

Pilar uno y pilar dos: el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional

CÉSAR GARCÍA NOVOA*



Catedrático de Derecho
Financiero y Tributario de la
Universidad de Santiago de
Compostela (España)

Resumen: La OCDE y el marco inclusivo han puesto en marcha un cambio en la distribución de los derechos de gravamen para las empresas multinacionales. Ante el nuevo fenómeno de la economía digital, la OCDE y el marco inclusivo propusieron las complejas medidas del pilar uno y del pilar dos.

Palabras clave: economía digital, OCDE, pilar uno, pilar dos, marco inclusivo, servicios digitales automatizados

Abstract: The OECD and the Inclusive Framework have implemented a change in the distribution of tax rights for multinational companies. Faced with the new phenomenon of the digital economy, The OECD and the Inclusive Framework proposed the complex measures of Pillar One and Pillar Two.

Keywords: digital economy, OECD, pillar one, Pillar two, inclusive framework, automated digital services

1. EL INTERNACIONAL TAX REGIME VIGENTE HASTA EL PLAN BEPS

Cuando la OCDE asumió, a principios de los años 70 del pasado siglo, su papel como diseñadora de las normas internacionales de distribución de los *taxing rights* o derechos de imposición, mediante la aprobación del Modelo de Convenio de Doble Imposición de 1963, priorizó al Estado de residencia frente al de la fuente¹. El modelo de la OCDE, por definición, condiciona al Estado de la fuente y opta por un reparto del derecho a gravar las rentas de las empresas con actividad transfronteriza con prevalencia del poder fiscal ilimitado de los Estados de residencia. El criterio es, claramente, atribuir el derecho de gravamen prioritario a los países donde se localicen las *constituent entity* y definir el gravamen de los grupos multinacionales a partir del principio de la regla de la empresa separada (*separate entity accounting*), según el cual la renta del grupo se parcela a través de su asignación a las jurisdicciones de residencia o sede de dirección². A partir de la aplicación de un régimen de precios de transferencia basado en el principio de plena competencia en las transacciones entre entidades de un grupo multinacional y que no cuestionaba la asignación formal de activos a determinadas jurisdicciones, se descartaban fórmulas del reparto del beneficio mediante esquemas de *unitary taxation* o *formulary apportionment*³, mucho más coherentes con la realidad económica de la existencia de un beneficio único en los

-
- 1 Avi Yonah, R. (2007). *International tax as international law*, Cambridge University Press, p. 7 y ss. El autor defendió la existencia de un *international tax system*. Ese régimen internacional se construiría en torno a la existencia de un intercambio de información y de cooperación internacional, así como de la consiguiente pérdida de autonomía de los Estados. Véase también *The international taxation system*. Kluwer Academic Publisher, 2002, p. 78. Para una posición contraria, véase Rosenbloom, H. D. (2000). *International tax arbitrage and the international tax system*. *Tax Law Review*, 53(137), p. 32. Para este autor, “no existe un sistema fiscal internacional ni es probable que haya nunca un Sistema de este tipo”. Para
 - 2 E incluso del *law of constitution*. Así, la residencia en función del lugar de constitución es una pauta que se acepta con carácter general y a la que hacen referencia los Convenios de Doble Imposición. También ha sido el criterio defendido por la OCDE en su documento elaborado por su Grupo Técnico Fiscal (OECD-TAG *Definition of Place of Effective Management in Treaty Tie-Breaker Rule*) para enfrentar la frecuente situación de grupos multinacionales con presencia en muchos países (propiedades y activos en un Estado, residencia de los directivos en otro, reunión del Consejo de Administración en otro). La OCDE propone “redefinir la residencia atendiendo al lugar de constitución de la entidad” (*the state from the laws of which it derives its legal status*).
 - 3 Mayer, S. (2009). *Formulary Apportionment for the Internal Market*. *Doctoral Series*, 17, IBDF, p. 13.

grupos multinacionales⁴. Además, la limitación al Estado de la fuente se completaba con la limitación de los supuestos en que una empresa podía tener establecimiento permanente en otro país que siempre se limitaba a los casos de presencia física (lugar fijo de negocios)⁵.

Este paradigma fue el que se asumió con normalidad por más de cincuenta años, solo alterado cuando la OCDE y la comunidad internacional advirtió fenómenos de elusión fiscal internacional. Tras el fracaso de la política contra los paraísos fiscales y las jurisdicciones no cooperativas, que traía causa en el informe de la OCDE sobre *harmful tax competition* de 1998, se detecta una creciente alarma social impulsada por los medios de comunicación, en relación con ciertas multinacionales a las que se acusa de no pagar *suficientes impuestos*, especialmente en Europa. Destaca el caso de Starbucks y la campaña mediática contra esta multinacional⁶ pero también en relación con otras como Google, Microsoft, Facebook, Amazon..., ligada a conocidas operaciones como la *doble irlandesa* o el *sándwich holandés*. Ello supuso un excelente caldo de cultivo para un cambio en la estrategia global sobre lo que, desde el Informe del Tercer Foro de la OCDE sobre Administración Tributaria, celebrado en Seúl en el 2006, se denomina “planificación fiscal agresiva”.

Así, en Europa ya se había producido un movimiento en este sentido, con la emisión de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, que recoge el Plan de Acción para Reforzar la Lucha contra el Fraude Fiscal y la Evasión Fiscal (COM(2012) 722/2), y en el ámbito internacional, por la decidida apuesta del G-20 contra la elusión fiscal internacional. En este sentido, cabe destacar el documento

-
- 4 A las propuestas técnicas que tienen como finalidad configurar como sujeto tributario internacional a los grupos de sociedades se le denominan técnicas de “consolidación fiscal”. Las propuestas de consolidación fiscal que se han barajado no han tenido una traducción práctica, como ocurre con el modelo de *Home State Taxation*, que considera como contribuyente al grupo multinacional y propone su tributación aplicando las normas del Estado de residencia de la matriz. Otros han tenido cierto predicamento en áreas de integración económica, como la modalidad del *common consolidated corporate tax base*, contenida en la propuesta de la Comisión Europea, del 16 de marzo del 2011, relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BIC-CIS). Esta propuesta presupone una base armonizada y unas normas dictadas por los órganos de la Unión Europea. Véase Poza Cid, R. y Prieto Cuadrado, M. (2012). La base imponible común consolidada del impuesto sobre sociedades (BIC-CIS), *Hacienda Pública Española*, 139(15), p. 142.
- 5 Así, el origen histórico remoto del instituto se sitúa en el concepto reflejado en el Código Mercantil Prusiano, de “actividad estable” (*stehendes Gewerbe*) y de instalación fija (*Betriebstätte*). Véase Skaar, A. (1992). *Permanent establishment*. Kluwer, p. 71 y ss. y Carmona Fernández, N. (2012). La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas, *Crónica Tributaria*, 145, pp. 40-45.
- 6 Van den Hurk, H. (marzo-abril del 2014). Starbucks contra el pueblo. *Nueva Fiscalidad*, p. 34.

BEPS (*base erosion and profit shifting*) de enfoque global sobre la erosión de bases imponibles y la deslocalización del beneficio, elaborado a partir de las conclusiones de la Declaración de Lough Erne, emitida el 18 de junio del 2013, al término de la reunión del G8. La declaración afirma: “[...] los países deben cambiar las reglas que permiten a las empresas trasladar sus beneficios a través de las fronteras para evitar los impuestos”.

A partir de este documento, la OCDE, a petición del G8, ha recibido el encargo de diseñar una solución que cambie las deficiencias del marco fiscal global, lo que puede suponer una de las mayores revoluciones en el panorama fiscal global de los últimos años.

En virtud de ello, la OCDE ha elaborado el Plan BEPS, el cual está estructurado en tres fases. La primera se ha puesto de manifiesto en la formulación de las acciones que integran el Plan. Así, BEPS contiene 15 acciones desarrolladas en otros tantos informes, de manera que el plan BEPS constaba una fase de concreción de objetivos y otra, ulterior, de incorporación de sus resultados a los ordenamientos domésticos de los distintos Estados. El resumen final de estos informes se recogió en el informe conclusivo de 5 de octubre del 2015⁷.

Como última fase de este proceso, estaría, obviamente, la incorporación de los resultados esperados a los ordenamientos internos de los distintos países, en la medida en que BEPS va a condicionar el poder legislativo de los Estados que se adhieran al Plan. En algunos casos, el resultado esperado se limitaba a elaborar un informe de

7 El 16 de setiembre del 2014 se formalizaron los informes referidos a la acción 1 (abordar los retos de la economía digital para la imposición), acción 2 (neutralizar los efectos de los instrumentos híbridos), acción 5 (combatir las prácticas tributarias perniciosas teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia en lo que concierne al análisis de los regímenes de los países miembros), acción 6 (impedir la utilización abusiva de los convenios de doble imposición) acción 8 (asegurar que los resultados de los precios de transferencia estén sean acordes con la creación de valor de intangibles, en lo relativo a la modificación de las Directrices de los precios de transferencia y del Modelo OCDE), acción 13 (reexaminar la documentación sobre precios de transferencia) y acción 15 en lo relativo a identificar cuestiones relevantes sobre tributación y derecho internacional público en lo referente a desarrollar un instrumento multilateral. Durante el 2015 los relativos a la acción 3 (refuerzo de la normativa sobre transparencia fiscal internacional), acción 4 (limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros), 5 (combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia), acción 7 (impedir la elusión artificiosa del estatuto del establecimiento permanente), acción 11 (establecer metodologías para la recopilación y el análisis de datos sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y sobre las acciones para enfrentarse a ella), acción 12 (exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva) y acción 14 (hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias).

identificación de problemas. En otros, se formularon recomendaciones para el diseño de normas internas —singularmente en la elaboración de cláusulas generales anti-abuso o *general anti-abuse rules* (GAAR)—.

En cualquier caso, el Plan BEPS solo pretendía acciones concretas, bien de carácter doméstico, bien en los convenios bilaterales de doble imposición (por medio del *multilateral instrument*) a efectos de lograr neutralizar ciertas prácticas de planificación fiscal agresiva de las multinacionales. No pretendía un cambio en las bases del paradigma de distribución del poder tributario para gravar las rentas empresariales internacionales vigente desde 1963. Como señala, Martín Jiménez, BEPS no pretendió eliminar la competencia fiscal entre países, ni alterar la distribución de la jurisdicción tributaria, sino solo ciertas planificaciones consideradas indeseables⁸.

Ello aunque BEPS incorporaba el principio *value creation*, según el cual debería desplazarse la capacidad de gravamen desde los países de residencia de las entidades multinacionales a los lugares donde estas generasen valor. El principio *value creation* es asumido por el Plan BEPS, del G 20 y la OCDE, en el 2013.

Sin duda alguna, la Acción, cuyas conclusiones apenas incorporaron medidas inmediatas, fue la Acción 1 del Plan BEPS, a la que nos vamos a referir a continuación.

2. EL FENÓMENO DE LA ECONOMÍA DIGITAL: LA ACCIÓN 1 DEL PLAN BEPS

El fenómeno disruptivo de la economía digital conlleva la posibilidad de operar en cualquier mercado del mundo sin presencia física. Supone que una multinacional puede tener presencia económica sin un lugar fijo de negocios que, en los términos del artículo 5.1 del Modelo OCDE de Convenio de doble imposición, es requisito esencial para que se pueda hablar de establecimiento permanente.

La ausencia de presencia física, propia de la era digital, supone un reto a la fiscalidad internacional. Los grandes operadores del mundo digital desarrollan sus negocios sin disponer de los elementos físicos que normalmente son precisos para tener una presencia económica. Como Arraou dice: “El primer vendedor de libros del mundo (Amazon) no tiene una sola librería, el primer arrendador de habitaciones (AirBnB) no tiene un solo hotel, el primer vendedor de servicios de taxi (Uber) no tiene un solo coche”.⁹ Esto se da hasta el punto de que existe el riesgo de que ciertos sujetos, singu-

8 Martín Jiménez, A. (2021, 30 de agosto). *La nueva arquitectura de la fiscalidad internacional y precios de transferencia: los acuerdos de la OCDE inclusive framework, G20 y G7*. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3897891>.

9 Arraou, P. (2018). *Los economistas y la economía digital*. Consejo General de Economistas, p. 18.

larmente las multinacionales del mundo digital (las GAFA, Google, Apple, Facebook y Amazon) resulten inmunes a la fiscalidad. La combinación de la regla de tributación en residencia, junto con la exigencia de presencia física para que pueda haber un establecimiento permanente y se pueda gravar en la fuente la renta obtenida, imposibilitaba la tributación de estas empresas allí donde las mismas obtenían su beneficio. Fueron los países emergentes, los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica), los que promovieron un nuevo nexo (*genuine link*) o punto de conexión que permita gravar el beneficio allí donde el mismo se obtuviese.¹⁰ De ahí surge la regla del *value creation*. Así, se debe tributar allí donde se cree valor, independientemente de donde se tenga la residencia.

En el 2014 la OCDE publicó un informe preliminar titulado *Cómo abordar los desafíos fiscales de la economía digital*. En el mismo ya se recordaban algunos datos distintivos de la economía digital cuando se decía¹¹ que la economía digital y sus modelos de negocio presentan algunas características clave que resultan potencialmente relevantes desde una perspectiva fiscal, entre las que se incluyen la movilidad de los intangibles en los que se sustenta, en gran medida, la economía digital, los usuarios y las funciones comerciales; la remisión a los datos, cuyo uso masivo se ha visto facilitado, de un lado, por un aumento del potencial informático y la capacidad de almacenamiento y, de otro, por la reducción del coste de almacenamiento de datos. A ello hay que unir que la economía digital también ha acelerado la propagación de cadenas de valor mundiales”.

De tal manera que en la economía digital existen elementos diferenciales relevantes más allá de la circunstancia de la ausencia de presencia física. Las ventas electrónicas, como las ventas a distancia, generan unas relaciones económicas remotas, pero las mismas se traducen en actos o contratos singulares, que se agotan en sí mismos. Las empresas de la economía digital, por el contrario, generan una interacción con los usuarios que se prolonga en el tiempo a través de los vínculos que estos crean en sus equipos y dispositivos. Se trata de una relación permanente que, en sí misma, constituye un valor económico para estas compañías. Las grandes multinacionales del mundo digital, además de actuar en un entorno cuasi-monopolístico (Google, Facebook, Twitter o Amazon son líderes en sus respectivos sectores y apenas tienen

10 Falcao, T. y Michel, B. (2014). Assessing the tax challenges of the digital economy: an eye-opening case study. *Intertax*, 42, p. 317.

11 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2014). *Cómo abordar los desafíos fiscales de la economía digital*. <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>, p. 17.

competencia)¹² son empresas que no solo actúan en mercados internacionales sin presencia física, sino que el valor añadido de su actividad viene determinado por los usuarios reales o potenciales de sus servicios en los mercados en los que actúan. El vínculo de sus usuarios a través del alta en sus redes, las descargas de *apps*, el uso de *cookies* o la creación de cuentas, determinan la existencia de un público cautivo que supone un activo fundamental para estas empresas¹³.

Se trata, ni más ni menos, que de configurar al mercado como elemento determinante de la generación de valor, atribuyendo relevancia a la aportación que realiza el volumen de usuarios. Así, los usuarios y el mercado se erigen como una especie de **tercer punto de conexión**, más allá de los tradicionales de la residencia y el territorio.¹⁴

En la formación de ese mercado de usuarios es importante el papel que tienen los *data*. En la economía digital, las empresas recopilan datos sobre sus clientes, proveedores y operaciones, que se pueden obtener de varias maneras. En el caso de datos personales, directamente de los clientes (por ejemplo, cuando se registran para un servicio en línea) o de forma ocasional (por ejemplo, registrando las preferencias de navegación por Internet, datos de ubicación, ...), o de una inferencia basada en la combinación con otros datos. Como dice el informe conclusivo de la Acción 1 de BEPS: Addressing the tax challenges of the digital economy, de 5 de febrero del 2015, en su capítulo 4: The digital economy, new business models and key features however, los datos obtenidos de múltiples fuentes privadas y públicas pueden con frecuencia combinarse para crear valor (as data obtained from multiple private and public

12 Mucho se ha escrito sobre la vocación monopolística de las grandes empresas tecnológicas en el mundo digital. A diferencia de lo que ocurre en los modelos de negocios convencionales, en las empresas digitales, en las empresas tecnológicas el monopolio sería el resultado natural de un tipo de negocio donde las ideas y las innovaciones tienen un carácter único e irreplicable, lo que es propio de lo que el autor llama progreso vertical propio de la tecnología disruptiva. En este contexto, quien innova va a explotar la innovación en un contexto natural de monopolio.

13 Grinberg señala lo siguiente: [...] the taxation of the digital economy” is currently at the top of the global international tax policymaking agenda. A core claim some European governments are advancing is that user data or user participation in the digital economy justifies a gross tax on digital receipts, new profit attribution criteria, or a special formulary apportionment factor in a future formulary regime targeted specifically at the “digital economy. Añadiendo que... user data or user participation in the digital economy justifies a gross tax on digital receipts, new profit attribution criteria, or a special formulary apportionment factor in a future formulary regime targeted specifically at the digital economy. Véase Grinberg, I. (2019). International taxation in an Era of Digital Disruption: analyzing the current debate. *Georgetown Law Faculty Publications*, 2145. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2145/>.

14 Vanistendael, F. (8 de enero del 2018). Digital disruption in international taxation. *TNI*, p.177.

sources will frequently be combined in order to create value). Se trata de datos sobre tendencias de consumo, orientaciones sociales, medios de pago, estrategias empresariales... obtenidas de manera remota y que son objeto de explotación comercial en países distintos de los de origen de los datos. Es obvio que “el aprovechamiento de los datos puede crear valor para las empresas de diversas maneras, incluso al permitir segmentar las poblaciones con el fin de adaptar las ofertas, para mejorar el desarrollo de productos y servicios, ...”¹⁵. De tal manera que los datos masivos de los usuarios, derivados de las técnicas de *data analytics*, constituyen un nuevo intangible que contribuye esencialmente a la creación de valor.

En suma, la nota distintiva de estas empresas es que tienen una interacción significativa con los usuarios a partir de canales digitales y esa interacción es uno de los procesos especiales que coadyuva a la creación de valor. De manera que cuántos más usuarios registrados se tengan, mayor será el potencial económico de estas empresas.¹⁶ Estamos ante modelos de negocios para los cuales la creación de valor depende en una parte muy importante del compromiso y la participación de usuarios (*business model based on data, user participation, network effects and user-generated content*)¹⁷. En este tipo de negocios, el número de usuarios que interactúan con las empresas digitales debe ser tenido en cuenta a la hora de reformular la fiscalidad de las mismas. Por

15 Véase https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_9789264241046-en, [...] leveraging data can create value for businesses in a variety of ways, including by allowing businesses to segment populations in order to tailor offerings, to improve the development of products and services, to better understand variability in performance, and to improve decision making.; p. 102. Véase también Westberg, B. (2015). Digital presence, does it exist? *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*. Amon Edizione, Padova, p. 25; Hongler, P. y Pistone, P. (20 de junio del 2015). Blueprints for a new PE Nexus to tax business income in the Era of the Digital Economy. *WU International Taxation Research Papers*, serie 2015-15, p. 3.

16 Siguiendo el ejemplo de la publicidad *online*, la misma solo puede suministrarse, como dicen Becker y Englisch, cuando los consumidores miran carteles, periódicos, pantallas de televisión o sitios web en su computadora portátil o teléfono inteligente (*advertising can only be done when consumers look at billboards, newspapers, TV screens or websites on their laptop or smartphone*). Si una valla publicitaria puede ser establecimiento permanente, no se entiende por qué no puede haber un nexo cuando existen lo que estos autores llaman “pequeñas vallas publicitarias en los teléfonos inteligentes” (*small sort-of-billboards on smartphones*). No obstante, estos autores entienden que este enfoque no tiene nada que ver con que los consumidores contribuyan a la creación de valor (*this approach has, however, nothing to do with consumers contributing to value creation*), véase Becker, J. y Englisch, J. (2018, 16 de marzo). EU digital services tax: a populist and flawed proposal”. *Kluwer International Tax Blog*.

17 OECD (2018, 16 de marzo). Digitalisation, bussines models and value creation, tax cahllenges arising from digitalisation. *Interim Report*. OECD Publishing, p. 24.

tanto, como apuntamos, cabría hablar, frente a los puntos de conexión tradicionales, residencia y territorio, de un nuevo nexo basado en el mercado de usuarios y consumidores. Lo anterior quiere decir que el valor agregado de la empresa digital radica en la posibilidad de usar el data generando publicidad personalizada, recomendaciones de compra personalizadas a un cliente, personalización de los productos que usa el cliente, aumento en la fidelización del cliente... Por eso, el valor es creado a través de la interacción de los usuarios en la red a partir de factores especiales, como son una combinación de algoritmos, el uso de una marca reconocida, *knowledge* y operativa de ventas y *marketing*... La vinculación permanente de los usuarios a través de la descarga de *apps*, alta en redes o expresión de preferencias en una página web, por ejemplo, facultan una publicidad selectiva que, para la empresa operadora de la página web se traduce en la obtención de información y datos de sus usuarios, así como la elaboración de un perfil personal, que puede usar directamente para sus fines de negocio o transmitir a potenciales proveedores de publicidad o ventas que los usarán para sus fines.¹⁸ Ello puede originar importantes ingresos a quienes exploten este servicio y que, por tanto, deben tributar tomando en consideración dónde están dichos usuarios cuyos datos han aportado valor al negocio¹⁹. Esta realidad se traduce en el mencionado principio de *value creation*, según el cual las multinacionales, más allá de los nexos de residencia y territorio, deben tributar allí donde *creen valor*.²⁰

La Acción 1 de BEPS reconoce que la economía digital supone una transformación en los modelos de negocios y la definición de una denominada cadena de valor digital (*digital value chain*). Sin embargo, la Acción 1 ha sido insuficiente para afrontar, desde la perspectiva tributaria, los desafíos del mundo digital. Su informe conclusivo (*Addressing the tax challenges of the digital economy*) se limitaba a clasificar los modelos de negocio digitales en B2B (*business to business*), B2C (*business to consumer*) o C2C (*consumer to consumer*, propios de la economía colaborativa), servicios o plataformas de pagos, servicios de descarga de aplicaciones y productos digitales, publicidad *online* y plataformas de red participativas (redes sociales) y *cloud computing* (prestación de servicios digitales y estandarizados relativos a la programación informática, almacenamiento de datos, gestión de *software* y datos y la utilización compartida de recursos

18 Blanco Calleja, F. (2018, 31 de octubre). El impuesto español sobre servicios digitales. *LegalToday*. <http://www.legaltoday.com/blogs/fiscal/blog-fiscalidad-internacional/el-impuesto-espanol-sobre-servicios-digitales>.

19 OCDE (2013). *Exploring data driven innovation as a new source of growth: mapping the policy issues raised by "big data"*, 222, OECD Digital Economy Papers, pp. 35-43.

20 OCDE (2015h), *Actions 8-10-2015, Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing.

físicos y virtuales).²¹ Se incluirían, en suma, servicios como los de almacenamiento de información brindados por servidores situados fuera de la jurisdicción, los de plataformas administradas desde el exterior, como pueden ser las redes sociales, las utilizadas para prestar servicios de *big data*, publicidad o *streaming* de distintos contenidos como películas, videos o música, o bien los motores de búsqueda y las plataformas de comercio electrónico.

Al margen de esta labor de clasificación, se hacen una serie de pronunciamientos sobre la necesidad de modificar las reglas del nexo, sugiriendo la implementación de un concepto de “presencia económica significativa” (*significant economic presence*), como expresión de la presencia digital (*digital presence*) desde diversos parámetros, como puede ser la localización de los usuarios, la explotación de activos intangibles de difícil valoración, el contenido generado por el usuario o la recolección de datos. Pero el Informe conclusivo de esta Acción 1 se limitó a proponer tres posibles opciones. En primer lugar, otorgar relevancia al concepto de presencia significativa a través de factores que evidencian una interacción deseada y mantenida con la economía de ese país, a través de la tecnología y otras herramientas automatizadas.²² En segundo lugar, “medidas provisionales” (*interim measures*), que adquieren la forma de impuestos sobre servicios digitales. Sería el caso, entre otros, de España, donde se creó, por Ley 4/2020, de 15 de octubre, un impuesto sobre servicios digitales. La tercera alternativa sería la de un *equalization tax*, que supondría sujetar de manera indirecta a gravamen los beneficios de la actividad en el lugar donde la misma tiene lugar.

Con estos antecedentes, la OCDE aprobó, en el marco inclusivo, el 16 de marzo del 2018, una solución de compromiso que, no obstante, no se decantaba expresamente por ninguna de las alternativas expuestas. En un ejercicio de procrastinación se decide diferir en el tiempo la solución, con el horizonte puesto en el infausto 2020. Esta forma de proceder permitió visualizar la falta de consenso y la existencia de muchos intereses contrapuestos en la comunidad internacional. De esta manera, las conclusiones de la Acción 1 del Plan BEPS fueron claramente decepcionantes, por lo que, a partir del 2019, se produjo un golpe de timón, con la aprobación del pilar uno y del pilar dos.

21 Palacín Sotillos, R. (2017). Acción 1. Los desafíos de la economía digital para la tributación de las empresas multinacionales. *Plan de Acción BEPS. Una reflexión obligada*, Fundación Impuestos y Competitividad, pp. 22 y 23.

22 Estos factores podrían ser el disponer de un interfaz digital (sitios de Internet, aplicaciones móviles o cualquier tipo de programa informático accesible a los usuarios). Pero también un *threshold* o umbral mínimo de ventas combinado con otros factores digitales como un dominio local, plataforma (por ejemplo, una web) local, opciones de pago locales, o basados en los usuarios: número de usuarios activos mensuales, contratos online concluidos, volumen de datos recolectados.

3. EL PILAR UNO

Durante 2019, la OCDE intensificó sus trabajos buscando una solución basada en el consenso mundial, definiendo un proceso orientado a realizar una propuesta integral de adaptación de los sistemas fiscales a la nueva realidad, en un horizonte en el que todavía no asomaba la pandemia del COVID-19. Y lo que, en primer lugar, hizo la OCDE de la mano del G20, a efectos de intentar conjurar su estigma tradicional de *club de países ricos*, fue promover el marco inclusivo o *inclusive framework*, para incorporar a los países en vías de desarrollo al pretendido consenso mundial. En la actualidad, 140 jurisdicciones integran el *framework*.

El punto de inflexión de este proceso arranca con una *policy note* publicada el 29 de enero del 2019 y con el documento de consulta de 13 de febrero del 2019 *Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy*. Sin embargo, sería el 29 de mayo del 2019 con la publicación del *Programme of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*, del OECD/G20 Inclusive Framework, en que se formularan las propuestas concretas de la OCDE. Seguiría el enfoque unificado de 9 de octubre del 2019.

Todo ello desembocaría en los acuerdos de 5 de junio del 2021 ante el G7, del 1 de julio de la OCDE y el Marco Inclusivo de BEPS y del 9 y 10 de julio del G-20. Y se plasmarían en el documento publicado el 1 de julio del 2021 por la OCDE y el Marco Inclusivo de BEPS de la OCDE/G20,² que incluye 139 jurisdicciones, de las que 132 han firmado el acuerdo del 1 julio del 2021, *Statement* de la OCDE/*Inclusive Framework*, conocido como el *Statement*.

Este plan de trabajo incluía cuatro propuestas agrupadas en dos bloques temáticos o líneas de actuación, denominados pilar uno y pilar dos.

El pilar uno, pensado originalmente para replantear el gravamen de las empresas digitales, acabó decantándose por una fórmula referible a multinacionales de todo tipo que sobrepasaran ciertos umbrales. Y se centró en el objetivo de reasignar el poder tributario a la hora de gravar este tipo de empresas, atribuyendo el poder de gravar rentas a las **jurisdicciones del mercado** y atribuir el poder de gravar en función de la generación de valor. Para ello, propone revisar la regla de *allocation profits* (o atribución de beneficios) y una nueva ordenación del nexo, superando las limitaciones del establecimiento permanente basado en la base fija de negocios.

El pilar dos, basado en la Global Anti-Base Erosion Proposal (GloBE), es una propuesta global pensada para afrontar la tributación de todas las multinacionales, sean o no del sector digital. Su objetivo último es luchar contra el *race to the bottom* al que aboca la competencia fiscal y no solo la desleal, mediante la propuesta de un impues-

to mínimo global para las multinacionales y de medidas defensivas domésticas frente a los países que fijen sus tasas impositivas por debajo de ese mínimo.

Ambas propuestas presentan objetivas y problemas diferentes, a los que nos vamos a referir a continuación.

3.1. Medidas del pilar uno

Como se ha mencionado, la *leit motiv* de las medidas agrupadas en el pilar es la necesidad de atribuir el poder de gravar a las jurisdicciones de generación de valor, superando el paradigma actual de distribución del poder tributario basado en la presencia física. Es, fundamentalmente, una propuesta que sugiere un nuevo reparto de potestades tributarias o *right to tax*²³. En la clásica dicotomía estado de residencia-estado de la fuente, el pilar uno se propone incrementar la soberanía fiscal de los estados de la fuente en reconocimiento del papel que juega el mercado o, los usuarios en los modelos de negocio de la economía digital.

Ello se hace, básicamente, atendiendo a dos líneas de reforma. Se trata, en primer lugar, de establecer nuevos principios que ordenen la distribución del poder tributario o, lo que es lo mismo, de nuevos criterios de sujeción (*nexus fiscal*). En segundo lugar, proponiendo nuevas reglas de imputación de beneficios en cada jurisdicción (*profit allocation rules*). El *February 2019 OECD Consultation Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, se refiere a las dos reglas predominantes de asignación de ganancias propuestas para aplicar a la cadena de valor digital por medio de un método de división de ganancias residuales modificado (*modified residual profit split* — MRPS—) y un método de distribución fraccionada (*fractional apportionment method*), similar a la regla utilizada para distribuir beneficios entre los estados en Estados Unidos.²⁴ Para modificar las reglas del nexo, ampliando los derechos de gravamen a favor

23 Walker, E. y Collins, J. (2021, 3 de noviembre). *Taxing the digital economy*. Pinsent Masons. <https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/taxing-the-digital-economy>.

24 “The two prevalent proposed profit allocation rules to apply to a business’ digital value chain are a modified residual profit split (“MRPS”) method and a fractional apportionment method which is a modified formulary apportionment used among the U. S. states...”. Como también señala el *February 2019 OECD Consultation Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, este método de distribución fraccionaria requerirá tres pasos: (1) determinar el conjunto de ganancias que se dividirá (por grupo o línea de negocio); (2) seleccione una clave de asignación; y (3) aplicar esta fórmula de la clave de asignación para asignar fracciones del beneficio entre las jurisdicciones del mercado (... this fractional apportionment method will require three steps, being: (1) determine the pool of profit to be divided (by group or business line); (2) select an allocation key; and (3) apply this formula of the allocation key to allocate fractions of the profit among the market

de las jurisdicciones del mercado en situaciones en las que se considera que se ha creado valor en tales estados se incluyen tres propuestas: participación de los usuarios, intangibles de *marketing* y presencia económica significativa²⁵.

La propuesta de **participación de los usuarios** se aplicaría únicamente a empresas altamente digitalizadas en las que la participación de los usuarios se considera una contribución significativa a la creación de valor. Esta propuesta parte de la evidencia de que hay un modelo de negocio donde se genera valor en una jurisdicción con un número importante de usuarios sin que las ganancias derivadas de ese valor estén sujetas al impuesto local. Por eso se sugiere un cambio en las reglas del nexo para este tipo de empresas, aunque esta propuesta siempre se ha percibido como una medida que dispensa un tratamiento especial para las empresas altamente digitalizadas y, en concreto, para las multinacionales digitales²⁶.

jurisdictions. The four primary issues for which a consensus will need to evolve for the fractional apportionment method to provide a workable solution are...). Véase Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. (2014). "El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿el final, el principio del final o el final del principio? *Quincena Fiscal*, 1-2, p. 90. El contenido de la Acción 1 de BEPS es demasiado descriptivo ya que se limita a analizar modelos económicos y de creación de valor derivados de la digitalización, describiendo las potenciales consecuencias para las reglas de fiscalidad internacional y a exponer la postura de los distintos países: desde los que consideran que no es necesaria ninguna Acción (USA) hasta los que consideran que las acciones deben basarse en las contribuciones de los usuarios hasta quienes consideran que las modificaciones en la digitalización de la economía son transversales y deben aplicarse al conjunto de la economía.

- 25 Como menciona el *February 2019 OECD Consultation Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, "... the OECD proposals focus on three potential solutions to establish tax jurisdiction: I) user participation, II) linking *marketing* intangibles such as a company's trademark to where the customers are resident, and III) a new 'significant economic presence' that links digital activity in a country to local activities such as billing and revenue collection in a local currency".
- 26 La fórmula de *participación de los usuarios* está pensada para modelos de negocio como los que derivan de plataformas de redes sociales (*social media platforms*), por medio de las cuales los usuarios generan contenidos que es un factor clave para generar ingresos; de motores de búsqueda (*search engines*), en las que el monitoreo de datos de los usuarios permite elaborar perfiles para obtener ingresos por la venta de publicidad dirigida a tales usuarios; y para mercados en línea (*online marketplaces*), cuya capacidad de generar ingresos depende del tamaño de la red y de la calidad y diversidad de los servicios que se ofrecen a los usuarios. La propuesta modificaría las reglas actuales de asignación de beneficios para exigir que, para ciertas empresas, el beneficio se asigne a las jurisdicciones en que tales empresas se ubican, independientemente de que se tenga un umbral de

La segunda propuesta era la de los llamados “intangibles de *marketing*”. En este caso, el elemento a tener en cuenta para asignar la generación de valor en una jurisdicción no son los usuarios, sino los intangibles de *marketing*²⁷, por lo que este modelo se puede aplicar a todas las empresas y no solo a las digitalizadas. Pero, sobre todo, se aplicará a multinacionales con capacidad para penetrar en ciertos mercados de manera remota o con una presencia limitada en una jurisdicción (por ejemplo, a través de distribuidores de riesgo limitado —LRD—), pero que desarrollan en tales mercados intangibles de *marketing*, por ejemplo, bases de usuarios-clientes que les permiten obtener unos beneficios que en la actualidad no pueden ser capturados a partir de una simple valoración de funciones y riesgos. Y ello, en tanto estos intangibles de *marketing* pueden ser desplazados fuera de la jurisdicción del mercado. La metodología exigiría también calcular un beneficio residual, que, en este caso, sería un beneficio que se debería dividir entre los intangibles de comercialización y los demás factores de producción ligados a actividades rutinarias. Tales actividades rutinarias serían las que corresponderían a los beneficios derivados de la explotación de los intangibles relacionados con la tecnología generados por la investigación y el desarrollo

presencia física o con una presencia física limitada, pero con una gran base de usuarios —*limited risk distribution* o LRD— (por ejemplo, minoristas en línea —*on line retailers*— con riesgo limitado de distribución). Se trata de una propuesta que adolece de graves defectos. Tanto en su aplicación práctica, ya que existen dificultades evidentes para calcular el beneficio no rutinario o para valorar o localizar las bases de usuarios, como en su filosofía de fondo —aunque la propuesta pretenda que la imputación de beneficios a las actividades rutinarias o comunes de la empresa se mantenga sin cambio—, no deja de ser una fórmula solo aplicable a empresas altamente digitalizadas (*highly digitalised*), dotándolas de un tratamiento singularizado que los separa del resto de actividades económicas. Se trata de una propuesta inspirada en soluciones europeas pero que ha llegado a verse como un traje a medida para empresas norteamericanas y no cuenta con el apoyo de Estados Unidos.

- 27 El sentido que se le da aquí a los intangibles de *marketing* (*marketing intangibles*) es más amplio que el de los tradicionales intangibles de comercialización (*trade intangibles*), que incluirían la marca y el buen nombre comercial. El concepto abarcaría ciertos activos muy ligados a la economía digital que son fruto de una labor de fidelización y que consiguen una base de clientes con una predisposición favorable a la empresa en un determinado mercado. De esta manera, el término abarca todos los instrumentos digitales de fidelización (intangibles de *marketing* generados por la operación de una búsqueda gratuita, servicio, correo electrónico gratuito, almacenamiento digital gratuito...). Se trata de intangibles que, a diferencia de los puramente tecnológicos (por ejemplo, patentes), poseen un vínculo funcional intrínseco con las jurisdicciones del mercado

que seguirían llevándose a cabo de acuerdo con las vigentes reglas internacionales de precios de transferencia²⁸.

Finalmente, el modelo basado en la **presencia económica significativa** supondría la sujeción a tributación cuando tenga lugar una interacción deliberada y sostenida con el país a través de la tecnología digital y otros medios automatizados que constituyeran tal presencia económica significativa. Se trataría de la propuesta más simple en su planteamiento, ya que consistiría en desvincular el establecimiento permanente de la presencia física para vincularlo a la denominada “*significant economic presence*”, consumiendo de las fuentes del término suficiente presencia de las normas 871, b) y 882, del *Internal Revenue Code* y que aparece en resoluciones clásicas, como la sentencia Piedras Negras Broadcasting Co. versus Commissioner. La propuesta tiene su antecedente en la sección 7.6 del Informe de Acción 1, que habla de **desarrollar opciones para abordar los desafíos fiscales más amplios de la economía digital**. Pero la implementación de la misma no es fácil, ya que obligaría a una reforma profunda del artículo 5 del Modelo OCDE²⁹. Para la atribución del beneficio a una presencia económica significativa, se plantea el uso de un método de distribución fraccionario (*fractional apportionment*), prevista en la sección 7.6.2.2 del Informe de la Acción 1 del Plan BEPS, fundado en tres etapas sucesivas. En primer lugar, definiendo la base

28 Mediante esa metodología y la aplicación de las reglas ordinarias de precios de transferencia, se determinaría inicialmente los intangibles de *marketing* y posteriormente se valoraría su contribución al beneficio, de tal manera que los beneficios derivados de la comercialización de los intangibles de *marketing* y los riesgos asociados con dichos intangibles se asignan a la jurisdicción del mercado independientemente de cuál sea la entidad del grupo que posea su titularidad legal o desempeñe las funciones DEMPE relacionadas con tales intangibles. Los beneficios no rutinarios asignables a los intangibles de *marketing* asociados con la jurisdicción del mercado estarían sujetos a impuestos en esa jurisdicción del mercado, independientemente de que la entidad del grupo que opera en dicho mercado tenga o no título jurídico sobre tales intangibles. Se valora la posibilidad de aplicar las reglas ordinarias de precios de transferencia, determinando inicialmente los intangibles de *marketing* y valorando posteriormente su contribución al beneficio. Se toman en consideración dos conjuntos de supuestos: i) un supuesto de que los intangibles de *marketing* (y sus operadores riesgos) se asignan bajo las reglas actuales y ii) un supuesto de que la comercialización los intangibles (y sus riesgos concomitantes) se asignan a la jurisdicción del mercado.

29 Para determinar cuándo hay una presencia digital significativa es necesario concretar qué factores contribuyen a esa presencia significativa. Deben ser factores que evidencien una interacción continuada por medios digitales, además de la mera existencia de ingresos habría que tener en cuenta la existencia de un base de usuarios y la entrada de datos asociada, el volumen de contenido digital, la facturación y cobro en moneda local o con una forma de pago local, el mantenimiento de un sitio web en un idioma local, la responsabilidad de la entrega final, de bienes a los clientes o la prestación por parte de la empresa de otros servicios de apoyo tales como servicio posventa o reparaciones y mantenimiento y el *marketing* y ventas sostenidas, aunque no está definido qué tipos de transacciones quedarían cubiertas ni los umbrales mínimos para poder gravar la presencia.

imponible que deba dividirse. La base que se distribuye se determinaría a partir de la aplicación del tipo porcentual de beneficio global del grupo a las ventas en una jurisdicción. En segundo lugar, determinando las claves de asignación para fraccionar esa base imponible, atendiendo a factores como ventas, activos y trabajadores. Y, por último, se llevará a cabo una ponderación de esas claves de asignación, teniendo en cuenta, si cabe, el factor de los usuarios³⁰.

Todas las propuestas convergían en una metodología cuyo objetivo era reubicar bases imponibles a efectos de gravamen. Esto es, se pretendía trasladar capacidad de gravamen de los países de la sede central última de la multinacional a aquellos dónde se sitúan los usuarios. Y se pretende que estos determinen, en uso de su soberanía, la tasa impositiva con que van a someter a tributación esos beneficios gravables que se les asignan, con lo cual se introduce una novedad sustancial con relación al esquema clásico de distribución del poder de gravamen de los beneficios de las multinacionales, ya que se da más protagonismo al Estado de la fuente, reconvertido ahora en jurisdicción del mercado. Sin embargo, como veremos, no se trata de una revolución, o, en todo caso, de una revolución *light* o de baja intensidad.

El segundo elemento en que se basa el pilar uno es en la fragmentación del beneficio de las multinacionales, entre un beneficio rutinario, que podrá seguir distribuyéndose entre las multinacionales del grupo mediante las reglas tradicionales de precios de transferencias y un beneficio no rutinario o residual que es el que se vincula directamente a intangibles y que es, también, el que, en parte, se distribuirá entre las jurisdicciones de mercado.

El apoyo de Estados Unidos a esta medida tiene como contrapartida que los países supriman sus medidas fiscales unilaterales sobre la economía digital, es decir, los impuestos sobre servicios digitales que han ido creando en estos últimos años.

Ahora bien, a esta metodología es la que han dado su apoyo la inmensa mayoría de los países del marco inclusivo el 8 de octubre del 2021, que representan un 94 % del PIB mundial. Incluso los Estados en vías de desarrollo que, sin en un principio puede resultar beneficios por la posibilidad de gravar esos beneficios que se les asignen, tendrán que renunciar a los impuestos sobre servicios digitales que venían exigiendo. Solo cuatro de los 140 países implicados en el marco inclusivo (Nigeria, Kenia, Pakis-

30 En relación con la presencia significativa, también se considerarán otros métodos simplificados para asignar ganancias, como el *modified deemed profits*. Se valorará también la posibilidad de un *withholding tax* sobre el rendimiento bruto, de acuerdo con el Informe de la Acción 1, con previsión de reembolso si la cantidad retenida supera la obligación tributaria de la empresa. En suma, el contenido del pilar uno incluye una valiente propuesta para replantear los fundamentos del reparto del poder tributario a nivel internacional.

tán y Sir Lanka) han rechazado el nuevo método, en algunos casos por considerar que los ingresos que van a obtener son menores que con sus propios impuestos digitales. Otros muchos han apoyado con la convicción de que es más fácil cambiar las cosas desde dentro.

En todo caso, lo determinante en este punto es la metodología que plasma este nuevo reparto de bases imponibles gravables a nivel internacional. A ella vamos a referirnos en el punto siguiente.

3.2. Metodología del pilar uno

Si ya hemos señalado que el pilar uno cuestiona una de las bases fundamentales del paradigma vigente para el gravamen internacional de las multinacionales (la prevalencia del Estado de residencia), también los esquemas tradicionales del principio de independencia y el *arm's length* para aplicar los precios de transferencia se ven seriamente afectados. Y es que el reparto de bases imponibles requiere una fórmula de *apportionment*. Así se materializó en el Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, de octubre del 2020, publicado por la OCDE, en el que se diferencian las llamadas "Amount A" y "Amount B".

La Amount A definiría la asignación de ganancias residuales a la jurisdicción del mercado y se basaría en cuentas consolidadas, con un número limitado de ajustes fiscales y teniendo en cuenta las pérdidas. Pero asumiendo también la necesidad de umbrales que minimicen los costos de cumplimiento para los contribuyentes y con reglas manejables para las Administraciones tributarias³¹. La Amount B, cuyos trabajos se completarán a fines del 2022, pretende solventar cuestiones relativas a la asignación de beneficios dentro de los grupos multinacionales derivados de los intangibles de *marketing*, intentando superar las carencias de la metodología tradicional de los precios de transferencia. El Acuerdo de 1 de octubre del 2020 sugería una regla de puerto seguro aplicable a cualquier grupo transnacional, lo que significaría que, en relación con la suma B no serían de aplicación los umbrales propuestos para la Amount A.

31 The solution would follow the policy rationale set out above and allocate a portion of residual profit of in-scope businesses to market/user jurisdictions ("Amount A"); the solution would be targeted and build in thresholds so that it minimises compliance costs for taxpayers and keeps the administration of the new rules manageable for tax administrations; Amount A would be computed using consolidated financial accounts as the starting point, contain a limited number of book-to-tax adjustments and ensure that losses are appropriately taken into account... contain a limited number of book-to-tax adjustments and ensure that losses are appropriately taken into account... Véase Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, octubre del 2020, p. 47.

Para la distribución de la suma A existen serias dificultades a la hora de acudir a los métodos tradicionales de precios de transferencia para determinar el importe de los beneficios que debe asignarse a la jurisdicción donde se ubican los usuarios. La fórmula parte, por tanto, de la intención de asignar una parte de estos beneficios al valor creado por las actividades de los usuarios y repartir esa parte entre las jurisdicciones en las que se dispone de una base de usuarios. Ahora bien, para determinar la distribución de ese beneficio entre todas las jurisdicciones de los usuarios no sería operativo acudir al *arm's length* concibiendo la empresa que utiliza usuarios como una empresa separada y planteando qué utilidad recibiría de otras entidades del grupo, por lo que se sugiere una vía alternativa basada en diferenciar en este tipo de empresas los beneficios rutinarios de la empresa multinacional de aquéllos catalogables como *residuales*.

Así, el fraccionamiento del beneficio requiere aislar la parte de las ganancias de la multinacional, que denominaremos rutinaria, y cuya remuneración puede calcularse utilizando el principio de plena competencia que preside la metodología de los precios de transferencia. Una proporción del beneficio restante o beneficio residual (*residual profit split*) que no se puede retribuir con las fórmulas tradicionales de determinación del valor de mercado se asignará al valor creado por las actividades de los usuarios, lo cual exigiría información cualitativa y cuantitativa o un porcentaje preestablecido.

Y, la clave del pilar uno, es la distribución de esas utilidades entre las jurisdicciones en las que la empresa tiene usuarios, recurriendo a una *agreed allocation metric* o métrica de distribución basada en ingresos. En suma, se estaría reasignando una proporción de la ganancia no rutinaria del negocio, desde las entidades del grupo multinacional a las que actualmente se les atribuye beneficio a las jurisdicciones en las que los usuarios están situados, las cuales podrían gravar este beneficio, aunque la empresa no tenga presencia física.

Posteriormente, sería el Acuerdo, plasmado en el Documento o *Statement* de 1 de julio del 2021 de la OCDE y el Marco Inclusivo de BEPS de la OCDE/G20, el que pasaría a concretar la manera de llevar a cabo este *profit split* (más bien *residual profit split*) o *formulary apportionment*³². Así, se partiría para la determinación del beneficio

32 La OCDE venía rechazando de forma radical aquellos métodos basados “en fórmulas de distribución de los beneficios entre sociedades del grupo en función de reglas preestablecidas” (regla de “asignaciones formularias” o *global formulary apportionment*). Ello porque son métodos que, en la práctica, no tienen en cuenta el régimen del valor normal de mercado y, por tanto, se alejan del principio de libre competencia. Pero el enfoque de la documentación de las operaciones vinculadas “país por país” (*country by country*), parece dar pie a pesar en un cambio a este modelo.

o, en su caso, de la pérdida, de los Estados Financieros contables consolidados del grupo multinacional, con aplicación de estándares reconocidos internacionalmente, IFAS³³. Las reglas internacionales de contabilidad recuperan así buena parte del protagonismo que habían perdido a partir de la preeminencia que estaba alcanzando en los ordenamientos domésticos la regla del doble balance (contable y fiscal)³⁴. Esta recuperación del resultado contable también se produce respecto al pilar dos y al tipo mínimo del 15 %, especialmente en el cálculo del tipo efectivo en cada país³⁵. En suma, el Documento atribuye un renombrado protagonismo a las reglas contables internacionales, pues señala que los ajustes fiscales serán mínimos y las pérdidas se llevarán a ejercicios posteriores.

En este sentido, hay que tener en claro tres cosas:

-
- 33 De hecho, se prevé un pequeño número de ajustes, lo que confirma que las pérdidas se trasladarán. Los ajustes tendrán como finalidad, como no puede ser de otra manera, eliminar la doble imposición y permitir la compensación de pérdidas.
- 34 Algo parecido ocurrió en Europa con la proyectada “base imponible común consolidada del impuesto sobre sociedades” (*common consolidated corporate tax base*, CCCTB). Regular una base común en la formación del parámetro de las empresas con forma de sociedad en toda Europa es una aspiración de la armonización de la imposición directa. Ya en el 2001 la comisión emitió la comunicación “Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada en el impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria” (Doc. COM 2001, 582 final) en respuesta a una solicitud del Consejo ECOFIN. La base imponible consolidada sería un primer paso para un impuesto europeo sobre sociedades que operase sobre la base del principio de tributación en origen. Posteriormente, la Comisión emitiría una nueva Comunicación: “Un mercado sin obstáculos vinculado al impuesto de sociedades: logros, iniciativas actuales y retos pendientes (Doc. COM (2003) 726). El proyecto tuvo un nuevo impulso con el Consejo Europeo de Lisboa del 2005 (Estrategia de Lisboa), donde se optó decididamente por una estrategia fiscal en Europa como instrumento de competitividad económica. Y la Comisión publicó, el 2 de mayo del 2007, una comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, evaluando los progresos alcanzados en materia de base imponible común. Una vez aclarada la pretensión de lograr una base imponible común, la cuestión es si la armonización contable puede configurarse como una primera fase para lograr esa armonización. El Documento del 2003 ya puso de manifiesto la posibilidad de utilizar las normas contables armonizadas como punto de partida para la base imponible, posibilidad que no cuenta con la simpatía de todos los Estados, que entienden que los Estados deben tener libertad para determinar, en sus normas nacionales, si fundamentan la base imponible del impuesto sobre sociedades sobre la contabilidad o si lo hacen a partir de normas fiscales. Ante el fracaso del proyecto de la base común consolidada, el tema pasó a un segundo plano.
- 35 Esta tasa mínima se aplicará, como observaremos, cuando el tipo mínimo efectivo en el país de residencia de la filial sea inferior a ese 15 % y el tipo mínimo efectivo es el resultado de dividir la cuantía impositiva total pagada en un país entre los ingresos financieros de los estados contables, por lo que la contabilidad se usa como denominador en la fórmula de cálculo del tipo efectivo en cada país.

1. ¿Cuáles son las multinacionales cuyos beneficios se van a repartir bajo los auspicios del pilar uno?
2. ¿Qué cantidad o importe de su beneficio residual se va a distribuir?
3. ¿Qué países entrarán en este *to share the pie*?

Respecto a la primera cuestión, la fórmula se aplicará a empresas con actividad transfronteriza que superen los 20 000 millones de euros y tengan una rentabilidad superior al 10 % (calculada como beneficios antes de impuestos / ingresos totales). Este umbral se reducirá a 10 000 millones de euros si su aplicación es éxito cuando toque revisar el sistema pasados 7 años. Es decir, se prevé una primera fase más bien experimental con un umbral cuantitativo.

Además, esta metodología será referible a empresas multinacionales en las cuales más del 10 % de sus ingresos es **beneficio residual**, esto es, atribuible a intangibles, sean de comercialización o de mercado. Teniendo en cuenta que se parte del resultado consolidado del grupo, es importante tener en cuenta que no habrá segmentación de actividades, salvo cuando la empresa tenga ya actividades segmentadas que por sí mismas cumplan con las reglas que determinan la aplicación de este sistema y ello pueda desprenderse de los propios estados consolidados de la empresa³⁶. Por tanto, aquellas empresas que además de estar por encima del umbral cuantitativo mencionado, tengan beneficio residual o referido a intangibles de más del 10 % pasarán a integrar esta forma de reparto. Lo que se prevé es una fórmula de atribución proporcional y presuntiva, de la que quedan excluidas las empresas extractivas y los servicios financieros regulados³⁷.

El contenido de la regla ya se apuntaba en el Comunicado del G-7 de 5 de junio del 2021, en el punto 16, se sostenía: “[...] apoyamos firmemente los esfuerzos en curso

36 Martín Jiménez, A. (2021, 30 de julio). *La nueva arquitectura de la fiscalidad internacional y precios de transferencia: los acuerdos de la OCDE inclusive framework, G20 y G7*. SSRN, p. 11. Este autor recuerda que esta salvedad se ha incorporado pensando en el caso de Amazon, un grupo multinacional de EE. UU., con segmentos de negocio con un margen de rentabilidad muy dispar entre distintos sectores que, combinándolos, quedaría por debajo del umbral del 10 por 100, lo cual no se ha considerado lógico, atendiendo a que, precisamente, fue una de las empresas que motivó el inicio de los trabajos de la Acción 1 de BEPS.

37 La exclusión de las entidades financieras de determinadas medidas internacionales contra la elusión es una constante. Recordemos lo ocurrido con la Acción 4 del Plan BEPS y la limitación de gastos financieros. Así, la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio del 2016, menciona a entidades financieras y compañías de seguros, para decir que se reconoce que esos dos sectores presentan características específicas que requieren un enfoque individualizado. En función de ello, prevé excluir estos sectores del ámbito de aplicación de la norma sobre limitación de intereses.

a través del Marco Inclusivo del G20/OCDE para abordar los retos fiscales derivados de la globalización y la digitalización de la economía y para adoptar un impuesto mínimo global. Nos comprometemos a llegar a una solución equitativa sobre la asignación de los derechos de imposición, concediendo a los países de mercado derechos de imposición sobre al menos el 20 % de los beneficios que superen un margen del 10 % para las empresas multinacionales más grandes y rentables”.

Respecto a la segunda pregunta, se va a asignar a las jurisdicciones de mercado entre el 20 y el 30 % del beneficio residual que se define en el Acuerdo de 1 de julio del 2021 como el exceso sobre el 10 por 100 de los ingresos que determinan el beneficio residual. Ello supone que a los países del mercado se le atribuirá entre el 20 y el 30 % del exceso del 10 % de los ingresos del grupo multinacional, lo que significa atribuir a dichos países³⁸. Como se observa, estamos ante un mecanismo de reparto proporcional entre jurisdicciones que supera las reglas tradicionales de los precios de transferencia y que supone un abandono para estos importes de lo que hemos definido como la *segunda pata* del actual paradigma del reparto del poder de gravar los beneficios empresariales transfronterizos: el principio de independencia (*arm's length*) y la valoración de operaciones a precios del mercado del artículo 9 del Modelo de OCDE y las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE.

En cuanto a la tercera cuestión, para entrar en el **reparto**, un país tiene que tener la condición de jurisdicción de mercado³⁹. Un país tendrá a estos efectos la **condición de jurisdicción de mercado** y podrá ejercer sus derechos de gravamen en los supuestos en que una multinacional facture en ese Estado, al menos, un millón de euros. Se contempla una regla especial que afectará a muchos países del área Latam. Así, para jurisdicciones con un producto interior bruto inferior a 40 000 millones de euros, el umbral se fije a 250 000 euros de ventas en la jurisdicción. Si cumplen ese requisito podrán aplicar sus derechos de gravamen sobre la parte del beneficio residual. En

38 Para Martín Jiménez, ello supone asignar a los países de la fuente, entre un 2,7 por 100 y 4,05 por 100 de los ingresos del grupo multinacional, unos porcentajes *sospechosamente* similares al 3 por 100 al que se exigen los impuestos sobre servicios digitales. Da la impresión de que, realmente, el pilar 1 es un “impuesto sobre servicios digitales disfrazado” con otro nombre, que está diseñado para que el Congreso o el Senado de EE. UU. pongan menos reparos a su aprobación, tras la beligerancia mostrada por este país frente a impuestos con ese nombre. Véase Martín Jiménez, *La nueva arquitectura de la fiscalidad internacional y precios de transferencia: los acuerdos de la OCDE inclusive framework, G20 y G7*, ob. cit., p. 11; Grinberg, *International Taxation in an Era of Digital Disruption: analyzing the current debate*”, art. cit.

39 Ello supone, aunque sea de manera tangencial, consagrar una nueva regla del nexo. No obstante, cuando los beneficios residuales de una empresa ya estén gravados en una jurisdicción de mercado, se acuerda un techo, mediante un puerto seguro, para limitar los beneficios asignados a dicha jurisdicción del mercado.

cualquier caso, para este tipo de países, el impedimento radica en la complejidad de las medidas, la falta de información y la carencia de medios materiales y personales en sus respectivas administraciones tributarias. El resto del beneficio, el puramente rutinario, se asignará a la matriz que lo determinará por una metodología propia de los actuales precios de transferencia (con un margen de beneficios propio de estas actividades sobre los costes).

Como ya hemos mencionado, esta metodología pretende repartir materia gravable o, lo que es lo mismo, bases imponibles. El tipo impositivo será aplicado por cada Estado. Para evitar la doble imposición, se prevé los métodos de exención e imputación, y estas medidas habrán de regularlas el país donde reside la matriz última. Para asegurar la seguridad jurídica, se prevén mecanismos de resolución de controversias por vía arbitral, si bien se aclara que se tendrán en cuenta en relación con países en vías de desarrollo los aplazamientos que se hubieran concedido en la revisión de sus mecanismos de resolución de procedimientos amistosos (como el MAP). Esto tiene una enorme importancia, pues no existía una solución arbitral que permitiera una resolución eficaz de controversias entre países con convenio de doble imposición. En España, la posibilidad de implantar este sistema arbitral ha acelerado, en los últimos tiempos, la conclusión de acuerdos amistosos. Así, la Agencia Tributaria ha publicado, en cuanto a la aplicación, que es la gran objeción a una pronta aplicación de estas medidas. Lo ideal sería que en los grupos multinacionales se encargase de la gestión una única entidad y presentar la declaración en un único Estado (habría que regular un *one stop shop*).

No hay que olvidar tampoco la parte del pilar uno, denominada “Amount B”, y referida a los precios de transferencia, en especial, en relación con la asignación de beneficios derivados de los intangibles de *marketing* y a la medida de **puerto seguro** prevista en el acuerdo de 1 de octubre del 2020, aplicable a cualquier grupo transnacional, sin que tengan trascendencia los umbrales señalados. Constituye una novedad muy relevante en el campo de los precios de transferencia donde nunca se aceptaron de buen grado soluciones de *safe harbour* (aplicadas, por ejemplo, por países *díscolos* en el plano internacional de los precios de transferencia como Brasil). Ha sido una de las cuestiones tratadas en la *Public consultation on transfer pricing discussion draft de Paris* (2012) pero la OCDE los admite si no son incompatibles con el *arm’s length*.

3.3. Aplicabilidad práctica del pilar uno y la contrapartida: desaparición de las medidas unilaterales

El pilar uno es un conjunto de medidas que se pretenden implementar en el medio plazo. Así, es intención ponerlas en prácticas mediante un instrumento mul-

tilateral preparado y abierto a firma en el 2022, para asignar por primera vez bases imponibles y derechos de gravamen con esta metodología. Se prevé su entrada en vigor en el 2023.

La gran contrapartida, que justifica en parte el apoyo de la Administración Biden al pilar uno, es la eliminación de las medidas unilaterales que los distintos países han ido implantando para gravar en destino las operaciones B2C (*business to consumer*) de las multinacionales digitales. Así, siguiendo la estela de *equalisation levy* de la India⁴⁰. Es un impuesto que se exige en transacciones B2B (*business to business*), cuando un no residente reciba un pago por ciertos servicios prestados a un residente en la India o a un no residente que tenga un establecimiento permanente en la India. Los servicios gravados son los de publicidad *online*, entendiendo por tal los que consisten en facilitar cualquier disposición para espacio de publicidad digital. Están exentos los servicios prestados por un no residente que tenga un establecimiento permanente en la India y el servicio suministrado esté efectivamente conectado con dicho establecimiento permanente⁴¹. El modelo impuesto de igualación ha sido aceptado por otros países como Francia, con el proyecto de setiembre del 2017 que, se iba a exigir desde el 1 de enero del 2019, pero que se suspendió ante las expectativas de un consenso de la comunidad internacional para definir un nuevo nexo de gravamen de las empresas digitales. En el área latinoamericana, países como Argentina, Uruguay o Costa Rica han introducido impuestos sobre servicios digitales específicos. Mientras que del área Latam, como Ecuador, Colombia, Perú, Chile o México, han optado por aplicar el IVA en destino a los servicios digitales, en la línea de otros como Albania, Angola, Arabia, Islandia, Japón, Serbia, Sudáfrica, Suiza o Ucrania.

Destaca también el caso de España, que aprobó el Impuesto de Servicios Digitales en la Ley N.º 4/2020 de 15 de octubre, en vigor desde el 16 de enero del 2021. Todas estas medidas fiscales unilaterales deben suprimirse con la aplicación del pilar uno,

40 La India, como otros países emergentes, tiene muchos habitantes con capacidad de acceso a redes sociales, *apps* y plataformas digitales, que pueden actuar como usuarios y ser receptores de publicidad en línea. La India, que ya había liderado una deriva internacional a favor del *nexo genuino* (*genuine link*), para potenciar la tributación en la fuente (con casos como la sentencia *Vodafone India* de 8 de setiembre del 2010 o el caso *Bangalore* de 28 de setiembre del 2017), incorporó a través del capítulo VIII de la Ley de Finanzas del 2016, un impuesto de igualación (*equalization*) llamado así porque pretendía equiparar la tributación de las empresas digitales con la que soportan las empresas de la economía tradicional.

41 Se incluye, además, un *threshold* o umbral mínimo. Así, el impuesto no se aplica si el monto total de la contraprestación que debe pagar un residente en la India que ejerza una actividad empresarial o profesional, o un no residente con establecimiento permanente en la India no excede, en ningún ejercicio, de 1 lakh, equivalente a 100 000 rupias, o 1 840 euros. Ello siempre que el pago se realice para los servicios específicos proporcionados por la entidad no residente

sin que el marco inclusivo haya concretado la hoja de ruta de esta supresión. Para lograr esta supresión ordenada, países como Austria, Francia, Italia, España, el Reino Unido y los Estados Unidos anuncian un acuerdo para la transición desde los actuales impuestos sobre los servicios digitales a la nueva solución multilateral acordada por el Marco Inclusivo OCDE/G20, que pretende ser una solución pragmática y que, en el caso de España, prevé que lo pagado por el Impuesto sobre Servicios Digitales hasta su supresión constituya un crédito contra lo que quepa abonar una vez entre en vigor el pilar uno⁴².

Es obvio que cuando se conmina a los países del marco inclusivo a eliminar las medidas tributarias unilaterales, ello no comprende las pactadas en un convenio de doble imposición, singularmente las adoptadas siguiendo la pauta del artículo 12 B del Modelo de Naciones Unidas, añadido el 9 de noviembre del 2020 como alternativa al trabajo liderado por la OCDE sobre el primer pilar. Se trata de incluir en los convenios la tributación en la fuente, mediante un *withholding tax*, de los servicios digitales automatizados, entendiéndose por tales los suministrados a través de Internet o de cualquier otra red con mínima intervención humana (*with little human involvement*) y prestados a través de mecanismos automatizados. Incluiría ingresos derivados de los servicios de publicidad en línea, el suministro de datos de usuarios, los motores de búsqueda en línea, los servicios de plataforma de intermediación en línea, las plataformas de redes sociales, los servicios de contenido digital, los juegos en línea, los servicios de computación en la nube o los servicios de enseñanza en línea estandarizados⁴³. Es una alternativa no condicionada a la concurrencia de umbrales de ingresos y que no se aplicaría solo a empresas que participan en la economía digital y no se diferenciaría entre rendimientos residuales y rutinarios. Y es que la propuesta de Na-

42 Según el acuerdo, alineados con este objetivo, Austria, Francia, Italia, España y Reino Unido han acordado, como parte de la aplicación del Pilar 1, que derogarán todas las medidas efectuadas de manera unilateral —sobre la fiscalidad de la economía digital— sobre todas las compañías y adquieren el compromiso de no imponer medidas nuevas. En general, Austria, Francia, Italia, España y Reino Unido han preferido que dicha derogación vaya de la mano de la implementación del pilar 1, mientras que Estados Unidos ha hecho efectiva de manera inmediata la derogación de sus medidas a partir del 8 de octubre del 2021, fecha en la que tiene lugar el acuerdo político respecto al pilar 1.

43 Fuera de la definición, quedarían los servicios técnicos a los que ya hace referencia el propio artículo 12 del Modelo de Convenio de la ONU, al referir aquellos que dan lugar a *royalties* o cánones. Por supuesto, servicios en los que existe un importante componente personal o de creatividad humana como los de carácter técnico, *brain works* y otros. No se aplicará esta regla cuando el beneficiario efectivo realice en el estado donde obtiene los ingresos una verdadera actividad económica relacionada con servicios digitales mediante establecimiento permanente convencional o mediando un servicio personal independiente. En estos supuestos se aplicarán las reglas de tributación propias de estas categorías de rentas.

ciones Unidas permitiría a las jurisdicciones en vías de desarrollo y, en especial, a los países de América Latina y el Caribe, recibir una cuantía fija sobre el bruto de todos los pagos que se realicen sobre los denominados servicios digitales automatizados, siempre que estos servicios se originen en un Estado y sean pagados por un residente de otro Estado. Lo único que tendría que hacer el país donde se presta el servicio digital automatizado que se va a gravar es controlar si el pago por tal servicio se origina en la jurisdicción y aplicar la correspondiente retención.

Por tanto, una fórmula mucho más simple para gravar la economía digital en países en vías de desarrollo con estructuras administrativas endebles. Además, resultaría **blindada** frente a la supresión de las medidas que conlleva el funcionamiento del pilar uno.

Así, creemos que entre las medidas unilaterales que se deben suprimir a la entrada en funcionamiento del pilar uno no se debe incluir el IVA a los servicios digitales, pues el IVA no es un impuesto específico sobre rendimientos de empresas del mundo digital sino un impuesto general al consumo.

4. EL PILAR DOS

Este pilar se orienta a reforzar la capacidad impositiva de los Estados en los supuestos en que otra jurisdicción aplique tipos impositivos reducidos sobre los beneficios. El pilar dos persigue una auténtica modificación de las normas internacionales con el fin de asegurar una tributación mínima de todas las multinacionales y no solo las del sector digital. Tiene su fundamento en la propuesta franco-alemana del *effective global minimum tax on multinational profits*, basada en dos elementos tomados de la reforma fiscal americana (*tax cuts and jobs act*, de diciembre del 2017), como son el GILTI, (*global intangible low tax income rule*) y la BEAT (*base erosion and anti-abuse tax rule*).

Este pilar dos es una verdadera propuesta global antierosión de bases imponibles. Al orientarse hacia la lucha contra la erosión de bases y el traslado de beneficios hacia jurisdicciones de menor tributación, constituye un instrumento aceptable para mejorar la recaudación de los países en un escenario de necesidades financieras por la crisis del COVID-19. De hecho, se trata de una medida contra la competencia fiscal orientada a reforzar la soberanía de los países de residencia de las multinacionales para que puedan ejercer su potestad tributaria ante los impuestos más bajos de terceros estados. Tiene una raíz común con las normas de *controlled foreign corporation* (CFC) o transparencia fiscal internacional, aunque a diferencia de esta, va a operar incluso cuando no se haya producido una erosión abusiva de bases o un traslado artificioso de beneficios. Y al igual que la transparencia fiscal internacional, puede tener

problemas de derecho de la Unión Europea, si los países europeos no la aplican también a las situaciones internas⁴⁴.

En suma, se pretende que la libertad para fijar los tipos de gravamen coexista con un tipo mínimo de bases imponibles, pues la finalidad última de la propuesta es, como señala el Blueprint incluido en el *Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors* de octubre del 2020, que todas las empresas que operan a nivel internacional estén sujetas a un nivel mínimo de tributación. Aunque la propuesta afectará de modo especial a aquellos Estados en vías de desarrollo que pretendan orientar sus políticas fiscales hacia la atracción de rentas con reducciones fiscales. En este sentido, el Blueprint dice que, en efecto, los Estados cuentan con libertad para diseñar sus propios sistemas tributarios y sus niveles de presión fiscal, pero hay que reconocer el derecho de otras jurisdicciones a aplicar algunas de las medidas del pilar dos, acordada internacionalmente cuando los beneficios se graven por debajo de un tipo mínimo consensuado internacionalmente.⁴⁵

Así se prevé una medida denominada regla de inclusión de bases o beneficios (*income inclusion rule*) que sirve para que los países con impuestos más altos recapturen los beneficios cuando otros países con impuestos bajos no hayan ejercido suficientemente sus derechos impositivos primarios, en un nivel de gravamen considerado suficiente. Con esta regla, se busca gravar el ingreso de una filial o entidad

44 En Francia, el Instituto de Transparencia Internacional, recogido en el artículo 209-B del *Code Général des Impôts*, fue puesto en tela de juicio, por ejemplo, por la resolución de 12 de diciembre de 1996, del Tribunal Administrativo de Estrasburgo, en el caso *Strafor-Facom*; por la resolución de 25 de febrero de 1999, del Tribunal Administrativo de Poitiers, en el caso *Remy-Cointreau*, y por la sentencia del Tribunal Administrativo de Apelaciones de París de 30 de enero del 2001, en el supuesto *Schneider*, que ha resuelto la incompatibilidad del artículo 209-B del *Code Général des Impôts*. El artículo 209-B del *Code* prevé que siempre que un sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades francés tenga una participación superior al 10 % —o con un valor superior a 150 millones de francos— en una sociedad exterior, residente en un paraíso fiscal, el resultado de tal sociedad debe ser directamente imputado a la sociedad francesa, en proporción al porcentaje de capital detentado. En otros ordenamientos europeos —el caso alemán— no existe propiamente el instituto de la transparencia fiscal. La OCDE ha defendido la compatibilidad de la transparencia fiscal internacional con los convenios suscritos según el Modelo de la OCDE.

45 "... the solution would follow the policy rationale set out above and allocate a portion of residual profit of in-scope businesses to market/user jurisdictions ("Amount A"); the solution would be targeted and build in thresholds so that it minimises compliance costs for taxpayers and keeps the administration of the new rules manageable for tax administrations; Amount A would be computed using consolidated financial accounts as the starting point, contain a limited number of book-to-tax adjustments and ensure that losses are appropriately taken into account...contain a limited number of book-to-tax adjustments and ensure that losses are appropriately taken into account...". Véase *Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, octubre del 2020, p. 48.

controlada cuando ese ingreso haya sido gravado a un tipo efectivo reducido bajo en la jurisdicción de residencia o establecimiento de la entidad. Esto se traduce en que la matriz o accionista con una participación definida previamente pagará un impuesto mínimo sobre la parte proporcional del ingreso de la sociedad cuando dicho ingreso no haya sido sujeto a un tipo mínimo en el estado de residencia de la filial. Se trataría de un impuesto complementario a los ingresos de una empresa gravados en un determinado país por debajo del tipo mínimo acordado.

Se trataría de una nueva forma de transparencia fiscal internacional (opera **en residencia**) respecto de las rentas de sucursales o filiales cuando tales rentas no hayan soportado una tributación efectiva suficiente en el Estado de la fuente. Se define como medida complementaria de las reglas de regímenes fiscales preferentes o *controlled foreign corporations* (CFC), cuyo reforzamiento promueve la Acción 3 del Plan BEPS y en línea con el sistema GILTI surgido en la reforma fiscal norteamericana. Pero su alcance es mucho más extenso en tanto supone una palanca para implementar un impuesto global mínimo desde los países de residencia de las matrices finales o intermedias de los grupos multinacionales. Esta es una medida que favorece a los Estados de residencia de esas matrices en tanto les asigna el derecho de gravar rentas de una filial que no han sido gravadas suficientemente en la jurisdicción de residencia de esta última.

La medida requiere definir el *blending*, que, en la propuesta del G7, se decanta por la fórmula país por país. De manera que el cumplimiento o no de esta tributación mínima no se verifica a nivel de grupo, como en la solución de Estados Unidos en el GILTI (*global intangible low tax income*), en el que se permite compensar la tributación baja en algunos países con la más alta que se ha soportado en otros. Por el contrario, se toma en consideración la tributación efectiva en cada país teniendo en cuenta todas las filiales del grupo radicadas en el mismo (se admiten, por tanto, compensaciones entre estas) y una vez que se ha calculado con la fórmula preestablecida el tipo efectivo se compara con ese 15 %. Si el impuesto pagado en el país de la filial es inferior, en la jurisdicción de la matriz última se exigirá el impuesto correspondiente equivalente a la diferencia con el tipo mínimo.

No obstante, la medida tiene algunas falencias importantes y puntos pendientes trascendentales. El más importante es el nivel mínimo de tributación, que tendrá que fijarse internacionalmente, así como las dificultades inherentes a determinar con precisión la base imponible que ha de utilizarse para realizar el análisis o la fórmula para determinar los niveles de tributación, así como las exclusiones y umbrales que deben tenerse en cuenta. La propuesta contempla que tal base se determine de acuerdo con las normas del Estado de la matriz, si bien podría simplificarse el cálculo

acudiendo a criterios contables internacionales.⁴⁶ Sobre todo, aunque se prevé que se acredite el impuesto pagado en la fuente, la medida supone un riesgo potencial de generar situaciones de doble imposición internacional. Además, tratándose de una medida antiabuso sería necesario que, por razones de proporcionalidad, se mencionasen situaciones en las que se excluyese su aplicación como la existencia de sustancia económica en la filial o un retorno sobre activos fijos.

Como complemento de esta previsión se incluye una segunda medida denominada “regla de impuestos para pagos que erosionen las bases imponibles” (*tax on base eroding payments*). Se trata de una propuesta que afectará a las normas domésticas de los Estados de la fuente receptores de inversión internacional y al contenido de los convenios de doble imposición.

Se incluiría, en primer lugar, una regla de pagos sujetos a gravamen, configurado como un *undertaxed payment rule*, que negaría la deducción o fijaría un gravamen o retención a ciertas categorías definidas de gastos pagados a una entidad vinculada, a menos que dichos pagos estuvieran sujetos a un tipo de gravamen mínimo en el estado de residencia del perceptor. Operaría, por tanto, **en fuente**. Insistimos, debe tratarse de pagos entre partes vinculadas, normalmente de una filial en un país en vías de desarrollo a la casa matriz. En este caso, se trata de tipos nominales, pues de lo contrario sería imposible que el país de la fuente conociera la tributación efectiva en el país de residencia. Aunque se trata de una medida destinada a favorecer a los países en vías de desarrollo y sumarlos a un anhelado consenso internacional, también esta propuesta presenta aristas como la definición del concepto de “tributación mínima suficiente” (se habla de un tipo entre el 7,5 % y el 9 %) o las reglas de cálculo de la tributación efectiva en cada país. así como la metodología a seguir para modificar los convenios bilaterales. Y que, en la medida en que es compatible con acciones como la prevista en el artículo 12 B del Modelo Naciones Unidas en relación con los servicios digitalizados, es posible que los países en desarrollo prioricen estas últimas.

46 Según el October 9, 2019 OECD Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One, la OCDE propone que el punto de partida para la determinación del residuo no rutinario sea la identificación de las ganancias del grupo MNE con base en los Estados Financieros consolidados bajo los estándares contables de la jurisdicción de la sede preparados de acuerdo con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (PCGA) o las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF). (“... the OECD proposes that the starting point for the determination of the non-routine residual will be the identification of the MNE group’s profits based upon the consolidated financial statements under the accounting standards of the headquarters jurisdiction prepared in accordance with the Generally Accepted Accounting Principles (GAAP) or the International Financial Reporting Standards (IFRS)”).

En segundo lugar, una norma complementaria de sujeción a impuestos, que se incorporará a los convenios de doble imposición como *subject to tax rule*. Esta regla negaría los beneficios del convenio a las rentas (por ejemplo, intereses o cánones, que no están definidas) que no estén sujetas a un determinado nivel mínimo de tributación en el estado de residencia del perceptor⁴⁷.

En suma, el pilar dos es una propuesta mucho más global, impulsada por Alemania y Francia, que supone un cambio radical en el reparto del poder de gravar las rentas de los grupos multinacionales y que, seguramente, será impulsada para mejorar la capacidad fiscal de países necesitados de mejorar su recaudación en un contexto de crisis por la pandemia. La medida prevé una regla de inclusión para los países de residencia en el supuesto de una tributación baja en fuente y una regla para evitar la erosión de la base para los estados de fuente, que implica no aplicar la exención en los pagos si el gravamen en residencia se entiende que no es suficiente. Aunque puede suponer que se acaben gravando beneficios inexistentes o, en suma, que todo el sistema redunde en una incidencia negativa en la seguridad jurídica⁴⁸.

Aunque GloBE —que es la base del pilar dos— se aplica a grupos multinacionales que superen los 750 millones de euros de facturación (aquellos que están obligados a preparar la información país por país), determinadas entidades (fondos de pensiones, *holdings*, entidades sin ánimo de lucro, entidades gubernamentales o empresas de navegación marítima internacional) queden al margen de la aplicación del tipo mínimo. Así, se dispone una regla *de minimis* o cuantía por debajo de un umbral que queda al margen de la aplicación del tipo mínimo. Sobre estos importes podrá aplicarse una tasa impositiva más reducida o ventajosa.

Lo mencionado también suscita otros muchos problemas. Para empezar, un problema de filosofía, ya que supone condenar la competencia fiscal, aun cuando no sea desleal ni lesiva, es decir, cuestiona la capacidad de los países, sobre todos aquellos en vías de desarrollo, de optar por políticas de impuestos bajos para atraer empresas. No

47 Puede afectar, por ejemplo, a países con cláusulas de *tax sparing*. Esta medida podría también limitarse a los pagos de rentas entre partes vinculadas (incluidas en Convenios como el España-Brasil y propugnadas por el Modelo de Convenio del ILADT). Estas cláusulas, en tanto contemplan la deducción por doble imposición en el país de residencia por impuestos no pagados, son especialmente importantes para la política de incentivos a la inversión de países en vías de desarrollo. Sobre la conveniencia del *tax sparing*, véase Cahn-Speyer Wells, P. (2008). El método de imputación de impuestos no pagados (*tax sparing*) en un mundo globalizado. *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*. Marcial Pons, p. 1995.

48 Estas conclusiones se trasladaron al *Steering Group* que, en parte, se ha traducido en el documento de mayo del 2019. Se preveía, antes de la pandemia del COVID-19, una Solución global en el G-20 de julio del 2020.

solo *base companies* de grupos internacionales, orientadas a estructuras de planificación fiscal, como puede ser el caso de Irlanda o Chipre, sino empresas tecnológicas o *startups* (por ejemplo, el Plan de Economía Naranja en Colombia). Por eso, la propuesta del pilar dos prevé *carve outs* que permitan el mantenimiento de ciertos regímenes con tasas reducidas. En efecto, se ha acordado el denominado “*substance carve-out*”. Esta regla excepcional se cifra en un importe equivalente a un porcentaje en torno al 5 % del valor de los activos tangibles y salarios pagados a los trabajadores de la entidad subsidiaria en la jurisdicción en que la entidad esté presente, previéndose que este tipo se eleve al 7,5 % transcurridos 5 años. Y siempre que haya sustancia, determinada mediante los activos y sueldos en el territorio. De esta forma, se posibilitaría que determinados países puedan mantener ciertos regímenes especiales, como los orientados a incentivar el I+D+i.

En segundo lugar, la necesidad de afrontar desde el inicio los problemas de doble imposición que se pueden plantear en muchas de las medidas del pilar dos en el ámbito del GloBE, pero sobre todo en relación la *income inclusion rule*, ya que la renta gravada en sede de la matriz última del grupo por la diferencia entre el tipo mínimo y el que se exija en el país de la filial habrá sido ya tributada en este último.

Finalmente, la medida puede colisionar con cláusulas de los tratados de libre comercio. Cierto es que el enfoque actual el planteamiento del *Harmful Tax Competition*, que, al centrar la política de la OCDE en los paraísos fiscales, categorizaba países, lo que podía estar en contradicción con las reglas de libre comercio, “al individualizar a una serie de países a efectos de aplicación de las normas de TFI/no deducción o retención”⁴⁹. Sin embargo, las medidas contra los países que no incorporen las reglas del pilar dos pueden estar en contradicción con los tratados de libre comercio.

También algunas de las medidas que se disponen para hacer efectivo el pilar dos pueden contravenir la cláusula de no discriminación del artículo 24 del Modelo de la OCDE. En concreto, la *undertaxed payment rule*, para pagos a partes relacionadas si estuvieron sujetos a una tasa efectiva por debajo de la mínima global y que faculta a denegar la deducción o fijaría un gravamen o retención a ciertas categorías definidas de gastos pagados a una entidad vinculada. Esta regla puede confrontar con el artículo 24,4 del modelo, incorporado a muchos convenios (España a todos menos el que tiene con Australia) y que dice que **los intereses, cánones y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de di-**

49 Martín Jiménez, *La nueva arquitectura de la fiscalidad internacional y precios de transferencia: los acuerdos de la OCDE inclusive framework, G20 y G7*, ob. cit.

cha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible, dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar.

En este ámbito habrá que observar cómo se cohonestan algunas de estas medidas con las libertades esenciales de la Unión Europea y las reglas sobre ayudas de Estado⁵⁰. Por ejemplo, la regla del *income inclusion rule*, muy en la línea de la transparencia fiscal internacional, puede plantear los mismos problemas que esta y otras cláusulas antiabuso, si no se extiende a situaciones internas o estructuras artificiosas (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de setiembre del 2006, *Cadbury-Schweppes*, asunto C-196/04, y también otras emblemáticas en las que la jurisprudencia europea ha otorgado prevalencia a tales libertades frente a la aplicación de cláusulas especiales antielusivas (pretendidamente guiadas por motivaciones de capacidad económica y generalidad) como los *exit-tax* (sentencias *Hughes de Lasteyrie du Saillant* de 11 de marzo del 2004 (As. C-9/02) y *National Grid Indus*, [de 29 de noviembre del 2011 (As. C-371/10), la subcapitalización (sentencia *Lankhorst-Hohorst*, de 12 de diciembre del 2002 (As. C-324/00), los impuestos especiales de bienes inmuebles de no residentes (sentencia *Société Elisa* de 11 de octubre del 2007 (C-457/05) o los límites al régimen de neutralidad en operaciones de reestructuración empresarial (sentencia *Foggia* de 10 de noviembre del 2011, (C-126/10).

En cualquier caso, y a diferencia del pilar uno, cuya implantación se perfila a corto plazo, el pilar dos tiene tintes mucho más programáticos al ser, simplemente, un *enfoque unificado*.

5. CONCLUSIONES

Los tiempos están cambiando en materia de fiscalidad internacional y por fin el modelo de reparto del poder para gravar a los grupos multinacionales parece que va a cambiar después de casi sesenta años. En primer lugar, por la necesidad de adaptar la tributación a la economía digital, pero no solo por eso.

50 “Hasta qué punto será capaz de aceptar el TJUE la compatibilidad de la lógica y política del pilar 2 con el TFUE es una cuestión dudosa, pero muy relevante, ya que supondría un giro radical en relación con la jurisprudencia consolidada del TJUE”. Martín Jiménez, *La nueva arquitectura de la fiscalidad internacional y precios de transferencia: los acuerdos de la OCDE inclusive framework, G20 y G7*, ob. cit.

Así surge el pilar uno orientado a asignar derechos de gravamen a las jurisdicciones del mercado donde operan las multinacionales, sean digitales o no. Se va a tener en cuenta la generación de valor en un país a partir de la existencia de un número importante de usuarios, aunque se carezca de presencia física. La determinación de la base a asignar a cada jurisdicción parte de unas reglas muy complejas. Las mismas requieren separar un beneficio rutinario de uno residual, que sería el que se repartiría. De ahí que se trate de una medida de aplicación nada fácil. Sobre todo, en los países del área Latam no disponen, en su mayoría, de una estructura administrativa lo suficientemente sólida como para aplicar con éxito esta fórmula. Por eso, han optado por soluciones más simples basadas en la imposición en la fuente de los servicios digitales automatizados, en virtud de lo establecido en el nuevo artículo 12 b) del Modelo de Convenio de Naciones Unidas o, simple y llanamente, extendiendo el gravamen del IVA a los servicios digitales que tributarían por este impuesto en el lugar donde los mismos se consumen.

El pilar dos consistente en la previsión de un impuesto global mínimo a los beneficios de las compañías, que podría ser de un 15 % del resultado consolidado, ha contado con el apoyo del G7. El objetivo es aplicar este tipo mínimo también a rentas empresariales de las filiales y actúa también sobre la competencia fiscal no perniciosa ni agresiva. Precisamente, por estos efectos tan aparentemente desproporcionados sobre la política fiscal de los países en vías de desarrollo (y sobre su soberanía tributaria) la pretendida generalidad de la medida aparece erosionada por el umbral de 750 millones de euros de facturación, por la exclusión de determinadas entidades (fondos de pensiones, *holdings*, entidades sin ánimo de lucro, entidades gubernamentales o empresas de navegación marítima internacional), por la regla *de minimis* y por el *carve-out* o *substance carve-out*.

Además, se incorpora expresamente una regla de mutación de método de mitigación de la doble imposición internacional o *switch-over* en los convenios de doble imposición, que permitiría a la jurisdicción de residencia cambiar de un método de exención a un método de crédito fiscal cuando las ganancias de un establecimiento permanente estuvieron sujetas a un tipo efectivo por debajo del tipo mínimo global. Las cláusulas *switch-over* tiene cierta tradición y así se iba a incluir en la denominada "BEPS europea" y que tiene en la ATAD (anti tax abuse directive) -UE- 2016/1164 del Consejo de 12 de julio) su más lograda expresión. La medida es especialmente sensible a la interdicción de discriminación en el derecho de la Unión Europea, aunque la sentencia del Tribunal de Justicia *Columbus Container* de 6 de diciembre del 2007 (As. C-298/05) la admitió a efectos de igualar la tributación interna con la exterior⁵¹.

51 Para esta sentencia no es discriminatoria la legislación alemana que establece una cláusula de que excluye la aplicación del método de exención de un convenio de doble imposición. A pesar

Se ha criticado que esta fórmula no aparezca ligada a conductas abusivas, por lo que supone cuestionar la competencia fiscal, incluso la lícita, en contra de tendencias como por ejemplo los tratados de comercio y erosionando la soberanía fiscal. Pero, a diferencia del pilar uno, no requiere adoptarse por todos los Estados, pero sí que haya un enfoque común, esto es, los países del marco inclusivo no están obligados a aceptar esta regla, pero deben admitir su aplicación por otros Estados.

Por eso, estamos viviendo mutaciones trascendentales en la fiscalidad internacional, como dijo el poeta: *the times there are changin*.

BIBLIOGRAFÍA

- Arraou, P. (2018). *Los economistas y la economía digital*. Consejo General de Economistas.
- Avi Yonah, R. (2007). *International tax as international law*, Cambridge University Press.
- Blanco Calleja, F. (2018, 31 de octubre). El impuesto español sobre servicios digitales. *LegalToday*. <http://www.legaltoday.com/blogs/fiscal/blog-fiscalidad-internacional/el-impuesto-espanol-sobre-servicios-digitales>.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. (2014). “El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿el final, el principio del final o el final del principio? *Quincena Fiscal*, 1-2.
- Carmona Fernández, N. (2012). La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas, *Crónica Tributaria*, 145.
- Falcao, T. y Michel, B. (2014). Assessing the tax challenges of the digital economy: an eye-opening case study. *Intertax*, 42.
- Grinberg, I. (2019). International taxation in an Era of Digital Disruption: analyzing the current debate. *Georgetown Law Faculty Publications*, 2145. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2145/>.
- Guggenheim, P. (1967). *Traité de droit international public* (t. 1, 2.ª ed.). Gèneve.
- Hongler, P. y Pistone, P. (20 de junio del 2015). Blueprints for a new PE Nexus to tax business income in the Era of the Digital Economy. *WU International Taxation Research Papers*, serie 2015-15.
- Martín Jiménez, A. (2021, 30 de agosto). *La nueva arquitectura de la fiscalidad internacional y precios de transferencia: los acuerdos de la OCDE inclusive framework, G20 y G7*. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3897891>.
- Mayer, S. (2009). Formulary Apportionment for the Internal Market. *Doctoral Series*, 17, IBDF.
- Palacín Sotillos, R. (2017). Acción 1. Los desafíos de la economía digital para la tributación de las empresas multinacionales. *Plan de Acción BEPS. Una reflexión obligada, Fundación Impuestos y Competitividad*.
- Pires, R. (2017), PE and direct taxation of electronic commerce on digital economy: an unilateral love letter called BEPS. *New Taxation, Studies in Honor of Jacques Malherbe*. ICDT.
- Rosenbloom, H. D. (2000). International tax arbitrage and the international tax system”. *Tax Law Review*, 53(137).

del importante papel de los Convenios en el mercado interior el Tribunal de la Unión Europea no puede pronunciarse sobre un supuesto de *treaty override*. Recordando que los Convenios de Doble Imposición, en el marco del derecho de la Unión Europea, sirven para “eliminar o atenuar los efectos negativos para el mercado interior que se deriva de la coexistencia de sistemas tributarios nacionales”.

- Sacchetto, C. (2005). Convenios contra la doble imposición versus libertades fundamentales en el Tratado de la Unión Europea. *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional, Homenaje Latinoamericano a Víctor Uckmar*. Abaco, R. Depalma.
- Skaar, A. (1992). *Permanent establishment*. Kluwer.
- Tixier, G. y Gest, G. (1990). *Droit fiscal international*. LGD.
- Vanistendael, F. (8 de enero del 2018). Digital disruption in international taxation. *TNI*.
- Van den Hurk, H. (marzo-abril del 2014). Starbucks contra el pueblo. *Nueva Fiscalidad*.
- WESTBERG, B., "Digital Presence, Does it exist?", en *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*. Amon Edizione, Padova.
- Westberg, B. (2015). Digital presence, does it exist? *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*. Amon Edizione, Padova.