

El impuesto sobre sociedades en España y su engarce con el sistema de tributación internacional sobre los beneficios en el contexto de la globalización

Eduardo Sanz Gadea

*Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas
Graduado en Ciencias Políticas y de la Administración*

EXTRACTO

La presente colaboración es una reflexión respecto del papel y funciones del impuesto sobre sociedades en el contexto de la globalización. A tal efecto, alude a las propuestas más relevantes en orden a su adecuación a dicho contexto, ofreciendo una sucinta descripción de las mismas. La posibilidad de que, algunas de ellas, se conviertan en un futuro cercano en norma jurídica, acrecienta el interés por su conocimiento y debate.

Varias de esas propuestas proceden del ámbito político, y la doctrina las examina y comenta, otras proceden del ámbito doctrinal, y la política las apadrina y propulsa. Se produce así una ósmosis fructífera, vivificada por la crítica de ciertas organizaciones no gubernamentales creadoras de opinión pública.

A raíz de la Gran Recesión de 2008, la opinión pública ha vuelto su mirada hacia los posibles estragos que, para la financiación de su apreciado Estado de Bienestar, pudieran derivarse de la conducta fiscal de los grupos multinacionales, por más que un reproche indiscriminado seguramente sería inexacto. Con todo, el aguijón de la opinión pública ha tenido y tendrá una función primordial en la formulación de las políticas fiscales relativas a la configuración del impuesto sobre sociedades en el contexto de la globalización, como también lo ha tenido y tendrá en las estrategias fiscales de los referidos grupos.

Este movimiento de la opinión pública aporta elementos positivos para la realización de la justicia tributaria, pero también encierra el riesgo de propulsar decisiones políticas incongruentes con los principios subyacentes a la economía social de mercado, o de interferir en la adecuada aplicación de los tributos en el marco de la legalidad vigente. De ahí los merecimientos de un debate sosegado, al que, modestamente, pretende aportar algo la presente colaboración, la cual concluye con la propuesta de un impuesto, de carácter extrafiscal, cuyo objetivo es aliviar las tensiones del vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios.

Palabras clave: impuesto sobre sociedades; globalización; planificación; multilateralismo.

The Corporate Income Tax in Spain and its framing in the international taxation system on profits in the context of globalization

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

This collaboration reflects on the role and functions of Corporate Income Tax in the context of globalization. For that purpose, it refers to the most relevant proposals in order to adapt them to such context, by offering an outlined description thereof. The possibility of them to become a legal standard in the near future enhances the interest in their knowledge and discussion.

Some of these proposals stem from the political sphere while the doctrine studies and comments thereon. Others come from the doctrinal sphere and the political class adopts and enhances them. This produces a successful osmosis, vivified by the criticism of certain non-governmental organizations that create public opinion.

As a result of the Great Recession of 2008, the public opinion has turned its look to the possible harms that the fiscal behavior of multinational groups might cause to its appreciated Welfare State, while an indiscriminate reproach would be inaccurate. After all, the impact that the public opinion has had and will have plays an essential role in the formulation of fiscal policies related to the configuration of Corporate Income Tax in the context of globalization, as it also has had and will have in the fiscal strategies of the aforementioned groups.

This movement of the public opinion contributes to achieving tax justice, but also involves the risk of propelling inconsistent political decisions with the principles underlying the social market economy, or of interfering in the proper application of taxes in the current legal framework. Hence the merits of a quiet debate, with the one that this collaboration intends to contribute by reaching the proposal of an extra-fiscal tax in order to ease stress of the current international taxation system on profits.

Keywords: Corporate Income Tax; globalization; planning; multilateralism.

Sumario

Parte introductoria

1. La crisis del impuesto sobre sociedades
2. El impacto de la globalización en el impuesto sobre sociedades
 - 2.1. La competencia entre jurisdicciones fiscales
 - 2.2. Tensión en la aplicación del sistema de tributación internacional sobre los beneficios

Parte Primera. Síntesis de evolución legislativa. Desde el texto refundido de 1967 hasta la Ley 27/2014

Parte Segunda. Propuestas de reforma del impuesto sobre sociedades

1. El impuesto sobre sociedades tradicional y su inserción en el contexto de la fiscalidad internacional
2. Propuestas de reforma que afectan a la renta gravable o base imponible
 - 2.1. Comprehensive Business Income Tax (CBIT)
 - 2.2. Allowance for Corporate Equity (ACE)
3. Propuestas de reforma que versan sobre la distribución de la base imponible entre las jurisdicciones fiscales
 - 3.1. Adecuación al proyecto BEPS de la OCDE
 - 3.2. Destination-Based Cash Flow Tax (DBCFT)
 - 3.3. La Base Imponible Común Consolidada (BICIS)
 - 3.4. La fiscalidad de la economía digital
 - 3.4.1. Los trabajos de la OCDE
 - 3.4.2. Las propuestas de la Comisión
 - 3.4.3. Las medidas unilaterales

Parte Tercera. El impuesto sobre el resultado de explotación

1. Estructura del impuesto sobre el resultado de explotación
2. La función equilibradora del impuesto sobre el resultado de explotación
3. El impuesto sobre el resultado de explotación y el modelo CBIT

Parte Cuarta. El impuesto para la globalización

1. La pertinencia de mantener el sistema de tributación internacional sobre los beneficios de la OCDE
2. El impuesto para la globalización
 - 2.1. Contribuyente
 - 2.2. Base imponible
 - 2.3. Tipo de gravamen
 - 2.4. Créditos fiscales
 - 2.5. Papel y funciones del impuesto para la globalización

Parte Quinta. Conclusiones

Referencias bibliográficas

NOTA: La presente colaboración actualiza el escrito que fue redactado en vistas a la concesión del doctorado *honoris causa* por la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA). Silvia López Ribas ha tenido, una vez más, la amabilidad de revisar el texto, aportando valiosas sugerencias. Los errores y omisiones son de la exclusiva responsabilidad del autor.

Cómo citar este estudio:

Sanz Gadea, E. (2018). El impuesto sobre sociedades en España y su engarce con el sistema de tributación internacional sobre los beneficios en el contexto de la globalización. *RCyT. CEF*, 425-426, 37-122.

... en un mundo en el que la distancia se ha aniquilado por el progreso de la tecnología occidental... la tradición occidental de independencia soberana para docenas de nacionalidades separadas... amenaza ocasionar el hundimiento, sobre sí misma, de la casa en discordia. Y, sin embargo, el prestigio del Occidente en el mundo es aún lo bastante alto como para hacer todavía infeccioso el virus del nacionalismo occidental... La unidad política y social, extendida en todo el mundo, es necesaria para los hombres y para nuestra salvación actual...

Arnold J. Toynbee

El Mundo y el Occidente, p. 33

PARTE INTRODUCTORIA

El mercado es eficiente en la producción de la riqueza, pero deficiente en relación con su distribución (Lessnoff, 2011, p. 102). En una economía de mercado, los sistemas fiscales deberían paliar esa deficiencia sobre la base del principio de capacidad económica y del sostenimiento del Estado de Bienestar. El impuesto sobre sociedades está convocado a esa tarea.

1. LA CRISIS DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Por su potencia recaudatoria, el impuesto sobre sociedades no puede ser considerado como una figura señera. Tampoco por su engarce con la progresividad impositiva. Esas dos funciones las cumplen con mejor tino el impuesto sobre la renta de las personas físicas, por lo que hace a la recaudación y a la progresividad, y el impuesto sobre el valor añadido, en lo que concierne a la recaudación.

Sin embargo, el impuesto sobre sociedades recae sobre las entidades a quienes las personas físicas de mayor capacidad económica confían sus patrimonios y, lo que es más relevante, sobre las rentas obtenidas por el enjambre de entidades que integran los grupos multinacionales, generalmente operando ante muchas jurisdicciones fiscales. Las dos realidades apuntadas confieren al Impuesto sobre Sociedades un marchamo que rebasa la técnica tributaria para adentrarse en las praderas del conflicto político.

La teoría de la imposición asigna al impuesto sobre sociedades la función, principal, de formar un tejido continuo con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, de manera tal que ninguna manifestación de renta o de acrecentamiento patrimonial quede sin gravar (Sevilla Segura, 2004, lección 12). Para cumplir esta función, el impuesto sobre sociedades debiera recaer sobre cualquier aumento patrimonial de las entidades jurídicas, básicamente reflejado en el resultado contable, tener un tipo de gravamen no muy distanciado del marginal máximo de la esca-

la del impuesto sobre la renta de las personas físicas y, en fin, estar integrado, bajo alguna de las técnicas *ad hoc*, con este último tributo, al objeto de evitar la doble imposición de dividendos. Este modelo de impuesto sobre sociedades es el que, habitualmente, se califica como tradicional.

La realidad muestra que los impuestos sobre los beneficios existentes responden a ese modelo tan solo parcialmente. Esto se debe a que el impuesto sobre sociedades, en una economía abierta, más aún si está plenamente afectada por el fenómeno globalizador, atiende también a otros cometidos.

Así, cuando se está ante entidades jurídicas propiedad de accionistas que residen en otra jurisdicción fiscal, quiebra la idea de tejido continuo. En este caso, la teoría de la imposición indica que de lo que se trata es, simplemente, de gravar la renta derivada de las operaciones realizadas por tales entidades jurídicas. No habrá lugar a la preocupación integradora y la regla de relación de aproximación entre tipos de gravamen, decaea.

La globalización ha puesto sobre el tablero de las opciones de política fiscal la posibilidad de que se asigne al impuesto sobre sociedades la función de ser instrumento de captación de la inversión extranjera o, simplemente, de bases imponibles. Esta función, bien se comprende, no responde a la lógica de la configuración de un sistema tributario justo, sino al puro realismo de defender los intereses nacionales, o de determinados grupos de interés, aunque ello pudiera ir en perjuicio de jurisdicciones fiscales terceras.

En fin, la teoría de la imposición observa que el impuesto sobre sociedades debe cumplir las funciones que se le asignen sin perturbar las decisiones de los agentes económicos y, a ser posible, encauzándolas de acuerdo con las prioridades de la política económica.

La contradicción, más o menos radical, entre algunas de las funciones enunciadas, así como el debate sobre la estructura impositiva más eficiente para ejecutarlas, está en la base de un conjunto de propuestas reformadoras del impuesto sobre sociedades, emanadas de los organismos internacionales y de los teóricos de la imposición. En este sentido, puede decirse que el impuesto sobre sociedades está en crisis.

Esa crisis se manifiesta en varias parcelas:

- La concerniente a la definición de la renta gravable.
- La relativa a su relación con los restantes impuestos del sistema tributario, señaladamente con el impuesto que grava la renta de las personas físicas.
- La que versa sobre la distribución de la renta de las empresas multinacionales entre las distintas jurisdicciones fiscales en las que operan.
- La que atañe a su relación con la producción normativa o casi normativa de las instancias internacionales, en particular con el ordenamiento comunitario.
- La referida a su función como instrumento de política fiscal.

La primera es la más antigua de las tres. Tal vez pueda situarse su nacimiento en el Informe Meade (1980), y su posterior auge teórico en el Informe Mirrlees (2013), así como en las aportaciones de ciertos autores en materia de imposición (Albi, 2017). Con todo, podría decirse que ha estado aletargada hasta la reciente oleada de normas restrictivas de la deducción de intereses, y de la popularización de los denominados «instrumentos financieros híbridos».

La segunda deriva de la adaptación de los sistemas fiscales a las restricciones que impone la libertad de movimiento de capitales, motor esencial de la globalización junto con la revolución de las telecomunicaciones y el espectacular aumento de la eficiencia de los medios de transporte. Su manifestación más conspicua ha sido el auge de los sistemas duales de imposición y el correlativo decaimiento de la integración entre los dos tributos que gravan la renta.

La tercera estalla tras la crisis económica de 2008, denominada por Krugman como la «Gran Recesión», los escándalos financieros que la acompañaron, y los requerimientos de la denominada «consolidación fiscal». Tiene dos facetas. La primera, y sin duda la más relevante, aunque en estado incipiente, versa sobre la idoneidad del vigente sistema internacional de tributación sobre los beneficios de las empresas para asignar correctamente entre las distintas jurisdicciones fiscales las rentas de las empresas, en particular de las procedentes de la economía digital. La evidente falta de consenso internacional implica una grave amenaza para dicho sistema (OCDE, 2018). La segunda, se nutre de las preocupaciones originadas por las mermas recaudatorias derivadas de la denominada «planificación fiscal agresiva», habiendo sido examinada, básicamente, en los informes de la OCDE integrantes del proyecto BEPS¹, y en estudios patrocinados por la Comisión de la Unión Europea (UE) (2017a y 2017b), así como en directivas dirigidas a poner coto a las estrategias de desviación artificial de los beneficios de los grupos de empresas multinacionales².

La cuarta se viene desarrollando, de manera paulatina, al hilo de la producción de normas o recomendaciones por parte de organismos internacionales, tales como la OCDE, la UE y la Organización Mundial del Comercio (OMC). También, y de manera singular y relevante, de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (García-Herrera Blanco y Herrera Molina, 2005). En su conjunto, ponen en marcha una tendencia armonizadora, pero también una pérdida de soberanía en lo relativo al establecimiento y aplicación de la normativa tributaria (Quintas Bermúdez, 2017).

La quinta también es hija de la globalización. En un mundo con fronteras políticas pero no económicas, la instrumentación de políticas fiscales deviene más compleja e interdependiente. La reciente reforma fiscal norteamericana proporciona un ejemplo de esa interdependencia³.

¹ Estimación del proyecto BEPS: entre el 4 y el 10% de la recaudación agregada de la tributación sobre los beneficios, esto es, entre 100.000 y 240.000 millones de dólares. Estimación de Dover, para la UE: 17% de la recaudación agregada de la tributación sobre los beneficios en la UE, esto es, entre 50.000 y 70.000 millones de euros.

² Directiva 2016/1164/UE, Directiva 2017/952/UE, Directiva 2011/16/UE.

³ Véase la carta dirigida al secretario del Tesoro por los ministros de Hacienda alemán, británico, francés, italiano y español, en la que le indican el carácter perturbador de ciertas medidas.

2. EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La globalización ha incidido en la tributación de los beneficios de las empresas de dos modos:

- Impulsando procesos de competición o competencia entre jurisdicciones fiscales, dirigidos a atraer actividades económicas o financieras a sus respectivos territorios o, simplemente, bases imponibles.
- Sometiendo a una fuerte tensión al sistema de tributación internacional sobre los beneficios, concretada en la desviación de rentas hacia entidades que tributan en régimen de privilegio.

Rememorando el célebre trilema de la globalización de Rodrik (2012, p. 219), es fácil advertir que las dos incidencias derivan de la confrontación de la soberanía estatal y la política democrática con la hiperglobalización.

2.1. LA COMPETENCIA ENTRE JURISDICCIONES FISCALES

Entre los factores que los grupos de empresas multinacionales toman en consideración para establecerse en un determinado país o territorio, sea mediante sociedades filiales o sucursales, está la tributación sobre los beneficios, de manera tal que los Estados, cuando diseñan dicha tributación, están atentos a su impacto sobre las estrategias de aquellos grupos. Aquí está el origen de lo que se ha denominado la competencia fiscal (Rodrik, 2012, p. 212).

Son manifestaciones de la competencia entre jurisdicciones fiscales:

- El descenso sostenido de los tipos de gravamen del impuesto sobre sociedades, ligeramente contenido en el último quinquenio, pero que parece retomar fuerza a raíz del *brexit*⁴, de la presidencia de Trump⁵, y de la mayoría legisladora republicana⁶. En efecto, el tipo de gravamen en los Estados Unidos finalmente ha descendido desde el 35% al 21%⁷. El peso de la economía norteamericana confiere un valor excepcional a ese espectacular descenso, así como al resto de medidas destinadas a

⁴ El tipo nominal de gravamen para 2017 será el 20%, y se ha anunciado por el canciller la intención de situarlo en el 17%, a tenor de los resultados de la negociación de la separación de la UE (*International Bulletin of Fiscal Documentation*).

⁵ *Potential US Tax Reform. The Trump Proposal*, situaría el tipo nominal de gravamen en el 15%.

⁶ *A Better Way: Our Vision for a Confident America*, situaría el tipo nominal de gravamen en el 20%.

⁷ Tax Cuts and Jobs Act (H.R.1).

aliviar la tributación de las entidades (Spengel *et al.*, 2017). Ni la Unión Europea ni la OCDE han tenido, ni tienen, entre sus proyectos establecer una horquilla dentro de la cual hubieran de situarse los tipos de gravamen y, sin embargo, ese elemento tributario es crucial en la competencia fiscal (Devereux *et al.*, 2012)⁸.

- La introducción de regímenes fiscales privilegiados, destinados a la atracción del establecimiento de sociedades de los grupos multinacionales, a duras penas contenidos por el Código de Conducta de la Unión Europea y por el proyecto de la OCDE sobre competencia fiscal desleal.
- La extensión del método de exención de dividendos y plusvalías de cartera, por oposición al método de imputación. El último Estado miembro de la UE que se adhirió al método de exención fue el Reino Unido, en 2009. Estados Unidos, gran valedor antaño del método de imputación, ha establecido recientemente el método de exención⁹.
- La proliferación de medidas defensivas, esto es, de normas que tratan de hacer frente a la competencia fiscal de otras jurisdicciones fiscales.

2.2. TENSION EN LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS BENEFICIOS

El sistema de tributación internacional sobre los beneficios en vigor, del que más adelante se describirán sus elementos básicos, es el auspiciado por la OCDE. Este sistema, nacido en el marco del contexto de relaciones económicas y financieras amparadas por el denominado «consenso de Bretton Woods» (Rodrik, 2012)¹⁰, en la actualidad ha de aplicarse en el contexto de la liberalización comercial patrocinada por las reglas de la OMC y de la libertad de movimiento de

⁸ «Motivated by significant reforms to corporation taxes in OECD countries over the last twenty years, we have investigated the extent to which governments set such taxes in response to each other. We have found strong evidence that they do respond to changes in other countries' taxes. More specifically, we identify in our theoretical model two possible forms of tax competition: over statutory tax rates for mobile profit and over effective marginal tax rates (EMTRs) for capital. We derived testable predictions about the resulting two-dimensional reaction functions, and took these predictions to the data. In the empirical work, we found strategic interaction in both forms of tax rate, but especially in the statutory tax rate. Moreover, our results indicate that the strategic interaction in statutory rates is not well-explained by other theories (such as yardstick competition or common intellectual trends), since it is generally present only between open economies without significant capital controls: thus, it is best explained in terms of competition over mobile profit, as described in our theoretical model».

⁹ Tax Cuts and Jobs Act (H.R.1).

¹⁰ Liberalización comercial y de flujos de capital limitada, con libertad de los gobiernos para desempeñar sus políticas comerciales y de Estado de Bienestar.

capitales, bajo los criterios del denominado «consenso de Washington»¹¹. Buena parte de las tensiones que seguidamente se citan traen su causa, precisamente, del cambio contextual:

- Multiplicación de las relaciones comerciales entre entidades del grupo multinacional, con el florecimiento de nuevos modelos de negocio, y correlativo aumento de las dificultades para determinar el valor de mercado de tales relaciones, ante la ausencia de comparables fiables.
- Incremento de las dificultades para determinar la existencia de un establecimiento permanente, debido a la expansión de la economía digital y de la tecnología de las comunicaciones, de manera tal que frente a la presencia física propia del Modelo de Convenio de la OCDE, se dibuja la alternativa, todavía carente de una formulación precisa, de la presencia virtual o digital.
- Multiplicación de las relaciones financieras y de prestación de servicios entre las entidades de los grupos multinacionales, en algunos casos por motivos puramente fiscales, cuyas contraprestaciones operan a modo de vehículos para desplazar beneficios hacia entidades que disfrutaban de un régimen fiscal privilegiado.
- Proliferación de los supuestos de doble imposición o exceso de imposición y, por ende, de los conflictos entre las distintas jurisdicciones fiscales, y de estas con los grupos de empresas multinacionales.
- Prácticas exacerbadas de la denominada «planificación fiscal agresiva» (Comisión de la Unión Europea, 2017a).

Las tensiones precedentes, y sus nocivos efectos, se habían venido produciendo desde bastante tiempo atrás, pero su tratamiento no ha entrado en la agenda de las organizaciones internacionales hasta el estallido de la Gran Recesión. El G20 y la OCDE, en primer lugar, y a su estela la UE, han desarrollado, y continúan haciéndolo, proyectos al efecto, pero no debería perderse de vista el papel desempeñado por la opinión pública que, espolcada por ciertas organizaciones no gubernamentales¹², ha mostrado indignación y rechazo en relación con sonados episodios de planificación fiscal agresiva en los que se han visto involucradas ciertas compañías multinacionales¹³.

¹¹ El Consenso de Washington, formulado por el economista Williamson en 1989, consta de 10 puntos: disciplina presupuestaria; reorientar el gasto gubernamental a áreas de educación y salud; reforma fiscal con bases amplias y tipos bajos; desregulación financiera y tasas de interés libres; tipo de cambio regido por el mercado; comercio libre entre naciones; apertura a inversiones extranjeras directas; privatización de empresas públicas; desregulación de los mercados; seguridad de los derechos de propiedad.

¹² *Oxfam Intermon. Tax Justice Network*

¹³ *Starbucks, Google and Amazon grilled over tax avoidance* (BBC News, 12/11/2012). En el curso de la comparecencia de los responsables de dichas entidades la diputada británica Hodge: «We are not accusing you of being illegal» said Mrs Hodge, «we are accusing you of being immoral» (The Telegraph, 12/11/2012). Hodge también declaró, en términos puramente técnicos, que «One of our concerns is that the ability of global companies to choose where they put their costs and their profits gives them an unfair tax advantage that damages UK-based businesses».

A partir de aquí, el factor reputacional vinculado al cumplimiento de las obligaciones fiscales ha cobrado peso en las políticas de los grupos multinacionales.

PARTE PRIMERA. SÍNTESIS DE EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. DESDE EL TEXTO REFUNDIDO DE 1967 HASTA LA LEY 27/2014

¿Cómo ha afrontado el impuesto sobre sociedades español las crisis mencionadas? ¿Cómo se ha adaptado a los retos de la globalización? Para contestar a estas preguntas conviene mostrar la evolución en el tiempo de los elementos más relevantes del referido impuesto. A estos efectos se partirá del texto refundido de 1967¹⁴.

En los cincuenta años transcurridos desde el texto refundido de 1967 hasta nuestros días, la evolución legislativa del impuesto sobre sociedades puede resumirse en las siguientes proposiciones:

- Tres leyes básicas, a saber, la Ley 61/1978, la Ley 43/1995 y la Ley 27/2014, reformadas en numerosas ocasiones¹⁵.

¹⁴ Para un estudio de la historia de las etapas anteriores véase el Gota Losada (1989, capítulo Segundo, tomo I). Y para un estudio del régimen del texto refundido de 1967, Albiñana García-Quintana (1967).

¹⁵ Relación de las principales disposiciones legislativas relativas al impuesto sobre sociedades.

- Decreto 3359/1967 (en adelante TR 1967).
- Ley 61/1978. Reglamento de 1982.
- Ley 43/1995.
- Real Decreto-Ley 7/1996 y Real Decreto-Ley 8/1996. Ley 10/1996.
- Ley 6/2000.
- Ley 24/2001.
- Ley 46/2002.
- Ley 53/2002.
- Ley 36/2003.
- Ley 62/2003.
- Real Decreto Legislativo 4/2004 (en adelante TR 2004).
- Ley 35/2006.
- Ley 16/2007.
- Ley 4/2008.
- Real Decreto-Ley 12/2012 y Real Decreto-Ley 20/2012.
- Ley 16/2013.
- Ley 27/2014.
- Ley 22/2015.
- Real Decreto-Ley 3/2016 y Real Decreto-Ley 2/2016.

- El sujeto pasivo definido sobre el dato de la personalidad jurídica¹⁶. Exenciones subjetivas, totales o parciales, relativas, básicamente, al sector público y a entidades no lucrativas¹⁷.
- Reconocimiento de los grupos fiscales como sujeto pasivo, con progresivo ensanchamiento de su perímetro¹⁸.
- La residencia como nexo con la jurisdicción fiscal española. Regulación amplia de la residencia¹⁹. Nexo de establecimiento permanente para entidades no residentes en el impuesto sobre la renta de los no residentes (Lucas Durán y Blanco García, 2016).
- Afianzamiento de un modelo de relación con la contabilidad basado en la utilización del resultado contable como elemento nuclear para la configuración de la base imponible, evitando toda intromisión en las normas contables²⁰.

¹⁶ Criterios de sujeción pasiva.

- TR 1967: enumeración de formas jurídicas.
- Ley 61/1978: personas jurídicas.
- Ley 43/1995: personas jurídicas, excluidas las sociedades civiles; fondos varios sin personalidad jurídica.
- Ley 27/2014: personas jurídicas, excluidas las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil; fondos varios sin personalidad jurídica.

¹⁷ Criterios de exención subjetiva.

- TR 1967: sector público; formas jurídicas específicas (cooperativas, mutualidades, fundaciones...); enseñanza y arrendamiento de viviendas; IIC; tenencia de valores extranjeros.
- Ley 61/1978: sector público; formas jurídicas específicas (iglesias reconocidas, cruz roja, partidos...); prórroga de exenciones en régimen transitorio por 5 años y 10 años para arrendamiento de viviendas.
- Ley 43/1995: sector público; entidades no lucrativas parcialmente exentas.
- Ley 27/2014: sector público; entidades no lucrativas parcialmente exentas.

¹⁸ Grupos fiscales.

- Real Decreto-Ley 15/1977: grupo fiscal, sujeto pasivo, solo para entidades residentes, vigente hasta la Ley 43/1995, que recogió los rasgos básicos.
- Ley 43/1995: grupo fiscal, sujeto pasivo, solo para entidades residentes con 90%.
- Ley 24/2001: desciende el porcentaje al 75%.
- Ley 46/2002: integración de los establecimientos permanentes dominantes.
- Ley 16/2007: modificaciones técnicas.
- Ley 4/2008: modificaciones técnicas.
- Ley 16/2013: minoración de las pérdidas derivadas de la transmisión de la participación en el importe de las bases imponibles negativas compensadas.
- Ley 27/2014: puede ser dominante una entidad no residente, y formar parte del grupo las filiales y los establecimientos permanentes que domine, pero con perímetro local; porcentaje 75% o 70% para mercado regulado.

¹⁹ TR 1967: constitución, domicilio; Ley 61/1978, Ley 43/1995, Ley 27/2014: constitución, domicilio, sede de dirección efectiva.

²⁰ Relación con la contabilidad.

- Ampliación del elenco de ajustes respecto del resultado contable, con particular incidencia en materia de gastos financieros²¹, deterioros financieros²² y provisiones

-
- TR 1967: no especificada; enumeración de ingresos computables y gastos deducibles y no deducibles.
 - Ley 61/1978: no especificada; enumeración de ingresos computables y gastos deducibles y no deducibles; regulación detallada de incrementos y disminuciones de patrimonio al modo IRPF. Pormenorizada regulación de ingresos y gastos en el Reglamento de 1982. Derogación de las disposiciones reglamentarias con efectos sobre la contabilidad por el PGC de 1991.
 - Ley 43/1995: el resultado contable antecedente de la base imponible.
 - Ley 16/2007: la valoración por el valor razonable se incluye en la base imponible cuando se integre en el resultado contable.
 - Ley 4/2008: consecuencias fiscales del régimen de primera aplicación del PGC.
 - Ley 27/2014: el resultado contable antecedente de la base imponible; aumentan los ajustes extracontables.

21 Progresiva limitación a la deducción de intereses.

- TR 1967: gasto deducible, excepto asignaciones a cuenta partícipes.
- Ley 61/1978: gasto deducible, excepto asignaciones a cuenta partícipes.
- Ley 18/1991: antisubcapitalización (1/3).
- Ley 43/1995: antisubcapitalización (1/3), que fue declarada mediante sentencias de los tribunales de justicia incompatible con los convenios bilaterales por discriminatoria y también con la UE; la Ley 62/2003 la declara inaplicable en la UE.
- Real Decreto-Ley 12/2012: no deducción de intereses asociados a compra interna de participaciones; límite general del 30% resultado operativo, modificado por el Real Decreto-Ley 20/2012 para incluir entidades individuales.
- Ley 27/2014: no deducción de intereses asociados a compra interna de participaciones; límite general del 30% resultado operativo; limitación específica para operaciones de LBO, mediando fusión o inclusión en grupo fiscal.

22 Progresivo rechazo a la deducción de los deterioros.

- TR 1967: todos los activos susceptibles de deterioro (envilecimiento), por tanto, el del fondo de comercio también.
- Ley 61/1978: bajo el concepto de disminución de patrimonio se admiten las previstas por la regulación mercantil. El PGC de 1991 obliga a amortizar el fondo de comercio, pero la norma fiscal (Ley 17/1991) no la admite como deducible, aunque sí el deterioro efectivo, irreversible y probado.
- Ley 43/1995: se admiten los deterioros (depreciaciones) contables con las restricciones y límites expresamente previstos, en particular, la evolución de fondos propios en las participaciones no cotizadas y cotizadas del grupo, asociadas y multigrupo; también el del fondo de comercio para el que se establece, además, una norma que admite, dentro de límites y condiciones, la amortización contable.
- Ley 16/2007: se crea una partida extracontable para la amortización fiscal del fondo de comercio, mediante consulta también se admite el deterioro contable.
- Ley 4/2008: se crea una partida extracontable para participaciones significativas basada en la disminución de fondos propios corregidos por los gastos no deducibles.
- Ley 16/2013: no deducible el deterioro de instrumentos de patrimonio, con reglas congruentes para pérdidas por transmisiones internas del grupo mercantil, y para la deducción por dividendos; no deducibles las pérdidas de establecimientos permanentes, salvo transmisión o extinción, con reglas congruentes para transmisiones internas del grupo mercantil.
- Ley 27/2014: no es deducible el deterioro de las inversiones inmobiliarias y del inmovilizado material e intangible, incluido el del fondo de comercio, para el que se crea una partida extracontable, con reglas congruentes para pérdidas por transmisiones internas del grupo mercantil. El deterioro de los instrumentos de patrimonio no se admite en los mismos términos de la Ley 16/2013.

de pasivo²³, lo que implica un acercamiento al modelo CBIT, más adelante explicado, en el contexto de un modelo tradicional.

- Intentos frustrados de coordinación con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, sea a través de la transparencia fiscal, las sociedades patrimoniales²⁴ o la eliminación de la doble imposición económica²⁵.

-
- Ley 22/2015: es deducible la amortización contable del fondo de comercio, con el límite de la veinteava parte, pero no el deterioro.
 - Real Decreto-Ley 3/2016: no deterioros ni pérdidas en la transmisión de participaciones significativas, salvo extinción; régimen similar en establecimientos permanentes.

²³ Las provisiones de pasivo.

- TR 1967: relación no especificada; menciones puntuales (fondo autoseguro, previsión social empleados..., reversión, fondo reparaciones).
- Ley 61/1978: relación no especificada; menciones puntuales (reversión, fondo reparaciones), desaparece el fondo de autoseguro y la previsión social de empleados; Ley 8/1987: aparece la deducción por aportación a planes de pensiones y sistemas alternativos.
- Ley 43/1995: no deducción de las provisiones por riesgos o deudas probables, excepto las específicamente mencionadas como deducibles (litigios, reversión, grandes reparaciones, técnicas, garantías de reparación); continúa la deducción por planes y fondos de pensiones.
- Ley 4/2008: no deducción por obligaciones implícitas o tácitas; otras adaptaciones al PGC 2007.
- Ley 27/2014: no deducción por obligaciones implícitas o tácitas y otras asimiladas excepto las específicamente mencionadas como deducibles (medioambientales, técnicas, garantías de reparación y revisión).

²⁴ El fracaso de la transparencia final interna y de las sociedades patrimoniales, y el afianzamiento de la transparencia fiscal internacional.

- TR 1967: no transparencia
- Ley 61/1978: transparencia obligatoria para sociedades de tenencia, de inversión mobiliaria no cotizadas y profesionales; optativa para ciertas sociedades (25 socios, 100 M capital fiscal).
- Ley 18/1991: regulación congruente con el IRPF; desaparece la transparencia opcional; no imputación de bases imponibles negativas.
- Ley 42/1994: crea la transparencia fiscal internacional por categorías de renta.
- Ley 43/1995: regulación de la transparencia fiscal interna congruente con el IRPF; no opcional; no imputación de bases imponibles negativas; la transparente tributa por el impuesto sobre sociedades con imputación de la deuda a los socios; transparencia fiscal internacional por categorías de renta.
- Ley 46/2002: supresión de la transparencia fiscal interna, creación de la sociedad patrimonial; se establece un régimen transitorio.
- Ley 62/2003: inaplicable transparencia fiscal internacional en la UE.
- Ley 35/2006: suprime la sociedad patrimonial, se establece un régimen transitorio.
- Ley 4/2008: inaplicable transparencia fiscal internacional en la UE, a condición de prueba de motivos económicos válidos y actividad empresarial.
- Ley 27/2014: transparencia fiscal internacional por categorías de renta, que se amplía.

²⁵ Sistema de relación clásico.

- Clásico en todas las etapas, excepto en el paréntesis abierto por la Ley 42/1994 y cerrado por la Ley 35/2006.
- TR de 1967: clásico.

- Exención de dividendos de participaciones significativas internas y tránsito del método de imputación al método de exención en el caso de los dividendos de participaciones significativas extranjeras²⁶.
- Diversidad de incentivos fiscales, ligados a orientaciones de la política económica, privilegiando al I+D+i²⁷.

-
- Ley 44/1978: transparencia fiscal interna obligatoria para sociedades de tenencia, cartera e inversión mobiliaria y profesionales; voluntaria (capital fiscal inferior a 100 millones ptas. y menos de 25 socios); no imputación de bases imponibles negativas con la Ley 48/1985, con compensación en sede de la propia entidad.
 - Ley 18/1991: transparencia fiscal interna, tipo máximo en impuesto sobre sociedades para la entidad transparente socio de la transparente.
 - Ley 40/1998, posteriormente TR 2004: imputación estimativa ($1,4 \times 0,4$), con antecedente en la Ley 42/1994; desaparición de la transparencia fiscal interna con la Ley 46/2002, que establece el régimen de las sociedades patrimoniales.
 - Ley 35/2006: deroga el régimen de las sociedades patrimoniales; exención de dividendos hasta 1.500 euros. Supresión de la exención por la Ley 26/2014.

²⁶ El camino hacia el método de exención.

- TR 1967: deducción de la cuota del 33% de los dividendos, también sobre filiales extranjeras (exención práctica).
- Ley 61/1978: deducción del dividendo/tmg distribuidora/50% o 100% para participación 25%, solo para dividendos internos. Posterior recuperación de la técnica de la deducción (exención práctica).
- Ley 18/1991: deducción en cuota dividendos internos (50%/cuota dividendo; 100% participación 25%) (exención práctica).
- Ley 29/1991: imputación para dividendos externos (transposición matriz-filial).
- Ley 43/1995: deducción en cuota dividendos internos (50%/cuota dividendo; 100% participación 5%) (exención práctica); imputación para dividendos externos (transposición matriz-filial).
- Decreto-Ley 8/1996: exención limitada en plusvalías de cartera internas; exención para dividendos externos, bajo condiciones de participación (5%), sujeción a tributación y actividad empresarial; exención limitada en plusvalías de cartera externas, bajo las mismas condiciones.
- Real Decreto-Ley 3/2000: exención plena de dividendos y plusvalías de fuente extranjera, bajo las condiciones precedentes; exención de rentas de establecimientos permanentes; deducción/diferimiento por inversiones en participaciones exteriores, hasta 5.000 M.
- Ley 35/2006: ajustes técnicos de adaptación de la deducción al tipo de gravamen del IRPF.
- Ley 16/2007: ajustes técnicos de adaptación de la deducción por dividendos a la deducción por reinversión ($30\% - 12\% = 18\%$); ajustes técnicos de la deducción por plusvalías de cartera.
- Ley 4/2008: ajustes técnicos complementarios, respecto de dividendos internos y externos.
- Real Decreto-Ley 12/2012: modificación técnica de plusvalías de cartera exteriores; gravamen especial del 8% para dividendos y plusvalías de cartera exteriores.
- Real Decreto-Ley 20/2012: gravamen especial del 10% para dividendos y plusvalías de cartera exteriores.
- Ley 27/2014: exención para dividendos y plusvalías de cartera interna y externa para participaciones significativas (5%), con sujeción a tributación mínima nominal del 10% en extranjeras, pero sin necesidad de actividad económica.

²⁷ Evolución de los incentivos fiscales.

- TR 1967: exención del 50% de los beneficios aplicados a la previsión para inversiones, a materializar en activos fijos empresariales; exención 30-60% de los beneficios de exportación llevados a la reserva de exportación.

- Tendencia descendente del tipo nominal de gravamen²⁸.
- Adecuación a los requerimientos de la UE y de la OCDE, manifestada particularmente en materia de fusiones y operaciones asimiladas²⁹, y en la homologación de situaciones internas e intracomunitarias, en materias tales como las instituciones de inversión colectiva, dividendos y plusvalías de cartera, antisubcapitalización y operaciones vinculadas³⁰, entre otras.

-
- Ley 61/1978: desaparece la previsión para inversiones, y se establece la deducción por inversiones: general, libros, creación de sucursales y filiales extranjeras, penetración mercados extranjeros, I+D; la Ley 27/1984 establece la deducción por actividades de exportación; bonificación exportación cultural; bonificación servicios públicos.
 - Ley 43/1995: desaparece la deducción por inversiones de carácter general si bien se habilita a la ley de presupuestos; deducción por I+D+i, deducción por actividades de exportación (establecida por la Ley 27/1984); formación profesional; reducida dimensión; bonificación exportación cultural; bonificación servicios públicos.
 - Ley 24/2001: amplía los incentivos fiscales, en particular la deducción por innovación tecnológica y la ambiental; crea la deducción por fondo de comercio financiero exterior.
 - Ley 35/2006: disminución calendada de incentivos fiscales, con la supresión, calendada para 2007, 2011 y 2014, según el tipo de incentivo fiscal, quedando a salvo de la derogación el I+D+i (aunque reducidos los porcentajes de deducción) y la deducción por reinversión.
 - Ley 16/2007: crea el *patent box*; conserva con ciertas modificaciones la deducción por I+D+i; modificaciones técnicas de las empresas de reducida dimensión.
 - Ley 4/2008: libertad de amortización con creación de empleo.
 - Ley 27/2014: I+D+i; cinematografía y asimilados; creación de empleo; *patent box*, Ley 48/2015 lo modifica para introducir el nexo.

28 Tendencia descendente del tipo de gravamen.

- TR 1967: 30%; las cuotas de los impuestos a cuenta son mínimas. Gravamen especial del 4% para sociedades de capital.
- Ley 61/1978: 33%.
- Ley 43/1995: 35%.
- Ley 35/2006: descenso calendado (32,5%, 2007; 30%, 2008); reducida dimensión (25% hasta 120.202,41; resto 30%).
- Ley 27/2014: 25%; suprime el tipo de gravamen de las empresas de reducida dimensión.

29 Fusiones y operaciones asimiladas.

- Decreto 2910/1971: exención de plusvalías, fusiones protegidas.
- Ley 76/1980: bonificación hasta 99% fusiones protegidas.
- Ley 29/1991: régimen de neutralidad (directiva fusiones).
- Ley 43/1995: régimen de neutralidad (directiva fusiones).
- Ley 16/2007: modificaciones técnicas.
- Ley 4/2008: nueva redacción del precepto destinado a la diferencia de fusión.
- Ley 16/2013: minora la diferencia de fusión en el importe de las bases impositivas negativas susceptibles de compensación.
- Ley 27/2014: suprime la eficacia fiscal de la diferencia de fusión; se aplica el régimen especial salvo renuncia.

30 Operaciones vinculadas.

- TR 1967: no mención.
- Ley 61/1978: valor de mercado, no especificación de métodos ni ajustes complementarios.

- Limitado ejercicio de la competencia fiscal, concretado en ciertos regímenes especiales³¹, determinados incentivos fiscales específicos³² y la entidad de tenencia de valores extranjeros³³.

-
- Ley 18/1991: ajuste unilateral.
 - Ley 43/1995: valor de mercado con especificación de métodos, todos los reconocidos por la OCDE, excepto el tmm, también el *profit split*; acuerdos previos; ajuste bilateral.
 - Ley 36/2006: introduce el método del margen neto de las operaciones (tmm), por tanto contiene todos los de la OCDE siendo preferentes los tradicionales; la documentación y un régimen específico vinculado a la misma, así como un nuevo procedimiento para el ajuste bilateral; documentación; definición de paraíso fiscal, nula tributación y efectivo intercambio de información.
 - Ley 27/2014: recoge todos los métodos de la OCDE sin orden de preferencia; la documentación, extendida reglamentariamente al informe país por país; apela al principio de libre competencia en cuanto concepto más amplio que la valoración por el valor normal de mercado; procedimiento de ajuste bilateral; definición de paraíso fiscal, nula tributación y efectivo intercambio de información.

31 Competencia fiscal limitada.

- TR 1967: exención enseñanza y arrendamiento de viviendas; IIC; tenencia de valores extranjeros; cooperativas fiscalmente protegidas; mutualidades laborales; CAMPASA, tabacalera, telefónica.
- Ley 61/1978: desaparecen las exenciones precedentes, pero se conservan en régimen transitorio; Decreto-Ley 1/1986, crea sociedades de capital-riesgo.
- Ley 20/1990: régimen fiscal de cooperativas.
- Ley 43/1995: dedica un título a los regímenes especiales (agrupaciones, españolas y europeas; UTE; capital-riesgo; IIC, transparencia fiscal interna; grupos fiscales; fusiones y asimiladas; minería; hidrocarburos; transparencia fiscal internacional; reducida dimensión; arrendamiento financiero; ETVE; parcialmente exentas).
- Ley 1/1999: sociedades de capital-riesgo.
- Ley 24/2001: régimen de tonelaje.
- Ley 46/2002: sociedades patrimoniales.
- Ley 49/2002: régimen fiscal de fundaciones.
- Ley 36/2003: entidades de arrendamiento de viviendas.
- Ley 35/2006: supresión del régimen de las sociedades patrimoniales.
- Ley 11/2009: SOCIMI.
- Ley 27/2014: dedica un título a los regímenes especiales (agrupaciones, UTE, arrendamiento de viviendas, capital-riesgo, sociedades de desarrollo regional, IIC, grupos fiscales, fusiones y operaciones asimiladas, minería, hidrocarburos, transparencia fiscal internacional, entidades de reducida dimensión, arrendamiento financiero, ETVE, parcialmente exentas, montes vecinales, tonelaje). Fundaciones y cooperativas leyes especiales.

32 Incentivos fiscales específicamente relacionados con la competencia fiscal.

- *Patent box*.
- Ley 19/1994. Régimen especial de Canarias; previsión para inversiones; zona ZEC.

33 Entidad de tenencia de valores extranjeros.

- TR 1967: exención rogada con objeto exclusivo de tenencia de valores o deudas.
- Ley 61/1978: desaparece (exención transitoria).

Y así, tras la evolución precedente, se ha llegado a una estructura del impuesto sobre sociedades, contenida en la Ley 27/2014, cuyos rasgos más salientes son los siguientes (García Varela, 2018, pp. 57 y ss.):

- Sujeto pasivo, la persona jurídica, exceptuada la sociedad civil con personalidad sin objeto mercantil, y también exceptuados determinados fondos sin personalidad jurídica.
- Los grupos fiscales, aun careciendo de personalidad jurídica, pueden ser sujetos pasivos, incluso liderados por una entidad no residente en territorio español, si bien solamente pueden formar parte del mismo las entidades residentes en territorio español y los establecimientos permanentes ubicados en el mismo. El liderazgo por una entidad no residente, así como la pertenencia al grupo fiscal de los establecimientos permanentes, traen causa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁴. Del mismo modo, la configuración local del perímetro fiscal, está amparada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁵.
- Atribución para entidades sin personalidad jurídica, y transparencia para uniones temporales de empresas y agrupaciones de interés económico.
- Exención total para las entidades del sector público, y parcial para entidades no lucrativas y partidos políticos.
- Renta mundial, acrecida por la transparencia fiscal internacional, y recortada por la exención de rentas de establecimientos permanentes y de dividendos y plusvalías de cartera de participaciones significativas extranjeras.
- Modelo tradicional de determinación de la base imponible, en cuanto pivota sobre el resultado contable y permite la deducción de intereses, si bien con limitaciones.
- Numerosos ajustes extracontables, fundamentados, básicamente, en cuatro motivos: eliminación de la doble imposición económica, recorte del principio contable de prudencia, protección de la base imponible frente a potenciales prácticas irregulares, y concesión de incentivos fiscales³⁶.

-
- Ley 43/1995: reaparece (exención de dividendos y plusvalías de cartera).
 - Real Decreto-Ley 8/1996: renta exenta se califica como no obtenida en territorio español.
 - Ley 35/2006: ajustes técnicos.
 - Ley 27/2014: régimen general de exención de dividendos y plusvalías de cartera; renta exenta se califica como no obtenida en territorio español.

³⁴ SCA Group Holding (asunto C-39/13), Inspecteur (asunto C-40/13), MSA Nederland BV (asunto C-41/13).

³⁵ X Holding BV (asunto C-337/08).

³⁶ El elenco de ajustes extracontables más relevantes.

- Exención de dividendos y plusvalías de cartera, participaciones significativas (art. 21).

- Ganancias patrimoniales sin corrección monetaria ni consideración de la reinversión. La inflación moderada inherente a la política monetaria de la zona euro hace improbable la eventualidad de las regularizaciones de balances.
- Limitación a la compensación de bases imponibles negativas y a la deducción de créditos por impuestos extranjeros, por motivos recaudatorios³⁷.
- Acompasado a los requerimientos de la UE y de la OCDE³⁸. Esta tarea deberá proseguir con la transposición de la Directiva 2016/1164, modificada por la Directiva 2017/952 (García-Herrera Blanco, 2018, pp. 93 y ss.).

-
- No cómputo de las rentas negativas derivadas de la transmisión de participaciones significativas (art. 21, Real Decreto-Ley 3/2016).
 - Exención de rentas de establecimientos permanentes (art. 22).
 - No cómputo de rentas negativas de establecimientos permanentes (art. 22, Real Decreto-Ley 3/2016).
 - Limitación a la deducción de gastos financieros (arts. 15 h); 16; 16.5; 67 b); y 83).
 - Reserva de capitalización (art. 26).
 - Reserva de nivelación (art. 105).
 - No cómputo de rentas negativas en las transmisiones internas (art. 42 Com.). (art. 11.9.10.11, Real Decreto-Ley 3/2016).
 - No cómputo del deterioro, excepto el relativo a deudores a causa de insolvencias (art. 15 k).l, Real Decreto-Ley 3/2016).
 - Tablas de amortización. Generalmente no supondrán limitación de la amortización contable, excepto el fondo de comercio para el que se establece un límite construido sobre la vida útil de 20 años.
 - Provisiones muy restringidas (art. 14. Continuidad con el TRLIS).
 - No deducción de gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico (art. 15 f).
 - 37 • Límites a la compensación de bases imponibles negativas (art. 26. Nueva disp. adic. décimo quinta, Real Decreto-Ley 3/2016).
 - Límites a la deducción de créditos de impuesto extranjeros (arts. 31 y 32. Nueva disp. adic. décimo quinta, Real Decreto-Ley 3/2016).
 - Reversión apodictica de deterioros de participaciones. Nueva redacción de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, Real Decreto-Ley 3/2016.
 - Medidas temporales limitativas aplicables en 2015. Disposición transitoria trigésima cuarta.
 - 38 • Restricción de gastos en paraísos fiscales (art. 15 g).
 - Gastos asimétricos con vinculadas, por calificación distinta (art. 15 j).
 - Principio de libre competencia (art. 18). Documentación de operaciones vinculadas e información país por país (capítulo V del RIS).
 - Tributación de salida (art. 19).
 - Calificación dividendos/gasto asimétrico (art. 21.1).
 - No aplicación exención dividendos y plusvalías de cartera relativos a paraísos fiscales (art. 21).
 - Nexo territorial en la reducción por rentas de intangibles (*patent box*) (art. 23).
 - Exención o imputación de dividendos en régimen de matriz-filial (arts. 21 y 32).
 - Perímetro del grupo fiscal con la dominante no residente (art. 58).
 - Régimen de las fusiones y operaciones asimiladas (capítulo VII título VII)
 - Ampliación de la renta gravable en transparencia fiscal internacional (art. 100).
 - Fondo de comercio financiero (disp. trans. decimocuarta).
 - Arrendamiento financiero naval (disp. trans. trigésima).

- Tipo de gravamen tendente a converger con el de los principales países de la UE.
- Incentivos fiscales concentrados en el I+D+i³⁹.
- Regímenes fiscales especiales, sea para conceder beneficios fiscales⁴⁰ o para otras finalidades.
- Competencia fiscal internacional moderada, ajustada a los criterios de la UE y de la OCDE⁴¹.

Las características precedentes permiten señalar que el impuesto sobre sociedades ha respondido a las manifestaciones de crisis mediante la definición de la renta gravable en función del resultado contable, pero con ajustes importantes, especialmente relevantes en materia de gastos financieros; la no integración con el impuesto sobre la renta de las personas físicas; el estable-

-
- ³⁹ • Libertad de amortización, básicamente I+D+i (art. 12.3).
- Reducción por rentas de intangibles, 60% (*patent box*) (art. 23).
 - Deducción por I+D+i, 25%, 8% (adquisición no terreno o edificio), 12% (art. 35).
 - Deducción cinematografía y asimilados (art. 36).
 - Deducción creación empleo (arts. 37 y 38).
 - Límites de las deducciones. General 25% (cuota íntegra minorada en deducciones doble imposición y bonificaciones). Excepcional 50% si la deducción I+D+i excede del 10% de cuota íntegra minorada en deducciones doble imposición y bonificaciones.
 - Arrendamiento financiero (capítulo XII del título VII).
 - Fondo de comercio financiero en régimen transitorio (disp. trans. decimocuarta).
- ⁴⁰ • Régimen fiscal de cooperativas (Ley 20/1990).
- Régimen económico y fiscal de Canarias (Ley 20/1991 y Ley 19/1994).
 - Régimen de las entidades no lucrativas (Ley 49/2002).
 - Entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas (capítulo III del título VII).
 - Sociedades y fondos de capital-riesgo (capítulo IV del título VII).
 - Instituciones de inversión colectiva (capítulo V del título VII).
 - Incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión (capítulo XI del título VI).
 - Entidades de tenencia de valores extranjeros (capítulo XIII del título VI).
 - Régimen de tonelaje (capítulo XVI del título VI).
 - Subvenciones de la política agraria y pesquera comunitaria (disp. adic. tercera).
 - Renovación de la flota mercante (disp. adic. cuarta).
- ⁴¹ Elementos de competencia fiscal.
- Entidad de tenencia de valores extranjeros.
 - Zona especial canaria (Ley 19/1994).
 - *Patent box* (art. 23).

cimiento del nexo con la jurisdicción fiscal española en función de una residencia ampliamente definida; la generalización del método de exención de dividendos y plusvalías de cartera; la competencia fiscal moderada; la incorporación de las normas y recomendaciones de las organizaciones internacionales; y, en fin, la utilización de incentivos fiscales selectivos.

PARTE SEGUNDA. PROPUESTAS DE REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

¿Qué propuestas de reforma del impuesto sobre sociedades se han formulado en relación con las referidas crisis? Para responder a esta pregunta se parte de unas breves nociones del impuesto sobre sociedades que podríamos denominar tradicional, en cuanto estructura a ser reformada, así como del sistema de tributación internacional sobre los beneficios auspiciado por el consenso OCDE. A renglón seguido se examinan las propuestas de reforma, clasificadas en dos grupos, a saber, el de aquellas que versan sobre la renta gravable, y el de aquellas que hacen referencia a la distribución de la renta gravable entre las distintas jurisdicciones fiscales, en cuanto determinante del sistema de tributación internacional sobre los beneficios.

1. EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES TRADICIONAL Y SU INSERCIÓN EN EL CONTEXTO DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

Se suele denominar impuesto sobre sociedades tradicional, o fundamentado sobre una base imponible tradicional, al que recae sobre el resultado contable, si bien ajustado en ciertas partidas.

El Informe Mirrlees entiende por *base imponible tradicional* aquella que se obtiene deduciendo de los ingresos los intereses, la depreciación por amortización de los activos, y los demás gastos necesarios para la obtención de aquellos⁴².

Se achacan a este modelo, entre otras, las siguientes deficiencias (Nicomede, 2009):

- Provoca una distorsión respecto de las fuentes de financiación privilegiando el endeudamiento sobre los fondos propios. La reciente crisis económica ha puesto de relieve las dificultades por las que atraviesan las empresas excesivamente endeudadas, intensificando así el impacto de esta deficiencia⁴³.
- Eleva el coste de uso del capital y por ende reduce el volumen de las inversiones.

⁴² Capítulo 17.

⁴³ Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Fiscal. Anteproyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades.

- Distorsiona la propia composición de las inversiones en la medida en que los coeficientes de amortización no estén correctamente determinados.
- La ulterior tributación de los dividendos en sede de los socios determina un supuesto de doble imposición.
- En un contexto inflacionista provoca exceso de imposición, a menos que se acuda a la indexación de activos.
- Facilita el desplazamiento artificioso de bases imponibles entre entidades pertenecientes a un mismo grupo multinacional. Las fuerzas económicas desatadas por la globalización vienen dificultando severamente la gestión del modelo tradicional, debido a las notables posibilidades que aquellas procuran a las prácticas de desplazamiento de beneficios hacia zonas de baja tributación (OCDE, 2013).

El modelo tradicional es el que existe en España desde la implantación del impuesto sobre sociedades en el año 1900, mediante la Tarifa III de la Contribución de Utilidades. También es el adoptado por los países de nuestro entorno, si bien con ciertas excepciones, y, sobre todo, es el que ha sido tomado como referencia por los organismos internacionales, tales como la OCDE, la UE, o la OMC, en orden a diseñar sus decisiones y recomendaciones de naturaleza tributaria.

El impuesto sobre sociedades tradicional pivota sobre el resultado contable a los efectos de definir y medir la renta gravable.

El resultado contable es fruto del cálculo contable. A lo largo de los años dicho cálculo se ha ido refinando bajo el impulso de los principios de la economía financiera, y la labor de instituciones, públicas y privadas, emisoras de normas contables, ya meramente técnicas o jurídico-positivas. A pesar de ello, no puede afirmarse que las bases imponibles de los impuestos sobre sociedades en vigor en los distintos países, incluso pertenecientes a ámbitos económicos o políticos semejantes, sean sensiblemente iguales. Este fenómeno, puesto de relieve, entre otros, por el Informe Mirrlees⁴⁴, se debe no tanto a diferencias en el resultado contable cuanto a los ajustes extracontables que sobre el mismo han de practicarse para determinar aquellas.

El impuesto sobre sociedades tradicional es la estructura sobre la que la OCDE ha construido el sistema de tributación internacional sobre los beneficios. En su virtud, las rentas de las entidades residentes en una determinada jurisdicción fiscal⁴⁵ se gravan exclusivamente por la misma, cualquiera que sea su fuente u origen, a menos que obtengan rentas en otra u otras jurisdicciones fiscales mediante una presencia determinante de la existencia de un establecimiento permanente⁴⁶. No obs-

⁴⁴ Capítulo 17.

⁴⁵ Artículo 4 del Modelo de Convenio de la OCDE.

⁴⁶ Artículos 5 y 7 del Modelo de Convenio de la OCDE.

tante, las rentas de las entidades participadas residentes en jurisdicciones fiscales extranjeras podrán ser gravadas antes de su distribución, de acuerdo con las normas rectoras de la transparencia fiscal internacional⁴⁷ e, inversamente, cuando no opera la transparencia fiscal internacional, los dividendos pueden estar exentos por obra de la legislación interna o, en algunos casos, de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición internacional. Hoy en día la exención de dividendos de fuente extranjera, en cuanto técnica para eliminar la doble imposición económica internacional, está muy extendida⁴⁸, por más que, frente al método de imputación, ofrezca oportunidades de planificación fiscal agresiva, particularmente en el campo de los denominados «híbridos» (López Ribas, 2014).

El buen funcionamiento de este sistema exige el cumplimiento de tres premisas:

- Que el lugar de la residencia responda a una realidad objetiva.
- Que se reconozca la existencia de un establecimiento permanente a partir del momento en el que la entidad no residente realiza actividades económicas relevantes en la jurisdicción fiscal concernida.
- Que los beneficios registrados en los libros de contabilidad sean los derivados de las actividades económicas ejecutadas, sin haber sufrido alteración alguna en virtud de operaciones de carácter vinculado concertadas a espaldas del principio de libre competencia.

Las propuestas de reforma que se examinan en los dos apartados siguientes derivan de las imperfecciones del impuesto sobre sociedades tradicional así como de las carencias advertidas en el sistema de tributación internacional sobre los beneficios auspiciado por la OCDE.

⁴⁷ Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE. Artículo 1. 26.8: Un número significativo de países ha adoptado una normativa en materia de transparencia fiscal internacional –CFC– para combatir el uso de sociedades extranjeras controladas. Aunque el contenido de cada normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC–, hoy en día considerada en el ámbito internacional como un instrumento legítimo para proteger la base imponible nacional, varía considerablemente en función del país, todas ellas comparten un rasgo común, y es que permiten que un Estado contratante grave a sus residentes por la renta atribuible a su participación en determinadas entidades extranjeras. A veces se ha argumentado, basándose en cierta interpretación de determinadas disposiciones del convenio como el apartado 1 del artículo 7 y el apartado 5 del artículo 10, que el citado rasgo común de las normativas sobre transparencia fiscal internacional –CFC– es contrario a dichas disposiciones. Sin embargo, puesto que este tipo de normativa da lugar a que un Estado grave a sus propios residentes, el apartado 3 del artículo 1 confirma que no contraviene los convenios. Se puede llegar a esta misma conclusión respecto de los convenios que no integren una cláusula similar a la del apartado 3 del artículo 1; por las razones explicadas en los párrafos 14 del comentario al artículo 7 y 37 del comentario al artículo 10, la interpretación según la cual estos artículos impedirían la aplicación de la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no es conforme al texto del apartado 1 del artículo 7 y el apartado 5 del artículo 10. Tampoco puede mantenerse esta interpretación cuando se leen estas disposiciones en su contexto. Por ello, aunque algunos países hayan considerado que es útil precisar expresamente en sus convenios que la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no es contraria al convenio, dicha precisión es innecesaria. Se reconoce que la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– que presenta esta configuración no contraviene las disposiciones del convenio.

⁴⁸ Tax Cuts and Jobs Act. New Code section 245. A.

Esas propuestas esbozan modelos de impuesto sobre sociedades, y de su inserción en el contexto de la fiscalidad internacional sobre los beneficios, alternativos al actualmente vigente (Cruz Padiá, 2016).

2. PROPUESTAS DE REFORMA QUE AFECTAN A LA RENTA GRAVABLE O BASE IMPONIBLE

¿Qué reformas se han propuesto respecto de la renta gravable o base imponible?

Se enumeran las siguientes:

- *Comprehensive Business Income Tax (CBIT)*⁴⁹: no deducción de los intereses en sede de las empresas; base imponible próxima al resultado de explotación.
- *Allowance for Corporate Equity (ACE)* (Informe Mirrlees, 2013, capítulos 17 y 18): permitir una deducción nominal en sede de la entidad en concepto de remuneración teórica de los fondos propios similar a la deducción por intereses (*notional interest deduction*).
- *Allowance for corporate capital (ACC)* (OCDE, 2007): los intereses no son deducibles y la deducción ACE es calculada respecto de la totalidad de las fuentes de financiación.
- *Allowance for shareholders equity (ASE)* (OCDE, 2007): permitir esa deducción a nivel del socio (*risk-free return*).
- *Full integration system* (Ministerio de Economía y Hacienda, 1994): el impuesto sobre sociedades se considera a modo de impuesto a cuenta de la imposición personal del socio. Esta propuesta afecta indirectamente a la renta gravable, en cuanto ha de ser congruente con la renta gravada en la imposición personal del socio.

Ninguna de las propuestas anteriores ha gozado de aceptación generalizada, e incluso la citada en último lugar ha ido en retroceso, por más que técnicamente sea coherente con el papel del impuesto sobre sociedades en un sistema fiscal inspirado por los principios de capacidad económica y progresividad. Las más relevantes, que seguidamente se examinan, son la CBIT y la ACE. Como se verá, representan los puntos extremos de un continuo en cuyo centro se encuentra el modelo tradicional.

⁴⁹ Department of the US Treasury. *Integration of the individual and corporate tax systems. Taxing business income once.* Washington DC1992.

2.1. COMPREHENSIVE BUSINESS INCOME TAX (CBIT)⁵⁰

El denominado *Comprehensive Business Income Tax* (CBIT) fue elaborado por los expertos del Tesoro norteamericano en 1992 (Treasury Integration Report, 1992). Aunque carente de aceptación práctica, las tendencias a la limitación objetiva de la deducción de intereses lo han desempolvado (Hansen, 2013). En este modelo, los intereses no son deducibles ni computables como tampoco lo son los dividendos, de manera tal que, en su formulación más amplia, el impuesto recae sobre el resultado de explotación.

Es neutral frente a las fuentes de financiación, ya que al no deducir los intereses cesa la discriminación a favor del endeudamiento en relación con los fondos propios (Sullivan, 2005). Simplifica notablemente la imposición sobre los beneficios, habida cuenta de que, como la experiencia enseña, buena parte de los numerosos conflictos del modelo tradicional versan sobre la parte del resultado contable imputable al resultado financiero⁵¹. En particular, frenaría el desplazamiento artificial de beneficios mediante operaciones financieras (Devereux y de Mooij, 2008, p. 17).

Las ventajas que aporta el modelo CBIT son importantes, pero tampoco está exento de objeciones:

- La primera, y tal vez la más importante, es su posible choque con el principio de capacidad económica. Si la capacidad económica se identifica con la renta disponible para los accionistas, el modelo CBIT colisiona, evidentemente, con el principio de capacidad económica. Ahora bien, esa identificación dista de estar justificada. El resultado de explotación es una magnitud demostrativa de capacidad económica, en cuanto mide la riqueza creada por la empresa mediante la transformación de bienes y servicios en otros bienes y servicios para su distribución en el mercado. Ciertamente, podría entenderse que el resultado contable afina más en la determinación de la capacidad económica, pero de ahí no se sigue que el resultado de explotación sea una magnitud que no pueda servirla.
- Genera, en conjunción con el impuesto sobre la renta de las persona físicas, un supuesto de doble imposición, similar al de la doble imposición de dividendos. Por tanto, podría resolverse por los mismos métodos o, alternativamente, aceptarse la hipótesis de doble imposición, si bien podría ser morigerada mediante la imposición de tipo cedular o la imposición dual, hoy muy extendida, aunque bajo diversos formatos⁵².

⁵⁰ Department of the US Treasury. *Integration of the individual and corporate tax systems, Taxing business income once*. Washington DC1992.

⁵¹ En España se cuenta con una nutrida jurisprudencia: TS 24/04/2012, 10/05/2012 (operaciones sobre bonos), AN 9/12/2012 (operaciones sobre dividendos), AN 7/02/2013, 21/02/2013 (operaciones sobre gastos financieros), TS 21/06/2012, 18/07/2012 (operaciones sobre gastos financieros).

⁵² *European Tax Handbook*, 2013-2016.

- Crea tensiones en relación con el consenso tejido por la OCDE para la distribución de las competencias para gravar la renta entre las distintas jurisdicciones fiscales. Dicho consenso reserva la tributación de los intereses al país donde reside su perceptor y, a modo de premio de consolación, el país donde reside el pagador tiene derecho a practicar una retención limitada, e incluso ese premio de consolación va en retroceso, seguramente porque así interesa a los países exportadores de capitales⁵³ y los importadores temen perjudicar la entrada de capitales, máxime cuando disponen de medios limitados para hacer frente a las estrategias triangulares (Schoen, 2012). El modelo CBIT aumentaría, todas las demás cosas iguales, la recaudación de los países receptores de capitales que financian las actividades empresariales realizadas por entidades residentes en su territorio, y no reduciría la de los países exportadores de capitales, pero a costa de crear doble imposición. Formalmente, el consenso de la OCDE no quedaría dañado, por cuanto los intereses continuarían siendo gravados por el país donde reside el perceptor de los mismos pero, desde el punto de vista material, el modelo CBIT sí iría contra ese consenso en la medida en que supondría un aumento de los ingresos fiscales por la imposición sobre los beneficios a favor de los países importadores de capital, y la generación de un supuesto de doble imposición económica de nuevo cuño. En este sentido, el modelo CBIT presenta una arista de reforma radical de las relaciones fiscales internacionales, en particular, del sistema de tributación internacional sobre los beneficios.
- Una reflexión similar cabe en relación con el ordenamiento comunitario. El modelo CBIT no rozaría formalmente con las directivas comunitarias, pero tal vez sí con el presupuesto material de las mismas. Así, la Directiva matriz-filial⁵⁴ parte de la base de que los dividendos se gravan en sede de su perceptor y que, para evitar la doble imposición, han de quedar exentos o asistidos de un crédito de impuesto, de manera tal que, en el contexto del modelo CBIT, carecería de sentido pues el problema que resuelve no se plantearía. Y la misma reflexión podría efectuarse en relación con la Directiva de intereses y cánones⁵⁵, toda vez que la no deducción de los mismos haría innecesaria la retención que dicha norma comunitaria suprime, bajo el cumplimiento de determinadas condiciones.

Aun cuando la tendencia actual a la limitación respecto de la deducción de intereses pueda evocar al modelo CBIT, debe ponerse de relieve que así como dicha limitación discrimina contra las entidades excesivamente endeudadas, incluso por motivos puramente comerciales o financieros, el modelo CBIT trata por igual a todas las entidades, de manera tal que el mismo no debería recibir el reproche de la distorsión que provoca aquella limitación.

⁵³ Protocolo que modifica el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición (Madrid, 14 de enero de 2013).

⁵⁴ Directiva 90/435, modificada por la Directiva 2003/123. Texto en vigor Directiva 2011/96, modificada por la Directiva 2014/86 y por la Directiva 2015/121.

⁵⁵ Directiva 2003/49, concerniente a la supresión de retenciones sobre intereses y cánones transfronterizos en las relaciones matriz-filial.

2.2. ALLOWANCE FOR CORPORATE EQUITY (ACE)⁵⁶

El denominado *Allowance for Corporate Equity* (ACE) fue propuesto por el IFS Capital Taxes Group en 1991, y su más entusiasta defensa está contenida en el Informe Mirrlees (2013).

En este modelo, la base imponible del impuesto sobre sociedades se determina minorando el resultado contable en una partida que representa el coste teórico de uso de los fondos propios.

Una base imponible así construida grava la renta económica, y de ahí que no frene la realización de inversiones, a diferencia de lo que acontece en relación con la base imponible tradicional (Devereux, 2012). Por otra parte, es neutral frente a las decisiones de elección de las fuentes de financiación. Ambas características son muy apreciadas por los hacendistas, pero no por ello el modelo ACE es inmune a la crítica:

- Para mantener la recaudación ha de elevarse sustancialmente el tipo de gravamen (De Mooij, 2011), lo que iría en contra de la tendencia al descenso de los tipos de gravamen y ensanchamiento de bases imponibles de los últimos treinta años (Devereux, 2012). Difícilmente esa disminución de la recaudación debido al estrechamiento de la base imponible se vería compensada, al menos a corto plazo, por el aumento de inversión (Mirrlees *et al.*, 2012).
- El cálculo del coste de uso del capital implica ciertas complejidades técnicas, como, por ejemplo, la dirigida a evitar la duplicidad inherente a las participaciones intermedias⁵⁷.
- Obligaría a reconocer en el impuesto sobre la renta de las personas físicas una deducción representativa del coste de oportunidad del capital previamente ahorrado (Adam *et al.*, 2011, p. 475), lo que iría en detrimento de la progresividad.
- Podría auspiciar la negación de los beneficios de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, en la medida en que se entendiera que desnaturaliza la tributación sobre los beneficios de las empresas (Klemm, 2006).

El modelo ACE está emparentado con el modelo de flujo de fondos del Informe Meade (1980, capítulo doce). En rigor, la Comisión Meade propuso tres bases imponibles alternativas al resultado contable:

- Diferencia entre los flujos de entradas y salidas de fondos imputables a las operaciones reales. Partiendo de la base imponible tradicional se llega a esta base suprimiendo la deducción de intereses y por amortizaciones, permitiendo la deducción

⁵⁶ Informe Mirrlees (2013, capítulos 17 y 18).

⁵⁷ *Business Tax Working Group (Australia). Discussion Paper* (2012).

del importe de las inversiones, e incorporando el producto de la transmisión de inmovilizado (base R).

- Diferencia de las entradas sobre las salidas de fondos respecto de las transacciones reales y financieras. Partiendo de la base anterior, se sumarían a la misma los capitales recibidos a título de préstamo, se deducirían las amortizaciones de los mismos y sus intereses (base R+F).
- Cantidad neta de dinero que los accionistas obtienen de la sociedad (base S).

Esta base ha sido propuesta por el partido republicano norteamericano, pero no ha sido recogida por la reforma fiscal de la administración Trump.

Bajo el título de *Bonificación por Crecimiento e Inversión* (BCI), el artículo 11 de la propuesta de Directiva sobre una base imponible común europea⁵⁸ regula una deducción ACE. Toma como base de cálculo el incremento de los fondos propios, y como tasa de rendimiento el tipo de interés de la deuda pública a largo plazo más dos puntos porcentuales. Las participaciones sobre las entidades asociadas minoran la base de cálculo. Mediante el ejemplo a pie de página, ajustado a las previsiones de la directiva, se compara el impacto de la deducción ACE con el del modelo CBIT⁵⁹.

⁵⁸ *Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (25/10/2016).*

⁵⁹ Se propone un caso práctico de aplicación del BCI o deducción ACE, frente al modelo CBIT, basado en las siguientes hipótesis:

- Base de recursos propios: Fondos propios (FP) – Cartera de valores de asociadas.
- Incremento de la base de recursos propios: FPf – FP0, durante 10 años; FPf – FP1, FP2, FP3 ... FPn, a partir de 10 años. Por tanto, el aumento de fondos propios en los diez años siguientes a la implantación del modelo, más el aumento deslizando de fondos propios.
- Importe de la deducción de la base imponible: Tipo de interés de la deuda a 10 años (Tidp) + 2% × incremento de base de recursos propios. Se supone Tidp 3 %, por más que, actualmente sea bastante más bajo. Ratio BCI 5% (3% + 2%).
- El decremento de la base de recursos propios genera reintegros. No se contempla.
- Resultado explotación: 12 M, constante durante 10 años. Gastos financieros: 2 M, constante durante 10 años. Resultado contable: 10 M, constante durante 10 años. Fondos propios inicio: 0 Dividendos: 0.

Magnitudes 10 primeros años:

Deducciones BCI: $0,5 + 1 + 1,5 + 2 + 2,5 + 3 + 3,5 + 4 + 4,5 + 5 = 27,5$

Base imponible BCI: $9,5 + 9 + 8,5 + 8 + 7,5 + 7 + 6,5 + 6 + 5,5 + 5 = 72,5$

Base imponible CBIT: $12 + 12 \dots 12 = 120$

Magnitudes a partir del año décimo:

Deducciones BCI: 5.

Base imponible BCI: 5.

Base imponible CBIT: 12.

La mejor adecuación de la deducción ACE a la función inversora de la empresa encuentra el contrapunto de su negativo impacto recaudatorio (Albi, 2017)⁶⁰.

Con ciertas restricciones, la deducción ACE está prevista en Bélgica e Italia, entre otros países. Sin embargo, la declaración franco-alemana relativa al proyecto de base imponible común consolidada europea (BICCIS), propone eliminar la deducción ACE⁶¹.

3. PROPUESTAS DE REFORMA QUE VERSAN SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE LA BASE IMPONIBLE ENTRE LAS JURISDICCIONES FISCALES

¿Qué reformas se han propuesto respecto de la distribución de la base imponible entre las jurisdicciones fiscales?

Se enumeran las siguientes:

- *Destination-based cash flow tax* (DBCFT) (Auerbach *et al.*, 2007): ajustes en frontera que determinan una base imponible próxima a la del IVA pero deduciendo los costes salariales.
- *Base Imponible Común Consolidada Europea* (BICCIS) (Botella García-Lastra, 2017): tributación sobre la cuota parte de los beneficios consolidados del grupo europeo, determinada según fórmula de reparto predeterminada.
- *Adecuación al proyecto BEPS de la OCDE*: asegurar que el beneficio sea gravado por la jurisdicción fiscal en la que se produce la creación de valor derivado de la realización de la actividad económica correspondiente. A tal efecto, se han afinado las reglas concernientes al principio de libre competencia y las relativas a la presencia del establecimiento permanente; formulado nuevos criterios para evitar la competencia fiscal perjudicial; propuesto un límite a la deducción de los gastos financieros; sugerido la ampliación de la transparencia fiscal internacional; estimulado las técni-

No obstante, la deducción nominal se considera interés a los efectos de la limitación a la deducción de gastos financieros prevista en la Directiva 2016/1164. Por tanto, el techo de gasto financiero más la deducción nominal es $12/30\% = 3,6$. Este ejemplo, tal vez exagerado en cuanto al ratio BCI en los momentos actuales, pretende poner de relieve el contraste entre los modelos BCI y CBIT, en lo concerniente a la amplitud de la base imponible. También alertar acerca de los onerosos efectos recaudatorios imputables al BCI.

⁶⁰ «... un gran problema del enfoque ACE... es la considerable pérdida de recaudación que genera en el IS. Esto se puede compensar aplicando ACE, paulatinamente, solo a los aumentos de patrimonio neto... En mi opinión, como vengo proponiendo y discutiendo desde hace muchos años, con la aceptación, aunque sea parcial en el tiempo por razones recaudatorias, del enfoque ACE o AGI se cuenta con una alternativa muy válida al IS tradicional, que soluciona una parte básica de sus problemas y estimula la inversión y el crecimiento económico...» (pp. 64 y 65).

⁶¹ *German-French Position Paper on CCTB Proposal* (punto 3).

cas para evitar los efectos erosivos de los instrumentos híbridos; y, en fin, reforzado las normas antiabuso de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

- *Propuesta fiscal republicana*⁶²: tributación en destino, mediante ajustes en frontera, más base imponible sobre flujo de fondos (DBCFT); descenso del tipo de gravamen al 20%; amortización del precio de adquisición en el primer periodo; no deducción de intereses; tributación de beneficios acumulados en el extranjero al 8,75 % o al 3,5 %, según los activos, líquidos o no, pagadero en 8 años; exención para dividendos extranjeros y rentas de establecimientos permanentes; limitación de la transparencia fiscal internacional a la renta pasiva. La propuesta más novedosa, esto es, la tributación en destino más base imponible sobre flujo de fondos, no ha sido recogida por la reforma de la administración Trump, pero sí buena parte de las restantes⁶³.
- *Restablecer el sistema de retenciones en la fuente*: práctica generalizada de retenciones sobre pagos transfronterizos, en particular sobre intereses y cánones, como una medida de apoyo al vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios construido sobre las pautas de la OCDE, singularmente desgastado por la planificación fiscal agresiva (Fuest *et al.*, 2013; Martín Jiménez, 2018).
- *Adaptar el impuesto sobre sociedades a los requerimientos de la economía digital*. El reto es importante, debido a que, por la forma en cómo se desenvuelve la economía digital, resulta incierto identificar el lugar donde se crea valor, así como la dimensión del mismo y su traducción en beneficio imponible, mediante la utilización de las categorías del vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios⁶⁴.
- *Worldwide taxation* (Avi-Yonah y Haiyan Chu, 2016). En su versión extrema, implica la tributación de la entidad dominante del grupo multinacional sobre el resultado contable consolidado, reconociendo como créditos de impuesto a los pagados sobre los resultados contables individuales. En su versión moderada se centra en el sistema de imputación como método para eliminar la doble imposición económica internacional, acompañado de una transparencia fiscal internacional rigurosa.
- *Minimum Global Tax* (Azam, 2016)⁶⁵: tributación mínima del resultado contable. Admite diversas modalidades según que se aplique entidad por entidad o de forma consolidada.

⁶² *Potential US Tax Reform*.

⁶³ *New Tax Law (H.R.1)- Initial Observations*. KPMG.

⁶⁴ *A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. COM (2107) 547 final.

⁶⁵ «... I call upon Congress to enact a new Internal Revenue Code provision that requires a minimum global effective corporate tax rate. According to my proposal, if the global effective corporate tax rate (of any U.S. multinational and its controlled foreign corporations) falls below 15%, the U.S. Corporation will be required to close the gap and pay the Internal Revenue Service up to the 15% minimum tax on its global profits as an interim liability. Additionally, I propose the enactment of an «exit tax» to limit corporate inversions and, finally, advocate for the strengthening of international norms through bilateral treaty

Ninguna de las propuestas enumeradas ha concitado la adhesión unánime de los legisladores fiscales, aunque elementos de algunas de ellas se han visto reflejados, más o menos nítidamente, en ciertas reformas fiscales acometidas en los últimos años. No obstante, las recomendaciones del proyecto BEPS con rango de estándar mínimo deberán ser implantadas en las distintas jurisdicciones fiscales concernidas en virtud del compromiso político alcanzado. Adicionalmente, aquellas que han inspirado normas comunitarias, tendrán también su debido reflejo normativo.

3.1. ADECUACIÓN AL PROYECTO BEPS DE LA OCDE

Los 15 informes en los que se ha materializado el proyecto BEPS de la OCDE contienen un conjunto de recomendaciones dirigidas a las autoridades de las distintas jurisdicciones fiscales, a fin de *asegurar que los beneficios queden gravados allá donde tienen lugar las actividades económicas y se añade valor*⁶⁶.

Por su fuerza vinculante, política que no jurídica, esos informes pueden ser agrupados en tres categorías, a saber, estándares mínimos, metodologías comunes, y directrices basadas en las mejores prácticas, de manera tal que solo los integrantes de la primera categoría cuentan con el compromiso político de su implementación⁶⁷.

modifications and international cooperation. I argue that this innovative proposal offers a comprehensive, distinct and justified tax reform package that will successfully and efficiently address the challenge of international corporate tax avoidance...» (Introducción y p. 36).

⁶⁶ Action 1. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy.

Action 2. Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements.

Action 3. Designing Effective Controlled Foreign Company Rules.

Action 4. Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments.

Action 5. Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance.

Action 6. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.

Action 7. Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status.

Action 8-10. Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation.

Action 11. Measuring and Monitoring BEPS.

Action 12. Mandatory Disclosure Rules.

Action 13. Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting.

Action 14. Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective.

Action 15. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.

⁶⁷ Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Nota. Informes finales de 2015.

Distingue la OCDE entre los estándares mínimos nuevos y la puesta al día de los estándares preexistentes.

Puesta al día de los estándares preexistentes:

- Las reglas que se proponen para la identificación de la existencia de un establecimiento permanente (acción 7), las cuales han sido recogidas por el Convenio Multilateral (Parte IV).

La acción 7, instrumentada posteriormente a través de la Convención Multilateral (OCDE, 2016), propone la modificación del artículo 5 del Modelo de Convenio y de los comentarios correspondientes para evitar algunos abusos advertidos en los últimos años, tendentes a disimular la presencia de un establecimiento permanente.

Ahora bien, la interpretación finalista de la norma para identificar la existencia de establecimientos permanentes tal vez ya permitía resolver bastantes de las cuestiones abordadas por la acción 7. Así, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (rec. núm. 2555/2015), especialmente aguda en el análisis de los elementos que configuran la figura del agente dependiente, aunque tal vez forzada en lo que concierne al contenido del *lugar fijo de negocio* (Gorospe Oviedo, 2017). Con todo, se inserta en una línea de análisis que enraíza con los retos planteados por la economía digital (García Novoa, 2017). Para complementar las modificaciones introducidas en el artículo 5 del Modelo de Convenio, la OCDE ha publicado en 2018 reglas relativas a la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes (OCDE/G20, 2017a).

- Las precisiones y mejoras para la correcta aplicación del principio de libre competencia entre empresas asociadas (acciones 8-10), las cuales han sido posteriormente recogidas por la *Guía de Precios de Transferencia* de la OCDE (julio de 2017).

Para la aplicación práctica del principio de libre competencia, la OCDE aprobó en 1995 las Directrices sobre Precios de Transferencia. Pues bien, las acciones 8-10, incorporan nuevas precisiones y mejoras a determinados capítulos de esas directrices, en particular en lo que concierne a la toma en consideración de los riesgos asumidos por las partes de la operación vinculada. La acción 8 se refiere a los intangibles, la acción 9 a la asignación de riesgos y la acción 10 a la recharacterización de operaciones. Su contenido, como se ha indicado, ha sido incorporado a una nueva versión de las citadas directrices (OCDE, 2017a). Ahora bien, el efecto práctico de esas precisiones y mejoras ya podía alcanzarse, en buena parte, con las reglas antiguas, mediante su aplicación espiritualista y atenta a las realidades antes que a las formas jurídicas, en particular en los casos de ciertas reestructuraciones de los grupos multinacionales aquejadas de debilidades

en cuanto a la sustancia económica de las mismas. Puede consultarse, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2018⁶⁸.

La nueva versión de las Directrices sobre Precios de Transferencia aporta un análisis más riguroso, pero no ha podido superar las dificultades prácticas inherentes a la aplicación del principio de plena competencia, en particular en relación con los activos intangibles, tales como marcas, patentes, organización, conocimientos técnicos, y asimilados⁶⁹. Esas dificultades han dado alas a las estrategias de planificación fiscal agresiva, dificultado su control y perturbado las relaciones entre las jurisdicciones fiscales concernidas.

Son estándares de nuevo cuño:

- Ciertas medidas contra el denominado *treaty shopping* o mercadeo de convenios bilaterales para eliminar la doble imposición (acción 6). Han sido recogidas en el Convenio Multilateral (parte III).

Esas medidas consisten, básicamente, en limitar el acceso a los beneficios del convenio a las personas cualificadas (cláusula LOB) y en el test del propósito principal (cláusula PPT).

El reforzamiento de las reglas que impidan la aplicación de los convenios bilaterales para finalidades espurias, se enmarca plenamente en las técnicas tendentes a evitar la desviación de beneficios hacia zonas de baja tributación. Sin embargo, la aplicación de estas cláusulas ofrece evidentes dificultades, la primera (LOB) por su

⁶⁸ SAN de 22 de febrero de 2018 (rec. núm. 2945/2014): «... en el caso de autos, el debate lo centra con precisión el TEAC, entre otras, en la p. 43 de la Resolución cuando razona, tras examinar las pruebas, que "la reestructuración del riesgo ha sido puramente nominal", no real. Todo el esfuerzo de la Inspección se ha dirigido a demostrar que, pese a que nominalmente [la recurrente] ha asumido funciones y riesgos, lo cierto es que realmente, al menos en los ejercicios enjuiciados, no se ha producido cambio significativo alguno. Una vez que se llega a dicha conclusión, la Inspección sostiene que la valoración realizada por la sociedad para el cálculo de los precios de transferencia es inadecuada y utiliza el que considera correcto...».

⁶⁹ Acción 8. Texto entresacado: «los intangibles pueden tener características especiales que compliquen la búsqueda de comparables y, en algunos casos, dificulten la determinación de los precios en el momento de celebrarse la operación, siendo posible, por otra parte, que por motivos empresariales totalmente legítimos... las empresas estructuren una operación que involucre intangibles de una forma diferente a la que contemplan empresas independientes... debe reconocerse que puede que, en muchos casos que involucren intangibles, sea difícil o imposible identificar comparables fiables, de forma tal que en situaciones en las que no puedan identificarse operaciones no vinculadas comparables, acaba por admitirse el uso de técnicas de valoración para estimar el precio de plena competencia de los intangibles transferidos entre empresas asociadas... a modo de herramienta que puede ser aplicada de forma útil para identificar el precio de plena competencia... las técnicas de valoración deben ser aplicadas de forma consistente con el principio de plena competencia, aún a sabiendas de que las estimaciones de valores basadas en estas técnicas pueden ser volátiles, ya que las pequeñas variaciones en una u otra de las hipótesis subyacentes en el modelo de valoración o en uno o varios de los parámetros de valoración pueden conducir a grandes diferencias en el valor del intangible que arroje el modelo...».

complejidad, incluso en su versión simplificada, y la segunda (PPT) por sus acentuados componentes de subjetividad. Tal vez por ello, el consenso subyacente a este estándar sea débil⁷⁰.

- El informe país por país, relativo a la revelación de la distribución de activos, rentas y otros elementos económicos entre las jurisdicciones fiscales en las que el grupo multinacional opera (acción 13). Ha sido recogido en el capítulo V y en el anexo III de las Directrices sobre Precios de Transferencia (julio de 2017).

En su virtud, la entidad dominante del grupo de empresas multinacional debe presentar, ante la jurisdicción fiscal de su residencia, un documento en el que se dé cuenta de las sociedades que lo integran, el lugar de su residencia, su actividad principal, el volumen de operaciones de cada una de ellas, los empleados, los activos tangibles y, en fin, los impuestos sobre los beneficios devengados y pagados ante cada jurisdicción fiscal.

Se espera que esta información, en conjunción con las medidas sobre revelación de estrategias fiscales por parte de entidades e intermediarios fiscales, y de aquellas que versan sobre la responsabilidad social corporativa, tenga un apreciable efecto disuasorio en relación con las prácticas de planificación fiscal agresiva (Gascón Catalán, 2014).

Los activos intangibles, bajo el pretexto de la protección de los secretos comerciales, no están afectados por la obligación de información, siendo así que la ubicación de los mismos en entidades sujetas a tributación liviana constituye uno de los instrumentos más potentes de la desviación de beneficios⁷¹.

Con todas sus limitaciones, la información país por país es una pieza esencial del abanico de las medidas que integran la revolución que, en los últimos tiempos, se ha producido en la configuración de la transparencia, tanto en las relaciones fiscales internacionales trabadas entre las jurisdicciones fiscales como en las establecidas entre las empresas y las jurisdicciones fiscales, en particular en el ámbito de la UE⁷².

- Las medidas contra las prácticas fiscales perniciosas (acción 5).

Consisten en una reformulación de los criterios de detección que se venían aplicando para identificar los regímenes fiscales privilegiados determinantes de competencia

⁷⁰ Acción 6. «Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales: Además, si a un país no le preocupa el efecto que las estrategias de *treaty shopping* puedan provocar en el ejercicio de su potestad tributaria como Estado de la Fuente, desde luego no estará obligado a aplicar disposiciones como la CLB o la NPP en la medida que sí admita la incorporación de estas cláusulas en sus convenios para que el otro Estado contratante pueda hacer uso de ellas...» (apartado 23).

⁷¹ *BIAC. BEPS Position Paper. BIAC fully supports the recognition under Action 13 of the importance of protecting the confidentiality of commercially sensitive information.*

⁷² Directiva 77/799/CEE, sustituida por la Directiva 2011/16/UE, modificada en sentido ampliatorio por la Directiva 2014/107/UE, la Directiva 2015/2376/UE, la Directiva 2016/881/UE, la Directiva 2016/2258 y por la Directiva 2018/822.

fiscal lesiva, en el marco del proyecto de la OCDE sobre esta materia. Los criterios iniciales estaban basados en el aislamiento del régimen fiscal privilegiado del sistema general de tributación (OCDE, 1978). La acción 5 añade el denominado mecanismo del nexo de la actividad desarrollada por la entidad con el territorio en el que reside (Lampreave Márquez, 2016).

La acción 5 ha desarrollado el mecanismo del nexo en relación con el régimen fiscal privilegiado o preferencial conocido como *patent box*. Establecido en bastantes países consiste, esencialmente, en una tributación reducida respecto de las rentas procedentes de activos intangibles, fruto, básicamente, de actividades de I+D+i. La acción 5 no propone suprimir este régimen, como hubiera deseado el antiguo ministro alemán de finanzas⁷³, sino reservar su disfrute a las entidades que verdaderamente realizan la actividad de I+D+i.

El criterio del nexo se extenderá a las denominadas *cash-boxes*, esto es, entidades que poseen activos valiosos, generalmente intangibles o financieros, de cuya cesión, generalmente intragrupo, perciben nutridos ingresos, pero que en muy poco o nada han realizado las actividades económicas inherentes a su generación, de manera tal que se trata de una posesión en cierto modo artificial (OCDE, 2017b; OCDE/G20, 2017b).

La conjunción de la actividad económica real con el nexo implica que la entidad concernida realice una actividad provista de sustancia, lo que se ha dado en llamar el requisito de la actividad sustancial (López Rodríguez, 2016).

- Las medidas relativas a la resolución de conflictos, incluyendo el arbitraje. (acción 14). Han recalado en el Convenio Multilateral (parte VI).

Refuerzan la eficacia del procedimiento amistoso del artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE, mediante la extensión de los supuestos de su aplicación y la sugerencia del establecimiento del arbitraje obligatorio y vinculante. El arbitraje es una fórmula típica de resolución de conflictos internacionales⁷⁴, y de esa naturaleza son los surgidos entre dos jurisdicciones fiscales que pretenden gravar la misma renta. El arbitraje solo se aplica cuando las dos jurisdicciones fiscales concernidas hayan optado por el mismo⁷⁵.

⁷³ Schaeuble: «... "patent box" schemes were at odds with EU rules designed to deter discriminatory tax rules...». «We have to look at this practice and discuss it in Europe...». «That's no European spirit. You could get the idea they are doing it just to attract companies». (BBST, información de prensa).

⁷⁴ Convenio de La Haya de 1907 sobre Arreglo Pacífico de Diferencias. Artículo 37: *Tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces elegidos por ellos y sobre la base del respeto al Derecho. El compromiso de arbitraje implica la obligación de someterse de buena fe a la sentencia arbitral.*

⁷⁵ *La partie VI de la Convention s'applique uniquement entre des Parties qui choisissent explicitement de l'appliquer. L'article 18 permet à une Partie de choisir d'appliquer la partie VI à l'égard de ses Conventions fiscales couvertes en notifiant son choix au Dépositaire. S'agissant des relations entre deux Juridictions contractantes ayant conclu une*

Algunos autores contemplan esta medida a modo de contrapeso de las restantes del proyecto BEPS las cuales, supuestamente, tendrían por efecto aumentar las disputas entre contribuyentes y administraciones fiscales. Esta hipótesis no deja de ser sorprendente. En efecto, si las medidas del proyecto BEPS tienen, de una parte, efecto clarificador respecto de la aplicación del principio de libre competencia, y de otra, efecto disuasorio respecto de la planificación fiscal agresiva, lo que debería esperarse es, justamente, lo contrario.

Con todo, el refuerzo del procedimiento amistoso y el avance del arbitraje han sido celebrados por los oponentes al proyecto BEPS como la única medida realmente válida, aunque la encuentren tibia (Hufbauer *et al.*, 2015)⁷⁶.

Son metodologías comunes:

- Las medidas relativas a los instrumentos financieros y entidades híbridas (acción 2).
- Las medidas concernientes a la limitación a la deducción de intereses (acción 4).

Son mejores prácticas:

- La transparencia fiscal internacional (acción 3).
- La revelación de estrategias de planificación fiscal agresiva (acción 12) (Menéndez, 2018, pp. 141 y ss.).

Las medidas encuadradas como metodologías comunes y mejores prácticas, además de no incorporar un compromiso político, no han tenido ulteriores desarrollos relevantes en los documentos de la OCDE, de manera tal que su fuerza en orden a apuntalar el sistema de tributación internacional sobre los beneficios es menor.

Sin embargo, han inspirado la producción normativa de la UE. Así, la limitación de intereses, la transparencia fiscal internacional y la regulación de los instrumentos y entidades híbridas han sido materia de la Directiva 1164/2016/UE, modificada en lo relativo a los híbridos por la Directiva 952/2017/UE, y la revelación de estrategias de planificación fiscal agresiva, si bien

Convention fiscale couverte, la partie VI s'applique uniquement si les deux Juridictions contractantes notifient au Dépositaire leur choix de l'appliquer (Note explicative portant sur la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices).

⁷⁶ «Action 14 attempts to speed up deliberations and create a stronger obligation to resolve the dispute-both steps in the right direction. But compared to the strength of "anti-abuse" proposals offered in earlier actions, Action 14 is weak tea. It does not propose the obvious solution, an arbitration mechanism akin to what is available in the World Trade Organization (for trade disputes) or the International Center for the Settlement of Investment Disputes. A properly structured arbitration mechanism, perhaps under OECD auspices, would deftly resolve cases in which an MNC pays tax to two jurisdictions on the same income».

proyectada sobre los denominados intermediarios fiscales, también es una materia armonizada a raíz del acuerdo alcanzado en el Ecofin de 13 de marzo de 2018, finalmente concretado en la Directiva 2018/822/UE.

Las medidas contenidas en los informes finales del proyecto BEPS no han supuesto una modificación del sistema de tributación internacional sobre los beneficios, tal y como lo han configurado el Modelo de Convenio y las Directrices sobre Precios de Transferencia (Serrano Antón, 2015). En efecto, la residencia y la sucursal o establecimiento permanente permanecen como los puntos de conexión de las rentas de las entidades jurídicas con las jurisdicciones fiscales, y las desviaciones artificiosas de beneficios entre entidades del grupo multinacional continúan siendo corregidas, básicamente, por aplicación del principio de libre competencia. En función de esos dos puntos de conexión y del principio de libre competencia, se atribuye a las distintas jurisdicciones fiscales la competencia para gravar la renta de las entidades, se hallen o no integradas en grupos multinacionales, si bien el principio de libre competencia solo se aplica, obviamente, en relación con los grupos.

A lo largo de los informes que integran el proyecto BEPS se insiste en que *los beneficios queden gravados allá donde tienen lugar las actividades económicas y se añade valor*. ¿Implica esta declaración un principio o criterio de atribución distinto al anteriormente descrito? ¿Podrían las jurisdicciones fiscales reclamar derechos de imposición sobre rentas contabilizadas por entidades no residentes que no operan mediante establecimiento permanente? Así, por ejemplo, en razón a que la entidad vende bienes o suministra servicios a personas o entidades residentes en sus territorios, o por causa de que para su negocio son básicos los datos procedentes de los usuarios de sus servicios que residen o simplemente transitan por sus territorios o, en fin, porque el negocio de la entidad descansa en nuevas técnicas o instrumentos científicos derivados de la investigación públicamente financiada... y así se podrían ir enumerando un conjunto de fuentes de creación de valor con su correspondiente adscripción territorial, tales como el lugar de residencia de los proveedores, o de los financiadores, entre otros.

Si esto fuera así, el proyecto BEPS no solo habría venido a proveer instrumentos para la mejor aplicación del sistema de tributación internacional sobre los beneficios puesto en pie por la OCDE, sino a dar carta de naturaleza a nuevos nexos fundadores de derechos de imposición. No sería una buena noticia, por cuanto se desataría una inseguridad jurídica superlativa, ya que la OCDE no ha explicado, en términos positivos, el alcance del principio de creación de valor, ni definido los factores que determinarían la existencia y extensión cuantitativa de los derechos de imposición hipotéticamente configurados al amparo del mismo (Hey, 2018).

En el contexto del objeto y finalidad del proyecto BEPS es más fácil entrever que el principio de creación de valor es una forma de expresar, brillantemente, que los efectos de las operaciones de desviación de beneficios son inadmisibles, por cuanto contrarían el efecto práctico que ha de derivarse de los principios y criterios que configuran el sistema de tributación internacional sobre los beneficios que, obsérvese bien, no han sido modificados por el proyecto BEPS.

El proyecto BEPS no es una reflexión respecto de la idoneidad del vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios en orden a distribuir equitativamente los ingresos fiscales entre las jurisdicciones fiscales, ni respecto de la conveniencia de sus efectos económicos ni, en fin, pone en pie un consenso para desterrar la competencia entre jurisdicciones fiscales.

El proyecto BEPS no pasa de ser un conjunto de soluciones técnicas que, sin duda, mejorarán la aplicación práctica del referido sistema, pero sin introducir modificaciones sustanciales (García Novoa, 2017)⁷⁷. Y en este sentido debe ser entendido.

Con todo, existen motivos para temer que, al amparo del principio de creación de valor, se abran paso figuras tributarias novedosas, básicamente en el ámbito de la economía digital, que podrían venir a poner en cuestión el consenso relativo al sistema de tributación internacional sobre los beneficios (Hey, 2018). La preservación de ese consenso es tarea inexcusable para la OCDE. Por tanto, si la economía digital amerita la creación de nuevos puntos de conexión, la OCDE debería definirlos, sin esperar a que las respuestas unilaterales se desboquen, tal vez estimuladas por el principio de creación de valor, alumbrado por la propia OCDE.

¿Alcanzará el proyecto BEPS sus objetivos?

El gran optimismo que los impulsores del proyecto BEPS muestran⁷⁸, no ha sido, ciertamente, compartido por la generalidad de los autores (Avi-Yonah y Haiyan Chu, 2016), en especial no lo ha sido por aquellos que, ya desde el inicio del proyecto BEPS, advirtieron que el *1920s compromise* no era válido en el siglo XXI, en particular, porque había venido estimulando la competencia entre jurisdicciones fiscales (Devereux y Vella, 2014)⁷⁹.

⁷⁷ «... BEPS no cuestiona los aspectos medulares que informan el actual internacional tax regime... BEPS es un avance significativo en el planteamiento de soluciones a la fiscalidad internacional, pero no constituye, ni mucho menos, una revolución fiscal...» (p. 174).

⁷⁸ Ángel Gurriá: «Base erosion and profit shifting affects all countries, not only economically, but also as a matter of trust. BEPS is depriving countries of precious resources to jump-start growth, tackle the effects of the global economic crisis [,] and create more and better opportunities for all. But beyond this, BEPS has been also eroding the trust of citizens in the fairness of tax systems worldwide. The measures [presented in the action reports] represent the most fundamental changes to international tax rules in almost a century: they will put an end to double non-taxation, facilitate a better alignment of taxation with economic activity and value creation, and when fully implemented, these measures will render BEPS-inspired tax planning structures ineffective». (cita tomada Avi-Yonah y Haiyan Chu, 2016).

⁷⁹ «The international tax regime is in dire need of reform. It seeks to address the double or multiple taxation of income arising from cross border transactions but the reliance on a source / residence dichotomy as well as an active / passive income dichotomy makes it unfit for purpose. Not only is the allocation of taxing rights along these lines arbitrary, it is ill-suited to dealing with multinationals operating in a truly global business environment ... The regime is further undermined by national rules that facilitate its exploitation and by specific international tax rules that are easily manipulated and hard to justify. Overall the system is manipulable, distortive, often incoherent and unprincipled and encourages countries to compete leading to a race to the bottom» (pp. 11-12).

En efecto, tanto desde la perspectiva de la técnica tributaria como desde la sociología y política fiscal, hay bastantes razones para dudar de la plena efectividad del proyecto BEPS.

Así, desde la perspectiva de la técnica tributaria, se puede indicar:

- La descalificación de las operaciones y entidades carentes de sustancia, correcta en sí misma, y ampliamente respaldada por el consenso internacional respecto de la configuración de las normas antiabuso de carácter general (Delgado Pacheco, 2018)⁸⁰, podría poner en pie estrategias sofisticadas de creación artificiosa o aparente de sustancia (Devereux y Vella, 2014)⁸¹. Ciertamente ello constituiría un abuso de formas jurídicas reprochable (Palao Taboada, 2001), pero de ahí no se sigue que la planificación fiscal agresiva no vaya a explorar las posibilidades ofrecidas por dichas estrategias.
- Los regímenes fiscales preferenciales, supuestamente acorralados por el programa de la competencia fiscal desleal de la OCDE y el Código de Conducta de la UE, lejos de desaparecer, han venido, a lo largo de los tres últimos lustros, adaptándose de manera no sincera y sinuosa, sin que sea realista esperar una rectificación de esa línea como fruto del proyecto BEPS, aun cuando sí su adaptación. En particular, los descensos agresivos de tipos de gravamen, o la concesión de ventajas fiscales exorbitantes a la realización de actividades de I+D+i, probablemente continuarán presentes (Keen, 2018)⁸².
- La doctrina del nexo, en la que se confía para poner coto a los regímenes fiscales preferenciales, antes que neutralizarlos podría cohonestarlos, de manera tal que dichos regímenes adoptarían nuevas formas, pero no desaparecerían.
- Las dificultades prácticas para aplicar el principio de libre competencia debido a la carencia generalizada de comparables, circunstancia que tenderá a agravarse en los años venideros, al compás de la evolución de la tecnología y del refinamiento de los patrones de consumo.

⁸⁰ «Como hemos reiterado, el consenso internacional ha supuesto la consagración de una doctrina antielusión basada en (i) la interpretación finalista, sistemática y coherente de las normas tributarias, (ii) la exigencia de sustancia económica en los negocios que determinará su verdadera naturaleza, y (iii) la exigencia de motivos económicos válidos más allá de la mera búsqueda de una ventaja fiscal...» (p. 331).

⁸¹ «Fifth, the proposed solutions are likely to be undermined by tax planning and to create real economic distortions. While it is unclear what «substantial activity» will be required for preferential regimes, one can safely predict that as long as the cost of satisfying this test is less than the resulting tax saving, multinationals will satisfy it. This will undermine the OECD's solution and, more importantly, as multinationals will move real «activity» to low tax jurisdictions, it will also create a real economic distortion where there was none...» (p. 17).

⁸² «... collective actions to narrow opportunities for tax avoidance might well lead to an intensification of tax competition...».

- La eclosión de la economía digital, cuyo encaje en el objetivo de vincular la tributación al lugar en el que se crea valor, reviste complejidades notables (Martín Jiménez, 2018).
- Las posibilidades de fraccionamiento, entre las sociedades del grupo multinacional, de funciones, asunción de riesgos, y activos, enormemente acrecidas por la evolución de las tecnologías de la comunicación y la creciente importancia de los activos intangibles.

Y desde la perspectiva de la sociología y política fiscal:

- La ausencia de compromiso político respecto del establecimiento de la transparencia fiscal internacional, siendo así que tal medida, enérgicamente establecida, probablemente hubiera sido el instrumento más eficaz para alcanzar el objetivo del proyecto BEPS. En consecuencia, aquellas jurisdicciones fiscales proclives a ofrecer un entorno fiscal permisivo y, por ende, practicantes de la competencia fiscal, podrán prescindir de la transparencia fiscal internacional.
- Las suspicacias que, en las filas del partido republicano norteamericano, han tomado cuerpo respecto del proyecto BEPS, contemplado como un intento de agravar la fiscalidad de las multinacionales norteamericanas en beneficio de otras jurisdicciones fiscales, singularmente europeas (Hufbauer *et al.*, 2015)⁸³.
- Los intereses convergentes de los promotores de las operaciones de desviación artificiosa de beneficios, en el sentido de la iniciativa de la Comisión⁸⁴, de algunos grupos multinacionales, y de ciertas jurisdicciones fiscales, en el mantenimiento de la planificación fiscal agresiva, si bien bajo formas de ejecución y convalidación formalmente adaptadas a los criterios del proyecto BEPS. Esa convergencia configura un núcleo duro de intereses que, probablemente, haya rebajado ya el propio perfil del proyecto BEPS y que, seguramente, hará lo propio con su efectiva implantación. La causa de la planificación fiscal agresiva no ha de buscarse en la divergencia de los sistemas fiscales, ni en la lógica de la minimización fiscal ni, en fin, en las artes de un reducido grupo de promotores, sino en la fusión inextricable de los referidos intereses, que se alimentan entre sí. Combatir ese

⁸³ «Given this tax and legislative history, the US Congress should lay aside the BEPS report (but commission the studies suggested earlier) and concentrate on enacting meaningful reforms that align US corporate taxation with practices of competing nations worldwide to ensure that the United States remains an attractive location for MNC headquarters and production...» (p. 36).

⁸⁴ *Proposal for a council directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements. COM (2017)335 final. Directiva 2018/822/UE.*

núcleo duro de intereses (Grubert y Altshuler, 2005)⁸⁵ solamente con las armas de los estándares mínimos, nuevos o remozados, del proyecto BEPS no parece que dibuje un porvenir altamente halagüeño.

- La ausencia de un consenso internacional que deslegitime la competencia entre jurisdicciones fiscales (Innerarity, 2017)⁸⁶. La implantación de las medidas del proyecto BEPS exige cooperar, pero cooperar compitiendo o competir cooperando es bastante difícil (Lasarte López y Trigueros Martín, 2016).

Por tanto, si bien el saldo del proyecto BEPS ha de reputarse como positivo, del mismo no se seguirá la solución radical de los problemas que afectan al sistema de tributación internacional sobre los beneficios (Azam, 2016)⁸⁷.

3.2. DESTINATION-BASED CASH FLOW TAX (DBCFT)

En junio de 2016, el *house speaker* de la Cámara de Representantes Paul Ryan, presentó un proyecto que contenía un conjunto de propuestas para una reforma fiscal radical (Ryan, 2016). En relación con el impuesto sobre sociedades, se proponía, de una parte, la determinación de la renta gravable en función del flujo de fondos, y de otra, la atribución de la renta gravable a la jurisdicción fiscal donde residen los consumidores de bienes y servicios.

En su versión radical, la tributación en destino descansa en el denominado «ajuste en frontera», en cuya virtud se excluye de la base imponible del impuesto sobre sociedades el valor de las exportaciones de bienes y servicios y se incluye el valor de las importaciones de bienes y servicios⁸⁸.

⁸⁵ «The results illustrate the importance of including both company tax planning and the cooperation of home and host governments in an accurate depiction of any race to the bottom» (p. 32).

⁸⁶ «La democracia se resiente cuando una buena parte de los afectados por una decisión no tiene una voz en su toma... lo que ocurre... cuando las decisiones que se toman en un país tienen un gran impacto en otro...» (p. 346) «... los actores políticos deben interiorizar las externalidades y comenzar a considerar –frente a lo que ha sido una rutina inscrita en la lógica del Estado nacional– que un interés propio perseguido a costa de un tercero es ilegítimo...» (p. 348).

⁸⁷ «The prospects of the BEPS project are complex. Some proposals are progressing and are expected to be widely accepted and implemented such as the proposals on country-by-country reporting and the proposals on transparency and information exchange to handle individual tax evasion and the proposals on Mutual Agreement Procedures (MAP) to solve treaty disputes in timely manner. Amendments to the OECD Model Treaty and to the OECD transfer pricing guidelines are expected to be implemented at the OECD soft law level and they will probably have some indirect impact on bilateral treaty law and case law. Beyond these particular proposals, I do not expect further effective implementation or that the G20/OECD BEPS project will substantially impact the international tax regime. The main challenges of tax competition and corporate tax avoidance are therefore likely to continue to prevail and will require different solutions. One of these solutions is unilateral solution by the United States...» (p. 34).

⁸⁸ Ajuste en frontera:

+ Venta de bienes y servicios.

La adopción unilateral y exclusiva por parte de los Estados Unidos de este modelo hubiera supuesto la desimposición de las exportaciones y la doble imposición de las importaciones. Hubiera convertido a los Estados Unidos en un inmenso paraíso fiscal para las empresas exportadoras al tiempo que hubiera discriminado contra las empresas que, desde otros países, efectuaran exportaciones a dicho país. Consecuentemente, hubiera supuesto un atractivo insuperable para la realización de actividades económicas en los Estados Unidos por parte de los grupos multinacionales, tanto si destinasen sus bienes y servicios al mercado de dicho país (evitar el ajuste en frontera de las importaciones), como si los destinasen a otros mercados (disfrutar del ajuste en frontera de las exportaciones) (Auerbach y Holtz-Eakin, 2016)⁸⁹. Probablemente este era el objetivo principal de esta modificación radical del impuesto sobre sociedades.

La adopción de dicho modelo universalmente, esto es, por todas las jurisdicciones fiscales, atribuiría la tributación a los países en donde residen los consumidores de los bienes y servicios exportados⁹⁰. Habría, por relación a la situación actual, jurisdicciones fiscales ganadoras y, correlativamente, perdedoras.

- Exportación de bienes y servicios (ajuste en frontera).
 - Compra de bienes y servicios.
 - + Importaciones de bienes y servicios (ajuste en frontera)
 - Salarios y asimilados.
- Base imponible.

⁸⁹ «Leaving aside any other elements of a business tax reform plan, US adoption of border adjustments would have a positive impact on tax revenue for two distinct reasons. First, with a large trade deficit, the US would collect far more from taxing imports than it would lose from forgiving tax on exports. This effect could well change in the future, to the extent that the US trade balance improves, as many expect must happen.

Second, because multinational companies would have strong incentives to expand US production activities, dynamic scoring of the effects of border adjustments should increase projected revenues...» (p. 14).

⁹⁰ Sea el grupo multinacional formado por H (*holding* dominante, EE. UU.), E (extractiva, EE. UU.), F (fabricante, España), M (distribuidora final, Alemania).

Entidad	E	F	M	H
+ Ventas	100	128	170	
- Exportación	100	128	-	
- Compras	50	100	128	
+ Importaciones	-	100	128	
- Salarios	10	20	30	
- Resultado	40	8	12	
- Base imponible	- 60	- 20	140	

La línea Resultado muestra la distribución de la base imponible de acuerdo con el vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios, y la línea base imponible muestra la distribución de acuerdo con el sistema de destino. Se puede apreciar que la base imponible derivada de las operaciones del grupo de empresas se ha ubicado en M. Se puede apreciar que la base imponible derivada de las operaciones del grupo de empresas se ha ubicado en M.

La principal virtud del DBCFT, desde la perspectiva de la técnica tributaria, es su inmunidad frente a las maniobras de desviación de los beneficios hacia jurisdicciones fiscales de conveniencia. En efecto, al concentrar la tributación sobre el beneficio en sede de la jurisdicción fiscal donde se realiza el consumo de los bienes y servicios, y no ser susceptible de desplazamiento fingido el lugar de ese consumo, la traslación artificiosa de beneficios entre jurisdicciones fiscales queda descartada (González de Frutos, 2017). Por la misma razón, la tributación en destino puede prescindir del establecimiento permanente como nexo habilitante de derechos de imposición, de manera tal que los agudos problemas concernientes a su identificación desaparecerían.

Pero al lado de esa ventaja, sin duda estimable, afloran bastantes inconvenientes:

- Implica una confrontación radical con el actual sistema de tributación internacional sobre los beneficios, tal y como lo auspicia la OCDE, por cuanto la tributación no se produciría ante la jurisdicción fiscal de la residencia de la entidad o del lugar de ubicación del establecimiento permanente, sino ante la jurisdicción fiscal en cuyo territorio están los consumidores. En este sentido, se aparta radicalmente del objetivo de política fiscal básico del proyecto BEPS, esto es, que la tributación se produzca en la jurisdicción fiscal donde se realizan las actividades económicas y se crea valor. Ahora bien, no se trata de que la tributación en destino resuelva por otras vías el problema al que se enfrenta el proyecto BEPS, sino que, sencillamente, ese problema desaparecería como tal (Auerbach *et al.*, 2017)⁹¹.
- Es muy dudosa su compatibilidad con las normas del comercio internacional patrocinadas por la OMC. Aunque el *Blueprint* republicano sostenga la compatibilidad, lo cierto es que el ajuste en frontera, ubicado en sede del impuesto sobre sociedades, esto es, en sede de un impuesto directo, puede ser constitutivo de subsidio o medida equivalente por cuanto lo son *la total o parcial exención o el diferimiento específicamente concerniente a las exportaciones, de impuestos directos*⁹². Nótese que el DBCFT, a pesar de contener elementos propios del IVA, continúa siendo un impuesto directo (González de Frutos, 2017).
- Implica una ruptura del principio del beneficio, esto es, que la tributación debe realizarse ante la jurisdicción fiscal en la cual se desarrollan las actividades económicas, por ser esta la que suministra los servicios públicos que benefician dichos desarrollos

⁹¹ «No tax system is perfectly robust to avoidance and evasion. However, when adopted universally the DBCFT closes the most significant avoidance channels found under existing tax systems: it simply does away, in particular, with many of the problems currently besetting the taxation of multinationals, cutting through the swathe of issues taken on in the G20-OECD project on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS).

When adopted in all countries, the DBCFT eliminates the shifting of profits to low-tax countries through the three most important current channels: lending from a low-tax country to a high-tax country, locating intangible assets that earn a royalty or license payment in a low tax country, and manipulating transfer prices...» (pp. 26-27).

⁹² Anexo I del tratado de la OMC, relativo a subsidios y medidas equivalentes.

(Einaudi, 1955, pp. 89 y ss.). Bajo el imperio de este principio no hay razón alguna para aminorar la tributación de las empresas exportadoras, pues las mismas consumen tales servicios públicos⁹³. La deficiencia del DBCFT frente al principio del beneficio es ampliamente reconocida (Auerbach *et al.*, 2017)⁹⁴.

- No se acomoda al principio de capacidad económica. A su tenor, tanto las personas físicas como las jurídicas deben contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con los índices demostrativos seleccionados por el legislador, uno de los cuales es la obtención de renta, y hacerlo en condiciones de igualdad. Pues bien, el DBCFT determina una tributación distinta para las empresas según que sean exportadoras o importadoras, de manera tal que ante una renta igual las primeras soportarán menos tributación. Ello se debe a que el ajuste en frontera lleva la base imponible a una magnitud que no responde a la lógica de la determinación de la renta, la cual es, bien se comprende, el índice de capacidad económica de la imposición directa.
- Un impuesto sobre sociedades tipo DBCFT arrumbaría totalmente la idea de que, conjuntamente con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, debe formar una suerte de tejido continuo que recoja cualquier acrecentamiento patrimonial (Sevilla Segura, 2004).

⁹³ Joint Committee on Taxation. «Destination-Based Taxation and Border Adjustments: Furthermore, when producing goods and services in the United States, U.S. businesses may be relying on a number of resources that are, in whole or in part, provided for or funded by the U.S. government, including infrastructure, rule of law, and an educated workforce. Collecting tax on the sale of these products, whether they are sold in the U.S. market or a foreign market, may be viewed as a way for the business to compensate the United States government for the resources it has provided» (p. 19).

⁹⁴ «Taxing sales on a destination basis but giving relief for expenses on a source basis can produce an allocation of profits amongst states which might be considered to be inequitable. If a company produces goods in country A and exports to country B, then, under a DBCFT, A would not receive any tax on the company's profits. A system under which a government which potentially contributes significantly to the success of business operations by providing infrastructure, legal protection and other goods and services, but receives no tax revenue – while governments that contributed nothing happily pick up a cheque – might be considered to be unfair, or at least inappropriate, violating a view of taxation as in part payment for the benefits provided by governments.

Note, however, that current taxes on business profit do not satisfy the prescriptions of the benefit principle either, as they can result in high taxation for companies which derive very little value from publicly provided goods and services and no taxation for companies which derive a great value. In other words, there is no necessary connection between benefits derived and taxes paid. Concern for the benefit principle would thus be better addressed through the adoption of fees based on a businesses' footprint in a particular state. Such fees could be introduced alongside a DBCFT by states so wishing to do, although, of course, this could affect the attractiveness of the country as a location for investment...

Distinct considerations may well apply to natural resources. These are often largely exported, a major source of government revenue, and perceived as a national asset. Governments of resource-rich countries are unlikely to be content to receive, as they would under a DBCFT, no revenue from their exploitation – and even finding themselves paying large amounts to foreign extractive firms. Moreover, while the DBCFT looks to the immobility of consumers, this is a case in which there is an immobility of the underlying asset – giving rise to rents that are specific to their location – that can be exploited. There are thus powerful forces pointing to the retention of some element of origin-based taxation of natural resources as both a political reality and a potentially efficient form of taxation».

- A pesar de que el DBCFT es más resistente que el impuesto sobre sociedades tradicional a la evasión mediante la desviación artificiosa de beneficios, también podría padecer las maniobras de evasión, bien conocidas en el IVA, consistentes en simular como exportaciones lo que son, realmente, ventas interiores⁹⁵. Sin embargo su dimensión cuantitativa probablemente sería menor.
- El ajuste en frontera podría ser considerado como ayuda de Estado, en cuanto beneficia a las empresas fundamentalmente exportadoras, esto es, podría ser visto a modo de ayuda a las exportaciones (Becker y English, 2017)⁹⁶.

3.3. LA BASE IMPONIBLE COMÚN CONSOLIDADA (BICCIS)

El denominado proyecto BICCIS es una iniciativa de la Comisión, actualmente contenida en dos propuestas de directiva, la primera para establecer una base imponible común del impuesto sobre sociedades⁹⁷, y la segunda para establecer una base imponible consolidada común que sería distribuida entre las sociedades del grupo multinacional mediante una fórmula de reparto predeterminada⁹⁸. A nuestros efectos interesa, primordialmente, la segunda, pues introduce principios y técnicas novedosas en orden a distribuir la renta del grupo multinacional entre las distintas jurisdicciones fiscales en las que opera. Sus elementos esenciales pueden ser descritos de la siguiente manera⁹⁹:

⁹⁵ Joint Committee on Taxation. «Destination-Based Taxation and Border Adjustments: Since U.S. exports would be exempt from tax under a destination-based tax system, U.S. businesses may have an incentive to overstate foreign sales and understate domestic sales. This may be viewed as another form of income shifting, except that instead of shifting income from the United States to a lower-tax jurisdiction, U.S. businesses would be potentially «shifting» income from the domestic sales ledger to the foreign sales ledger, where it will be untaxed» (p. 20).

⁹⁶ «... European law would probably rule out the deductibility of wage payments only for domestic labour. In addition, the exemption of exports by an individual Member State as an inherent feature of a genuine DBCFT could be considered an unlawful state aid...» (p. 22).

⁹⁷ *Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (25/10/2016)*.

⁹⁸ *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (25/10/2016)*.

⁹⁹

- Obligatorio para 750 M. (art. 2.1 c).
- Perímetro de grupo europeo, sobre relación de voto (50%) y participación (75%) (art. 5).
- Contribuyente principal (dominante residente o designada cuando la dominante no es residente) (art. 3.11). Autoridad fiscal principal (art. 3.27). La autoridad fiscal principal desarrolla funciones de control y revisión administrativa y judicial (capítulo IX).
- Determinación de la base imponible del grupo por agregación de bases imponibles individuales y posteriores eliminaciones (arts. 7 y 9).
- Distribución de la base imponible consolidada entre las distintas entidades o establecimientos permanentes según fórmula de reparto predeterminada (activos, número de empleados y salarios, ventas por destino) (art. 28). Re-

- Perímetro del grupo fiscal. Forman parte del grupo fiscal todas las entidades y establecimientos permanentes, residentes o ubicados, respectivamente, en algún Estado miembro de la Unión Europea, sujetos al control, sea por voto o por propiedad, de una entidad dominante, la cual puede residir en un Estado tercero.
- Base imponible consolidada. Se forma mediante la agregación de las bases imponibles individuales, corregida, a renglón seguido, por la eliminación de los resultados habidos en operaciones puramente internas.
- Distribución de la base imponible común consolidada entre las distintas entidades y establecimientos permanentes del grupo fiscal mediante una fórmula de reparto predeterminada que incluye como factores a los activos tangibles, el número de empleados y sus salarios, y las ventas por destino (Durán Cabré y Esteller Moré, 2018, p. 46). Quedan excluidos, por tanto, los activos intangibles y los de carácter financiero¹⁰⁰.

glas especiales para empleados, empleador o prestataria del servicio (art. 33). Activos, propietario económico (art. 35). Ventas, entidad o ep por destino. Las realizadas en Estados miembros donde no haya entidad o ep, o en Estados terceros, se imputan a todas las entidades del grupo a prorrata de los otros dos factores (art. 38). No computan: rentas exentas, intereses, dividendos, cánones, ingresos derivados de la transmisión de elementos del inmovilizado, excepto si dichas rentas se obtienen en el ejercicio de actividad empresarial (art. 37).

- Sobre la cuota parte asignada a cada entidad o establecimiento permanente caben ciertas deducciones nacionales (art. 44).
- No retenciones intragrupo (art. 10). Distribución de las practicadas a terceros según fórmula de reparto predeterminada (art. 26).
- Procedimiento. Notificación de grupo a la autoridad principal (art. 46). Examen de la notificación (art. 49). Declaración fiscal consolidada a la autoridad tributaria principal (art. 51). En esa declaración consta la base imponible de cada miembro, la base imponible consolidada, la cuota parte de cada miembro, la deuda tributaria de cada miembro (art. 52). Liquidación regularizada por la autoridad tributaria principal (art. 56). Consultas tributarias ante la autoridad competente (art. 61). Auditorías coordinadas por la autoridad tributaria principal (art. 64). Recopilación de resultados por la autoridad tributaria principal (art. 64). Recurso administrativo ante un órgano administrativo independiente de la autoridad tributaria principal (art. 67). Recurso judicial ante los tribunales de justicia de la autoridad tributaria principal (art. 68).

¹⁰⁰ Ejemplo. La sociedad Z, residente en España (tipo de gravamen 25%), forma parte de un grupo con las sociedades X (Francia, tipo de gravamen 30%) y T (Italia, tipo de gravamen 20%), cuyas ventas de aparatos electrónicos se realizan íntegramente en los países donde residen, sin que medien operaciones internas (datos en miles y unidades de personas). La base imponible común consolidada asciende a 100.

- Sociedad Z: 1.400 (ventas), 800 (salarios), 60 (empleados), 6.000 (activos).
- Sociedad F: 1.500 (ventas), 1.200 (salarios), 64 (empleados), 7.000 (activos).
- Sociedad UK: 2.800 (ventas), 2.000 (salarios), 80 (empleados), 14.000 (activos).
- Fórmula
- Z: $[1.400/5.700]^{1/3} + [(800/4.000)^{1/2} + (60/204)^{1/2}]^{1/3} + [6.000/27.000]^{1/3}$.
- F: $[1.500/5.700]^{1/3} + [(1.200/4.000)^{1/2} + (64/204)^{1/2}]^{1/3} + [7.000/27.000]^{1/3}$.

- Los Estados miembros serán competentes para establecer el tipo de gravamen que aplicarán a las entidades y establecimientos permanentes del grupo fiscal que radiquen en sus respectivos territorios.

La propuesta BICCIS es muy apta para evitar los desplazamientos artificiosos de beneficios (Pich, 2018, p. 149), al tiempo que puede prescindir de las reglas para la determinación de los precios de transferencia. Sin embargo, esas dos ventajas quedan muy desmerecidas porque el perímetro del grupo fiscal no rebasa el dintel de la UE.

Frente a esas ventajas se dibujan algunos inconvenientes, unos de naturaleza técnica y otros de contextura política.

Desde el ámbito técnico, se advierten algunas indeterminaciones:

- La exclusión de la fórmula de reparto predeterminada de los intereses, cánones o plusvalías de inmovilizado exentas, excepto si tales ingresos se producen *en el ejercicio ordinario de la actividad comercial o empresarial*, obligará a calificar en cada caso si se está ante un ingreso de actividad o de mera tenencia.
- También se excluyen las ventas puramente internas¹⁰¹, de manera tal que las entidades del grupo que entreguen su producción o presten servicios a otras entidades del grupo verán menguada su base imponible, aun cuando realicen una actividad comercial o empresarial genuina.
- La imputación de ventas por destino¹⁰² podría acrecentar indebidamente la base imponible de las entidades del grupo ubicadas en la jurisdicción fiscal de destino,

• UK: $[2.800/5.700]1/3 + [(2.000/4.000)1/2 + (80/204)1/2]1/3 + [14.000/27.000]1/3$.

• Z: $0,081 + 0,082 + 0,074 = 0,237$; base imponible individual: 23,7.

• F: $0,087 + 0,102 + 0,086 = 0,284$; base imponible individual: 28,4.

• T: $0,163 + 0,148 + 0,172 = 0,483$; base imponible individual: 48,3.

• Cuota íntegra: Z (23,7/25 %), España; X (28,4/30 %), Francia; T (48,3/20 %), Italia).

¹⁰¹ Artículo 37. Composición del factor ventas.

1. El factor ventas consistirá en el total de ventas atribuidas a un miembro del grupo, incluidos los establecimientos permanentes que se considere que existen en virtud del artículo 22, apartado 3, como numerador, y el total de ventas del grupo como denominador.
2. Por «ventas» se entenderá el producto de todas las ventas de bienes y las prestaciones de servicios, una vez aplicados los eventuales descuentos y devoluciones, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido ni otros impuestos y derechos. No se incluirán en el factor ventas los ingresos, intereses, cánones o productos de la enajenación de inmovilizado objeto de exención, salvo que se trate de ingresos obtenidos en el ejercicio ordinario de la actividad comercial o empresarial. Tampoco se incluirán en el factor ventas las ventas de bienes o las prestaciones de servicios realizadas en el interior del grupo.

¹⁰² Artículo 38. Ventas por destino.

en la medida en que hubiesen tenido escasa participación en las operaciones correspondientes.

- La exclusión de los activos intangibles de la fórmula de reparto predeterminada¹⁰³, sin duda fundamentada en el carácter móvil de los mismos, supone prescindir de unos activos muy significativos.

Y en el ámbito político, caben las siguientes reflexiones:

- Las políticas fiscales que, en relación con el impuesto sobre sociedades, deseen ejecutar las distintas jurisdicciones fiscales, no se podrán realizar mediante la introducción de variables en la determinación de la base imponible. La técnica a utilizar se concentrará en el tipo de gravamen o en variaciones sobre la cuota íntegra. Todo ello merma la capacidad del referido impuesto para ser instrumento de la política fiscal.
- El principio de ventanilla única que, en principio, se presenta como un esfuerzo de simplificación, tiene el importante reverso de la elección por el contribuyente de la jurisdicción fiscal competente para la gestión básica del sistema BICCIS.

1. Las ventas de bienes se incluirán en el factor ventas del miembro del grupo situado en el Estado miembro en que finalice un envío o transporte de bienes dirigido a la persona que los haya adquirido. Cuando no sea posible determinar ese lugar, las ventas de bienes se atribuirán al miembro del grupo situado en el Estado miembro de la última ubicación identificable de los bienes.
2. Las prestaciones de servicios se incluirán en el factor ventas del miembro del grupo situado en el Estado miembro en que se lleven a cabo físicamente los servicios o se proceda efectivamente a su prestación.
3. Los ingresos, intereses, dividendos y cánones objeto de exención, así como el producto de la enajenación de elementos del inmovilizado que estén incluidos en el factor ventas se atribuirán al beneficiario de dichos ingresos, intereses, dividendos, cánones y producto.
4. Cuando no haya ningún miembro del grupo situado en el Estado miembro en el que se entreguen los bienes o se presten los servicios, o cuando los bienes se entreguen o los servicios se presten en un tercer país, las ventas de bienes y las prestaciones de servicios se incluirán en el factor ventas de todos los miembros del grupo proporcionalmente a sus factores mano de obra y activos.
5. Cuando haya más de un miembro del grupo situado en el Estado miembro en el que se entreguen los bienes o se presten los servicios, las ventas se incluirán en el factor ventas de todos los miembros del grupo situados en ese Estado miembro proporcionalmente a sus factores mano de obra y activos.

¹⁰³ Artículo 34. Composición del factor activos.

1. El factor activos consistirá en el valor medio de todos los elementos del inmovilizado material, poseídos u objeto de arrendamiento o arrendamiento financiero por un miembro del grupo, como numerador, y el valor medio de todos los elementos del inmovilizado material, poseídos u objeto de arrendamiento o arrendamiento financiero por el grupo, como denominador.
2. En los cinco años siguientes a la incorporación de un contribuyente a un grupo nuevo o existente, su factor activos incluirá también el importe total de los costes en que haya incurrido con fines de investigación, desarrollo, marketing y publicidad durante los seis años anteriores a su incorporación al grupo.

En efecto, esa jurisdicción fiscal, o autoridad fiscal principal, será aquella en la que tenga su residencia el contribuyente principal, y este será la entidad dominante del grupo si tiene su residencia en un Estado miembro o, en otro caso, cualquier entidad o establecimiento permanente del grupo, a designio de la entidad dominante, residente o ubicado, respectivamente, en algún Estado miembro. La autoridad fiscal principal recibe la declaración tributaria formulada por la entidad dominante, examina el cumplimiento de los requisitos establecidos en la directiva, coordina las inspecciones fiscales y dicta los actos de liquidación en orden a hacer efectivas las regularizaciones que procedan. Los recursos contra esos actos se interpondrán ante la autoridad fiscal principal, y serán los tribunales del Estado miembro de dicha autoridad los que conocerán de los recursos que puedan plantearse contra las resoluciones administrativas. Por tanto, hechos protagonizados por una entidad residente en un determinado Estado miembro podrán ser sometidos a los tribunales de otro Estado miembro. Véase, consecuentemente, que el proyecto BICCIS implica cesiones de competencias soberanas que rebasan el campo del impuesto sobre sociedades. Ciertamente, tales cesiones, en diversos ámbitos, forman parte del encauzamiento político del fenómeno globalizador. Cuestión diferente es que el proyecto BICCIS tenga los suficientes méritos al efecto.

- En fin, la ventanilla única podría abrir la puerta a la competencia entre jurisdicciones fiscales basada en la percepción que los contribuyentes tienen respecto de la proximidad de las mismas a sus intereses.

Nada tiene de extraño, por todo ello, que dicho proyecto no haya alcanzado todavía la cualidad de texto normativo, permaneciendo en la esfera de la mera alternativa al vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios (Botella García-Lastra, 2017)¹⁰⁴. En fin, la literatura muestra que el proyecto BICCIS, antes que de sus propios méritos, se nutre de las deficiencias del sistema vigente (Avi-Yonah *et al.*, 2009)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ «... podría, en el medio y largo plazo, convertirse en una alternativa a los sistemas tradicionales de tributación del impuesto sobre sociedades dada la crisis de los conceptos fundamentales de residencia fiscal y establecimiento permanente...» (p. 558).

¹⁰⁵ «Under our proposal, the U.S. tax base for multinational corporations would be calculated based on a fraction of their worldwide incomes. This fraction would be the sum of (1) a fixed return on their expenses in the United States and (2) the share of their worldwide sales that occur in the United States. This system is similar in significant respects to the current «residual profit split» method of the U.S. transfer pricing regulations and the OECD Guidelines, as well as to the current method that U.S. states use to allocate national income across states.² The state system arose due to the widespread belief that it was impractical to account separately for the economic activity supposedly earned in each state when states are highly integrated economically. Similarly, in an increasingly global world economy, it is difficult to assign profits to individual countries, and attempts to do so are fraught with opportunities for tax avoidance».

El proyecto BICCIS es un claro ejemplo de cumplimiento del denominado «trilema de la globalización» de Rodrik, a cuyo tenor no es posible conseguir, al tiempo, globalización en su máxima expresión, democracia y soberanía (Rodrik, 2012)¹⁰⁶.

El proyecto BICCIS ha recibido, recientemente, el impulso de una declaración franco-alemana¹⁰⁷, pero la profundidad de las observaciones y precisiones que en la misma se contienen, las cuales versan sobre la base imponible común en cuanto paso necesario para la posterior consolidación, suponen, en su conjunto, una fuerte corrección del texto técnico fruto de la iniciativa de la Comisión. He aquí las más relevantes:

- El campo de aplicación de la norma armonizadora debería extenderse a todos los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades de los respectivos Estados miembros.
- Es necesario introducir una norma que convoque a los principios contables, mediante el método de la comparación de balances, sin perjuicio de las reglas previstas en relación con los ingresos y gastos, a los efectos de determinar la base imponible. La apelación a los principios contables enlaza bien con la forma de determinación de la base imponible de nuestro impuesto sobre sociedades. Sin embargo, la declaración no precisa la norma en la que tales principios se hallan establecidos.
- No incluir reducciones de la base imponible en concepto de incentivos al I+D+i, sin perjuicio de la posibilidad de los Estados miembros de establecerlos fuera del ámbito de la norma armonizada, considerando, con todo, la aproximación de los tipos de gravamen. Lo relevante de esta declaración es la aproximación de los tipos de gravamen. En efecto, sin esa aproximación, la competencia fiscal seguirá campando a sus anchas, lo cual es contradictorio con las exigencias del mercado único. Ahora bien, la armonización del tipo de gravamen había venido siendo un tabú (Fuest, 2018, p. 19).
- Rechazo de la bonificación en concepto de crecimiento e inversión (BCI), esto es, del *Allovanace for Corporate Equity*. Este rechazo supone una revisión fundamental del proyecto. En efecto, como se ha indicado anteriormente, la deducción ACE supone un modelo alternativo al impuesto sobre sociedades tradicional.
- Rechazo de la compensación de pérdidas sufridas por las entidades filiales, en cuanto esta materia debe ser subsumida en la consolidación.
- Rechazo de la amortización por el sistema de *pool*.
- Introducción de una cláusula de escape, basada en la estructura financiera del grupo, correctora de la norma limitativa de la deducción de intereses. Esta observación

¹⁰⁶ «..., el desafío real está en salvaguardar la integridad del régimen fiscal de las sociedades de cada país en un mundo en el que las empresas y su capital están libres y sin compromiso. Este desafío sigue sin solución...» (p. 213).

¹⁰⁷ *German-French Position Paper on CCTB Proposal* (junio 2018).

también es muy relevante. En efecto, supone transformar una norma *barrera de intereses* en una norma correctora de la distribución del endeudamiento del grupo entre las entidades que lo componen. La Directiva 1164/2016 prevé dicha cláusula, a modo de opción. La norma *barrera de intereses* inflige un tratamiento injusto a los contribuyentes con resultado de explotación reducido, a tal punto que, en los casos límite, les obliga a tributar sobre una cantidad próxima a esa magnitud, en tanto que los contribuyentes con un resultado de explotación elevado lo harán sobre el resultado contable.

- Apoyo a la idea de tributación mínima efectiva. Partiendo de las normas sobre transparencia fiscal internacional contenidas en la Directiva 1164/2016, Francia y Alemania promueven la introducción de un instrumento efectivo que evite la explotación injustificada de los tipos de gravamen diferentes. Sin duda esta es la declaración de más amplio alcance en relación con un sistema de tributación internacional sobre los beneficios.
- Limitación a la deducción de intereses, cánones y otras remuneraciones pagadas a entidades residentes en jurisdicciones fiscales que tengan establecido un régimen fiscal preferencial que determine una tributación por debajo de un cierto porcentaje. También esta observación es de gran calado. En el fondo supone la restauración indirecta de las retenciones sobre intereses y cánones transfronterizos, en relación con jurisdicciones fiscales de baja tributación.

3.4. LA FISCALIDAD DE LA ECONOMÍA DIGITAL

La tributación de los beneficios de la economía digital, cuya importancia para el conjunto de la economía es creciente (OCDE, 2015, capítulo 3), es una cuestión de gran actualidad, que podría resumirse y plantearse mediante la siguiente pregunta: ¿Son válidos los principios y criterios vigentes concernientes a la tributación internacional sobre los beneficios, auspiciados por la OCDE, respecto de la denominada «economía digital»?

3.4.1. Los trabajos de la OCDE

Los importantes desafíos que la economía digital o numérica implican respecto de la arquitectura del sistema de tributación internacional sobre los beneficios han sido objeto de la acción 1 del proyecto BEPS. Esos desafíos traen causa de la dificultad de subsumir la actividad económica propia de la economía digital bajo los conceptos tradicionales de tal arquitectura (Ramos Prieto, 2016).

De las cuatro alternativas que había venido contemplando el grupo de reflexión sobre la economía digital, esto es, modificación de las excepciones relativas a la existencia de establecimiento permanente en el artículo 5 del Modelo de Convenio, extensión del concepto de establecimiento permanente o acuñación de una nueva forma del mismo sobre la base de la noción de

presencia económica significativa, retención en la fuente sobre los pagos realizados en el curso de tal actividad, e introducción de una tasa específica, el proyecto BEPS se ha decantado, provisionalmente, por la primera, sin perjuicio de proseguir los estudios sobre la materia. Por tanto, de acuerdo con la referida orientación, el derecho de imposición respecto de los beneficios de la economía digital continuará basado en la existencia de un establecimiento permanente, si bien funciones que en el contexto de la economía real son consideradas preparatorias o auxiliares y, por tanto, no determinantes de establecimiento permanente, podrían ser reputadas esenciales en el de la economía digital, con la consecuencia de la presencia del establecimiento permanente¹⁰⁸.

Ahora bien, tal solución debe considerarse provisional, en cuanto no goza de consenso internacional, y de ahí que la OCDE haya proseguido el examen de la tributación de la economía digital, anunciando una solución definitiva para 2020 en el informe de transición de 2018. Se aprecia en este informe que el consenso internacional continúa sin fraguar (OCDE, 2018, capítulo 7, apartado 509). Se advierte, eso sí, de una parte, la convergencia en la identificación de las características de la economía digital, esto es, operativa en múltiples jurisdicciones fiscales sin presencia física apreciable e importancia de los activos intangibles y de los datos y contenidos procedentes de los usuarios, y su influencia en la configuración de la cadena de creación de valor (OCDE, 2018, capítulo 2, apartado 130 y siguientes), y de otra, la percepción común de que la separación entre economía tradicional y economía digital no es posible en el mundo real (OCDE, 2018, capítulo 1, apartado 15).

Pero más allá de esos aspectos de convergencia reina la discrepancia en cuanto a la textura de las normas fiscales apropiadas para gravar las rentas de la economía digital. En efecto, mientras hay países que denuncian la absoluta obsolescencia de los principios y reglas del vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios respecto de la economía digital, hay otros que confían en que las recomendaciones formuladas y los compromisos políticos alcanzados en el proyecto BEPS ya procuran las vías de solución, aún reconociendo las peculiaridades de la economía digital (OCDE, 2018, capítulo 5). El informe de transición de 2018, abunda en este sentido (OCDE, 2018, capítulo 3).

En fin, habrá de esperarse a 2020 para conocer el producto final de los trabajos de la OCDE.

3.4.2. Las propuestas de la Comisión

La Comisión de la UE se ha adelantado al advenimiento del consenso internacional, proponiendo dos directivas, una de ellas contiene la regulación definitiva y la otra establece una de carácter provisional¹⁰⁹. Desde el punto de vista político cabe preguntarse si la Comisión ha dado

¹⁰⁸ *Draft Contents of the 2017 Update to the OECD Model Tax Convention*, comentarios 122 y siguientes al artículo 5 del Modelo de Convenio.

¹⁰⁹ Bruselas, 21.3.2018 COM(2018) 147 final 2018/0072 (CNS) Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa {SWD(2018) 81 final} - {SWD(2018) 82 final}. COM(2018) 148 final 2018/0073 (CNS) Propuesta de Directiva Del Consejo relativa al

un paso en falso, en la medida en que tal iniciativa supone, en cierto modo, incurrir en unilateralismo, cuando, por el contrario, el consenso y el multilateralismo parece ser una señal de identidad de la política internacional de la UE¹¹⁰. La propia propuesta de directiva reconoce la mayor idoneidad del consenso multilateral.

Sin embargo, las débiles perspectivas de alcanzar un consenso en el seno de la OCDE, las necesidades recaudatorias, y el objetivo político de afirmar una posición de liderazgo, tal vez a modo de contrapeso del unilateralismo norteamericano bajo la administración Trump, han debido pesar fuertemente en las dos iniciativas de la Comisión que, por otra parte, han gozado, en particular la de carácter provisional, del respaldo de los Estados miembros integrantes del denominado G5¹¹¹.

Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que ya son bastantes los países que han tomado iniciativas respecto de la tributación de la economía digital, sea para afirmar derechos de imposición o para evitar el desplazamiento artificial de los beneficios, las cuales presentan ciertos rasgos comunes, pero también notables diferencias, en cuanto responden a modelos derivados de enfoques distintos (OCDE, 2018)¹¹². En este sentido, la iniciativa de la Comisión podría tener un tinte de multilateralismo, en la medida en que vendría a introducir una cierta uniformidad.

La solución definitiva consiste en definir la existencia de un establecimiento permanente con base en los hechos determinantes de la denominada «presencia digital significativa». A estos efectos, *se considerará que existe una «presencia digital significativa» en un Estado miembro en un periodo impositivo si la actividad ejercida a través de la misma consiste total o parcialmente en la prestación de servicios digitales a través de una interfaz digital* (art. 4.3). Por tanto, la combinación de servicios digitales e interfaz digital es lo que determina la existencia de establecimiento permanente, sin que sea necesaria la presencia física.

sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales {SWD(2018)81} -{SWD(2018)82}.

¹¹⁰ Véase el discurso de Macron, de 10 de mayo de 2018, en Aquisgrán.

¹¹¹ *G5 response to proposals of the European Commission on the taxation of the digital economy*. (Alemania, Reino Unido, Francia, Italia, y España):

«Being able to appropriately tax the companies operating in the digital economy is a major global challenge. However, in the absence of a global consensus at the G20/OECD level we need to move ahead at EU level. By agreeing on a coordinated EU-wide approach we will ensure the integrity of the Digital Single Market.

Therefore, we welcome the EU Commission's proposals that have been published today. We continue to support the EU's ongoing work and hope it provides an impulse for the discussions at the G20/OECD level, while at the same time providing a basis for coordinated EU action to effectively align the taxation of highly-digitalised business profits with the place where value is created.

Our next step will be to thoroughly analyse the details of the proposals. We now look forward to constructive discussions in the Council with a view to finding agreement as soon as possible» (Ministerio Federal de Finanzas de Alemania).

¹¹² «These uncoordinated and unilateral actions can be grouped into four categories: (i) alternative applications of the PE threshold; (ii) withholding taxes; (iii) turnover taxes; and (iv) specific regimes targeting large MNEs».

Son servicios digitales *los servicios prestados a través de internet o de una red electrónica y que, por su naturaleza, están esencialmente automatizados y requieren una intervención humana mínima, y que no puedan prestarse sin tecnología de la información* (art. 3.5). El artículo 3 enumera y describe un conjunto de ellos, y el anexo II establece una relación complementaria cerrada. En el anexo III, por el contrario, se enumeran aquellos que no pueden considerarse servicios digitales, entre otros se encuentran los de radiodifusión, televisión, comercio electrónico, servicios profesionales y enseñanza.

Es una interfaz digital *cualquier tipo de programa informático, incluidos los sitios web o parte de los mismos y las aplicaciones, incluidas las aplicaciones móviles, accesibles a los usuarios* (art. 3.2).

Una vez que concurre el servicio digital y la interfaz digital es necesario, además, para que en un determinado periodo impositivo y en un determinado Estado miembro se aprecie la existencia de un establecimiento permanente, que concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) *La proporción de los ingresos totales obtenidos en ese periodo impositivo y resultante de la prestación de los servicios digitales a usuarios situados en dicho Estado miembro durante el mismo periodo impositivo sea superior a 7.000.000 de euros.*
- b) *El número de usuarios de uno o más de los servicios digitales que estén situados en ese Estado miembro en dicho periodo impositivo sea superior a 100.000.*
- c) *El número de contratos entre empresas para la prestación de tales servicios digitales que suscriban en ese periodo impositivo los usuarios situados en dicho Estado miembro sea superior a 3.000.*

El establecimiento permanente así configurado rebasa los términos del artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE, incluso en su redacción posterior al proyecto BEPS¹¹³. Por esta razón, las normas propuestas no se aplicarán frente a Estados terceros con los que el Estado miembro correspondiente tuviera un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, a menos que el propio convenio lo permita, por contener una regulación semejante. Naturalmente, esto rebaja significativamente el campo de aplicación de la normativa propuesta.

Consciente de ello, la Comisión ha emitido una recomendación en cuya virtud se estimula a los Estados miembros para que concluyan sus convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, o revisen los existentes, de manera compatible con el contenido de la solución definitiva¹¹⁴.

¹¹³ The 2017 Update to the OECD Model Tax Convention.

¹¹⁴ Recomendación de la Comisión de 21 de marzo de 2018 relativa a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa.

Una vez establecida la existencia de establecimiento permanente, es preciso determinar los beneficios que deben atribuirse al mismo. El artículo 5.2 de la propuesta de directiva emplea la fórmula propia del principio de libre competencia, de manera tal que *los beneficios imputables a la presencia digital significativa o en relación con la misma serán los que la presencia digital debería haber percibido de haber sido una empresa separada e independiente que lleve a cabo actividades idénticas o similares, en condiciones idénticas o similares, en particular en sus tratos con otras partes de la empresa, teniendo en cuenta las funciones desempeñadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos, a través de una interfaz digital.*

La apelación a los activos, riesgos y funciones, es el núcleo de la teoría del principio de libre competencia, tal y como el mismo ha sido configurado por las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, pero lo relevante es que tales elementos se predicen respecto de la presencia digital significativa efectuada a través de una interfaz digital. La identificación de esos activos, riesgos y funciones, exigirá tener en cuenta *las actividades significativas desde el punto de vista económico llevadas a cabo por dicha presencia a través de una interfaz digital.*

Esas actividades económicas presentan las singularidades propias del medio a través del cual se desarrollan, revistiendo singular importancia las concernientes a la relación con los *usuarios y los datos* referentes a los mismos, así como las *inherentes al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de los activos intangibles de la empresa.* El artículo 5.5 facilita la comprensión de las actividades significativas desde el punto de vista económico, realizadas a través de la presencia digital significativa mediante un interfaz digital, enumerando un conjunto abierto que comprende a *la recogida, el almacenamiento, el tratamiento, el análisis, el despliegue y la venta de datos a nivel de usuario; la recogida, el almacenamiento, el tratamiento y el despliegue de contenido generado por el usuario; la venta de espacio publicitario en línea; la puesta a disposición de contenidos creados por terceros en un mercado digital; y la prestación de cualesquiera servicios otros digitales.*

Esas actividades económicas no necesariamente generan directamente un ingreso monetario, pero son indispensables para dicha generación, y ese ingreso monetario puede proceder de clientes residentes o ubicados en jurisdicciones fiscales distintas. Por esta razón, el beneficio imputable al establecimiento permanente establecido a través de la presencia digital significativa se determinará *por el método de la distribución del beneficio, a menos que el contribuyente demuestre que es más adecuado un método alternativo en consonancia con los principios internacionalmente aceptados teniendo en cuenta los resultados del análisis funcional.*

El referido método identifica los beneficios de las operaciones en común, y los distribuye entre las partes vinculadas en función de bases o criterios que reflejen la forma en la que hipotéticamente lo hubieran hecho partes no vinculadas (OCDE, 2017c, capítulo II). A estos efectos se utilizan claves de reparto que dependen de las circunstancias del caso. Así, tratándose de la presencia digital significativa, *los factores de distribución pueden incluir los gastos incurridos en investigación, desarrollo y comercialización, así como el número de usuarios y datos recopilados por Estado miembro (art. 5.6).*

La solución provisional consiste en un impuesto especial que recaee sobre los ingresos derivados la prestación de determinados servicios digitales, en concreto, los siguientes (art. 3 de la propuesta de directiva):

- *La inclusión en una interfaz digital de publicidad dirigida a los usuarios de dicha interfaz.*
- *La puesta a disposición de los usuarios de una interfaz digital multifacética que les permita localizar a otros usuarios e interactuar con ellos, y que pueda facilitar asimismo las entregas de bienes o las prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios.*
- *La transmisión de los datos recopilados acerca de los usuarios que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales.*

Puede apreciarse que los ingresos gravados corresponden a servicios en los que los usuarios tienen una participación esencial en el contexto de la actividad económica realizada por la empresa digital. Ahora bien, lo que está sujeto a tributación son los ingresos obtenidos en la prestación de servicios para cuya formación o existencia ha sido crucial la participación del usuario, pero no la propia participación de este último. Nótese, por otra parte, que los ingresos no procederán necesaria ni normalmente de unos precios cobrados a los usuarios, sino a los clientes que ocupan espacios de la interfaz digital con fines publicitarios o a aquellos otros clientes que adquieren los datos recopilados de los usuarios.

Para ayudar a trazar la frontera entre los servicios digitales gravados y los no gravados, en la parte dedicada al contexto, la propuesta de directiva ofrece algunas orientaciones. Así, entre otros casos excluidos, cita al comercio electrónico.

El sujeto pasivo o contribuyente es la entidad que realiza la actividad empresarial de prestación de los servicios digitales gravados, con tal de que concurran en la misma dos circunstancias, a saber, *que el importe total de los ingresos mundiales que haya comunicado en relación con el ejercicio financiero considerado supere los 750.000.000 euros y que el importe total de los ingresos imponibles que haya obtenido dentro de la Unión durante el ejercicio financiero considerado supere los 50.000.000 euros* (art. 4.1), debiendo referirse tales cantidades, en su caso, al grupo de consolidación contable.

Los ingresos se consideran obtenidos dentro de la UE y, en particular, en un determinado Estado miembro, cuando los usuarios de los servicios digitales están *situados en ese Estado miembro* (art. 5.1).

La situación del usuario viene definida por el lugar de utilización del *dispositivo* que le permite acceder a la interfaz digital, determinándose aquel lugar *por referencia a la dirección de Protocolo Internet del dispositivo o a cualquier otro método de geolocalización, en caso de que*

sea más exacto (art. 5.5). Por tanto, el lugar de la situación del usuario no coincidirá, necesariamente, con el de su residencia fiscal, aunque tal coincidencia será lo más frecuente.

Véase, por consiguiente, que, en último término, los derechos de imposición se distribuyen entre las diferentes jurisdicciones fiscales en función del lugar en el que el usuario utiliza el dispositivo de acceso a la interfaz digital. El lugar de la residencia de la entidad que controla y dirige la empresa digital, o el de aquella que es titular de los activos intangibles utilizados al efecto o, en fin, el de aquella otra que obtiene materialmente los ingresos por ejercitar la función comercializadora, son irrelevantes, como también lo es el lugar de la residencia o ubicación de los clientes de los que se obtienen los ingresos.

De esta manera, cada Estado miembro gravará por el impuesto sobre los servicios digitales aquellos ingresos que, de acuerdo con los referidos criterios de asignación, le correspondan (art. 6), y lo hará al tipo de gravamen del 3% (art. 8).

La propuesta de directiva, además de regular los elementos estructurales del impuesto sobre los servicios digitales, establece un conjunto de obligaciones formales a cargo de los contribuyentes, al tiempo que aborda los aspectos inherentes a la gestión del tributo.

El impuesto sobre los servicios digitales no desplaza al impuesto o impuestos sobre los beneficios a los que están sujetas las distintas entidades que integran el grupo de sociedades que lleva a cabo la empresa digital.

De ahí que el reproche más inmediato que suscita el impuesto sobre los servicios digitales es que provoca doble imposición. En sentido estricto no es así, por cuanto las magnitudes sobre las que recaen los dos impuestos son distintas, esto es, determinados ingresos en el caso del impuesto sobre los servicios digitales y la renta en el caso del impuesto sobre los beneficios. Sin embargo, desde una perspectiva económica, sí puede afirmarse la doble imposición. Con todo, se espera que el impuesto sobre los servicios digitales sea gasto fiscalmente deducible del impuesto sobre los beneficios. En el impuesto sobre sociedades español lo sería.

También se reprocha al impuesto sobre los servicios digitales que grava ciertos ingresos de las empresas digitales, cuando los ingresos de las restantes empresas no están gravados. Podría paliarse este reproche recordando la figura de los impuestos sobre consumos específicos o la de los impuestos reguladores, pero la asimilación con estas figuras tributarias, a efectos de su justificación, sería forzada. Gravar el consumo de alcohol o de petróleo se justifica en los costes sociales que se derivan de esos consumos, lo que no puede predicarse de los consumos digitales (Schoen, 2017).

En rigor, la única justificación, se comparta o no, del impuesto sobre los servicios digitales es que restaura la equidad en el reparto de los derechos de imposición entre las diversas jurisdicciones fiscales, seriamente perturbada debido a la incapacidad de las reglas vigentes, basadas en la residencia y en la presencia física determinante de la existencia de establecimiento

permanente, para efectuar un reparto aceptable y, adicionalmente, que permite gravar rentas que, de otra manera, escaparían a una imposición efectiva. La parte introductoria de la propuesta de directiva así lo indica en dos párrafos fundamentales¹¹⁵.

Los beneficios deben tributar, según el consenso internacional fraguado por la OCDE, ante la jurisdicción fiscal en la que, por desarrollarse la actividad económica, se crea valor. Las normas tradicionales identifican el lugar de la creación de valor a través de la presencia física, sea bajo la forma de residencia o de establecimiento permanente. Ahora bien, la empresa digital se desarrolla sin necesidad de una presencia física en sede de aquellas jurisdicciones fiscales en las que se crea valor.

La empresa digital, para la cual es decisiva la participación de los usuarios, crea valor, según el sentir de la propuesta de directiva, en el lugar donde los mismos están situados. Este enfoque responde al razonamiento de que es la participación del usuario en las actividades digitales de una empresa la que genera el valor para esta última o, al menos, una parte importante de valor.

Aquí está la clave de la justificación del impuesto sobre los servicios digitales: el valor lo crean los usuarios mientras que las reglas tradicionales ignoran el papel de los usuarios en la

¹¹⁵ «Las actuales normas relativas al impuesto sobre sociedades se concibieron para las empresas tradicionales. Las normas fiscales vigentes se basan en el principio de imposición de los beneficios en el lugar donde se genera el valor. Sin embargo, fueron concebidas en su mayoría a principios del siglo XX para empresas tradicionales con presencia material y definen el hecho que desencadena el derecho a tributación en un país (dónde gravar) y qué parte de la renta de las sociedades se asigna a un determinado país (cuánto gravar) basándose en gran medida en la presencia física en ese país. Esto significa que las entidades que no tienen residencia fiscal en un país pasan a estar sujetas a tributación en dicho país únicamente si su presencia en él se asimila a un establecimiento permanente. Sin embargo, tales normas no pueden aprehender el alcance mundial de las actividades digitales cuando la presencia física deja de ser un requisito para poder prestar servicios digitales. Por otra parte, las empresas digitales tienen características distintas de las tradicionales por lo que respecta a la forma de crear valor, debido a su capacidad para llevar a cabo actividades a distancia, la contribución de los usuarios finales a la creación de valor, la importancia de los activos intangibles, así como una tendencia hacia estructuras de mercado de tipo "el ganador se lo lleva casi todo" arraigadas en la fuerte presencia de efectos de red y en el valor de los macrodatos.

La aplicación a la economía digital de las actuales normas relativas al impuesto sobre sociedades ha provocado un desajuste entre el lugar donde tributan los beneficios y el lugar donde se crea valor, en particular en el caso de los modelos de negocio que dependen en gran medida de la participación de los usuarios. Ello plantea un doble desafío desde una perspectiva fiscal. En primer lugar, las contribuciones que aportan los usuarios a una empresa, que en realidad constituyen la creación de valor para dicha empresa, podrían estar situadas en una jurisdicción fiscal en la que la empresa que lleva a cabo una actividad digital no está físicamente establecida (y, por lo tanto, no establecida en ella a efectos fiscales con arreglo a la normativa actual) y en la que, por consiguiente, los beneficios generados por dichas actividades no pueden ser objeto de gravamen. En segundo lugar, aun en el caso de que una empresa posea un establecimiento permanente en la jurisdicción en la que se encuentran sus usuarios, el valor creado por la participación del usuario no se tiene en cuenta a la hora de decidir la cuantía de impuestos que deben abonarse en cada país. Esto también tiene consecuencias debido al riesgo de que se eludan de forma artificial ciertas normas relativas al establecimiento permanente, crea una distorsión de la competencia entre los operadores del mercado digital y tiene un impacto negativo sobre los ingresos».

creación de valor. De esta manera, se puede producir el *mayor desajuste entre el lugar donde se gravan los beneficios y el lugar donde se crea valor*. El impuesto sobre los servicios digitales vendría a superar este desajuste, otorgando los derechos de imposición a las jurisdicciones fiscales de los usuarios.

Desde esta perspectiva el impuesto sobre los servicios digitales podría ser entendido como un desafío al sistema de tributación internacional sobre los beneficios auspiciado por la OCDE, por cuanto las reglas en vigor no reconocen ese papel a los usuarios (OCDE, 2018, capítulo 5, apartado 386). En este sentido, el impuesto sobre los servicios digitales implicaría, antes que un medio para gravar rentas artificialmente desviadas, una reclamación de derechos de imposición por parte de las jurisdicciones fiscales de los usuarios.

Tal vez las reglas tradicionales puedan incurrir en el defecto de solamente reconocer la creación de valor a los activos, funciones y riesgos cuando están desplegados en el ámbito de una presencia física, desconociendo la fuerza creadora de valor de otros factores, como puedan ser la clientela o los usuarios en el contexto de la economía digital. Sin embargo, el impuesto sobre los servicios digitales incurre en el exceso de asociar la creación de valor, básicamente, a los usuarios, aun cuando solo sea respecto de determinados servicios digitales, quedando preteridos los activos, riesgos y funciones, siendo así que la prestación de los servicios digitales requiere, ciertamente, el concurso de activos intangibles, la realización de funciones precisas, y la asunción de los riesgos inherentes a un mercado afectado por la rápida evolución de la tecnología de la comunicación (Calderón Carrero, 2018).

Si el impuesto sobre los servicios digitales hubiera de juzgarse por su capacidad para distribuir correctamente entre las jurisdicciones fiscales afectadas los derechos de imposición sobre los beneficios de las empresas que desempeñan la economía digital, habría de sufrir un rechazo inapelable. Más todavía si se postulase como un eficaz termómetro de la capacidad económica atribuible a las mismas, pues difícilmente un tipo de gravamen proporcional sobre ciertas partidas de ingreso puede aspirar a realizar tal función.

Pero el impuesto sobre los servicios digitales no aspira, en realidad, a tales objetivos, por cuanto, como se ha indicado, no se postula como sustituto del impuesto sobre los beneficios. En este sentido, podría afirmarse que no colisiona con el vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios auspiciado por la OCDE ni, por ende, con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. Sencillamente, es un extraño a tal marco de principios, criterios y normas. Pero también pretende serlo a la estructura tributaria del IVA, de manera tal que tampoco rozaría con la armonización comunitaria de la imposición sobre el consumo (Schoen, 2017).

Por el contrario, si hubiera de juzgarse como un simple instrumento recaudatorio, de carácter transitorio, que ayuda a controlar el fenómeno BEPS en un sector especialmente delicado como es el de la economía digital, procurando unos ingresos adicionales a unas haciendas públicas abrumadas por las demandas sociales y, adicionalmente, satisfaciendo a una opinión pública altamente suspicaz respecto de la tributación de los gigantes de la economía digital, no habría lugar al rechazo.

Las posibilidades que la solución provisional tiene de prosperar son inciertas, aun cuando ya haya recibido el apoyo de los Estados miembros más grandes y, presumiblemente, el de aquella doctrina que ve muy difícil alcanzar un consenso respecto de la adaptación del establecimiento permanente a la economía digital y que, por ello, ha postulado el establecimiento de una retención (Brauner y Báez Moreno, 2015)¹¹⁶, si bien, también presumiblemente, encontrará la oposición de la doctrina que ha venido postulando la posibilidad y pertinencia de tal adaptación (Olbert y Spengel, 2017).

3.4.3. Las medidas unilaterales

En el informe de transición de la OCDE (2018, capítulo IV), se trae a colación el inventario de medidas unilaterales adoptadas por distintos países para hacer frente al problema de la tributación de la economía digital. Seguidamente se hace una breve alusión a las mismas:

- Carta circular de la administración tributaria israelí introduciendo el test de presencia económica significativa¹¹⁷.
- Definición amplia del lugar fijo de negocios respecto de ciertas plataformas digitales¹¹⁸.

¹¹⁶ «The logic behind a withholding approach would be that a nexus-based approach may fail once its direct reliance on actual physical presence is broken. The difficulties faced by the agency PE and service PE concepts are indicative of the difficulty in establishing the even more innovative digital PE notion. Moreover, expansion of PE taxation to digital transactions may raise the question of the logic and desirability of using different PE thresholds in different industries. This question is particularly acute once the OECD has decided that it would not "ring-fence" the digital economy. Furthermore, even if a nexus-based approach is taken, one must discuss its implementation. The difficulty of simply attributing profits to a non-physical PE and the opposition of the OECD to formulary taxation (which is, again, taken as a given, leaving its assessment to another occasion), may require a remedial tool, such as a withholding tax to adequately implement the nexus-based approach in the digital economy».

¹¹⁷ Establece un conjunto de criterios de sujeción a tributación en Israel, relativos a entidades no residentes, distintos de los determinantes de la existencia de establecimiento permanente según el Modelo de Convenio de la OCDE. Estos criterios afectan a la economía digital: conclusión de contratos *online* con clientes residentes en Israel; oferta de productos y servicios *online* usados por un número significativo de clientes residentes en Israel; orientación de la *web site* respecto del mercado israelí por razón del lenguaje empleado; obtención de rentas significativas derivadas de las actividades realizadas por los usuarios israelíes. No se establecen límites o refugios por razón de cantidad de los indicadores de presencia económica significativa.

El test de presencia económica significativa israelí afecta, esencialmente, a la economía digital, pero va más allá de la presencia digital significativa tipificada en la propuesta de directiva de la Comisión. Llevada hasta sus últimas consecuencias, implica la configuración de un nuevo criterio o nexo con la jurisdicción fiscal basado en las operaciones realizadas en el mercado correspondiente, aún en ausencia de presencia física o lugar fijo de negocios. Consecuentemente, no se aplica frente a países con convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

¹¹⁸ Eslovaquia.

- Nuevo punto de conexión basado en la presencia económica significativa en la India¹¹⁹.
- Establecimiento permanente virtual de Arabia Saudita¹²⁰.
- Aplicación de retenciones en la fuente respecto de rentas vinculadas a la economía digital.
- *Advertisement tax*, en Hungría¹²¹.
- *Equalisation Levy*, en India¹²².
- Impuesto sobre las transacciones digitales, en Italia¹²³.
- El impuesto sobre la distribución *online* y física de contenidos audiovisuales, en Francia, conocido como *Tasa YouTube*¹²⁴.

¹¹⁹ La presencia económica significativa es un nuevo punto de conexión con la jurisdicción fiscal india, basado en cualquier tipo de operaciones, sea sobre bienes o servicios, realizada con clientes residentes en India, cuando el importe de las mismas rebasa en el año anterior la cuantía preestablecida, o en la realización sistemática de operaciones por medios digitales con usuarios residentes en la India que rebasen el volumen establecido, todo ello con independencia de la presencia física.

La presencia económica significativa india también va más allá de la presencia digital significativa de la Comisión. No se aplicará cuando entre en conflicto con lo establecido en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

¹²⁰ Se trata de una interpretación amplia del concepto de establecimiento permanente a los efectos de incardinar en el mismo a operaciones sobre bienes y servicios realizados en el mercado local, pero sin presencia física, tal como el comercio electrónico o la prestación de servicios realizado por no residentes.

¹²¹ Se trata de un impuesto específico sobre los servicios publicitarios prestados por cualquier medio, tanto por residentes como por no residentes, consistentes en la cesión de tiempos o espacios para publicidad, de manera tal que, respecto de los prestados por no residentes, el nexo con la jurisdicción fiscal húngara es el público húngaro al que van dirigidos los mensajes, a cuyo efecto se toma en consideración el lenguaje.

Guarda relación, por tanto, en cuanto afecta a entidades no residentes que operen a través de medios digitales, con el impuesto sobre los servicios digitales.

¹²² Es un impuesto que recae sobre los pagos realizados por empresas residentes en la India a empresas no residentes por razón de los servicios publicitarios prestados por las mismas, bajo las modalidades de publicidad *online* y cesión de espacios para publicidad. El contribuyente es la entidad no residente prestadora del servicio, pero el impuesto debe ser ingresado por la entidad residente pagadora, en un importe igual al 6% del importe. La legislación lo clasifica como un impuesto sobre la cifra de negocios de las entidades no residentes prestadoras del servicio, por más que adopte los rasgos propios de una retención y de que no se exija cuando los ingresos en cuestión están conectados con un establecimiento permanente ubicado en la India. Por tanto, no generará un crédito de impuesto reconocible en la jurisdicción fiscal donde reside la entidad perceptora de los ingresos.

¹²³ Es un impuesto que grava al 3% el suministro, tanto por entidades residentes como no residentes, de servicios digitales por medios electrónicos listados, cuando el receptor de los mismos es una entidad residente en Italia. No recae, por tanto, sobre el comercio electrónico. Se recauda e ingresa por la entidad perceptora del servicio. No genera crédito de impuesto, si bien la entidad contribuyente italiana puede deducirlo del impuesto sobre los beneficios.

¹²⁴ Grava al 2% los ingresos obtenidos por entidades residentes y no residentes derivados del acceso *online* a contenidos audiovisuales y de la publicidad relacionada con los mismos, así como, a partir de 2016, los ingresos derivados

- *Diverted Profit Tax*, en el Reino Unido¹²⁵.
- *Multinational Anti-Avoidance Law y Diverted Profit Tax*, en Australia¹²⁶.
- *Base erosion and anti-abuse tax (BEAT)*, en los Estados Unidos¹²⁷.
- *Global Income Lowtaxed Income (GILTI)*, en los Estados Unidos. Aunque no mencionado en el informe de la OCDE, esta medida puede tener un impacto relevante

de la monetización de datos captados de la audiencia francesa. Este último aspecto enlaza con el impuesto sobre los servicios digitales propuesto por la Comisión.

¹²⁵ Se trata de un impuesto cuya base imponible se forma por los beneficios desviados artificialmente de entidades residentes en el Reino Unido hacia entidades no residentes, ya sea mediante gastos excesivos o ingresos no computados. La administración fiscal británica publicó en 2015 una *Guidance* en la cual se examinaba, a través de un conjunto de ejemplos, la técnica de aplicación del impuesto. Estos ejemplos pueden ser agrupados en dos bloques: evitación fraudulenta de los elementos determinantes de la existencia de establecimiento permanente, y operaciones intragrupo carentes de sustancia económica. El procedimiento de aplicación del tributo es peculiar, pues se sustancia en un periodo máximo de 12 meses durante los cuales la entidad y los agentes fiscales se aplican a determinar, por los medios más idóneos, el importe de los beneficios desviados artificialmente del Reino Unido. Como quiera que el tipo de gravamen del impuesto es el 25% frente al 19% (2017) del impuesto sobre los beneficios, tiene un fuerte componente disuasorio. En este sentido, enlaza bien con las técnicas de revelación de estrategias fiscales por empresas e intermediarios, esta última adoptada en 2018 por la UE. Técnicamente parece, antes que un nuevo impuesto, una nueva norma antiabuso que pretende sistematizar la pluralidad de normas antiabuso existentes. Se entiende que estas subsisten y que su aplicación no se solapará con las mismas. Esta medida desborda el ámbito de la economía digital pero también se aplica al mismo.

¹²⁶ Las dos medidas guardan una estrecha similitud con el *Diverted Profit Tax* británico. La primera trata de sujetar a la jurisdicción fiscal australiana los beneficios derivados de la venta de bienes o de la prestación de servicios a consumidores australianos por parte de entidades no residentes que no han configurado un establecimiento permanente de acuerdo con los criterios OCDE, pero que efectivamente operan en el mercado australiano a través de empleados o agentes, aun cuando los correspondientes contratos se celebren en el extranjero. Tiene especial relevancia en relación con la economía digital. La segunda ataca a las reestructuraciones intragrupo artificiosas y, en general, a todos los acuerdos entre partes vinculadas carentes de sustancia económica.

¹²⁷ Consiste en un pago adicional al impuesto sobre sociedades, en el que pueden incurrir las entidades residentes en los Estados Unidos por razón de los gastos derivados de las operaciones realizadas con entidades vinculadas no residentes.

La cuota generada por BEAT se calcula de la siguiente manera:

$$\text{Renta} + \text{Gastos en operaciones con asociadas no residentes} / 10\% - (\text{Renta} / 21\% - \text{créditos de impuesto no excluidos}) = \text{cuota BEAT.}$$

La norma solo se aplica cuando los gastos en operaciones con asociadas no residentes son iguales o superiores al 3% de los gastos deducibles (2% para entidades de crédito y asimiladas) y en relación con entidades o grupos con volumen de operaciones en los Estados Unidos sea igual o superior 500 millones de dólares. La medida va dirigida a cortar los gastos fiscalmente deducibles en operaciones con entidades vinculadas residentes en el extranjero.

La compatibilidad de BEAT con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición es dudosa, por cuanto podría infringir el principio de no discriminación, en la medida en que los gastos por operaciones vinculadas con entidades residentes no están afectados.

sobre la economía digital, en la medida en que principalmente afectará a las entidades cuyo modelo de negocio se base en intangibles¹²⁸.

- *Lizenzschränke*, alemán, tampoco mencionado en el informe de la OCDE, consiste en no deducir los pagos por cánones a favor de entidades sujetas a régimen fiscal privilegiado y el criterio del nexo no se cumple.

La economía digital, en constante expansión, ha puesto a prueba las costuras del actual sistema de tributación internacional sobre los beneficios. Lo razonable sería una adaptación de las reglas y criterios rectores del actual sistema de tributación internacional sobre los beneficios a las peculiaridades de la economía digital, mediante la definición de un nexo o punto de conexión adecuado y la especificación de unas reglas para determinar los correspondientes beneficios. Que ese nexo sea la presencia digital significativa, o la inversión en activos, básicamente intangibles, adquiridos en relación con las operaciones a realizar en el mercado de una determinada jurisdicción fiscal, es algo a debatir (Schoen, 2017).

Para todo ello sería necesario catalizar un consenso en el seno de la OCDE, en el contexto del proyecto BEPS.

Las medidas unilaterales reman en sentido contrario y, desde luego, en su conjunto, arrojan un impacto negativo para el correcto desenvolvimiento de las relaciones fiscales internacionales, ya que crean doble imposición o, si se quiere, exceso de imposición, y complejidades adversas a la seguri-

¹²⁸ En términos generales, puede decirse que GILTI es el exceso de la renta de la entidad no residente controlada sobre la renta rutinaria o renta ordinaria (*net income over a routine or ordinary return*). La imputación opera según los mecanismos propios de la transparencia fiscal internacional. Sin embargo, GILTI desborda los contornos de la transparencia fiscal internacional, puesto que se proyecta sobre cualquier tipo de renta, a diferencia de lo que acontece bajo la Subpart F.

En síntesis, y de manera simplificada, la renta sujeta a inclusión en virtud de GILTI se calcularía de la siguiente manera: Renta de la entidad no residente controlada o del grupo no residente controlado (*net cfc tested income*) – Renta rutinaria o procedente de los activos tangibles (*net deemed tangible income*) = Renta imputable (GILTI).

La renta rutinaria se calcula de la siguiente manera:

Activos tangibles calificados/10% (*qualified business assets*) – Intereses deducibles (*deductible interest*) = Renta rutinaria o procedente de los activos tangibles (*net deemed tangible income*).

Para 2018 y sucesivos la imputación se reduce al 50%, y en 2026 y sucesivos la imputación será del 62,5%.

Tiene la consideración de crédito de impuesto el 80% del impuesto subyacente extranjero a cargo de la entidad no residente.

Afectará, primordialmente, a las entidades que desarrollen su actividad, básicamente, con activos intangibles. En este sentido, las matrices norteamericanas de entidades que mantienen activos intangibles podrían verse afectadas. Tal sería el caso de las empresas de la economía digital que fundamenten la creación de valor en los datos aportados por los usuarios.

Para un examen en profundidad de la técnica de cálculo de la cuota GILTI, puede consultarse Sullivan (2018).

dad jurídica, y de aquí los esfuerzos de la OCDE por construir un consenso (OCDE, 2018, capítulo 7, apartado 511). No será tarea fácil, pues se debe abordar, como se ha indicado, tanto la definición de un nexo como la determinación de las reglas de atribución de beneficios que resulten apropiados respecto de la economía digital, y no tanto por las dificultades técnicas como por los intereses en juego, así como por la presión de la opinión pública. Entretanto, habremos de acostumbrarnos a los impuestos sobre los ingresos generados por ciertos servicios digitales, a las retenciones de nuevo cuño respecto de los mismos, o al reconocimiento de establecimientos permanentes sobre la base de nexos específicamente ideados respecto de la economía digital. En suma, a soluciones unilaterales variopintas y adversas, en no pocos casos, al buen orden de las relaciones fiscales internacionales.

PARTE TERCERA. EL IMPUESTO SOBRE EL RESULTADO DE EXPLOTACIÓN

Las rentas de las actividades económicas se han gravado, tradicionalmente, mediante una imposición sobre la actividad y otra imposición sobre la renta derivada de esa actividad. Así acontece en bastantes países, entre ellos España, a través del impuesto sobre actividades económicas (IAE) y del impuesto sobre sociedades. El IAE guarda una relación con el beneficio presunto de la entidad a través de los índices objetivos que incorpora, pero se trata de una relación remota y rígida. En otros países, tales como Alemania, Francia e Italia, esa relación se logra, de manera más correcta, mediante una base imponible próxima al resultado de explotación.

En un contexto de dificultades recaudatorias, establecer un impuesto sobre el resultado de explotación, con un tipo de gravamen moderado, en la horquilla del 3-5 %, es una opción no desdeñable, teniendo en cuenta que el resultado de explotación agregado de los contribuyentes afectados excede, en épocas de estabilidad económica, de 100.000 millones de euros¹²⁹.

Por otra parte, este impuesto ayudaría a equilibrar las distorsiones provocadas por el vigente tratamiento de los gastos financieros en el impuesto sobre sociedades español.

1. ESTRUCTURA DEL IMPUESTO SOBRE EL RESULTADO DE EXPLOTACIÓN

Afectaría a todos los contribuyentes del impuesto sobre sociedades y a los establecimientos permanentes. Estarían exentos los contribuyentes que lo estuvieran en el impuesto sobre sociedades y en el IAE.

¹²⁹ Estimación a partir de los datos publicados por la Central de Balances del Banco de España, y de las Estadísticas de la Agencia Tributaria. Para mayor detalle puede consultarse. Salas Fumás (2014).

Este impuesto podría tener, al igual que el IAE, la consideración de gasto fiscalmente deducible del impuesto sobre sociedades. Alternativamente, podría configurarse a modo de imposición mínima en el impuesto sobre sociedades, de manera tal que sería deducible de la cuota íntegra, pero sin derecho a devolución.

El resultado de explotación sería el que se deriva de los libros de contabilidad, corregido por ciertas restricciones fiscales, tales como las relativas a precios de transferencia y a gastos fiscalmente no deducibles, en los mismos términos que el impuesto sobre sociedades.

No admitiría la compensación de bases imponibles negativas.

El impuesto sobre el resultado de explotación respeta el principio de capacidad económica. En efecto, la actividad económica realizada en el seno de una empresa genera, al menos, cinco magnitudes determinantes de utilidad, a saber, el valor añadido, la utilidad neta de la empresa, la utilidad neta para los inversores, la utilidad neta para los accionistas, y la utilidad neta para los tenedores de participaciones residuales (Hendriksen, 1974, p. 178)¹³⁰. Pues bien, la base imponible que se propone para el IAE, esto es, el resultado de explotación, coincide con la utilidad neta de la empresa. Representa, por tanto, la creación de valor económico por parte de la empresa. En este sentido, se satisface el principio de capacidad económica.

2. LA FUNCIÓN EQUILIBRADORA DEL IMPUESTO SOBRE EL RESULTADO DE EXPLOTACIÓN

El impuesto sobre sociedades de la Ley 27/2014 no recae, exactamente, sobre ninguna de las magnitudes anteriormente mencionadas pues, partiendo de la utilidad neta para los tenedores de participaciones residuales o resultado contable, le agrega un conjunto de partidas, señalada-

-
- 130 • Valor añadido. La diferencia entre el precio de venta del producto de la empresa y el coste de los bienes y servicios adquiridos a terceros. Son receptores de esa utilidad los empleados, los acreedores, las administraciones públicas por impuestos, y los socios o propietarios.
- Utilidad neta de la empresa. La magnitud anterior, minorada en los salarios. Son receptores de esa utilidad los anteriores, excluidos los empleados.
 - Utilidad neta para los inversionistas. La magnitud anterior, minorada en los impuestos sobre los beneficios. Son receptores de esa utilidad los anteriores, excluidas las administraciones públicas por impuestos, esto es, los socios y los acreedores, básicamente a largo plazo.
 - Utilidad neta para los accionistas. La magnitud anterior, minorada en los gastos financieros y, en su caso, las distribuciones de participaciones en los beneficios. Son receptores de esta utilidad los socios, tanto comunes como preferentes.
 - Utilidad neta para los tenedores de participaciones residuales. La magnitud anterior, minorada en la remuneración de las participaciones preferentes. Son receptores de esa utilidad los socios comunes.

mente la cuota devengada por el referido impuesto, los gastos financieros que exceden del límite previsto en el artículo 16, los deterioros de los activos financieros, y las pérdidas habidas en la transmisión de participaciones significativas, al tiempo que le segrega los dividendos y plusvalías imputables a participaciones significativas.

El límite a la deducción de gastos financieros del artículo 16 determina unos efectos bastante reprochables. Así, mientras que las sociedades con elevado resultado de explotación y/o poco endeudadas tributan, básicamente, sobre el resultado contable, las que están en la situación opuesta lo hacen sobre una magnitud próxima al resultado de explotación, y mientras que la remuneración de los socios tributa dos veces (impuesto sobre sociedades e impuesto sobre la renta de las personas físicas) la de los prestamistas lo hace una vez (impuesto sobre la renta de las personas físicas), excepto si los gastos financieros no son deducibles, en cuyo caso también tributan dos veces. Esta realidad es muy poco satisfactoria a la luz del principio de capacidad económica, el cual exige no solo que los contribuyentes tributen sobre una magnitud que denote aptitud para contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, sino que lo hagan, en términos cualitativos, sobre la misma magnitud. Pues bien, la restricción objetiva a la deducción de gastos financieros provoca que las entidades sujetas al impuesto sobre sociedades no tributen sobre la misma magnitud cualitativa (Cruz Amorós, 2014)¹³¹.

El impuesto sobre el resultado de explotación no estaría afectado por la distorsión descrita. En tal sentido, puede decirse que ejerce una función equilibradora de la carga tributaria que soportan las entidades.

3. EL IMPUESTO SOBRE EL RESULTADO DE EXPLOTACIÓN Y EL MODELO CBIT

La alteración aludida no es privativa del impuesto sobre sociedades vigente en España, pues en los países de nuestro entorno las restricciones objetivas de carácter general a la deducción de intereses han venido sustituyendo a las normas antisubcapitalización referidas exclusivamente a las operaciones financieras vinculadas¹³². Esta tendencia a la restricción a la deducción de intereses, que armoniza bien con las preocupaciones que alientan el proyecto BEPS, es previsible que sea duradera, máxime cuando está prevista en la Directiva 2016/1164. Llevada hasta el límite, en conjunción con el muy extendido método de exención de dividendos y plusvalías de cartera, implica reconducir la tributación por el impuesto sobre sociedades hacia una base imponible próxima al resultado de explotación, respecto de los contribuyentes intensamente afectados por dicho límite.

¹³¹ «Nuestra "gran solución" al "problema insoluble" del efecto fiscal del endeudamiento excesivo y al arbitraje fiscal entre deuda y capital, no solo desprecia las reglas del sentido común financiero-fiscal...» (p. 260).

¹³² *European Tax Handbook 2014*. Normas objetivas generales restrictivas están implantadas en Francia, Italia, Alemania, Dinamarca, Países Bajos y Reino Unido, entre otros países. También en España.

En fin, puesto que la base imponible del impuesto sobre el resultado de explotación coincide con el modelo CBIT, un aumento del tipo de gravamen del mismo, unido a una disminución del tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades, implicaría una suerte de tránsito suave desde el modelo tradicional de impuesto sobre sociedades al modelo CBIT. Ese tránsito restauraría la igualdad entre contribuyentes, actualmente demeritada por las normas barreras a la deducción de intereses.

PARTE CUARTA. EL IMPUESTO PARA LA GLOBALIZACIÓN

Durante más de cincuenta años el sistema de tributación internacional sobre los beneficios puesto en pie por la OCDE ha contribuido a poner orden y concierto en las relaciones fiscales internacionales, evitando o paliando la doble imposición y con ello fomentando el desarrollo del comercio y las inversiones internacionales, al tiempo que han morigerado los egoísmos miopes de los intereses nacionales, si bien el interés colectivo considerado ha coincidido, mayormente, con el de las economías más desarrolladas.

1. LA PERTINENCIA DE MANTENER EL SISTEMA DE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS BENEFICIOS DE LA OCDE

El sistema de tributación internacional sobre los beneficios auspiciado por la OCDE, no por veterano puede considerarse, sin más, obsoleto. Sin embargo, está siendo desafiado por la iniciativa BICCIS, el modelo de tributación en destino, y las respuestas unilaterales a los problemas de la economía digital. Paradójicamente, el grueso del desafío procede de la UE o de los países más relevantes integrantes de la misma, así como de los Estados Unidos.

El fenómeno de la desviación artificial de beneficios, cuya dimensión es difícil de calibrar, se debe a la conjunción de la codicia de ciertos grupos multinacionales con la proliferación de regímenes fiscales privilegiados ofertados por determinadas jurisdicciones fiscales, incluso mediante acuerdos de naturaleza meramente administrativa (García-Herrera, 2016), y el abuso de formas jurídicas impulsado por algunos expertos fiscales, desbordando con ello la útil función social del asesoramiento fiscal. Ahora bien, ese fenómeno no puede poner en tela de juicio el modelo auspiciado por la OCDE. Sí puede, y debe, ser acicate para reforzarlo. Ese es el sentido del proyecto BEPS. Cuestión distinta es que se haya podido quedar corto en su empeño.

El fenómeno de la globalización podrá multiplicar los actos de aplicación del modelo OCDE, elevar su complejidad debido a las dificultades inherentes a la determinación del nexo de las actividades económicas con las jurisdicciones fiscales y a la pertinente atribución de beneficios sobre la base del principio de plena competencia, pero de ahí no debe seguirse un juicio de obsolescencia, sino una reflexión de las medidas pertinentes para superar esos escollos.

La irrupción de la economía digital tampoco debe tumbar el modelo OCDE por cuanto, de una parte, los fundamentos de la misma no son diferentes de los de la economía que podríamos denominar real o tradicional, de manera tal que trazar la frontera entre una y otra economía seguramente es un empeño tan baldío como frustrante, y de otra, porque, en definitiva, la técnica del establecimiento permanente como nexos, y la correspondiente atribución de beneficios sobre la base de los elementos proporcionados por el principio de libre competencia, es una vía de solución que puede ser proyectada fructíferamente sobre la economía digital.

Los esfuerzos teóricos deben orientarse en el sentido de espigar las técnicas tributarias que faciliten el mejor funcionamiento del modelo OCDE. Ese es el sentido del proyecto BEPS. También, el de la especulación teórica, que seguidamente se despliega bajo el título de impuesto para la globalización. Como se verá, tal impuesto podría ser una respuesta a la observación franco-germana, relativa a la base imponible común consolidada europea, concerniente a la tributación mínima efectiva¹³³.

¿Hacia qué estructura tributaria apunta la observación franco-alemana? Su parquedad no permite una respuesta contundente. No obstante sí pueden apuntarse algunos rasgos:

- Versará sobre las rentas obtenidas a través de entidades filiales residentes en el extranjero.
- Tomará en consideración la tributación efectiva de la filial extranjera.
- Su función será desalentar las prácticas de desviación artificiosa de beneficios.

En su versión más simple podrá ser una modalidad refinada y ampliada de la transparencia fiscal internacional. Pero también cabe otra versión, más sofisticada, emparentada con la tributación sobre la base imponible consolidada global.

2. EL IMPUESTO PARA LA GLOBALIZACIÓN

El impuesto para la globalización complementa al impuesto sobre sociedades de las correspondientes jurisdicciones fiscales, sin sustituirlo. Este impuesto recaería sobre el resultado contable obtenido por el grupo multinacional y sería establecido por las jurisdicciones fiscales nacionales.

¹³³ *German- French Position Paper on CCTB Proposal. Concerning controlled foreign company (article 59 of the CCTB Directive) France and Germany support at this stage the application of a minimum standard provided by the ATAD on CFC rules. Nevertheless France and Germany consider that the proposed provision in the CCTB Directive draft is not sufficient. France and Germany support the idea of an effective minimum taxation. Therefore an effective tool preventing unjustified exploitation of differing tax rates should be developed. The CFC rules in that context provide a starting point for further reflections on that objective (Punto 17).*

Seguidamente se describen sus elementos estructurales, y se explica su función en relación con el vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios.

2.1. CONTRIBUYENTE

Tendrá la condición de contribuyente la entidad dominante del grupo multinacional. Por tanto, las entidades dependientes no quedan afectadas por el impuesto para la globalización. Tampoco el grupo mercantil o de consolidación contable, ni un hipotético grupo fiscal multinacional.

En este sentido, el impuesto para la globalización recaería sobre un conjunto de contribuyentes relativamente reducido, en su mayor parte ubicados en los países más desarrollados, esto es, los pertenecientes al G20 y a la OCDE.

¿Provocaría el impuesto para la globalización la emigración de las sociedades dominantes hacia aquellas jurisdicciones fiscales que no lo hubieran establecido?

La emigración puede realizarse a través de diversas operaciones jurídicas, tales como el traslado de residencia, la fusión por absorción o el canje de valores. Ahora bien, todas estas operaciones determinan, generalmente, una tributación sobre las plusvalías latentes, mediante la denominada «imposición de salida». Por otra parte, la emigración por motivos fiscales encierra riesgos reputacionales.

En fin, una implantación generalizada del impuesto para la globalización en los países pertenecientes al G20 y a la OCDE, desalentaría las operaciones de emigración fiscal (Avi-Yonah, 2013)¹³⁴.

¹³⁴ «The fundamental question about multinationals is whether they retain their national identity in the 21st century. From the Dutch East India Company onward multinationals were closely identified with the country that created them. However, in a globalized world in which the shareholders, production facilities and distribution centers of multinationals are widely dispersed, it is less clear that one can identify a multinational as American.

Ideally, in such a world each country should tax the multinational only on income arising within that country. But as the Apple case shows, such a territorial system invites multinationals to shift their profits to tax havens. Avoiding that outcome without over- or under-taxation requires a degree of coordination among countries that is difficult to achieve.

Instead, the best solution to taxing multinationals today is still the one originally proposed by President John F. Kennedy in 1961: each country should tax its multinationals on all of their profits. While multinationals may have assets around the globe, they are still typically managed from one headquarters location in one country, and that is the country that should fully tax them. If other countries tax an American multinational on income earned within their territory, current law ensures that no double taxation will result because it fully reduces U.S. tax liability by the amount of the foreign tax.

The main objection to this solution is that it will make American multinationals less competitive and potentially lead them to shift their headquarters to other countries. But in today's world all of the developed countries are concerned about tax avoidance by their multinationals. If the U.S. were to tax its multinationals on all of their income, other

2.2. BASE IMPONIBLE

La base imponible será el resultado contable consolidado, tal y como se desprende de las cuentas anuales consolidadas que debe presentar la sociedad dominante, aumentado en el importe de los impuestos sobre los beneficios pagados ante las distintas jurisdicciones fiscales por las sociedades dependientes y por la propia sociedad dominante, incluidos los que se recauden vía retención.

Se sigue de lo expuesto que la base imponible se determina a partir de las normas contables vigentes en cada jurisdicción fiscal, las cuales estarán, en su mayor parte, influidas por las normas internacionales de información financiera o las normas contables norteamericanas, en buena parte tendentes hacia soluciones convergentes.

El resultado contable consolidado es una magnitud altamente fiable. En particular, las cuentas consolidadas son inmunes a las operaciones de desviación de beneficios. En este sentido, el impuesto para la globalización no está afectado por los problemas que el proyecto BEPS combate. Este aspecto merece ser destacado. El impuesto para la globalización es una figura tributaria inmune a la denominada planificación fiscal agresiva.

2.3. TIPO DE GRAVAMEN

Cuatro alternativas se dibujan sobre el particular:

- El tipo nominal de gravamen de la sociedad dominante por el impuesto sobre sociedades establecido en la jurisdicción fiscal de su residencia.
- El tipo nominal de gravamen definitorio de la existencia de un régimen fiscal privilegiado a los efectos de la transparencia fiscal internacional establecida en la jurisdicción fiscal donde resida la sociedad dominante.
- El tipo medio efectivo de la sociedad dominante por el impuesto sobre sociedades establecido en la jurisdicción fiscal de su residencia.

countries are likely to follow its lead, just like they did when the U.S. led the way in prohibiting its multinationals from paying bribes overseas.

The Organization of Economic Cooperation and Development, which is made up of the 30 richest countries and has been setting the tone in tax policy for decades, has a "base erosion and income shifting" project that is likely to result in similar recommendations for all O.E.C.D. members. Since 95 percent of multinationals are based in the O.E.C.D., such a coordinated move will eliminate any concerns regarding competitive disadvantages or migration of headquarters.

American multinationals have accumulated close to two trillion dollars in low-taxed profits overseas. Taxing them on this pile of cash can significantly reduce the U.S. budget deficit and help support the social safety net. Taxing multinationals will also level the playing field with purely domestic businesses that bear the full brunt of the corporate tax. And because the corporate tax falls primarily on rich shareholders, it will help maintain the progressivity of the income tax».

- Un tipo nominal de gravamen determinado en función de consideraciones puramente políticas respecto de la tributación mínima que debe soportar un grupo multinacional.

La primera alternativa determina que el resultado del grupo multinacional tribute de acuerdo con lo establecido en la jurisdicción fiscal donde reside la sociedad dominante. Tiene el inconveniente de que frustra el disfrute de incentivos fiscales asociados a la realización de actividades económicas socialmente beneficiosas, como puede ser el I+D+i.

La segunda alternativa determina que el resultado contable del grupo multinacional tribute, al menos, de acuerdo con el umbral definitorio de la tributación privilegiada.

La tercera alternativa tiene el inconveniente inherente a las dificultades existentes para calcular dicho tipo. Al tiempo, introduciría un elemento de distorsión en la distribución de actividades entre las diversas entidades del grupo multinacional, ya que provocaría una concentración de las fiscalmente protegidas en sede de la entidad dominante.

La cuarta alternativa es la realmente viable. El problema es, en tal caso, determinar el importe apropiado. En este punto cabe recordar la propuesta del congresista David Camp o la del presidente Obama relativa al presupuesto de 2016, que fijaron el tipo de gravamen de la denominada imposición mínima en el 15% y 19%, respectivamente (Parker, 2017). La literatura especializada ha propuesto el 15%, si bien la argumentación desplegada al efecto carece de soporte científico (Azam, 2016)¹³⁵.

El 15% es el límite de imposición, más frecuente, establecido en los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, en relación con los dividendos. Por otra parte, quedaría por debajo del tipo de gravamen nominal vigente en la mayoría de los países de la OCDE, lo que casa bien con la función que ha de cumplir el impuesto para la globalización.

2.4. CRÉDITOS FISCALES

El impuesto para la globalización no debe producir doble imposición. Para ello, ha de coordinarse con los impuestos sobre los beneficios pagados por todas y cada una de las entidades que componen el grupo multinacional. En consecuencia, deberían tener la consideración de créditos fiscales a aplicar respecto de la cuota del impuesto para la globalización los siguientes impuestos:

¹³⁵ Señala el autor que «escoge el 15% como el tipo mínimo de gravamen porque no es demasiado bajo ni demasiado alto, lo que le hace apropiado para alcanzar sus fines y porque ha sido ya propuesto en contextos relevantes...» (traducción propia).

- Los impuestos sobre los beneficios pagados ante sus respectivas jurisdicciones fiscales por las sociedades dependientes, así como por los establecimientos permanentes.
- El impuesto sobre los beneficios pagado por la sociedad dominante.
- Las retenciones sobre rentas o ingresos, practicadas por las distintas jurisdicciones fiscales, percibidas por las sociedades del grupo multinacional, incluida la sociedad dominante.

En consecuencia, el impuesto para globalización no crearía doble imposición.

El crédito fiscal así reconocido no sería objeto de devolución.

2.5. PAPEL Y FUNCIONES DEL IMPUESTO PARA LA GLOBALIZACIÓN

El impuesto para la globalización no tiene objetivo recaudatorio. Se trata de un impuesto extrafiscal (Falcón y Tella, 2016, p. 86) que pretende:

- Inducir a las empresas multinacionales a aplicar correctamente los principios y normas propios del sistema de tributación internacional sobre los beneficios, en particular el reconocimiento de establecimientos permanentes y las reglas relativas al principio de libre competencia.
- Desalentar la competencia entre las jurisdicciones fiscales, ya sea dañina o tolerable.
- Facilitar que las diversas jurisdicciones fiscales puedan aplicar sus políticas fiscales, sin que las mismas se vean perturbadas por las políticas fiscales adoptadas por otras jurisdicciones fiscales.
- Allanar a las jurisdicciones fiscales la gestión de los impuestos sobre los beneficios.

En suma, el impuesto para la globalización ha de cumplir la función de crear el ambiente adecuado para que el actual sistema de tributación internacional sobre los beneficios opere correctamente. No se trata, por tanto, de una alternativa al proyecto BEPS sino, por el contrario, de un instrumento que, siendo totalmente compatible con el mismo, facilitará la consecución de sus objetivos. El impuesto para la globalización trabaja a favor del actual sistema de tributación internacional sobre los beneficios. No aspira a reemplazarlo.

La creación de ese ambiente propicio se basa en los siguientes elementos:

- La neutralización de la desviación artificiosa de los beneficios.

La inmunidad del resultado contable consolidado, a diferencia del resultado contable individual, frente a las prácticas de desviación artificiosa de los beneficios entre las

distintas entidades del grupo multinacional, procura tal neutralización. El impuesto para la globalización frustra las ventajas irregulares conseguidas en la tributación individual sobre los beneficios mediante tales prácticas, de manera tal que cuanto mayor hayan sido las desviaciones de beneficios hacia entidades del grupo multinacional que tributan en régimen privilegiado mayor será la cuota del impuesto para la globalización. Así, el sobreendeudamiento, el pago de cánones o gastos carentes de sustrato económico entre compañías del grupo, o la aplicación de precios de transferencia que no respondan al patrón de la libre competencia, serán prácticas que, ciertamente, podrán procurar una ventaja en la tributación individual, pero esa ventaja fiscal será neutralizada mediante el impuesto para la globalización. Ahora bien, neutralizada la ventaja fiscal, la conducta que, racionalmente, cabe esperar, es el abandono de las referidas prácticas de desviación artificiosa de beneficios. Ciertamente, ese abandono irá en beneficio de la más correcta aplicación del principio de territorialidad y, señaladamente, del principio de libre competencia, por parte de las entidades. Al tiempo, las administraciones fiscales efectuarán las correspondientes comprobaciones y valoraciones de los respectivos impuestos individuales sobre los beneficios bajo el convencimiento de que las irregularidades, si las hubiere, derivan no tanto de ejercicios de planificación fiscal agresiva, cuanto de las dificultades inherentes a la búsqueda de comparables apropiados. Así pues, el impuesto para la globalización encauza la conducta de los contribuyentes hacia el cumplimiento voluntario de la ley, y disipa las suspicacias de las administraciones fiscales. Crea, por decirlo gráficamente, un clima favorable a la correcta aplicación del tributo. No se escapará que ese buen clima es un elemento crucial para la pacífica aplicación del vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios de las empresas. De esta manera, igualmente, se verá fortalecida la seguridad jurídica, y, desde luego, disminuirá la conflictividad.

- La neutralización de la competencia fiscal.

La tributación sobre resultado contable consolidado desactiva no solo los regímenes fiscales preferenciales sino también los regímenes fiscales no estrictamente perjudiciales en el sentido de la OCDE o de la UE, como los consistentes en tipos de gravamen inusualmente bajos, los incentivos fiscales desmesurados, la deducción ACE extrema, o las reservas fiscales exentas, entre otros, en la medida en que, como consecuencia de los mismos, el tipo efectivo del correspondiente impuesto sobre sociedades quede por debajo del tipo nominal de gravamen del impuesto para la globalización. En efecto, este impuesto determinará una deuda tributaria que estará en relación directa con la diferencia existente entre los referidos tipos de gravamen. De esta manera, el factor fiscal queda desactivado, tanto como instrumento de atracción de bases imponibles como de la inversión extranjera. Esa desactivación permitiría a las distintas jurisdicciones fiscales desarrollar sus respectivas políticas con mayor libertad, al tiempo que rebajaría la necesidad de las medidas defensivas, tales como normas antiabuso específicas o descensos forzados de los tipos nominales de gravamen.

Las medidas del proyecto BEPS, por sí solas, no neutralizarán la competencia fiscal. Esta continuará, si bien lo hará bajo formas distintas (Calderón Carrero y Martín Ji-

ménez, 2017)¹³⁶. El proyecto BEPS, proscribire ciertos regímenes fiscales preferenciales, pero acepta tácitamente otros que continuarán perturbando las finanzas públicas de determinadas jurisdicciones fiscales y las decisiones fiscales de los parlamentos nacionales. La neutralización de la competencia entre jurisdicciones fiscales es un elemento básico para la estabilidad del sistema internacional de tributación sobre los beneficios y su correcto funcionamiento (Devereux y Vella, 2014)¹³⁷.

La competencia fiscal, cualquiera que sea su contenido, es injusta. Diseñar medidas fiscales con la finalidad de atraer actividades económicas, encierra un elemento de injusticia, aun cuando tales medidas no sean consideradas perjudiciales en el sentido de la doctrina de la OCDE o de la UE. En efecto, la competencia justa requiere que todos los sujetos que compitan se hallen en condiciones objetivamente similares. Ahora bien, una jurisdicción fiscal con población reducida y activa económicamente en nada se asemeja a una jurisdicción fiscal que debe prestar servicios a una población numerosa (Devereux y Sorensen, 2006)¹³⁸. Por otra parte, el fin económico de la competencia, esto es, la aplicación más eficiente de los recursos económicos escasos, carece de sentido en relación con la configuración del sistema fiscal. Lo deseable es que tal configuración no distorsione los procesos económicos, pero a tal logro en nada contribuye la competencia entre jurisdicciones fiscales, antes bien puede perjudicar su consecución. Así, la competencia fiscal podría obligar a gravar más intensamente la renta de los factores de la producción fijos frente a los de carácter móvil para evitar la fuga de estos últimos, pero de ahí no se sigue una mejor aplicación del conjunto de los factores de la producción. La competencia fiscal puede frenar la absorción de recursos por parte del sector público

¹³⁶ «Todo apunta a que la competencia interestatal está evolucionando hacia la articulación de modelos impositivos estratégicamente configurados a efectos de lograr el cumplimiento de los estándares mínimos BEPS, sin renunciar a un nivel de imposición efectiva competitivo... una intensificación del fenómeno de *race to the bottom* en materia de reducción de tipos nominales y efectivos de la imposición societaria, con todo lo que ello conlleva en términos de (eventual) sustitución de tal fuente de ingresos por figuras impositivas más regresivas».

¹³⁷ «These problems are compounded by a natural process of competition between national governments – for limited real economic activity, an advantage to «domestic» business, and greater tax revenue. Such competition –especially for the first two elements– has seen tax rates falling gradually over time, but increasingly competition is taking other forms, such as the introduction of patent boxes and limitations to anti avoidance rules.

Recognising the power of this competition is key to creating a stable long-run system of taxing the profits of multinational companies. Even if existing governments were to reach an agreement to preserve the basics of the existing system, while tightening anti-avoidance rules, there will still be an incentive for future governments to undermine that system, as their predecessors have done in the past. A stable system must remove the incentives for governments to undercut each other...».

¹³⁸ «Governments in open economies may also seek to compete with each other to attract mobile economic activity. One way in which they may do so is to set lower effective tax rates on the returns to capital located within their jurisdiction. Indeed, the standard economic model suggests that a small open economy should not tax the return to capital located there at all. These considerations have led to concerns that effective tax rates on capital are on a downward spiral, or a race to the bottom, fuelled by ever increasing globalisation...» (p. 3).

procedentes de las empresas, pero de ahí tampoco se sigue un mejor aprovechamiento de los recursos ni un aumento del bienestar social (Nicomede, 2006)¹³⁹.

Frente a las tesis del realismo absoluto, que proclama como evidente el principio de que la soberanía implica ejercitar las competencias estatales de acuerdo con las notas de exclusividad o discrecionalidad y plenitud, el Derecho Internacional moderno viene postulando la existencia de límites, ya consuetudinarios o convencionales, en orden a evitar perjuicios a otros Estados o a la comunidad internacional, de manera tal que podría espigarse una suerte de principio de Derecho Internacional consistente en la obligación de los Estados de no ejercitar las competencias soberanas de forma tal que causen daños a otros Estados (Díez de Velasco, 2007, p. 436)¹⁴⁰. En este orden de cosas, la reforma fiscal del presidente Trump es una muestra clara de realismo absoluto, no solo porque algunas de sus normas podrían chocar contra el consenso internacional, sino porque puede provocar efectos económicos y fiscales depredadores (Mintz, 2018)¹⁴¹.

¹³⁹ «Finally, there is an unsolved debate in the economic literature about the drawbacks and the merits of tax competition with the so-called Leviathan models that find a useful role for tax competition in curbing the tendency of governments to overextend the size of the public sector (Brennan and Buchanan, 1980; Edwards and Keen, 1996)...» (p. 14).

¹⁴⁰ «De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, principio 21, 1972).

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional (Declaración de Río, principio 2, 1992)».

¹⁴¹ 1. Reubicación en filiales extranjeras de los gastos financieros y otros costes, debido al descenso del tipo de gravamen, desde el 35 % al 21 %, a la limitación a la deducción de intereses, y al método de exención.

With the sharply lower corporate income tax rate, dividend exemption system and new limitations on deductible interest and other deductions, companies operating in the United States shall push debt and other costs to foreign countries to the extent possible, reducing corporate taxes elsewhere.

2. Repatriación de dividendos, aplicada a la reducción del endeudamiento cuyos gastos financieros estarían afectados por la norma barrera.

Under the dividend exemption system, U.S. parent companies can bring money home from abroad without paying additional tax to the U.S. government. The funds could then be used to reduce U.S. debt if interest deductions are constrained. Overall, the U.S. gains corporate tax revenue while foreign countries lose revenue due to financial policy changes.

3. La minoración de la tributación sobre la parte de renta obtenida en operaciones de exportación imputable a los intangibles, estimulará la realización de actividades de I+D+i en Estados Unidos. Al tiempo, GILTI, eliminará el aliciente por colocar los intangibles en sede de entidades filiales extranjeras.

Further, new tax provisions related to global low-taxed and foreign-derived intangible income shall encourage research and development in the United States to be sold abroad as well as reduce the incentive for placing intellectual property in foreign jurisdictions.

4. El proteccionismo estimulará la ubicación en Estados Unidos de filiales operativas de grupos multinacionales que operan en el Mercado de Estados Unidos, en detrimento de las exportaciones realizadas a ese mercado.

En el Derecho Internacional tributario, el aludido principio ha alentado un cierto consenso sobre la pertinencia de proscribir medidas fiscales perjudiciales, pero estas no se han definido bajo el imperativo de evitar daños a las economías o a las finanzas públicas de otros Estados, sino que solamente responden a la orientación

On the other hand, the U.S. tax reform will make it more attractive for businesses to invest in the United States to serve the North American market. With a shift to trade protection through countervailing and anti-dumping actions in the United States, businesses wishing to serve the American market will also look to locate in the United States, which has become more attractive for investments rather than try to export from their own countries.

5. *The impact on investment depends on the type of earnings-stripping rule in place. While the earnings-stripping rule increases the cost of capital, as borrowed interest is not fully deducted, it also provides an additional kick to investment as income generated at the margin enables the firm to deduct more interest. In the case of short-lived capital and an EBITDA-based earnings stripping rule, the METR can be lower and even negative than the case when interest deductions are not binding.*
6. La limitación a la compensación de pérdidas estimulará a las entidades que tengan créditos pendientes de compensación a transferir costes, incluidos los financieros, a entidades filiales no residentes.

The new U.S. law will also limit loss deductions to 80 % of profits earned in a year. This will encourage U.S. companies to shift costs including interest to foreign affiliates to make better use of loss deductions. Countries with a more liberal treatment of losses are likely to bear these costs.

7. La repatriación de beneficios acumulados en filiales extranjeras, puede dar lugar a la elevación de su endeudamiento.

As U.S. parents will be able to repatriate dividends without additional payment of tax, they will be able to use foreign profits to retire such debt. In a recent poll, 65 % of companies listed debt reduction as a priority for repatriated profits. However, to replace undistributed foreign profits in other countries, multinationals could have their affiliates take on more debt from the parent or third parties, subject to the effectiveness of thin-capitalization rules in the foreign jurisdiction. In other words, foreign governments will lose corporate tax revenues to the U.S. government with new financial structures.

8. Para evitar BEAT, las matrices extranjeras restringirán la facturación por servicios prestados a sus filiales residentes en Estados Unidos. También se puede evitar BEAT aumentando el beneficio de las filiales residentes en Estados Unidos, de manera tal que existe un incentivo para trasladar gastos hacia la matriz extranjera.

Potentially the BEAT would impact cross-border investments and technology transfers with the United States for foreign investors ultimately resulting in lower reported profits abroad to avoid the BEAT. However, either by increasing taxable income in the United States (Y) or reducing base erosion payments (B), companies can beat the BEAT. As in the case of financing, the BEAT shall not be payable if taxable income is sufficiently high by shifting debt interest, general administrative costs to other countries. Base erosion payments could be reduced by shifting intangible benefits into price of goods as permitted under transfer pricing rules. The BEAT may also be avoided if cost sharing contracts between parents and subsidiaries are used instead of transactional payments.

BEAT may be subject to challenge under existing tax treaties as being contrary to the arm's length principle by which a multinational should be able to deduct expenses if similar to those taken between two unrelated companies. BEAT operates as a minimum tax, which is not consistent with the arm's length principle. However, it has certain characteristics similar to existing earnings stripping rules whereby interest is not deductible in excess of a certain level of adjusted profits, which as shown above, is also the case.

9. El juego conjunto de GILTI y FDII, llevaría a ubicar los intangibles en sede de entidades del grupo residentes en Estados Unidos, en tanto que los tangibles se ubicarían en sede de filiales extranjeras, habida cuenta que el tratamiento beneficioso FDII se proyecta sobre el exceso del resultado por operaciones de exportación respecto del 10% de los activos tangibles cualificados.

de proscribir regulaciones preferenciales en las cuales pudieran cobijarse operaciones o estructuras societarias carentes de sustancia y/o desligadas del territorio de la jurisdicción fiscal que las ha establecido. El ejercicio solidario de la soberanía fiscal no implica renunciar al establecimiento de la estructura fiscal más conveniente a

Other important provisions are related to intangible income. The intent of these rules is to discourage multinationals from shifting mobile tangible income to foreign low-taxed jurisdictions, such as in the case of intellectual property and to provide a «patent-box»-like incentive for intangible income earned on exports from the United States. In a decade, the write-offs for research and development expenditures in the United States will be amortized rather than expensed. A U.S. parent of a controlled-foreign corporation includes GILTI in the parent's income similar to Sub-Part F passive income and therefore fully taxed as the income is accrued (unlike the previous regime when the income is taxed when remitted to the United States). GILTI is the excess of income over a deemed tangible income, the latter measured as a 10% return on tangible depreciable assets, excluding Sub-Part F income, foreign oil and gas income and certain related party payments. GILTI is taxed at a rate of 10.5% until January 1, 2026 when it becomes 13.125% thereafter. A tax credit is given for 80% of foreign taxes without a carry back or forward to other years. Under the previous system, a U.S. multinational would not be taxed on intangible income so long as the income was not repatriated to the United States. The GILTI tax, on the other hand, is an accrual tax that will claw back incentives in foreign jurisdictions, whether income is repatriated or not, similar to passive income rules. A U.S. multinational would be liable for tax on intangible income in a foreign jurisdiction if 80% of foreign taxes were less than 10.5% (or 13.125% after 2025) of GILTI, which could arise in the case with research and development tax credits or patent-boxes.

While much of the impact of the GILTI tax will be on intangible income from intellectual property, it will also affect intangible income from marketing, foreign mining and other intangibles (oil and gas is exempt).

The GILTI will also encourage U.S. companies to hold depreciable assets in foreign jurisdictions. Indeed, for each dollar invested in tangible assets, the U.S. company earns a present value of exempt intangible income equal to the exempt rate of return divided by the nominal discount rate plus the equivalent economic depreciation on the asset. Thus, for example, a dollar of investment in machinery with a 10% declining-balance depreciation rate and a 5% nominal discount rate generates a present value of deductions relief of two-thirds of the expenditure (.1/.10+.05)). As I have noted in earlier work on resource companies, exempt return can result in a negative METR for investments due to capital base broadening (Mintz 2016).

Further, the new U.S. tax provides domestic corporations a reduced tax rate on foreign-derived intangible income (FDII) by providing a deduction equal to 37.5% of FDII prior to January 1, 2026 and 21.875% thereafter. The effective tax rates on FDII will therefore be equal to 13.125% prior to January 1, 2026 and 16.406% thereafter. Intangible income is measured by taking the difference between eligible income and 10% of qualified business assets. This provision provides a concessionary rate of tax on intangible income for property sold to unrelated foreign persons for foreign use or services provided for use outside of the United States based on the share of foreign derived income to domestic and foreign-derived income. FDII also excludes oil and gas income but not mining (therefore providing an incentive for mining investments in the United States to the extent output is exported). FDII creates an incentive for businesses to shift not only intellectual property to the United States but also marketing sales forces and other inputs associated with intangible income. The FDII could be challenged as an export subsidy given that its concessionary rate is only provided for foreign-derived income. Opposite to the GILTI tax, companies will also have an incentive to invest less in tangible property in the United States to increase the concessionary rate for exported intangible income.

10. A modo de resumen, la reforma Trump ha transformado el sistema de imposición sobre los beneficios de Estados Unidos desde la calificación de desaventajado a la de aventajado, en relación con la atracción de inversiones. No por ello el impuesto sobre los beneficios recaudará menos, debido a los estímulos para colocar gastos y costes en filiales extranjeras. La retención de intangibles en sede de las entidades residentes en Estados Unidos, puede generar más cánones sobre filiales extranjeras.

tenor de las circunstancias económicas y sociales en presencia, sino abstenerse de incorporar medidas dirigidas a atraer actividades o estructuras societarias, incluso dotadas de sustancia que, en otras condiciones, se hubieran realizado o ubicado en otra jurisdicción fiscal.

El impuesto para la globalización, al frustrar los efectos de esas medidas fiscales, morigera su adopción y, con ello, indirectamente, apoya el principio del ejercicio de la soberanía fiscal de forma tal que no perjudique a otras jurisdicciones fiscales.

- La inserción natural en el vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios.

El impuesto para la globalización se establecería por los parlamentos nacionales, sin necesidad de una norma armonizadora internacional. Al no generar un nuevo nexo con la correspondiente jurisdicción fiscal sino, por el contrario, adoptar como tal la residencia de la entidad dominante, y no crear doble imposición, es compatible con la red de convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. El impuesto para la globalización restaura el ejercicio pleno de la soberanía fiscal de los parlamentos nacionales, pero sin perturbar la globalización y sus positivos efectos. Al tiempo, supondría una respuesta satisfactoria para la opinión pública, alarmada en relación con la tributación de los grupos multinacionales (Avi-Yonah y Haiyan Chu, 2016)¹⁴².

I would argue that three particular issues would be at play for most countries.

- Along with recent deregulation, the U.S. tax reform will make the U.S. a more appealing location for investments. While many factors influence investment decisions by corporations other than corporate taxation, the fundamental U.S. changes have shifted taxation from being a disadvantage to an advantage as a factor influencing investment compared to most regions of the world.
- The sharp reduction in the U.S. corporate income tax rate as well as the adoption of an exemption for dividends results in a significant change in tax planning by corporations with U.S. operations. As discussed above, companies with U.S. operations will have an incentive to shift debt interest and other costs out of the United States to other countries and increase taxable profits in the United States. This would lead to a loss of corporate tax revenues elsewhere in favour of the United States.
- With new provisions affecting intangible income, companies with U.S. operations will have more incentive to shift intangible income to the United States. U.S. corporations could license less intellectual property to affiliates abroad. Host countries will need to evaluate their research and development policies.

As remarked above, the U.S. tax system is unstable as provisions such as expensing are eventually.

¹⁴² «The benefits principle should be reconsidered in light of the reality of globalization. We should tax passive income primarily at source and active income primarily at residence. This approach will enable the large economies to address both individual tax evasion and corporate tax avoidance. These problems must be addressed if we are to continue to maintain and expand the benefits of globalization. The U.S. public support of globalization hinges on the existence of a social insurance safety net. If the rich and large corporations are not perceived to pay their fair share, the public's willingness to pay tax to support this safety net is eroded. Once a culture of not paying taxes is established it is very hard to change. We need to do something about both tax evasion and avoidance before it is too late».

El impuesto para la globalización no implica una redistribución de los ingresos fiscales entre las distintas soberanías fiscales, a diferencia de lo que acontece en relación con el reconocimiento de la presencia digital como determinante de establecimiento permanente, o con los modelos BICCIS y de tributación en destino. En efecto, los ingresos fiscales que, en su caso, pudiera obtener la jurisdicción fiscal de la entidad dominante no van en demérito de los recaudados por las jurisdicciones fiscales de las entidades dependientes.

De esta manera, el impuesto para la globalización vendría a seccionar el nudo gordiano del *trilema de la globalización* de Rodrik (2012, capítulos 9-12), por cuanto demostraría que es posible la coexistencia de la globalización en su máxima expresión, la soberanía nacional y la democracia.

En fin, no debería pasar desapercibido que el encauzamiento de las conductas de los actores de la fiscalidad internacional, en el sentido expuesto, insufla las velas de la seguridad jurídica.

Pese a que las cualidades precedentes pudieran llevar a pensar que el establecimiento del impuesto para la globalización es una opción de política fiscal asequible para todos los países, lo cierto es que, probablemente, solamente podría hacerse efectiva en el contexto de un amplio concierto internacional o tras el liderazgo de los Estados más relevantes de la comunidad internacional. En efecto, las iniciativas de los países pequeños y medianos naufragarían ante el rechazo de los contribuyentes afectados o, cuando menos, quedarían bastante rebajadas. La experiencia española en la introducción de la transparencia fiscal internacional mediante la Ley 42/1994 es aleccionadora. En ese caso el proyecto del Gobierno, que fue rebajado apreciablemente en el trámite parlamentario, fue objeto de vivos ataques por ciertos grupos de interés económico¹⁴³. Se precisaría, por tanto, el liderazgo del G20 y la OCDE o el concurso de los denominados países centrales, en el ámbito de lo que se ha dado en llamar el unilateralismo constructivo, particularmente referido a los Estados Unidos (Avi-Yonah, 2015). El apoyo inicial de la administración Obama al proyecto BEPS arrojó una esperanza en el sentido expuesto¹⁴⁴, pero la forma en como se ha conducido la reforma fiscal de la administración Trump ha agitado esa esperanza.

¹⁴³ Salvador Arencibia. El País 29/10/1994: «... Las reticencias de sectores financieros y empresariales a las normas contempladas en la ley de acompañamiento de los presupuestos para 1995 sobre transparencia fiscal internacional han causado un cierto efecto... Tanto el Gobierno como Convergencia i Unió están dispuestos a introducir algunas enmiendas en la tramitación de la ley... Sectores empresariales y financieros –AEB ha remitido a los grupos parlamentarios un informe explicando su posición– consideran que la redacción del articulado puede afectar a rentas empresariales, no ser compatible con los convenios sobre doble imposición y dificultar algunas operaciones de captación de recursos financieros en el exterior. Estos temores han calado entre los grupos políticos con distinta intensidad. El PP plantea la posibilidad de retirar estos artículos y dejar la discusión para el proyecto de ley de sociedades...».

¹⁴⁴ «As former Chairman Camp recently stated, "the bottom line is that change is coming-if not here at home, then it is certainly coming from overseas". If policymakers fail to implement new rules in a timely fashion to combat overseas action, BEPS-related and unilateral actions around the globe will undoubtedly result in far more taxes paid into foreign coffers by US multinational companies, with a corresponding revenue and job loss here in the United States» (cita tomada de Hufbauer *et al.*, 2015, p. 5).

El europeísmo de Macron tal vez sea el contrapunto, pero su repercusión práctica es, hoy por hoy, una incógnita¹⁴⁵. Con todo, si la declaración franco-alemana relativa a la base imponible común consolidada es un fruto de ese europeísmo en el campo fiscal, hay motivos para el optimismo. En efecto, la referida declaración es un catálogo de aciertos, tanto en relación a la definición de la base imponible común como respecto de la configuración del sistema de tributación internacional sobre los beneficios, en particular en lo que concierne a la indicación sobre la tributación mínima global¹⁴⁶.

PARTE QUINTA. CONCLUSIONES

- **Primera.** El impuesto sobre sociedades tradicional debido, de una parte, a las distorsiones que puede provocar a la luz del principio de neutralidad, y de otra, al impacto de la globalización y de las fuerzas técnicas y políticas que la impulsan, está afectado por una crisis, para cuya superación se han formulado un conjunto de propuestas reformadoras.
- **Segunda.** El impuesto sobre sociedades español ha sufrido a lo largo del tiempo numerosas modificaciones, buena parte de ellas motivadas por la respuesta a los desafíos de la globalización, así como por la incorporación de las normas, decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales.
- **Tercera.** Los dos modelos alternativos al impuesto sobre sociedades tradicional, esto es, el CBIT y la deducción ACE, no han encontrado, hasta el momento, una acogida apreciable, pues, aun cuando no están exentos de ciertas virtudes en comparación con aquel, arrastran defectos insoslayables.
- **Cuarta.** El proyecto BEPS no ha supuesto una modificación del sistema de tributación internacional de los beneficios ni, mucho menos, un cambio de paradigma. Contribuirá, ciertamente, a su mejor funcionamiento, pero no es de esperar que tumbe lo que se ha denominado el núcleo duro de los intereses, de manera tal que la planificación fiscal agresiva, tal vez morigerada por factores reputacionales, probablemente perdurará, si bien bajo formas que busquen la apariencia de la sustancialidad.
- **Quinta.** El nexo del lugar del destino de los bienes y servicios es eficiente desde la perspectiva de cercenar los desplazamientos artificiosos de beneficios, pero se aviene mal con los principios del beneficio y de la capacidad económica, así como con las reglas relativas al comercio internacional.

¹⁴⁵ Véase el discurso pronunciado el 10 de mayo de 2018 en Aquisgrán.

¹⁴⁶ *German-French Position Paper on CCTB Proposal*. (Punto 17).

- **Sexta.** El modelo BICCIS, también relativamente eficiente desde la perspectiva de cercenar los desplazamientos artificiales de beneficios, es tosco en la asignación de la renta entre las jurisdicciones fiscales concernidas, al tiempo que presenta problemas políticos vinculados al principio de ventanilla única.
- **Séptima.** No existe consenso internacional respecto del encaje de la economía digital en el sistema de tributación internacional sobre los beneficios. Las regulaciones unilaterales se perfilan perturbadoras. La solución más idónea sería definir un nexo, sobre la base de la presencia digital, determinante de la existencia de un establecimiento permanente. Esa es la propuesta definitiva de la Comisión de la UE. Sería deseable que también fuera la recomendación que, a ser posible con el carácter de estándar a incorporar al Convenio Multilateral, prevé formular la OCDE en 2020.
- **Octava.** Las restricciones objetivas a la deducción de intereses han menoscabado el modelo tradicional del impuesto sobre sociedades, y provocado efectos que distorsionan su correcta distribución entre los contribuyentes. Un impuesto sobre los resultados de explotación superaría esas distorsiones, en la medida en que depararía un trato igual a todos los contribuyentes. Al tiempo, en cuanto responde al modelo CBIT, sería neutral frente a las fuentes de financiación.

En cualquier caso, la corrección de los efectos de la norma «barrera», limitativa de la deducción de intereses, por medio de la cláusula de escape basada en la comparación de estructuras financieras, individual y de grupo, aliviaría las distorsiones actuales.

- **Novena.** El sistema de tributación internacional sobre los beneficios de la OCDE no por veterano está afectado de obsolescencia. La especulación teórica debe centrarse en fomentar su correcta aplicación, antes que su precipitada sustitución.
- **Décima.** El impuesto para la globalización podría cumplir la función, extrafiscal, de crear las condiciones propicias para que los actores de la fiscalidad internacional, esto es, las jurisdicciones fiscales y los grupos multinacionales y los expertos a su servicio, se condujeran de la manera más idónea en orden a la más correcta aplicación de dicho sistema.
- **Undécima.** Parafraseando a Toynbee, en ausencia de la *unidad política y social, extendida en todo el mundo*, toda modificación del sistema de tributación internacional sobre los beneficios, y su correspondiente impacto sobre el impuesto sobre sociedades, que se pretenda fructífera, ha de provenir de un multilateralismo que catalice el consenso internacional. Por el contrario, el ejercicio unilateral y sin límites de la soberanía fiscal, deparará una *casa de la discordia*.

Referencias bibliográficas

- Adam, S., Besley, T. y Blundell, R. (2011). *Tax by Design: The Mirrlees Review*. Oxford.
- Albi Ibáñez, E. (2017). *Criterios para una reforma del Impuesto sobre Sociedades*. FEDEA.
- Albiñana García-Quintana, C. (1949). Tributación del Beneficio de la Empresa y de sus Partícipes. *Revista de Derecho Mercantil*.
- Auerbach, A., Devereux, M. P., Keen, M. J y Vella, J. (2017). Destination-based cash flow taxation. *Working Paper 17/01*. Oxford University Centre for Business Taxation.
- Auerbach, A., Devereux, M. P. y Simpson, H. (2007). Taxing corporate income. *Working Papers 0705*. Oxford University Centre for Business Taxation.
- Auerbach, A. y Holtz-Eakin, D. (2016). The Role of Border Adjustments in International Taxation. *American Action Forum*.
- Avi-Yonah, R. (2013). Tax All Profits of Companies Based in the US. *The New York Times*.
- Avi-Yonah, R. (2015). Constructive Unilateralism: US Leadership and International Taxation. *U of Michigan Public Law Research Paper No. 463*. Recuperado de <<https://ssrn.com/abstract=2622868>> o <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2622868>>.
- Avi-Yonah, R. S., Clausing, K. A. y Durst, M. C. (2009). Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split. *Fla. Tax Rev.* 9(5): 497-553.
- Avi-Yonah, R. S. y Haiyan Chu (2016). Evaluating BEPS: A Reconsideration of the Benefits Principle and Proposal for an Oversight. *Harvard Business Law Review*.
- Azam, R. (2016). Minimum Global Effective Corporate Tax Rate as General Anti-Avoidance Rule. *Columbia Journal of Tax Law*.
- Becker, J. y English, J. A. (2017). European Perspective on the US Plans for a Destination Based Flow Tax. *Working paper series*. University of Oxford.
- Botella García-Lastra, C. (2017). La armonización de la base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades y su incidencia en el sistema tributario español (Tesis doctoral).
- Brauner, Y. y Báez Moreno, A. (2015). Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy. *WU International Taxation Research Paper Series No. 2015 – 14*. Recuperado de <<https://ssrn.com/abstract=2591830> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591830>>.
- Calderón Carrero, J. M. (2018). Nota sobre el Paquete Europeo (2018) en materia de fiscalidad de la economía digital. *Carta Tributaria*, 39.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. (2017). La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS? *RCyT. CEF*, 407.

- Comisión de la Unión Europea (2017a). *Aggressive tax planning indicators*. Final Report. Taxation Papers (WP n.º 71-2017).
- Comisión de la Unión Europea (2017b). *The Impact of Tax Planning on Forward-Looking effective Tax Rates* (ZEW 2016).
- Cruz Amorós, M. (2014). Impuesto sobre Sociedades: Imposición Internacional. En J. Viñuela Díez (Coord.), *Opciones para una reforma del sistema tributario español*. Fundación Ramón Areces.
- Cruz Padial, I. (2016). Una síntesis de algunos modelos de tributación de los beneficios empresariales: realidades y propuestas. *RCyT. CEF*, 400.
- Delgado Pacheco, A. (2018). *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*. Aranzadi.
- Devereux, M. (2012). Issues in the Design of Taxes on Corporate Profit. *National Tax Journal*
- Devereux, Lockwood y Redoano (2012). *Do Countries Compete Over Corporate Tax Rate?* En D. Rodrik. *La paradoja de la globalización*. Antoni Bosch
- Devereux, M. y Mooij, R. de (2008). Alternative Systems Tax in Europe: An applied analysis of ACE and CBIT Reforms. *Project Report European Commission Taxation and Customs Union*.
- Devereux, M. y Sorensen, P. B. (2006). The Corporate Income Tax: international trends and options for fundamental reform. *European Economy*, 264.
- Devereux, M. y Vella, J. (2014). *Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?* Oxford University Centre for Business Taxation.
- Díez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos.
- Durán Cabré, J. M. y Esteller Moré, A. (2018). El papel del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea. En J. M. Durán y A. Esteller, *Impuesto sobre Sociedades, ¿quo vadis?*, Economía UB.
- Einaudi, L. (1955). *Principios de la Hacienda*. Biblioteca de ciencias sociales.
- Falcón y Tella, R. (2016). *Derecho Financiero y Tributario (Parte General)*. Universidad Complutense de Madrid.
- Fuest, C. (2018). La coordinación fiscal europea en el impuesto sobre sociedades: introducción al debate. En J. M. Durán y A. Esteller, *Impuesto sobre Sociedades, ¿quo vadis?*, Economía UB.
- Fuest, C., Spengel, C., Nicolay, K., Heckemeyer, J. H. y Nusser, H. (2013). Profit Shifting and «Aggressive» Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform, *ZEW Discussion Paper* No. 13-078, Mannheim.
- García-Herrera, C. (2016). *Tax Rulings. Fiscalidad y Globalización*. (2.ª ed.). Antigua.
- García-Herrera Blanco, C. (2018). La adaptación del Impuesto sobre Sociedades español al proyecto BEPS de la OCDE y del G20, y a la Directiva antielusión fiscal. En J. M. Durán y A. Esteller, *Impuesto sobre Sociedades, ¿quo vadis?*, Economía UB.
- García-Herrera Blanco, C. y Herrera Molina, P. (2005). El Tribunal de Justicia ante una encrucijada: ¿Recificar la jurisprudencia o desintegrar la fiscalidad internacional en Europa? En M. A. Collado Yurrita y S. Moreno González, *Estudios sobre Fiscalidad Internacional Comunitaria*.

- García Novoa, C. (2017). El establecimiento permanente en la era post-BEPS. Su influencia en el caso español. En M. de Vicente-Tutor Rodríguez (Dir.), *Retos de la Fiscalidad Española: Cuestiones Tributarias Controvertidas en Materia Tributaria* (Capítulo 5). Thomson Reuters-Aranzadi.
- García Varela, A. (2018). El Impuesto sobre Sociedades en España. En J. M. Durán y A. Esteller, *Impuesto sobre Sociedades, ¿quo vadis?*, Economía UB.
- Gascón Catalán, J. (2014). Los consejos de administración como máximos responsables de la estrategia fiscal de las sociedades cotizadas. *Instituto de Estudios Fiscales*, 19.
- González de Frutos, U. (2017). El impuesto sobre sociedades del futuro. *RCyT. CEF*, 415.
- Gorospa Oviedo, J. I. (2017). La existencia de establecimientos permanentes en España y los gastos deducibles. *RCyT. CEF*, 407.
- Gota Losada, A. (1989). *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*. Banco Exterior de España.
- Grubert, H. y Altshuler, R. (2005). The three parties in the race to the bottom: Host Governments, Home Governments and Multinational Companies. *CESifo Working Paper Series No. 1613*.
- Hansen, D. (2013). A Proposal to Address U.S Business Taxation. *Tax Notes*.
- Hendriksen, E. (1974). *Teoría de la Contabilidad*. Biblioteca Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales.
- Hey, J. (2018). Taxation where value is created and the OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative. *Bulletin for International Taxation*.
- Hufbauer, G., Jung, E., Moran, T. y Vieiro, M. (2015). *The OECD's «Action Plan» to Raise Taxes on Multinational Corporations. Working Papers Series*.
- Informe Meade (1980). *Estructura y Reforma de la Imposición Directa*. IEF. Estudio introductorio de E. Albi Ibáñez.
- Informe Mirrlees (2013). *Diseño de un sistema tributario óptimo*. Estudio introductorio de J. Viñuela.
- Innerarity, D. (2017). *La democracia en Europa*. Galaxia Gutenberg.
- Keen, M. (2018). Competition, Coordination and Avoidance in International Taxation. *Bulletin for International Taxation*.
- Klemm, A. (2006). Allowances for Corporate Equity in Practice. *WP 06/259*. IMF.
- Lampreave Márquez, P. (2016). Eliminar las prácticas fiscales abusivas reforzando la transparencia y la sustancia. Erosión de la base imponible y traslado de beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE. En J. Ramos Prieto (Coord.), *Erosión de la base imponible y traslado de beneficios* (Capítulo VI). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Lasarte López, R. y Trigueros Martín, M. J. (2016). *Acción 8. Un intento por evitar la erosión de las bases imponibles de entidades vinculadas cuando actúan sobre activos intangibles*. En J. Ramos Prieto (Coord.), *Erosión de la base imponible y traslado de beneficios* (Capítulo IX). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Lessnoff, M. (2011). *La filosofía política del siglo XX*. Akal.
- López Ribas, S. (2014). Plan BEPS, Acción 2: recomendaciones sobre híbridos. *Carta Tributaria*, 11.

- López Rodríguez, J. (2016). Erosión de la base imponible y traslado de beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE. En J. Ramos Prieto (Coord.), *Erosión de la base imponible y traslado de beneficios* (Capítulo VI). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Lucas Durán, M. y Blanco García, A. del. (Dirs.) (2016). Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro. *Documento de trabajo 3/2018 IEF*.
- Martín Jiménez, A. (2018). BEPS, The Digital (ized) Economy and the Taxation of services and royalties. *Tax Working Paper 2018/1*.
- Menéndez, J. (2018). Armonización y transparencia en el Impuesto sobre Sociedades. En J. M. Durán y A. Esteller, *Impuesto sobre Sociedades, ¿quo vadis?*, Economía UB.
- Ministerio de Economía y Hacienda (1994). *Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades*.
- Mintz, J. (2018). Global Implications of U.S. Tax Reform. *Forschungsergebnisse*.
- Mirrlees, J., Adam, S., Besley, T., Blundell, R., Bond, S., Chote, R., Gammie, M., Johnson, P., Myles, G. y Poterba, J. (2012). The Mirrlees Review: A Proposal for Systematic Tax Reform. *National Tax Journal*.
- Mooij, R. de. (2011). Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions. *IMF*.
- Nicomede, G. (2006). Corporate Tax Competition and Coordination in the European Union: What do we know, ¿Where do we stand? *European Economy. Economic Papers 250*.
- Nicomede, G. (2009). Corporate income tax and economic distortions. *Taxation Papers*.
- OCDE (1978). *Harmful Tax Competition*.
- OCDE (2007). *Fundamental Reform of Corporate Income Tax*.
- OCDE (2013). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*.
- OCDE (2015). *Perspectivas de la OCDE sobre la economía digital*.
- OCDE (2016). *Convención Multilateral para la puesta en práctica de las medidas relativas a las convenciones fiscales para prevenir la erosión de la base imponible y la transferencia de beneficios*.
- OCDE (2017a). *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.
- OCDE (2017b). *Secretary-General. Report to G20 Leaders*.
- OCDE (2017c). *Directrices sobre Precios de Transferencia*.
- OCDE (2018). *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*.
- OCDE/G20 (2017a). *Base Erosion and Profit Shifting Project Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. BEPS Action 7.
- OCDE/G20 (2017b). *Base Erosion and Profit Shifting Project Harmful Tax Practices -2017 Progress Report on Preferential Regimes*.
- Olbert, M. y Spengel, C. (2017). International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted? *Word Tax Journal*, 9(1).

- Palao Taboada, C. (2001). Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria. *Crónica Tributaria*, 98.
- Parker, A. M. (2017). *Global Minimum Tax Re-Emerges*.
- Pich, V. (2018). La armonización del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea. En J. M. Durán y A. Esteller, *Impuesto sobre Sociedades, ¿quo vadis?*, Economía UB.
- Quintas Bermúdez, J. (2017). Epílogo. En Manuel de Vicente-Tutor Rodríguez (Dir.), *Retos de la Fiscalidad Española: Cuestiones Tributarias Controvertidas en Materia Tributaria*. Aranzadi.
- Ramos Prieto, J. (2016). La crisis de la noción de establecimiento permanente: un paradigma de los desafíos que afronta la tributación de los beneficios de las empresas multinacionales en el contexto de la economía digital. En J. Ramos Prieto (Coord.), *Erosión de la base imponible y traslado de beneficios* (Capítulo I). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Rodrik, D. (2012). *La paradoja de la globalización*. Antoni Bosch.
- Ryan, P. (2016). A Better Way: Our Vision for a Confident America. *Tax*.
- Salas Fumás, V. (2014). Los beneficios de las sociedades no financieras en España 2006-2013. *Economistas, número extra 138-139*.
- Schoen, W. (2012). The Distinct Equity of Debt-Equity Distinction. *IBFD*.
- Schoen, W. (2017). Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2017-11. Recuperado de <<https://ssrn.com/abstract=3091496> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3091496>>.
- Serrano Antón, F. (2015). La influencia del Plan de Acción BEPS en la Tributación española: Impacto en la Normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales. *RCyT. CEF*, 391.
- Sevilla Segura, V. (2004). *Política y Técnica Tributarias*. IEF.
- Spengel, C., Heinemann, F., Olbert, M., Pfeiffer, O., Schwab, T. y Stutzenberger, K. (2017). Analysis of US Corporate Tax Reform Proposals and their Effects for Europe and Germany. ZEW.
- Sullivan, M. (2005). The Tax Reform Plan That Won't Sell. *Tax Analysts*.
- Sullivan, M. A. (2018). Economic Analysis: A User-Friendly GILTI Spreadsheet. *Tax Notes*.
- Treasury Integration Report (1992). *Report of the Treasury on Integration of the Individual and Corporate Tax Systems-Taxing Business Income Once*.