de permanencia más de 183 días, las ausencias computan como estancia, salvo que se acredite la residencia fiscal en otro país mediante un certificado de residencia emitido por la autoridad fiscal competente. Sin embargo, cuando se trate de un paraíso fiscal no basta con aportar el referido certificado, sino que hay que acreditar la permanencia efectiva en dicho territorio de 183 días.

Aún acreditando la permanencia en dicho territorio, si el contribuyente que ha cambiado su domicilio desde territorio español a un paraíso fiscal, es de nacionalidad española, viene sometido a la cuarentena fiscal, por lo cual ha de continuar tributando por el IRPF en el ejercicio de cambio y en los 4 siguientes. Esta norma no requiere acreditar ninguna intención defraudatoria, pues tiene carácter objetivo.

### **B. Obligaciones documentales derivadas de la realización de operaciones vinculadas.**

Los sujetos a los que sea aplicable el régimen de entidades de reducida dimensión podrán evitar la presentación del análisis de comparabilidad, salvo que se trate de operaciones vinculadas con personas o entidades residentes en un paraíso fiscal.

### **C. Ganancias y pérdidas patrimoniales. Impuesto de salida.**

Cuando un obligado que haya sido residente 10 de los últimos 15 años traslade su residencia al extranjero, deberá pagar la plusvalía latente –no realizada- por diferencia entre el valor de mercado y el precio de adquisición de sus participaciones significativas (aquellas que en conjunto valgan 4.000.000 euros, o aquellas que representen el 25% de una entidad y valgan 1.000.000 euros).

Cuando el obligado se traslade a un paraíso fiscal, a pesar de seguir tributando por IRPF por aplicación de la cuarentena fiscal, también debe pagar el impuesto de salida.

En este caso se aplican las siguientes especialidades:

**a.** La imputación de las ganancias patrimoniales se realiza al último período impositivo en que el contribuyente tenga su residencia habitual en territorio español; para su cómputo se toma el valor de mercado de las acciones o participaciones en la fecha de devengo de dicho período impositivo.

**b.** En caso de transmisión de las acciones o participaciones en un período impositivo en que el contribuyente mantenga tal condición (ejercicios en los que resulta de aplicación la cuarentena fiscal), para el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial correspondiente a la transmisión se toma como valor de adquisición el valor de mercado de las acciones o participaciones que se hubiera tenido en cuenta para determinar la ganancia patrimonial del impuesto de salida.

### **D. Deducción por doble imposición jurídica internacional.**

La Consulta Vinculante de 2/12/2010 de la DGT permite deducir (con las limitaciones del art. 80 LIRPF, por tanto, en caso de que sea la cantidad menor) el impuesto pagado en un paraíso fiscal.

### **E. Obligaciones de información (pendiente de desarrollo reglamentario).**

Los contribuyentes deben suministrar información en relación con las operaciones, situaciones, cobros y pagos que efectúen o se deriven de la tenencia de valores o bienes relacionados, directa o indirectamente, con países o territorios considerados como paraísos fiscales.

### **F. Transparencia fiscal internacional.**

Este régimen pretende evitar que los obligados residentes sitúen su patrimonio generador de rentas pasivas en territorios de baja o nula tributación, difiriendo así el pago de impuestos en España hasta que o bien se distribuye el beneficio por la entidad no residente al socio residente o bien se transmite por el socio residente las acciones en la entidad no residente.

Para ello se opta por un régimen de imputación por el que las referidas rentas pasivas obtenidas por la entidad no residente se imputan al socio residente como si las hubiera obtenido el mismo, permitiéndosele deducir lo pagado por la entidad no residente.

En el caso de que la entidad en la que se sitúa el patrimonio generador de rentas pasivas sea residente en un paraíso fiscal, precisamente como consecuencia de la falta de intercambio de información que imposibilita que la administración pueda determinar que se cumplen los requisitos y circunstancias exigidas para aplicar la transparencia fiscal internacional; se presume dicha aplicación, invirtiendo la carga de la prueba a la persona residente.

Así, se presume que:

**a.** El importe satisfecho por la entidad no residente imputable a las rentas objeto de inclusión es inferior al 75% del que hubiese correspondido en España.

**b.** La renta obtenida por la entidad son rentas pasivas.

c. La renta a integrar en la base imponible de la persona física residente en territorio español equivale al 15% del valor de adquisición de la participación en aquella entidad.

El único requisito que no se presume es el grado de participación sobre la entidad no residente, que ha de ser probado por la Administración.

## G. Normas para determinar el Rendimiento de la Actividad Económica.

Las normas sobre valoración de operaciones con paraísos fiscales y las ventas a sujetos residentes en paraísos fiscales, se verá al tratar la trascendencia de los paraísos fiscales en el Impuesto Sociedades.

## 2. Impuesto sobre Sociedades

### A. Ámbito de aplicación

Cuando una sociedad no se pueda considerar residente por las reglas generales previstas en el art 8 LIS (constitución conforme a las leyes españolas, domicilio social, sede de dirección efectiva), y esté radicada en un paraíso fiscal, se podrá presumir que es residente cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a. sus activos principales, directa o indirectamente, son bienes situados en territorio español o derechos que se cumplen o ejercitan en este territorio; o
- b. su actividad principal se desarrolla en territorio español.

Esa presunción se puede destruir cuando:

- a. la entidad acredita que la dirección y efectiva gestión tiene lugar en el país o territorio donde está radicada; y
- b. la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales distintas de la simple gestión de valores u otros activos.

### B. Operaciones con paraísos fiscales: gastos e ingresos

El art. 19 LIS establece que las operaciones (no solo las compras) que se realicen con personas o entidades residentes en paraísos fiscales se valorarán por su valor de mercado, con independencia de que ello pueda determinar una tributación inferior que la derivada del valor convenido. La documentación que debe conservarse es similar a la propia de operaciones vinculadas.

Si la operación determina para el obligado residente un gasto por servicios, el art. 15 LIS establece que no será deducible si deriva de las siguientes operaciones:

- a. Los realizados directa o indirectamente con sujetos residentes en paraísos fiscales.
- b. Los que se paguen a través de sujetos residentes en paraísos fiscales.

Como excepción, el gasto si será deducible si el obligado prueba que se trata de una operación realmente realizada.

### C. Medidas para evitar la doble imposición

La LIS regula un doble sistema para evitar la doble imposición:

- a. Exención en base imponible cuando se cumplen ciertos requisitos.
- b. Dedución en la cuota íntegra con otros requisitos menos exigentes.

El método de exención pretende evitar dos tipos de doble imposición:

a. Doble imposición económica (una misma renta es gravada dos veces en sede de dos sujetos distintos) interna (ambos sujetos son residentes) e internacional, tanto por dividendos como por rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de participación en el capital en entidades residentes o no residentes.

b. Doble imposición jurídica (una misma renta es gravada dos veces a un solo sujeto) internacional para las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente.

Para aplicar la exención por doble imposición económica internacional en participación directa, tanto por dividendos como por transmisión de participaciones se exige (además del requisito de participación para aplicar la exención por doble imposición económica interna), que la propia entidad participada esté sometida a un gravamen por impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS con un tipo nominal del 10%. Pues bien, este requisito no se entiende cumplido cuando la entidad participada sea residente en un paraíso fiscal. Art. 21.1.b LIS.

Así, en caso de dividendos, la entidad residente los integra en su base, aunque se deduce de la cuota íntegra el impuesto pagado por la no residente y el que ella misma hubiera podido pagar en el país de la fuente. En caso de transmisión de participaciones, para los períodos impositivos iniciados en 2017 solo integra la renta positiva (no la negativa) en la base imponible.

Cuando la participación en la entidad residente en un paraíso fiscal sea indirecta a través de una entidad residente o no, se aplicarán las mismas normas mutatis mutandis. Esto es, para los ejercicios iniciados en 2017 se entiende a efectos de dividendo que la entidad residente en un paraíso fiscal no ha estado sometida a un tipo del 10%; y en caso de transmisión de participaciones, la parte de renta correspondiente a las rentas no distribuidas por la entidad residente en un paraíso fiscal tampoco gozarán de exención.

La exención por doble imposición jurídica internacional no será aplicable cuando el Establecimiento Permanente esté localizado en un territorio o país calificado como paraíso fiscal.

#### D. Patent box

La LIS establece una reducción de la renta integrable en base imponible como consecuencia de la explotación derivada de la cesión a terceros o transmisión de conocimientos técnicos con aplicación industrial o comercial como mecanismo de estimular la realización de actividades de innovación para la obtención de dichos conocimientos.

Pues bien, cuando la cesión (no transmisión) del activo intangible se haya realizado antes del 29/9/2013 se puede seguir aplicando la exención del 50% sobre la renta derivada de la misma, hasta el 30/6/2021, salvo precisamente que el cesionario resida en un paraíso fiscal.

#### E. Instituciones de Inversión Colectiva constituida en paraíso fiscal

Cuando una IIC esté constituida en un paraíso fiscal los socios residentes tributarán con arreglo a las siguientes peculiaridades:

**a.** Integrarán en su base imponible la diferencia positiva (no negativa) entre el valor liquidativo (que incluirá los beneficios no distribuidos obtenidos por la no residente) y el precio de adquisición de su participación.

El valor de adquisición de la participación se incrementará (con vistas a una transmisión futura) en el importe integrado en la base imponible por diferencia entre valor liquidativo y valor de adquisición.

**b.** En caso de distribución del beneficio por la IIC no se integra en la base imponible del socio, por cuanto ya se integró por diferencia entre el valor liquidativo y el valor de adquisición.

En este caso, se disminuirá el valor de adquisición en dicho importe (pues previamente, cuando se tributó por diferencia entre valor liquidativo y valor de adquisición, incrementó dicho importe).

El socio tendrá derecho a deducción por doble imposición internacional por el impuesto satisfecho por la IIC y por el satisfecho por él mismo en el estado de la fuente con motivo de la distribución.

**c.** La Administración tributaria puede presumir que la renta a integrar en la base imponible es el 15% del valor de adquisición de la participación, salvo que el contribuyente pruebe que dicha renta es diferente a la presumida

#### F. Transparencia fiscal internacional

El régimen de transparencia fiscal internacional es un régimen de imputación por el cual se imputan al socio residente las rentas obtenidas por la entidad no residente, para evitar que se sitúe el patrimonio generador de rentas pasivas en territorio de baja o nula tributación, difiriendo la tributación en España hasta que se distribuyan los dividendos al socio residente o se transmita la participación en la entidad no residente.

Cuando una sociedad está radicada en un paraíso fiscal o en un territorio de nula tributación se presume que se cumplen los siguientes requisitos para la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional:

**a.** El importe satisfecho por la entidad no residente imputable a las rentas pasivas es inferior al 75% del que hubiese correspondido de aplicar las normas del IS.

**b.** La renta obtenida por la entidad no residente procede de las fuentes de rentas objeto de imputación, esto es, son rentas pasivas.

**c.** La renta obtenida por la entidad no residente objeto de imputación en la base imponible de la sociedad residente en

España equivale al 15% del valor de adquisición de la participación en aquella entidad.

La presunción anterior se puede desvirtuar por prueba en contrario.

El único requisito que no se presume es el referente al grado de participación sobre la entidad no residente, el cual debe ser probado por la Administración para poder aplicar este régimen tributario si la sociedad residente no ha incluido renta alguna por su participación en aquella entidad no residente.

### **G. Canje de valores y fusión**

Canje de valores aquella operación por la que una entidad (A) adquiere una participación en el capital de otra (B) que le permita obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, aumente la misma, mediante la atribución a los socios (C) de la dominada (B), a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad (A).

Esta operación cuando se cumplan ciertos requisitos puede gozar de un régimen de diferimiento para evitar que una operación que mercantilmente tiene sentido deje de realizarse por consideración a la tributación derivada de la operación.

La aplicación de este régimen especial requiere que ninguna de las entidades participantes (dominante y dominada) sean residentes en un paraíso fiscal.

Fusión es aquella operación por la que una entidad se disuelve sin liquidación mediante la entrega de todo su patrimonio a una sociedad absorbente (de nueva creación o preexistente), mediante la entrega a sus socios (como compensación por las acciones de la disuelta) de acciones de la absorbente.

Igual que en el canje, la aplicación del régimen especial de diferimiento requiere que ni la sociedad absorbida ni la absorbente sean residentes en un paraíso fiscal.

### **H. Entidades de tenencia de valores extranjeros**

Las ETVE son entidades cuyo objeto social comprende la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales.

A estas entidades se les confiere el beneficio de no integración (exención) de las rentas derivadas de dividendos o plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones que provengan de entidades participadas residentes en el extranjero.

Para gozar de este régimen especial deben cumplir los requisitos generales vistos en el art. 21 LIS para la exención de doble imposición económica internacional, por lo que no será aplicable si las sociedades participadas radican en paraísos fiscales.

Cuando los socios de la ETVE sean residentes en un paraíso fiscal también se establecen limitaciones a la aplicación del régimen especial a las rentas que los mismos obtengan de la entidad de tenencia de valores extranjeros cuando perciban dividendos distribuidos por esta entidad o bien transmitan la participación tenida en la misma.

### **I. Deterioro de valores mobiliarios**

El art. 13.2 LIS establece que la pérdida por deterioro en valores mobiliarios no es deducible si la participada reside en un paraíso fiscal.

Como excepción, será deducible si la participada consolida sus cuentas con las de la entidad que realizaba la dotación o bien la entidad participada reside en un Estado miembro de la UE y la entidad residente que dotase el deterioro acredita que la constitución y operativa de la entidad residente en el paraíso fiscal responde a motivos económicos válidos y se trata de rentas activas.