

DOCUMENTOS

N.I.P.O.: 634-15-005-1

EL PROYECTO BEPS DE LA OCDE/G20: RESULTADOS DE 2014

Autores: *Mar Barreno*

Jorge Ferreras

Jaime Mas

Antoinette Musilek

Alfredo Ranz

Inspectores de Hacienda del Estado

DOC. n.º 5/2015



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N. B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de los autores, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

ÍNDICE

PREÁMBULO

INTRODUCCIÓN

ACCIÓN 1: ECONOMÍA DIGITAL

ACCIÓN 2: PRODUCTOS HÍBRIDOS

ACCIÓN 5: PRÁCTICAS FISCALES PERJUDICIALES

ACCIÓN 6: UTILIZACION ABUSIVA DE LOS CONVENIOS

ACCIÓN 8: PRECIOS DE TRANSFERENCIA-INTANGIBLES

ACCIÓN 13: PRECIOS DE TRANSFERENCIA-DOCUMENTACION

ACCIÓN 15: INSTRUMENTO MULTILATERAL PARA LA IMPLEMENTACION DEL PROYECTO

RESTANTES ACCIONES:

Acción 3: Transparencia fiscal internacional

Acción 4: Erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros

Acción 7: Evitación artificial de la condición de EP

Acción 9: Precios de transferencia-riesgos y capital

Acción 10: Precios de transferencia-otras transacciones de alto riesgo

Acción 11: Métodos de recopilación y análisis de datos BEPS

Acción 12: Comunicación de mecanismos de planificación fiscal agresiva

Acción 14: Mecanismo de resolución de controversias

PREAMBULO

Este artículo contiene un análisis de las más de 700 páginas de que constan los siete informes publicados por la OCDE con fecha 16 de septiembre de 2014 como primera entrega de resultados relativos al proyecto BEPS. El trabajo desarrollado por la OCDE con posterioridad a esa fecha en relación con las otras ocho Acciones de que consta el Plan de Acción será objeto de estudio en posteriores artículos. Los autores, que han participado directamente en las reuniones de la OCDE en las que dichos informes se han gestado, desean manifestar que las opiniones vertidas en el texto se emiten únicamente bajo su responsabilidad, no representando necesariamente la posición de España o de su Gobierno en relación con las materias aquí tratadas.

INTRODUCCION

La globalización ha traído consigo múltiples beneficios. Sin embargo algunas multinacionales han aprovechado esta situación para reducir de forma abusiva su carga tributaria, erosionando las bases imponibles de muchos países al trasladar sus beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación.

Este problema, identificado en 2012 con las siglas BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), generó un gran malestar social y un importante perjuicio económico a gobiernos y empresas, lo que propició una importante reacción de todos los gobiernos de la OCDE y del G20.¹

Como consecuencia de ello, la OCDE presentó en julio de 2013 un Plan de Acción² que diagnosticaba los principales problemas de BEPS que había que afrontar, y que recibió el pleno respaldo de los líderes mundiales reunidos en la Cumbre del G20 de San Petersburgo del 5 y 6 de septiembre de 2013.

El citado Plan de Acción incluía 15 medidas cuyo desarrollo debía permitir combatir el problema de la evasión fiscal, las prácticas fiscales perjudiciales y la planificación fiscal agresiva por parte de las empresas multinacionales. Dichas medidas o Acciones eran:

- Acción 1: hacer frente a los desafíos fiscales que plantea la economía digital
- Acción 2: neutralizar los efectos de los dispositivos híbridos
- Acción 3: reforzar las normas sobre transparencia fiscal internacional
- Acción 4: limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros
- Acción 5: incrementar la eficiencia de las medidas para contrarrestar las prácticas fiscales perjudiciales, teniendo cuenta la transparencia y la sustantividad
- Acción 6: impedir el abuso de los convenios para evitar la doble imposición (CDI)
- Acción 7: impedir la evitación deliberada de la condición de establecimiento permanente
- Acciones 8 a 10: garantizar que los resultados en materia de precios de transferencia tengan correspondencia con la creación de valor (lo que incluye medidas relativas a intangibles, riesgos y capital, y otras operaciones de alto riesgo)
- Acción 11: establecer métodos para la recopilación y análisis de datos sobre erosión de la base imponible, traslado de beneficios y medidas para abordar esta cuestión
- Acción 12: requerir a los contribuyentes que comuniquen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva
- Acción 13: nuevo análisis de la documentación sobre precios de transferencia

¹ OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

² OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

- Acción 14: hacer más efectivos los mecanismos para la resolución de controversias (procedimientos amistosos)
- Acción 15: desarrollar un instrumento multilateral para la aplicación de las medidas desarrolladas.

Tras un primer año de trabajo, el 16 de septiembre de 2014 la OCDE hizo público un primer grupo de informes conteniendo recomendaciones sobre cómo hacer frente a este problema de forma coordinada a nivel internacional, en unos casos proponiendo una modificación del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (MCOCDE), y en otros casos mediante recomendaciones de modificación de la normativa interna de los países. En esa primera entrega de 2014 se han presentado únicamente las recomendaciones relativas a siete de las 15 Acciones que se han identificado como necesarias, y se confía en poder terminar las modificaciones que requieran dichos informes (que en muchos casos son “intermedios”), así como el análisis de las restantes Acciones, entre septiembre y diciembre de 2015. Este conjunto de recomendaciones se sometió a la cumbre del G20 celebrada en Cairns (Australia) los días 20-21 de septiembre de 2014, donde obtuvo nuevamente un respaldo total de los líderes mundiales.

A modo de introducción cabe anticipar que los primeros siete informes, emitidos en 2014, tienen por objeto ayudar a los países a solucionar problemas relativos a:

- Economía digital: el enorme desarrollo de la economía digital supone importantes retos para la tributación internacional, y en este informe se hace un análisis de dichos retos. Se hace hincapié en que la economía digital se confunde cada vez más con el resto de la economía, por lo que no se puede separar del resto de la misma para recibir un tratamiento autónomo a efectos fiscales (es decir no se puede hablar de un “sector” de economía digital). Sin embargo el informe reconoce que, como consecuencia de las características típicas de la economía digital, algunos de sus modelos de negocio exacerban los riesgos de BEPS (es decir los problemas de deslocalización de beneficios), que sí pueden y deben ser objeto de un tratamiento diferenciado (que se aplicaría por tanto a las empresas en que se dan esas características y modelos de negocio específicos). El informe propone que los retos de la economía digital que son comunes a otros tipos de negocios se afrontarán mediante el trabajo pendiente de desarrollar en las restantes áreas del Plan de Acción BEPS, mientras que los retos fiscales más específicos de la economía digital, así como las distintas opciones para hacerles frente (entre las que se encuentra incluso la ampliación del concepto de establecimiento permanente basado en una presencia digital significativa) serán objeto de un análisis particular durante 2015.
- Instrumentos híbridos: este informe establece recomendaciones para neutralizar los efectos de los instrumentos híbridos. En particular se quieren afrontar los casos de instrumentos híbridos que permiten conseguir múltiples deducciones derivadas de un mismo gasto o deducciones en una jurisdicción que no se corresponden con tributación en ninguna otra. Además se proponen cambios al MCOCDE para asegurar que los beneficios de los tratados se garanticen a las entidades híbridas (por ejemplo las que tienen doble residencia) únicamente cuando se dan circunstancias apropiadas.
- Prácticas fiscales perjudiciales: el informe defiende una limitación de la capacidad de los Estados para crear regímenes fiscales preferenciales, y hace recomendaciones en torno a la sustantividad exigible y a la transparencia de los acuerdos particulares que se puedan concluir entre los Estados y las empresas (los llamados *tax rulings*).
- Precios de transferencia - valoración de intangibles: este informe contiene una revisión de la Guía de Precios de Transferencia de la OCDE que tiene por objeto alinear los resultados del análisis de precios de transferencia con la creación de valor por la empresa, cuando se trata de intangibles. Para ello se aclara la definición de los intangibles, y se proporciona una guía de valoración para determinadas situaciones, como por ejemplo cuando hay que tener en cuenta características de los mercados locales o sinergias corporativas, y de atribución de ese valor, ignorando en muchos casos la propiedad formal de dichos intangibles. Se trata de un informe intermedio, dado que puede resultar profundamente afectado por la evolución de otras Acciones, en particular las que se refieren a la localización de los riesgos y a la recharacterización de transacciones.

- Precios de transferencia – documentación: este informe hace una revisión de los estándares existentes en materia de documentación de precios de transferencia e incluso contiene una plantilla para que las multinacionales puedan facilitar a las administraciones tributarias la llamada información país por país (*country by country report*), comunicando los ingresos, beneficios e impuestos pagados en todas las jurisdicciones en las que operan, así como algunas otras medidas indicativas de su actividad económica. Esto permitirá a las administraciones tributarias comprender en mayor medida, y gracias a ello controlar y afrontar de forma más eficiente, las conductas tipo BEPS.
- Abuso de los convenios para evitar la doble imposición: el informe incluye posibles cambios en el MCOCDE para tratar de combatir el *treaty shopping* (mercadeo de tratados) y otras estrategias que tienen por objeto aprovecharse indebidamente de los beneficios de los convenios; para ello recomienda la inclusión en los convenios de cláusulas de limitación de beneficios junto con una cláusula anti-abuso más general ligada a la prueba de que la finalidad principal que se persigue no es la de beneficiarse del convenio. El informe también estudia cómo asegurar que los tratados no impidan de forma inintencionada la aplicación de cláusulas anti-abuso de la normativa interna. Finalmente se aclara que los tratados no están previstos para ser usados para la obtención de dobles no imposiciones e identifica las cuestiones de política tributaria que los países deberían tener en cuenta antes de decidir entrar en negociaciones de convenios tributarios con otros países.
- Desarrollo de un instrumento multilateral para la implementación de estas medidas: la eficacia de todo el proyecto BEPS quedaría muy reducida si la implementación de las medidas recomendadas dependiera de la modificación por parte de cada uno de los países destinatarios de las recomendaciones de toda su red de convenios bilaterales. Por ello este informe analiza la viabilidad de la adopción de un instrumento multilateral que modifique simultáneamente todos los convenios bilaterales para evitar la doble imposición de los países firmantes, y con ello permita una rápida y coordinada implementación de estas medidas. No existe precedente de un instrumento multilateral de este tipo en el mundo tributario pero sí en otras áreas del derecho internacional público, y el informe concluye que este instrumento multilateral es deseable y posible, recomendando el inicio de negociaciones para el desarrollo de este instrumento lo más rápidamente posible.

Analicemos a continuación dichas Acciones.

ACCIÓN 1: ECONOMÍA DIGITAL³

El Plan de Acción establece como objetivo de la Acción 1 (“Hacer frente a los desafíos fiscales que plantea la economía digital”):

“Identificar las principales dificultades que plantea la economía digital para la aplicación de las normas fiscales internacionales en vigor y trabajar, desde un planteamiento holístico que comprenda tanto los impuestos directos como los indirectos, en la elaboración de opciones detalladas que permitan abordar dichas dificultades. Entre los problemas que deben abordarse se incluyen, a título meramente enunciativo y no limitativo, la capacidad de las empresas para tener una presencia digital significativa en la economía de otro país sin estar sujetas a imposición debido a la imposibilidad de establecer un nexo conforme a las normas internacionales vigentes; la atribución de valor creado a partir de la generación de datos comerciales cuya importancia está vinculada a la localización, mediante productos y servicios digitales; la calificación de las rentas derivadas de nuevos modelos empresariales; la aplicación de normas sobre fuentes vinculadas; y cómo garantizar la recaudación efectiva del IVA y los impuestos generales sobre el consumo en el caso de entregas inter-fronterizas de bienes y servicios digitales. Este trabajo implicará un análisis exhaustivo de los distintos modelos empresariales de este sector.”

Como se ha anticipado anteriormente, el origen de todo el proyecto BEPS (cuestiones digitales y también no digitales) se encuentra en el escándalo que suscitó entre los líderes políticos, medios de comunicación y sociedad civil de todo el mundo la toma de conciencia de que determinadas empre-

³OECD (2014), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

sas multinacionales, mediante una planificación fiscal “agresiva” que aprovechaba las interacciones entre los sistemas fiscales de los diferentes Estados para reducir artificialmente sus bases imponibles o trasladar sus beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación, conseguían reducir a la mínima expresión su factura fiscal. Pues bien, en la base de esa toma de conciencia se encontraba precisamente la actuación de empresas relacionadas con la economía digital (ED), como Google, Amazon, Apple, Microsoft, Twitter, Facebook... que con unos volúmenes de facturación nada desdeñables aportaban, vía impuestos, una recaudación extraordinariamente baja a las arcas de los Estados de los que en definitiva obtenían dichos ingresos...e incluso a sus propios Estados de residencia.

El informe publicado en septiembre de 2014 sobre los retos fiscales planteados por la ED es un documento básicamente descriptivo, en el que se ha alcanzado un consenso entre todos los países participantes en cuanto a la descripción de la ED, sus características fundamentales y sus modelos de negocio, y en el que se identifican los problemas que plantea la ED y las posibles actuaciones a desarrollar para hacerles frente.

En él se distinguen dos grandes grupos de problemas relacionados con la ED: en primer lugar, aquellos que son comunes tanto a la economía digital como al resto de la actividad económica, y que se intentarán afrontar a través de las medidas que resulten del trabajo desarrollado por los demás grupos de trabajo de la OCDE (distintos del que trata el problema de la ED) involucrados en el proyecto BEPS; y en segundo lugar, aquellos problemas que se dan específicamente en la ED, por las características especiales de la misma, y que no se van a poder afrontar con las medidas anti-BEPS que aprueben los demás grupos de trabajo (*broader tax challenges* o retos fiscales generales). En relación con el primer grupo de problemas se considera conveniente, antes de tomar nuevas decisiones, esperar a analizar las soluciones que propongan los demás grupos de trabajo; mientras que en relación con el segundo grupo de problemas se van a seguir estudiando los retos o cuestiones específicas que plantea la ED y las diversas opciones que permitirían hacerles frente.

Por tanto, aún no hay decisiones tomadas, pero el horizonte temporal contemplado para esta Acción finaliza, en principio, en diciembre de 2015, por lo que el período que afrontamos las administraciones tributarias de los Estados participantes hasta entonces será determinante para saber si es posible poner coto a este problema.

El informe consta de tres grandes bloques.

Primera parte (capítulos 1 a 4):

Este primer bloque, puramente descriptivo, analiza cuáles son los modelos de negocio típicos, y las principales características, de la ED.

La ED es el resultado de un proceso de transformación surgido gracias a las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC). La revolución de las TIC nos permite disponer de tecnologías más baratas, más potentes y ampliamente estandarizadas que han permitido una mejora de los procesos empresariales y un impulso de la innovación en todos los sectores de la economía. Por ejemplo, las empresas minoristas permiten a sus clientes realizar pedidos online y recopilan y analizan datos de dichos clientes para ofrecerles un mejor servicio y publicidad más personalizada; las empresas de logística se han visto profundamente beneficiadas por la posibilidad de dar seguimiento a sus vehículos en cualquier continente; las modificaciones en el sector financiero (por ejemplo la banca online) son evidentes; en la industria de fabricación ya se puede controlar de forma remota los procesos de producción; en el sector de la educación se ofrecen cursos a distancia; en el sector de la salud, la ED está permitiendo el diagnóstico a distancia; la industria de la radiodifusión y de los medios de comunicación se ha visto radicalmente transformada con la expansión de nuevas fuentes de información no tradicionales y de la participación de los usuarios, etc...

Debido a que la economía digital es cada vez más la propia economía en sí misma (es decir, todo es cada vez más digital porque las TIC impregnan toda la economía), sería difícil, si no imposible, aislar la ED como si se tratara de un sector concreto y separado del resto de la actividad económica, para aplicarle nuevas reglas fiscales de forma independiente. Por ello, el foco no debe ponerse tanto en la ED como sector, como directamente en los modelos de negocio y características especiales de la ED que aparecen en algunas de las estructuras creadas por multinacionales que operan en la ED y que

exacerban los problemas de BEPS. Esos nuevos modelos de negocio no dejan de ser en muchos casos los modelos de negocio tradicionales, pero desarrollados a mucha mayor escala y a mucha más distancia de lo que hasta ahora era posible. Entre ellos se incluyen: diversas variedades de comercio electrónico, servicios de pago online, tiendas de aplicaciones (*app stores*), publicidad *online*, computación en la nube, plataformas participativas en red, o negociación de alta frecuencia (*high-speed trading*).

La ED se encuentra en permanente evolución, por lo que sus posibles desarrollos futuros tienen que ser monitoreados para evaluar su impacto en los sistemas tributarios, ya que pueden generar problemas adicionales en términos de BEPS a corto-medio plazo. Entre estos avances se incluye el Internet de las cosas o Internet de todo (*Internet of things*), en referencia al drástico aumento de los dispositivos conectados a la red; las monedas virtuales, incluyendo el *Bitcoin*; los desarrollos en robótica avanzada, o la impresión 3D, que permiten acercar la fabricación a los consumidores, alterando el dónde y cómo se crea valor en la cadena de suministro, así como la caracterización de las rentas implicadas; el consumo colaborativo (*sharing economy*), que permite el intercambio entre pares de bienes y servicios; un mayor acceso a los datos en manos de las Administraciones Públicas; la protección reforzada de los datos personales, etc...

Los modelos de negocio de la ED presentan algunas características clave que son potencialmente relevantes desde el punto de vista fiscal. Entre ellas están la movilidad, tanto respecto de los activos intangibles (en los que la ED se basa en gran medida), como respecto de los usuarios, y de las funciones de los negocios; la dependencia de los datos, cuyo uso masivo se debe al aumento de la capacidad de procesamiento informático y de la capacidad de almacenamiento de datos, junto con una disminución de los costes de dicho almacenamiento; los efectos de red, que se refieren al hecho de que las decisiones de unos usuarios pueden tener un impacto directo en el beneficio recibido por otros usuarios; la difusión de los modelos de negocio multifacéticos (*multi-sided business models*), en los que varios grupos distintos de personas interactúan a través de un intermediario o de una plataforma y las decisiones de cada grupo de personas afectan al resultado obtenido por otros grupos de personas, mediante externalidades positivas o negativas; la tendencia hacia el monopolio u oligopolio en determinados modelos de negocio que dependen en gran medida de los efectos de red; y la volatilidad, debida a las reducidas barreras de entrada que existen en los mercados, a la rápida evolución de la tecnología, así como a la velocidad con la que los clientes pueden optar por probar nuevos productos y servicios a expensas de los más antiguos.

La economía digital también ha alterado la forma de estructurarse las cadenas de valor en que las empresas multinacionales integran sus operaciones a nivel mundial. En el pasado, era habitual para los grupos multinacionales establecer una filial en cada país en el que hacían negocios, para poder administrarlos. Esta estructura venía exigida por distintos factores como la lentitud de las comunicaciones, las limitaciones impuestas por el cambio de divisas, los derechos de aduana, o los relativamente altos costes de transporte. Sin embargo, los avances en las TIC, la reducción de barreras en materia de tipos de cambio y aduaneras, y la evolución hacia los productos digitales y hacia una economía basada en los servicios, han permitido a los grupos multinacionales estructurarse para operar como auténticas empresas globales (mundiales), que han adoptado modelos de negocio que centralizan sus funciones a nivel global o regional, en lugar de al nivel local de cada país. Incluso para las PYMES es ahora posible convertirse en “micro-multinacionales” que operan en diversos países y continentes.

Segunda parte (capítulos 5 y 6):

La segunda parte del informe analiza cuáles son los problemas de BEPS que se dan en la ED y las posibles formas de abordarlos.

Una importante conclusión del mismo es que en la ED no existen problemas de BEPS nuevos y distintos de los que ya se han identificado actualmente, siendo el verdadero problema que las características típicas de la ED hacen posible que los problemas preexistentes de BEPS se vean exacerbados. Estos problemas se plantean tanto en la imposición directa como indirecta, y derivan de la utilización de estructuras de planificación fiscal internacional orientadas a desplazar artificialmente los beneficios hacia lugares donde son gravados a tipos más favorables o donde no son gravados en absoluto.

Veremos a continuación algunas de las estrategias que se utilizan por determinadas empresas multinacionales para lograr esa desimposición a lo largo de la cadena de valor de la empresa, y a todos los niveles, es decir, desde el Estado de la fuente (o del mercado, donde se produce el consumo) hasta el Estado de residencia de la empresa, pasando por uno o varios Estados intermedios. El objetivo del proyecto BEPS es precisamente el de restaurar la tributación en los Estados a los que legítimamente corresponden dichos derechos de gravamen, sea el Estado de la fuente o sea el de residencia de la entidad. Como se ha dicho anteriormente, este problema no es exclusivo de la ED.

Las estrategias de planificación fiscal agresiva más habituales identificadas en el ámbito de la imposición directa consisten en:

- Reducir la tributación en el Estado de la fuente. Esto se puede conseguir en primer lugar evitando la existencia de una presencia significativa en dicho Estado, eludiendo así la aplicación del concepto de establecimiento permanente (EP); para ello existen diversas estrategias, como fragmentar las operaciones entre muchas entidades del grupo de modo que cada una de ellas aparente un carácter preparatorio o auxiliar que le permita no ser considerada como EP, o de alguna otra manera asegurarse de que cada lugar en que se desarrolle el negocio cae por debajo de los umbrales del EP. Cuando es inevitable que exista EP, la estrategia alternativa consistiría en limitar al máximo la importancia (aparente) de las funciones, activos y riesgos correspondientes a ese EP, para así atribuirle el menor beneficio posible, para lo cual se pueden transferir los activos intangibles del negocio a jurisdicciones de baja o nula tributación (a un precio bajo) alegando a continuación que la titularidad legal y por tanto la atribución de beneficio debe corresponder a dicha jurisdicción y no al Estado en que está el EP; también es habitual encontrar empresas que mantienen filiales en el Estado de la fuente únicamente para realizar actividades de marketing, soporte técnico, como *mirrored server* para permitir un acceso más rápido de los consumidores a los productos digitales vendidos por el grupo, o como almacén en caso de venta de productos físicos, pero en las cuales no tienen ni riesgos relevantes ni intangibles; otra estrategia utilizada es la de limitar el nivel de capitalización de la empresa local para alegar que no tiene capacidad de asumir riesgos; y con esta misma finalidad se crean también filiales que ayudan simplemente a cumplir órdenes de compra o incluso sirven como almacén, y que tributarán en el Estado de la fuente, pero cuyos ingresos serán muy limitados en comparación con los ingresos brutos del grupo obtenidos realmente en esa jurisdicción; dentro de este bloque existe también finalmente la posibilidad de distorsionar las verdaderas funciones que hace el personal local. En caso de que no se pueda eludir la existencia de EP, y que además hayan de reconocerse al mismo importantes funciones, activos y riesgos, la tercera y última estrategia para reducir la tributación en el Estado de la fuente consistirá en maximizar las deducciones que se aplican en dicho Estado, mediante pagos correspondientes a gastos deducibles en forma de intereses, cánones, comisiones de servicio, etcétera... a otras entidades del grupo en el extranjero (por ejemplo, pagos de intereses por préstamos localizados en jurisdicciones de baja tributación, o vinculados a instrumentos híbridos que son deducibles en la fuente y no tributan en residencia).
- Evitar la retención de salida en el Estado de la fuente. Para ello se hace uso del llamado *treaty shopping* (mercadeo de tratados), que consiste en interponer compañías en determinados Estados con los cuales el Estado de la fuente tiene un convenio para evitar la doble imposición que es favorable, en el sentido, por ejemplo, de que no sujeta a retención de salida los intereses o los cánones salientes con destino al otro Estado.
- Reducir la tributación en el/los Estado/s intermedio/s. Una vez fuera del Estado de la fuente, las rentas suelen llegar a Estados intermedios (que aún no son el de residencia de la empresa), y en los que la tributación es baja o nula, o en los que existen regímenes preferenciales o se puede hacer uso de instrumentos híbridos, todo ello con la finalidad de tributar lo mínimo posible. Sin embargo, también podría darse el caso de que la tributación en dicha jurisdicción sea elevada (imaginemos que pasar por esa jurisdicción, a pesar de su alta imposición, fuera necesario para conseguir una retención de salida del país de la fuente a tipo reducido o nulo). Cuando sucede esto, las correspondientes rentas pueden ser minoradas mediante pagos deducibles a otras jurisdicciones de baja o nula tributación pero, esta vez sí, soportando retenciones de salida reducidas o nulas, o bien mediante pagos a filiales situadas en territorios de tributación también elevada pero

donde sí que se pueda hacer uso de regímenes preferenciales o de instrumentos híbridos que eviten la tributación, o desde los cuales se pueden hacer finalmente pagos deducibles a jurisdicciones de baja o nula tributación, etc... En estos casos se intentarían “colocar” las funciones, activos y riesgos, de forma artificial, en las jurisdicciones intermedias de baja tributación y no en las de tributación elevada.

- Reducir la tributación en el Estado de residencia de la matriz última. Esto se consigue si ese Estado tiene un sistema de exenciones o de diferimiento para las rentas de fuente extranjera, o si simplemente no tiene reglas de transparencia fiscal internacional, o las tiene pero éstas carecen de una adecuada cobertura de determinadas categorías de rentas pasivas o móviles. En estos casos se alegrará además que en el Estado de residencia no hay apenas funciones, activos ni riesgos.

El resultado de este complejo trabajo de ingeniería fiscal es evidente.

Por otro lado, en el ámbito del IVA los problemas de BEPS que se plantean son de dos tipos: los relacionados con la provisión digital remota de servicios e intangibles a empresarios exentos de IVA, y con la provisión digital remota a empresas multi localizadas (con diversos EP en el mismo país):

- a) Cuando nos encontramos ante empresarios exentos que compran servicios e intangibles en el extranjero, en general éstos no tienen derecho a deducir el IVA que soporten, convirtiéndose en consumidores finales, para lo cual suele ser necesario que dichos empresarios se autorepercutan el IVA de la operación, ingresándolo en el tesoro público, y sin derecho a deducción del mismo como IVA soportado; el problema se plantea cuando la legislación de algunos países no les exige, al hacer esas compras de servicios e intangibles en el extranjero, la autorepercusión del IVA de la operación, perdiéndose la correspondiente recaudación. También habría un problema de BEPS si se sigue el principio de tributación en origen, ya que en este caso las empresas proveedoras se localizan en territorios con exención de IVA o donde resulta aplicable un IVA reducido (en Luxemburgo por ejemplo el tipo de determinados servicios electrónicos es del 3%). Estas situaciones dan lugar también a un problema de competencia desleal, al que la Unión Europea ha puesto coto con efectos 1 de enero de 2015, fecha a partir de la cual los servicios de telecomunicación, radio-difusión o TV y electrónicos han pasado a tributar en el Estado miembro de establecimiento del cliente, tanto si el cliente es un empresario o profesional como si se trata de una persona que no tenga tal condición (consumidor final), y tanto si el prestador del servicio es un empresario establecido en la Comunidad como si lo está fuera de la misma; en paralelo se ha creado un mecanismo de *One-Stop Shop* para mitigar el aumento, lógicamente no deseado, de los costes de cumplimiento.
- b) En el caso de compras en el extranjero efectuadas por empresas multi localizadas (con varios EP, por ejemplo, en el mismo país), lo normal es que haya un solo EP que compra de forma centralizada, y que luego refactura los bienes y servicios comprados y redistribuidos a los otros EP que haya en el mismo país; el problema se plantea cuando, existiendo en el país una cadena de EP, y estando los EP del final de la cadena exentos de IVA (por lo que en caso de soportar IVA no podrían deducirlo), la legislación interna no exige que se gire IVA en las operaciones entre EPs. El EP comprador termina deduciéndose todo el IVA soportado, y los EP exentos del final de la cadena, que no podrían deducirlo, no llegan siquiera a soportarlo.

El proyecto BEPS pretende hacer frente a todas estas situaciones (eufemísticamente llamadas de planificación u optimización fiscal internacional) alineando la tributación de las empresas con las actividades económicas que realizan y con la creación de valor, con el objetivo, como se ha dicho, de restaurar los derechos de imposición en los Estados de la fuente y de la residencia de la sociedad matriz. La imposición en la jurisdicción de la fuente será restaurada mediante acciones dirigidas a evitar el abuso de los CDI (Acción 6) y a impedir la evitación artificial del estatuto de EP (Acción 7). La fiscalidad en la jurisdicción de residencia será restaurada mediante un reforzamiento del régimen de transparencia fiscal internacional (Acción 3: CFC, *controlled foreign companies*). La imposición será también restaurada tanto en fuente como en residencia mediante la neutralización de los efectos de los instrumentos híbridos (Acción 2), mediante la limitación de la erosión de la base a través de la deducción de intereses y otros pagos financieros (Acción 4), mediante una lucha más eficiente contra

las prácticas fiscales perjudiciales (Acción 5), y asegurando que los resultados de la aplicación de la normativa en materia de precios de transferencia estén en línea con la creación de valor (Acciones 8-10). En el contexto del IVA, se requiere la implementación de las normas contenidas en la Guía de la OCDE sobre el lugar de tributación de las operaciones B2B de provisión de servicios e intangibles.

Como se ha indicado anteriormente, gran parte del trabajo relativo a este bloque de problemas que afectan a la ED se va a hacer en el marco de otras Acciones del Plan de Acción BEPS porque se trata de problemas que no son exclusivos de la ED, sino que se dan también en otros sectores de la actividad económica general. En este punto, el grupo de trabajo responsable de la Acción 1 vigilará que en los grupos de trabajo correspondientes a esas otras áreas se tengan en cuenta los problemas específicos generados por las características especiales de la ED. En particular deberá vigilarse que se tenga en cuenta:

- Que, en relación con el EP, las actividades principales (*core activities*) de las empresas de la ED no puedan beneficiarse indebidamente de las excepciones al estatuto de EP, y que no se pueda hacer uso de acuerdos artificiosos relativos a ventas de bienes y servicios de la ED que permitan eludir el estatuto de EP.
- Que, en materia de precios de transferencia, se tenga en cuenta la especial importancia que los intangibles, el uso de datos, y la propagación de las cadenas de valor globales tienen en la ED.
- Que, en relación con la transparencia fiscal internacional, se considere la posible necesidad de adaptar las reglas de transparencia fiscal internacional a la ED, dada la circunstancia de que en ocasiones dichas reglas no permiten gravar las ventas remotas de bienes y servicios digitales.
- Que, por lo que se refiere al problema del IVA, se hagan frente al mismo cuando existen compras de servicios e intangibles en el extranjero por parte de empresarios exentos de IVA.

Tercera parte (capítulos 7 y 8):

La tercera y última parte del informe se refiere a problemas que se dan específicamente en la ED, por las características especiales de la misma, y que no se van a poder afrontar con las medidas anti-BEPS que aprueben los demás grupos de trabajo. Es la parte fundamental del informe, y su desarrollo será la tarea más importante del correspondiente grupo de trabajo.

Se trata de los *broader tax challenges* o retos fiscales generales, que afectan en particular al nexo, los datos, y la caracterización de las rentas a efectos de imposición directa, y que obligan a preguntarse por la capacidad o idoneidad de la normativa fiscal internacional actual para hacer frente a los cambios producidos en la actividad económica como consecuencia de la ED y sus nuevos modelos de negocio, de modo que se pueda seguir garantizando que los beneficios se gravan en la jurisdicción donde se realizan las actividades económicas y donde se genera el valor. A diferencia del primer grupo de problemas identificados, en relación con los cuales el objetivo no va más allá de cerrar los “agujeros” detectados, las cuestiones que se plantean en relación con este bloque de problemas sí van más lejos, poniendo incluso en entredicho la validez de las reglas de distribución internacional de los derechos de gravamen entre Estados.

Estos retos son los siguientes:

- Nexo: la evolución de las formas de hacer negocios plantea cuestiones sobre si las actuales reglas relativas al nexo continúan siendo apropiadas. El continuo incremento en el potencial de las tecnologías digitales, y la cada vez más reducida necesidad de una gran presencia física para el desarrollo del negocio en una jurisdicción, junto con el papel cada vez más importante de los efectos de red generados por las interacciones con los clientes, obliga a preguntarse si las actuales reglas basadas, para que pueda haber gravamen, en la necesidad de que exista una presencia física, deben continuar siendo válidas. A modo de ejemplo, el número de empresas que operan a través de Internet ha crecido exponencialmente durante la última década, y de acuerdo con algunas estimaciones el volumen del comercio electrónico a nivel mundial alcanzó los 16 billones (españoles) de dólares en 2013. El beneficio empresarial futuro está por tanto cada vez más en el mundo digital mientras que nuestros sistemas tributarios se han quedado anclados en un reparto de derechos entre Estados acordados en un tiempo ya muy pasado.

- Datos: la creciente dependencia de la recopilación y análisis de datos, y la creciente importancia de los modelos de negocio multilaterales plantean cuestiones sobre el valor de los datos, el nexo, la atribución de beneficios, o la caracterización de rentas. La asignación adecuada de las rentas imponibles entre los distintos lugares en los que tienen lugar las actividades económicas y se crea el valor no siempre está clara en la ED, en particular en los casos en que los usuarios y los clientes se convierten en un componente importante de la cadena de valor, por ejemplo en los casos de modelos de negocio multilaterales o de consumo colaborativo. El aumento en la sofisticación de las tecnologías de la información ha permitido a las empresas de la ED recopilar y utilizar la información hasta un nivel sin precedentes, lo que plantea cuestiones sobre cómo atribuir valor creado a partir de la generación de datos mediante bienes y servicios digitales, o sobre si la recolección remota de datos debería dar lugar al nacimiento de un nexo a efectos fiscales, o sobre cómo caracterizar a efectos fiscales el suministro de datos por una persona o entidad en una transacción (si, por ejemplo, como el regalo de un bien, o como una permuta, o de alguna otra manera).
- Caracterización: el desarrollo de los nuevos modelos de negocio plantea también cuestiones con respecto a la caracterización de las rentas, especialmente las relacionadas con la computación en la nube. Además, a medida que la impresión 3D vaya siendo cada vez más frecuente, se plantearán nuevas cuestiones de caracterización, ya que la fabricación de bienes para su posterior distribución podría evolucionar hacia un sistema de concesión de licencias de diseño para su impresión remota directamente por los consumidores.
- IVA en operaciones B2C: el comercio transfronterizo de bienes, servicios e intangibles crea retos para la recaudación del IVA, en particular cuando dichos productos son adquiridos por consumidores privados de proveedores en el extranjero. Esto se debe en parte a la ausencia de un marco internacional eficaz que garantice la recaudación del IVA en la jurisdicción del mercado. Para los actores económicos, y en particular las PYMES, la ausencia de una normativa internacional estandarizada que establezca cómo recaudar y remitir el impuesto a un número potencialmente alto de administraciones tributarias crea altos costes de cumplimiento. Para las administraciones tributarias, hay un riesgo de pérdida potencial de ingresos y de distorsiones del comercio, y el reto de gestionar deudas tributarias generadas por un importante volumen de transacciones de bajo valor añadido, que pueden crear un importante carga administrativa pero ingresos muy marginales. Los problemas en este área están sobre todo en las importaciones mediante compras online de productos de bajo valor añadido que quedan por debajo del límite exento en muchas jurisdicciones; y en las compras de servicios e intangibles especialmente por consumidores particulares, sin IVA o con un tipo inferior al debido.

Ante estos retos las administraciones tributarias de los Estados participantes han identificado diversas opciones (sin perjuicio de que puedan surgir aún otras nuevas) para tratar de hacerles frente, y que van a ser objeto de análisis en profundidad durante el año 2015. Las opciones abiertas a estudio son las siguientes:

- La posible creación de un nuevo concepto de “EP virtual”, que como primera idea sería únicamente aplicable a empresas *fully dematerialized* (que únicamente venden bienes y servicios digitales, con contratos virtuales, pagos con tarjeta, en que la única posibilidad de contacto con la empresa es vía web, sin oficinas físicas o que son únicamente de apoyo secundario, en que la residencia del vendedor es irrelevante, etc). En relación con esta opción existen dos variantes:
 - Hay países que defienden que se considere que existe EP únicamente cuando haya una presencia digital significativa, medida por el volumen de contratos, volumen de consumo en el país, participación significativa de usuarios residentes fiscales (medida a su vez a través de número de visitas a las webs, o de cuentas activas en redes sociales, número de usuarios en las herramientas online, etc...);
 - Hay otros países que defienden que sólo se debe considerar que existe EP cuando gran parte del negocio de la empresa en el país se desarrolle usando datos personales obtenidos mediante una monitorización regular y sistemática de los usuarios de Internet de ese país.
- El establecimiento de una retención de salida sobre transacciones digitales:

- Hay países que defienden una retención como impuesto final autónomo.
 - Hay otros países que defienden una retención de salida como pago a cuenta del impuesto sobre sociedades correspondiente a alguna de las variantes de un “EP virtual”
- Y finalmente existen otras opciones, como el *bit tax*, que gravaría el volumen de datos utilizados en el país de la fuente.

En relación con estas opciones se va a estudiar:

- Su viabilidad (que no generen incentivos para desarrollar los negocios de una determinada manera distorsionando el modo normal en que estos se habrían desarrollado, que la atribución de beneficios sea posible, que las reglas sean efectivas y claras, que los costes de cumplimiento sean reducidos, que sean administrables, que eviten la doble imposición, que estén perfectamente adaptadas a lo que se necesite...).
- Cómo se podrían adoptar en la normativa interna.
- Su incidencia económica (sobre quién recae finalmente el impuesto según se adopte una solución tipo Impuesto sobre Sociedades, retención de salida, IVA...)
- Cómo responden a los principios de neutralidad, eficiencia, certeza, simplicidad, efectividad, justicia, y flexibilidad.

Conclusión:

El problema planteado por la ED no es sencillo de resolver y dista de estar claro que una vez finalice el proyecto BEPS se haya podido solucionar. Sin embargo, dicho proyecto, al menos en relación con la Acción 1, es un paso en la buena dirección que merece una oportunidad, y es justo reconocer que hasta la fecha está avanzando de forma muy profesional y extremadamente rápida, afrontando una tarea muy complicada como es la de poner de acuerdo a Estados tan distintos como los de la OCDE y los de las principales economías emergentes (países del G20), para la adopción de medidas coordinadas a nivel mundial que acaben con este problema.

En este sentido hay que señalar que el principal obstáculo para su completa resolución no será probablemente de carácter técnico, sino político, porque los delicados problemas que se están tocando en estos momentos en relación con la ED van mucho más allá del de la simple lucha contra ciertos comportamientos de elusión fiscal llevados a cabo por determinadas empresas multinacionales (sin menospreciarlos en absoluto). Se ven afectados importantes intereses económicos de los países, cuya posición depende de en qué medida les beneficia o perjudica la situación actual, lo que a su vez depende de su posición relativa en el “mundo digital”.

Es decir, si alguna de las fórmulas indicadas que permitieran gravar las operaciones digitales en el país de la fuente, como la del EP virtual, llegara a ver la luz, eso significaría volver a dotar a dicho país de un derecho a gravar los beneficios empresariales que probablemente ya había perdido hace tiempo, al quedar obsoletas las vigentes modalidades de EP (lugar fijo de negocios y agente dependiente). Sin embargo, eso se haría necesariamente a costa de otros países (de residencia), que con las reglas actuales habrían estado disfrutando (aunque fuera de forma “no legítima”) de esas rentas. Es fácil entender que las posiciones relativas de los países, tanto de la OCDE como del G20, en defensa o en contra de este nuevo concepto de EP, son en muchos casos claramente contrapuestas, dependiendo en último término de si dichos países son consumidores o exportadores, en términos netos, de bienes y servicios de la ED. Así, nunca podrá ser igual la posición de Estados Unidos, país de la residencia de las más importantes multinacionales de la ED, la de países como China o India, con un volumen de potenciales consumidores de en torno a 2.500 millones de personas.

Quizá esto nos permita entender mejor por qué, curiosamente, el último párrafo de todo el informe (literalmente, el último párrafo) sugiere que la eventual adopción de una medida de este tipo (“EP virtual”) no se aplique de forma generalizada, sino que se limite exclusivamente a los casos en que

haya habido un fraude tipo BEPS⁴ (es decir una erosión de la base imponible en el país de la fuente, con traslado de beneficios a otra jurisdicción “intermedia”, y eludiendo también la tributación en el país de la residencia). Podría pensarse que tras este párrafo está la mano de Estados Unidos, que probablemente no tenga un especial interés en que proliferen este nuevo tipo de establecimientos permanentes.

Finalmente cabe indicar que esta aplicación limitada (a casos de BEPS) del “EP virtual” se parece mucho al recientemente aprobado *Diverted Profit Tax* (“Impuesto sobre beneficios desviados”) del Reino Unido, coloquialmente conocido como “Impuesto Google”, en vigor desde el 1 de abril de 2015: un impuesto nacional sobre rentas obtenidas en el territorio del Reino Unido por empresas no residentes, configurado para no quedar limitado por la existencia de los convenios suscritos por dicho país (que normalmente no permitirían gravar las rentas de la ED en la fuente) y que, no obstante, se aplicará únicamente cuando las operaciones se hayan diseñado principalmente para conseguir un ahorro fiscal (es decir, cuando se haya minorado la tributación conjunta en la fuente y en la residencia, o dicho de otro modo, cuando haya existido una situación de BEPS). Es probablemente una buena medida, que quizá permita atajar algunos de los tipos de fraude que constituyen su objetivo, pero de la misma es criticable su falta de oportunidad, ya que una medida similar está sobre la mesa, como hemos visto, en el marco de la Acción 1 de BEPS, y puesto que el problema que afrontamos deriva precisamente de la explotación por las empresas de las divergencias existentes entre los distintos sistemas tributarios nacionales, parece razonable pensar que la manera más eficaz de hacerle frente es mediante una acción coordinada de todos los gobiernos, y no mediante la adopción de medidas unilaterales y no coordinadas por parte de los países.

ACCIÓN 2: PRODUCTOS HÍBRIDOS⁵

La Acción que nos ocupa en este capítulo, relativa a la neutralización de los productos híbridos o *hybrids mismatch arrangements*, se encuentra clasificada bajo el pilar de coherencia, junto con las Acciones 3, 4 y 5, y tiene por objeto garantizar la coherencia de la imposición a través del impuesto sobre sociedades a nivel internacional, en los siguientes términos:

“Desarrollar disposiciones y recomendaciones modelo relativas al diseño de normas internas que permitan neutralizar el efecto de las entidades y los dispositivos híbridos (por ej.: doble no imposición, doble deducción, diferimiento a largo plazo). Este trabajo puede incluir: (i) cambios en el Modelo de Convenio de la OCDE a fin de garantizar la no utilización de entidades e instrumentos híbridos (ni de las entidades con doble residencia) para la obtención indebida de los beneficios de los convenios; (ii) normativa interna que impida la exención o el no reconocimiento de pagos deducibles por el pagador; (iii) normativa interna que impida la deducción de pagos no incluidos como renta por el perceptor (y que no estén sujetos a imposición conforme a las normas relativas a la transparencia fiscal internacional (*CFC Rules*) o disposiciones similares); (iv) normativa interna que impida la deducción de pagos deducibles en otra jurisdicción; y (v) cuando sea necesario, elaboración de pautas para la coordinación o normas para la determinación de la residencia cuando más de un país aspire a la aplicación de dichas normas respecto de una operación o estructura. Deberá prestarse especial atención a la interacción entre los cambios que puedan realizarse en la normativa interna y en las disposiciones del Modelo de Convenio de la OCDE. Este trabajo deberá coordinarse con el relacionado con las limitaciones a la deducción de gastos en forma de intereses, con el trabajo sobre las normas sobre transparencia fiscal internacional y con el trabajo sobre el abuso de los convenios por terceros no beneficiarios (*treaty shopping*).”

La Acción 2, junto con las Acciones 3, 4 y 12, fueron encomendados al Grupo de Trabajo número 11 de la OCDE, sobre Planificación Fiscal Agresiva, cuyos trabajos sobre híbridos o productos con similares efectos ya existían antes de la era BEPS. Estos esfuerzos de abordar los riesgos de la planifica-

⁴ “If further actions are necessary to address BEPS concerns with respect to the digital economy, one possible approach would be to limit the application of potential options to address the broader direct tax challenges referred to in Chapter 7 and 8 to situations in which such BEPS concerns arise.[...] Limiting application of these measures to BEPS concerns could effectively address these concerns without changing the paradigm for the allocation of taxing rights between source and residence jurisdictions.”

⁵ OECD (2014), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

ción fiscal agresiva se recogieron en los informes sobre riesgos fiscales vinculados a pérdidas bancarias de 2010 (*Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*), sobre utilización de pérdidas corporativas de 2011 (*Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*) y sobre productos híbridos de 2012 (*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*).

El Informe con Borrador de Recomendaciones de la Acción 2 de septiembre de 2014 cierra los trabajos de la OCDE del documento de marzo de 2014, manteniendo en gran medida sus propuestas iniciales. No obstante, aún quedan pendientes de finalizar dos aspectos relativos al capital regulatorio intra-grupo y a las consecuencias de la inclusión de las reglas de transparencia fiscal internacional (CFC rules), así como el desarrollo de una guía aclaratoria para garantizar la correcta aplicación de las recomendaciones formuladas en el ámbito de los híbridos. La publicación de los trabajos anteriores está prevista para septiembre de 2015.

El Informe se divide en dos Secciones (junto con el sumario ejecutivo y la introducción), para tratar sobre el impacto propio de los productos híbridos, por un lado, en la legislación fiscal interna de las jurisdicciones y, por otro, en las disposiciones de los convenios fiscales internacionales.

Sección I – Recomendaciones para el diseño de la normativa interna

La idea básica detrás de un producto híbrido es explotar un tratamiento fiscal diferente de una misma entidad o instrumento en distintas jurisdicciones con el fin de eludir el pago de impuestos. Esta disminución de la deuda tributaria se obtendría bien consiguiendo una doble deducción de un mismo pago, o con la deducción de un pago sin la inclusión de la renta correlativa por parte de su perceptor. Dichos pagos podrían realizarse bajo la figura de instrumentos financieros híbridos, o como pagos realizados a, o efectuados por, una entidad híbrida. Los principales efectos de los pagos mediante productos híbridos son dos: la *doble deducción*, conocido como DD, y la *deducción sin inclusión*, conocida como D/SI o por sus siglas en inglés D/WI. Junto a los anteriores, el informe añade aún un tercer caso más, que se produce cuando el efecto del producto híbrido se lleva a una tercera jurisdicción, y que se denomina *deducción sin inclusión indirecta*, D/SII.

Con el fin de neutralizar los efectos perjudiciales de estos productos, pero evitando a la vez posibles dobles imposiciones, el informe sugiere el establecimiento de una *regla primaria* y de una *regla defensiva*. La *regla defensiva* opera sólo cuando no existen reglas sobre productos híbridos en la otra jurisdicción o cuando la regla primaria no se haya aplicado.

La *deducción sin inclusión* (D/SI) puede ser el resultado de un pago realizado utilizando un instrumento financiero híbrido o de un pago realizado a, o efectuado por, una entidad híbrida. En este caso, la *regla primaria* consistiría en denegar la deducción en la jurisdicción del pagador, mientras que de aplicarse la regla defensiva, ésta consistiría necesariamente en incluir la renta como ordinaria en la jurisdicción del beneficiario. Los productos híbridos identificados bajo la *deducción sin inclusión* son:

- Instrumentos financieros híbridos, incluidos *transfers*, que engloban los pagos deducibles bajo el instrumento financiero que no han sido gravados como renta ordinaria en la jurisdicción del beneficiario. Las recomendaciones sólo entran en juego cuando el instrumento financiero sea entre partes vinculadas, o cuando el pago se efectúe en el marco de una organización estructurada y el contribuyente sea parte de la misma.
- Pagos de entidades híbridas, cuando en la jurisdicción del pagador se considera el pago deducible, mientras que en la jurisdicción del beneficiario no se considera renta ordinaria sujeta a tributación. Las recomendaciones sólo se aplican si las partes están bajo el mismo grupo dominante, o cuando el pago se efectúe en el marco de una organización estructurada y el contribuyente sea parte de la misma.
- Pagos efectuados a híbridos invertidos, cuando rentas procedentes de estructuras de inversiones en el extranjero no están sujetas a tributación. Las recomendaciones sólo se aplican si las partes están bajo el mismo grupo dominante, o cuando el pago se efectúe en el marco de una organización estructurada y el contribuyente sea parte de la misma.

El caso de *doble deducción* (DD) puede ser el resultado de pagos efectuados por una entidad híbrida, y para contrarrestar sus efectos perjudiciales la *regla primaria* consistiría en denegar la deducción

duplicada en la jurisdicción de la matriz, mientras que la *regla defensiva* supondría denegar la deducción en la jurisdicción del pagador. Los productos híbridos identificados bajo la *doble deducción* son:

- Pagos efectuados por entidades híbridas, que engloban aquellos pagos deducibles en la jurisdicción de la entidad híbrida y, a su vez, deducible en la jurisdicción de la matriz. En este caso no hay límites al ámbito de aplicación de las recomendaciones de la *regla primaria*, como ocurre en el caso de D/SI en relación a grupos dominantes u organizaciones estructuradas, si bien la *regla defensiva* solo se aplica si las partes están bajo el mismo grupo dominante, o cuando el pago se efectúe en el marco de una organización estructurada y el contribuyente sea parte de la misma.
- Pagos efectuados por entidades con doble residencia: al ser tratadas dichas entidades como residentes en más de una jurisdicción, cabe la deducibilidad del pago en más de una jurisdicción. Aquí la *regla primaria* consistiría en que todas las jurisdicciones de residencia deben denegar la deducibilidad del pago en la medida en que dé lugar a una *doble deducción*, permitiendo llevar el exceso de deducción a otros periodos siempre y cuando se demuestre que no cabe duplicidad de dicha deducción en otra jurisdicción. Por tanto, en este caso no sería necesario aplicar *regla defensiva*.

Finalmente, cuando un producto híbrido se ha utilizado en dos jurisdicciones sin que se hayan aplicado contramedidas a sus efectos perjudiciales es muy fácil trasladar dichos productos a una tercera jurisdicción. Por ello, el informe añade un tercer caso, el de *deducción sin inclusión indirecta* (D/SII), para cuando exista una deducción sin inclusión de renta sujeta a tributación que afecte a una tercera jurisdicción. El caso más ilustrativo sería el producto híbrido entre dos entidades residentes en jurisdicciones distintas donde una realiza un préstamo a la otra. Esta segunda, a su vez, efectúa un préstamo a una entidad residente en una tercera jurisdicción. El efecto final sería, por un lado, la no inclusión en la primera jurisdicción y, por otro, la deducción de los intereses pagados en la tercera jurisdicción, en vez de en la segunda, importando así los efectos del producto híbrido. Para afrontar estos casos de importación, se recomienda que la jurisdicción del pagador, es decir la tercera jurisdicción, deniegue la deducción del pago realizado utilizando un producto híbrido importado, eliminando así la D/SII. Los productos híbridos identificados bajo la *deducción sin inclusión indirecta* son la importación de productos híbridos, cuando el producto híbrido acaece bajo la normativa de otra jurisdicción y el efecto del mismo se importa a la jurisdicción del pagador por medio de la deducción del pago. Las recomendaciones solo se aplican si las partes están bajo el mismo grupo dominante o cuando el pago se efectúe bajo una organización estructurada y el contribuyente sea parte de la misma.

A diferencia de los trabajos iniciales de la OCDE, que alcanzaban a cualquier tipo de entidad, vinculada o no, cabe destacar que finalmente el ámbito de las recomendaciones se ha restringido a organizaciones estructuradas y a entidades vinculadas o grupos dominantes con una participación de al menos el 25%, conforme a las definiciones establecidas en las recomendaciones 10, 11 y 12.

Sección II – Recomendaciones de modificación de los convenios

La Sección II complementa a la primera y versa sobre aquellos aspectos que pueden suponer una modificación del MCOCDE. En primer lugar, se considera necesario garantizar que las entidades con doble residencia no puedan obtener indebidamente los beneficios del convenio. Los trabajos encaminados a alcanzar dicho resultado se centran en llevar a cabo una enmienda del artículo 4.3 del Modelo a través del trabajo desarrollado en el marco de la Acción 6 del proyecto BEPS.

En segundo lugar, se estudian los problemas producidos por las entidades transparentes, siguiendo los trabajos de la OCDE de 1999 sobre sociedades de personas o *partnerships*, proponiendo las necesarias enmiendas al articulado y a los Comentarios del Modelo.

Finalmente, se quiere garantizar la coordinación entre las recomendaciones derivadas de la Sección I, de denegación de la deducción de los pagos a nivel interno, con las disposiciones de los convenios fiscales. El informe concluye que previsiblemente dichas recomendaciones no suscitarán preocupaciones sobre posibles conflictos con los convenios.

Conclusión:

La Acción 2 de BEPS contiene reglas explícitas para neutralizar los productos híbridos, si bien no comprende todos los productos híbridos existentes, ni tampoco comprende los productos híbridos

distintos de los utilizados entre partes vinculadas o bajo organizaciones estructuradas. Por otro lado, aún se requiere un mayor estudio de estos problemas, consecuencia de su estrecha relación con otras Acciones del Plan de Acción BEPS, así como el desarrollo de una guía aclaratoria. Además, no hay que olvidar que también existen trabajos realizados por la Unión Europea en materia de productos híbridos que, a pesar de comprender instrumentos diferentes para neutralizar los efectos de los productos híbridos, llegan al mismo resultado final.

Sin perjuicio de la necesidad de finalizar los trabajos sobre productos híbridos antes de septiembre de 2015, la Acción 2 de BEPS muestra una clara, inequívoca y consensuada tendencia a garantizar la correcta tributación internacional en esta materia.

ACCIÓN 5: PRÁCTICAS FISCALES PERJUDICIALES⁶

Los trabajos para contrarrestar las prácticas fiscales perjudiciales no son algo nuevo que surja a raíz del proyecto BEPS, sino que se iniciaron hace más de 15 años, con la publicación por la OCDE, apoyada por el G20, del “Informe sobre Competencia Fiscal Perjudicial: Un cuestión global emergente” de 1998.

Con la publicación de los informes de la OCDE en materia de BEPS, los trabajos del Foro de Prácticas Fiscales Perjudiciales (en adelante FHTP conforme a sus siglas en inglés – *Forum of Harmful Tax Practices*) sobre regímenes preferenciales, se incorporaron a la nueva corriente de cambios en el ámbito fiscal internacional actual, quedando recogidos en la Acción 5 del Plan BEPS en los siguientes términos:

“Actualizar el trabajo sobre prácticas fiscales perjudiciales priorizando la mejora de la transparencia, incluyendo el intercambio de información espontáneo y obligatorio en relación a los denominados “rulings” que conciernen a regímenes preferenciales, y la exigencia de actividad sustancial de los regímenes preferenciales. Se adoptará un planteamiento holístico en la evaluación de los regímenes preferenciales en el contexto de BEPS. Se trabajará con países no pertenecientes a la OCDE sobre la base del marco existente y se considerará hacer modificaciones o añadidos al marco actual.”

Informe de Progresos 2014

De los tres pilares que sustentan el Plan de Acción BEPS (coherencia, sustantividad y transparencia), la Acción 5 queda englobada bajo el pilar de coherencia, junto con las Acciones 2, 3 y 4.

Dentro de la Acción 5, el Informe de Progresos presentado por el FHTP en septiembre de 2014 muestra los resultados correspondientes al primer plazo del calendario establecido, relativos al análisis de los regímenes fiscales potencialmente perjudiciales existentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta los nuevos trabajos llevados a cabo para mejorar la transparencia de los *rulings* relativos a regímenes preferenciales y para definir el criterio de actividad sustantiva, inicialmente previsto únicamente en el contexto de los regímenes de patentes, pero que finalmente se extenderá al resto de regímenes preferenciales evaluados.

Capítulos 1, 2 y 3. Antecedentes y trabajos bajo el marco del Informe de 1998

El nuevo Informe de Progresos de 2014 contiene seis capítulos. Los tres primeros comprenden los antecedentes de los trabajos de la OCDE en materia de prácticas fiscales perjudiciales, bajo el marco establecido en el Informe de 1998 y sus cuatro informes de progresos de 2000, 2001, 2004 y 2006.

El Informe de 1998 estableció el mandato de elaborar una lista de los denominados paraísos fiscales, así como recomendaciones destinadas a combatir la competencia fiscal perjudicial vía legislación

⁶ OECD (2014), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

doméstica, vía tratados fiscales y vía trabajos dentro de la OCDE, mediante la creación de Guías y del FHTP para implementar dichas recomendaciones.

Por un lado, el mecanismo establecido en ese Informe para identificar paraísos fiscales se basaba en los criterios de nula tributación, ausencia de intercambio de información, ausencia de transparencia y ausencia de actividad sustancial, con especial énfasis en el criterio de intercambio de información. Los trabajos en materia de paraísos fiscales y estándares internacionales de intercambio de información se encomendaron al Foro Global sobre transparencia e intercambio de información en materia fiscal ya en el 2000, y dichos trabajos han sido y son ampliamente reconocidos en el ámbito internacional no solo por los países del G20 sino a nivel mundial. El Foro Global, que cuenta a día de hoy con más de 125 miembros es en la actualidad el mayor foro fiscal internacional existente, lo que no impide que siga creciendo continuamente el número de sus miembros y observadores a través de organizaciones internacionales y regionales. Sus trabajos quedan fuera del ámbito puramente BEPS y no son objeto de su Plan de Acción, si bien corren en paralelo al mismo.

Por otro lado, para determinar si existen regímenes fiscales preferenciales perjudiciales, el Informe de 1998 estableció una evaluación por el FHTP articulada en tres pasos. El primero consiste en determinar si el régimen está dentro del ámbito de trabajo del FHTP, por afectar a rentas de actividades geográficamente móviles y a la tributación de dichas rentas y por ser preferencial en comparación con el régimen fiscal general del país.

Seguiría la evaluación del régimen preferencial como potencialmente perjudicial conforme a los cuatro criterios clave del Informe de 1998: la existencia de baja o nula tributación (condición necesaria pero no suficiente), la estanqueidad o aislamiento del régimen (bien porque no resulte aplicable a los residentes, bien porque se limite a operaciones con no residentes), la falta de transparencia, y la ausencia de intercambio efectivo de información. Completando el análisis realizado mediante los cuatro criterios anteriores, se establecen 8 criterios adicionales que permiten perfilar en mayor detalle el análisis del régimen preferencial.

Finalmente se procede a evaluar si un régimen potencialmente perjudicial es efectivamente perjudicial en base a su impacto económico.

Capítulo 4: Progresos alcanzados por el FHTP bajo la Acción 5.

Dentro del Capítulo 4 del Informe de Progresos de 2014 se recogen los trabajos realizados por el FHTP hasta el momento bajo la Acción 5 de BEPS, distinguiendo dos áreas:

— Criterio de Actividad Sustancial.

Como consecuencia del Plan de Acción BEPS se acordó perfilar el criterio de actividad sustancial, que era uno de los 8 criterios adicionales del Informe de 1998 (englobado en el Criterio XII “motivos puramente fiscales”), con el objeto de dar a dicho criterio una mayor relevancia en la evaluación de los regímenes preferenciales con carácter general, y más específicamente en la evaluación de los regímenes de patentes. La idea general es que sólo deben poder beneficiarse de regímenes fiscales preferenciales aquellos ingresos que correspondan a actividades consideradas como “sustanciales”.

En los primeros trabajos del FHTP, para definir el concepto de actividad sustancial se estudiaron tres posibles enfoques: el de creación de valor, el de precios de transferencia y el del *nexus*. El primero se basaba en la necesidad de realizar una serie de actividades de desarrollo para poder considerar que se ha creado valor y que por tanto existe una actividad sustancial en el desarrollo del intangible o patente. El segundo, basado en un enfoque de precios de transferencia, permitía aplicar los beneficios del régimen preferencial a las rentas generadas por el intangible o patente siempre y cuando el contribuyente llevase a cabo una serie de funciones claves, siendo el titular legal del mismo y corriendo con los riesgos económicos de la actividad. El tercer enfoque, denominado del *nexus*, se basaba en la relación existente entre los ingresos y los gastos directamente vinculados con el desarrollo del intangible o patente.

El enfoque por el que se ha optado finalmente en el desarrollo de la Acción 5 de BEPS es el tercero, es decir, el del *nexus*, que se basa en la aplicación de un análisis de proporcionalidad entre los ingre-

tos derivados del desarrollo del intangible o patente y los gastos incurridos, de manera que la proporción de ingresos que pueden beneficiarse del régimen será la proporción existente entre los gastos considerados como cualificados y los gastos totales, con el fin de que sólo resulten aplicables los beneficios del régimen a aquellos ingresos que derivan de actividades de I+D desarrollados por el propio contribuyente.

El ratio del *Nexus* se define como:

$$\frac{\text{Gastos Cualificados} \times \text{Ingresos Totales}}{\text{Gastos Totales}} = \text{Ingresos con beneficios fiscales}$$

A estos efectos, el *contribuyente* que quiera obtener los beneficios del régimen deberá ser una entidad residente, un establecimiento permanente doméstico de entidades extranjeras, o extranjero de entidades residentes sujetas a imposición. Por otro lado, el régimen únicamente se aplicará a los *ingresos* procedentes de patentes y otros activos de propiedad intelectual (PI) funcionalmente equivalentes, excluyendo marcas o similares. En tercer lugar, tendrán la consideración de gastos cualificados aquellos incurridos por el propio contribuyente y directamente relacionados con el desarrollo del activo de PI, junto con aquellos otros gastos derivados de la subcontratación de las actividades, pero únicamente si son desarrolladas por terceras partes no vinculadas. Se excluyen los pagos de intereses, costes de inmuebles, costes de adquisición de activos de PI o aquellos no directamente relacionados con el desarrollo del activo. Finalmente, los *gastos totales* incluyen, además de todos los gastos cualificados, los costes de adquisición de activos de PI y los gastos derivados de la subcontratación que no tengan la consideración de gastos cualificados.

Los *ingresos totales* se definen conforme a legislación interna, si bien deben incluir únicamente los ingresos derivados del activo de propiedad intelectual.

Finalmente el enfoque del *Nexus* establece la necesidad de desarrollar un sistema de seguimiento de ingresos y gastos (*tracking*) que garantice la correcta aplicación de los beneficios del régimen, y que aún es objeto de discusión dentro del FHTP; y enuncia los trabajos que debe hacer el Foro de cara a posibles periodos transitorios (*grandfathering*) de los actuales regímenes bajo evaluación, conforme a los criterios del Informe de 1998.

— Intercambio Espontáneo Obligatorio de *Rulings*.

La segunda área de trabajo dentro de la Acción 5 sobre Prácticas fiscales perjudiciales pretende mejorar la transparencia a nivel internacional en relación con ciertos acuerdos relacionados con regímenes preferenciales emitidos por algunos Estados (más conocidos por su denominación en inglés, *tax rulings*), obligando a dichos Estados a que informen de su existencia a otros Estados potencialmente afectados por los mismos, mediante el intercambio espontáneo de información sobre esos acuerdos. La importancia de este intercambio ha adquirido recientemente aún mayor auge si cabe tras conocerse el caso de los *rulings* de Luxemburgo.

La publicación de septiembre de 2014 relativa a la Acción 5 recoge el proceso o marco que posibilita el análisis, la clasificación y las medidas que, si se dan las circunstancias, finalmente resultarían aplicables a los *rulings* existentes en la legislación interna de los Estados miembros y asociados del FHTP, y que les obligarían a intercambiarlos espontáneamente con otros Estados, para lo cual se sigue un sistema de filtros.

Así, los tres primeros filtros establecerán si el *ruling* se refiere a un régimen dentro del ámbito del FHTP, si se trata de un régimen preferencial y si dicho régimen cumple el criterio de baja o nula tributación. En el caso de cumplir los tres filtros anteriores, se pasa a analizar el carácter general o específico del *ruling*: se considera específico, aquel que se aplica a un contribuyente específico y que le permite invocarlo, tales como los acuerdos de valoración o acuerdos en materia de precios de transferencia. El último filtro distingue los *rulings* en materia de precios de transferencia de los *rulings* en otras materias.

A continuación el informe enumera con carácter ilustrativo aquellas jurisdicciones que pudieran resultar afectadas por el *ruling* y que podrían estar, por tanto, interesadas en recibir esta información; así como el contenido mínimo de información que se intercambiaría y la base legal del mismo, bien bila-

teral o multilateralmente, tal como el Convenio Multilateral de asistencia administrativa mutua en materia fiscal o las Directivas comunitarias, garantizando aspectos de confidencialidad, sin olvidar aspectos de *feed-back* o de plazos para efectuar el intercambio espontáneo.

Capítulo 5: Situación del análisis de los regímenes por el FHTP.

Situación del análisis de los regímenes de los Estados miembros.

El Informe de Progresos de 2014, partiendo de 47 regímenes potencialmente perjudiciales conforme al Informe de 1998, recoge dos tablas de regímenes evaluados por el FHTP: la primera enumera un total de 15 regímenes distintos del régimen de patentes, seis de los cuales continúan bajo revisión por el Foro, mientras que la segunda tabla contiene los 15 regímenes de patentes bajo evaluación, dentro de los cuales encontramos tres de España (uno a nivel nacional y dos a nivel foral, de País Vasco y Navarra).

La evaluación de los regímenes de patentes, que ya se han considerado bajo todos los criterios del Informe de 1998 salvo el de actividad sustancial, no podrá finalizarse hasta que el FHTP concluya sus trabajos relativos a dicho criterio.

Progresos alcanzados en la revisión de los regímenes de países asociados.

Junto a los miembros del FHTP, la Acción 5 de BEPS establece que también serán objeto de evaluación los regímenes preferenciales de los países asociados (Arabia Saudí, Argentina, Brasil, China, Colombia, India, Indonesia, Letonia, Rusia y Sudáfrica), si bien se reconoce la necesidad de dar más tiempo para su análisis.

Conclusión:

La Acción 5 ha alcanzado recientemente una gran relevancia mediática (basta recordar el revuelo causado por los *Patent Box* o la consternación generada por los *Luxleaks*), lo que está añadiendo aún más presión a la ya existente sobre la necesidad de finalizar los trabajos pendientes del 2014, sin descuidar el calendario de septiembre de 2015 para el diseño de la estrategia para extender la participación a los países no miembros de la OCDE, y de diciembre de 2015 para la revisión de los criterios existentes para luchar contra las prácticas fiscales perjudiciales de forma más eficiente.

ACCION 6: UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LOS CONVENIOS⁷

El Plan de Acción señala en relación con la Acción 6 (“Impedir la utilización abusiva de los convenios”):

“Desarrollar disposiciones convencionales y recomendaciones relativas al diseño de normas internas que impidan la concesión de los beneficios del convenio en circunstancias inapropiadas. Se realizarán también trabajos para clarificar que los convenios fiscales no se destinan a ser empleados para generar la doble imposición e identificar las consideraciones de política fiscal que, en general, los países deben tener en cuenta antes de decidirse a entrar en un convenio fiscal con otro país. El trabajo se coordinará con el trabajo sobre híbridos.”

Por tanto, podemos distinguir tres objetivos en relación con esta Acción:

- A Desarrollar modelos de cláusulas para incluir en los convenios para evitar la doble imposición así como recomendaciones sobre normas internas que impidan obtener los beneficios de un convenio en circunstancias inapropiadas.
- B Clarificar que los convenios para evitar la doble imposición no están previstos para generar desimposición.

⁷ OECD (2014), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

- C Identificar consideraciones de política fiscal para que los Estados tengan en cuenta a la hora de decidir comenzar negociaciones para la conclusión de un convenio para evitar la doble imposición.

El informe que ha sido publicado incluye las propuestas de modificación para el Modelo de Convenio de la OCDE que son el resultado del trabajo realizado en relación con esta Acción.

Dada la variedad de posiciones mantenidas entre los Estados se han recogido distintas alternativas para ofrecer un determinado grado de flexibilidad. No obstante, existe acuerdo de que las distintas alternativas alcanzan el objetivo común de impedir el abuso de los convenios y, por ello, se recomienda un nivel mínimo de protección que debería ser implementado.

El informe reconoce que pueden existir determinadas circunstancias por las especificidades de los Estados que hagan que las cláusulas propuestas necesiten ser adaptadas de alguna forma por lo que señala que se va a continuar trabajando en la redacción de estas cláusulas y los comentarios y, en particular, en la regla de limitación de beneficios (LOB).

El informe señala igualmente que se seguirá trabajando en las cuestiones de implementación del estándar mínimo que se establece así como en determinadas cuestiones relativas a la aplicación de los convenios a las instituciones de inversión colectiva y otros tipos de fondos.

Por todo ello, la continuación de estos trabajos será reflejada mediante la publicación de una versión final de este informe en septiembre de 2015.

- A *Desarrollar cláusulas para los convenios y recomendaciones de normas internas que impidan obtener los beneficios del convenio en circunstancias inapropiadas*

1. Para luchar contra los casos en los que una persona intenta sobrepasar los límites impuestos por el propio convenio, se recomienda incluir una serie de cláusulas antiabuso en los convenios.

En primer lugar se hace una recomendación de incluir en los convenios una declaración de carácter general sobre la voluntad de los Estados de evitar la celebración de acuerdos que supongan un uso abusivo de los convenios (al permitir que residentes de terceros Estados se aprovechen indirectamente de los beneficios de un convenio, que en realidad están previstos únicamente para los residentes de los Estados contratantes).

En una segunda parte se incluyen otras propuestas para evitar el abuso de reglas concretas del convenio.

La recomendación de carácter general tiene tres partes:

- Se recomienda que los convenios incluyan en su título y su preámbulo una declaración de que los Estados Contratantes intentan evitar crear oportunidades para la no imposición o la imposición reducida a través de la evasión o elusión fiscales.
- Se recomienda incluir en los convenios una cláusula específica antiabuso basada en las cláusulas de limitación de beneficios (LOB) contenidas en los convenios concluidos principalmente por Estados Unidos. Esta regla permite la aplicación del convenio únicamente a los residentes que cumplan alguno de los requisitos establecidos en la propia cláusula basados, entre otros, en la propiedad, la actividad económica o la propia naturaleza jurídica del residente. De esta forma se evitan una gran cantidad de situaciones de abuso.
- La regla LOB propuesta restringe la aplicación del convenio a los residentes que sean “calificados” (párrafo 1), concepto que se define en el párrafo 2. No obstante, también se permite la aplicación del convenio en el caso en que se realice una actividad económica según se define en el párrafo 3 o en el caso de que se trate de residentes participados por residentes en terceros Estados que hubieran tenido derecho a un trato equiparable si hubieran invertido directamente, conocida como regla “derivativa” (párrafo 4) o incluso si discrecionalmente el Estado de la fuente decide otorgarle los beneficios del convenio (párrafo 5).

- Se recomienda evitar otras situaciones de abuso mediante una regla general antiabuso basada en los propósitos principales de la operación (PPT). La regla propuesta es la siguiente:

“No obstante las disposiciones de este Convenio, los beneficios concedidos en virtud del mismo no se otorgarán respecto de un elemento de renta o de patrimonio cuando sea razonable considerar, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que el acuerdo u operación que directa o indirectamente genera el derecho a percibir ese beneficio tiene entre sus objetivos principales la obtención del mismo, excepto cuando se determine que la concesión del beneficio en esas circunstancias es conforme con el objeto y el propósito del Convenio.”.

El informe reconoce que ambas reglas (LOB y PPT) tienen fortalezas y debilidades y que podrían no ser apropiadas tal cual están diseñadas para todos los países y que podrían requerir modificaciones para adaptarse. Las reglas se complementan con una propuesta de comentarios y ejemplos para incluir en el Modelo de Convenio.

Por ello, el informe permite un determinado grado de flexibilidad en la implementación de estas recomendaciones pero establece un nivel mínimo de exigencia que consiste en incluir la declaración mencionada en el título y el preámbulo de los convenios así como una de las tres siguientes opciones:

- a) El enfoque combinado, es decir, incluir tanto la regla PPT como la regla LOB;
- b) Incluir la regla PPT; o
- c) Incluir la regla LOB y una regla PPT aplicable exclusivamente a los acuerdos instrumentales de financiación (también se admite que la regla LOB se suplemente con normas o jurisprudencia interna).

Las propuestas que se realizan en relación con reglas antiabuso específicas son las siguientes:

- a) Incluir un período mínimo de un año durante el cual se tiene que poseer la participación exigida en el artículo 10 (Dividendos) de los convenios para obtener el derecho al tipo reducido.
 - b) Incluir una regla en el artículo 13 de los convenios para permitir la tributación en el Estado de la fuente cuando se transmitan no solo acciones sino otras participaciones equivalentes (por ejemplo, en relación con *partnerships* o *trusts*) que tengan sustrato inmobiliario.
 - c) Modificar la regla del artículo 4 de los convenios para que resuelva los conflictos de residencia de personas que no sean personas físicas a través de un acuerdo amistoso caso a caso en lugar de acudir al criterio de la sede de dirección efectiva. No obstante, se mantiene como provisión alternativa la resolución a través de la regla de sede de dirección efectiva que existía anteriormente si existen criterios comunes para aplicarla.
 - d) Incluir una regla para evitar situaciones en las que el Estado de residencia deja exenta la renta de un establecimiento permanente situado en un tercer Estado y siempre que el activo correspondiente se transfiera a establecimientos permanentes situados en Estados que no gravan dicha renta u ofrecen un trato preferencial a dicha renta.
2. En relación con los casos en los que una persona intenta abusar de las normas internas utilizando los beneficios de un convenio se recomienda incluir en la normativa doméstica el conjunto de cláusulas que resulten de esta u otras Acciones de BEPS, tales como la Acción 2 (híbridos), la Acción 3 (reglas de transparencia fiscal internacional), la Acción 4 (reglas de deducciones de intereses) o las Acciones 8, 9 y 10 (reglas de precios de transferencia).

El informe considera adecuado que se incluya en los comentarios al Modelo de Convenio que este trabajo no altera las conclusiones existentes sobre la relación de normas antiabuso internas y de convenio.

Asimismo se propone incluir una cláusula que expresamente señale que nada en el convenio limita la tributación en residencia salvo que expresamente así se puntualice.

Por otra parte, se propone que se manifieste expresamente que los denominados impuestos de salida, por los que se gravan ganancias presuntas de personas que dejan de ser residentes, no están en contra de los convenios.

B. Clarificar que los convenios no están previstos para generar desimposición

Se ha reformulado el título y preámbulo del Modelo Convenio estableciendo que el convenio pretende eliminar la doble imposición sin crear oportunidades para la evasión y la elusión fiscal (incluido el *treaty shopping*) como parte del nivel mínimo de exigencia al que se ha hecho referencia anteriormente.

Se podrá utilizar para interpretar las cláusulas del convenio para los casos en que una de las dos interpretaciones posibles genere desimposición, para decantarse por la otra.

C. Identificar consideraciones de política fiscal para decidir por los Estados negociar un convenio

Se trata de ayudar a los Estados a explicar por qué no deben negociar convenios con jurisdicciones de baja o nula tributación. También servirá para argumentar renegociaciones o terminaciones de convenios. Se reconoce que existen factores no fiscales que pueden encaminar a negociar un CDI y que es una cuestión de soberanía el hacerlo o no.

Conclusión:

En conclusión, el informe de la Acción 6 se debe considerar como un borrador puesto que se han dejado una serie de cuestiones pendientes de futuros trabajos a lo largo del año 2015. No obstante, ya ha quedado claro que los Estados deberán incluir en los convenios las normas antiabusos específicas a las que se ha hecho referencia así como una norma antiabuso general de acuerdo con el nivel mínimo de exigencia requerido en el informe.

Resulta evidente que para algunos Estados va a resultar muy sencillo cumplir con el nivel mínimo requerido puesto que ya incluyen en el convenio algunas de estas normas aunque sea con una redacción diferente. Desde este punto de vista, el resultado podría considerarse poco fructífero.

No obstante, el éxito del proyecto consistirá en que los Estados que no incluían estas normas antiabuso comiencen a incluirlas y a aplicarlas de manera consensuada.

ACCIÓN 8: PRECIOS DE TRANSFERENCIA – INTANGIBLES⁸

Los trabajos de la OCDE realizados en torno a la Acción 8 del Plan de Acción BEPS han supuesto la modificación de parte de los Capítulos I y II, de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE (DPT) así como la introducción de un nuevo Capítulo VI. Sin embargo, las interacciones entre las materias reguladas en estos capítulos y las Acciones 9 y 10, todavía pendientes, son muchas, de ahí que el trabajo de la Acción 8 no se considere concluido y deba ser completado a lo largo de 2015. A pesar de que el documento publicado por la OCDE en relación a esta Acción contiene una redacción provisional de los párrafos no acordados definitivamente, aquí sólo se analizarán aquéllos que tienen un carácter definitivo.

El Plan de Acción señala el objetivo perseguido con la Acción 8 (“Garantizar que los resultados en materia de precios de transferencia tienen correspondencia con la creación de valor – Intangibles”):

“Desarrollar reglas que impidan la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios por medio del movimiento de intangibles entre miembros de un grupo. Esto implicará: (i) la adopción de una definición de

⁸ OECD (2014), *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

intangibles amplia y claramente delineada; (ii) asegurar que los beneficios asociados a la transferencia y al uso de intangibles están debidamente asignados de conformidad con (en lugar de separados de) la creación de valor; (iii) desarrollar normas de precios de transferencia o medidas especiales para las transferencias de intangibles de difícil valoración; y (iv) actualizar la regulación sobre los mecanismos de reparto de costes”.

Capítulo I. El Principio de Valor de Mercado

Se introduce en la sección D del capítulo I el análisis de ciertos elementos que pueden afectar a la comparabilidad y al precio de plena competencia, como los ahorros derivados del mercado en el que se actúe y otras características del mercado local, la plantilla de trabajadores cualificados y las sinergias, junto con ciertos ejemplos.

Capítulo VI. Consideraciones específicas aplicables a los intangibles

Este capítulo se centra en la determinación de las condiciones de plena competencia en transacciones que conlleven el uso o la transferencia de intangibles, a efectos únicamente de precios de transferencia, sin perjuicio de la aplicación de los principios contenidos en los Capítulos I a III. Para ello, en primer lugar, identifica los elementos a considerar en materia de intangibles como parte del análisis funcional y de comparabilidad para luego ofrecer ciertas directrices particulares para la determinación de las condiciones de plena competencia en ese ámbito.

A Elementos a considerar en materia de intangibles como parte del análisis funcional y de comparabilidad

— Identificación de los intangibles

A efectos de precios de transferencia se considera un intangible como aquello que, sin ser un activo físico o financiero, es susceptible de ser propiedad de alguien o de ser controlado para su uso en actividades comerciales y cuyo uso o transferencia sería compensado de haberse realizado en transacciones entre partes independientes en situaciones comparables. Dicho concepto no está limitado a la noción contable de intangible, no requiere protección de ninguna clase ni que sea posible su transferencia por separado y debe distinguirse de las condiciones del mercado o las circunstancias del mercado local.

La identificación de intangibles debe realizarse en todo caso de forma específica, no siendo suficiente una mera sugerencia a que intangibles vagamente especificados o no diferenciados producen efectos en el precio de plena competencia. Además de esta identificación, en el análisis funcional debe analizarse la contribución de los mismos a la creación de valor y su interacción con otros intangibles, con activos físicos o con las actividades de creación de valor.

Con el propósito de facilitar la identificación de intangibles, el capítulo detalla una lista no exhaustiva de activos normalmente considerados en los análisis de precios de transferencia relativos a intangibles, en la que se identifican (i) determinados activos que son intangibles a efectos de dicho capítulo, como las patentes, el *know-how*, los secretos comerciales, las marcas comerciales, los nombres comerciales, la marca, las licencias gubernamentales o concesiones, derechos establecidos en los contratos o los derechos limitados sobre intangibles; (ii) otros activos que no son intangibles a tal efecto, como las sinergias del grupo de sociedades o las características específicas del mercado; y (iii) otros activos, como el fondo de comercio, respecto de los que no se precisa si se trata de intangibles o no pero se indica la necesidad de tenerlos en cuenta para determinar el precio de plena competencia de una transacción. En ningún caso, la utilización de esta lista puede considerarse como sustitutiva del análisis oportuno.

A pesar de que en la nueva redacción del capítulo, al contrario de lo que sucedía en su versión anterior, no se pretende categorizar a los intangibles, se han mantenido ciertas definiciones como la de intangibles de comercialización o intangibles únicos y valiosos debido a su uso habitual.

— Identificación de la titularidad legal de los intangibles y de los términos contractuales relacionados con ellos, así como las funciones, activos y riesgos que presentan.

A pesar de que la mayor parte de esta sección tiene carácter provisional, debido a su interrelación con otros trabajos que se están desarrollando en el seno de BEPS, se establece con carácter definitivo que la transacción a analizar es la ocurrida de acuerdo con la conducta de las partes y otros hechos relevantes.

Las entidades vinculadas que contribuyan al desarrollo, impulso, mantenimiento, protección o explotación de los intangibles cuya titularidad legal pertenezca a otra entidad del grupo deben recibir una compensación de plena competencia por las funciones realizadas, los riesgos asumidos y los activos utilizados. A modo de ilustración, se ofrecen una serie de directrices para la aplicación de estos principios en situaciones tales como el desarrollo e impulso de los intangibles de comercialización, las funciones de investigación y desarrollo o las actividades de mejora de procesos realizadas por una entidad vinculada con el titular legal de la marca comercial y los pagos por el uso del nombre del grupo o de la marca.

— Identificación de la naturaleza de las operaciones vinculadas relacionadas con intangibles así como la manera en la que las mismas contribuyen a la creación de valor.

En un análisis de precios de transferencia relacionado con intangibles, es necesario identificar y caracterizar correctamente la operación vinculada concreta relacionada con los intangibles, sin que dicha caracterización tenga relevancia a efectos del artículo 12 del Modelo de Convenio de la OCDE.

Se distingue entre dos operaciones típicas en las que será necesario identificar y analizar los intangibles a efectos de precios de transferencia: las transferencias de intangibles o de derechos sobre los mismos, y aquéllas operaciones que conllevan el uso de intangibles pero en las que ni estos, ni sus derechos, se transfieren.

En el primer escenario es esencial identificar específicamente la naturaleza de los intangibles y de los derechos sobre los mismos transferidos entre empresas vinculadas, así como la naturaleza de las limitaciones de estos últimos, en su caso. Para ello se deben analizar tanto los contratos como la conducta de las partes.

Los intangibles pueden transmitirse de manera aislada, en combinación con otros o en combinación con otros activos materiales o con una provisión de servicios. En caso de que se transmitan en combinación con otros intangibles debe tenerse en cuenta la naturaleza y las consecuencias económicas de las interacciones entre los diferentes intangibles y asegurarse de que todos los intangibles transferidos hayan sido identificados, debiendo identificarse aquéllas situaciones en las que se pretenda realizar una segregación artificial de intangibles que no se produciría en situaciones comparables entre partes independientes.

En caso de que se transmitan intangibles o derechos sobre los mismos en combinación con ciertos servicios o junto con activos materiales (como en los acuerdos de franquicia), es importante realizar, además de lo anterior, un análisis acerca de la posible separación de las transacciones. Cuando ésta sea posible y adecuada deberá separarse la transmisión de intangibles de la de otros bienes o de la provisión de servicios, a efectos del análisis de precios de transferencia, para analizar la consistencia con los principios de plena competencia de cada elemento de la transacción; sin embargo, en ciertos casos estarán tan relacionados que será difícil. La fiabilidad de los comparables disponibles así como el análisis de los contratos y de la conducta de las partes son factores relevantes a la hora de determinar si las transacciones deben ser analizadas conjuntamente o de forma separada. En cualquier caso, la caracterización de las transacciones como transmisiones aisladas o combinadas no implicará necesariamente la necesidad de utilizar un método concreto de precios de transferencia.

En segundo lugar, pueden darse transacciones en las que, a pesar de conllevar el uso de intangibles, no se transfieran ni estos ni los derechos sobre ellos, como aquéllas en las que se utilizan intangibles relacionados con la fabricación de bienes que se venden a otra empresa vinculada. En este caso también debe especificarse claramente la naturaleza de las transacciones e identificar los intangibles utilizados en relación con la operación vinculada que deben tenerse en cuenta para el análisis de

comparabilidad, la selección y aplicación del método de precios de transferencia más adecuado y la elección de la parte objeto de análisis.

B Determinación de las condiciones de plena competencia

Para determinar las condiciones de plena competencia en transacciones relativas a intangibles deben aplicarse las directrices contenidas en los capítulos I a III así con las especialidades establecidas en la sección D del capítulo VI. Dicha sección ofrece unas directrices generales para todas las transacciones relacionadas con intangibles para luego centrarse en las particularidades de las transmisiones de intangibles o derechos sobre los mismos, de las que conllevan el uso de intangibles en relación con la venta de bienes y la provisión de servicios, y de las de intangibles de valor incierto en el momento de la transmisión, siendo la redacción de esta última parte de carácter provisional, dada su interrelación con el trabajo que se está desarrollando en el marco de la OCDE.

Como regla general se establece la necesaria consideración de las opciones realísticamente disponibles para cada una de las partes de la transmisión a la hora de aplicar los principios contenidos en las DPT a cualquier análisis de comparabilidad relacionado con intangibles.

En las transmisiones de intangibles o de derechos sobre ellos son varios los elementos a tener en cuenta para determinar las condiciones de plena competencia. En primer lugar, dadas las características muchas veces únicas de los intangibles, debe analizarse si los potenciales comparables son susceptibles de generar un beneficio potencial similar. Por ello, a la hora de realizar el análisis de comparabilidad, deben tenerse en cuenta, entre otras, la exclusividad de los derechos sobre intangibles, la extensión y duración de su protección legal, su alcance geográfico, su vida útil, el estado de desarrollo, el derecho de impulso, revisión y mejora y la expectativa de beneficio futuro.

En segundo lugar, en el análisis de comparabilidad es necesario considerar los riesgos relacionados con la posibilidad de obtener beneficios futuros y su localización entre las partes. Dichos riesgos son, entre otros, los relacionados con el desarrollo de intangibles, su obsolescencia y depreciación, con el incumplimiento de los derechos atribuidos o con la fiabilidad de los productos y otros relacionados con el uso futuro de los intangibles.

Con relación a los comparables utilizados, la realización de los ajustes de comparabilidad necesarios pueden resultar difícil dado el impacto económico que tiene cualquier cambio en las características de los intangibles. Por ello, en caso de que no sea posible realizarlos, debe optarse por un método de determinación de precios de transferencia menos dependiente de la identificación de los comparables. En cualquier caso, la utilización de comparables existentes en las bases de datos exige que estos estén lo suficientemente detallados como para permitir evaluar las especiales características de los intangibles, importantes para el análisis de comparabilidad.

En cuanto a la selección del método más adecuado de determinación de precios de transferencia debe tenerse en cuenta la naturaleza de los intangibles, la dificultad de identificar comparables y la de aplicar determinados métodos. En todo caso, la selección debe estar basada en un análisis funcional que ofrezca una comprensión del negocio del grupo y de cómo los intangibles transferidos interactúan con otras funciones, activos y riesgos, debiendo tenerse en cuenta cómo los distintos factores contribuyen a la creación de valor. Dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso, cualquiera de los cinco métodos señalados por la OCDE puede ser adecuado para determinar el precio de plena competencia en estos casos; sin embargo, los más adecuados suelen ser el método del precio libre comparable y el método de distribución del resultado, así como las técnicas de valoración. Sin perjuicio de que las indicaciones dadas respecto al método de distribución del resultado no tengan carácter definitivo debido a su interacción con la Acción 10 de BEPS, se ofrecen ciertas directrices para la aplicación del método del precio libre comparable y de las técnicas de valoración.

En cuanto al primero, se exige prestar una especial consideración a la comparabilidad de los comparables; mientras que en el caso de las técnicas de valoración, útiles en caso de que no se puedan identificar comparables, su aplicación debe ser consistente con el principio de plena competencia y los principios de las directrices, debe tener en cuenta las circunstancias de cada caso y los principios y prácticas de valoración, así como la validez de las presunciones que subyacen en la valoración y su consistencia con el principio de plena competencia. Las técnicas de valoración, dependiendo de los

hechos y circunstancias, pueden usarse como parte de uno de los cinco métodos de determinación de los precios de plena competencia establecidos por la OCDE o como una herramienta útil para identificar el precio de plena competencia. Son especialmente útiles las técnicas de valoración que estiman el valor descontado de los flujos de caja futuros previstos de la explotación de los intangibles o de los derechos sobre los mismos transferidos. Las estimaciones basadas en las técnicas de valoración son muy volátiles, de ahí que se deba valorar especialmente la exactitud de las proyecciones financieras, las presunciones respecto a la tasa de crecimiento del flujo de caja, el tipo de descuento utilizado, la vida útil de los intangibles y su valor residual o las presunciones respecto a los impuestos.

Por último para determinar las condiciones de plena competencia en las transmisiones de intangibles o de derechos sobre ellos debe considerarse la forma de pago elegida, que debe ser consistente con los hechos y circunstancias de cada caso, incluyendo lo establecido en los contratos, la conducta de las partes y la habilidad de las mismas de asumir y gestionar los riesgos relacionados con el pago.

En cuanto a la determinación de las condiciones de plena competencia en las transacciones que conllevan el uso de intangibles en relación con la venta de bienes y la provisión de servicios, los intangibles serán considerados como un factor de comparabilidad en caso de que la parte objeto de análisis haga uso de ellos, debiéndose practicar, en su caso, los ajustes de comparabilidad oportunos. Cuando existan comparables, el método del precio libre comparado, el de reventa, el del coste incrementado o el del margen neto operacional servirán normalmente para identificar el precio de plena competencia, si la parte objeto de análisis no utiliza intangibles únicos y valiosos, mientras que si los utiliza deben hacerse ajustes de comparabilidad o recurrir a un método de precios menos dependiente de los comparables. Por otra parte, en caso de que no existan comparables o cuando ambas partes hagan aportaciones únicas y valiosas a la operación, el método de la distribución del resultado puede ser adecuado para determinar la distribución de beneficios de plena competencia.

ACCIÓN 13: PRECIOS DE TRANSFERENCIA – DOCUMENTACIÓN⁹

El Plan de Acción señala el objetivo perseguido con la Acción 13 (“Garantizar que los resultados en materia de precios de transferencia tienen correspondencia con la creación de valor – Documentación”):

“En cumplimiento de la Acción 13 del Plan de Acción de BEPS la OCDE ha elaborado un nuevo Capítulo V de las Directrices de Precios de Transferencia, relativo a la Documentación sobre precios de transferencia, estableciendo un triple objetivo de la misma: (i) asegurar que los obligados tributarios tienen en cuenta la normativa de precios de transferencia a la hora de establecer el precio y el resto de condiciones en sus operaciones vinculadas y al declararlas; (ii) proporcionar información necesaria a las administraciones tributarias para realizar análisis de riesgos en materia de precios de transferencia y (iii) proporcionar información necesaria a las administraciones tributarias para las inspecciones tributarias relativas a precios de transferencia, sin perjuicio de la posibilidad de requerir información adicional en el seno de la inspección.”

Por otra parte, mientras que la redacción anterior del Capítulo V no concretaba la documentación a aportar en materia de precios de transferencia, la nueva redacción recomienda la exigencia de una documentación estructurada en tres pilares:

- el *master file*, cuyo objetivo es proporcionar información acerca de la estructura del grupo, la actividad económica que lleva a cabo, la actividad de investigación y desarrollo y los intangibles con los que cuenta, sus actividades financieras intragrupo, así como acerca de sus estados financieros consolidados, en su caso, y de las APAs y otros acuerdos relativos a la localización de renta entre las distintas jurisdicciones;
- el *local file*, que contiene información más detallada de las sociedades del grupo en una jurisdicción concreta y de las operaciones vinculadas que afectan a dicha jurisdicción, precisando la naturaleza de éstas, cualquier información financiera al respecto, el análisis de comparabilidad, la

⁹OECD (2014), *Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

selección y aplicación del método de precios de transferencia más apropiado y la información financiera de la entidad local, y finalmente

- el *Country-by-Country report* (en adelante *C-b-C report*), que sirve para realizar análisis de riesgo de alto nivel, incluyendo información relativa a la localización global de los ingresos, los impuestos pagados y otros indicadores de la actividad económica así como una lista de todas las Entidades Constituyentes del Grupo (unidades de negocio separadas que se incluyen en el grupo consolidado para la realización de los informes financieros) y de las actividades económicas relevantes que llevan a cabo, todo ello estructurado país por país y sin que la información contenida en este informe pueda servir para realizar ajustes basados el reparto del beneficio global según una fórmula preestablecida (*global formulary apportionment of income*).

En cualquier caso, los requerimientos de documentación no pueden ser desproporcionados en cuanto al coste y a la carga administrativa que supone su elaboración, y en su cumplimiento deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

En primer lugar, el momento en el que la documentación tiene que estar preparada, que difiere de unos Estados a otros, pero que se recomienda que sea (i) para el *local file*, el último día del plazo para presentar la declaración, (ii) para el *master file*, el último día del plazo para presentar la declaración de la matriz y (iii) para el *C-b-C report*, el último día del año siguiente a la finalización del periodo impositivo de la matriz del grupo.

En segundo lugar, se establece la posibilidad de limitar las obligaciones de documentación relativas al *local file* basándose en estándares objetivos comúnmente aceptados en la práctica comercial, algo que muchos Estados ya han aplicado a las PYMES.

No se precisa exigencia alguna en cuanto al almacenamiento de la documentación por parte de los obligados tributarios, siempre que esté disponible para las administraciones tributarias de acuerdo con las exigencias de la ley interna de cada Estado. En cualquier caso, sólo debe requerirse documentación relativa a periodos anteriores cuando sea necesaria para el análisis de la transacción en cuestión.

Respecto a la frecuencia de actualización de la documentación se establece una actualización anual de los tres documentos con carácter general, con la posibilidad de actualizar los comparables únicamente cada tres años en caso de que no haya un cambio de circunstancias.

En cuanto al idioma en el que se debe facilitar la documentación, se promueve la utilización de un idioma común siempre que no comprometa la utilidad de la documentación y con independencia de que se puedan solicitar traducciones.

Deben tenerse en cuenta asimismo las sanciones por incumplimiento de la obligación de documentación, presentes ya en muchos Estados. Sin embargo, en otros Estados se ha optado por un refuerzo positivo estableciendo una protección frente a posibles sanciones o la inversión de la carga de la prueba en caso de cumplimiento.

Otro aspecto relevante es la garantía de confidencialidad que se debe dar a la información confidencial y a la comercialmente sensible aportada por el obligado tributario.

Por otra parte, se hace referencia a la posibilidad de utilizar comparables regionales en la elaboración de la documentación cuando no haya comparables locales disponibles, pero no en presencia de estos últimos.

Finalmente, en materia de implementación, existe unanimidad en cuanto a la presentación local del *local file* pero no respecto a la presentación de los otros dos documentos. De ahí que en los próximos meses deban analizarse las distintas posibilidades de implementación de estos dos documentos teniendo siempre presente que la implementación debe realizarse de forma efectiva y consistente en todos los Estados. Por otra parte, no más tarde de 2020 se realizará una revisión de las obligaciones de documentación para analizar si satisfacen adecuadamente al objetivo de análisis de riesgo y de si se debe incluir información adicional en el *C-b-C report*.

Conclusión:

Como se puede observar, la mayor novedad que presenta el trabajo de la OCDE en este ámbito es la introducción del *C-b-C report*, cuyo objetivo principal es proporcionar la información necesaria para la realización del análisis de riesgo de las operaciones vinculadas, facilitando así la labor de las administraciones tributarias. Sin embargo, esta aparente simplificación del trabajo a realizar por dichas administraciones no ha sido suficiente para lograr el apoyo incondicional de todos los Estados. Algunos, que ya disponen de la mayor parte de la información contenida en el modelo de la OCDE gracias a otras declaraciones informativas, se han mostrado poco entusiastas a la hora de apoyar una ampliación de los datos a incorporar al mismo; otros han mostrado en sucesivas ocasiones su preocupación por la confidencialidad de la información en él contenida; mientras que no pocos Estados han expresado sus dudas ante la posibilidad de que tal cantidad de información sea verdaderamente gestionable y pueda servir al propósito buscado. Sin embargo, la inquietud que comparten la mayor parte de los Estados es el miedo a que el *C-b-C report* sirva de base a ajustes automáticos, como se deduce de la cautela al respecto contenida en el documento publicado. La teoría queda clara pero, ¿cómo lograremos evitar en la práctica que ciertos Estados realicen ajustes basados en el *C-b-C report* enmascarados por una mínima labor investigadora? Sólo el tiempo nos dirá cómo se aplica y se gestiona este nuevo documento y si, finalmente, logra el alcance pretendido inicialmente por el G-20.

ACCIÓN 15: INSTRUMENTO MULTILATERAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO¹⁰

El Plan de Acción señala en su Acción 15 (“Desarrollar un instrumento multilateral”) lo siguiente:

“Analizar las cuestiones de derecho internacional público y tributario en relación con el desarrollo de un instrumento multilateral que permita que las jurisdicciones que lo deseen implementen las medidas que se desarrollen en el curso de los trabajos sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y así enmienden los convenios fiscales bilaterales. Sobre la base de este análisis, las partes interesadas desarrollarán un instrumento multilateral diseñado para ofrecer 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.”.

Esta Acción surge como necesidad de implementar de manera rápida y eficiente todos los cambios que se planteen por el resto de Acciones del Plan y, en particular, las que afectan a la modificación de los convenios para evitar la doble imposición.

Resulta evidente que la renegociación de todos los convenios en vigor conllevaría un esfuerzo sin precedentes, así como un período temporal demasiado amplio, como para dar respuesta a los retos que se han planteado por la globalización de la economía.

Por ello, se ha planteado la posibilidad de un instrumento multilateral que modifique a la vez todos los convenios bilaterales entre sus Estados firmantes de manera que se puedan realizar dichas modificaciones de una manera mucho más rápida.

El informe que se ha publicado en relación con esta Acción analiza la viabilidad de dicho instrumento bilateral desde la órbita del derecho internacional público. En el informe se estudian otros casos en los que se ha llegado a un instrumento de este tipo y las soluciones que se han encontrado a los problemas planteados.

La conclusión del estudio es que dicho instrumento es viable. A pesar de las numerosas cuestiones que plantean problemas difíciles de resolver, el estudio ofrece distintas soluciones basadas sobre todo en la flexibilidad para que un mayor número de Estados se sume al proyecto.

Dado que cada vez que se actualiza el Modelo Convenio su inclusión en los convenios en vigor es muy lenta, ya que las renegociaciones se producen transcurridos muchos años desde la negociación

¹⁰ OECD (2014), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

inicial, se plantea igualmente la posibilidad de extender este mecanismo no solo para las cuestiones de BEPS sino para las actualizaciones del Modelo Convenio que se vayan llevando a cabo.

En febrero de 2015 se ha convocado a los Estados interesados a participar en la preparación de dicho instrumento por lo que será a partir de ahora cuando se empiece a plasmar de manera práctica qué opciones de las planteadas en el documento son las que se pueden llevar a cabo.

RESTANTES ACCIONES

Como indicábamos anteriormente, tras los informes publicados en septiembre de 2014 correspondientes a las siete Acciones analizadas, la OCDE ha continuado desarrollando un intenso trabajo, tanto en relación con dichas Acciones como con las otras ocho de que consta el Plan de Acción. Hacemos a continuación una breve referencia a esas otras Acciones, de las que únicamente se han publicado (aunque no en todos los casos) *discussion drafts*, y que serán objeto de análisis en posteriores artículos.

Acción 3: Transparencia Fiscal Internacional

El Plan de Acción señala como objetivo de la Acción 3 (“Reforzar las normas sobre transparencia fiscal internacional (CFC Rules)”):

“Elaborar recomendaciones en relación con el diseño de normas sobre transparencia fiscal internacional. Este trabajo se coordinará con otros, según sea necesario.”

Los trabajos se están desarrollando en sede del Working Party 11 (planificación fiscal agresiva). Las normas CFC son aquéllas que permiten a un Estado imputar en la base imponible de las sociedades residentes en dicho Estado determinados ingresos (normalmente dividendos u otras rentas “pasivas”) obtenidos por una entidad no residente, siempre que la entidad residente tenga el control de la no residente y que ésta última esté sometida en su Estado de residencia a una tributación que se considere “reducida” en el Estado que realiza la imputación.

En vista de la diversa legislación que cada Estado tiene en esta materia (algunos Estados no cuentan siquiera con este tipo de normas), se prevé la adopción de distintas recomendaciones por bloques, para facilitar su adopción por los Estados en función de las distintas situaciones de cada uno de ellos. Esos bloques se centrarán en la definición de abuso y baja tributación, definición de control de la sociedad no residente, delimitación de la renta a imputar y criterios de eliminación de la doble imposición.

En cuanto al calendario relativo a esta Acción, el 3 de abril de 2015 se ha hecho público un primer *discussion draft*, y el resultado final está previsto para el mes de septiembre de este mismo año.

Acción 4: Erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros

El Plan de Acción prevé en su Acción 4 (“Limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros”):

“Elaborar recomendaciones de buenas prácticas en el diseño de normas para impedir la erosión de la base imponible recurriendo a los gastos por intereses, por ejemplo, mediante la utilización de deuda contraída con partes relacionadas y con terceras partes con el fin de conseguir deducciones excesivas de intereses o de financiar la generación de rentas exentas o diferidas y otros pagos financieros económicamente equivalentes a pagos de intereses. Se procederá a evaluar la efectividad de distintos tipos de limitaciones. Como apoyo y en relación con el trabajo anterior, se elaborará también una pauta sobre precios de transferencia en relación con la determinación de precios de las operaciones financieras de partes vinculadas, que incluya garantías financieras y de rendimiento, derivados (incluidos los derivados internos utilizados en operaciones intra-grupo), y los acuerdos de seguros cautivos y otros. Este trabajo se coordinará con el desarrollado respecto de los dispositivos híbridos y las normas sobre transparencia fiscal internacional.”

Los grupos encargados de estos trabajos son el WP11 de la OCDE (planificación fiscal agresiva) y el WP6 (tributación de empresas multinacionales), que realizará las oportunas modificaciones en las directrices OCDE sobre precios de transferencia.

El *discussion draft* relativo a esta medida fue hecho público el 18 de diciembre de 2014, planteando una serie de opciones a los distintos Estados, desde las limitaciones a la deducibilidad de intereses financieros en base a ratios fijos o a la posición en el grupo que ostente la sociedad en cuestión, hasta reglas concretas que abordan situaciones más específicas. Igualmente, se saca a colación la problemática derivada de las reglas previstas en las Directivas comunitarias cuando en el grupo societario intervienen sociedades radicadas en Estados miembros.

Se prevé finalizar estos trabajos en septiembre de 2015, salvo la parte relativa a precios de transferencia que se prorrogará hasta diciembre de 2015.

Acción 7: Evitación artificial de la condición de EP

La Acción 7 del Plan de Acción (“Impedir la evitación deliberada de la condición de establecimiento permanente”) señala como objetivo:

“Modificar la definición de EP a fin de impedir la evitación deliberada de la condición de tal, en relación con la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, incluyendo la evitación a través de acuerdos de comisión y de las exenciones específicas por actividad. El trabajo en estas cuestiones abarcará también otras relacionadas con la atribución de beneficios entre partes vinculadas.”

El *discussion draft* relativo a esta medida, elaborado por el WP1, fue hecho público el 31 de octubre de 2014. En el mismo se identifican los mecanismos que están permitiendo el abuso de la figura del EP, como son las estructuras de comisionistas y acuerdos similares, las exenciones específicas por actividad, la fragmentación de actividades y la fragmentación de contratos, y el problema específico de la actividad aseguradora.

Se prevé finalizar estos trabajos en septiembre de 2015.

Acción 9: Precios de transferencia – riesgos y capital

La Acción 9 del Plan de Acción (“Riesgos y capital”) establece el siguiente objetivo:

“Desarrollar reglas que impidan la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios por medio de la transferencia de riesgos entre, o la asignación excesiva de capital a, miembros del grupo. Ello implicará la adopción de normas sobre precios de transferencia o de medidas especiales que aseguren que una entidad no acumulará resultados inadecuados únicamente por haber asumido contractualmente riesgos o haber aportado capital. Las normas a desarrollar requerirán también la alineación de resultados con la creación de valor. Esta labor se coordinará con el trabajo sobre deducciones de gastos de interés y otros pagos financieros.”

Esta medida se estudia en el seno del WP6. En desarrollo de la misma, aunque afecta también a las acciones 8 y 10, se publicó el 19 de diciembre de 2014 un *discussion draft* relativo al Capítulo I de las DPT. Dicho borrador propone una revisión de la Sección D de dicho Capítulo, destacando la importancia de identificar adecuadamente las transacciones realmente realizadas y la importancia del riesgo y su localización. Asimismo recoge una revisión de los criterios que indican cuándo es adecuado recharacterizar o no reconocer. El borrador finaliza con la propuesta de una serie de medidas especiales que pretenden lograr que los resultados de los precios de transferencia estén alineados con la creación de valor.

Se prevé finalizar este trabajo en septiembre de 2015.

Acción 10: Precios de transferencia – otras transacciones de alto riesgo

La Acción 10 del Plan de Acción (“Otras transacciones de alto riesgo”) establece el siguiente objetivo:

“Desarrollar reglas que impidan la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios por medio de la participación en transacciones que no ocurrirían, o que ocurrirían sólo muy raramente, entre terceros. Ello implicará la adopción de normas sobre precios de transferencia o medidas especiales para: (i) clarificar las circunstancias en las que se pueden recalificar las transacciones; (ii) clarificar la aplicación de los métodos de precios de transferencia, en particular, el de distribución de resultados, en el contexto de las cadenas globales de valor; y (iii) proporcionar protección contra los tipos más comunes de erosión de la base mediante pagos tales como gastos de gestión y gastos correspondientes a la sede principal”.

Con relación a esta medida, que también depende del WP6, se han emitido los siguientes *discussion drafts*:

- El 3 de noviembre de 2014 se publicó un *discussion draft* respecto a los servicios intra-grupo de bajo valor añadido. En él se plantea la modificación del Capítulo VII de las DPT relativo a servicios intra-grupo, proponiendo como modificación principal la introducción de un nuevo apartado relacionado con los servicios intra-grupo de bajo valor añadido en el que se identifican las características de éstos y se establece un mecanismo simplificado y optativo para la determinación de la retribución en plena competencia de estos servicios, especificándose asimismo los requisitos específicos de información.
- El 16 de diciembre de 2014 se publicó un *discussion draft* en relación a la utilización de la distribución del resultado en el contexto de las cadenas de valor globales. En dicho documento se plantean una serie de escenarios en los que puede resultar difícil la aplicación de métodos unilaterales de determinación de los precios de plena competencia y donde podría resultar conveniente la aplicación del método de la distribución del resultado.
- El mismo día 16 de diciembre de 2014 se publicó otro *discussion draft* acerca de los aspectos transfronterizos de las transacciones de *commodities*. En el mismo se indican los problemas de BEPS que se han encontrado algunos países en relación con dichas transacciones y se plantea, como posible solución al respecto, establecer un guía adicional dentro del Capítulo II de las DPT en la que se indique que la aplicación del método del precio libre comparable puede ser adecuada en estos casos y la posible utilización de los precios cotizados o los precios públicos disponibles como referencia en la aplicación de este método. Asimismo se determina una fecha de fijación de precio en ausencia de prueba acerca de cuál es la acordada por las partes.

Por último, también relacionado con esta acción estaría el *discussion draft* relacionado con el Capítulo I de las DPT anteriormente comentado.

Se prevé finalizar estos trabajos en septiembre de 2015.

Acción 11: Métodos de recopilación y análisis de datos BEPS

El Plan de Acción prevé en su Acción 11 (“Establecer métodos para la recopilación y el análisis de datos sobre erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y medidas para abordar esta cuestión”):

“Desarrollar recomendaciones sobre la magnitud y el impacto económico de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y garantizar que se dispone de herramientas para el control y la evaluación permanentes de la efectividad y el impacto económico de las medidas planteadas para abordar esta cuestión. Esto implica llevar a cabo un análisis económico de la magnitud y el impacto de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (incluidos los efectos indirectos en los distintos países) y desarrollar medidas que permitan tratar este problema. El trabajo conllevará asimismo la valoración de una serie de fuentes de datos ya existentes, para identificar aquellos que deberían recabarse, y el desarrollo de metodologías basadas tanto en los datos agregados (por ej.: los datos sobre inversión directa extranjera y sobre balanza de pagos) y los datos microeconómicos (por ej.: extraídos de informes financieros y de declaraciones tributarias), teniendo presente el debido respecto a la confidencialidad del contribuyente y los costes administrativos que implique para las administraciones tributarias y las empresas.”

En relación con esta Acción, el WP2 ha publicado el 16 de abril de 2015 un primer *discussion draft*, y las conclusiones finales se harán públicas en septiembre de 2015.

Acción 12: Comunicación de mecanismos de planificación fiscal agresiva

El Plan de Acción establece como objetivo de su Acción 12 (“Requerir a los contribuyentes que comuniquen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva”):

“Desarrollar recomendaciones para la elaboración de normas que obliguen a revelar las operaciones, acuerdos o estructuras agresivas o abusivas, teniendo presentes los costes administrativos que deban soportar las administraciones tributarias y las empresas, y la experiencia recopilada por el creciente número de países que cuentan con este tipo de normas. Para este trabajo se recurrirá a un diseño modular que posibilite el más alto grado de coherencia a la vez que se adapte a las necesidades y riesgos específicos de cada país. Una de las áreas de trabajo será la planificación fiscal internacional, en la que se utilizará una definición amplia del concepto “beneficio fiscal” a fin de descubrir estas operaciones. Este trabajo se coordinará con el relativo al cumplimiento cooperativo e implica asimismo el diseño y la puesta en práctica de modelos mejorados para el intercambio de información sobre planificación fiscal internacional entre autoridades tributarias.”

El WP11 ha hecho público el 31 de marzo de 2015 un primer *discussion draft* relativo a esta Acción, y las recomendaciones finales se publicarán en septiembre de 2015.

Acción 14: Mecanismo de resolución de controversias

En relación con esta medida, la Acción 14 del Plan de Acción (“Hacer más efectivo el mecanismo para la resolución de controversias”) establece el siguiente objetivo:

“Buscar soluciones que permitan salvar los obstáculos que impiden a los países resolver las controversias relacionadas con los convenios a través de los procedimientos amistosos, comprendida la ausencia en la mayoría de los convenios de la posibilidad del arbitraje y el hecho de que en ciertos casos pueda negarse la posibilidad de recurrir a un procedimiento amistoso o al arbitraje.”

El primer *discussion draft* sobre esta Acción se publicó el 18 de diciembre de 2014, y agrupa los problemas detectados en cuatro áreas: asegurar que las cláusulas contenidas en los convenios en relación con estos mecanismos son aplicadas de buena fe; asegurar que los procedimientos administrativos fomentan el que se eviten, o en su caso se resuelvan, los correspondientes conflictos; asegurar que los contribuyentes puedan acudir a estos mecanismos cuando tengan derecho a ello; y asegurar que una vez iniciados estos procedimientos, los conflictos sean resueltos.

Está previsto que las recomendaciones finales se publiquen en septiembre de 2015.

En Madrid, a 20 de abril de 2015