

## Luces y sombras del impuesto digital

### Virginia González Burgos

*Graduada en Derecho y en ADE  
Pinsent Masons. Madrid*

### Ubaldo González de Frutos

*Doctor de Derecho  
Inspector de Hacienda del Estado  
Banco Interamericano de Desarrollo\*  
Profesor de la UDIMA*



Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Jesús Gascón Catalán, doña Ana María Juan Lozano, don Luis Alberto Malvárez Pascual, don José Pedreira Menéndez, doña Aurora Ribes Ribes y don Luis Fernando Trigo y Sierra.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

### Extracto

Aproximándonos al final del plazo para acordar una solución multilateral a la tributación directa de los negocios altamente digitalizados, que debía tomarse antes de fin de 2020, resulta intelectualmente estimulante contemplar cómo el Marco Inclusivo de BEPS ha roto tabúes hasta ahora incuestionables, como la supremacía de los precios de transferencia o la inatacable bilateralidad de las relaciones fiscales internacionales. Al mismo tiempo, han quedado en evidencia las tremendas limitaciones políticas y administrativas que complican el acuerdo. EE. UU. se retiró en junio de las negociaciones, lo que hace virtualmente imposible la ratificación por el Marco Inclusivo en octubre de 2020 y por el G20 en noviembre, como estaba previsto. Sin embargo, la OCDE ha seguido madurando la propuesta, por lo que no cabe excluir que en un futuro vuelva a la mesa de negociación. Por eso, en este artículo examinamos la sostenibilidad de los dos pilares que ha propuesto la OCDE: el nuevo derecho de gravamen para los países del mercado donde intervengan los gigantes digitales con presencia económica significativa, pero sin establecimiento permanente, y el nuevo impuesto multilateral antielusión denominado GloBE.

**Palabras clave:** impuesto sobre sociedades; fiscalidad internacional; economía digital; tratados fiscales; precios de transferencia.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

\* Las opiniones vertidas por los autores son a título personal exclusivamente y no representan necesariamente a las del Banco Interamericano de Desarrollo, su Directorio Ejecutivo o los países que representan.

**Cómo citar:** González Burgos, V. y González de Frutos, U. (2020). Luces y sombras del impuesto digital. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 5-38.



# Lights and shades of the digital economy

Virginia González Burgos

Ubaldo González de Frutos

## Abstract

As we approach the deadline for a multilateral solution to the corporate taxation of highly digitalized business –it was supposed to be approved by the end of 2020– it is intellectually stimulating to realize how the BEPS Inclusive Framework has broken longstanding unquestionable taboos, such as the supremacy of transfer pricing or the bilateral nature of international tax relationships. At the same time, we have realized how strong political and administrative constraints ended up blocking the deal. In June 2020, the US withdrew from the discussions, making the consensus ratification by the BEPS Inclusive Framework in October 2020 and the G-20 in November virtually impossible. Regardless, the OECD has continued to pursue technical work, leaving the door open for a future deal. Therefore, in this article we examine the sustainability of the two pillars proposed by the OECD: the new taxing right for market jurisdictions where digital giants operate with a significant economic presence but without a permanent establishment, and the new multilateral anti-BEPS tax, the GloBE.

**Keywords:** corporate tax; international taxation; digital economy; tax treaties; transfer pricing.

**Citation:** González Burgos, V. y González de Frutos, U. (2020). Luces y sombras del impuesto digital. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 5-38.





## Sumario

1. Introducción
2. La reforma en su contexto
  - 2.1. La fiscalidad de la economía digital
  - 2.2. La fatiga del impuesto sobre sociedades
3. Análisis detallado de la reforma
  - 3.1. Impuesto sobre sociedades y Tasa Google
  - 3.2. Pilar 1: Un nuevo derecho de jurisdicción para los países del mercado
    - 3.2.1. El «importe A»
      - 3.2.1.1. Ámbito objetivo
      - 3.2.1.2. Ámbito subjetivo
      - 3.2.1.3. Base de reparto
      - 3.2.1.4. Reglas de cómputo
      - 3.2.1.5. Clave de distribución
      - 3.2.1.6. Beneficiarios
      - 3.2.1.7. Mecanismo de aplicación
    - 3.2.2. El «importe B»
    - 3.2.3. El «importe C»
    - 3.2.4. Eliminación de la doble imposición
    - 3.2.5. Administración tributaria del nuevo recurso impositivo
    - 3.2.6. Un verdadero tratado multilateral
    - 3.2.7. Problemas inherentes a la solución multilateral
  - 3.3. Pilar 2: el Global anti-Base Erosion Tax (GloBE)
    - 3.3.1. Regla de inclusión de rentas
    - 3.3.2. Regla *switchover* o de cambio de método de exención a imputación
    - 3.3.3. Regla de pagos que erosionan la base
    - 3.3.4. Regla de «sometido a impuesto»
    - 3.3.5. Funcionamiento del impuesto
4. Mirando al futuro
  - 4.1. Imposición mínima
  - 4.2. Enervación del principio de entidad separada



4.3. Perspectiva sintética de la creación del valor

4.4. El modelo de relaciones fiscales bilaterales

4.5. Conclusión

Referencias bibliográficas

Bibliografía



## 1. Introducción

En el momento de cerrarse este trabajo para su publicación<sup>1</sup>, parece inevitable el fracaso de la reforma fundamental del impuesto sobre sociedades que está sobre la mesa<sup>2</sup>. Para que la metamorfosis se materializase, tendría que ser aprobada en octubre de 2020 por los 137 países el Marco Inclusivo de BEPS (MI en adelante)<sup>3</sup> y, en noviembre, refrendada por el G20. En el MI la regla de voto es el consenso, de suerte que la oposición de un solo miembro supone el veto a la propuesta. Del mismo modo, aunque en el G20 no existen reglas escritas de votación<sup>4</sup>, tradicionalmente se ha precisado el consenso para emitir un comunicado. Habiéndose retirado EE. UU. de las negociaciones del MI en junio (The Tax Foundation, 2020), parece obvio que no existirá acuerdo, pero el Secretariado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha continuado trabajando en la propuesta a nivel técnico, anticipando tal vez un momento político más propicio. Este *impasse* concede un tiempo que los negociadores en la OCDE aprovecharán para seguir perfilando la propuesta, mientras los demás vamos familiarizándonos con los elementos fundamentales de una reforma que, de materializarse, será un importante avance para responder a los retos de la digitalización y de la globalización, con un nuevo tratado multilateral e innovadores procedimientos administrativos también con perspectiva multilateral. En consecuencia, creemos que el momento es propicio para analizar los elementos de la reforma, darlos a conocer y, modestamente, aportar elementos para el análisis.

Dos son en esencia las innovaciones que integran la reforma: a) un nuevo derecho de imposición reconocido a los países-fuente para gravar en el impuesto sobre sociedades a las

<sup>1</sup> 23 de septiembre de 2020.

<sup>2</sup> Se trata del *Enfoque en dos pilares para solucionar los desafíos que supone la digitalización de la Economía*. (Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. OCDE, 2020).

<sup>3</sup> Grupo de Trabajo que incluye a los 37 países miembros de la OCDE (más Costa Rica, pendiente de ratificación) y a un centenar de no miembros, para discutir el régimen fiscal internacional y la implementación del proyecto BEPS, del cual la Fiscalidad de la Economía Digital es parte. La relación de países participantes se puede ver en <<https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>>.

<sup>4</sup> El G20, sin perjuicio de su alta influencia, carece de poderes delegados por los Estados. No es una persona de derecho público sino un simple club de países, sin sede, secretariado permanente ni estatuto jurídico formal, lo que hace que sus acuerdos no sean resoluciones vinculantes sino simples «comunicados».

empresas de la economía digital aunque carezcan de establecimiento permanente en el sentido tradicional del término, lo que en el argot de la OCDE se llama Pilar 1<sup>5</sup> y b) un impuesto anti-BEPS para solucionar los problemas de erosión de bases y traslado de beneficios que, como reconoce la misma OCDE, el proyecto BEPS no consiguió erradicar por completo (OCDE, 2019b, p. 6)<sup>6</sup>. Conformando el Pilar 2, el *GloBE*<sup>7</sup> protege simultáneamente las rentas de la inversión de salida (*outbound investment*) para los países exportadores de capital y la tributación en la sede de la inversión para los países importadores de capital (*inbound investment*).

Este artículo se estructura en cuatro secciones. Tras esta primera introductoria, la segunda presenta el contexto de la reforma, abordando la economía digital, pero también aspectos más profundos de la crisis del impuesto sobre sociedades. Examinamos en la tercera con cierto detalle las novedades regulatorias, en su doble pilar de a) nuevo derecho de imposición para jurisdicciones de mercado sin establecimiento permanente y b) impuesto global anti-BEPS; dejando para la última sección una reflexión sobre la sostenibilidad del modelo del impuesto sobre sociedades tal como quedaría configurado con la reforma.

## 2. La reforma en su contexto

Los cambios propuestos obedecen, de forma inmediata, a un estado de opinión generado en los últimos años por la baja tributación de los gigantes tecnológicos (Fernández, 2019; Cinco Días, 2018), pero también a deficiencias más profundas que hablan de un desajuste entre la economía globalizada y un impuesto concebido para economías cerradas. Veámoslo por separado.

### 2.1. La fiscalidad de la economía digital

Como subrayó la OCDE en el informe de la Acción 1, la rápida expansión de la economía digital ha dejado obsoleto al sistema fiscal internacional (OCDE, 2015, p. 11), establecido en un tiempo en que los principales recursos productivos eran de naturaleza inmobiliaria<sup>8</sup>. Dado que en el presente los elementos de creación de valor son fundamental-

<sup>5</sup> En realidad, el Pilar 1 incluye también reglas de precios de transferencia por las funciones de distribución y los activos de comercialización.

<sup>6</sup> [...] algunos países subrayaron los riesgos de que, incluso tras una reestructuración, grupos multinacionales digitalizados podían utilizar distribuidores locales de riesgo limitado para justificar un impuesto mínimo en la jurisdicción de mercado, mientras seguían trasladando un importe desproporcionadamente alto de beneficios a un pequeño número de filiales en ubicaciones remotas, con tal de que hubiera allí correlación con un cierto nivel de actividad física (traducción propia).

<sup>7</sup> *Global Anti-Base Erosion Proposal*.

<sup>8</sup> En los años 1920, a través de la Sociedad de las Naciones, antecesora de la ONU (Avi-Yonah, 2005, p. 313).

mente intangibles, hasta el punto de que, entre las diez empresas con mayor capitalización bursátil en el mundo, seis son tecnológicas<sup>9</sup>, es lógico que se produzcan desajustes con el consenso establecido internacionalmente<sup>10</sup>. Lo más llamativo es que, en el sistema fiscal todavía hoy vigente, la conexión o nexo que permite a un país ejercer jurisdicción tributaria sobre una empresa no residente sigan siendo los activos inmobiliarios<sup>11</sup>. Esto deja fuera del esquema a las empresas tecnológicas porque las transacciones digitales ocurren en el ciberespacio, no en un territorio concreto, y por tanto no necesitan disponer de bienes raíces en otras latitudes<sup>12</sup>. En consecuencia, no están legalmente obligadas, cuando exista un convenio de doble imposición (CDI), a pagar impuestos en la fuente (OCDE, 2015, pp. 100-102).

La venta a clientes en países donde no hay infraestructura física propia no es un fenómeno nuevo; antes de la revolución digital ya existían las ventas por catálogo (OCDE, 2015, p. 98), pero su importancia en el conjunto de la economía era marginal. Hoy en día, gracias a los avances tecnológicos, las nuevas prácticas de gestión empresarial y la liberalización del comercio, el 10 % del comercio mundial ya es *online*, y estimaciones iniciales que calculaban que se triplicaría para 2025 han quedado obsoletas por la crisis de la COVID, que ha producido un incremento del 146 % en un solo mes (Columbus, 2020).

Otro de los conceptos que el sistema tradicional del impuesto no procesa bien es la creación de valor a partir de los datos (OCDE, 2015, pp. 102 a 104). Empresas como las gestoras de redes sociales, buscadores o agregadores de noticias, entre otras, acumulan datos de los usuarios que luego *monetizan* vendiéndolos a empresas anunciadoras. Esa venta tendrá un valor cierto en el mercado o se tratará como operaciones vinculadas en su caso, pero no ocurre lo mismo con la adquisición de datos desde los usuarios. Esta es difícil de valorar porque rara vez al capturarlos se paga al titular; el usuario los cede voluntariamente, muchas veces como contraprestación por el uso gratuito de los servicios, lo cual impide asignarles un valor cierto. Tampoco hay un proceso para distribuir ese valor entre territorios, aunque parecería razonable sostener que se genera allí donde esté el usuario.

Un tercer problema es la caracterización. Los convenios siguen una metodología analítica, aplicando tratamientos diferenciados a las diversas categorías de renta que reconocen. De ese modo, tienen distinto tratamiento las operaciones empresariales ordinarias realizadas sin establecimiento permanente (EP) del que pueda tener una prestación de asistencia técnica o una plusvalía. Pues bien, la novedad de los modelos de negocio en la economía

<sup>9</sup> Se trata de Microsoft, Apple, Amazon, Alphabet, Facebook y Tencent (Global Finance Magazine, 2019).

<sup>10</sup> Aunque no existe un tratado internacional que refrende el consenso internacional, este se refleja en el Modelo de Convenio de la OCDE (2017), en su homólogo de Naciones Unidas (2017) y en las Directrices de Precios de Transferencia (OCDE, 2017).

<sup>11</sup> Según los artículos 5 y 7 del Modelo de Convenio de la OCDE. También por el artículo 5.5 el agente afecto, con capacidad para obligar al mandante, asigna jurisdicción.

<sup>12</sup> En inglés se refieren a esta situación como *scale without mass*: presencia económica sin presencia física.

digital plantea dudas a la hora de caracterizar las rentas generadas en sus transacciones. Un ejemplo sería los servicios de datos en la nube, que podrían ser calificados como beneficios empresariales, tributando en residencia (art. 7 CDI) como cánones (en la fuente para los CDI con art. 12) o como prestación de asistencia técnica, que en algunos convenios se equipara a los beneficios empresariales y en otros a los cánones (OCDE, 2015, p. 104).

Los primeros enfoques para resolver los desafíos de la economía digital, como la propuesta de Hongler y Pistone (2015), propusieron la creación de un establecimiento permanente virtual, donde la mera presencia económica fuera suficiente para generar derecho a la imposición. Esta es en esencia la posición que, a través de la propuesta del Grupo de los 24 «Presencia Económica Significativa», en buena medida fundamenta el Pilar 1 (Group of 24, 2017). Sin embargo, crear EP virtuales no es suficiente para resolver el problema, porque las reglas de atribución de beneficios al EP siguen siendo los precios de transferencia, y un EP sin sustancia física no ejerce funciones, detenta activos<sup>13</sup>, ni asume riesgos que permitan atribuirle beneficios usando las reglas de precios de transferencia. Es un problema que ya se percibió con la Acción 7 de BEPS: se crearon EP *ex novo*, pero prácticamente no tenían beneficios que computar, porque fueron estructurados de forma que no poseyeran activos intangibles, no desempeñasen funciones tipo DEMPE<sup>14</sup>, ni asumiesen riesgos, demostrando que no basta con definir el punto de conexión, es preciso encontrar un modo de asignarles beneficios (OCDE, 2019b, p. 6). Por eso, la propuesta de la OCDE de crear EP virtuales se complementa con la distribución del beneficio residual mediante fórmula.

En consecuencia, resolver el problema de la fiscalidad de la economía digital requiere profundas reformas del marco regulatorio. Quienes argumentan que esto es necesario esgrimen tres razones: insuficiencia financiera para las economías donde no radican empresas tecnológicas, porque la digitalización está progresivamente desplazando bases imponibles hacia empresas sin conexión con el terreno; falta de justicia contributiva o diseño inadecuado de los sistemas fiscales, pues la carga impositiva se redistribuye a figuras como el trabajo, el consumo o los tributos verdes (OCDE, 2015, p. 98); y competencia desleal, pues las empresas tradicionales, a la vez que soportan costes de producción más altos por tener una mayor proporción de activos fijos y de personal, padecen también mayor carga fiscal, lo que explica que el comercio *online* esté desplazando al tradicional<sup>15</sup>. En este contexto, los países tienen dos opciones: modificar el consenso internacional para actualizarlo a la economía digital o legislar sin coordinación. Desde el punto de vista del comercio y la in-

<sup>13</sup> Salvo, tal vez, intangibles de comercialización.

<sup>14</sup> Siglas de *Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation*. Es una regla antielusión insertada en las Directrices de Precios de Transferencia que permite asignar rentas a quienes realicen las funciones de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de intangibles, aunque nominalmente el titular del intangible sea un tercero.

<sup>15</sup> En 2018 se leía: «El Corte Inglés se planta frente a Amazon: “No puede ser que nosotros paguemos impuestos y ellos no”» (El Mundo, 7 de marzo de 2018). Dos años después, la realidad es «El Corte Inglés venderá o cerrará 25 centros comerciales». (El Correo de Andalucía, 22 de enero de 2020).

versión internacional, parece que la primera opción sería deseable, pero este es un juego de suma cero donde lo que ganan unos (los países del mercado) otros lo pierden (los de residencia), y estos no parecen dispuestos a permitir que se altere el *statu quo*. Llegando casi al centenario del sistema fiscal internacional<sup>16</sup>, la cuestión del reparto de la soberanía tributaria sigue siendo una asignatura pendiente.

De confirmarse la proposición de otorgar derechos de imposición a los países del mercado sin que medie un EP, y asignar bases mediante una fórmula pactada multilateralmente, se abre un nuevo capítulo en la relación fiscal entre naciones porque se abre una brecha en los dos mecanismos que hasta ahora han permitido la baja fiscalidad de las inversiones en los países en desarrollo: tratados fiscales bilaterales que logran cesiones de soberanía tributaria, y precios de transferencia de muy difícil control por cualquier administración, pero especialmente por países de escasa capacidad administrativa. Cuando la OCDE lanzó el proyecto BEPS en 2013, se aferró a sus dos dogmas sacrosantos: los precios de transferencia<sup>17</sup> y la bilateralidad de los tratados fiscales. Hoy, la misma organización acepta la distribución formularia (OCDE, 2019a, p. 2), siquiera sea de modo marginal, y propone un tratado fiscal verdaderamente multilateral<sup>18</sup> (OCDE, 2020, p. 20).

## 2.2. La fatiga del impuesto sobre sociedades

Más allá de la problemática de las empresas digitales, las tensiones en el impuesto responden a razones estructurales, y es que, pese a que sigue siendo una fuente importante de rendimientos fiscales, con el 13,3 % del total de la recaudación impositiva en términos mundiales<sup>19</sup>, desde que eclosionó la ola de globalización en los años 1990, este tributo ha ido perdiendo importancia como fuente de financiación, en un proceso impulsado en paralelo por la competencia entre países para captar inversiones extranjeras, que se ha reflejado

<sup>16</sup> El informe de la comisión de expertos de la Sociedad de las Naciones que produjo el primer modelo de Convenio se emitió en 1928, pero la Comisión fue constituida en 1921.

<sup>17</sup> En el Plan de Acción de BEPS de 2013 se leía:

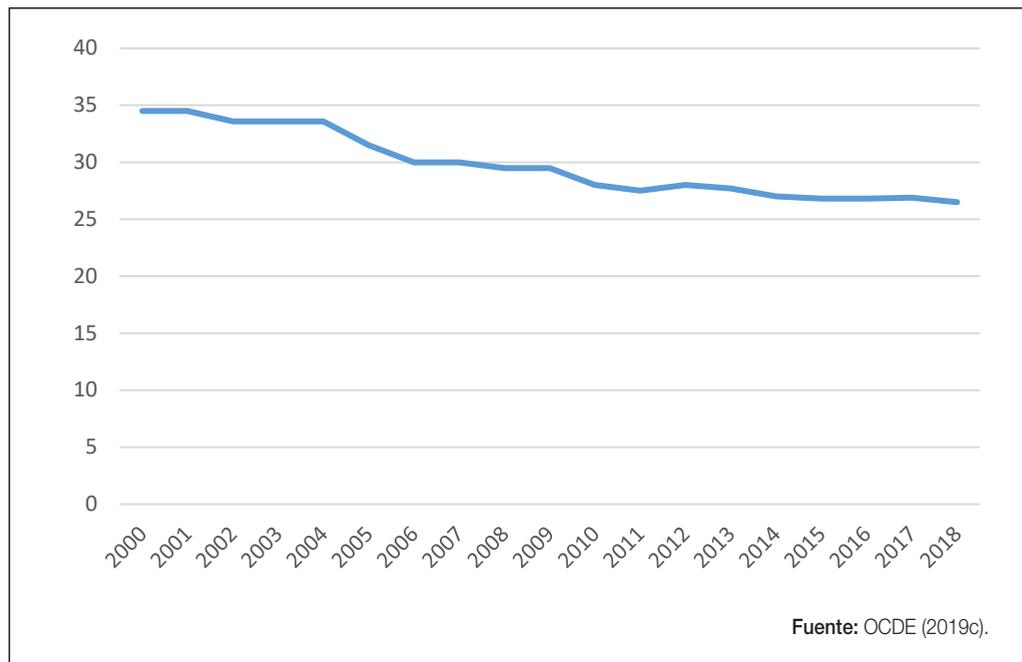
Existe un consenso entre los gobiernos en que pasar a un sistema de prorrateo de los beneficios de acuerdo con una fórmula no es una alternativa viable; tampoco está claro que los cambios de comportamiento que puedan adoptar las empresas como respuesta al uso de una fórmula conduzcan a decisiones de inversión que sean más eficientes y neutrales en términos de imposición que el sistema actual de seguir el principio de entidad separada (OCDE, 2013 p. 16).

<sup>18</sup> Para implementar las medidas de BEPS ya se aprobó un tratado multilateral, pero solo era colectivo en su forma, porque en el fondo no era sino un vehículo para reformar tratados bilaterales. En esta ocasión, en cambio, el tratado va a ser multilateral también en su contenido, hasta el punto de que la OCDE lo califica como a *true multilateral convention* (OCDE, 2020, p. 20).

<sup>19</sup> Como media en las 88 jurisdicciones que se contemplan en la publicación de la OCDE Estadísticas del Impuesto sobre Sociedades, siendo más importantes en África (15,3 %) y en América Latina (15,4 %) que en la OCDE (9 %) (OCDE, 2019c).

en bajadas sostenidas del tipo de gravamen (gráfico 1) y en el movimiento hacia impuestos de base territorial en detrimento del periclitado modelo de renta mundial (Matheson *et al.*, 2013, p. 3). Junto a ello, las prácticas elusivas generalizadas han terminado por madurar la noción de que una reforma es ineluctable.

Gráfico 1. Media mundial de tipos nominales en el impuesto sobre sociedades 2000-2018



La elusión fiscal protagonizada por las multinacionales ciertamente ha acelerado el detrimento del impuesto como fuente financiera, porque usando artificios legales los contribuyentes trasladan bases desde los países de alta tributación a centros financieros o territorios *offshore*, causando un agujero de entre el 4 y el 10% de los ingresos por el impuesto sobre sociedades a nivel mundial, es decir, entre 100.000 y 240.000 millones de dólares por año (OCDE, 2019d).

La historia es bien conocida y no es preciso insistir mucho: el Informe BEPS de febrero de 2013 denunció una serie de problemas (OCDE, 2013a), y unos meses más tarde articuló un Plan de Acción (2013b) para solventarlos, pero su éxito fue moderado porque, incluso después de implementar las reformas, las multinacionales han seguido estructurando sus negocios mediante distribuidores locales de riesgo limitado, pagando así un impuesto mínimo en la jurisdicción del mercado, al tiempo que siguen transfiriendo un volumen desproporcionadamente alto de utilidades a entidades del grupo sitas en territorios fiscalmente rentables, con el sencillo expediente de incrementar moderadamente su nivel de actividad

física, por ejemplo, prestando funciones de control de riesgo o de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de intangibles (OCDE, 2019b, p. 6).

En definitiva, persiste un problema fundamental de diseño de las normas que regulan la tributación de las multinacionales, pues para una economía globalizada tenemos un conjunto de sistemas nacionales superpuestos y normalmente descoordinados. Las 15 acciones de BEPS que debían solventar estos problemas fueron formalmente completadas en 2015, pero en realidad no fue así, y la evidencia más clara es la Acción 1, dedicada a la fiscalidad de la economía digital, para la cual en 2015 no se propuso solución alguna; antes bien, ante la imposibilidad de lograr un consenso sobre soluciones al problema de *scale without mass*<sup>20</sup>, se aplicó un silogismo más bien sofista: puesto que no es posible delimitar la economía digital del resto de la economía –se argumentó–, la economía digital no existe y, por tanto, su tributación no puede ser un problema. Sin embargo, muchos países sí sentían que los problemas de la fiscalidad de la economía digital eran reales, y empezaron a aplicar medidas unilaterales<sup>21</sup>. Incluso la Unión Europea propuso pasar a la acción desengañada con la falta de progreso en el seno de la OCDE (Comisión Europea, 2017). Era evidente que la Acción 1 se había cerrado en falso, como muestran los trabajos posteriores en el seno del Grupo de Trabajo sobre la Economía Digital de la OCDE. Otra prueba de que BEPS no funcionó como se esperaba son los diversos impuestos anti-BEPS que fueron entrando en vigor, sobre todo en países anglosajones, como el *Diverted Profits Tax* del Reino Unido en 2015 (HMRC, 2018), el de Australia (2017), y más recientemente el *Base Erosion Anti Abuse Tax* (BEAT) de la reforma de Trump (2018). Ante la evidencia de que los tributos anti-BEPS son necesarios, la OCDE decide ahora aplicar el *GLoBE*, una capa adicional con reglas de cierre para asegurar la tributación mínima en los países de residencia para las inversiones de salida y en los países de la fuente en las inversiones de arribada.

### 3. Análisis detallado de la reforma

A continuación examinamos los pormenores del proyecto de la OCDE tal como se ha presentado al público (OCDE, 2020). Los grupos de trabajo han seguido analizando problemas y proponiendo soluciones, que en su momento conoceremos, pero la información publicada es suficiente para hacernos una idea cabal. Ahora bien, antes de proseguir hay que aclarar que la reforma digital del impuesto sobre sociedades no es el llamado «Google

<sup>20</sup> Podríamos traducir por «volumen sin infraestructura física». Esta expresión no nace en el ámbito fiscal, sino económico. Para entenderla, pensemos en la diferencia entre una multinacional antigua como Ford y una moderna como WhatsApp. Para que Ford lograra tener presencia en todo el mundo, tuvo que poner fábricas prácticamente en todos los países. Hoy, WhatsApp tiene presencia mundial con solo 55 empleados (Page, 2017).

<sup>21</sup> Una recopilación de medidas unilaterales para la fiscalidad de la economía digital (retenciones, EP virtual, DST «Tasa Google») lista 45 países con propuestas en distinto grado de implementación (KPMG, 2020, p. 5).

Tax», aunque personas generalmente bien informadas tienden a confundirlo, afirmando que es multilateral, e incluso que la OCDE lo recomienda<sup>22</sup>, cuando lo que hace es combatirlo<sup>23</sup>.

### 3.1. Impuesto sobre sociedades y Tasa Google

Por «Tasa Google» se conoce a un tributo indirecto sobre el volumen de facturación de las empresas digitales. Su origen se remonta a los impuestos sobre el volumen de negocio descritos en la Acción 1 de BEPS (2015, p. 140), como la leva de compensación de la India, Italia, Hungría o Francia. Más tarde, ganó predicamento cuando la Unión Europea lo propuso como solución a corto plazo de los problemas de la fiscalidad de la economía digital, gravando con un porcentaje a los ingresos de ciertas actividades (Comisión Europea, 2017). Es un híbrido interesante, porque busca compensar el hueco en el impuesto sobre sociedades, pero no es un tributo directo. Por otro lado, aun siendo indirecto no se repercute a los consumidores, sino que se hace pagar al empresario. Su base no es el beneficio sino el volumen de ventas, lo cual tiene la ventaja de que no pueda considerarse un tributo análogo al impuesto sobre sociedades, y con ello tiene un hueco para gravar «rentas» –en realidad un sustituto imperfecto como son las ventas– generadas sin mediación de EP, lo que no sería posible en caso de existir un convenio<sup>24</sup>. Por el contrario, esas mismas son también sus desventajas, porque al gravar ingresos brutos no guarda relación con el beneficio de las empresas digitales que supuestamente desea compensar; incluso si el tipo de gravamen es alto, puede absorber todo el beneficio. Además, estando al margen de los convenios, no puede proteger a los obligados contra prácticas de discriminación.

En el plan de la Comisión, este impuesto debería pervivir mientras se llega a la solución definitiva, que, de forma similar a la propuesta de reforma que analizamos, atribuiría bases a los territorios donde exista una interacción significativa con los usuarios por canales digitales, aun sin presencia física en el territorio. La propuesta de la Comisión no llegó a aprobarse por todos los Estados: Irlanda, Finlandia, Dinamarca y Suecia la rechazaron, y fue formalmente abandonada un año después de ser anunciada. Sin embargo, el borrador de la directiva se utilizó por varios Estados miembros para aprobar sus Google Taxes de manera unilateral, como el Reino Unido (HMRC, 2019), Francia (2019) o España (2019). Nuestro Consejo de Ministros dio el visto bueno al Proyecto de Ley del impuesto sobre determinados servicios digitales (ISDSD) y lo publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de enero

<sup>22</sup> Por ejemplo, «La OCDE diseña una “tasa Google” para que las multinacionales tributen donde tengan sus usuarios» (El País, 9 de octubre de 2019) o «El G20 impulsa la tasa Google» (La Vanguardia, 21 de octubre de 2019).

<sup>23</sup> El acuerdo multilateral que promueve la OCDE debe incluir la retirada de medidas unilaterales y comprometerse a no imponer otras en el futuro (OCDE, 2020, p. 20).

<sup>24</sup> Artículo 2 del Modelo de Convenio de la OCDE, «This Convention shall apply to taxes on income and on capita» los tributos indirectos están al margen de los convenios.

de 2019, aunque eventualmente no se tramitó por la convocatoria de elecciones generales. El 19 de febrero de 2020 de nuevo volvió a aprobarlo (El Derecho, 2020), pero su recorrido parlamentario es incierto a la luz de la excepcionalidad causada por la crisis del coronavirus y de los riesgos de que EE. UU. adopte medidas de retorsión, al modo de lo que sucedió en Francia, que lo suspendió para evitar la guerra arancelaria con EE. UU. (KPMG, 2019).

La «Tasa Google» parece una solución simple y expeditiva, pero raramente soluciones sencillas resuelven problemas complejos, y este lo es. Deshacer el nudo gordiano de la fiscalidad digital exige ir mucho más allá de la Tasa Google, una solución unilateral y provisional para captar una parte del beneficio en el territorio sin necesidad de modificar tratados y convenios. Si el G20 ratifica en noviembre una solución a largo plazo, las Tasas Google existentes en el mundo tendrán menos justificación, y de hecho la OCDE ya ha advertido que para acogerse al derecho de imposición nuevo, es condición necesaria desmantelarla (OCDE, 2020, p. 20). Ahora bien, en caso de que no haya acuerdo, cabe que muchos países que no la tienen todavía decidan implantarla, aunque tendrán que ponderar los costes de una guerra arancelaria. Del mismo modo, aun en el escenario de que haya acuerdo multilateral, los países en desarrollo calcularán si les conviene unirse al mecanismo multilateral de compensación a países del mercado, o si les resulta más sencillo y rentable administrar la Tasa Google.

### 3.2. Pilar 1: Un nuevo derecho de jurisdicción para los países del mercado

Ya sabemos que la tecnología digital permite llegar a consumidores y usuarios sin necesidad de instalaciones físicas. Este hecho se predica de muchos modelos de negocio, pero su efecto es más intenso para quienes prestan servicios *online* a usuarios remotos, recopilan datos de clientes que luego monetizan, o realizan actividades de mercadotecnia y fidelización desde ubicaciones remotas. Cuando el número de usuarios supera un cierto umbral y su presencia económica es significativa, el consenso emergente es atribuir derechos de imposición activa al país donde está la base de usuarios, con un nuevo nexo o punto de conexión no vinculado ya a la presencia física, sino a las ventas. No existe todavía acuerdo sobre el umbral mínimo de ventas en un territorio, que podrá ser fijo para todos o variable por jurisdicción para que también los países más pequeños puedan beneficiarse del nuevo enfoque, pero sí parece claro que el nexo se vinculará al mercado porque la base de consumidores es menos manipulable por el contribuyente que los factores de producción. Este derecho de imposición se denomina en el proyecto «importe A».

#### 3.2.1. El «importe A»

La auténtica innovación de esta propuesta es asignar una participación en el beneficio residual de la multinacional a los países del mercado, lo que exige primero determinar una base (la porción de ese beneficio residual a repartir al mercado) y luego asignar la alícuota a cada

una de las jurisdicciones participantes. Este derecho abre grandes expectativas para las jurisdicciones de mercado, porque esta especie de establecimiento permanente virtual –aunque no reciba esta denominación en la propuesta– les permitirá recaudar el impuesto sobre sociedades de ciertas empresas digitales, algunas entre las más rentables del mundo, que participan en la vida económica de su país de manera importante y continuada sin necesidad de infraestructura local u operaciones en el territorio. No menos novedosa es la forma de asignar rentas a dichos nexos porque, dejando de lado la hasta ahora inatacable supremacía de los precios de transferencia, se recurre a una fórmula de distribución basada en la cifra de ventas.

La nueva regla del nexo se concibe como una cláusula autónoma, separada del tradicional concepto de EP de los convenios para evitar efectos colaterales no deseados sobre las reglas existentes. Por consiguiente, una entidad digital con EP puede estar sujeta en el territorio por ambos conceptos. De esta forma, se garantiza la neutralidad entre los diversos modelos de negocio y se capturan todas las formas de implicación remota en un mercado.

### 3.2.1.1. Ámbito objetivo

Este importe A se refiere exclusivamente a la economía digital, dejando fuera otras actividades. La definición del ámbito objetivo incluye a dos tipos de negocio: los servicios digitales estandarizados y automáticos y los negocios digitales orientados al consumidor<sup>25</sup>. Los servicios digitales automatizados no necesitan infraestructura física local, solo la existencia de usuarios en red. El concepto incluye los motores de búsqueda, redes sociales, plataformas de mercado, de contenidos audiovisuales, musicales, de juegos recreativos, servicios de computación en la nube y anuncios *online*. El segundo tipo de actividad gravada son los negocios digitales orientados al consumidor, categoría que en algunos modelos de negocio, como las plataformas de mercado, se solapa con la primera, y que comprende desde los minoristas tradicionales cuya forma de relación con el cliente se ha digitalizado hasta las plataformas multifacéticas *online*. También estarán incluidos los que distribuyen productos a través de terceros que solo prestan servicios accesorios como empaquetado o ensamblaje, y los que comercian con productos patentados o registrados en acuerdos de distribución tipo franquicia. En cambio, no estarán incluidas las empresas mayoristas. También quedará fuera la industria extractiva, porque se considera que la imposición sobre las materias primas es competencia exclusiva del país donde yacen, y de modo análogo los productos agrícolas y forestales. No estará incluido el sector financiero por dos razones: una parte importante de su negocio se dirige a empresarios o profesionales; y están sometidos a regulación y supervisión para proteger los intereses del país donde residen, lo cual significa que normalmente el beneficio residual se produce en el mercado local, aunque negocios tipo Fintech como préstamos de particular a particular podrían entrar en la definición. También quedarán fuera los tradicionales negocios de la navegación aérea y marítima. Para

<sup>25</sup> En inglés, *consumer facing business*.

multinacionales con dos o más ramas de actividad, unas incluidas en el ámbito objetivo y otras excluidas, se produce una sujeción parcial siempre y cuando la parte sujeta supere un cierto umbral de rentas, expresado en una cifra absoluta –pendiente de determinar– con el argumento de evitar costes indirectos a aquellas cuyo principal negocio sea otro.

### 3.2.1.2. Ámbito subjetivo

Con el mismo argumento de reducir los costes de cumplimiento se excluye a las pequeñas y medianas empresas (pymes). La definición del umbral que cualifique a una empresa como grande no está todavía cerrada, pero la cifra de 750 millones que determina la obligación de presentar el informe país-por-país<sup>26</sup> parece difícil de eludir. Nótese la abultada diferencia con el umbral de 50 millones de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado<sup>27</sup>, o los 100 millones que en España determinan la adscripción a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes<sup>28</sup>. Acordar el umbral no será fácil porque, si la diferencia parece muy abultada en Europa, qué decir en otras regiones de menor capacidad económica. Si el umbral que determina la exclusión subjetiva se fija en 750 millones de euros, la capacidad recaudatoria del nuevo mecanismo quedará seriamente comprometida.

### 3.2.1.3. Base de reparto

Cuando la OCDE habla de la participación en el beneficio residual por los países del mercado, parece asumir que existe una definición pacífica de ese concepto, pero no es así. La propuesta, desde luego, no lo define, como tampoco los textos legales ni la literatura económica (Beer *et al.*, 2020, p. 5). De igual modo, el concepto carece de anclaje conceptual en las normas internacionales de contabilidad y no se refleja en la información financiera (*ibid.*, p. 7). La referencia más inmediata está en las Directrices de la OCDE, donde se usa el análisis residual en el método de la distribución del resultado (OCDE, 2017b, pp. 156 y ss.). La forma de proceder es muy similar en ambos casos. En el método de distribución del resultado se divide en dos fases el beneficio total obtenido en operaciones vinculadas. En la primera, a cada participante se le asigna un beneficio tal que constituya una remuneración suficiente por la operación que ha efectuado. Generalmente, este rendimiento básico se determina tomando como referencia los beneficios obtenidos en el mercado en una operación similar efectuada por empresas independientes. En la segunda fase, el beneficio (o pérdida) residual resultan-

<sup>26</sup> En España, modelo 231 de «Declaración de información país por país», aprobada por la Orden HAC/941/2018.

<sup>27</sup> El anexo I del Reglamento (UE) N.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014.

<sup>28</sup> Resolución de 26 de diciembre de 2005, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se establece la estructura orgánica de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, modificada posteriormente.

te tras la asignación efectuada en la primera fase se asigna a las partes sobre la base de un análisis de los hechos y circunstancias que muestre cómo se habría dividido ese beneficio (o pérdida) residual entre empresas independientes. Esta es claramente la inspiración para el reparto del beneficio residual de las empresas digitales: se detrae una retribución mínima para las funciones rutinarias, y el importe resultante, que es el beneficio (o pérdida) no rutinario o residual, se distribuye entre todas las jurisdicciones donde haya nexo de mercado.

Hasta aquí lo que se deduce de la propuesta, pero esta noción de alto nivel deberá perfilarse más para que no sea una fuente de inseguridad jurídica y de disputas entre países. El primer escollo es determinar el beneficio residual. En puridad, habría que partir del beneficio contable consolidado y detraer el beneficio «rutinario», que equivale a la retribución de los factores de producción: un rendimiento mínimo de los activos medios poseídos en el ejercicio, los gastos de personal, los intereses por fondos ajenos y tal vez una retribución nocial a los fondos propios<sup>29</sup>. El problema de esta definición es que es sumamente compleja y además volátil si intervienen los precios de transferencia. En su estudio de febrero de 2020, el Fondo Monetario Internacional (FMI) sugiere dos modos simplificados: el beneficio residual sería el exceso sobre un retorno mínimo a los activos fijos tangibles, que podría ser el 10 %, o un margen bruto sobre el costo de ventas en exceso del 5 % (Beer *et al.*, 2020, p. 18). La OCDE también propone una fórmula simplificada, en este caso poniendo en relación el beneficio antes de impuestos y la cifra de ventas. Cuando aquel sea superior al 10 %, o el 20 % del volumen de operaciones, habría superbeneficio<sup>30</sup>. El siguiente escalón es distribuirlo entre jurisdicciones participantes. Una primera decisión es dividirlo entre las jurisdicciones de mercado y la de residencia de la matriz, pues no todo el valor residual corresponde al mercado; puede obedecer a una posición monopolística de hecho o de derecho, a una estrategia empresarial acertada o a la tenencia de intangibles valiosos, elementos que difícilmente se puede atribuir al mercado. No dice nada la propuesta de 30 de enero sobre el reparto entre casa central y mercados, pero en los cálculos de impacto publicados en febrero se asume que el porcentaje que iría al mercado es el 20 % (OCDE, 13 de febrero de 2020). La siguiente etapa es, ahora sí, distribuir ese 20 % del residual entre las jurisdicciones de mercado, utilizando como clave de reparto la facturación.

Ahora bien, algunos países han hecho ver que el beneficio residual no se genera de forma homogénea en todo el conglomerado empresarial que constituye una multinacional. Al contrario, las que tienen varias ramas de negocio o implantación geográfica amplia habitualmente utilizan una medida del beneficio residual generado los distintos ámbitos funcionales (por departamentos o por productos) o incluso territoriales, para el reparto a los directivos

<sup>29</sup> La deducción de esta retribución mínima al capital es consustancial a la noción económica del beneficio residual, pero nada se dice al respecto en la versión del impuesto publicada por la OCDE el 30 de enero de 2020.

<sup>30</sup> Estos umbrales no están en el documento de consulta de 30 de enero, pero sí en las estimaciones de impacto que publicó posteriormente (OCDE, 13 de febrero de 2020).

de los incentivos por desempeño. En suma, si por motivos de definición del hecho imponible es necesario diferenciar las ramas de negocio sujetas de las exentas, por razones políticas probablemente será preciso también, dentro de las primeras, diferenciar entre segmentos de la empresa para que la asignación del beneficio residual se haga con justicia. Esta operación, que la OCDE denomina «diferenciación digital» (OCDE, 2020, p. 14), se materializa en un análisis también en dos fases, pero limitado a áreas de negocio o regiones geográficas. Para calcularlo, habría que partir de una cifra de beneficio por área o segmento de actividad y restar las rentas atribuibles a las funciones rutinarias respectivas, lo cual plantea dos problemas: uno de administración, porque requiere ordenar la información financiera de forma específica, y otro de valoración de transacciones intragrupo, porque de nuevo los precios de transferencia van a entrar en el mecanismo de determinación del beneficio, en detrimento de la seguridad jurídica y tal vez generando tensiones entre países beneficiarios, porque la diferenciación digital puede resultar en que una multinacional con beneficio residual a nivel mundial no lo obtenga en todas las jurisdicciones, o que teniéndolo no supere un umbral mínimo, resultado que va a ser difícil de aceptar por las jurisdicciones perjudicadas.

#### 3.2.1.4. Reglas de cómputo

No hay muchos detalles en la propuesta de la OCDE, salvo que los cálculos empiezan en los estados financieros consolidados (OCDE, 2020, p. 13). Parafraseando a las Directrices (2017b, p. 158), será necesario que la contabilidad de todas las entidades integrantes del grupo esté expresada utilizando la misma base en lo que se refiere a prácticas contables (NIIF o GAAP de residencia de la matriz) y moneda, para poder combinarlas posteriormente. Dado que aplicar un estándar u otro influye directamente en la determinación de los beneficios objeto de distribución, será necesario analizar hasta qué punto usar un estándar u otro influye en la determinación de los resultados, aunque la mayor parte de las variaciones entre estándares contables se refiere a diferencias temporales y no permanentes. En ausencia de normas armonizadas, la contabilidad financiera es el punto de partida. La utilización de otros datos financieros, como la contabilidad de costes, será necesaria para determinar cuentas de resultados por líneas de producto o región, pero es necesario que esos datos existan, sean fiables, comprobables y estén lo suficientemente desagregados. También lo será especificar cuál va a ser la magnitud base para calcular los beneficios residuales, si el beneficio antes de impuestos u otra más apropiada, como el activo fijo o la cifra de ventas, dictar normas para la segmentación por líneas de actividad o regiones geográficas, y examinar posibles medidas de simplificación, el tratamiento de las pérdidas<sup>31</sup> y la compensación a futuro.

<sup>31</sup> Según el estudio del FMI, el porcentaje de multinacionales con beneficio residual negativo puede ser sustancial. Dependiendo de la forma de calcularlo, podría estar entre porcentajes de un solo dígito y volúmenes muy considerables, incluso superiores al 50 %. La cuestión de cómo resolver el tema del beneficio residual negativo se ha indicado como una dificultad en la escasa literatura existente, pero está lejos de hallarse resuelta (Beer *et al.*, 2020, p. 19).

### 3.2.1.5. Clave de distribución

Como sabemos, la propuesta se olvida de los precios de transferencia, incapaces de resolver la asignación, y se apoya en una fórmula de reparto. Puesto que el punto de conexión es el mercado, parece lógico que la fórmula de reparto excluya factores relacionados con los *input* y que se fije solo en la cifra de ventas, naturalmente limitada a las ventas digitales. Las que realice la empresa por medio de establecimiento permanente siguen las reglas generales de asignación de beneficios vía precios de transferencia.

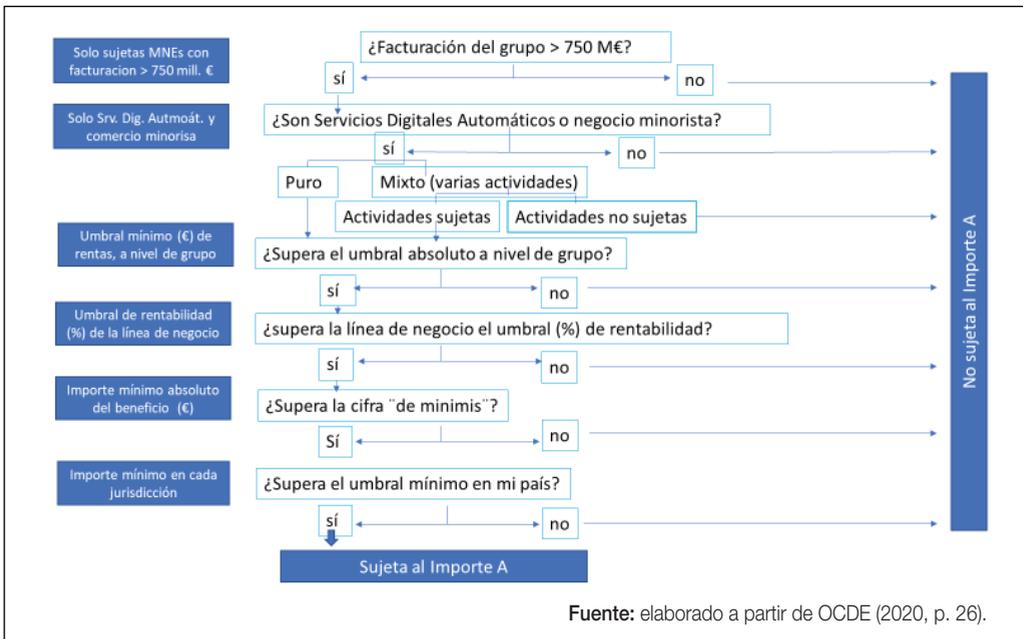
### 3.2.1.6. Beneficiarios

El importe así determinado se atribuye a las jurisdicciones donde la multinacional tenga clientes, pero no alcanza a todos los países del mercado, solo a aquellos que a) participen en el esquema y b) les correspondan utilidades que superen el mínimo definido para cada jurisdicción.

### 3.2.1.7. Mecanismo de aplicación

Como se aprecia en el gráfico 2, el árbol de decisión incorpora una serie de exclusiones que conducen a que las rentas sujetas a este reparto sean bastante limitadas.

Gráfico 2. Procedimiento para determinar la sujeción al importe A



En suma, el importe A representa una gran innovación sobre el esquema tradicional, asignando rendimientos al país de la fuente aun sin presencia física o agentes autorizados para contratar, si bien su impacto recaudatorio aparece bastante mermado por las exclusiones.

### 3.2.2. El «importe B»

Este concepto retribuye las funciones básicas de mercadotecnia y distribución que tengan lugar en el país del mercado, y su importe viene determinado por la normativa habitual de precios de transferencia. Conceptualmente, estas funciones se compensan mediante el beneficio ordinario y, por ende, no están comprendidas en el importe A.

La propuesta novedosa del importe B es estandarizar la retribución de los distribuidores que actúan como agentes. No se trata, por tanto, de un derecho nuevo de jurisdicción, porque es preciso que exista un EP tradicional. Lo que sí es novedoso es simplificar la determinación del margen aplicando un margen fijo, no como puerto seguro ni régimen opcional, sino como una presunción *iuris et de iure* que aporta simplicidad y seguridad jurídica y libera a las administraciones de destinar recursos a comprobar actividades de escaso valor añadido (OCDE, 2020, p. 16). Hasta ahí la simplificación, porque, para que el resultado sea justo y consistente con el principio de libre competencia, el margen tendrá que ser diferente para cada nivel de funcionalidad, tipo de actividad e incluso región. Otro matiz es que este importe B incluye exclusivamente actividades rutinarias de distribución; en cuanto intervengan intangibles de mercado o compensación por la asunción de riesgos, esos conceptos van al importe C.

La definición de lo que constituye actividades de distribución básicas o rutinarias, las exclusiones y el margen de retribución requerirá un acuerdo general, pero no necesariamente cambios a los tratados, porque el mecanismo se apoya en la aplicación de los precios de transferencia, cubiertos por el artículo 9 de los existentes. También será necesario definir un indicador de beneficio sobre el que aplicar el margen fijo, el propio porcentaje a aplicar, la mediana, estudios de comparabilidad a utilizar para ese porcentaje, así como si procede hacer diferenciación entre regiones y sectores empresariales.

### 3.2.3. El «importe C»

Este tramo retribuye otras funciones de distribución ubicadas en el país, distintas de las del apartado B, que se determinarán utilizando también la técnica de los precios de transferencia. De nuevo, nos encontramos con una provisión aclaratoria que no innova el ordenamiento jurídico existente. En este componente se incluye, por ejemplo, la retribución de mercado que corresponda a intangibles de comercialización con un punto de conexión en la jurisdicción del mercado, como un derecho de distribución en exclusiva o una marca registrada. En las primeras redacciones de la propuesta, este importe C aparecía ligado exclusivamente

a los valores determinados por la actividad comprobadora de la administración, pero en la versión de 30 de enero de 2020 abarca también a rentas que deben declararse en periodo voluntario. Con todo, conserva las referencias a la necesaria coordinación de las actividades de comprobación en distintas jurisdicciones para dar seguridad jurídica a los contribuyentes.

### 3.2.4. Eliminación de la doble imposición

Un problema que surge con el cálculo del importe A es que, metodológicamente, se parte de cuentas financiero-fiscales que ya han distribuido territorialmente el beneficio del grupo, por lo que el importe A viene a ser una enmienda a las cuentas fiscales de la multinacional. En consecuencia, puesto que las distintas filiales ya han determinado sus beneficios e ingresado las cuotas, para el importe A tendremos que desfiscalizar una proporción equivalente del beneficio predeterminado, ya que de otro modo se gravaría dos veces. Esto exige definir un sistema nuevo, porque los mecanismos tradicionales de exención o imputación no son aplicables a esta situación. También será preciso aclarar si la doble imposición tiene que ser eliminada en la fuente o en residencia.

Otras situaciones de doble imposición surgirán de los ajustes al importe C por actuaciones administrativas. Como es habitual, las actas por regularización de precios, o por establecimiento permanente, alterarán la distribución originaria de la multinacional, pero en el escenario donde se aplique la distribución del «importe A», afectará también a dicho monto, así en la base de reparto como en la alícuota local. Este será el caso si la regularización se refiere a intangibles de comercialización en la jurisdicción, como marcas o derechos limitados de distribución. Entonces, reajustar los beneficios implicará cambiar el importe del beneficio residual, su asignación territorial y probablemente devolver parte del impuesto pagado a las jurisdicciones que lo hayan ingresado, lo que aboca a procedimientos amistosos que tendrán que ser multilaterales.

### 3.2.5. Administración tributaria del nuevo recurso impositivo

Hasta la fecha, el diseño de medidas de aplicación del nuevo recurso se orienta por seguir las reglas de la declaración país-por-país, lo cual parece lógico. Si se confirma este esquema, los deberes formales de cumplimiento incumbirán a la matriz, y el interlocutor administrativo será el país de la sede. Para reducir costes de cumplimiento y asegurar la consistencia, habrá que acordar reglas para el proceso de cumplimiento, desde las que atañen al contribuyente como las que regulen el flujo de información y transferencias financieras entre administraciones.

La participación en el importe A por los países del mercado no estará seguramente exenta de tensiones administrativas y políticas entre jurisdicciones, porque la perspectiva de los países donde reside la multinacional es muy distinta de la de los mercados. Para estos, se

trata de un recurso fiscal que no requiere intervención activa, y por tanto de demanda ilimitada, en tanto que los países de residencia van a tener la presión de la relación con la empresa y con los países beneficiarios. Para evitar que proliferen las disputas será preciso diseñar un sistema de reglas simple y un acuerdo internacional sobre la fórmula de distribución. Tales reglas deberían dejar claros todos los aspectos del importe A, empezando por la aplicación subjetiva, la delimitación de líneas de negocio por actividad y o territorio, la atribución de costes centralizados para hallar el beneficio residual, la compensación de pérdidas entre líneas de negocio o de ejercicios pasados, si existe nexo en una jurisdicción en particular, y cuál es la jurisdicción que debe eliminar la doble imposición.

Un escollo obvio es el ejercicio de las funciones de control. Si la competencia para inspeccionar el importe A se atribuye a todos los países beneficiarios, la lista de inspectores llamando a la puerta va a ser larga, lo que lleva a restringir la función de control a la Hacienda del país de residencia de la matriz. Si esto es así, con los importes A y B blindados, los países del mercado frustrados con el resultado no tendrán más recurso que recurrir al importe C, con ajustes por DEMPE a los intangibles de mercado, o recurrir a cláusulas generales como la simulación o el abuso del derecho. Dado que cualquier regularización del importe C comporta un ajuste de los precios de transferencia y además otro del importe A, se multiplican las oportunidades para los conflictos, que ahora serían multilaterales, abocando a procedimientos amistosos que, en ausencia de reglas vinculantes, serían descoordinados, lentos e ineficientes.

Para evitarlo, la OCDE propone la seguridad jurídica *ex ante* siguiendo la experiencia del programa ICAP (OCDE, 2019e). Sugiere se constituyan paneles de expertos que revisarían la propuesta de la multinacional sobre los importes A, B y C, y así cerrarían la puerta a ajustes locales. Esta propuesta requerirá un acuerdo internacional para que todos se sometan al dictamen del panel y una base jurídica a nivel de cada país. Además, habrá que trabajar las reglas de gobernanza y procedimiento para asegurar que las jurisdicciones de mercado estén debidamente representadas, aunque muchos tendrán difícil designar funcionarios con conocimientos suficientes. En su lugar, se propone crear un cuerpo de expertos internacionales que pueda actuar por delegación, cuestión nada clara porque demanda crear un marco jurídico para el ejercicio de sus competencias, hallar un recurso financiero estable y garantizar que ese cuerpo de expertos internacionales esté exento de sesgos.

### 3.2.6. Un verdadero tratado multilateral

En definitiva, el nuevo recurso fiscal demanda cambios en los tratados fiscales por razones sustantivas –los tratados vigentes impiden el gravamen de rentas empresariales de no residentes sin EP– y de procedimiento, pues el marco de aplicación del nuevo recurso fiscal es multilateral por naturaleza. A diferencia del enfoque de pares de relaciones bilaterales amparadas en una norma multilateral como el que usó la OCDE en el instrumento multilateral de la Acción 15 o en el intercambio automático de información financiera, ahora la OCDE está

promoviendo un verdadero tratado multilateral (OCDE, 2020, p. 20), que tendría que superponerse a los bilaterales existentes y regular todos los elementos estructurales del importe A: ámbito, definición de nexo, asignación de bases entre territorios, eliminación de la doble imposición y medidas de prevención de disputas. El acuerdo debe incluir la retirada de medidas unilaterales tipo *Google Tax* existentes y el compromiso de no poner otras en el futuro (OCDE, 2020, p. 20). También requerirá un periodo transitorio para que las multinacionales puedan adaptar sus sistemas contables, por ejemplo a la segmentación digital, y preparar un diseño eficaz para los mecanismos de seguridad jurídica *ex ante* que resulten atractivos para los contribuyentes y garanticen que la adhesión surta efectos en todos los países.

### 3.2.7. Problemas inherentes a la solución multilateral

La solución propuesta es audaz, pero no está exenta de problemas. A saber:

Tabla 1. Problemas inherentes al nuevo derecho de imposición

- 1. Complejidad normativa.** Al mantener el concepto de EP y los precios de transferencia para las rentas primarias (*i.e.*, las no residuales), se superponen nuevas reglas sobre un sistema ya suficientemente complejo.
- 2. Inseguridad jurídica.** Se utiliza el concepto de beneficio residual como si fuera un término de perfiles claros, cuando no lo es. No solo está por definir en el tratado multilateral, tampoco está previsto en las normas de contabilidad. Además, como puede variar por cada línea de negocio o territorio, surge la necesidad de diferenciar no solo entre actividades sujetas y no sujetas sino también, dentro de las sujetas, entre las más rentables y las menos. Tampoco está claro si el porcentaje de beneficio residual sujeto al importe A será el mismo para todas las actividades digitales o si habrá diferentes porcentajes por tipos de actividad.
- 3. Tratamiento de pérdidas.** Parece más fácil repartir beneficios que pérdidas. Será necesario un tratamiento específico, que razonablemente podría ser el diferimiento. Una situación especial será aquella en que hay pérdidas en las cuentas consolidadas mientras que a nivel local hay beneficios rutinarios que retribuir por el importe B y C.
- 4. Oportunidades de planificación.** Al limitarse a servicios digitales estandarizados y negocios al detall, aparecerán problemas de delimitación subjetiva y por ende operaciones de reestructuración empresarial.
- 5. Difícil de administrar para la empresa.** Las multinacionales con dos o más ramas de actividad tendrán que llevar contabilidad separada. Además, como solo está sujeto el comercio al detall, tendrán que separar entregas a empresarios o profesionales del consumidor final. Finalmente, puede haber negocios cuya rentabilidad residual varíe geográficamente, en cuyo caso tendrán que diferenciarlo también. Dividir en segmentos de actividad con ese detalle generará complejidad, y habrá que ver qué nivel de segmentación es practicable y verificable. Además, siendo la base los beneficios consolidados del grupo a nivel mundial, hay dudas sobre el sistema contable aplicable para grupos implantados en territorios con estándares contables distintos.





6. **Imperfecta asignación de flujos.** La clave de distribución del importe A serán las ventas en el territorio, pero este vector no captura todo el valor creado en el territorio en todas las situaciones, como ocurre por ejemplo con la publicidad *online*, pues las agencias suelen estar en territorios terceros.
7. **Escaso potencial recaudatorio.** Como hemos visto en el gráfico 2, existen numerosas exclusiones al cálculo del beneficio residual: por actividad de la empresa, por tamaño, por tipo de cliente, por rentabilidad mínima, por umbrales absolutos o relativos, etc., que relativizan mucho la importancia de este recurso (véase epígrafe 4.5).
8. **Difícil de administrar,** porque exige complejos y costosos mecanismos de aplicación multilateral actualmente inexistentes (véase epígrafe 3.2.5).
9. **Monopolizado por los países desarrollados.** Es un tributo para favorecer a las jurisdicciones del mercado, pero se les excluye de la administración porque se propugna un esquema *one-stop-shop* para declaraciones y pagos en el domicilio fiscal de la matriz.
10. **Escasamente atractivo para los países en desarrollo** por su escaso potencial como fuente de ingresos, gran complejidad y alienación del mecanismo administrativo. Será difícil ponerse de acuerdo en el porcentaje de rentas residuales a atribuir al mercado, en el margen para las actividades rutinarias del tramo B, en el factor de la fórmula de reparto de las bases del nuevo derecho de imposición. Habrá que hacer estudios de impacto de las propuestas, pero no será fácil conseguir un acuerdo político de todos los miembros del MI.
11. **Inestable.** Aunque la voluntad de la OCDE sea estabilizar el sistema fiscal internacional (OCDE, 2020, p. 8), se introduce marginalmente el paradigma de la fiscalidad unitaria sobre el antiguo, generando un híbrido cuya sostenibilidad se antoja complicada.

### 3.3. Pilar 2: el Global anti-Base Erosion Tax (GloBE)

El Pilar 2 se dedica a todas las cuestiones de BEPS no resueltas todavía y distintas de la fiscalidad digital. Asumiendo que, pese a las reglas de BEPS, siguen transfiriéndose beneficios a territorios de conveniencia, concede el derecho de gravar esos beneficios transferidos que, en virtud de tratados o de la legislación nacional del país de destino, no hayan sido efectivamente sometidos a tributación. Inspirado en los impuestos anti-BEPS anglosajones, contiene un conjunto de reglas coordinadas para retrotraer las bases expatriadas. Con ello, se mantiene en el territorio de residencia una parte significativa de los beneficios, gravándolos cuando otras jurisdicciones no hayan ejercido su derecho de gravamen o, en general, las rentas se hayan visto sometidas a bajos niveles de imposición. El impuesto se complementa con otra regla que dificulta o deniega la deducción de pagos que erosionan la base (sobre todo, intereses, cánones y pagos por servicios) y que protege especialmente a los países de la fuente.

La primera propuesta de *GloBE* se presentó en enero (2019a) y ha madurado rápidamente. Se sometió a una consulta pública en marzo de 2019, precedida por un documento público el 13 de febrero (2019b), que aclara que el componente internacional de esta medida es que, más allá de que se implemente mediante leyes nacionales, requiere cambios a los tratados porque es preciso coordinar la aplicación de estas reglas para evitar que se produzca doble imposición si dos o más países aplican simultáneamente reglas de no deducción o de inclusión de rentas. Los numerosos comentarios recibidos llevaron a plantear un programa de trabajo en mayo (2019f). Una nueva consulta se celebró en diciembre de 2019, previa publicación de un borrador para comentarios (2019g) y finalmente se actualizó en enero de 2020. A partir de la constatación de que existen rentas que se han trasvasado a otros territorios, pero que allí no se han gravado efectivamente, se propone reintegrar esas bases al territorio de la residencia con estos mecanismos:

### 3.3.1. Regla de inclusión de rentas

De modo análogo a las reglas de compañías foráneas controladas (CFC), conocida en nuestra ley como «transparencia fiscal internacional», las reglas de inclusión de ingresos obligan a una sociedad a integrar en sus bases rentas transferidas a una entidad vinculada si ese ingreso no está sujeto a un gravamen mínimo efectivo en el lugar de residencia, reduciendo el incentivo para trasladar rentas a territorios de baja imposición mediante estructuras como supercapitalización de entidades en paraísos fiscales u *offshorization* de intangibles o de riesgos.

Se precisa primero acordar cuál es tipo efectivo mínimo de gravamen, todavía bajo discusión, y fijar un procedimiento para calcular si se ha pagado esa tasa mínima, lo cual será difícil teniendo en cuenta los diferentes estándares contables y los ajustes fiscales aplicables, incluyendo diferencias temporales y permanentes. Las reglas de aplicación deberían reducir los ajustes para minimizar la complejidad y los costos de cumplimiento, tanto para los contribuyentes como para las administraciones. Otras cuestiones son cómo atacar las técnicas de *blending* (combinar ingresos sometidos a alta y baja fiscalidad para ajustar la tributación efectiva a la tasa mínima legal), o la necesidad de excluir del cómputo rentas que están sujetas a regímenes fiscales de vigilancia especial, como las *patent box* de la Acción 5 de BEPS.

### 3.3.2. Regla *switchover* o de cambio de método de exención a imputación

Otra técnica para asegurar la imposición en origen es dejar de aplicar el método de exención de las rentas generadas en EP o filiales y pasar a de deducción en residencia de las cuotas efectivamente soportadas. Este cambio solo afectaría a tratados donde se conceda la utilización del método de exención o se reconozcan ambos, y sería preciso modificarlos.

### 3.3.3. Regla de pagos que erosionan la base

Deniega la deducibilidad de los pagos hechos a entidades del grupo que tributen por debajo de un umbral mínimo, de forma similar a las reglas antiparaíso. Mientras que la regla de inclusión de ingresos protege fundamentalmente al país de la matriz, la regla de pagos que erosionan la base favorece a las jurisdicciones de residencia al negar una deducción o hacer un ajuste equivalente con respecto a los pagos intragrupo. Esta regla se puede diseñar de modo absoluto, es decir, limitando la deducción de pagos a entidades vinculadas por intereses, cánones, cargos por servicios, etc., o bien de modo relativo, teniendo en cuenta no solo la naturaleza del pago, sino la contribución efectiva de la receptora de la renta.

### 3.3.4. Regla de «sometido a impuesto»

Toma su nombre del tenor de los convenios en los artículos de intereses y cánones. Tradicionalmente «sometido a impuestos» no se ha interpretado literalmente, como efectivamente sujeto, sino como formalmente sujeto. Ahora, se propone una interpretación literal y denegar los beneficios del tratado si las rentas que no se han gravado (o lo han hecho a un nivel muy bajo) en el otro Estado. La regla plantea dudas sobre si se aplicará solo a entidades vinculadas o a todas, la definición de la vinculación en el caso afirmativo, y el umbral mínimo de tributación que se consideraría razonable para entender que está efectivamente sujeto.

### 3.3.5. Funcionamiento del impuesto

Con todas las rentas «devueltas» al país de origen, se conforma una base a la cual se aplicará el tipo de gravamen del *GloBE*, hoy por hoy pendiente de decidir. En la práctica, la matriz calculará las rentas de las filiales y será responsable de que estén pagando un impuesto mínimo en cada país donde esté establecido, por encima de un umbral pendiente de determinar. Diseñar el *GloBE* es difícil porque tiene que cumplir con las normas de los tratados y respetar las libertades fundamentales de la Unión Europea. Además, implica complicaciones técnicas nada desdeñables, como el uso de los estados financieros para determinar la base a nivel mundial cuando no hay un estándar contable único en el mundo, el nivel mínimo aceptable para la tributación de una multinacional que tenga negocios en países de alta y baja tributación, o las exenciones y exclusiones. El impuesto funcionaría como un impuesto mínimo alternativo, y las reglas se implementarían mediante cambios en la legislación doméstica y en los tratados, necesitando de un orden de prelación o de aplicación subsidiaria para evitar la doble imposición.

## 4. Mirando al futuro

En esta sección examinamos la sostenibilidad de las medidas propuestas, algo fundamental en una reforma que se justifica por la necesidad de estabilizar el sistema fiscal inter-

nacional (2020, p. 8). Como se argumenta en el epígrafe 2.2, el impuesto sobre sociedades está afectado no solo por la digitalización, sino también por la globalización, con una serie de problemas recopilados por el FMI (2019) y el Banco Mundial (2019). La pregunta que cabe es si la propuesta del MI va a resolverlos de forma permanente.

Tabla 2. Problemas fundamentales de la fiscalidad internacional

- a) El considerar que solo hay nexo si existe presencia física.
- b) Las múltiples limitaciones de los precios de transferencia, que permiten a las multinacionales seguir extrayendo rentas de la fuente sin contribuir a las arcas locales.
- c) La pervivencia de la competencia fiscal entre naciones (*the race to the bottom*).
- d) La distribución de los derechos de imposición entre los países de residencia y fuente, problemas especialmente serios para las economías en desarrollo porque los tratados fiscales les han impuesto cesiones de soberanía, carecen de instrumentos legales adecuados y de recursos administrativos suficientes para luchar contra la elusión fiscal, y se mueven en un marco de creciente complejidad que agrava sus carencias.

## 4.1. Imposición mínima

Establecer impuestos mínimos sobre la inversión de salida (*outbound investment*), algo que hace el Pilar 2, no solo protege las bases imponibles en la jurisdicción de residencia de la matriz, además tiene efectos favorables en las jurisdicciones de la fuente, siempre que sean territorios de fiscalidad normal, porque teóricamente limita la competencia fiscal: el incentivo a conceder vacaciones fiscales por parte de los países importadores de capital no debería existir ya, pues las rentas que no paguen en el país de la fuente pagarán en residencia.

Igualmente positiva es la propuesta, también del Pilar 2, de exigir una tributación mínima a la salida de rentas en los países importadores de capital, especialmente para los países en desarrollo, con menor capacidad administrativa. Estos tributos existen ya, en buena medida, en la legislación de la mayoría de los países (en normas antiparaíso, de subcapitalización, de precios de transferencia, etc.) pero no son muy eficaces. Una formulación más sistemática debería mejorarlos. El único problema es una posible disuasión de la inversión extranjera, algo que podría solventar un tratado multilateral de amplio alcance. La imposición mínima combinada entre residencia y fuente plantea un frente común contra los territorios *offshore*, los cuales, considerando también las normas de transparencia e intercambio de información tributaria, tendrán que reorientarse hacia servicios como el turismo o una industria financiera competitiva para garantizar su sostenibilidad, pero en general esto no afecta a la estabilidad del sistema fiscal internacional.

## 4.2. Enervación del principio de entidad separada

Menos estable parece la mezcla del principio de plena competencia con la fiscalidad unitaria, porque son modelos antitéticos. El principio de entidad separada, consagrado en la legislación nacional de la mayoría de los países y en la práctica totalidad de los convenios de doble imposición, niega la relevancia fiscal del grupo consolidable, fijándose exclusivamente en el beneficio que quepa atribuir a cada entidad por separado<sup>32</sup>, pero el principio de entidad separada y el modelo de retribución a los factores de producción han demostrado ser una base inadecuada para avanzar de verdad, porque la ubicación de los factores es sumamente manipulable (FMI, 2019a, p. 1). Por eso ahora las multinacionales digitales pasan a tratarse como un sujeto único, estableciendo mecanismos de coordinación de las administraciones y reparto de los beneficios con una fórmula predeterminada. La solución puede ser pragmática, pero no es sólida porque se hace sin abandonar el principio de entidad separada y las relaciones bilaterales como fundamento dominante. Como se ha argumentado en el epígrafe 3.2.7, la solución híbrida generará mayor complejidad, inseguridad jurídica y oportunidades de planificación.

El principio de plena competencia constituye un expediente técnico extremadamente útil para resolver las complejas cuestiones que implicaría determinar la base imponible mundial de un grupo multinacional y asignarla a cada uno de los territorios donde genera valor, lo cual lo convirtió en dogma hasta fecha muy reciente. Pese a las invitaciones de la doctrina a aplicar fórmulas alternativas (Avi-Yonah *et al.*, 2009), los redactores de BEPS excluyeron desde el inicio cualquier cambio a los precios de transferencia (OCDE, 2013, p. 16). Sin embargo, ya no se pueden seguir ocultando sus importantes carencias, como la incapacidad para capturar las sinergias entre entidades dentro de un grupo, o su utilización abusiva por las multinacionales. En consecuencia, ahora el importe A del Pilar 1 da relevancia fiscal al grupo, convirtiéndolo en un sujeto pasivo único, aunque la doctrina oficial es todavía que el método formulario ni tiene una superioridad técnica respecto del principio de plena competencia, ni su aplicación práctica estaría exenta de dificultades (1.16 a 1.32 de las Directrices, OCDE, 2017b). La solución unitaria solventaría el problema, reconocido hasta por la propia OCDE (2019a, párr. 7) de que las reglas de Precios de Transferencia funcionan bien para transacciones rutinarias pero no para la atribución de beneficios no rutinarios a intangibles, y de que extender el principio de plena competencia a todas las situaciones es fuente de complejidad y conflicto. Por tanto, una solución más clara y administrable es positiva, especialmente para los países en desarrollo. El problema está en la muy reducida extensión de la parte de las rentas que se canalizan por el modelo unitario-formulario, limitada a la economía digital, que no llega al 10 % del beneficio residual de las multinacionales<sup>33</sup>. No

<sup>32</sup> Sin perjuicio de que la legislación nacional pueda admitir la tributación consolidada de las entidades residentes integrantes de un grupo, como hace nuestra Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, en los artículos 55 a 75.

<sup>33</sup> El estudio del FMI sobre los aspectos económicos del beneficio residual de las multinacionales abarca agricultura, pesca y bosques, construcción, finanzas, seguros, fabricación, comercio minorista, servicios,

parece que los argumentos para dejar de aplicarla al transporte, la fabricación y distribución de bienes de consumo, la industria farmacéutica, financiera y aseguradora, u otras muy internacionalizadas, sean suficientemente sólidos. Al contrario, en cada oportunidad para promover una reforma se manifestará la tensión por extender el modelo unitario-formulario a cualquier negocio multinacional.

### 4.3. Perspectiva sintética de la creación del valor

Otro punto de fricción es haber alterado el modelo de asignación de bases a territorios desde una visión analítica o del valor añadido, que retribuye a los factores en la cadena de producción, a una visión sintética o de asignación por el mercado, que no considera la ubicación de los elementos que añaden valor, sino la clientela. La propuesta de asignar bases a los territorios en razón del mercado es bastante radical porque incluso ideas tan innovadoras para asignar bases a territorios sin EP como «intangibles de comercialización» e incluso «contribución de los usuarios», que ha examinado el Grupo de Trabajo de la Economía Digital, son consistentes con el modelo tradicional al atribuir valor a factores de producción que pueden adscribirse a un territorio; en cambio la propuesta de Presencia Económica Significativa, que se ha impuesto, abandona el modelo tradicional de asignación de valor a los factores de producción para confiar solo en el mercado. No carece de lógica; si el mercado determina el nexo, es razonable que también sirva para asignar bases. El problema es que la propuesta del MI es una estación intermedia en el viaje hacia la asignación de valor por la clientela, siendo su término final el impuesto sobre sociedades en destino (Auerbach *et. al.*, 2017), que ya estuvo muy cerca de imponerse en EE. UU. en la reforma de Trump (Weisbach, 2017). En los trabajos preparatorios del MI<sup>34</sup> se aprecia cómo la atribución parcial de rentas a territorios utilizando los factores de producción (80 %) y mercado (20 %) es arbitraria.

Puede argumentarse que la solución híbrida es buena porque toma lo mejor de cada alternativa. Por ejemplo, mantener un vínculo con los factores de producción ofrece a los países en desarrollo de una base conceptual para gravar los recursos naturales y la industria extractiva. Ahora bien, también generará problemas de vulnerabilidad a las tácticas de planificación porque persisten e incluso aumentan los incentivos a la manipulación estratégica de los factores de producción por las multinacionales y al comportamiento estratégico por los países, que pueden poner tipos de gravamen diferenciados al beneficio rutinario y al residual.

---

transporte, comunicación y energía, comercio al por mayor y otras actividades industriales. De las 8.800 grandes multinacionales que analiza, las digitales serían parte de las 841 de servicios y de las 673 de comercio minorista (2020, p. 13).

<sup>34</sup> En los cálculos de impacto publicados en el *webcast* del 13 de febrero de 2020.

## 4.4. El modelo de relaciones fiscales bilaterales

Otro concepto que será difícilmente sostenible es el modelo de relaciones fiscales bilaterales, por la simple razón de que no es adecuado a una economía globalizada. Lo lógico es que las relaciones fiscales internacionales se rijan por un tratado multilateral, como fue la intención originaria del Comité de Expertos de Naciones Unidas en 1921, de la Organización para la Cooperación y Seguridad en Europa en 1958 y de su sucesor, la OCDE, en 1963. A diferencia del enfoque de pares de relaciones bilaterales amparadas en una norma multilateral como el de la Acción 15 de BEPS o en el intercambio automático de información financiera, ahora la OCDE está promoviendo un verdadero<sup>35</sup> tratado multilateral para el importe A, pero quiere seguir con relaciones bilaterales para todo lo demás. La OCDE no argumenta la superioridad técnica de la bilateralidad, lo que hace pensar en razones políticas, como mantener las concesiones hechas por los países en desarrollo, presumiblemente difíciles de lograr otra vez en un escenario donde se hiciera *tabula rasa* de lo pactado hasta ahora. Técnicamente, la solución multilateral limitaría la complejidad, las dificultades de administración, y la dispersión de los tratados bilaterales (Lepard, 1999, p. 62). El nuevo recurso fiscal exige un nuevo instrumento por razones sustantivas –los tratados vigentes impiden el gravamen de rentas empresariales de no residentes sin EP– y de procedimiento, pues el marco de aplicación del nuevo recurso fiscal es multilateral por naturaleza. Si es deseable para el importe A, no se comprende por qué no sería bueno un tratado multilateral único, elaborado a partir de los modelos de OCDE y Naciones Unidas, que fije las reglas, las uniformice y simplifique su aplicación.

## 4.5. Conclusión

En su conjunto, la reforma se antoja corta. De acuerdo con el FMI, los beneficios declarados por las 10.000 multinacionales más grandes del mundo ascendieron a 5,3 trillones, pero en esa cifra se engloban todas las MNE, no solo las digitales, y todos los beneficios, no solo el residual. La OCDE deja los beneficios de la reforma en el 4 % de los ingresos mundiales por el impuesto sobre sociedades, lo que serían 100.000 millones de dólares por año (*webcast* de 13 de febrero de 2020), pero ese importe engloba no solo el nuevo derecho digital, también el nuevo gravamen mundial anti-BEPS. Desglosando entre ambos, según sus propias cifras (13 de febrero de 2020, p. 20) al impuesto digital corresponde solo un 0,7 %, lo que equivaldría a 17,500 millones, una cifra demasiado magra.

El importe en última instancia dependerá de la negociación política en asuntos como el umbral de sujeción (¿750 millones de euros?), el método de cálculo del beneficio residual (¿sobre activos, sobre ventas, sobre costo de los bienes vendidos?), y la porción del beneficio residual que se asigna al mercado (¿80/20?). Dado que los beneficios residuales

<sup>35</sup> *A true multilateral convention* (OCDE, 2020, p. 20).

a nivel mundial están concentrados en EE. UU., Reino Unido, Japón, China y Hong Kong, pues albergan el 1 % de las empresas más grandes y un tercio de los beneficios residuales a nivel mundial (FMI, 2019b, p. 46), si se quiere que esos países firmen es previsible que la negociación política lleve a drásticas reducciones del *quantum* del importe A.

Desde el punto de vista conceptual o de los fundamentos de la fiscalidad societaria internacional, la propuesta resulta ambigua. Introduce elementos muy novedosos como la imposición unitaria y la asignación por el mercado, pero lo hace de una forma casi experimental, intentando minimizar los daños al sistema, que en su mayoría conserva los rasgos tradicionales, por lo que las multinacionales podrán seguir navegando el sistema con amplio margen de discrecionalidad.

No se brinda tampoco una solución al problema de residencia y fuente. Ciertamente es que la asignación de algunos rendimientos a jurisdicciones de mercado es un avance en la dirección de la equidad fiscal entre naciones, pero todo lo demás queda inalterado. Ya el tratado multilateral de la Acción 15 de BEPS fue una oportunidad perdida para abordar un nuevo marco de relaciones fiscales internacionales, y parece que en el que se anuncia para repartir el recurso digital, los avances no van a ser mayores.

Podrá argumentarse que, pese a todo, la propuesta materializa importantes avances respecto del inmovilismo actual, pero ese pragmatismo no debería ocultar la frustración por no haber alcanzado cotas de mayor altura. Considerando que a los países en desarrollo se les pide que, a cambio de su participación en el nuevo recurso, sigan manteniendo las concesiones fiscales en los tratados bilaterales existentes y que renuncien a implementar medidas unilaterales para gravar a las multinacionales de la economía digital, veremos si el resultado final es satisfactorio para todos o se puede decir, con Horacio, que *parturient montes, nascetur ridiculus mus*.

## Referencias bibliográficas

- Auerbach, A.; Devereux, M.; Keen, M. y Vella, J. (2017). Destination-Based Cash Flow Taxation. *Oxford Centre for Business Taxation, Working Paper 17-01*. Recuperado de <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2908158](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2908158)>.
- Avi-Yonah, R. (2005). All of a Piece Throughout: The Four Ages of U.S. International Taxation. *Virginia Tax Review*, 25 (2).
- Avi-Yonah, R.; Clausing, K. y Durst, M. (2009). Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split. *Florida Tax Review*, 9 (5), 497-553. Recuperado de <<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1773&context=articles>>.
- Banco Mundial. (2019). *International Tax Reform, Digitalization, and Developing Economies*. [PDF] Recuperado de <<http://documents.worldbank.org/curated/en/735001569857911590/pdf/International-Tax-Reform-Digitalization-and-Developing-Economies.pdf>>
- Beer, S.; Mooij, R de; Hebous, S.; Keen, M. y Liu, L. (2020). *Exploring Residual Profit Allocation*. FMI, febrero 2020. Recuperado de <<https://www.imf.org/~media/Files/Publications/WP/2020/English/wpia2020049-print-pdf.ashx>>.
- Cinco Días. (12 de octubre de 2018): *Airbnb solo pagó 72.000 euros en el impuesto de sociedades en 2017*. Recuperado de <[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/10/11/companias/1539254190\\_379579.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/10/11/companias/1539254190_379579.html)>.
- Columbus, L. (28 de abril de 2020). *How Covid-19 is transforming E-Commerce*. Forbes. Recuperado de <<https://www.forbes.com/sites/louiscolumbus/2020/04/28/how-covid-19-is-transforming-e-commerce/>>.
- Comisión Europea. (2017). *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo: Un sistema impositivo justo y eficaz en la Unión Europea para el Mercado Único Digital*. Recuperado de <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0547>>.
- Congreso de EE.UU. (2018). *Tax Cuts and Jobs Act*. Recuperado de <<https://www.congress.gov/115/bills/hr1/BILLS-115hr1enr.pdf>>.
- El Correo de Andalucía. (22 de enero de 2020). *El Corte Inglés venderá o cerrará 25 centros comerciales*. Recuperado de <<https://elcorreoweb.es/economia/el-corte-ingles-vendera-o-cerrara-25-centros-comerciales-JC6253931>>.
- EIDerecho.com. (19 de febrero de 2020). Recuperado de <<https://elderecho.com/proyectos-ley-los-impuestos-servicios-digitales-transacciones-financieras>>.
- El Mundo. (7 de marzo de 2018). *El Corte Inglés se planta frente a AMAZON: «No puede ser que nosotros paguemos impuestos y ellos no»*. Recuperado de <<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2018/03/06/5a9ec40e468aeb267e8b45de.html>>.
- Expansión. (21 de enero de 2020). *Emmanuel Macron y Donald Trump pactan una tregua sobre la Tasa Google para evitar una escalada en la guerra comercial*. Recuperado de <<https://www.expansion.com/economia/2020/01/21/5e26cd01468aebf5678b45a0.html>>.
- Fernández, E. (15 de septiembre de 2019). *Gigantes digitales, impuestos minúsculos: Google, Apple, Facebook y Amazon pagan 23,9 millones al año*. Recuperado de <<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2019/09/15/5d7be3c6fdddf34208b45ad.html>>.

- Fondo Monetario Internacional. (2019a). Corporate Taxation in the Global Economy. *Policy Paper No 19/007*. Washington D.C. Recuperado de <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2019/03/08/Corporate-Taxation-in-the-Global-Economy-46650>>.
- Fondo Monetario Internacional. (2019b). *Tributación Internacional de Empresas*. Documento de Política del FMI. Recuperado de <<https://www.imf.org/~media/Files/Publications/PP/2019/Spanish/PPSA2019007.ashx>>.
- Global Finance Magazine. (29 de agosto de 2019). *World's Largest Companies 2019*. Recuperado de <<https://www.gfmag.com/global-data/economic-data/largest-companies>>.
- Gobierno de Australia. (2017). *El Diverted Profit Tax*. Recuperado de <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2017A00021>>.
- Gobierno de Francia. (2019). LOI n.º 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés.
- Group of 24. (2017). *Proposal for Addressing Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*. Recuperado de <[https://www.g24.org/wp-content/uploads/2019/03/G-24\\_proposal\\_for\\_Taxation\\_of\\_Digital\\_Economy\\_Jan17\\_Special\\_Session\\_2.pdf](https://www.g24.org/wp-content/uploads/2019/03/G-24_proposal_for_Taxation_of_Digital_Economy_Jan17_Special_Session_2.pdf)>.
- HMRC. (2018). *Diverted Profits Tax, Guidance*. Recuperado de <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/768204/Diverted\\_Profits\\_Tax\\_-\\_Guidance\\_\\_December\\_2018\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/768204/Diverted_Profits_Tax_-_Guidance__December_2018_.pdf)>.
- HMRC. (2019). *Introduction of the new Digital Services Tax*. Recuperado de <[www.gov.uk/government/publications/introduction-of-the-new-digital-services-tax/introduction-of-the-new-digital-services-tax](https://www.gov.uk/government/publications/introduction-of-the-new-digital-services-tax/introduction-of-the-new-digital-services-tax)>.
- Hongler, P. y Pistone, P. (2015). *Blueprints for a new PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*. Research Papers, University of Vienna.
- KPMG. (2019). *French Digital Services Tax*. Recuperado de <<https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2019/french-digital-services-tax.pdf>>.
- KPMG. (2020). *Taxation of the Digitalized Economy. Developments summary*. Recuperado de <<https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2020/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>>.
- Lepard, B. (1999). Is the United States obligated to drive on the right? A multidisciplinary inquiry into de normative authority of contemporary international tax law using the Arm's Length Standards as a case study. *Duke Journal of Comparative & International Law* 43-190. Recuperado de <<http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol10/iss1/3>>.
- Matheson, T.; Perry V. y Veung, C. (2013). *Territorial vs. Worldwide Corporate Taxation: Implications for Developing Countries*. FMI Working Paper 13/205. International Monetary Fund.
- Naciones Unidas. (2017). *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. Recuperado de <[https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT\\_2017.pdf](https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf)>.
- OCDE. (2013a). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, Paris. Recuperado de <<https://doi.org/10.1787/9789264192744-en>>.

- OCDE. (2013b). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, Paris. Recuperado de <<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>>.
- OCDE. (2015). *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris. Recuperado de <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>.
- OCDE. (2017a). *Articles of the model convention with respect to taxes on income and on capital*. OECD Publishing, Paris.
- OCDE. (2017b). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- OCDE. (2019a). *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy note* [archivo PDF]. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>>.
- OCDE. (2019b). *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Public consultation document, 13 Feb. 1 March 2019*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>>.
- OCDE. (2019c). *Corporate Tax Statistics* [PDF]. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/corporate-tax-statistics-database.htm>>.
- OCDE. (2019d). *Action 11 Data Analysis*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action11/>>.
- OCDE. (2019e). *International Compliance Assurance Programme Pilot Handbook 2*. OECD, Paris. Recuperado de <[www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/international-compliance-assurance-programme-pilot-handbook-2.0.htm](http://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/international-compliance-assurance-programme-pilot-handbook-2.0.htm)>.
- OCDE. (2019f). *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. 28 de mayo de 2019. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>>.
- OCDE. (2019g). *Public consultation document Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) - Pillar Two*. 8 November 2019 – 2 December 2019. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf>>.
- OCDE. (2020). *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*. OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, [archivo PDF]. Recuperado de <[www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf)>.
- OCDE. (13 de febrero de 2020). *Webcast: Update on Economic Analysis and Impact Assessment*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/webcast-economic-analysis-impact-assessment-february-2020.htm>>.
- Page, T. (22 de febrero de 2017). *Digitisation and the future of work: what it means for unions*. Recuperado de <<https://touchstoneblog.org.uk/2017/02/digitisation-future-work-means-unions/>>.



The Tax Foundation. (2020). *Digital Tax Deadlock: Where Do We Go from Here?*

Weisbach, D. (2017). *A Guide to the GOP Tax Plan—The Way to a Better Way*. Univer-

sity of Chicago Law School. Recuperado de <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2893224](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2893224)>.