

# Economía digital y fiscalidad. Retos y desafíos

CARLA MARES RUIZ\*



Abogada por la Universidad de Piura (Perú). Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España) y la Universidad de Bolonia (Italia).

**Resumen:** La realidad hoy nos muestra que los nuevos modelos de negocio han cobrado una gran relevancia y su presencia en muchas economías es cada vez más creciente. Como en todo, la realidad siempre va por delante de la norma y el tema fiscal no es la excepción. Las empresas tienen posibilidad de acceder a mercados remotos a través de la tecnología y ello les permite realizar actividades en muchas jurisdicciones de manera virtual. Pueden convertirse así en empresas “globales” sin necesidad de una infraestructura o de personas a su cargo; pues la presencia física ya no es una exigencia para realizar negocios sustanciales en una jurisdicción determinada. Ello ha supuesto que varios conceptos y reglas aplicables en materia fiscal no se ajusten a una serie de supuestos; y que, en no pocos casos, las ganancias no sean gravadas en la cantidad debida y en la jurisdicción correspondiente. De ahí que la OCDE siga trabajando una serie de iniciativas para enfrentar los desafíos fiscales que los Estados enfrentan actualmente.

## 1. INTRODUCCIÓN

La digitalización de la economía ha supuesto la aparición de nuevos negocios y de nuevas maneras de hacer negocio. Este sector de la economía —que ha generado iniciativas como la economía por encargo o la economía colaborativa<sup>1</sup>— ha supuesto no solo una transformación en los hábitos de consumo<sup>2</sup>, sino todo un desafío para el mundo del Derecho<sup>3</sup>.

La presencia creciente de empresas diseñadas sobre una estructura tecnológica, y que irrumpen en el mercado a través de plataformas virtuales<sup>4</sup>, exige que el marco normativo de los países se adecue para prever una serie de supuestos que hoy quedan al margen de toda regulación. Ello va desde temas administrativos, como licencias y autorizaciones, hasta temas fiscales y de protección al consumidor.

Antes de las TICs, por ejemplo, este tipo de negocios colaborativos tenía un carácter marginal y su control y fiscalización resultaba difícil. Pero desde hace unos años su expansión y vertiginoso crecimiento ha hecho que se le preste atención, abordándose ciertas lagunas legales y asimetrías en el cumplimiento de la regulación sectorial y transversal que debería aplicarse a estos negocios.

En lo que respecta al Derecho tributario, los retos que plantea la economía en la era digital inciden en la fiscalidad internacional y también en la imposición directa

---

1 ¿Cómo nace el consumo colaborativo? Es una de las preguntas que plantea el artículo de Antón, A. y Bilbao, I., “El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad”, *Documentos*, núm. 26/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 1-39. Resulta muy interesante seguir la secuencia que ahí se describe para entender que si bien este fenómeno de intercambio organizado (trueque, comercio, alquiler, etc.) no es una novedad del s. XXI, los avances de las TICs han permitido su expansión de una manera nunca antes vista.

2 Los grandes *marketplaces on line* de bienes (como Alibaba o Ebay) han evolucionado hacia *marketplaces on line* de bienes y servicios específicos de consumo colaborativo, que suponen un modelo alternativo al consumo tradicional y que generan un gran volumen de transacciones.

3 Al respecto es muy ilustrativo el análisis de Doménech, G., *La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, visto en [https://www.academia.edu/27979712/La\\_regulacion\\_de\\_la\\_economia\\_colaborativa\\_en\\_el\\_sector\\_del\\_taxi\\_y\\_los\\_VTC](https://www.academia.edu/27979712/La_regulacion_de_la_economia_colaborativa_en_el_sector_del_taxi_y_los_VTC), capturado el 13 de octubre de 2019.

4 Hoy pensamos en empresas como Uber, Airbnb, sin embargo, hay que recordar que todo inicia con la napsterización de la música. Al digitalizarla y compartirla se hace innecesario ser propietario de un CD y esta misma lógica es la que se extiende a otros bienes y servicios. Sobre este tema resulta sugerente y predictor el artículo de Bryan Walsh, “Today’s smart choice: Don’t own. Share”, que publica la revista TIME en 2011. Cfr. [http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,2059521\\_2059717\\_2059710,00.html](http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,2059521_2059717_2059710,00.html), capturado el 7 de octubre de 2019.

e indirecta dentro de una jurisdicción<sup>5</sup>. Ningún Estado quiere renunciar a gravar las significativas ganancias que, en no pocos casos, obtienen los agentes económicos a través de estas nuevas formas de hacer negocio<sup>6</sup>.

En este contexto, se ha visto necesario revisar y replantear muchos conceptos y reglas fiscales que hoy no alcanzan a las nuevas realidades económicas. Pensemos, por ejemplo, en el concepto de establecimiento permanente o en los criterios de sujeción cuando tenemos un agente económico residente en un Estado, que puede tener presencia virtual en otro Estado y clientes en otros varios Estados, creando valor en todos ellos. Ello exige, en primer término, calificar jurídicamente este tipo de situaciones para luego determinar sus consecuencias jurídicas. Sin duda, hay muchas respuestas que el ordenamiento fiscal —local e internacional— debe dar para que muchos supuestos fácticos que hoy generan riqueza no queden al margen de una tributación justa.

En el presente artículo, siguiendo los trabajos realizados por la OCDE, trataremos algunas de las cuestiones que nos parecen más relevantes a fin de evidenciar los principales desafíos que plantea la economía digital al mundo de la fiscalidad.

## 2. LA ECONOMÍA COLABORATIVA O *SHARING ECONOMY*, COMO MUESTRA UN BOTÓN

Quizá podríamos empezar este apartado refiriéndonos al consumo colaborativo, vinculado estrechamente a muchas iniciativas de *sharing economy*. Este fenómeno se ve favorecido, en su versión moderna<sup>7</sup>, por la tecnología, que facilita enormemente el conocimiento de la oferta existente a una gran cantidad de consumidores finales<sup>8</sup>.

---

5 Los retos del Derecho tributario van más allá del tema que abordamos en este artículo, por lo que resulta de interés el análisis de Guillermo Sánchez-Archidona en “La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho financiero y tributario”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 12/2019, Aranzadi, pp. 69-100.

6 De ahí que sea necesario, en el caso de iniciativas de *sharing economy*, analizar la interacción entre plataforma, usuario-prestador del servicio y clientes para determinar las consecuencias fiscales que pueden derivarse en cada caso. Para ello, resulta esencial que se establezcan vías de colaboración no solo entre la plataforma y la Administración Tributaria, sino entre las Administraciones Tributarias de los distintos países, para que pueda aplicarse el sistema fiscal que corresponda. Cfr. Antón, A. y Bilbao, I., “El consumo colaborativo en la era digital...”, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

7 El consumo colaborativo existe desde siempre, basta pensar en el trueque u otras formas de intercambio organizado que tenían como protagonista a los particulares, que eran quienes producían un bien, prestaban un servicio o consumían de manera compartida un bien. Véase <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>, capturado el 15 de octubre de 2019.

8 Sobre los aspectos tributarios que compromete el actual modelo de negocios que utiliza las TIC para generar ingresos mediante plataformas digitales puede revisarse Urquizu, A., “El modelo de

Si bien todo se inicia con el intercambio digital de bienes de propiedad intelectual (música, libros, videos), que pueden compartirse fácilmente luego de digitalizarlos; hoy es frecuente que miembros de una comunidad compartan, presten, alquilen, regalen o intercambien bienes y/o servicios<sup>9</sup>. Los particulares sustituyen, así, al prestador tradicional de un servicio (empresas, profesionales); compartiéndose un recurso fuera de la relación usual proveedor-cliente<sup>10</sup>. Se genera, entonces, una relación directa entre pares a través de una plataforma, que permite un contacto sin intermediarios. Esto, sin duda, supone una disminución importante de costes económicos y ambientales<sup>11</sup>.

Si pensamos en los principales ámbitos de actuación de la economía colaborativa —como son el transporte o el alojamiento—, vemos cómo aparece un tercer actor que, gracias a las TIC, vincula a las partes que ofertan y demandan un servicio, contrarrestando la falta de proximidad y de confianza que podría haber entre ellos para cerrar un negocio<sup>12</sup>. Sin embargo, la economía colaborativa no solo comprende el consumo o la prestación de bienes y servicios. Si pensamos en Quirky, Wikipedia o

---

negocios basado en compartir bienes y/o servicios: marcos jurídicos y tributación” (II), *Quincena Fiscal*, núm. 11/2019, Aranzadi, pp. 95-120.

- 9 Usualmente, estas transacciones no implican un cambio de propietario y pueden tener o no tener un fin de lucro.
- 10 Es importante apuntar que la expansión del consumo colaborativo entre particulares se debe, principalmente, a los avances de las TIC; sin embargo, hay otros factores que confluyen como la crisis financiera de 2008 (que trae consigo un alto nivel de desempleo y la necesidad de obtener ingresos en un contexto de empobrecimiento de la sociedad); la protección del medio ambiente (mayor conciencia de que debemos crear una sociedad más sostenible y ello pasa por hacer un uso más eficiente de los recursos); la necesidad de sociabilizar generando la interacción con otras personas mediante plataformas digitales (“*markets are conversation*” como señalan Levin, Locke, Searls y Weinberger en *The Cluetrain Manifesto: the end of business as usual*, Basic Books, 2000).
- 11 Esto es más evidente cuando el intercambio que se da entre particulares, donde el intercambio económico podría limitarse a cubrir costos y viene motivado, muchas veces, porque los bienes y servicios se encuentran ociosos o infrautilizados por el oferente. Generándose, así, un uso más eficiente de los recursos que incrementa la productividad y la sostenibilidad. Véase al respecto Bostman, R. y Rogers, R., *What’s mine is yours: the rise of collaborative consumption*, Harper Business, 2010; Perren, R. y Grauerholz, L., “Collaborative consumption”, 2015, en [https://www.researchgate.net/profile/Liz\\_Grauerholz/publication/303960052\\_Collaborative\\_Consumption/links/5aa19868aca272d448b375e6/Collaborative-Consumption.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Liz_Grauerholz/publication/303960052_Collaborative_Consumption/links/5aa19868aca272d448b375e6/Collaborative-Consumption.pdf), capturado el 17 de octubre de 2019.
- 12 Concretamente, un análisis sobre la gestión del servicio de transporte en la era digital puede encontrarse en González, M., “Régimen tributario de las plataformas virtuales de servicios de transporte”, *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 71-80.

Crowdfunder podemos afirmar que es un término más amplio que incluye ámbitos como producción, educación, finanzas, entre otros<sup>13</sup>.

En este contexto, el cambio en los patrones de consumo, la tecnología orientada al consumidor y la aparición de nuevos agentes digitales propician una evolución del consumo colaborativo hacia la economía colaborativa. Algunas empresas empiezan a participar, junto con los particulares, en este modelo de negocio y de intercambio de información, ampliándose la perspectiva e incluyendo relaciones C2C, B2C, B2B<sup>14</sup>; creándose así un nuevo ecosistema socioeconómico que gira en torno al “compartir” actividades encaminadas al diseño, producción, distribución, comercio y/o consumo de bienes y servicios por parte de distintas personas u organizaciones<sup>15</sup>.

Es dentro de este espacio donde se han generado una serie de negocios cuyo número creciente de transacciones ha despertado el interés de las autoridades fiscales de distintas jurisdicciones. Y es que muchas plataformas tecnológicas no son simples intermediarios y no siempre permanecen bajo un formato gratuito; usualmente, cuando se consolidan —sea por el número de usuarios, sea por la propuesta de valor— es que empiezan a generar importantes ingresos que no son gravados en el lugar y en la forma que debería<sup>16</sup>.

Hoy los agentes económicos obtienen rentas a través de estos nuevos modelos de economía colaborativa y ningún país quiere renunciar a gravarlas. Ello ha motiva-

---

13 Se trata de un modelo que ha venido para quedarse y que, si bien se inicia con Napster y la quiebra de la industria musical, hoy abarca prensa, cine, televisión, movilidad y transporte, educación superior, etc. Al respecto resulta muy revelador el libro de Jeremy Rifkin, *La sociedad de coste marginal cero: el Internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo*, Paidós, Madrid, 2014.

14 Al respecto véase el artículo de Belk, R., “Sharing versus pseudo-sharing in web 2.0”, *Anthropologist*, vol. 18, 2014, pp. 7-23.

15 Aparece el “prosumidor” —anunciado por McLuhan y Neviit, aunque el término fue acuñado después por Toffler—, acrónimo que describe exactamente la alternancia e inversión de roles entre productor, profesional o proveedor y consumidor. Se pasa así de un modelo de oferta y consumo basado en la posesión del bien hacia otro basado en el acceso compartido. Véase McLuhan, M. y Neviit, B., *Take Today: the executive as dropout*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York, 1972; Toffler, A. *The third wave*, Bantam Books, 1980. Véase también Islas, O., “Internet 2.0: el territorio digital de los prosumidores”, en file:///Users/carla/Downloads/Dialnet-Internet20ElTerritorioDigitalDeLos-Prosumidores-3739971%20(1).pdf, capturado el 13 de octubre de 2019.

16 Las plataformas tecnológicas facilitan que aumente el número de *startups*; muchas de ellas tienen una importancia financiera relevante por el potencial que representan. Sobre este tema puede revisarse la obra de Sundararajan, A., *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, The MIT Press, 2017.

do, en términos más amplios, que el tema de las utilidades que genera la economía digitalizada esté en la mesa de discusión de varios foros tributarios<sup>17</sup>.

### 3. LA LÍNEA DE TIEMPO DE LAS INICIATIVAS Y MEDIDAS FISCALES INTERNACIONALES

La pregunta sobre dónde deben tributar las ganancias obtenidas por los nuevos negocios construidos sobre una base tecnológica ha sido una constante en los últimos años. Si la plataforma está situada en un lugar y el consumo ocurre en lugares distintos, ¿qué país grava la renta generada y en qué proporción? Esta interrogante no tiene una respuesta sencilla debido, básicamente, a dos razones. Una de ellas está relacionada con la estructura jurídica de estas empresas a nivel mundial, que facilita una planificación fiscal agresiva erosionando sus bases imponibles y afectando fiscalmente, así, al país de residencia de la plataforma. La otra tiene que ver con los criterios de sujeción vigentes en los CDIs, que no permiten gravar rentas obtenidas donde ocurre el consumo, pues las plataformas digitales no constituyen un establecimiento permanente (en adelante, EP)<sup>18</sup>.

Como sabemos, de acuerdo con el artículo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE (MOCDE), los beneficios empresariales que obtiene una persona residente en un Estado podrían tributar en otra jurisdicción si se configura ahí un EP (y solo en la medida que se puedan atribuir tales beneficios a dicho EP). La dificultad que hoy evidencian los nuevos modelos de negocio es que la definición de establecimiento permanente que recoge el artículo 5 del MOCDE no parece alcanzarlos. Es así como muchas empresas, que comercializan bienes y servicios utilizando la tecnología, pueden generar ganancias importantes que logran desviar hacia territorios de nula o baja imposición<sup>19</sup>.

---

17 Para afrontar la competencia fiscal entre Estados y la planificación agresiva de las multinacionales se ha buscado armonizar el marco tributario internacional; véase al respecto Contreras, M., “¿Es la cooperación reforzada una vía alternativa para avanzar en el proceso de armonización fiscal?”, *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 39-48.

18 Hoy el concepto de EP resulta insuficiente para evitar el traslado de beneficios hacia jurisdicciones de baja o nula imposición; al respecto véase Fernández, J., “Efectos de un principio de justicia tributaria universal: evolución del establecimiento permanente a la presencia digital significativa en el marco de la economía colaborativa y social”, en Pedreira, J. (dir.), *Fiscalidad de la colaboración social*, Aranzadi, 2018, pp. 151-179.

19 Un ejemplo de ello son las empresas del sector turismo que se sitúan en una jurisdicción fiscalmente atractiva y que actúan en distintos países a través de plataformas informáticas. Un interesante análisis sobre el tema puede revisarse en Vaquer, F., “Establecimiento permanente y economía digital: especial referencia a las empresas intermediarias en el ámbito del turismo colaborativo”, en [www.millenniumdipr.com](http://www.millenniumdipr.com), capturado el 20 de octubre de 2019.

En este escenario, en el que la economía digital va en auge y hay un traslado masivo de beneficios que los Estados no pueden controlar, aparece el proyecto BEPS (*base erosion profit shifting*)<sup>20</sup>. En este proyecto la OCDE propone 15 acciones dirigidas a desmontar esquemas artificiosos utilizados por las empresas para no pagar, o pagar menos, impuestos<sup>21</sup>; y, entre otros temas, se enfoca en la revisión del concepto de EP<sup>22</sup>.

Recordemos que los esfuerzos de reforma en materia de tributación internacional tienen su origen en la crisis financiera —y, por tanto, crisis del erario público— por la que atraviesan las grandes potencias a partir del 2008<sup>23</sup>. La globalización y la digitalización permiten que las empresas aprovechen una serie de vacíos en la interacción de los distintos sistemas fiscales para reducir su carga tributaria; por ello, se diseña el proyecto BEPS que va mucho más allá de la economía digital<sup>24</sup>. Sin embargo, en lo que concierne al objetivo de este artículo nos centraremos en la Acción 1 BEPS<sup>25</sup>.

### 3.1. Acción 1 del Plan BEPS, sobre los desafíos fiscales de la economía digital para la tributación de las empresas multinacionales

El reto era claro. Se debía responder a la siguiente pregunta: ¿cómo agregan valor y cómo generan beneficios las empresas de la economía digital? A partir de cómo se

- 
- 20 Cfr. OECD, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, Paris, 2013.
- 21 Al respecto véase Rodríguez, A., “La contabilidad sobre las estrategias fiscales de las operaciones del grupo. ¿Un marco de información para la fiscalidad?”, *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 123-130.
- 22 En el caso peruano, a propósito de la entrada en vigencia del D. Leg. 1424 el 01.01.19, un apunte que expone las principales interrogantes que genera este dispositivo legal y que afecta la relación entre proveedores extranjeros y clientes locales se encuentra en Yáñez, L., “Agenda pendiente: nuevos «establecimientos permanentes temporales» y las medidas «anti-fragmentación de actividades» y «anti-fraccionamiento»”, en <https://www.linkedin.com/pulse/agenda-pendiente-nuevosestablecimientos-permanentes-y-ya%C3%B1ez-salgado/>, capturado el 20 de octubre de 2019.
- 23 Hasta antes de ello se mantiene el consenso logrado en 1998 en la conferencia de Ottawa —y, más adelante, en Turku— de que las administraciones tributarias debían aplicar al comercio electrónico los mismos principios que aplicaban al comercio convencional.
- 24 Un interesante análisis sobre BEPS se encuentra en Avi-Yonah, R. y Xu, H., “Evaluating BEPS: A Reconsideration of the Benefits Principle and Proposal for UN Oversight”, *Harvard Business Law Review*, 2016, en <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2868&context=articles>, capturado el 20 de octubre de 2019. También puede verse Sánchez, M.E., “La iniciativa BEPS a la luz de las perspectivas abiertas por el intercambio de información”, *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 141-147.
- 25 Cabe anotar que, en sentido estricto, solo la acción 1 se dedica a los problemas que se generan a partir de la digitalización de la economía.

resolviese esta doble interrogante se podría determinar el lugar en el que se genera la creación de valor y, por tanto, determinar la caracterización de sus ingresos a efectos fiscales<sup>26</sup>.

Para estos efectos, en el 2013, se creó como órgano subsidiario del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE un Grupo de Trabajo sobre Economía Digital que preparó un proyecto borrador para someterlo a discusión pública<sup>27</sup>. Los principales cambios propuestos en este documento respecto a la tributación directa fueron los siguientes.

En primer lugar, se sugiere modificar las excepciones al establecimiento permanente contenidas en el artículo 5 del MOCDE; pues en los nuevos negocios de la era digital algunas de ellas podían configurarse como funciones básicas de estos negocios<sup>28</sup>.

En segundo lugar, se sugiere un enfoque alternativo de establecimiento permanente para alcanzar a las empresas dedicadas a una actividad digital y que brindan un servicio totalmente inmateralizado. En esta línea, la propuesta fue establecer un nexo fiscal basado en una “presencia digital significativa” y se esbozaron distintos criterios para poder determinarla<sup>29</sup>.

26 Cfr. <http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2017/04/Accion1-EY.pdf>, capturado el 28 de octubre de 2019.

27 Véase un resumen de los informes finales de las acciones del plan BEPS en <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>, capturado el 20 de octubre de 2019.

28 Estas exenciones previstas en el párrafo 4 del artículo 5 del MOCDE fueron pensadas para actividades preparatorias o auxiliares. Pensemos, por ejemplo, en un almacén. Quizá en una economía tradicional podría considerarse que este espacio físico permite solo el desarrollo de una actividad auxiliar. Sin embargo, para una empresa que vende sus productos en línea, donde la proximidad con sus clientes y la rapidez en la entrega son esenciales, el mantenimiento de un almacén se configura como una actividad central del negocio.

29 Algunos de ellos fueron: 1) Que la actividad principal de la empresa se basará, completamente o en gran parte, en bienes o servicios digitales. 2) Que no existieran elementos o actividades físicas involucrados en la cadena de valor distintos de la existencia, uso o mantenimiento de servidores y sitios web u otras herramientas TIC que recogieran, procesaran y comercializaran los datos en la ubicación correspondiente. 3) Que los contratos se celebrasen exclusivamente de forma remota vía internet o teléfono. 4) Que los pagos se realizaran solo por tarjeta de crédito u otro pago electrónico (formularios o plataformas vinculadas o integradas al sitio web). 5) Que el único medio para entrar en contacto con la empresa fuese la web, al no haber agencias o almacenes físicos para realizar actividades básicas. 6) Que todos o la mayor cantidad de beneficios fueran atribuibles a la provisión de bienes o servicios digitales. 7) Que la residencia legal o fiscal y la ubicación física del vendedor no fuesen relevantes para el cliente. 8) Que el uso de los bienes digitales o la realización de los servicios digitales no requiriesen una presencia física o la participación de un producto físico distinto de una computadora, dispositivo móvil u otra herramienta similar. Cfr. Pujalte, H., “Evolución de las propuestas de la OCDE

En tercer lugar, se plantearon distintas definiciones de establecimiento permanente virtual como las siguientes: “lugar fijo virtual de negocio”, “agencia virtual” o “presencia empresarial a domicilio”.

En cuarto lugar, se propone la retención final de impuestos sobre las transacciones digitales que debían realizar los residentes de un país, o las instituciones financieras intermediarias, a un proveedor extranjero de comercio electrónico.

Finalmente, se comentaron otras posibilidades como el “bit tax” —o impuesto sobre el volumen de información descargado a través de internet— y la “exacción de equiparación” —o impuesto indirecto sobre el importe bruto de ventas *online* a empresas no residentes con una presencia económica significativa—.

En 2014 se publican los informes sobre las acciones del proyecto BEPS<sup>30</sup>. En lo referido a la Acción 1, cabe señalar que su alcance fue insuficiente y los cambios propuestos no daban respuesta a la problemática existente<sup>31</sup>. Concretamente, se echaron en falta la propuesta de medidas coordinadas y la variación en las reglas actuales que distribuyen la potestad tributaria entre los países<sup>32</sup>.

La OCDE, en el entendido que la economía digital es un mundo en constante evolución, se comprometió a elaborar un informe en el 2020 para plasmar el resultado de los trabajos que seguirían desarrollando para diseñar un marco multilateral. Sin embargo, antes de esa fecha, en el 2018, se publicó un informe provisional denominado “*Tax challenges arising from digitalisation*”<sup>33</sup>, vista la iniciativa de la Unión

---

y de la Unión Europea sobre la fiscalidad directa de la economía digital”, *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, núm. 9/2018, Aranzadi, 2018, pp. 39-68.

30 Una valoración previa del plan de implementación de las acciones BEPS puede verse en Jiménez-Valladolid, D., “Evaluando BEPS: ¿es necesario un cambio de paradigma en la fiscalidad internacional?”, *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 81-90.

31 Tras la publicación de los informes de cada una de las acciones BEPS, se inicia la definición de objetivos y la concreción de recomendaciones; luego, en octubre de 2015, empieza la ejecución del plan BEPS. Cabe mencionar que si bien el impacto de la Acción 1 fue débil, el desarrollo de algunas otras acciones tenía cierto rebote sobre la economía digital. Por ejemplo, la Acción 3 que busca aplicar las normas de transparencia fiscal a las CFC (*controlled foreign companies*) propone unas definiciones de renta que permiten que aquéllas obtenidas por empresas tecnológicas puedan gravarse donde esté ubicada la matriz. O, en el caso de las Acciones 8 a 10 cuyo informe señala que los resultados de los precios de transferencia debían alinearse con la creación de valor.

32 El desarrollo de esta Acción 1 parece muy descriptivo, pues tan solo se analizan modelos económicos y de creación de valor derivados de la digitalización, apuntando las posibles consecuencias que tendrían para las reglas de la fiscalidad internacional. Cfr. <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumes-informes-finales-2015.pdf>, capturado el 20 de octubre de 2019.

33 Un resumen de este *Interim Report* o informe intermedio se encuentra en <https://www.oecd.org/tax/beps/resumen-desafios-fiscales-derivados-de-la-digitalizacion-informe-provisional-2018>.

Europea y de otros países para proponer unilateralmente ciertas reformas fiscales en torno a este tema.

### 3.2. Informe sobre los desafíos fiscales derivados de la digitalización

En síntesis, podríamos decir que este informe del 2018 —elaborado por el *Task Force on the Digital Economy* (TFDE)<sup>34</sup>— analiza los desafíos que plantea la digitalización de la economía para la fiscalidad internacional y evidencia las distintas perspectivas que tiene cada Estado para afrontarlos. Veamos con más detalle algunos de los puntos centrales que ahí se exponen<sup>35</sup>.

Se señalan, en primer término, las características más relevantes de los nuevos modelos de negocio. Una de ellas es que este tipo de negocios puede expandirse fácilmente sin necesidad de una presencia física (*“scale without mass”*). Otra característica es la creciente inversión en intangibles; cuyo uso, dependencia e importancia son fundamentales para este tipo de negocios (*software*, algoritmos, etc.). La última tiene vinculación con la data y el gran aporte que supone la participación de los usuarios y los efectos de la red en lo que respecta al contenido generado por ellos.

En segundo término, se exponen los diferentes enfoques que tienen los países al analizar, de una parte, si estas características agregan valor al negocio y, de otra, si son suficientes para modificar el marco normativo fiscal internacional y en qué medida podrían hacerlo. Al respecto, podríamos decir que son tres las posturas dentro de las cuales se alinean los distintos países. Una que considera que no se requiere acción alguna; otra que entiende que cualquier modificación debe aplicarse a toda la actividad económica sin hacer distinciones<sup>36</sup>; y, una última que sostiene que la regulación actual debe adaptarse teniendo en cuenta la participación o contribución de los usuarios.

El informe plantea, de modo alternativo, otras medidas. Una referida a la retención de salida a través de la ampliación de la regla de los cánones<sup>37</sup>; que fue descarta-

---

pdf, capturado el 20 de octubre de 2019.

34 En el TFDE, creado por el Marco Inclusivo de BEPS de la OCDE, ha recaído el encargo de elaborar los distintos trabajos encaminados a lograr una solución global y estructural. Durante los últimos años, este Grupo de Trabajo ha generado reuniones de alto nivel para generar consensos en materia de fiscalidad en una economía digital.

35 Cfr. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264293083-en.pdf?expires=1571954249&id=id&accname=guest&checksum=ECE20654E21B1B55AoACED61E5326FA1>, capturado el 20 de octubre de 2019.

36 Ésta es la postura de Estados Unidos, quien defiende que para todo tipo de actividad económica las reglas de localización de los beneficios deben apuntar al país de destino.

37 Prevista en el artículo 12 del MOCDE.

da. Y otra, de carácter temporal, referida a la “exacción de equiparación”<sup>38</sup> bajo ciertas condiciones<sup>39</sup>.

A modo de conclusión, podemos señalar que si bien queda claro de este informe que no hay un consenso sobre soluciones a largo plazo entre los países; se evidencian los “BEPS risks” de la economía digital. En esta línea, se acuerda revisar dos puntos clave para diseñar la propuesta final del 2020. De una parte, el criterio para determinar la existencia de un nexo fiscal que permita redefinir el reparto de la potestad tributaria entre jurisdicciones. Y, de otra parte, las reglas de atribución de beneficios, de modo que pueda haber una mejor asignación de las ganancias que generan las empresas multinacionales en los distintos países<sup>40</sup>.

### 3.3. Acciones posteriores de la OCDE. La *Policy Note*

Los países que conforman el Marco Inclusivo de la OCDE/G20 (en adelante, MI)<sup>41</sup> se reunieron en París en enero de 2019. En este encuentro se destacaron los esfuer-

38 Se trata, como antes mencionamos, de un impuesto especial a la prestación de ciertos servicios digitales efectuada en una jurisdicción, que se aplicará sobre el importe bruto que se pague en contraprestación por tales servicios. Sobre la propuesta (sin éxito) de la UE para establecer un Impuesto sobre Servicios Digitales y su impacto en la iniciativa española para crear un gravamen similar puede verse García de Pablos, J., “El impuesto sobre determinados servicios digitales: la «tasa Google»”, *Quincena Fiscal*, núm. 11/2019, Aranzadi, pp. 47-68.

39 Como sabemos, la OCDE no se muestra partidaria de medidas provisionales de corto plazo; sin embargo, mientras no se llegue a un consenso sobre una solución mundial, admite algunas con ciertas restricciones. En este caso concreto, se señala que esta exacción debe aplicarse a ciertos negocios digitales (plataformas de intermediación y publicidad *on line*) y solo debe alcanzar a empresas sometidas a información país por país (excluyendo a las *start up*); en cualquier caso, se anota que esta medida no debe representar altos costos de cumplimiento. De otra parte, se señala que esa exacción debe respetar lo previsto en los CDIs vigentes y que, siempre, se debe evitar la doble imposición.

40 Si bien el consenso alcanzado podía considerarse —siguiendo a Ramón Palacín y a José Manuel Calderón— como un “*work in progress*”, cabe resaltar que las propuestas desarrolladas en torno a esos dos temas tienen un carácter estructural y transversal que afectan a todo tipo de empresa y negocio. Cfr. <https://www.ey.com/es/es/home/ey-ocde-impulsa-nuevo-consenso-fiscal-global-para-adaptar-sistema-economia-digitalizada-beps>, capturado el 22 de octubre de 2019.

41 En octubre de 2015, luego de haberse publicado el proyecto BEPS, los países del G-20 pidieron a la OCDE que para la implementación de las 15 Acciones planteadas se desarrollase un Marco Inclusivo (*Inclusive Framework*) que contase con la participación de países interesados no pertenecientes al G-20 y economías en desarrollo; ello tenía como propósito, entre otros, salir al paso de las críticas hechas a la OCDE como un “club de países ricos”. Cfr. <https://www.oecd.org/tax/folleto-marco-inclusivo-de-beps.pdf>, capturado el 18 de octubre de 2019. El MI de BEPS se estableció en el 2016 y, a la fecha, ya se han sumado 130 países y jurisdicciones con el fin de modernizar las normas impositivas internacionales y desarrollar los estándares relacionados con BEPS así como

zos que se venían realizando para lograr un acuerdo global, consensuado<sup>42</sup> y de largo plazo, sobre la tributación de las empresas multinacionales en el contexto de la economía digital.

La tarea del MI quedó reafirmada<sup>43</sup> y se consideró que el debate internacional debía estructurarse sobre dos pilares. Uno está referido a los desafíos que presenta la digitalización de la economía en general y que, básicamente, afectan las normas de reparto internacional de la potestad tributaria, incluyendo las reglas sobre precios de transferencia y el principio *arm's length*. Esto, como es lógico, supone revisar las reglas sobre el nexo fiscal para definir la vinculación entre un negocio y una jurisdicción determinada (*nexus and profit allocation revised rules*). Es evidente que los avances tecnológicos han permitido cambios significativos en los modelos de negocio y ello exige que la presencia física (oficinas, sucursales, representantes de comercio u otros elementos) en un mercado no sea lo único que debe tenerse en cuenta para determinar la potestad tributaria de un país.

Concretamente, los criterios que se plantean para modificar la regla del nexo fiscal giran en torno al concepto de intangibles de comercialización (*marketing intangibles*)<sup>44</sup>, la participación o contribución de los usuarios (*user participation*)<sup>45</sup> y la presencia económicamente significativa (*significant economic presence*)<sup>46</sup>. Estas tres alternativas derivan de la propuesta común sobre la regla de la creación de valor (*value creation*), que busca atribuir el poder de gravar a la jurisdicción de mercado (*market jurisdiction*).

---

hacer un seguimiento de su implementación. Cabe señalar que el MI, a su vez, creó un *Task Force on the Digital Economy* (TFDE) o Grupo de Trabajo sobre la Economía Digital, ya antes comentado.

## 42

- 43 La tarea que tenía este grupo era revisar los conceptos básicos del sistema fiscal internacional y proponer una solución a la problemática tributaria identificada.
- 44 Son aquéllos que tienen un vínculo funcional intrínseco con el mercado de la jurisdicción y, por ello, deben ser gravados donde fueron creados. Afecta a todo tipo de empresa —sea o no sea muy digitalizada— que opera de forma remota o con estructuras de distribución de riesgo limitado. Cfr. <https://www.international-tps.com/la-ocde-reabre-el-debate-sobre-los-principios-de-la-tributacion-de-la-economia-digital/>, capturado el 20 de octubre de 2019.
- 45 Hace referencia al valor creado por empresas altamente digitalizadas (*highly digitalised*) mediante el desarrollo de bases de datos de los usuarios, recabándose así datos y contenidos; y, afectaría a los modelos de negocio que se benefician de ellas (plataformas de redes sociales, motores de búsqueda, mercados en línea).
- 46 Supone que un no domiciliado tenga una interacción deliberada y sostenida en el tiempo con otras jurisdicciones a través de medios digitales o automatizados.

El otro pilar tiene relación con los “BEPS risks”, pues resulta necesario analizar y proponer una solución a los demás problemas fiscales que plantea la economía del siglo XXI. Ello exige articular medidas coordinadas para minimizar el alto riesgo que genera la digitalización de la economía, al facilitar estructuras de negocio que permiten transferir bases imponibles y erosionar beneficios. Es prioritario dar una salida a los países que pierden la posibilidad de gravar una renta que, finalmente, no resulta gravada o que es gravada con una tasa muy baja<sup>47</sup>.

El trabajo desarrollado por el MI en torno a los temas mencionados se plasmó en una *Policy Note*, o Declaración Política para definir el estado de la cuestión, publicada el 29 de enero de 2019. A ella le sigue la publicación de un documento de consulta pública denominado *Addressing the Tax Challenges of the Economy*<sup>48</sup>, que se discutiría posteriormente en París<sup>49</sup>.

#### 4. PROPUESTAS DE LA POLICY NOTE

Lo expuesto en la *Policy Note* supone una reformulación de algunos conceptos básicos sobre los que hoy pivota el sistema fiscal internacional<sup>50</sup>, tal como se aprecia en las cuatro propuestas que plantea.

Tres de estas propuestas buscan ampliar el derecho de gravamen de los países en los que se encuentra el usuario o el mercado, pues es en esa jurisdicción donde se ha generado o creado valor. Ello, como antes mencionamos, exige un cambio en el punto de conexión fiscal y en las reglas de atribución de beneficios (*nexus fiscal and profit allocation*). La cuarta propuesta, por su parte, está vinculada con los BEPS risks,

---

47 Como señaló Pascal Saint-Amans, Director del Centro de Política y Administración Fiscal de la OCDE, la economía del siglo XXI exige renovar los principios tributarios fundamentales. Hoy las empresas pueden participar en la vida económica de varias jurisdicciones sin necesidad de estar físicamente en ellas; asimismo, los activos (intangibles) que generan valor cobran cada vez mayor relevancia. A todo esto se suma el mayor riesgo que hay de trasladar beneficios a territorios de nula o baja imposición, gracias a las estructuras que facilita la economía digital. Cfr. <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/lacomunidadinternacionalharealizadoimportantesprogresosfrentealosdesafiosfiscalesderivadosdeladigitalizacion.htm>, capturado el 24 de octubre de 2019.

48 Cfr. <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>, capturado el 25 de octubre de 2019.

49 Este documento se publicó el 13 de febrero y la reunión de consulta pública se celebró los días 13 y 14 de marzo. Antes, hasta el 6 de marzo, estuvo abierto el proceso para el envío de comentarios al *Addressing the Tax Challenges of Digitalisation of the Economy*.

50 Un apunte sobre la *Policy Note* puede verse en <https://www2.deloitte.com/ie/en/pages/tax/articles/oecd-releases-public-consultation-addressing-the-tax-challenges.html#>, capturado el 24 de octubre de 2019.

pues se estima que las medidas adoptadas en el 2015 no ofrecen una solución global para evitar la erosión de bases imponibles<sup>51</sup>. Veamos con mayor detalle cada una de estas propuestas.

#### 4.1. Revisión del nexo fiscal y la imputación de beneficios

Se sugiere establecer como criterio para determinar el punto de conexión fiscal y como métodos para atribuir utilidades a las actividades empresariales desarrolladas en distintos países las siguientes alternativas<sup>52</sup>.

##### 4.1.1. Participación del usuario (*user participation*)

Esta propuesta plantea que para ciertos negocios *highly digitalised* se asigne beneficios a las jurisdicciones donde se encuentran los usuarios; sin interesar el umbral de presencia física o teniendo una presencia física limitada, pero con una gran base de usuarios (*on line retailers* con riesgo limitado de distribución).

Esta alternativa, de un lado, requiere la modificación de las reglas actuales de asignación de beneficios; y, de otro lado, podemos decir que colisiona con el principio *arm's length* al no ser el usuario una empresa separada. Por ello, se propone que el beneficio asignado a la jurisdicción de los usuarios se calcule mediante un método residual de beneficios (*residual profit split*): se calcula la utilidad residual o no rutinaria<sup>53</sup> y se atribuye una proporción de ella al valor creado por actividades de los usuarios en las distintas jurisdicciones en las que se ubican, utilizando una métrica de asignación acordada (*agreed allocation metric*)<sup>54</sup>.

Al respecto podríamos hacer ciertas observaciones. De una parte, es importante tener en cuenta que esta propuesta puede generar controversias y ello amerita un

51 Junto a la apreciación de que el plan BEPS trae consigo una serie de aspectos positivos para “modernizar” el marco fiscal internacional, convive una fuerte duda acerca de los resultados que traerá la implementación de sus 15 Acciones. Un trabajo al respecto puede consultarse en Carbajo, D., “Reflexiones, ciertamente escépticas, acerca del *post-BEPS*”, *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 29-38. Un desarrollo particular sobre la Acción 6 puede verse en Delgado, A., “Algunas consideraciones sobre la norma general antielusión propuesta en la Acción 6 del Plan BEPS”, *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 49-57.

52 Una síntesis sobre cada una de estas propuestas puede verse en <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2019/02/tnf-oecd-public-consultation-of-tax-challenges-of-digitalisation-march-2019.html>, capturado el 25 de octubre de 2019.

53 Es aquella que queda después de que la utilidad rutinaria es remunerada utilizando el actual principio de plena competencia.

54 La métrica de distribución podría responder, por ejemplo, a los ingresos.

nuevo mecanismo de solución de controversias. De otra parte, el enfoque que propone se limitaría a ciertas empresas donde la participación del usuario representa una contribución significativa a la creación de valor (plataformas de redes sociales, motores de búsqueda, mercados en línea) y ello podría generar distorsiones al separar a los negocios altamente digitalizados del resto de negocios<sup>55</sup>.

#### 4.1.2. Intangibles de comercialización (*marketing intangibles*)

Esta propuesta abarca a todo tipo de empresa, pues parte del supuesto que una empresa multinacional puede penetrar en una jurisdicción de modo remoto o a través de una presencia local limitada (v.g. minoristas en línea con riesgo limitado de distribución) para generar una base de usuarios y otros intangibles de comercialización.

Es importante considerar el riesgo que trae consigo esta propuesta pues los intangibles de comercialización pueden ser desplazados fácilmente fuera de la jurisdicción de mercado, aun cuando los beneficios que se generan de ellos estén ligados a actividades sustanciales vinculadas a un lugar específico<sup>56</sup>.

En este caso, se debería modificar las reglas de precios de transferencia y de CDIs para poder asignar la potestad tributaria a la jurisdicción de mercado objetivo. Ésta gravaría, en todo o en parte, los ingresos no rutinarios relacionados con los intangibles de comercialización y sus riesgos asociados; sin que importe cuál de las empresas del grupo es propietaria legalmente del intangible o cuál de ellas realiza las funciones para su desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación (DEMPE). Entre tanto, todos los demás ingresos se distribuirían entre los otros miembros del grupo multinacional siguiendo las reglas actuales de precios de transferencia.

Sobre los métodos de asignación de ingresos no rutinarios entre los intangibles de comercialización podemos mencionar los siguientes. Se propone usar los métodos transaccionales de los precios de transferencia, determinando previamente los intangibles de comercialización y valorando luego su contribución al beneficio; o, también

55 Cfr. <https://www.international-tps.com/la-ocde-reabre-el-debate-sobre-los-principios-de-la-tributacion-de-la-economia-digital/>, capturado el 20 de octubre de 2019.

56 Los intangibles de comercialización incluye marcas comerciales, nombres comerciales, listas de clientes, relaciones con clientes, datos de mercado y de clientes de propiedad exclusiva que ayudan en la comercialización y venta de bienes y servicios. Véase su definición en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias en [https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-2017\\_9788480083980-es](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-2017_9788480083980-es), capturado el 27 de octubre de 2019.

un análisis revisado del método de distribución de resultado. El beneficio atribuible a los intangibles de comercialización se asignaría a la jurisdicción de mercado, usando una métrica establecida basada en ventas o ingresos<sup>57</sup>.

Esta propuesta tendría un impacto en algunos patrones clave. De una parte, al asignar utilidades no rutinarias al uso de intangibles de comercialización relacionados con el mercado (aun cuando no haya una presencia física), la jurisdicción de mercado tendría el derecho a gravar tales beneficios; por lo que, al igual que sucede con el criterio de *user participation*, se debería cambiar la normativa de precios de transferencia y de CDIs.

De otra parte, a los negocios que conllevan el consumo de productos finales y que operan de forma remota o a través de una estructura *limited risk distribution* (LRD) se les aplicaría las nuevas reglas del nexo fiscal pensado para empresas *highly digitalised*, aun cuando no estuviesen vinculados a este tipo de empresas<sup>58</sup>.

Finalmente, si el criterio de intangibles de comercialización fuese el elegido para modificar las reglas de nexo y las reglas de atribución de beneficios podría generar cierta inseguridad jurídica. Por lo que sería necesario crear un entorno de certeza temprana (*early certainty*) definiendo claramente, por ejemplo, el concepto de “intangibles de comercialización”.

#### 4.1.3. Presencia económica significativa (*significant economic presence*)

Un no domiciliado tendría una presencia económica significativa, a efectos tributarios, si existe una interacción relevante y continua con una jurisdicción mediante el uso de tecnología u otros medios automatizados.

En este caso, el factor “ingresos” debe ser visto junto a otros factores como, por ejemplo, la existencia de una base de usuarios y la entrada de datos asociada; o, el volumen de contenido digital derivado de esa jurisdicción<sup>59</sup>. Lo importante aquí radica

57 El beneficio atribuible a los intangibles de comercialización generados por actividades de publicidad se asignaría en función de la ubicación de los usuarios a los que se dirige la publicidad. Cfr. <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>, capturado el 25 de octubre de 2019.

58 Cfr. <https://www.international-tps.com/la-ocde-reabre-el-debate-sobre-los-principios-de-la-tributacion-de-la-economia-digital/>, capturado el 20 de octubre de 2019.

59 O, a otros factores como: la facturación y el cobro en moneda local o con una forma de pago local; el marketing y las ventas sostenidas; el mantenimiento de un sitio web en un idioma local; la responsabilidad de la entrega final de bienes a clientes o la prestación por parte de la empresa de otros servicios de apoyo (posventa, reparaciones, etc.).

en determinar qué factores contribuyen a esa presencia económica significativa; pues tiene que haber una vinculación entre ésta y la actividad que genera el ingreso.

Si bien no está definido qué tipos de transacciones quedarían cubiertas ni los umbrales mínimos para gravar la presencia económica significativa; se proponen distintos métodos para atribuir las utilidades como el método de reparto fraccionado (*fractional apportionment*)<sup>60</sup>, el método modificado de utilidades presuntas, entre otros<sup>61</sup>. Se plantea, además, la posibilidad de utilizar una retención para cobrar el impuesto; salvando el derecho del no residente a presentar una declaración que le permita obtener una devolución.

#### **4.2. Propuesta global contra la erosión de las bases imponibles (*Global Anti-Base Erosion Proposal - GLOBE*)**

La cuarta propuesta que contiene el documento de consulta *Addressing the Tax Challenges on the Digitalisation of the Economy* está vinculada con los BEPS risks y responde, básicamente, a la necesidad de hacer frente al desvío de beneficios hacia jurisdicciones de nula o baja imposición. La idea es que los países con una imposición más alta puedan ejercer su potestad tributaria cuando otros no hayan ejercido suficientemente sus derechos impositivos primarios<sup>62</sup>.

En este sentido, se plantean dos medidas interrelacionadas para reforzar el poder tributario de un país cuando sus empresas —sean altamente digitalizadas o no— generen beneficios en el exterior y allí queden sujetos a un tipo efectivo de gravamen muy bajo. Ambas medidas tendrían una aplicación de alcance general, más allá de los beneficios que reportan los intangibles. Veamos cada una de ellas.

La primera es la regla de inclusión de rentas (*an income inclusion rule*), que gravaría la utilidad obtenida por una filial o entidad controlada en el extranjero cuando se

---

60 Supone, en primer lugar, definir la base gravable que debe dividirse (aplicando la tasa de utilidad global del grupo, por ejemplo, a los ingresos o ventas generados en un país). En segundo lugar, se debe determinar los factores de atribución de la base gravable (ventas, activos, empleados, usuarios, etc.) para, finalmente, ponderarlos. Cfr. Sección 7.6.2.2. del Informe de la Acción 1.

61 Cfr. <https://www.international-tps.com/la-ocde-reabre-el-debate-sobre-los-principios-de-la-tributacion-de-la-economia-digital/>, capturado el 20 de octubre de 2019.

62 Un análisis de los problemas que puede plantear la tributación de los dividendos en un escenario transnacional y las soluciones que presenta el ordenamiento español a la “doble no imposición” o “desimposición global” puede encontrarse en Barreiro, M.C., “La tributación de los dividendos intersocietarios transnacionales en el ordenamiento jurídico español en la era post-BEPS”, *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 11-19.

someta a bajos niveles de tributación local<sup>63</sup>. La matriz o accionista con una participación definida previamente pagaría un impuesto mínimo sobre la parte proporcional del ingreso de la empresa, cuando este ingreso no haya sido sujeto a una tasa mínima de gravamen. Esta medida se aplicaría país por país y se podría acreditar el impuesto pagado en la fuente, dejando a salvo el derecho a una deducción por doble imposición sobre la misma base, si fuese el caso<sup>64</sup>. Se busca así armonizar la libertad para fijar los tipos impositivos con el compromiso de asumir un tipo de gravamen mínimo para evitar la erosión de bases imponibles.

La segunda medida —que complementa la primera— busca que el país de la fuente de riqueza pueda protegerse contra los pagos que erosionan la base imponible sometiéndolos a gravamen (*a tax on base eroding payments*). Esto se lograría, de una parte, mediante una regla sobre pagos de rentas mínimamente gravadas en destino, que negaría la deducción de algunos gastos realizados a partes vinculadas; salvo que estuviesen sujetos a una tasa efectiva mínima en el país del perceptor. Y, de otra parte, aplicando una regla de sujeción de impuestos que se incluiría en los CDIs<sup>65</sup>. Ello supondría negar los beneficios del CDI a aquellas rentas que no estén sujetas a un nivel mínimo de tributación en el Estado del perceptor (v.g. cánones, intereses)<sup>66</sup>.

En lo que se refiere al GLOBE, concretamente, las preocupaciones del MI se centran en tres aspectos: i) que se graven beneficios inexistentes; ii) que se genere una doble imposición; iii) que se atente contra la seguridad jurídica. Todas ellas, en cierta medida, se trasladaron al *Steering Group* en el documento preparado en el mes de mayo de 2019.

## 5. UN APUNTE FINAL SOBRE LA *POLICY NOTE*

A modo de síntesis, tras la revisión de este documento sometido a consulta pública, podemos señalar que en lo referido a las propuestas que giran en torno a las

63 La regla del *income inclusión tax* complementaría así las reglas de transparencia fiscal internacional o las reglas de regímenes fiscales preferentes (*controlled foreign corporation*) que han adoptado muchos países.

64 En el caso de un establecimiento permanente (EP) exento se aplicaría la “regla del apagado”, anulándose el derecho a aplicar tal exención si el EP está sometido a una tasa impositiva baja. Al respecto resulta pertinente la revisión de los comentarios que se encuentran en <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/es/Documents/legal/Deloitte-ES-legal-OECD%20Programme2.pdf>, capturado el 20 de octubre de 2019.

65 Esta regla podría limitarse a los pagos de rentas entre partes vinculadas.

66 Cfr. <https://www.international-tps.com/la-ocde-reabre-el-debate-sobre-los-principios-de-la-tributacion-de-la-economia-digital/>, capturado el 20 de octubre de 2019.

reglas de precios de transferencia, éstas suponen un cambio en la consideración de los “retornos no rutinarios” y van más allá del principio *arm’s length*. Otras propuestas referidas al nexo fiscal, que modifican el umbral de presencia física para configurar un EP, exigen un cambio en las reglas de asignación de beneficios y, por tanto, en los CDIs. Precisamente, sobre los criterios para determinar el nexo fiscal se sugiere estudiar diferentes alternativas como la “presencia económica significativa”, la “presencia digital significativa” y otras reglas convencionales especiales.

Queda claro, además, que las propuestas planteadas se han pensado para todo tipo de empresa con operaciones transfronterizas así como para aquellas empresas que operen mediante estructuras de distribución de riesgo limitado en jurisdicciones de mercado y obtengan beneficios por intangibles de comercialización<sup>67</sup>.

Además, cabe mencionar que la *Policy Note*, sin decirlo de modo explícito, hace referencia al “*effective global minimum tax on multinational profits*”; propuesta franco-alemana que se construye sobre dos componentes de la reforma fiscal norteamericana de diciembre de 2017. Nos referimos al *Global Intangible Low-Taxed Income* (GILTI) y al *Base Erosion and Anti-Abuse Tax* (BEAT) contenidos en la *Tax Cuts and Jobs Act* (TCJA)<sup>68</sup>.

Sin duda, el diseño de nuevas reglas fiscales internacionales y la articulación de medidas específicas sobre la base de estas u otras propuestas tienen el gran reto de lograr un equilibrio entre el objetivo que se persigue y la viabilidad misma de estas medidas. Pues si bien se debe evitar un traslado artificioso de beneficios hacia jurisdicciones de nula o baja imposición y una erosión de las bases imponibles, también se debe evitar gravar un beneficio inexistente o una doble (o sobre) imposición<sup>69</sup>.

De otra parte, la propuesta global contra la erosión de las bases imponible podría entenderse como un atentado contra la soberanía de los países, pues invade ciertas competencias relativas a la fijación de los tipos impositivos o al establecimiento

---

67 Por tanto, las medidas a implementar no solo afectarían a empresas altamente digitalizadas. Cfr. <https://www.ey.com/es/es/home/ey-ocde-impulsa-nuevo-consenso-fiscal-global-para-adaptar-sistema-economia-digitalizada-beps>, capturado el 22 de octubre de 2019.

68 Conocidos como GILTI & BEAN rules. El tercer componente de esta reforma fiscal es el *Foreign-Derived Intangible Income* (FDII). Un apunte interesante sobre la TJCA puede verse en <https://www.armaninollp.com/articles/gilti-fdii-beat-what-they-mean-us-multinationals/>, capturado el 22 de octubre de 2019.

69 Cfr. <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2019/02/tnf-oecd-public-consultation-of-tax-challenges-of-digitalisation-march-2019.html>, capturado el 28 de octubre de 2019.

de incentivos o beneficios tributarios<sup>70</sup>. Y, en cualquier caso, todo ello excedería el objetivo de adaptar el sistema fiscal a la economía digital.

Aún los países y jurisdicciones miembros del MI no han llegado a un consenso sobre las propuestas que hemos comentado; sin embargo, debe anotarse que el trabajo coordinado y multilateral que vienen realizando puede ayudar a que las tensiones sobre el sistema de fiscalidad internacional no se agudicen —más aún si tenemos en cuenta que muchos países ya han adoptado medidas unilaterales<sup>71</sup>—.

Otro punto a resaltar es que los miembros del MI reafirman la importancia de preservar la seguridad jurídica en materia tributaria así como la necesidad de crear y desarrollar mecanismos de prevención y resolución de controversias. Además, se reitera que cualquier avance en las propuestas planteadas se seguirá realizando “sin perjuicio” de la posición que cada país pueda adoptar finalmente<sup>72</sup>.

Esta *Policy Note* muestra las consecuencias de que en el 2015 no se haya llegado a un consenso respecto a la distribución de la potestad tributaria y que no se derivase ninguna medida coordinada de la Acción 1 de BEPS<sup>73</sup>. Las medidas fiscales que cada país ha ido tomando en los últimos años es prueba de ello y, sin duda, esto no facilita una solución global a las fisuras que hoy presenta la tributación a nivel internacional<sup>74</sup>. Pese a ello han habido avances; pues fue a propósito del proyecto BEPS que apa-

70 Si bien el proyecto BEPS —así como los trabajos de implementación de las acciones que plantea y las propuestas sobre los temas aún pendientes de definir— no podrían catalogarse *per se* como un proyecto “anti-incentivos”, tiene algunos efectos indirectos que sugerirían lo contrario. Piénsese, por ejemplo, en la configuración de los regímenes de *patent box*; al respecto véase García, E., “El *patent box* en la era *post-BEPS*: ¿futuro perfecto o incierto?”, *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 59-70.

71 Muchos países han implementado soluciones provisionales a los desafíos que plantea la economía digital; pues entienden que lograr el consenso será difícil y llevará mucho tiempo. Un interesante análisis sobre las acciones tomadas por la OCDE, la UE, España e Italia se encuentra en Cubilles, P., “La tributación de la Economía Digital a la espera de una solución global”, *Quincena Fiscal*, núm. 8/2019, Aranzadi, pp. 17-40.

72 Se habla de la necesidad de un “BEPS 2.0”, en el entendido que se requiere un cambio en los fundamentos del actual estándar BEPS para salir al paso de las debilidades que muestra el consenso alcanzado en el 2015. Cfr. <https://www.ey.com/es/es/home/ey-ocde-impulsa-nuevo-consenso-fiscal-global-para-adaptar-sistema-economia-digitalizada-beps>, capturado el 22 de octubre de 2019. Véase también <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/insight-what-does-beps-2-0-mean-for-your-business>, capturado el 28 de octubre de 2019.

73 Cfr. <https://www2.deloitte.com/ie/en/pages/tax/articles/oecd-releases-public-consultation-addressing-the-tax-challenges.html#>, capturado el 24 de octubre de 2019.

74 No pocos países, ya antes de la publicación de los informes finales del plan BEPS en octubre de 2015, habían adaptado unilateralmente sus sistemas fiscales a las nuevas reglas de juego que trae

reció el MI y se generó una importante cooperación de distintos organismos (OCDE, Banco Mundial, ONU, FMI) que buscan, con el aporte de enfoques diversos, generar un marco de coordinación fiscal multilateral.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras la reunión en París en marzo de 2019, en la que se discutieron públicamente las propuestas contenidas en la *Policy Note: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, el MI se reunió en mayo para acordar los detalles del programa de trabajo que debían exponer a los ministros de economía del G-20. La idea de esta hoja de ruta es lograr el consenso para adoptar una solución global de largo plazo en la cumbre del G-20 que se celebrará en junio de 2020 (*OCDE final recommendations*).

Podemos señalar que, en general, las propuestas que se han planteado suponen una gran novedad respecto a las reglas actuales que se siguen en la tributación internacional; por lo que se podría hablar de un proyecto BEPS 2.0<sup>75</sup>. Además, el traslado del gravamen a la jurisdicción de mercado y el nuevo (supra) principio de creación de valor son dos elementos esenciales en el marco de estas propuestas que contrastan, claramente, con posturas previas de la OCDE rechazando las reglas de *fractional apportionment* o la definición estricta de intangibles.

A la fecha, no hay un acuerdo internacional respecto a las medidas fiscales que deben adoptarse. Además, las propuestas planteadas no están del todo definidas como para implementarse (ni a nivel local, ni a nivel internacional); son propuestas complejas y suponen un alto coste de cumplimiento y supervisión<sup>76</sup>. Por ello, las dis-

---

consgo la globalización. Ello evidencia, en cierto modo, la fragilidad de las herramientas del *soft law* utilizadas por los organismos internacionales para combatir la planificación fiscal agresiva. Al respecto véase Cámara, M., "Normativa doméstica y era *post-BEPS*: ¿Hacia dónde vamos?", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 21-28.

75 Una reciente publicación del IBFD, que expone distintas opiniones tras la discusión del documento *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, muestra el estado actual de la cuestión y evidencia las fisuras de algunas propuestas recogidas por la OCDE en dicho documento. Cfr. Pistone, P. y Weber, D. (eds.), *Taxing the Digital Economy: the EU Proposals and Other Insights*, IBFD, 2019.

76 Esa complejidad y el alto coste que, en no pocos casos, puede representar la implementación de estas propuestas afecta tanto a los contribuyentes como a las Administraciones Tributarias. Una interesante publicación que recoge los trabajos expuestos en la 22da. Asamblea General de IOTA celebrada en Bratislava del 25 al 27 de junio de 2018: *Impact of digitalisation on the transformation of tax administrations*, puede encontrarse en [https://www.iota-tax.org/sites/default/files/publications/public\\_files/impact-of-digitalisation-online-final.pdf](https://www.iota-tax.org/sites/default/files/publications/public_files/impact-of-digitalisation-online-final.pdf), capturado el 1 de noviembre de 2019. Véase también un breve apunte de Collosa, A., "Administración Tributaria Electrónica. Algunas

tintas posiciones sobre cómo adaptar la tributación corporativa local a los nuevos negocios de la economía digital —básicamente en lo relativo al nexo fiscal y a la asignación de beneficios— aún no están alineadas. Ello supone que el marco fiscal internacional se encuentre en una dinámica de cambios constantes y que la transitoriedad sea hoy una de sus características más prominente<sup>77</sup>.

Lo que es claro es que las propuestas de la OCDE agitan fuertemente dos grandes pilares de la fiscalidad internacional: la limitación de los derechos fiscales determinados por la presencia física y la aplicación del principio *arm's length* como regla de asignación de beneficios. Este “enfoque unificado” busca garantizar una asignación justa para ejercer adecuadamente la potestad tributaria en un mundo globalizado estableciendo: i) un umbral de ingresos alcanzado en la jurisdicción de mercado/usuario; y, ii) una nueva regla de asignación de beneficios aplicando una metodología formulada en tres frentes (“*the A-B-C approach*”)<sup>78</sup>.

A mediano plazo, se esperan cambios significativos con un alcance mayor que impacte no solo a empresas altamente digitalizadas. La idea es que esta reforma fiscal que se está gestando sea neutral; esto es, que se aplique a todo tipo de contribuyentes y no solo a unos cuantos. Asimismo, que se respete la naturaleza del impuesto sobre la renta; esto es, que el gravamen recaiga sobre el beneficio o la utilidad, no sobre el ingreso bruto o la facturación. Y que, siempre, se asegure que una misma renta no se grava doblemente. Finalmente, cualquier propuesta para modificar la atribución de beneficios debería modificar la atribución de pérdidas; aun cuando muchos países podrían no estar de acuerdo con ello.

---

tendencias a propósito del reciente informe de la OCDE”, en <https://www.ciat.org/administracion-tributaria-electronica-algunas-tendencias-a-proposito-del-reciente-informe-de-la-ocde/>, capturado el 20 de octubre de 2019.

77 Esto, ciertamente, genera un clima de incertidumbre para las compañías; véase una nota al respecto: “OCDE Digital Tax Plan raises new questions for companies” en <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/oecd-digital-tax-plan-raises-new-questions-for-companies>, capturado el 15 de octubre de 2019.

78 De este modo, se busca persuadir a los países que no adopten medidas unilaterales. Al respecto resulta interesante la revisión del documento de consulta pública abierta del 9 de octubre al 12 de noviembre de este año: “*Secretariat Proposal for a «Unified Approach» under pillar one*” en <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>, capturado el 25 de octubre de 2019.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA. VV., *Impact of digitalisation on the transformation of tax administrations*, IOTA, Budapest, 2018, visto en [https://www.iota-tax.org/sites/default/files/publications/public\\_files/impact-of-digitalisation-online-final.pdf](https://www.iota-tax.org/sites/default/files/publications/public_files/impact-of-digitalisation-online-final.pdf)
- Antón, A. y Bilbao, I., "El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad", *Documentos*, núm. 26/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 1-39.
- Avi-Yonah, R. y Xu, H., "Evaluating BEPS: a reconsideration of the benefits principle and proposal for an oversight", *Harvard Business Law Review*, 2016, visto en <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2868&context=articles>
- Barreiro, M.C., "La tributación de los dividendos intersocietarios transnacionales en el ordenamiento jurídico español en la era post-BEPS", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 11-19.
- Belk, R., "Sharing versus pseudo-sharing in web 2.0", *Anthropologist*, vol. 18, 2014.
- Bostman, R. y Rogers, R., *What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*, Harper Business, 2010.
- Cámara, M., "Normativa doméstica y era post-BEPS: ¿Hacia dónde vamos?", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 21-28.
- Carbajo, D., "Reflexiones, ciertamente escépticas, acerca del post-BEPS", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 29-38.
- Contreras, M., "¿Es la cooperación reforzada una vía alternativa para avanzar en el proceso de armonización fiscal?", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 39-48.
- Cubilles, P., "La tributación de la Economía Digital a la espera de una solución global", *Quincena Fiscal*, núm. 8/2019, Aranzadi, pp. 17-40.
- Delgado, A., "Algunas consideraciones sobre la norma general antielusión propuesta en la Acción 6 del Plan BEPS", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 49-57.
- Doménech, G., *La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- Islas, O., "Internet 2.0: el territorio digital de los prosumidores", en file:///Users/carla/Downloads/Dialnet-Internet2oElTerritorioDigitalDeLosProsumidores-3739971%20(1).pdf
- Fernández, J., "Efectos de un principio de justicia tributaria universal: evolución del establecimiento permanente a la presencia digital significativa en el marco de la economía colaborativa y social", en Pedreira, J. (dir.), *Fiscalidad de la colaboración social*, Aranzadi, 2018, pp. 151-179.
- García, E., "El patent box en la era post-BEPS: ¿futuro perfecto o incierto?", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 59-70.
- García de Pablos, J., "El impuesto sobre determinados servicios digitales: la «tasa Google»", *Quincena Fiscal*, núm. 11/2019, Aranzadi, pp. 47-68.
- González, M., "Régimen tributario de las plataformas virtuales de servicios de transporte", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 71-80.
- Jiménez-Valladolid, D., "Evaluando BEPS: ¿es necesario un cambio de paradigma en la fiscalidad internacional?", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 81-90.
- Levin, Locke, Searls y Weinberger, *The Cluetrain Manifesto: the end of business as usual*, Basic Books, 2000.
- Macarro, J. M., "El nuevo sistema de intercambio automático de tax rulings y APAs: un gran avance, incompleto, en la transparencia fiscal en la UE", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 91-101.
- McLuhan, M. y Neviit, B., *Take today: the executive as dropout*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York, 1972.
- OECD, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, Paris, 2013.
- Perren, R. y Grauerholz, L., "Collaborative consumption", 2015.

- Pistone, P y Weber, D. (eds.), *Taxing the Digital Economy: the EU Proposals and Other Insights*, IBFD, 2019.
- Pujalte, H., "Evolución de las propuestas de la OCDE y de la Unión Europea sobre la fiscalidad directa de la economía digital", *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, núm. 9/2018, Aranzadi, pp. 39-68.
- Rifkin, J., *La sociedad de coste marginal cero: el Internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo*, Paidós, Madrid, 2014.
- Rodríguez, A., "La contabilidad sobre las estrategias fiscales de las operaciones del grupo. ¿Un marco de información para la fiscalidad?", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 123-130.
- Sánchez-Archidona, G., "La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho financiero y tributario", *Quincena Fiscal*, núm. 12/2019, Aranzadi, pp. 69-100.
- Sánchez, M.E., "La iniciativa BEPS a la luz de las perspectivas abiertas por el intercambio de información", *Documentos*, núm. 15/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 141-147.
- Sundararajan, A., *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, The MIT Press, 2017.
- Toffler, A. *The third wave*, Bantam Books, 1980.
- Urquizu, A., "El modelo de negocios basado en compartir bienes y/o servicios: marcos jurídicos y tributación" (II), *Quincena Fiscal*, núm. 11/2019, Aranzadi, pp. 95-120.
- Vaquer, F., "Establecimiento permanente y economía digital: especial referencia a las empresas intermediarias en el ámbito del turismo colaborativo", en [www.millenniumdipr.com](http://www.millenniumdipr.com)
- Yáñez, L., "Agenda pendiente: nuevos «establecimientos permanentes temporales» y las medidas «anti-fragmentación de actividades» y «anti-fraccionamiento»", en <https://www.linkedin.com/pulse/agenda-pendiente-nuevosestablecimientos-permanentes-y-ya%C3%B1ez-salgado/>

#### ENLACES. DOCUMENTOS.

- <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>
- <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>
- <https://www.oecd.org/tax/beps/resumen-desafios-fiscales-derivados-de-la-digitalizacion-informe-provisional-2018.pdf>
- <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264293083-en.pdf?expires=1571954249&id=id&accname=guest&checksum=ECE20654E21B1B55A0ACED61E5326FA1>
- <https://www.ey.com/es/es/home/ey-ocde-impulsa-nuevo-consenso-fiscal-global-para-adaptar-sistema-economia-digitigalizada-beps>
- <https://www.oecd.org/tax/folleto-marco-inclusivo-de-beps.pdf>
- <https://www.international-tps.com/la-ocde-reabre-el-debate-sobre-los-principios-de-la-tributacion-de-la-economia-digital/>
- <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/lacomunidadinternacionalharealizadoimportantes-progresosfrentealosdesafiosfiscalesderivadosdeladigitalizacion.htm>
- <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>
- <https://www2.deloitte.com/ie/en/pages/tax/articles/oecd-releases-public-consultation-addressing-the-tax-challenges.html#>
- <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2019/02/tnf-oecd-public-consultation-of-tax-challenges-of-digitalisation-march-2019.html>
- [https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-2017\\_9788480083980-es](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-2017_9788480083980-es)

- <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/es/Documents/legal/Deloitte-ES-legal-OECD%20Programme2.pdf>
- <https://www.armaninollp.com/articles/gilti-fdii-beat-what-they-mean-us-multinationals/>
- <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/insight-what-does-beps-2-0-mean-for-your-business>
- <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/oecd-digital-tax-plan-raises-new-questions-for-companies>
- <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>
- <http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2017/04/Accion1-EY.pdf>