

¿La OCDE puede reparar el Sistema Fiscal Internacional?

Sol Picciotto¹²

Enfoque Internacional No. 12, *Análisis Tributario* (2014), Lima, Peru
http://www.aele.com/analisis_tributario_enfoque_internacional

El Comité de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE ha sido el principal promotor y guardián del sistema fiscal internacional desde 1956. Ahora se enfrenta a su mayor reto al tratar de renovar este sistema para el siglo XXI, especialmente en lo relacionado a las empresas transnacionales (en adelante “ETN”). Después de un año de estudio y negociación, y usando un acelerado proceso al margen de sus habituales Equipos de Trabajo (ET), su proyecto sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (en inglés Base Erosion and Profit Shifting – BEPS) ha generado un plan de acción³. El plan contempla un ambicioso programa de trabajo de 30 meses, cuyo objetivo es reparar lo que se acepta como un sistema disfuncional. El informe anuncia esto nada menos que como “*un punto de inflexión en la historia de la cooperación internacional en materia de fiscalidad*”.

El plan BEPS requiere mirar nuevamente a la mayoría de los elementos clave del sistema fiscal internacional en relación con las ETN. Para mantener el proyecto dentro de algún tipo de límite, el Informe sobre Plan de Acción BEPS señala que no tiene por objeto reconsiderar la asignación básica de los derechos de imposición entre los Estados de residencia y de la fuente, aunque algunos países consideran que esto es necesario. Sin embargo, las acciones previstas, si se toman seriamente, implicarán cambios significativos, y de hecho algunos retrocesos, en las políticas fiscales de los países y en las posiciones adoptadas por la propia OCDE. El ejercicio se puede comparar al de desmontar una máquina averiada, restaurar sus partes, y luego volver a ponerlas juntas con la esperanza de que vaya a funcionar mejor.

De las quince acciones identificadas en el Plan de Acción BEPS, nueve se refieren a partes específicas del sistema, y están organizadas en tres grupos. Las seis restantes abordan los métodos de reconstrucción y procuran asegurar que el sistema reparado funcione.

La primera acción es "Abordar los retos de la economía digital para la imposición" (en adelante “ED”). Ello no implica el examen de cualquier parte específica del sistema sino una consideración de la naturaleza de la ED, para ver si el sistema (remodelado, e incluyendo los impuestos indirectos) puede tratar adecuadamente este nuevo paradigma de negocio. Esto será considerado por muchos como un test crucial, en vista que el proyecto

¹ Profesor emérito en la Universidad de Lancaster en el Reino Unido. Alto asesor de la Red de Justicia Fiscal y miembro del grupo asesor del Centro Internacional para la Fiscalidad y el Desarrollo, donde coordina un grupo de investigación en materia de fiscalidad unitaria de ETN con especial referencia a los países en desarrollo. Autor de “Regulating Global Corporate Capitalism” (2011) y de “International Business Taxation” (1992).

² Este artículo está dedicado a la memoria de Michael J. McIntyre.

³ Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris, OCDE, 19 de julio de 2013. Existe también una versión en español.

BEPS ha sido primordialmente impulsado por el problema de las "rentas sin estado"⁴, identificado en gran medida con las empresas de alta tecnología con sede en EE.UU., como se destaca en los reportes noticiosos⁵ y en las investigaciones realizadas por los parlamentos nacionales⁶. La Acción 1 tiene por objeto producir un informe que identifique los problemas planteados por la ED y establecer posibles soluciones dentro de un año, aunque es improbable que se cumpla con dicho plazo. En efecto, este estudio servirá como una prueba de los progresos realizados en cuestiones más específicas, con la esperanza de desviar las presiones por medidas unilaterales en algunos Estados, especialmente Francia⁷.

En este artículo se examina primero las piezas identificadas en el informe con necesidad de reparación, luego los métodos de reconstrucción propuestos, y se concluye con una evaluación respecto a si la máquina renovada podría funcionar y cómo lo haría.

I. LAS PARTES

1. Coherencia

El primer grupo de cuatro acciones sustanciales está incluido bajo el título "Creación de coherencia internacional en el Impuesto de Sociedades". Éstas se refieren a cuestiones que la OCDE ha descuidado, esencialmente debido a que lograr esa coherencia no es tarea fácil. El primer problema identificado (Acción 2) es la de los "híbridos", tanto entidades como instrumentos. Aquí la OCDE prevé una solución colectiva y potencialmente global, una combinación de cambios en el Modelo de Convenio de Doble Imposición (en adelante "MCOCDE") y la formulación de modelos de disposiciones de derecho interno. Como Lee Sheppard comenta, *"los países están pidiendo a la OCDE rescatarlos de su propia"*

⁴ KLEINBARD, Edward D., "Stateless Income Income's Challenge to Tax Policy". EN: *Tax Notes International*, 29 de octubre de 2012, pág. 499.

⁵ En particular, DRUCKER, Jesse, "Google 2.4% Rate shows how \$60 Billion Lost to Tax Loopholes". EN: *Bloomberg*, 21 de octubre de 2010, disponible en <http://www.bloomberg.com/news/2010-10-21/google-2-4-rate-shows-how-60-billion-u-s-revenue-lost-to-taxloopholes.html>; y más reciente, BERGIN, Tom, "Special Report: How Big Tech Stays Offline on Tax". EN: *Reuters*, 23 de julio de 2013, disponible en <http://www.reuters.com/article/2013/07/23/us-taxbigtech-idUSBRE96M08W20130723>.

⁶ Notablemente, Australia: COOPER, Graeme S. "An Aussie View of the Digital Tax Disruption". EN: *Tax Notes International*, 10 de diciembre de 2012, pág. 1001; Francia: COLIN, N. y COLLIN, P., "Mission d'Expertise sur la Fiscalité de l'Économie Numérique", Ministerio de Finanzas y de Economía de Francia, enero 2013, disponible en <http://www.economie.gouv.fr/rapport-sur-la-fiscalite-du-secteur-numerique>; Reino Unido: House of Commons Committee of Public Accounts, "HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts 2011-12", 19° Reporte de 2012-2013; y "Tax Avoidance — Google", 9° Reporte de 2013-2014, disponibles en <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpubacc/112/112.pdf>; House of Lords Select Committee on Economic Affairs, "Tackling Corporate Tax Avoidance in a Global Economy: Is a New Approach Needed?", 1° Reporte de sesiones 2013-2014, HL 48; EE.UU.: Senate Homeland Security and Governmental Affairs Permanent Subcommittee on Investigations, "Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code — Part 2 (Apple Inc.)", audición del 21 de mayo de 2013, y "Memorandum of Sens. Carl Levin and John McCain; House Committee on Ways and Means", audición en *Tax Reform: Tax Havens, Base Erosion and Profit-Shifting*, 13 de junio 2013.

⁷ Ver *Informe Colin-Collin*, *supra* nota anterior, pág. 121.

locura"⁸, aunque uno puede entender por qué a veces la acción colectiva es necesaria para reforzar los resultados individuales.

Efectivamente, la Acción 2 del plan contempla más medidas coordinadas que el informe sobre los híbridos emitido en marzo de 2012,⁹ que solo hizo recomendaciones para la introducción de normas nacionales a fin de vincular el tratamiento fiscal de un país sobre esa materia con otro. El Plan de Acción BEPS ahora parece abordar el tema de manera más amplia, así como parece reconocer que los conflictos podrían resultar de la adopción generalizada de medidas unilaterales para hacer frente a los híbridos, indicando que "*podría ser difícil determinar qué país ha perdido realmente ingresos fiscales*". En principio, los cambios en el MCOE, por ejemplo, incluir reglas de desempate, podrían hacer frente a estos problemas, aunque preguntarse si los Estados estarían de acuerdo con este tipo de soluciones es otra cuestión. Esto podría dar lugar a más trabajo para el Procedimiento de Acuerdo Mutuo (en adelante "PAM"), el que por supuesto no tiene por qué limitarse a los casos de precios de transferencia.

El siguiente punto de acción, los regímenes para las sociedades extranjeras controladas (en adelante "CFC" por sus siglas en inglés), no ha sido examinado por la OCDE desde 1987, como menciona el informe¹⁰. Sigue siendo la manzana de la discordia, ya que algunos miembros de la OCDE cuestionan la pretensión de los países de origen de las ETN a tener el último derecho de gravar las rentas del extranjero de ese tipo de compañías, incluso si han estado en gran parte libre de impuestos. Cuando surgieron por primera vez los Regímenes CFC, Suiza argumentó que en vista que los Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDI) definen y asignan derecho a gravar, el Estado de residencia no puede utilizar las reglas antielusivas para gravar los ingresos no distribuidos de las filiales extranjeras válidamente constituidas en el otro Estado Contratante del CDI, a menos que el Convenio reconozca específicamente la aplicabilidad de dichas reglas¹¹. Otros Estados no van tan lejos; sin embargo, el CAF concluyó: "*Un consenso internacional debería establecerse, al que podrían referirse los Estados que han introducido recientemente medidas correctivas. Al respecto, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE... aparecería... para constituir el foro adecuado para la discusión de estas cuestiones normativas*".¹²

El CAF no ha jugado en la práctica este papel, aunque los países que han introducido Regímenes CFC (alrededor de la mitad de los países miembros de la OCDE, además de algunos otros) han seguido principios generales similares. Esencialmente, estos regímenes se basan en tres pruebas:

- La propiedad o control (para identificar la matriz real);

⁸ SHEPPARD, Lee A., "OECD BEPS Action Plan: Trying to Save the System". EN: *Tax Notes International*, 22 de julio de 2013, pág. 291.

⁹ Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, "Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues," preparado por el Grupo de Trabajo 10 sobre Intercambio de Información y Cumplimiento Tributario, con el apoyo de su Grupo de manejo de planeamiento fiscal, París, OCDE, 2012.

¹⁰ Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, "Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies". EN: *International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies, Issues in International Taxation* N° 2, París, OECD, 1987.

¹¹ Loc. Cit., párrafos 95 a 97.

¹² Loc. Cit., párrafo 48.

- Las rentas pasivas; y
- Bajos impuestos.

Todos se han vuelto cada vez más difícil de aplicar: En primer lugar, porque las ETN se han vuelto más descentralizadas y regionalizadas, y muchas han adoptado estructuras multinivel; luego por la creciente importancia de los servicios y otras actividades que pueden tener carácter "virtual"; y, en tercer lugar, por el crecimiento de los regímenes preferenciales y de bajos impuestos que ofrecen los "paraísos de producción" (por ejemplo, Irlanda).

Los Regímenes CFC de los países miembros de la Unión Europea (UE) deben ahora también pasar la prueba aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que consiste en que las reglas CFC sólo se aplicarán a los acuerdos "totalmente artificiales" en otros Estados de la UE, de lo contrario son consideradas como una restricción al derecho de establecimiento, piedra angular de la libertad de movimiento en el mercado común. La aplicabilidad del Régimen CFC del Reino Unido a Irlanda y Luxemburgo fue invalidada por las Sentencias del TJUE que aplicaron este nuevo principio.¹³

Estas tendencias también han hecho más fácil para las ETN presionar a sus países de origen para relajar las reglas CFC bajo amenaza de reubicarse (y en algunos casos haciéndolo), logrando que los gobiernos se sientan obligados al cambio normativo. Así, EE.UU., por accidente o por diseño, ha permitido la mutilación de la "Subpartida F" por las reglas de "check the box" ("marcar la casilla"). El Reino Unido abandonó en gran parte su Régimen CFC y adoptó un sistema esencialmente territorial, en vigor desde abril de 2013, y actualmente EE.UU. está siendo presionado por muchos para hacer lo mismo.

¿Puede la OCDE revertir esta tendencia, o incluso desarrollar un enfoque más coordinado con las CFC? La coordinación de Reglas CFC podría hacerlas más eficaces y tal vez incluso legítimas. Se ha argumentado a favor de un Régimen CFC que sea desarrollado por un grupo de países (en adelante "Régimen CFC Colectivo"), el cual exoneraría de atribución a los ingresos de las CFC en los otros países del grupo (quizás con las excepciones de los regímenes preferenciales específicos que se consideran como aceptables), junto con la coordinación continua a través de un órgano de supervisión¹⁴. Este diseño podría superar muchos de los problemas de los Regímenes CFC, por ejemplo, la regionalización de las ETN (se otorgaría derechos de atribución al encargado de primer nivel de un grupo empresarial de varios niveles en los países del Grupo CFC) y la definición de las rentas pasivas (este requisito podría ser eliminado, basándose únicamente en el criterio de bajos impuestos).

Sin embargo, es poco probable que este plan sea acordado por todos los países miembros de la OCDE. Por lo tanto, sería en realidad la suma de la acción colectiva de un grupo de Estados en contra de otros que ellos consideran que se apartan de sus normas fiscales corporativas. Los considerados como apartados serían no sólo los paraísos fiscales clásicos, sino también los paraísos de producción y otros que ofrecen regímenes preferenciales

¹³ Ver *Cadbury Schweppes PLC, Cadbury Schweppes Overseas Ltd. vs. Commissioners of Inland Revenue*, Caso C-196-04, ECJ (2006) (Régimen CFC con Irlanda); y *Vodafone 2 vs. HMRC*, EWCA Civ 446 Case No: A3/2008/2235 CA (2009) (Régimen CFC con Luxemburgo).

¹⁴ BURNETT, Chloe A., "Replacing CFC Regimes With a Collective Attribution System". EN: *Tax Notes International*, 20 de junio de 2005, pág. 1109

considerados inaceptables. Esto enfrentaría a un grupo de países miembros de la OCDE contra otros, a menos que, por supuesto, estos últimos países acepten cambios en sus sistemas fiscales que fuesen considerados aceptables para los países del Grupo CFC. Dado que algunos de estos posibles "objetivos" son los países miembros de la UE (sobre todo Irlanda, los Países Bajos y Luxemburgo), un Régimen CFC de este tipo se vería limitado por el test de "totalmente artificial" que mantiene el TJUE. El Grupo CFC también tendría que considerar una política conjunta dirigida a excepciones para los acuerdos preferenciales para atraer la inversión ofrecida por Estados que no son miembros de la OCDE, en especial los países en desarrollo.

No obstante, puede ser posible concebir un Régimen CFC Colectivo fuerte. Con suerte, el plan se refiere al "*desborde de efectos positivos*", como las Reglas CFC que pueden impedir la desviación de los ingresos de los países de la fuente. Tal vez, incluso la amenaza de ese plan también crearía una presión significativa sobre otros países para eliminar lo que un grupo pro Régimen CFC considera preferencias fiscales perjudiciales. Pero la Acción 3 del Plan de Acción BEPS parece contemplar algo más modesto, refiriéndose únicamente al desarrollo de las "*recomendaciones sobre el diseño de las reglas para las sociedades extranjeras controladas*". Esto parece quedarse corto en un enfoque amplio para restaurar la "*coherencia internacional de las normas del Impuesto a la Renta sobre Sociedades*".

Capaz no es coincidencia que otra de las cuatro acciones de este grupo sea "Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia". Sin embargo, el plan no hace ninguna conexión explícita con la emisión de las Reglas CFC. Se propone reactivar y renovar el Foro sobre Prácticas Fiscales Perjudiciales (en adelante "Foro PFP"), establecido en el marco del anterior proyecto hito de la OCDE contra la evasión fiscal, anunciado por su informe de 1998: "La Competencia Fiscal Perjudicial: Un Asunto Emergente". Este proyecto fue, por supuesto, efectivamente descarrilado por un cambio en la política de EE.UU., cuando la nueva administración Bush aceptó los argumentos de que la iniciativa, tal como se formuló por primera vez, implicaba dictar política fiscal a otros Estados.¹⁵ El proyecto entonces se reorientó en obtener información de paraísos fiscales, asiduamente perseguidos por casi una década mediante la negociación de acuerdos bilaterales de intercambio de información fiscal. Sólo ahora, después de la crisis fiscal de 2007-2008, este esfuerzo de transparencia fiscal ha producido el compromiso en la reunión Cumbre del G-8 del año 2013, para establecer una nueva regulación global de intercambio automático de información fiscal, así como de transparencia del beneficiario efectivo.¹⁶ Esta tarea también ha sido encomendada a la

¹⁵ Ver O'NEILL, Paul H. "Statement of Paul H. O'Neill before the Senate Committee on Governmental Affairs Permanent Subcommittee on Investigations, OECD Harmful Tax Practices Initiative", 18 de Julio de 2001. El cambio fue simbolizado por la sustitución del término "competencia" por "prácticas", señalando que la competencia fiscal no puede ser perjudicial. El último informe de fondo sobre los regímenes fiscales preferenciales fue en 2004, con una actualización en 2006. Entre los muchos comentarios sobre la iniciativa cabe destacar las evaluaciones un tanto divergentes realizadas por SHARMAN, J.C. *Havens in a Storm: The Struggle for Global Tax Regulation*, Ithaca, Cornell University Press, 2006, y AVI-YONAH, Reuven S., "The OECD Harmful Tax Competition Report: A Retrospective After a Decade". EN: *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, N° 783, 2009, que de hecho propuso que debería ser seguido por medidas concertadas contra CFC.

¹⁶ Ver 2013 Lough Erne Leaders' Communiqué: "We commit to establish the automatic exchange of information between tax authorities as the new global standard, and will work with the Organisation for

OCDE en 2013, que anunció un nuevo estándar para la transparencia, el 13 de febrero de 2014.

La reorientación de la iniciativa de las PFP por los EE.UU. en el año 2000 dejó a la UE la responsabilidad de hacer frente a los regímenes preferenciales ofrecidos por los países miembros de dicha Unión. Dado que en la UE la coordinación fiscal directa es posible en la UE únicamente por unanimidad, lo que otorga a cada Estado un derecho de veto, esto tenía que hacerse a través de un proceso voluntario y consensual: el Código de Conducta para la Fiscalidad Empresarial. El Código fue aplicado a través de un examen de las medidas preferenciales por un grupo secreto de representantes de los Estados miembros (el llamado Grupo Primarolo, por su presidente), procurando "pararlas" e incluso "revertirlas". Tuvo cierto éxito, aunque gran parte se debió a la disponibilidad de la más directa amenaza de acciones legales por parte de la Comisión Europea en contra de cualquier preferencia que podría ser considerada ayuda estatal. Esa amenaza llevó a Irlanda a abandonar sus 10 años de vacaciones fiscales por la aplicación de una tasa impositiva corporativa general, ahora de 12.5 por ciento¹⁷. No obstante, el proceso de codificación parece haber alcanzado el límite de su potencial. Incluso la presión de Alemania, que ha sido la principal fuente de fondos para ayudar a rescatar los bancos de la eurozona en Irlanda, no ha logrado tener éxito en convencer a este último país para realizar más modificaciones a sus acuerdos fiscales preferentes, los cuales tienen un amplio apoyo político.

Al darse cuenta de los límites de las medidas nacionales, sobre todo cuando están sujetas a las restricciones formuladas por el TJUE para defender la libertad de circulación de capitales, la Comisión Europea cambió su enfoque, alejándose de los principios de los CDI. Ha trabajado durante 10 años para desarrollar un sistema de "formulary apportionment" en la UE, la base imponible corporativa consolidada común. Tras el pacto fiscal Merkel-Sarkozy la propuesta fue presentada y aprobada por una amplia mayoría en el Parlamento Europeo en marzo de 2012. Sin embargo, una vez remitido al Consejo de Ministros, se ha topado inevitablemente con la oposición de un número importante de Estados miembros.

El Plan de Acción BEPS propone renovar el Foro PFP y reorientarlo, aceptando que ya no es posible definir los regímenes preferenciales en términos de "barrera protectora" como lo hizo el Informe de 1998, ya que ahora ofrecen reducciones de tasas para tipos específicos de ingresos, como ingresos para actividades financieras o para provisión de intangibles (como el "patent box" del Reino Unido). Identifica la necesidad de adoptar soluciones más efectivas, pero es vago respecto a cómo se puede hacer, aparte de una declaración esperanzada de que "estar de acuerdo a un conjunto de reglas comunes de hecho puede ayudar a los países a tomar sus decisiones de política fiscal soberana". Sin la fuerte coacción que podría provenir de concertadas reglas anti-CFC, todo lo que queda es la

Economic Cooperation and Development (OECD) to develop rapidly a multilateral model which will make it easier for Governments to find and punish tax evaders. . . . We agree to publish national Action Plans to make information on who really owns and profits from companies and trusts available to tax collection and law enforcement agencies, for example through central registries of company beneficial ownership". Disponible en:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207771/Lough_Erne_2013_G8_Leaders_Communique.pdf.

¹⁷ WISHLADE, Fiona, "When Policy Worlds Collide: Tax Competition, State Aid, and Regional Economic Development in the EU". EN: *Journal of European Integration*, vol. 34, N° 6, 2012, págs. 587 a 588.

presión de grupo, que generalmente produce en el mejor de los casos un desgaste gradual de algunas medidas, sólo para ser reemplazadas por otras.

Coherentemente, la cuarta acción se refiere a la limitación de las deducciones por intereses y otros pagos financieros. Mientras que las otras propuestas tienen por objeto restaurar la jurisdicción fiscal de los países de residencia, este tipo de medidas se considera usualmente para proteger la imposición en la fuente, y por lo tanto beneficiar a los países anfitriones, en especial los países en desarrollo. Sin embargo, el Plan de Acción BEPS también señala que *"puede que una compañía se endeude para financiar la generación de un ingreso que está exento o que se puede diferir, gozando por lo tanto de una deducción corriente por gastos financieros en tanto que el ingreso correspondiente se aplaza o exonera"*. Esto sugiere que las medidas de limitación de deducciones deberían ser coordinadas, o las empresas podrían terminar rechazándolas en todas partes. Por consiguiente, el plan propone que, además de desarrollar *"recomendaciones sobre las mejores prácticas en el diseño de normas"* nacionales, se formularán Directrices sobre Precios de Transferencia, y este trabajo se coordinará con el trabajo sobre Regímenes CFC e Híbridos. Conciliar disposiciones de limitación de deducciones a través de acuerdos de precios de transferencia creará nuevas tensiones en este sistema, incluyendo el PAM. Más que recomendaciones sobre mejores prácticas, probablemente es necesario una fuerte coordinación que permita a los Estados introducir esas medidas para afrontar la competencia por atraer inversiones, y aquí hay un papel para el FMI en asistir a los países en desarrollo con esas medidas.

2. Restauración de Estándares Internacionales

A continuación, el plan tiene como objetivo restaurar *"todos los efectos y beneficios de los estándares internacionales"* por medio de la modificación de reglas fiscales para *"alinearse más estrechamente la atribución de los ingresos con la actividad económica que los genera"*. No propone que se intente esto cambiando las reglas particulares, sino a través de disposiciones antiabuso. La Acción 6 se refiere más ampliamente a desarrollar disposiciones convencionales, así como recomendaciones relativas al diseño de normas nacionales. El MCOCDE ha sido en gran medida ineficaz para evitar la doble imposición, como Sheppard ha señalado, debido a que ni el texto ni los Comentarios contienen una declaración clara de que todo ingreso debe ser gravado en alguna parte, y los tribunales nacionales no han estado dispuestos a utilizar las reglas antiabuso nacionales para superar (o incluso para ayudar a interpretar) las normas convencionales.¹⁸

Esto podría remediarse si se incluyeran disposiciones antiabuso adecuadas en el mismo MCOCDE, no como en la actualidad que aparecen escondidos en los Comentarios (sobre todo al artículo 1°). Mejor aún, esas disposiciones podrían incluirse en un Convenio multilateral previsto en el Plan de Acción BEPS, el cual podría superar los CDI existentes. Sin embargo, es probable que el empresariado objete que las disposiciones antiabuso generales crearían inseguridad. Es de suponer que para evitar esto, el plan se refiere a

¹⁸ Por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema de la India de que la regla general antiabuso de la India no podría invalidar la utilización del Convenio para evitar la Doble Imposición entre India y Mauricio respecto a las sociedades conducto: *Union of India a.o. v. Azadi Bachao Andolan and Shiv Kant Jha*, Supreme Court of India S.L.P. (C) Nos. 20192-20193 de 2002. Ello fue confirmado con el caso *Vodafone International Holdings B.V. v. Union of India*, Supreme Court of India, Civil Appeal No. 733 of 2012; S.L.P. (C) No. 26529 de 2010

“ajustar” las cláusulas antiabuso del Convenio. Queda por ver si, por ejemplo, una disposición "subject to tax" (“siempre que estén sujetos a impuestos”) es considerada suficientemente ajustada para ser propuesta. Una solución podría ser una disposición que indique claramente que el propósito de los CDI es evitar tanto la doble imposición como la doble no imposición, y que las disposiciones antiabuso nacionales se puede utilizar como una ayuda para la interpretación dirigida a garantizar el cumplimiento de estos dos objetivos.

Respecto a la eficacia de las disposiciones antiabuso específicas, como la limitación de beneficios o las disposiciones de beneficiario efectivo, la experiencia y extenso estudio, sobre todo por parte del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones Tributarias de la ONU (Comité de la ONU), muestran que el diablo está en los detalles. Esta es la razón por la que ambos, el CAF de la OCDE y el Comité de la ONU¹⁹, han ofrecido hasta ahora sólo ejemplos de disposiciones en sus Comentarios. Pero negociar CDI sobre la base de un modelo es muy difícil, especialmente para las autoridades fiscales de los países en desarrollo, sin esforzarse en redactar adecuadamente cláusulas antiabuso específicas, incluso basándose en los ejemplos de los Comentarios, por no mencionar la presión del empresariado y las partes contratantes en el proceso de negociación. No obstante, de alguna manera, se debe encontrar el remedio para la sorprendente falta de disposiciones antiabuso específicas en los CDI de muchos países.

La segunda Acción en este apartado también se expresa como un principio antiabuso, para "impedir la elusión artificiosa del estatuto de EP". El concepto de establecimiento permanente es por supuesto una vieja historia, un tema que ha sido objeto de examen prácticamente continuo desde hace más de una década. Se aborda en relación con la cuestión del comercio electrónico, empezando con "aclaraciones" a los Comentarios al artículo 5° del MCOCDE que fueron recomendadas en un Informe del año 2000²⁰, seguido de un estudio más largo por un grupo de asesoramiento técnico (incluyendo representantes de empresas), que originó un Informe del año 2005²¹. Estos concluyeron básicamente que no se necesitaban cambios importantes en el concepto de EP para tratar con el comercio electrónico y que un sitio Web (cibersitio) no debe ser considerado un EP, aunque un servidor si podría serlo²². Dadas las características físicas que son fundamentales para la

¹⁹ Ver Comité de expertos sobre cooperación internacional en cuestiones de tributación de la ONU, “Report on the Fourth Session”, 20-24 de octubre de 2008, Economic and Social Council Official Records 2008, Suplemento N° 25, E/2008/45, E/C.18/2008/6, en la Sección III-D, y los documentos adjuntos.

²⁰ Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, *Clarification on the Application of the Permanent Establishment Definition in E-Commerce: Changes to the Commentary on the Model Tax Convention on Article 5*, París, OCDE, 2000.

²¹ Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for Taxing E-Commerce? Final Report of the Technical Advisory Group*, París, OCDE, 2005.

²² Ver párrafo 42.2 de los Comentarios al artículo 5° del MCOCDE (2010): “un cibersitio que sea una combinación de aplicaciones informáticas –software- y datos electrónicos no constituye por sí mismo un bien intangible. Por lo tanto, un cibersitio no tiene una localización que constituya un “lugar de negocios”. Este criterio fue invocado en una apelación sobre Impuesto a la Renta en el Tribunal de la India para desestimar el intento de gravar los ingresos de Google y Yahoo provenientes de publicidad generada en India, a pesar de la posición expresada por India en los propios Comentarios sobre que un sitio web “puede constituir un establecimiento permanente en ciertas circunstancias”; el Tribunal sostuvo que esta reserva no ha esclarecido las circunstancias en que el sitio web puede ser considerado un EP: *Income Tax Officer v. Right Florist PVT Ltd.*, ITA 1336/Kol./2011 (2013), Income Tax Appellate Tribunal, Kolkata B Bench.

forma en que un EP se ha definido desde 1928, esto era completamente lógico y parecía apropiado para muchos en ese momento. Ahora que los gustos por Amazon han generado un sendero de destrucción de las ventas al por menor no virtuales, parece inadecuado.

En paralelo, la OCDE llevó a cabo un reexamen radical del concepto de EP y de la atribución de beneficios a un EP, a partir de 2001, fundamentalmente para ponerlos en consonancia con el principio de entidad separada que se habían incorporado en las Directrices sobre Precios de Transferencia en 1995. Esto dio lugar al concepto de "separación funcional" de un EP, y el rechazo del principio de "fuerza de atracción" en la atribución de rentas. Fue implementado por primera vez en el 2008 mediante cambios a los Comentarios al artículo 7° del MCOCDE, sobre la atribución de rentas empresariales a los EP, y luego se modificó el texto del artículo en el año 2010²³. Sin embargo, este nuevo enfoque en el concepto de EP fue rechazado por el Comité de la ONU y los países en desarrollo en general, así como algunos países de la OCDE, y otros están siendo cautelosos en su implementación. Hasta ahora, sólo se ha negociado un puñado de CDI que incorporan estos cambios, por lo que hay una desconcertante variedad de versiones del artículo 7° en los CDI bilaterales.²⁴ En el año 2011 una nueva consulta fue formulada sobre una serie de problemas relacionados a la definición de EP, incluyendo de nuevo algunos aspectos sobre el comercio electrónico, y un proyecto de consulta revisada emitida en octubre de 2012 sigue en estudio, después de recibir los comentarios reiterados por parte del empresariado.²⁵

Formular los problemas del EP en el Plan de Acción BEPS en términos de prevención de abuso de los conceptos muestra que no se prevé ninguna reconsideración fundamental. Ahí

²³ Esta modificación también elimina la disposición residual que permitía el reparto de los beneficios del EP, que hasta entonces había estado consignada en el artículo 7° (4) del MCOCDE. Esta disposición se mantiene en el Modelo de la ONU.

²⁴ Países que tienen reserva respecto al nuevo artículo 7° son: Entre los miembros de la OCDE: Chile, Grecia, México, Nueva Zelanda y Turquía; y entre países no miembros de la OCDE: Argentina, Brasil, Hong Kong, India, Indonesia, Letonia, Malasia, República Popular de China, Rumanía, Serbia, Sudáfrica y Tailandia. A pesar del intento de la OCDE para presentar su nuevo enfoque rápidamente mediante su incorporación por primera vez en el Comentario al artículo 7° del MCOCDE ya existente, la nueva interpretación no suele aplicarse a los tratados anteriores; Ver: KOBETSKY, M. *International Taxation of Permanent Establishments: Principles and Policy*, Cambridge University Press, 2011. Los EE.UU. anunció que el nuevo "enfoque autorizado de la OCDE" en los Comentarios revisados sería aplicable únicamente a los primeros tratados con el Reino Unido (2001) y Japón (2003), porque los cambios fueron contemplados en el momento que esos tratados fueron concluidos; pero también han sido aplicados por acuerdos competentes con autoridad con Canadá en el 2012 y Bélgica en el 2013. Algunos países de la OCDE han empezado a negociar nuevos CDI basados en el modelo del 2010 o a firmar Protocolos modificando el artículo 7° -por ejemplo, Alemania (con Luxemburgo y los Países Bajos) y el Reino Unido (con Barbados, Liechtenstein, los Países Bajos, Noruega y Panamá). Sin embargo, los recientes CDI del Reino Unido con Bahréin y Etiopía se han basado en el Modelo de CDI de la ONU, y con España en el antiguo Modelo de la OCDE (pero omitiendo el artículo 7°(4)). Otros están siendo más cautelosos; por ejemplo, Australia solicitó una revisión por su Panel de Impuestos, el cual publicó una consulta ("Revisión de los Acuerdos de Imposición aplicados a establecimientos permanentes", Documento de discusión, octubre de 2012), luego presentó un informe que sería publicado cuando se decida una política de gobierno. Francia está conteniendo su fuego; el informe Colin-Collin sobre economía digital anotó que Francia ha aceptado los cambios de la OCDE a los artículos 5° y 7°, pero recomendó que debería ahora presionarse para la modificación del concepto de EP para incluir un EP "virtual" (citado en nota 4 *supra*, en pág.123).

²⁵ Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment)*, Paris, OCDE, 2012.

no parece haber ningún deseo de reabrir problemas abordados relativamente reciente, a pesar de las reservas y vacilaciones de muchos Estados, y la confusión resultante de los cambios intentados.

La exclusión del ámbito del proyecto BEPS de cualquier reconsideración del equilibrio entre la imposición en residencia y en fuente también pone a un lado otras cuestiones polémicas sobre el concepto de EP, en particular su aplicación a los servicios. Por supuesto, esto es de especial preocupación para muchos países que no son miembros de la OCDE, los cuales en general siguen prefiriendo el Modelo de CDI de la ONU que mantiene la disposición separada de los servicios en el artículo 14°.

Por lo tanto, la Acción 7 del plan firmemente apunta a aspectos específicos del concepto de EP que se dirigen a "*la utilización de mecanismos de comisionistas y exenciones de actividad específica*" y problemas de "*atribución de beneficios*". Es posible que esta referencia a la atribución de beneficios se tomará en sentido amplio y podría conducir a una reevaluación del nuevo "*enfoque autorizado de la OCDE*", adoptado en 2008. De hecho, es difícil ver cómo los desafíos planteados por la ED pueden ahora ser tratados sin reabrir toda la caja de pandora del concepto de EP. En estricto, el Informe provisional "*Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*" (Informe BEPS) de febrero de 2013 se refirió a la necesidad de "*soluciones actualizadas a los problemas relativos a la potestad tributaria, en particular en el sector de los bienes y servicios digitales*". Si el proyecto BEPS no reevalúa el EP y la atribución de rentas, las preocupaciones de los Estados, como Francia e India, serán sin duda perseguidas de formas más unilaterales.

3. Precios de Transferencia

No sorprende que los precios de transferencia sea uno de los problemas que deben afrontarse, pero quizá es un indicio de las dificultades que origina el que haya merecido un grupo separado de no menos de tres acciones.

La Acción 8 es, por supuesto, el problema clave de los intangibles. El Capítulo VI de las Directrices sobre Precios de Transferencia de 1995 trató de articular los compromisos ganados a duras penas como resultado de los afilados conflictos que hubo entre los países miembros de la OCDE por varios años, tras la introducción por los EE.UU. en 1986 de la proporcionalidad con el principio de rentas y el método de "*arm's-length return*". Los intangibles han seguido siendo la principal fuente de conflictos en materia de precios de transferencia, que se amplió cuando países como China e India entraron al juego, al punto que en el año 2010 la OCDE finalmente puso en marcha un nuevo proyecto para reevaluar los alcances del Capítulo VI de las Directrices sobre Precios de Transferencia²⁶. En este

²⁶ Un estudio preliminar se publicó en 2011, y luego en 2012 una versión preliminar del debate sobre una revisión completa del Capítulo VI sobre intangibles de las Directrices sobre Precios de Transferencia, el cual recibió más de 1.000 páginas de comentarios de más de 70 fuentes. El proyecto revisado (*Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*) emitido el 30 de julio de 2013, declaró que "*se debe considerar un trabajo en curso y parte de los mismos podrá ser revisado en el curso del trabajo sobre BEPS*". Además, una completa reescritura del Borrador del Capítulo VI fue realizada en 2012, que incluyó: (i) una nueva sección para el Capítulo I que trata de las características del mercado local, del ahorro de ubicación, de la mano de obra organizada, y de las sinergias corporativas, y (ii) una nueva subsección sobre aspectos de

momento el problema del desplazamiento de rentas a través de intangibles es fundamental, y el proyecto apuntó a garantizar que los beneficios provenientes de intangibles sean atribuidos "*de acuerdo con... la creación de valor*"²⁷.

Los borradores publicados hasta el momento están llenos de ambivalencia y ambigüedad, como de hecho son las Directrices sobre Precios de Transferencia en general. Por un lado, se seguirá insistiendo en la identificación de intangibles específicos y distintos, la propiedad legal y el análisis de las transacciones. Por otro lado, el nuevo énfasis en la "creación de valor" propone que los ingresos atribuibles a las partes deberían depender de los aportes que cada una haga al "*valor anticipado de los intangibles a través de sus funciones desempeñadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos*"²⁸. Las funciones se señalan para incluir "*el diseño y control de los programas de investigación y marketing, gestión y control de los presupuestos, el control sobre decisiones estratégicas respecto a los programas de desarrollo de intangibles, decisiones importantes vinculadas a la defensa y protección de los intangibles, y el control de calidad continuo*"²⁹. Los activos pueden incluir "*intangibles utilizados en investigación, desarrollo o marketing, (por ejemplo, know-how, relaciones con clientes, etc.), activos físicos o financiamiento*"³⁰. Los riesgos que pueden ser importantes incluyen aquellos relativos a desarrollo (como la falta de éxito), obsolescencia de los productos, infracciones, y riesgos relacionados con productos y servicios basados en los intangibles como la responsabilidad por los productos³¹. El alcance en que cualquiera de estas funciones, activos y factores de riesgo afectan el valor se establece dependiendo de los hechos y circunstancias de cada caso.

Estas elaboraciones presentan una amplia gama de factores que pueden ser tenidos en cuenta en la evaluación y el ajuste de los precios de transferencia, que deben hacerse de forma ad hoc, caso por caso. Se agregan más con la inclusión propuesta en el Borrador de 2013 de varios "factores de localización". Este concepto fue mencionado anteriormente por las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE sólo en relación con las reestructuraciones, pero se ha visto favorecido por los países no pertenecientes a la OCDE, como China e India, y la OCDE ahora acepta que se puede aplicar más ampliamente. Cuatro de estos factores se analizan en el borrador: características del mercado local, el ahorro de localización, la mano de obra bien organizada, y las sinergias corporativas. El informe también incluye una nueva subsección sobre aspectos de precios de transferencia en la utilización de nombres corporativos.

Todo ello proporciona criterios para la re-atribución de ingresos de intangibles del desarrollador original, o más frecuentemente del dueño legal (a menudo un afiliado en una jurisdicción de baja imposición), en dirección a los afiliados que hacen otras contribuciones, incluso simplemente por el uso. ¿Cómo se decide la atribución de rentas, basándose en estos factores de creación de valor? El problema sigue siendo nominalmente

precios de transferencia del uso de nombres corporativos. Sin embargo, subsisten algunas cuestiones polémicas importantes, entre la que resalta el acuerdo de reparto de costos.

²⁷ Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, *Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, OCDE, 30 de julio de 2013, párrafo 38. Las citas posteriores son también de este documento.

²⁸ Loc. Cit., párrafo 73.

²⁹ Loc. Cit., párrafo 79.

³⁰ Loc. Cit., párrafo 82.

³¹ Loc. Cit., párrafo 87.

enfocado en términos del método de plena concurrencia y análisis de comparabilidad: El Borrador sobre intangibles del 2013 señala que "*dependiendo de los hechos específicos, cualquiera de los cinco métodos de precios de transferencia de la OCDE*" puede ser apropiado, añadiendo en buena medida que "*el uso de otras alternativas también puede ser apropiado*"³². Sin embargo, también señala la "*dificultad de identificar las transacciones no controladas comparables en intangibles en muchos, si no la mayoría, de los casos*"³³, y rechaza "*los métodos unilaterales*", como el precio de reventa y el método del margen neto transaccional por no ser generalmente confiables para ser usados directamente³⁴. Se concluye que los más útiles son probablemente el precio comparable no controlado y los métodos de división de beneficios³⁵. No obstante, inmediatamente acepta que "*se debería reconocer que la identificación de comparables confiables que involucran intangibles en muchos casos puede ser difícil o imposible*"³⁶.

Al parecer, reacia, pero inexorablemente, nos dirigimos al reparto de rentas. Hasta ahora el revisado borrador del Capítulo VI de las Directrices sobre Precios de Transferencia tiene pocas cosas nuevas que añadir sobre cómo en la práctica el análisis de los factores de creación de valor podría guiar la aplicación del reparto de rentas.

La Acción 9 tiene por objeto prevenir la acumulación de "resultados inadecuados" a una entidad única, por haber proporcionado financiación o asumido riesgos, ya sea a través de normas de precios de transferencia o "medidas especiales". Una vez más, el principio aquí es "*la alineación de resultados con la creación de valor*".

Por último, la Acción 10 también propone desarrollar "*normas de precios de transferencia o medidas especiales*" para hacer frente a "*otras transacciones de alto riesgo*", lo que no ocurriría normalmente entre partes no relacionadas, como la fragmentación de funciones en las cadenas globales de valor, y el pago de retribuciones en gastos comunes, tales como gastos de la oficina central y gastos de gestión.

En todas estas áreas intratables de precios de transferencia lo que es evidente es el abandono de precios transaccionales hacia la distribución de rentas, o incluso los "otros" métodos o "medidas especiales". Al presentar este grupo de acciones, el Plan de Acción BEPS menciona críticamente que "*algunas medidas especiales, ya sea dentro o fuera del principio de plena concurrencia, pueden resultar necesarias*". No obstante, se asegura de que no hay ninguna intención de sustituir el principio de plena concurrencia por los "*sistemas alternativos de asignación de rentas, incluyendo los sistemas basados en fórmulas*" debido a las "*dificultades prácticas asociadas a aceptar e implementar los detalles de un nuevo sistema de forma coherente en todos los países*".

Así que la OCDE sigue haciendo frente a los precios de transferencia en ambos sentidos: valientemente afirmando su apoyo al principio de plena concurrencia, mientras que en la práctica se mueve hacia una mayor utilización del reparto de rentas. Desafortunadamente, no parece haber ninguna voluntad de hacer frente a las consecuencias de esto, tratando de colocar al reparto de rentas de manera más rigurosa. Dado que este método ha sido

³² Loc. Cit., párrafo 154.

³³ Loc. Cit., párrafo 149.

³⁴ Loc. Cit., párrafo 159.

³⁵ Loc. Cit., párrafo 163.

³⁶ Loc. Cit., párrafo 164.

utilizado por más de dos décadas, no sólo de manera unilateral sino bilateral y multilateral, hay una considerable experiencia sobre la que construir una base más sólida para el reparto de rentas.

Sin embargo, las Directrices sobre Precios de Transferencia aún adoptan un enfoque esencialmente ad hoc para especificar cómo se debe aplicar el método. Se refieren vagamente a la necesidad de que las cuentas de las partes relacionadas sean "*puestas sobre una base común en cuanto a la práctica contable y a la moneda, y luego combinadas*", y aceptan que "*la contabilidad financiera puede servir de punto de partida para la determinación de las rentas que serán distribuidas en ausencia de normas de contabilidad tributaria armonizadas*". Hay una cierta discusión de los distintos factores o "claves de reparto" que se utilizan en la práctica para la asignación de rentas, pero pocos intentos para formalizarlos o sistematizarlos. En ausencia de esa base más sistematizada, el reparto de rentas continuará siendo considerado como un retroceso lamentable, un método arbitrario que implica el regateo, al estilo bazar, tanto entre la autoridad fiscal y los contribuyentes, así como entre las autoridades fiscales de distintos Estados.

II. SOBRE LA RECONSTRUCCIÓN

Seis de las 15 acciones en el Plan de Acción BEPS tienen como objetivo guiar la reconstrucción de las partes, o asegurar que el sistema reconstruido pueda funcionar mejor.

Como ya se ha mencionado, la Acción 1 será un estudio sobre la ED. El plan reconoce que la ED plantea retos fundamentales, se "*caracteriza por basarse, como ninguna otra, en activos intangibles, por el uso masivo de datos (especialmente de datos personales), por la adopción general de modelos comerciales poliédricos que aprovechan el valor de las externalidades generadas por los servicios gratuitos, y por la dificultad de determinar la jurisdicción bajo la que tiene lugar la creación de valor*". Sin embargo, responde que "*el hecho de que las nuevas maneras de hacer negocio puedan resultar en una reubicación de las funciones comerciales esenciales y, en consecuencia, de una diferente distribución de los derechos impositivos, puede conducir a una baja imposición que no es, per se, un indicador de los defectos del sistema actual*".

Ciertamente, las cuestiones a tener en cuenta son amplias, pero todo lo que la Acción 1 apunta es a "*un análisis exhaustivo de los distintos modelos comerciales de este sector*". Es evidente que la esperanza es que las reformas logradas en las demás acciones identificadas, así como tal vez el uso de los impuestos indirectos y otros específicos por los países especialmente preocupados por el asunto, resolverá el problema. El punto real, sin embargo, es que la ED no es un sector aparte, sino una característica generalizada de la economía mundial, y que ha puesto de manifiesto aún más los defectos del sistema fiscal internacional. Cualquier estudio serio de este problema concluiría por lo tanto que se necesitan cambios radicales al sistema, pero es poco probable que la OCDE llegue a una conclusión así.

Tres acciones se dirigen a "*Garantizar la transparencia promoviendo al mismo tiempo una mayor certeza y previsibilidad*". La Acción 11 tiene por objeto establecer los métodos para analizar BEPS y recoger datos tanto respecto a su escala e impacto económico, como a las medidas para abordarlo. El Informe BEPS (de febrero de 2013) incluyó un capítulo examinando la evidencia, que llegó a la conclusión de que, sobre la base de los datos

disponibles es difícil alcanzar "conclusiones sólidas" en cuanto a la escala del problema, aunque hay "*abundantes pruebas circunstanciales que los comportamientos BEPS son comunes*". La estimación de la "brecha fiscal", debido a la evasión internacional por supuesto se enfrenta al problema especial de identificar un punto de referencia, ya que la asignación jurisdiccional de los ingresos es competitiva. Las empresas pueden reclamar, en general correctamente, que pagan el impuesto estrictamente debido en cada país, por lo que cualquier medida de "pérdidas" debe estar en relación con una hipótesis de lo que deberían pagar. Los debates son conocidos: Reducciones sustanciales en las tasas de impuestos a las empresas centrales en la mayoría de países (excepto los EE.UU.) han estado acompañadas de ampliación de la base, por lo que los ingresos tributarios para las empresas en relación con el PBI se ha mantenido estable o ha disminuido ligeramente, pero teniendo en cuenta el auge de los beneficios empresariales, esto sugiere una caída proporcional significativa de las contribuciones en impuestos de las empresas. Tasas impositivas efectivas podrían ser un indicador fiable, pero son muy difíciles de calcular con eficacia. Tal vez los estadísticos de la OCDE puedan producir mejores datos.

La Acción 12 apunta a la divulgación de los acuerdos de planificación fiscal agresiva. Se formularán recomendaciones para normas nacionales de divulgación obligatoria, basándose en la práctica actual de varios países, así como en el establecimiento de un mejor intercambio de información entre las autoridades fiscales sobre esos esquemas.

La Acción 13 se refiere a los requisitos de la documentación sobre precios de transferencia. Si bien la OCDE no ha examinado esto desde que las Directrices sobre Precios de Transferencia se emitieron en 1995, el aumento gradual de la aplicación de precios de transferencia en todo el mundo la ha apresurado a comenzar a trabajar en el incremento de la carga de documentación, además un "Libro Blanco" fue emitido en el lapso de un par de semanas desde el lanzamiento del Plan de Acción BEPS³⁷. Finalmente éste reconoce el alcance de la coordinación internacional sobre los requisitos de la documentación, que bien hecha debería aliviar la carga que pesa sobre las empresas, así como facilitar la tarea de las administraciones tributarias. El Libro Blanco revisa la práctica existente, encontrando que los enfoques nacionales adoptados muestran que los países tienen en general información inadecuada sobre el negocio global del grupo ETN.

Con buen juicio se propone la adopción de un enfoque coordinado de documentación a dos niveles, a partir de Código Voluntario de la UE adoptado en el 2006. Habría un paquete global de documentación o archivo maestro que la firma podría presentar a cada país en cuestión, y un archivo local con la documentación complementaria acerca de cada una de las entidades locales específicas, sus actividades y transacciones. El Libro Blanco señala con acierto la necesidad de una "*visión bastante completa del negocio global, la información financiera, estructura de deuda y situación fiscal*"³⁸ de la empresa multinacional, pero todavía es provisional y cauteloso, dejando abierta en esta etapa cuestiones importantes, tales como los incentivos para el cumplimiento y la forma de aplicación. Seguramente hay espacio para mucho más trabajo aquí de la OCDE, en

³⁷ Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, *White Paper on Transfer Pricing Documentation*. Paris, OCDE, 30 de julio de 2013. Ver también Global Fórum on Transfer Pricing, *Draft Handbook on Transfer Pricing Risk Assessment*. Paris, OCDE, 30 de abril de 2013, el cual incluye una sección de recomendaciones sobre los requisitos de documentación.

³⁸ Loc. Cit., párrafo 80.

particular en el desarrollo de un modelo para las cuentas fiscales como base para las cuentas consolidadas, especialmente en vista del aumento de la utilización del método de reparto de rentas, como se mencionó anteriormente. Todavía hay diferencias significativas en las normas de contabilidad financiera, que son en muchos casos una base inadecuada para calcular la obligación tributaria. Otros elementos de la propuesta deben definirse lo más cuidadosamente posible si la información será útil.

Un borrador de esta propuesta para su discusión publicado el 30 de enero 2014 ahora pone adelante algunas propuestas para establecer una plantilla global para que las multinacionales puedan preparar y entregar un Informe País por País en todos los países donde realicen sus negocios. Esto es potencialmente muy significativo porque sería por primera vez dar a todas las autoridades de impuestos cuando la ETN tiene actividades una visión global de su negocio en todo el mundo. Algunos representantes de las empresas han argumentado que inicialmente un informe de este tipo solo debería de estar disponible para la autoridad fiscal de la compañía matriz y que solo podría ser compartido si hay garantías de confidencialidad. Sin embargo, cualquier país podría establecer un requisito adecuado para la presentación de un informe de este tipo bajo su ley nacional y miembros de la convención multinacional sobre asistencia administrativa podrían pedir que otros miembros compartan el informe.

Si bien es probable que el empresariado a lo mejor sea ambivalente sobre la mayoría de los puntos de acción, habrá un fuerte apoyo para la Acción 14, que tiene como objetivo hacer más eficaz la solución de controversias, sobre todo si finalmente se cumple con el deseo central expresado por las firmas desde 1935 por un arbitraje obligatorio. Ciertamente ha habido un crecimiento importante de los casos a que se refiere el PAM en los últimos años³⁹. Si las distintas acciones previstas en este plan no resultan en medidas eficaces, sin duda aumentarán aún más los casos contenciosos y los conflictos. Por muy bien que estén diseñadas o coordinadas, muchas de estas medidas implican el fortalecimiento de las demandas nacionales para gravar, que se superpondrán inevitablemente. De hecho, algunos de estos solapamientos ya están identificados en el plan, como se mencionó anteriormente, en especial los híbridos y la limitación de las deducciones. Precios de Transferencia en relación con intangibles, que ha sido durante mucho tiempo una fuente importante de conflictos, seguramente generará aún más conflictos con el cambio de atribución sobre la base del valor.

Por lo tanto, existe una clara necesidad de mejorar los mecanismos de resolución de controversias en la fiscalidad internacional. La OCDE introdujo algunos cambios significativos en el año 2007, después de tres años de discusión y consulta. Estos incluyen cláusulas de arbitraje, que ahora se han incluido en la versión 2010 del MCOCDE. El Modelo de CDI de la ONU de 2011 ofrece ahora una versión del artículo 25° con una disposición de arbitraje similar, aunque en este Modelo la referencia al arbitraje depende de la autoridad competente, y no del contribuyente. Aunque la inclusión de cláusulas de arbitraje en los CDI se ha incrementado, muchos Estados se resisten a incluirlos, en especial los países en desarrollo.

³⁹ Los datos de la OCDE muestran un aumento en nuevos casos de países de la OCDE desde 1036 en 2006 a 1670 en 2012, y de casos pendientes desde 2352 a 4061. Ver: <http://www.oecd.org/ctp/dispute/mapstatistics2012.htm>

Se debe, sin embargo, tener cuidado en lo que se refiere al arbitraje para resolver los problemas del sistema fiscal internacional. La introducción del arbitraje obligatorio estaría en línea con la tendencia más general hacia la legalización, e incluso la judicialización, del gobierno internacional, que algunos comentaristas han visto como una respuesta a la necesidad de una mayor seguridad y previsibilidad⁴⁰. Sin embargo, la eficacia y la legitimidad de tal judicialización descansan en dos condiciones claves.

En primer lugar, las normas deben ser claras y fáciles de entender. La delegación a árbitros de cuestiones controvertidas sobre la base de normas que incorporan un alto grado de discrecionalidad podría minar aún más la confianza pública en el sistema fiscal internacional, cuya restauración es uno de los objetivos del proyecto BEPS. Por ejemplo, un editorial en el *Financial Times*, comentando la publicidad dada a Starbucks opinó que la forma en que el sistema fiscal trata a las multinacionales "ha convertido a la imposición en un gesto en gran medida voluntario para este tipo de empresas"⁴¹. Los cambios previstos hasta ahora en el Plan de Acción BEPS no parecen dar mayor precisión a las reglas, incluso podrían hacer lo contrario. Por ejemplo, la tendencia hacia las pruebas de "valor" para asignar ingresos por intangibles, sin embargo, la gran mejora que habrá en el enfoque actual, introduciría un alcance más amplio para el debate y el desacuerdo. Sin duda, la propuesta de arbitraje nace de la frustración de algunas administraciones tributarias ante las dificultades para llegar a acuerdos mutuos con algunas de sus homólogas: los desacuerdos entre India y los EE.UU. han sido objeto de especial publicidad. Sin embargo, sería inadecuado introducir el arbitraje para resolver diferencias fundamentales en perspectivas nacionales.

En relación con esto, la segunda condición para dar tales poderes importantes a los árbitros es que sus procedimientos y resultados deban ser abiertos y transparentes. Esto ayudaría a aliviar la preocupación pública de que se están haciendo acuerdos en privado entre tecnócratas que no rinden cuentas. Esto puede ser visto en comparación con la experiencia del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) con el arbitraje de controversias internacionales de inversión del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). A pesar de que no ha estado exenta de controversia, la OMC ha sido ampliamente aceptada, en gran parte debido a la creación de su órgano de apelación, que funciona de manera muy parecida a un tribunal. El arbitraje de inversión, por el contrario, ha sido objeto de muchas críticas, tanto por haber dado a las empresas el derecho directo de acceso a su jurisdicción, como por su naturaleza *ad hoc* y relativamente reservada. En respuesta, se han adoptado medidas para mejorar la transparencia, incluyendo la publicación de las decisiones. Podría, por supuesto, haber medidas de seguridad para proteger la confidencialidad comercial, pero al igual que se publican las decisiones internas de los tribunales nacionales sobre tributos, también deberían publicarse las decisiones de los árbitros fiscales internacionales. De hecho, el caso es más fuerte en vista de su importancia. Dicha publicación también haría el sistema más eficaz, ya que los principios expresados en las decisiones servirían de guía para los

⁴⁰ GOLDSTEIN, J., KAHLER, M., KEOHANE, R.O. y SLAUGHTER, A-M, "Introduction: Legalization and World Politics". EN: *International Organization*, N° 54, 2000, págs. 385 a 399; y para una crítica, PICCIOTTO, Sol. "The WTO's Appellate Body: Formalism as a Legitimation of Global Governance". EN: *Governance* N° 18, 2005, págs. 477 a 503.

⁴¹ *The Financial Times*, 20 de octubre de 2012.

contribuyentes. Sin embargo, las empresas hasta ahora no están dispuestas a aceptar tales condiciones a cambio de un arbitraje obligatorio, y las administraciones tributarias son igualmente reacias a aceptar una mayor transparencia de los procedimientos.

La acción final para implementar el plan es la más ambiciosa: "*desarrollar un instrumento multilateral*" para modificar los CDI, que el Plan de Acción BEPS correctamente describe como "*un enfoque innovador a la fiscalidad internacional, que refleje la naturaleza rápidamente evolutiva de la economía global y la necesidad de adaptarse rápidamente a esta evolución*". Ciertamente hay pocos paralelos de ese instrumento. Quizás el más cercano es el Acuerdo de la OMC sobre el Comercio de Derechos de Propiedad Intelectual, que incorporó la mayoría de las principales disposiciones de los tratados multilaterales vigentes sobre propiedad intelectual y lo extendió aún más, sobre todo mediante la adición de disposiciones de aplicación obligatoria. En el ámbito fiscal, la iniciativa de las prácticas fiscales perjudiciales apuntó a la ampliación de CDI existentes mediante el fortalecimiento de las disposiciones de intercambio de información, entre otras cosas, alentando a los Estados a unirse a la OCDE/Consejo de la Convención Europea sobre Asistencia Administrativa Mutua (que también fue revisado, y abierto a todos los Estados).

La propuesta BEPS, sin embargo, es por un Convenio que no sólo amplíe, sino también supere los CDI bilaterales existentes. Esto plantearía algunos problemas legales espinosos. Hay que tener en cuenta que dicho instrumento podría aplicarse sólo entre los Estados que lo acepten. Por lo tanto, podría contribuir a garantizar la rápida aplicación de los cambios acordados, evitando la necesidad de largas negociaciones de nuevos CDI o de Protocolos a los mismos, pero obviamente esto no abordaría el problema de los Estados que se resisten o que están dispuestos a negociar. Podría tener el efecto contrario, haciendo difícil que un grupo suficientemente grande de Estados lleguen a un acuerdo sobre un paquete global que sea suficientemente eficaz. Sin embargo, cualquier movimiento hacia un nivel multilateral más claro de la coordinación fiscal internacional, en lugar de la corriente hacia una red caótica de CDI, debe ser bienvenido.

III. ¿FUNCIONARÁ?

La OCDE opera por consenso y, por ende, generalmente muy lento. Además, dado que el proyecto BEPS es una iniciativa del G-20, los miembros de ese grupo que no forman parte de la OCDE han sido invitados a participar como asociados "en pie de igualdad". Esto amplía a 40 el número de Estados cuyos intereses deben ser armonizados⁴². Sin embargo, para los estándares normales de la OCDE, el proyecto BEPS pretende obtener resultados muy rápidos: Las acciones han sido propuestas para ser cumplidas en setiembre de 2014, setiembre de 2015, o diciembre de 2015, pero ello sólo implica la entrega de informes, la implementación es otra cuestión.

En sus primeros 12 meses el proyecto BEPS ha sido desarrollado por un pequeño grupo que trabaja en tres ET o "grupos de discusión", aunque los informes en última instancia han sido aprobados por el CAF. La siguiente fase de elaboración de propuestas específicas en el

⁴² Además de los 11 de los ahora 34 países miembros de la OCDE y de la UE, el G-20 incluye a las principales economías emergentes: Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica, así como Argentina, Indonesia y Arabia Saudita; todos excepto Arabia Saudita, aparentemente, han confirmado que van a participar en el proyecto BEPS.

marco de las distintas acciones se realizará a través de los ET del CAF pertinentes, aunque el grupo de planificación fiscal agresiva del ET 10 se convertirá ahora en un nuevo ET, para hacer frente a varios temas (Regímenes CFC, desajustes híbridos, deducibilidad de intereses y reglas de divulgación). Además, el estudio de la ED se hará por una fuerza de trabajo independiente, el Foro PFP será resucitado para hacer frente a la Acción 5 y expertos juristas internacionales serán contratados para asesorar sobre el Convenio Multilateral propuesto.

Está claro que el Plan de Acción BEPS apunta a una serie de cuestiones sobre las que los Estados están muy divididos. Ciertamente, la lucha contra BEPS podría beneficiar a muchos Estados, pero por otro lado un número significativo se consideraría afectado de manera desfavorable por alguna de las medidas contempladas. Además, no hay muchas oportunidades para compensaciones que logren un acuerdo global, que generalmente depende de complejas negociaciones. La crisis fiscal, que es un conductor principal político de la iniciativa, también hará más difícil que los Estados que se verían afectados negativamente por las medidas antiabuso acepten los cambios.

El proyecto se puede comparar con la iniciativa de competencia fiscal perjudicial, que ya se ha mencionado, que también resultó del Grupo G-7, en un momento en que Rusia seguía esperando para ser incluida en esas cumbres y aún no era reconocida la importancia de los países BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica). Se puede decir que el proyecto anterior ha tenido el mejor de los resultados modestos, y el impulso de la transparencia fiscal, que fue su principal resultado, ha sido ahora subsumido en la nueva iniciativa del G-8, una vez más confiado a la OCDE⁴³. Sin embargo, su alcance era mucho menos ambicioso, sobre todo una vez que quedó centrado en la transparencia. El informe original de 1998 se emitió con las objeciones de dos países, Suiza y Luxemburgo, aunque por fin ahora, después de 15 años, gran parte de esa resistencia se ha derrumbado. El cambio es el resultado de una acción unilateral determinada, a menudo controvertida, sobre todo juicios penales a los evasores de impuestos por parte de países como Alemania y los EE.UU. utilizando los datos filtrados o comprados de delatores, así como la introducción de la Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas en el Extranjero (FATCA, por sus siglas en inglés) y sus extensa obligaciones reglamentarias a las instituciones financieras.

El proyecto BEPS tiene objetivos mucho más radicales: La remodelación del sistema fiscal internacional para asegurar que las ETN paguen impuestos en el lugar donde realmente hacen negocios. Se trata de un importante cambio de perspectiva de la OCDE: Durante décadas se ha dado prioridad a la prevención de la doble imposición, pero sólo recientemente se ha comenzado a hablar sobre el problema de la doble no imposición. Jeffrey Owens, Jefe de Impuestos de la OCDE la mayor parte de este periodo y ahora asesor en EY, ha sido citado diciendo: "*Los gobiernos han hecho que el sistema fiscal aplicable a las empresas sea más amigable desde mediados de 1980. Ahora es el tiempo de la venganza*"⁴⁴. Pero quizás ligeramente esto pasa por la culpa de los problemas actuales a los gobiernos. Los políticos sólo han prestado atención a los estándares fiscales internacionales cuando sintieron que algo había salido mal. Los detalles arcanos se han dejado a los funcionarios que trabajan a través de la OCDE, que generalmente han consultado estrechamente con las empresas. Ahora ellos tienen la responsabilidad de

⁴³ Ver *supra* nota 14.

⁴⁴ HOULDER, Vanessa, "Taxation: Unsafe Offshore". EN: *The Financial Times*, 13 de enero de 2013.

reparar el sistema que han ideado, que claramente se ha convertido progresivamente en más disfuncional.

Al optar por la reparación en lugar del rediseño, la OCDE ha asumido una tarea difícil. Tendrá que superar importantes obstáculos políticos, así como las dificultades técnicas para llegar a medidas eficaces en las distintas acciones del plan, así como la coordinación de la reforma general. Por supuesto, hay muchos que han argumentado que es el momento de abandonar el principio de entidad separada/plena concurrencia y avanzar hacia un enfoque unitario de la imposición de las ETN⁴⁵. La respuesta de la OCDE es esencialmente que ello sería políticamente inalcanzable dentro de un plazo razonable⁴⁶. En palabras del Plan de Acción BEPS, *"existe un consenso entre los gobiernos en que pasar a un sistema de reparto proporcional de beneficios no es una alternativa viable"*⁴⁷, y *"la importancia de una acción concertada y las dificultades prácticas para lograr un acuerdo sobre el nuevo sistema y para una implementación consistente en todos los países se traduce en que, más que intentar sustituir el sistema actual de precios de transferencia, la mejor opción es abordar directamente los defectos en el sistema actual"*⁴⁸.

Sin embargo debe quedar claro que el método elegido por la OCDE se enfrenta a dificultades equivalentes. La diferencia es que su reparación de parte por parte del sistema existente significará afrontar una serie de obstáculos políticos durante un período de tiempo, en lugar de una confrontación más directa que es lo que una reforma integral requeriría. Es posible que este enfoque de "corte de salame" sea más fácil, pero el peligro es que pueda dar lugar a debates interminables sobre cuestiones técnicas detalladas, originando una serie de compromisos sosos. Sin duda, hay muchos que esperan que el centro de atención política se traslade a otras cuestiones, y tal vez incluso que el crecimiento económico volverá y disminuirá la presión fiscal, para que el proyecto poco a poco se disipe en ineficacia.

La pregunta más importante, sin embargo, es si incluso un esfuerzo serio y sostenido de reparación puede culminar en un sistema que funcione. El poder de los argumentos a favor de un enfoque unitario es que proporcionaría una base más sólida para el sistema fiscal internacional, uno que coincida con la realidad económica de las ETN como empresas integradas. Por el contrario, el principio de entidad separada/plena concurrencia no puede proporcionar una base amplia para la imposición de las ETN, ya que limita a los Estados a gravar sus diversas partes. Por lo tanto, no es de extrañar que el sistema sea poroso, ya que promueve activamente a las ETN a crear complejas estructuras empresariales que a menudo

⁴⁵ Para citar solo algunos: LANGBEIN, S.I., "The Unitary Method and the Myth of Arm's Length". EN: *Tax Notes International*, 17 de febrero de 1986, pág.625; AVI-YONAH, R.S., CLAUSING, K.A. y DURST, M.C., "Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split". EN: *Florida Tax Review* N° 9, 497; COUZIN, R. "The End of Transfer Pricing?". EN: *17th Annual David R. Tillinghast Lecture on International Taxation*, New York University, 13 de setiembre de 2012; PICCIOTTO, S., "Is the International Tax System Fit for Purpose, Especially for Developing Countries?". EN: *International Centre for Tax and Development Working Paper* N° 13, setiembre de 2013; DURST, M.C., "Analysis of a Formulary System for Dividing Income,". EN: *Tax Management Transfer Pricing Report* N° 22; Parte I en número 2, Parte II en número 5, Parte III en prensa.

⁴⁶ Ver la declaración de Pascal Saint-Amans ante el Comité de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes de los EE.UU del 13 de junio de 2013.

⁴⁷ Cf. Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, op. cit., pág. 14.

⁴⁸ Loc. Cit., pág. 20.

tienen poca relación con su actividad real. Sin embargo, un esfuerzo decidido para fortalecer la imposición de las distintas partes conducirá inevitablemente a un aumento de solapamientos y conflictos jurisdiccionales de los reclamos de los Estados a gravar. Si los Estados no pueden ponerse de acuerdo sobre los principios generales para la asignación de las rentas de las ETN, es igualmente poco probable que acuerden un conjunto de disposiciones eficaces para la imposición de entidades separadas que no cree mayores conflictos en los casos concretos. El proyecto BEPS ha abierto una nueva era en la fiscalidad internacional, pero que tiene un largo camino por recorrer, y cuyo resultado es incierto.