



La Reforma Fiscal Global derivada del Proyecto OCDE/G20 BEPS 2.0: el «Blueprint» del Pilar 1

José Manuel Calderón Carrero

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de A Coruña

jose.calderon@udc.es | <https://orcid.org/0000-0001-7973-2869>

Extracto

Este trabajo analiza el estado actual de desarrollo del denominado Pilar 1 del Proyecto OCDE/G20 *Inclusive Framework on BEPS* referido a la adaptación del sistema de fiscalidad internacional a los desafíos de la digitalización de la economía. Por una parte, se examina el *Blueprint on Pillar One* publicado por la OCDE en octubre de 2020, que contiene los elementos técnicos estructurales de las medidas del Pilar 1 que podrían determinar una reforma estructural del sistema fiscal internacional, a efectos de articular la primera fase de este complejo proceso de adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la economía digital. La segunda parte de este estudio trata de aportar una serie de reflexiones de fondo sobre el proceso de transformación del sistema de fiscalidad internacional derivado de los Proyectos OCDE/G20 BEPS 1.0 & 2.0, considerando en particular los factores que están propiciando tal transformación, las potenciales implicaciones de las medidas que se están proponiendo en este contexto (*Inclusive Framework on BEPS*), y la propia dirección de las tendencias que pueden determinar la evolución del modelo de imposición del beneficio de las grandes empresas.

Palabras clave: impuesto sobre sociedades; fiscalidad internacional; economía digitalizada; estándares fiscales internacionales; unilateralismo fiscal; globalización.

Fecha de entrada: 15-12-2020 / Fecha de aceptación: 11-01-2021 / Fecha de revisión: 12-02-2021

Cómo citar: Calderón Carrero, J. M. (2021). La Reforma Fiscal Global derivada del Proyecto OCDE/G20 BEPS 2.0: el «Blueprint» del Pilar 1. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 53-100.





The Global Tax Reform resulting from the OECD/G20 BEPS 2.0 Initiative: the Pillar 1 Blueprint

José Manuel Calderón Carrero

Abstract

This paper analyzes the current state of development of the so-called Pillar 1 of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS Project, referring to the adaptation of the international tax system to the challenges of the digitalization of the economy. On the one hand, the «Blueprint on Pillar One» published by the OECD in October 2020 is examined, which contains the technical structural elements of the Pillar 1 measures that could determine a structural reform of the international tax system, in order to articulate the first phase of this complex process of adapting the international tax system to the digital economy. The second part of this study tries to provide a series of in-depth reflections on the transformation process of the international tax system derived from the OECD/G20 BEPS 1.0 & 2.0 Initiatives, considering in particular the factors that are promoting such transformation, the potential implications of the measures that are being proposed in this context, and the very direction of the trends that can determine the evolution of the model for the taxation of profits of large companies.

Keywords: corporate income tax; international taxation; digital economy; international tax standards; fiscal unilateralism; globalization.

Citation: Calderón Carrero, J. M. (2021). La Reforma Fiscal Global derivada del Proyecto OCDE/G20 BEPS 2.0: el «Blueprint» del Pilar 1. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 53-100.





Sumario

1. Introducción
2. Resumen ejecutivo del *Pillar One Blueprint*
3. Desarrollo de los elementos esenciales del *Blueprint* del Pilar 1
 - 3.1. El nuevo derecho de gravamen de las jurisdicciones mercado (*Amount A*)
 - 3.2. El retorno de beneficios fijo para actividades de marketing y distribución referenciadas (*Amount B*)
 - 3.3. Procedimientos de protección y mejora de la seguridad jurídica
 - 3.4. La implementación y administración de las medidas del Pilar 1
4. Algunas reflexiones sobre la configuración e implicaciones de la reforma del sistema de fiscalidad internacional derivadas del *Blueprint* del Pilar 1

Referencias bibliográficas

Bibliografía

Nota: Este estudio se ha realizado en el marco del Grupo de Referencia Competitiva ED431C2020/25, sobre Derecho Público Global.

1. Introducción

A través de este trabajo exponemos de forma básica el estado actual de desarrollo técnico del denominado Pilar 1 del Proyecto *OCDE/G20 Inclusive Framework on BEPS* referido a la adaptación del sistema de fiscalidad internacional a los desafíos de la digitalización de la economía¹.

El *Steering Group of the Inclusive Framework on BEPS (BEPS Steering Group)* durante los últimos meses ha ido desarrollando los aspectos técnicos de los diferentes bloques temáticos identificados en el documento aprobado por el *OECD/G20 BEPS Inclusive Framework* en enero de 2020: «*Outline of the Architecture of a Unified Approach on Pillar One*» (*Outline*) (OCDE, 2020a).

El resultado de los trabajos de desarrollo técnico realizados por el *BEPS Steering Group* a partir de tal marco básico del *Unified approach*, descrito en el referido *Outline* viene dado por el *Pillar One Blueprint*, aprobado por el *Inclusive Framework* (137 países) en su reunión de 8-9 de octubre de 2020 (OCDE/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2020; OCDE/G20, 2020 –***Blueprint Pillar 1***–), en línea con el propio acuerdo alcanzado por los ministros de Finanzas del G20 en su reunión de 18 de julio 2020, donde se destacó la necesidad de seguir trabajando en una solución consensuada a nivel global sobre esta materia, instando al *BEPS Inclusive Framework* a presentar a tal efecto los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2 para su consideración por el G20 en su reunión de octubre 2020.

El documento que es objeto de este estudio viene dado por el *Blueprint on Pillar One* en su versión de 8-9 de octubre 2020. El referido documento OCDE constituye un *work in progress*, dado que, por un lado, tan solo refleja un desarrollo técnico básico y, además, un cierto número de elementos estructurales de las medidas del Pilar 1 todavía están pendientes de que se alcance un acuerdo político sobre su configuración final; por otro lado, los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2 han sido objeto de una consulta pública realizada los días

¹ *Vid.*: OECD Secretary-General (2020), donde se recoge toda la documentación oficial sobre los avances referidos a los Pilares 1 y 2.

14-15 de enero de 2021², con el objetivo de que el *BEPS Inclusive Framework (BEPS IF)* recibiera de forma más ordenada el *input* del sector privado y así disponer de más datos e información para afrontar la ronda final de negociaciones dirigida a alcanzar una solución de consenso sobre la configuración del marco completo y final de los Pilares 1 y 2 de BEPS 2.0, que podrían determinar una reforma estructural del sistema fiscal internacional y el desmantelamiento de las medidas unilaterales que algunos países han puesto en marcha durante los últimos años como solución interina o provisional para gravar determinados modelos de negocios digitales.

Considerando la difícil situación generada a nivel global por la pandemia, así como las interferencias derivadas del proceso y campaña electoral para la elección de presidente de los EE. UU. a efectos de avanzar en las negociaciones del acuerdo multilateral para una solución global para reformar el sistema de fiscalidad internacional, se ha optado por acordar un aplazamiento de las negociaciones finales para la adopción de tal acuerdo o «solución global» hasta mediados del año 2021 (OCDE/G20 Inclusive Framework on BEPS, October 2020, p. 3; Blueprint Pillar 1, p. 9).

La primera parte de este estudio está dedicada a explicar los ejes y principales elementos que conforman el modelo técnico y medidas a través de las que se pretende articular esta primera fase de la adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la economía digital; es decir, se trataría de explicar el *Blueprint* del Pilar 1. La segunda parte intenta aportar una serie de reflexiones de fondo sobre el proceso de transformación del sistema de fiscalidad internacional derivado de los Proyectos OCDE/G20 BEPS 1.0 & 2.0, considerando en particular los factores que están propiciando tal transformación, las potenciales implicaciones de las medidas que se están proponiendo en este contexto (*Inclusive Framework on BEPS*), y la propia dirección de las tendencias que pueden determinar la evolución del modelo de imposición del beneficio empresarial de las grandes corporaciones.

² Las principales propuestas y observaciones formuladas en el marco de tal proceso de consulta se refieren a las siguientes cuestiones: a) la necesidad de simplificar determinados elementos esenciales de los Pilares 1 y 2; en particular, resulta bastante recurrente la propuesta de eliminar la segmentación de actividades sobre las que se construye la *Amount A*, toda vez que resulta muy compleja de aplicar y puede determinar una asignación arbitraria del coste de estabilización del sistema; en este sentido, se pone en valor la propuesta alemana de 2020 consistente en eliminar la segmentación y evolucionar hacia un modelo de *scoping* cuantitativo y no cualitativo como el actual, en el sentido de que solo las grandes empresas que cumplieran determinados umbrales cuantitativos en términos de cifra global de ingresos y de beneficio residual (a partir de ratios de rentabilidad por empleado y retorno sobre activos tangibles) estarían sujetas a las reglas de reasignación de una parte de su beneficio residual a las jurisdicciones mercado; b) la conveniencia de mejorar la coordinación entre las reglas de la *Amount A* y la *Amount B*; y c) propuestas de reforzamiento de la seguridad jurídica en la aplicación de las reglas del sistema derivado del Pilar 1 en conexión con el sistema tradicional; se insiste en particular en la articulación de mecanismos de arbitraje obligatorio vinculante para garantizar la eliminación de la doble imposición que puede generarse por diferencias de aplicación del sistema entre las distintas administraciones tributarias. *Vid.*: Finley (2021, January), Johnston (2021, January), Ali (2021, January), Graetz (2021) y Gottlieb y Ali (2021, January).

2. Resumen ejecutivo del *Pillar One Blueprint*

El *Blueprint* sobre el Pilar 1 refleja el consenso alcanzado hasta la fecha sobre la arquitectura fundamental del *Unified approach* que trata de articular una solución de consenso global a la adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la economía globalizada. No obstante, tal y como adelantamos, el texto del *Blueprint* destaca que quedan todavía una serie de temas, tanto técnicos como políticos, que están pendientes de consensuar, de manera que el *Blueprint* no representa un marco completo o totalmente terminado, con todo lo que ello conlleva a efectos de determinar sus impactos fiscales y de política tributaria.

El Pilar 1 se centra en la revisión de las reglas de nexo y de imputación de beneficios para garantizar que, en un contexto de alta globalización y digitalización de la economía, la atribución de poder tributario a las distintas jurisdicciones no pivota exclusivamente sobre un criterio de «presencia física». Tal adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la transformación de la economía y los modelos de negocios altamente digitalizados requiere «revisar» las tradicionales nociones de establecimiento permanente (EP) y el principio de plena competencia; tal adaptación debe realizarse a través de una cooperación fiscal multilateral que permita articular una solución de consenso global que aporte seguridad jurídica y limite conflictos fiscales y doble imposición.

Existe acuerdo entre los miembros del *BEPS IF* a la hora de reconocer la dificultad de compartimentalizar la economía digital, lo cual conduce a configurar una solución más general en relación con la adaptación del sistema fiscal internacional. Igualmente, hay consenso en que tal solución debe construirse a partir de una serie de principios fiscales: tributación de beneficio neto, practicabilidad, simplificación, seguridad jurídica, entre otros.

Como ya hemos avanzado, el *Blueprint* sobre el Pilar 1 desarrolla los bloques temáticos del *unified approach* consensuado en el *Outline* de enero 2020, pero deja importantes cuestiones técnicas y políticas pendientes de resolver.

La adaptación del sistema de fiscalidad internacional que articula el Pilar 1 a través del *Unified Approach*, trascendiendo pero sin dismantelar las actuales reglas de fiscalidad internacional sobre nexo y *profit allocation* (el concepto de EP del Modelo de Convenio de la OCDE –MC OCDE– y el estándar internacional de plena competencia), tiene como objetivo expandir los derechos de gravamen (o el poder tributario) de las «jurisdicciones mercado» (*market jurisdictions*) que son aquellas donde un grupo multinacional (MNE) vende sus productos o servicios o, en el caso de negocios altamente digitalizados, presta servicios a usuarios o solicita o recoge datos o contribuciones de contenido de los mismos (*users*). Tal expansión de los derechos de gravamen se circunscribe a aquellos casos donde concurre una activa y sostenida participación de una empresa o negocio en la economía de una jurisdicción (mercado) a través de actividades en la misma o dirigidas en remoto a tal jurisdicción. La solución del Pilar 1 comprende igualmente nuevos mecanismos de prevención y resolución de controversias destinados a que la aplicación de las nuevas reglas se

realice con un nivel de seguridad jurídica adecuado. En esta misma línea, la solución global pretende lograr en última instancia un enfoque coordinado a nivel multilateral que determine la retirada de medidas unilaterales relativas al gravamen de negocios altamente digitalizados (v. gr., impuestos sobre servicios digitales o DST); no obstante, no se ha alcanzado acuerdo alguno en esta fase sobre qué medidas unilaterales resultarían afectadas, cuándo se desmantelarían y en qué términos; lógicamente tal falta de acuerdo alcanza igualmente a la retirada de las «contramedidas retaliatorias» por parte de EE. UU. (v. gr. utilización de la política arancelaria o *customs tariffs* como contramedida frente a impuestos sobre servicios digitales calificados como discriminatorios por la Administración americana).

Los elementos esenciales del Pilar 1 en los términos recogidos en el *Blueprint* pueden ser agrupados en tres bloques:

- a) Un nuevo derecho de imposición de las jurisdicciones mercado sobre una parte del beneficio residual calculado a nivel de grupo MNE (o segmento de negocio): la denominada *Amount A*.
- b) Un retorno fijo para ciertas actividades de distribución y marketing de referencia (*baseline marketing & distribution activities*), realizadas físicamente en una jurisdicción, de acuerdo con el estándar de plena competencia: la denominada *Amount B*.
- c) Procedimientos para reforzar la seguridad jurídica a través de mecanismos efectivos de prevención y resolución de los desacuerdos que puedan surgir sobre la imputación de beneficios a las jurisdicciones mercado.

Estos tres grupos de elementos esenciales se desarrollan técnicamente a través de una serie de once «*building blocks*».

El *Blueprint* del Pilar 1 se refiere expresamente a una serie de cuestiones o áreas, que no están completamente desarrolladas al estar pendientes de la adopción de decisiones políticas, entre las que se destacan las siguientes:

- **Ámbito de aplicación (scope).** El *Blueprint* Pilar 1 delimita el ámbito de aplicación del nuevo derecho de gravamen a favor de las jurisdicciones mercado a partir de dos elementos; por un lado, un test de actividad, y, por otro, un umbral cuantitativo. En relación con este último, se maneja un doble umbral que combinaría una cifra de ingresos brutos del grupo que superase 750 millones de euros (umbral CbC R como *global revenue test*), y un determinado umbral de ingresos (*in-scope*) obtenidos en el extranjero por el grupo MNE (*de minimis foreign in-scope revenue test*) cuya cuantía no se ha fijado todavía; la idea subyacente en el doble umbral cuantitativo pasa por limitar la aplicación del nuevo derecho de gravamen a MNE de un cierto tamaño y actividad que compense los costes de control y cumplimiento del mecanismo *Amount A* (*Blueprint* Pillar 1, 2020, pp. 61-64). La

definición del *activity test* pretende capturar únicamente a grupos MNE que participen de forma activa y sostenida en la vida económica de una jurisdicción mercado, sin necesidad de haber articulado una presencia gravable en la misma de acuerdo con el marco fiscal tradicional (pre-BEPS 2.0); al mismo tiempo, el test de actividad comprendería los nuevos modelos de negocio digitales que pueden operar de forma remota. A este respecto, se identifican dos grandes categorías de actividades que quedarían sujetas al nuevo derecho de gravamen creado por el Pilar 1 (*activity test*), a saber: a) los *Automated Digital Services* (ADS), y b) los *Consumer Facing Business* (CFB). El ámbito de aplicación de la *Amount A*, de acuerdo con el test de actividad, comprendería estas dos grandes categorías de negocios o líneas de actividad en el marco de grupos MNE:

- ***Automated Digital Services/ADS***. Este tipo de negocios/actividades se delimitan a través de una definición general que pivota sobre los elementos de automatización y digitalización, y dos listas (una positiva y otra negativa), apareciendo incluidos (*in-scope*) entre otros los siguientes modelos de negocio/actividad: *online advertising services, sale of user data, online search engines, social media platforms, online intermediation platforms, cloud computing services*³, *online gaming*. La utilización de una definición general y dos listas pretende dotar de seguridad jurídica a la hora de determinar la posición de los grupos MNE, de manera que la no inclusión de una actividad en la lista positiva, pero sí en la negativa contribuye a generar certeza jurídica; igualmente, la definición general permite superar las limitaciones de las referidas listas evitando que el surgimiento de nuevos modelos de ADS queden fuera del ámbito de aplicación de este mecanismo. Cabe observar que la lista positiva de ADS supera el ámbito de aplicación objetivo de los *Digital Service Taxes* (DST). Igualmente, resulta reseñable la necesidad de articular reglas específicas para *bundle transactions*, a efectos de poder identificar los elementos que estarían dentro y fuera del ámbito de aplicación del mecanismo (*Amount A*) (Blueprint Pillar 1, 2020, paras. 48 y ss.).
- ***Consumer Facing Business/CFB***. Esta categoría de negocios está definida de forma muy amplia, refiriéndose a aquellos que comúnmente obtienen sus ingresos de la venta de bienes y servicios a consumidores finales; la inclusión de este tipo de negocios en el ámbito de aplicación del nuevo derecho de gravamen se justifica considerando cómo también pueden participar de forma activa y sostenida en la vida económica de las jurisdicciones mercado, entendiéndose que, al igual que los negocios ADS, se benefician de la interacción con los consumidores y usuarios del mercado a través de la

³ Nótese que los *customized cloud services* estarían excluidos del ámbito de aplicación del ADS (Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 32-33). *Vid.*: Corwin *et alter* (2020, p. 3).

tecnología y la digitalización económica, lo cual justificaría el gravamen de una parte del beneficio residual por parte de las jurisdicciones mercado. También se argumenta que algunos CFB operan a través de plataformas digitales por medio de las que comercializan productos propios y de terceros, de manera que, en ocasiones, pueden intermediar operando como ADS; dependiendo del caso, la actividad puede ser calificada como ADS o CFB, lo cual no resulta neutral desde la perspectiva de la *Amount A* (Blueprint Pilar 1, 2020, para. 32). Los negocios/actividades CFB se refieren a la venta (cesión, licencia, *leasing*) de bienes o servicios B2C, donde la MNE opera como **propietaria** de los bienes o servicios y tenedor de los intangibles relacionados con los mismos, o bien como **retailer** que se relaciona con el consumidor final. Las franquicias y los franquiciados o licenciarios que comercializan bienes o servicios directamente (o indirectamente) con los consumidores estarían cubiertos por esta categoría de CFB, en tanto que fabricantes y vendedores al por mayor y distribuidores que no se relacionan directamente con los consumidores quedarían excluidos de la misma. En todo caso la calificación de un negocio o segmento/línea de negocio como ADS o CFB podrá verificarse en el marco de los procedimientos de *early tax certainty* que formarán parte del marco regulatorio del Pilar 1. El *Blueprint* dedica, a su vez, comentarios específicos a una serie de sectores y modelos que plantean cuestiones particulares (industria farmacéutica, franquicias, licencias, bienes y servicios de doble uso como vehículos, ordenadores, y productos intermedios y componentes de doble uso como neumáticos o baterías), partiendo de su consideración como *CFBs in-scope* total o parcialmente (Blueprint Pilar 1, 2020, pp. 40 y ss.).

El *Blueprint* del Pilar 1 advierte, no obstante, que todavía no se ha alcanzado un acuerdo en el marco del BEPS IF sobre el ámbito objetivo de la *Amount A*, de manera que se barajan distintas alternativas que van desde una articulación gradual en varias fases que priorizaría la aplicación en primer lugar a los ADS y con posterioridad su extensión CFB, hasta la viabilidad de la aplicación de todo el paquete del Pilar 1 como opcional como *safe harbour* al que podrían acogerse voluntariamente las MNE (propuesta del Departamento del Tesoro EE. UU. 2020) (Blueprint Pilar 1, 2020, p. 60); nótese cómo la propuesta americana que configura la *Amount A* como un *safe harbour*, además de que resulta difícilmente aceptable para los demás países, podría propiciar la expansión de medidas unilaterales como «impuestos sobre servicios digitales» (DST) por parte de los diferentes países.

- **Exclusiones de determinados sectores e industrias del ámbito de aplicación del nuevo derecho de gravamen (*carve-out*).** El *Blueprint* recoge una exclusión general o básica de sectores económicos e industriales del ámbito de aplicación de la *Amount A* atendiendo a **razones de política fiscal** relacionadas con los objetivos del Pilar 1 y considerando cómo muchos

de estos sectores están «regulados» y cómo la propia forma de realizar negocios determina un considerable nivel de tributación a nivel local/mercado:

- a) Recursos naturales (actividades extractivas, forestales, agrícolas, pesqueras) y energías renovables.
 - b) Servicios financieros (negocio bancario y asegurador, negocio de gestión de activos)⁴.
 - c) Construcción de infraestructuras, venta y arrendamiento de propiedad residencial⁵.
 - d) Transporte aéreo y marítimo internacional.
- **Cuantía del beneficio objeto de reasignación (*quantum*).** El acuerdo sobre la parte o cuantía del beneficio residual (del grupo MNE) que sería eventualmente reasignada con arreglo al nuevo derecho de imposición, que depende de la determinación de diferentes umbrales y porcentajes a los efectos del ámbito de aplicación, nexo e imputación de beneficios (la fórmula), está condicionada a la decisión sobre el ámbito de aplicación del Pilar 1 (*scope issue*). A su vez, algunos miembros del *BEPS IF* consideran que, más allá del beneficio residual, una parte del beneficio rutinario debería ser también asignado a las jurisdicciones mercado en caso actividades remotas de marketing y distribución a través de medios digitales. Todavía no se ha alcanzado un acuerdo en el marco del *BEPS IF* a este respecto.
 - **Mecanismos de seguridad jurídica.** Existen diferencias entre los distintos países sobre los mecanismos a instrumentar para lograr la prevención y resolución de controversias que pueden surgir en la aplicación de la solución global del Pilar 1; particularmente, algunos países en desarrollo rechazan el arbitraje obligatorio y vinculante invocando razones de soberanía fiscal. La decisión sobre estos mecanismos se consensuará en el marco de un acuerdo más global que refleje el equilibrio entre los distintos temas que deben pactarse entre los distintos países miembros del *BEPS IF*.
 - **Alcance de la cantidad B (*scope of Amount B*).** Algunos países se han mostrado partidarios de extender la solución referida a la cantidad B (beneficio rutinario de actividades de marketing y distribución) a otras actividades. Otros países re-

⁴ Las actividades de Fintech no reguladas podrían no quedar cubiertas por el *carve-out*.

⁵ La exclusión no comprende a intermediarios que obtienen comisiones por servicios de intermediación en el alquiler o venta de los inmuebles o plataformas *online* de intermediación sobre la cesión de los mismos. Otro tipo de negocios relacionados con el funcionamiento de infraestructuras (generación y distribución de electricidad, gas y agua, telecomunicaciones, gestión de puertos, aeropuertos y carreteras y transporte público) podrían quedar igualmente comprendidos en el *carve-out*, pero tal cuestión todavía no se ha analizado en detalle (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 58).

claman medidas de simplificación para facilitar la aplicación de la cantidad B. Al igual que en los puntos anteriores, todavía no se ha alcanzado una posición de consenso entre los países miembros del *BEPS IF*.

3. Desarrollo de los elementos esenciales del *Blueprint* del Pilar 1

3.1. El nuevo derecho de gravamen de las jurisdicciones mercado (*Amount A*)

Los principales elementos del nuevo derecho de gravamen vendrían a ser los siguientes:

- a) **Global Revenue test & de minimis foreign in-scope revenue test.** Las reglas del nuevo derecho de gravamen aplicarían en función de la concurrencia de un umbral de ingresos brutos global (consolidado) del grupo MNE, complementado con una regla de exclusión basada en un umbral mínimo de ingresos de fuente extranjera cubierta (**de minimis foreign in-scope revenue**). De cara a evitar que las administraciones experimentaran serias dificultades para aplicar el mecanismo del Pilar 1 se considera que los referidos umbrales podrían fijarse de forma gradual, de manera que inicialmente fueran más altos y con el paso del tiempo fueran reduciéndose. Otra opción que se contempla es fijar los umbrales atendiendo a ingresos cubiertos y no ingresos brutos globales del grupo MNE. Se trataría, por tanto, de que durante los primeros años el nuevo derecho de imposición se aplicara sobre un número muy reducido de MNE (< 2.000), a efectos de permitir que tanto las empresas como las administraciones obtuvieran la experiencia práctica suficiente para extender o generalizar la aplicación del Pilar 1. No obstante, todavía no se ha alcanzado un acuerdo a este respecto.
- b) **Ámbito de aplicación de las reglas del Pilar 1 (*Amount A*).** Como ya hemos indicado más arriba, las reglas de reasignación del beneficio residual de grupos MNE que superaran los umbrales cuantitativos que se establezcan comprendería tanto los negocios/actividades ADS como los CFB, evitando así el *ring-fencing* de los negocios altamente digitalizados, e incluyendo a todos los negocios que pueden desarrollar interacciones activas y sostenidas con clientes finales y usuarios en una jurisdicción mercado.
- c) **Reglas de nexa (*Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 65 y ss.*).** El *Blueprint* del Pilar 1 incluye en su capítulo 3 la utilización de una nueva regla de nexa para identificar a las jurisdicciones mercado elegibles para beneficiarse de la *Amount A*. A efectos de delimitar las nuevas reglas de nexa se busca un equilibrio entre los costes de cumplimiento y el diferente tamaño de los distintos mercados. El uso de las nuevas

reglas de nexo para identificar las jurisdicciones mercado beneficiarias del nuevo derecho de gravamen (*Amount A*) viene reforzado y complementado por **detalladas revenue sourcing rules** (recogidas en el capítulo 4) que permiten conectar las ventas de bienes o servicios de las distintas subcategorías de ADS/CFB con una jurisdicción mercado. El *Blueprint (2020)* contiene *sourcing-rules* distintas para los dos tipos de negocios *in-scope* (ADS⁶ & CFB)⁷ y su funcionalidad se limita al establecimiento de una conexión o nexo entre el grupo MNE y la jurisdicción mercado a efectos de la reasignación de una parte del beneficio residual (*in-scope*) de tal grupo; resulta destacable que tales reglas no poseen efectos fiscales más allá de tal funcionalidad en el contexto de la regulación de la *Amount A*, y operan de forma paralela a las reglas de los convenios de doble imposición (CDI); de esta manera, las reglas de *sourcing* del Pilar 1 (y en general la reasignación del beneficio residual) no poseen consecuencias en relación con otros impuestos (aduanas, IVA, etc.) o en un ámbito no tributario (*Blueprint Pillar 1, 2020*, para. 189). Otra cuestión que merece ponerse de relieve pasa por la posibilidad de que en el caso de los CFB se articule una regla de nexo que determine un umbral de conexión territorial más sustantiva o cualificada, considerando cómo la posibilidad de que estos negocios realicen actividades puramente remotas en la jurisdicción mercado es menos pronunciada que en el caso de los ADS. En este sentido, se ha planteado que en el caso de los CFB, junto al criterio de las ventas en mercado (con un umbral cuantitativo potencialmente superior al utilizado en relación con ADS), se exijan *plus factors*, como la existencia de una filial o de un EP del grupo (*new PE group-test*) en el territorio de la jurisdicción mercado, que representen o posean una conexión territorial con las operaciones de venta remota de bienes y servicios (*Blueprint Pillar 1, 2020*, paras. 191 y ss., y paras. 205 y ss.). También se está valorando establecer un umbral de ventas en mercado más bajo para determinados países en desarrollo por debajo de un determinado nivel de producto interior

⁶ El *Blueprint Pillar 1 (2020)*, pp. 73 y ss.) contiene las reglas específicas de *sourcing* referidas a las distintas operaciones comprendidas en el ámbito de negocios ADS. Los indicadores que establecen la conexión de las operaciones de los negocios ADS con el mercado se articulan utilizando una serie de elementos: datos de geolocalización, direcciones IP e VPN, información del perfil del usuario, dirección de facturación o pago, entre otras.

⁷ Las *sourcing rules* referidas a CFB atienden a la jurisdicción de entrega final de los bienes al consumidor, teniendo en cuenta los indicadores de la localización de la tienda donde se ha vendido el bien o la dirección de envío. Se articularán reglas jerarquizadas para determinar la asignación de una venta a una u otra jurisdicción mercado, así como un marco documental que garantice la correcta aplicación de las *sourcing rules* (*Blueprint Pillar 1, 2020*, pp. 71 y ss.). Las distintas *sourcing rules* aplicables a CFB vienen desarrolladas en el capítulo 4 del *Blueprint Pillar 1 (2020)*, pp. 81 y ss.). Se ha puesto de relieve cómo la complejidad, casuismo y dificultad para hacer seguimiento de los criterios de conexión entre la *revenue stream* de cada operación y los consumidores/usuarios, compradores/vendedores no resulta muy realista a efectos de permitir una auténtica comprobación administrativa de la aplicación de las mismas (*Corwin et al.*, 2020, pp. 7-8).

bruto (PIB). La fijación de un requisito temporal (referido al umbral de ventas, por ejemplo) se está valorando a efectos de dotar de más consistencia al nexo en términos de asegurar una conexión con el mercado.

d) Las reglas de determinación de la «base imponible» y de reasignación (formularia) del beneficio residual (Blueprint Pillar 1, 2020, capítulo 5, pp. 100 y ss.). Las jurisdicciones mercado «elegibles» recibirán una porción (X %) del beneficio residual del grupo MNE (beneficios que superen un determinado y acordado nivel de beneficios o rentabilidad (Y %) utilizando una fórmula que se calculará a partir de los **estados financieros consolidados**, al igual que sucede en el Pilar 2. No obstante, será necesario practicar ciertos **ajustes fiscales** sobre la contabilidad financiera, más allá de la segmentación de datos por línea de negocio (*in-scope*). De esta forma, en la práctica la mayoría de las MNE calculará su *Amount A profit* (la «base imponible» correspondiente al beneficio residual del grupo objeto de reasignación) a partir de las cuentas consolidadas (incluyendo los grupos con actividades no cubiertas u *out-of-scope*), pero solo una porción del beneficio del grupo que se corresponda con ingresos de actividades cubiertas (*in-scope*) originados en jurisdicciones mercado (superándose los umbrales acordados) será objeto de asignación a tal jurisdicción (mercado). Se prevé la articulación de un **régimen de carry-forward de pérdidas** (que operaría a nivel consolidado y no individual) para asegurar que no se asigna *Amount A* allí donde el negocio no genera beneficios durante un determinado periodo (Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 116 y ss.). Igualmente, para garantizar que la *Amount A* solo aplica beneficio económico real, las MNE (*in-scope*) podrán integrar las pérdidas existentes antes de la introducción de la *Amount A* en el régimen de *carry-forward* que permite compensar pérdidas pretéritas con beneficios futuros a nivel de grupo, sin imputación a jurisdicciones mercado de manera individualizada. La base imponible de la *Amount A* se calcula, por tanto, tanto allí donde se obtienen beneficios netos como pérdidas a nivel del grupo MNE o segmento de negocio allí donde opera tal segmentación (regla de simetría); tal cómputo se realiza igualmente considerando los estados financieros consolidados, después de practicar los correspondientes ajustes (*book-to-tax adjustments*) (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 116); nótese que el cómputo de las pérdidas allí donde opera la segmentación de líneas de negocio se calcula de forma específica para cada una de ellas sin que pueda realizarse un *cross-segment blending of profits & losses*. Las pérdidas por segmento de negocio no se imputan a las jurisdicciones mercado, sino que se opta por un sistema de *carry-forward* que opera a nivel de grupo MNE y que permite compensar tales pérdidas con beneficios futuros de manera que no habría tributación en sede de *Amount A* hasta que se compensaran las pérdidas históricas (*earn-out mechanism*). No obstante, se contempla la posibilidad de limitar el periodo de compensación, así como establecer reglas especiales para tomar en consideración los casos de reorganizaciones empresariales y potenciales esquemas abusivos (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 119). El *Blueprint* prevé igualmente la utilización de un mecanismo

de *carry-forward* referido a situación de *profit shortfalls*, en el sentido de que las caídas de rentabilidad de una determinada línea de negocio sean tratadas como una «pérdida»; no obstante, no existe consenso suficiente entre los distintos países a la hora de establecer este mecanismo y en tal sentido la decisión sobre su incorporación al marco final de la *Amount A* se adoptará en el futuro.

- El **cálculo de la parte del beneficio residual que es objeto de reasignación** (*Amount A*) es técnicamente complejo y consta de tres pasos, partiendo de una «base imponible global» (*profits before taxes*, PBT/BAI), determinada a partir de las cuentas financieras consolidadas que elabora la matriz o UPE del grupo; la utilización del PBT se considera adecuada por su mayor aproximación a la base imponible del impuesto sobre sociedades (IS) (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 106); el Pilar 1 establece una suerte de *PBT standardised* considerando cómo tal medida del beneficio empresarial no está definida en un buen número de marcos contables, estableciéndose una serie de reglas para su determinación uniforme (Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 106 y ss.):
 - El punto de partida es el **beneficio consolidado** (P&L), determinado a partir de estados financieros consolidados preparados bajo IFRS o un estándar de *reporting* de información financiera equivalente (*US GAAP*, por ejemplo)⁸.
 - Tal beneficio consolidado es objeto de *book-to-tax adjustments* (eliminación de gastos fiscalmente no deducibles y del gasto por impuesto sobre la renta, y exclusión de dividendos y ganancias/pérdidas derivadas de participaciones), conformando una suerte de **global tax base**⁹.
 - Posteriormente se realiza un proceso de **segmentación de los beneficios (y costes)**¹⁰, asignándolos a tres categorías (ADS, CFB, y *out-*

⁸ La razón para utilizar el beneficio del grupo a nivel consolidado con arreglo a un estándar internacional equivalente a IFRS (*GAAP rules* de Australia, China, Canadá, Japón, Corea, Singapur, India, EE. UU., entre otros) se basa en el amplio uso de este estándar, la fiabilidad de la información financiera (normalmente auditada), y la menor exposición a las operaciones intragrupo considerando cómo el concepto de control a efectos contables resulta más estricto que el concepto fiscal de vinculación a efectos del artículo 9 del MC OCDE, lo cual determina que no se eliminen todas las operaciones vinculadas. *Vid.*: BluePrint Pillar 1 (2020, pp. 103-104).

⁹ No obstante, el Blueprint Pillar 1 (2020, p. 105) deja claro que no se realizarán *book-to-book harmonisation adjustments* que revelan diferencias en los criterios empleados por los distintos estándares contables o en su aplicación a diferentes sectores o industrias y que pueden afectar a la clasificación de activos financieros o a la reversión de deterioros de activos. Se articularán, no obstante, una serie de salvaguardias para monitorizar tales diferencias y su impacto sobre los distintos grupos MNE.

¹⁰ Véase el *segmentation framework* recogido en el capítulo 6 del Blueprint Pillar 1 (2020, pp. 109 y ss.).

of-scope profits: revenue breakdown), de manera que existiría un PBT por segmento de negocio/actividad, aunque solo el beneficio residual de actividades *in-scope* es objeto de reasignación a las jurisdicciones mercado¹¹. Las reglas de segmentación tratan de neutralizar fórmulas que compensen líneas de negocio diferentes con distintos márgenes (altos/bajos) de manera que la «compensación interna» (*averaging*) pueda limitar el impacto de la aplicación de la reasignación de beneficios residuales que superen determinados umbrales de rentabilidad¹². El *Blueprint* contiene un buen número de reglas (incluida la exención de segmentación) que delimitan cómo realizar la segmentación de beneficios a nivel grupo MNE partiendo de los estados financieros consolidados, a partir de una serie de *segmentation hallmarks* que toman en consideración los principios de la IAS 14 y que pueden ser objeto del *tax certainty process*). Se contempla la posibilidad de aplicar una exención respecto de segmentos de negocio con márgenes de beneficios comparables. El problema de los *central/unallocated costs* se «resuelve» a través de una regla de distribución proporcional de los mismos entre los distintos segmentos de negocio utilizando la *allocation key* de los ingresos, de suerte que tal regla aplicaría como presunción que admite prueba en contrario.

- La **fórmula de reasignación (*profit allocation*)**¹³ se articula a través de tres fases o pasos¹⁴:

¹¹ El *Blueprint* Pillar 1 (2020, pp. 101-102) pone de relieve que se articularán fórmulas que permitan flexibilizar la «segmentación», de manera que las MNE con cifra de ingresos inferior a una determinada cuantía a determinar podrán calcular la *Amount A* sin llevar a cabo tal segmentación de la renta neta asignable a las actividades *in-scope*, utilizando una fórmula que se aplicaría sobre el beneficio consolidado. No parece que la segmentación que resulte de aplicar por parte del grupo los criterios IFRS sea en todo caso aceptable a estos efectos considerando la flexibilidad de los principios recogidos en el estándar de información financiera (*vid. Corwin et al.*, 2020, p. 9, y *Blueprint* Pillar 1, 2020, para. 456).

¹² Nótese a este respecto cómo los principales grupos MNE que terminarán siendo afectados por el Pilar 1, en caso de que se estableciera un umbral alto de rentabilidad serían grupos con matriz americana, a la luz de los estudios sobre niveles de rentabilidad de las grandes empresas (*vid.:* Carrol y Mackie, 2020).

¹³ El capítulo 6 del *Blueprint* Pillar 1 (2020) está dedicado a la fórmula de *profit allocation* de la base imponible del grupo relativa a *in-scope activities*. Nótese que los ejemplos recogidos en el anexo B del *Blueprint* parten de la premisa fáctica de que toda la renta del grupo MNE resulta de actividades *in-scope*, pero puede acontecer que la fórmula tenga que aplicarse en otras situaciones y, por tanto, los cálculos sean mucho más complejos.

¹⁴ Estas tres fases o pasos de la fórmula para determinar la cuantía de la *Amount A* pueden ser articulados a través de dos enfoques: a) un enfoque basado en una cuantía de beneficios (10 millones de euros), o b) un enfoque basado en un margen de beneficios respecto de los ingresos (por ejemplo, *PBT/revenue* del 15%). *Vid.:* *Blueprint* Pillar 1 (2020, pp. 123 y ss.).

- **Fase 1 (umbral de rentabilidad o beneficios).** Solo se reasignan beneficios residuales (segmentados) de actividades *in-scope* cuando se supera un ratio fijo de rentabilidad (por ejemplo un 10 % BAI/ingresos), de forma tal que si no se alcanza tal ratio el beneficio residual se continuaría asignando exclusivamente a través del *transfer pricing* convencional. Tal cálculo del umbral de rentabilidad se realiza considerando la base imponible del grupo (calculada con arreglo a las reglas expuestas), deduciendo las pérdidas que pueden ser objeto de *carry-forward*. La utilización de un ratio fijo de beneficios (entre el 8 % y el 25 %) ¹⁵ pretende aislar una parte del beneficio residual del grupo objeto de reasignación minimizando su interacción o solapamiento con las reglas de imputación del beneficio rutinario vía *transfer pricing* convencional. De esta forma, en este paso se parte de la base imponible del grupo MNE (*in-scope profits – losses carry-forward*) y se determina el beneficio residual del grupo a efectos de la *Amount A*, de suerte que solo una parte del mismo será objeto de (eventual) reasignación a mercado.
- **Fase 2 (porcentaje de reasignación del beneficio residual que se imputa a jurisdicciones mercado).** Este aspecto no está completamente cerrado o acordado en su integridad, pero se apunta cómo utilizando un ratio (umbral) de rentabilidad del beneficio del 10 % (*PBT to revenue ratio*) y un 20 % de reasignación del beneficio residual (*in-scope segmented activities*), empleando datos financieros de 2016, se reasignarían a mercado aproximadamente 98 mil millones de dólares; no obstante, se insiste en que solo el 20 % del beneficio residual (*in-scope ADS/CFB*) sería «reasignado» a las jurisdicciones mercado, de manera que el 80 % del beneficio residual de las MNE afectadas continuaría siendo objeto de asignación vía *transfer pricing* convencional.

Nótese que la fórmula de reasignación del beneficio residual del grupo MNE (*in-scope activities's profits*) se calcula a través de un mecanismo formulario, a partir de la aplicación de un porcentaje fijo (v. gr. 20 %) sobre el beneficio residual (*in-scope*) determinado con arreglo al paso anterior. Tal fórmula responde, de forma simplificada y a través de una convención, a la idea de reasignar únicamente una parte del beneficio residual *in-scope* que tiene que ver con los intangibles de marketing, de manera que la parte del beneficio re-

¹⁵ La utilización de un umbral del 10 % *BAI/revenue* determinaría que en torno a 780 grupos MNE sujetos a CbC R quedarían expuestos a una reasignación de beneficio residual *ex Amount A* (35 % de las MNE sujetas a CbC R). Blueprint Pillar 1 (2020, p. 127).

sidual del grupo MNE que se considera imputable a otros factores, activos y riesgos (*trade intangibles, capital & risk, synergies, etc.*) se sigue imputando intragrupo a partir de las reglas del *transfer pricing* convencional, lo cual evidencia cómo el estándar internacional del *arm's length* en modo alguno ha sido desmantelado, aunque sí resulta debilitado; el grado de erosión sistémica del principio de plena competencia dependerá del porcentaje del beneficio residual que resulte objeto de reasignación formularia.

- **Fase 3 (criterios de asignación a mercado, *allocation key*).** Una vez que se ha sido determinada la cuantía de la base imponible (cuantía de beneficio residual *in-scope*) del grupo MNE que corresponde a la *Amount A* con arreglo a los pasos anteriores, se requiere dar un paso más a efectos de asignar tal cuantía (*Amount A*) entre las distintas jurisdicciones mercado elegibles.

Tal asignación pivota sobre los ingresos *in-scope* obtenidos en cada una de las jurisdicciones mercado elegibles. El criterio de asignación se basa en la aplicación de las complejas *source rules* fijadas *ex ante* para actividades ADS y CFB (origen jurisdiccional de ventas + nexo). El capítulo 4 del *Blueprint* Pillar 1 está dedicado precisamente a estas ***revenue sourcing rules***, reflejando las particularidades propias de negocios y actividades ADS y CFB. Como ya indicamos más arriba, para determinar la fuente de cada categoría de ingresos comprendidos en el ámbito de aplicación de la *Amount A* y su asignación a mercado se establecerá un principio de origen o fuente para cada tipología de flujo de ingresos cubiertos (*in-scope*), acompañada de una lista de indicadores específicos que los grupos MNE aplicarán para identificar la jurisdicción fuente (mercado) en cada caso. Por ejemplo, para el supuesto de ventas directas de bienes dirigidos a consumidores finales, el principio consistiría en fijar el origen de los ingresos atendiendo a la jurisdicción de entrega final de los bienes al consumidor, y el indicador aceptable sería la jurisdicción donde está establecida la tienda donde se vende, o la dirección de entrega (*Blueprint* Pillar 1, 2020, para. 219). Los indicadores se establecen a través de una lista jerarquizada que el grupo MNE aplica en función de si resultan o no de posible aplicación tales criterios atendiendo a la información disponible y al tipo de operación¹⁶. Las empresas deben justificar y

¹⁶ Los principales indicadores para negocios ADS serían los siguientes: datos de geolocalización, la dirección IP (*Internet Protocol*), uso de una VPN (*virtual private network*), información de perfil de usuario (*cookies*), dirección de facturación, y otras. Los indicadores de los negocios CFB se aplican de forma distinta según la MNE venda o distribuya los bienes o servicios a través de su propia red de tiendas (lo-

documentar las elecciones de los indicadores que llevan a cabo, de manera que ello formará parte del paquete de documentación estandarizada; tal documentación resultará clave a efectos de obtener seguridad jurídica en la aplicación del sistema de la *Amount A*.

Existen varios elementos de la fórmula de imputación del beneficio residual (*in-scope*) del grupo MNE a las jurisdicciones mercado que se han debatido en el marco del *BEPS IF* pero que todavía no se han consensuado: a) la potencial articulación de mecanismos de diferenciación, en el sentido de que, por ejemplo, se eleve el porcentaje de beneficios residuales reasignables en función del mayor nivel de digitalización del negocio atendiendo a los menores costes de explotación derivados de la alta escalabilidad del modelo de negocio; b) la toma en consideración de diferentes ratios de rentabilidad o beneficios en los distintos mercados, de manera que los países donde se obtiene una mayor rentabilidad el negocio no se vea perjudicado mediante la transferencia de una parte del beneficio residual a otras jurisdicciones mercado de menor rentabilidad o retorno de beneficios; c) otras modulaciones derivadas de la asignación de beneficio rutinario a las jurisdicciones mercado en relación con situaciones donde el grupo MNE opera en un mercado de forma puramente remota sin mediar un EP o filial que tributen por el beneficio rutinario de sus actividades en tales mercados (Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 130-131). La integración de estos mecanismos de diferenciación a los efectos de la asignación del beneficio residual plantea muchos desafíos técnicos que colisionan con el objetivo de la simplificación del sistema del Pilar 1; ello posiblemente conduzca a limitar su introducción o a reflejarla en el marco de las reglas para eliminar la doble imposición del capítulo 7 del *Blueprint* (Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 129-131).

e) Mecanismo de ajuste entre la asignación de beneficios derivada del *transfer pricing* convencional y la *Amount A*. La asignación o reasignación de una parte del beneficio residual del grupo MNE en la cuantía determinada con arreglo a la fórmula de cómputo de la *Amount A* plantea la cuestión del solapamiento con la asignación previa del beneficio residual a las distintas entidades (EP, filiales) del grupo MNE que desarrollen *in-scope activities* en las distintas jurisdicciones mercado elegibles, toda vez que la asignación de la *Amount A* opera de forma superpuesta, paralela y complementaria al sistema de *profit allocation* a través del *transfer*

cation of the storefront), o a través de una tienda virtual (*customer's shipping address*). También se utilizan indicadores distintos para la situación donde la venta se realiza a través de un distribuidor independiente (lugar de consumo final basado en la información proporcionada por el distribuidor). Se han establecido reglas específicas para *consumer-facing services* (lugar de prestación del servicio o de residencia del prestatario en relación con servicios *online*) e ingresos de franquicias y licencias (lugar de localización de consumidores finales). Véase el capítulo 4 del *Blueprint Pillar 1* (2020).

pricing convencional y las retenciones en la fuente. Es por ello que el *Blueprint* del Pilar 1 pone de relieve que se articulará algún tipo de mecanismo que elimine el problema del **double counting** de beneficios en aplicación de la normativa convencional de precios de transferencia y del nuevo derecho de gravamen.

El principal mecanismo que se contempla a efectos de evitar tal *duplicative taxation of the same profits* (beneficio residual consolidado imputado *ex Amount A*/beneficio residual imputado a entidades separadas *ex transfer pricing*) operaría en la fase de aplicación de los mecanismos para evitar la doble imposición; así, de acuerdo con las reglas del capítulo 7 del *Blueprint*, la identificación de la entidad del grupo que se considera pagadora (principal) de la *Amount A* en una jurisdicción se realiza considerando el mayor volumen de beneficios residual que obtiene en tal mercado de acuerdo con la normativa convencional de precios de transferencia, de manera que la eventual asignación de beneficio residual en concepto de *Amount A* se realizará a partir de un «neteo» (*netting-off effect*) que elimina tal solapamiento a través de un mecanismo para evitar tal doble imposición que puede reducir tal asignación de beneficio residual con arreglo al *transfer pricing* convencional (*Blueprint* Pilar 1, 2020, pp. 132-133). Este mecanismo puede operar de forma más directa y simple en el marco de grupos MNE que realicen actividades *in-scope*, cuando operan bajo estructuras o «modelos centralizados», en la medida en que el beneficio residual termina siendo imputado (*ex transfer pricing* convencional) a un grupo limitado de entidades que desarrollan funciones significativas en términos de *value creation*. Sin embargo, el mecanismo opera con mayor complejidad (y riesgos de doble imposición) en casos donde el grupo MNE que realiza *in-scope activities* (ADS, CFB) opera bajo una «estructura descentralizada», de manera que la asignación del beneficio residual resulta muy fragmentada entre un número significativo de entidades del grupo que desarrollan funciones suprarutinarias. A su vez, no puede perderse de vista que existen grupos MNE que operan con «estructuras híbridas» (mixtas) y estarían a medio camino entre los modelos altamente centralizados y los altamente descentralizados, y aquí también surgirían dificultades para evitar la doble imputación (y gravamen) de los beneficios, por no mencionar la complejidad de comparar bases imponibles configuradas bajo normas de determinación de la base imponible distintas (base imponible consolidada del grupo MNE con ajustes vs. bases imponibles individuales). Ciertamente, esta circunstancia pone de relieve la necesidad de reforzar la consistencia en la aplicación de la normativa de precios de transferencia por parte de los grupos MNE que llevan a cabo actividades *in-scope*, particularmente aquellos que operan bajo una estructura descentralizada, considerando las mayores dificultades para evitar el *double counting* de los mismos beneficios, mitigando los riesgos de doble imposición y evitando variaciones significativas del ETR del grupo MNE.

Asimismo, se ha propuesto una suerte de **marketing & distribution profits safe harbour**, como mecanismo complementario para mitigar y minimizar el problema del *double counting*, más allá de los mecanismos para evitar la doble imposición del capítulo 7 del *Blueprint*; este mecanismo no operaría como un *safe harbour* en sen-

tido tradicional, sino como un límite cuantitativo en relación con la imputación a las jurisdicciones mercado del beneficio residual con arreglo a la *Amount A*, allí donde el grupo MNE ya opera en tal mercado (a través de una filial o un EP) y asigna beneficios residuales en aplicación de las reglas de asignación de beneficios basadas en el principio de plena competencia. Es decir, el *safe harbour (cap)* termina partiendo de la premisa de que la asignación del beneficio residual que resulta de la *Amount A* respecto de los grupos MNE que realizan *in-scope activities* puede realizarse con carácter previo a través del sistema tradicional de *profit allocation (transfer pricing)*, de manera que allí donde tal sistema determina una imputación del beneficio residual alineada cuantitativamente con el resultado asignable con arreglo a las reglas de la *Amount A* no procedería asignarse adicionalmente beneficio residual en tal concepto a la jurisdicción mercado de que se trate en relación con tales actividades de marketing y distribución *in-scope*¹⁷.

Este mecanismo (*safe harbour-cap*) coordinaría la imputación de beneficios a la jurisdicción mercado ya realizada con arreglo al estándar de plena competencia con el nuevo derecho de imposición a mercado ex *Amount A*, limitando así la asignación suplementaria vía *Amount A* (beneficio residual) a tal jurisdicción que ya ha gravado a una entidad del grupo MNE (por un importe de beneficios que supera la asignación rutinaria). Es decir, a través de esta fórmula se evitaría el *double counting* a través de un *safe harbour* que operaría como un *cap*, de tal forma que en estos casos el grupo MNE no asignaría más beneficio residual a la jurisdicción mercado que ya sometió a imposición una parte de tal beneficio, en tanto que si se supera la parte de beneficio residual que corresponde a tal jurisdicción mercado resultaría de aplicación un mecanismo para evitar la doble imposición específica que puede resultar de la asignación basada en la *Amount A* y el *transfer pricing* convencional. En este mismo orden de cosas, se ha destacado que resulta crítico para evitar el *double counting* coordinar este mecanismo de la *Amount A (safe harbour-cap)* con la *Amount B*, de manera que esta opere únicamente asignando beneficio rutinario y no residual (USCIB, 2020, pp. 7-8).

Asimismo, no puede perderse de vista que este mecanismo (*safe harbour-cap*) no exime al grupo MNE de calcular la *Amount A*, requiriendo la realización de tal cómputo y su comparación con la cuantía de beneficios ya asignada a cada jurisdicción mercado¹⁸. Este elemento del modelo puede resultar especialmente

¹⁷ Nótese, no obstante, que la imputación de beneficios (rutinarios/residuales) a la jurisdicción mercado en relación con otras actividades (*out-of-scope*) del grupo MNE (fabricación o marketing/distribución relacionada con actividades que no caen en las categorías ADS/CFB) queda extramuros del *safe harbour* y, además, debe realizarse un cálculo segmentado de los beneficios residuales imputables a los dos tipos de actividad (*in/out of scope*). Vid. Blueprint Pillar 1 (2020, p. 134).

¹⁸ El grupo MNE debe comparar el beneficio previamente asignado a las actividades de distribución y marketing *in-scope* con arreglo a la normativa de precios de transferencia con el denominado *safe harbour*

relevante para grupos MNE altamente descentralizados que imputan beneficio residual a un alto número de entidades localizadas en distintas jurisdicciones. La combinación del mecanismo del *safe harbour-cap* con mecanismos cooperativos que validen el sistema de *profit allocation* a mercado de los grupos MNE descentralizados que realizan actividades *in-scope* permitiría reducir las reasignaciones de beneficio residual *ex Amount A*, reduciendo los riesgos de doble imposición y aportando mayor estabilidad al ETR global de estos grupos MNE descentralizados. Asimismo, ello permitiría a las administraciones dedicar más recursos a la aplicación de los mecanismos para evitar la doble imposición del capítulo 7 del *Blueprint*, en relación con grupos MNE centralizados. Con todo, no puede dejar de apuntarse cómo el propio mecanismo del *safe-harbour-cap* que contempla el

return que está compuesto por dos elementos: a) la *Amount A*, calculada con arreglo a la fórmula recogida en el *Blueprint*; y b) un retorno fijo de beneficios referido a las actividades rutinarias de marketing y distribución realizadas en la jurisdicción mercado de que se trate, lo cual puede incluir un *uplift* regional o por industria; tal retorno fijo posiblemente se configure a partir de un porcentaje fijo sobre ventas (*return of sales of 4%*, por ejemplo), que se aplicaría sobre los ingresos de fuente local de actividades *in-scope*; a este respecto, se ha destacado cómo este retorno no tiene por qué coincidir con el que se fije en relación con la *Amount B*, así como que dicho cálculo a partir de un retorno sobre ventas puede plantear problemas a los grupos MNE que utilicen el *Berry ratio* (vid.: De Souza, 2020; y Corwin *et alter*, 2020). Tal *safe harbour return* operaría como límite o *cap* en relación con la cuantía de *Amount A* que procedería asignar a la jurisdicción mercado de que se trate, pudiendo producirse tres situaciones: a) que la asignación del beneficio a las actividades de marketing y distribución (*in-scope*) realizada a través de las reglas de *transfer pricing* sea inferior al «retorno fijo», en cuyo caso el grupo MNE no podrá invocar el *safe harbour*; b) que la referida atribución de beneficios con respecto a las actividades de marketing y distribución con arreglo a la normativa de precios de transferencia sea superior al «retorno fijo», pero inferior al *safe harbour return*, en cuyo caso procedería imputar tal diferencia o déficit de imputación de beneficio residual a través de la *Amount A* con el límite conjunto del *safe harbour*; y c) que la referida atribución de beneficios por parte del grupo MNE en la jurisdicción mercado de que se trate con arreglo a la normativa de precios de transferencia exceda la cuantía del *safe harbour return*, en cuyo caso no procede asignar *ex post* beneficio residual con arreglo a la *Amount A*; no obstante, ello no significa que el grupo MNE quede al margen de los mecanismos propios de la *Amount A*, ya que puede acontecer que parte de ese exceso de asignación de beneficio residual a un mercado (en relación con *in-scope activities*) haya que reasignarlo a otra jurisdicción mercado donde exista un déficit de imputación de beneficio residual. En este sentido, el mecanismo *safe-harbour-cap*, a pesar de estar concebido para limitar los problemas de *double counting* y riesgos de doble imposición, plantea importantes desafíos desde un punto de vista práctico; llama la atención que no se contemple la incidencia de ajustes de precios de transferencia por parte de autoridades fiscales de los diferentes países en los que opere el grupo MNE, particularmente las correcciones que puede realizar el país de residencia de la matriz a efectos de reasignar una parte del beneficio residual que el grupo MNE inicialmente imputó a una jurisdicción mercado o a una entidad localizada en un tercer país. Quizás sería recomendable que el marco regulatorio del Pilar 1 incluyera una regla de suspensión temporal de las actividades de regularización de precios de transferencia sobre los grupos MNE comprendidos en su ámbito de aplicación, cuando menos en relación con aquellos que hubieran solicitado la puesta en marcha de un mecanismo de *pre-filing* en relación con la aplicación de las reglas de la *Amount A*. Otra fórmula para limitar la incidencia de la problemática de los ajustes de precios de transferencia en relación con grupos MNE que caigan en el ámbito de aplicación de la *Amount A* pueden ser los APA (BAPA/MAPA) concluidos con autoridades fiscales de los distintos países involucrados en la aplicación del sistema.

Blueprint del Pilar 1 puede terminar favoreciendo enfoques de *enforcement* por parte de administraciones tributarias de países mercado dirigidos a capturar una parte del beneficio residual de los grupos MNE (centralizados/descentralizados) sin considerar las limitaciones derivadas de la *Amount A*, esto es, proyectando tal enfoque sobre *out-of-scope activities*; ni que decir tiene que ello puede traer consigo una nueva fuente de controversias de precios de transferencia (*beyond Amount A*), que aconseja reforzar la consistencia del modelo de *profit allocation* de los grupos MNE, así como mejorar la efectividad de los mecanismos de prevención y resolución de litigios fiscales transfronterizos.

f) **El mecanismo específico de eliminación de la doble imposición**¹⁹. Este mecanismo consta de dos elementos:

1. La identificación de las entidades pagadoras de beneficio residual.
2. Los métodos para eliminar la doble imposición.

Para **identificar a las «entidades pagadoras»**²⁰ se aplicará un procedimiento que consta de cuatro fases:

1. Un **test de actividades cualificadas** para identificar a las entidades del grupo que realizan actividades que determinan una contribución de valor significativa y sostenida al grupo MNE que fundamenta una asignación relevante de beneficio residual utilizando una lista de indicios *positiva y negativa* a partir de la documentación de precios de transferencia (*CbC R, Master & Local Files*) y un análisis de cadena de valor. En este sentido cabe advertir como la documentación de precios de transferencia en cuanto identifique las principales entidades que desarrollen *DEMPE functions*, o funciones que determinen contribuciones relevantes a efectos del desarrollo de productos y servicios comercializados en los distintos mercados, constituirá la principal fuente para identificar a las entidades pagadoras de la *Amount A*. Ello vuelve a revelar las conexiones materiales entre el estándar de plena competencia y el mecanismo formulario de *profit allocation* que representa la *Amount A*.

La identificación de estas entidades resultará más sencilla en grupos MNE centralizados que en aquellos que operan bajo un modelo descentralizado.

¹⁹ Véase a este respecto el capítulo 7 del *Blueprint* Pilar 1 (2020, pp. 139 y ss.).

²⁰ La parte de beneficios residuales que, con arreglo a la *Amount A*, una «entidad pagadora» transfiere a las jurisdicciones mercado (donde el grupo puede operar a través de una filial o EP) no requiere el pago o transferencia efectiva de la renta, sino que se opera sobre una ficción fiscal de imputación de base imponible a la jurisdicción mercado, que determina la aplicación de una medida de eliminación de la doble imposición en la jurisdicción del país de residencia de la entidad pagadora. *Vid.* *Blueprint* Pillar 1 (2020, p. 139).

El mecanismo de *tax certainty* descrito en el capítulo 9 del *Blueprint*, contempla la posibilidad de identificar *ex ante* las entidades pagadoras en el marco de un procedimiento cooperativo con las administraciones tributarias.

Las actividades que generan la imputación de beneficios residuales a determinadas entidades y que poseen una conexión con las jurisdicciones mercado van más allá de la realización de *DEMPE functions* en relación con intangibles de marketing, incluyendo igualmente la obtención de renta derivada de productos o intangibles tecnológicos que contribuyen a las ventas en los distintos mercados, así como el control y supervisión de actividades de riesgo y decisiones de negocio. No se requiere que medie un flujo de renta derivado de una transacción directa entre la entidad pagadora y la jurisdicción mercado de que se trate. Las actividades de financiación intragrupo y de prestación de servicios rutinaria no se consideran cualificadas a estos efectos.

Nótese a este respecto que la calificación de una entidad como pagadora de *Amount A* en modo alguno resulta neutral, toda vez que ello altera el *profit allocation* y puede generar un cambio en el global ETR del grupo MNE, así como neutralizar estrategias de planificación fiscal.

2. Se aplicará un **test de rentabilidad** para asegurar que las entidades poseen capacidad de pago de la *Amount A*²¹.

Nótese que el test de rentabilidad no se aplica a nivel de grupo MNE sino a nivel de entidades específicas identificadas a partir del test de actividad. La rentabilidad a nivel individual se determinará utilizando la contabilidad financiera de las distintas entidades que los grupos MNE preparan para elaborar las cuentas consolidadas. Tal test pivota a partir de un retorno fijo sobre costes salariales y activos tangibles.

3. Como regla principal, se asignará el beneficio residual *ex Amount A* por parte de las entidades del grupo MNE **conectadas con la jurisdicción mercado elegible**.

Una vez identificadas un conjunto de entidades potencialmente pagadoras de *Amount A* atendiendo a la actividad que realizan y su nivel de rentabilidad, se aplica un test de asignación prioritaria de beneficio residual que opera en función del nivel de conexión de tales entidades con las distintas jurisdicciones mercado. Tal regla de prioridad se establece considerando la conexión más fuerte entre las entidades y las jurisdicciones mercado a partir de las actividades recogidas en el test de actividad que tales entida-

²¹ A los efectos del *Blueprint Pillar 1*, el término capacidad de pago de una entidad se utiliza en el sentido de capacidad para hacer frente al impuesto sin deteriorar la inversión original (p. 116 del *Pillar One BluePrint*, 2020).

des lleven a cabo respecto de las jurisdicciones mercado. La existencia de *IP & trading companies* globales o regionales u otro tipo de entidades intermedias a las que resulte de imputación un beneficio residual o las propias matrices de los grupos MNE representan las entidades pagadoras de *Amount A* por antonomasia. No obstante, la aplicación de la regla de prioridad en función de la conexión más fuerte con las jurisdicciones mercado constituye una decisión subjetiva y no neutral desde el punto de vista de la tributación de los grupos MNE, y desde la propia perspectiva de las *surrendering jurisdictions*, todo lo cual anticipa potenciales controversias que idealmente deberían resolverse con arreglo a los *tax certainty procedures* que contempla en capítulo 9 del *Blueprint*.

4. Si las entidades pagadoras conectadas con el mercado no poseen beneficios suficientes para soportar la transferencia de beneficio residual *ex Amount A*, la parte deficitaria se asignará a **otras entidades no conectadas** con la jurisdicción mercado a partir de una regla proporcional. Nótese que la imputación de *Amount A* a las entidades pagadoras que obtengan beneficio residual y ostenten una conexión suficiente con las jurisdicciones mercado no alcanza a su beneficio rutinario que queda asignado a su jurisdicción de residencia fiscal. De ahí que una vez que se ha agotado la capacidad de contribución o cesión de beneficio residual por parte de estas entidades, se contemple una imputación proporcional asignable al resto de entidades que hayan obtenido beneficio residual.

En este mismo orden de cosas se han planteado dos cuestiones que afectan a la práctica de la asignación de la *Amount A*. Por un lado, el problema que pueden representar ajustes de precios de transferencia practicados con posterioridad a la imputación de la *Amount A* y que afecten a las entidades calificadas como pagadoras, ya reduciendo su beneficio residual, ya recaracterizando su FAR. Este problema no está resuelto en el *Blueprint*, aunque se considera que deben arbitrarse mecanismos para evitar la doble imposición. Por otro, se ha suscitado la cuestión que plantean entidades pagadoras que tienen resultados netos negativos por aplicación de determinadas medidas (amortización de intangibles, por ejemplo), de manera que no soportarían en principio la asignación de *Amount A* en tales circunstancias, sujeto a la aplicación de reglas antiabuso.

Una vez identificadas la entidad o entidades que soportarían la asignación del beneficio residual (*Amount A*), la jurisdicción de residencia de las mismas aplicará un **método de eliminación de la doble imposición (exención/imputación)**. Este segundo elemento del capítulo 7 del *Blueprint* hace referencia a los dos métodos tradicionales para evitar la doble imposición internacional y económica, dejando abierta la posibilidad de que cada jurisdicción de residencia de las entidades pagadoras de *Amount A* opte por la aplicación de uno u otro método. Como se

sabe, la aplicación de uno u otro método no resulta en modo alguno neutral para las jurisdicciones de residencia de las entidades y para los propios grupos MNE; el método de exención permite preservar (e importar) la menor tributación en el Estado de la fuente cuando el tipo de gravamen de este es inferior al del país de residencia de la entidad (*capital import neutrality*), en tanto que el método de imputación instrumenta la *capital export neutrality* y determina un «efecto de recuperación» por parte del Estado de residencia allí donde el gravamen en el Estado fuente es inferior²². El *Blueprint*, sin embargo, parece rechazar la aplicación alternativa de mecanismos de ajustes correlativos como los que resultan del artículo 9.2 del MC OCDE, considerando los problemas colaterales que pueden originarse (retenciones en la fuente y ajustes secundarios, por ejemplo) (*Blueprint Pillar 1*, 2020, pp. 154-155). El *Blueprint* pone de relieve cómo existe un conjunto amplio de cuestiones técnicas sobre la aplicación de estos métodos que todavía falta por desarrollar (*Blueprint Pillar 1*, 2020, p. 158). Aunque el *Blueprint* no hace referencia a esta cuestión, se ha puesto de relieve cómo resulta necesario coordinar los mecanismos de imputación de *Amount A* y de eliminación de la doble imposición con otros mecanismos que impactan sobre la tributación del beneficio residual de los grupos MNE, como puede ser la normativa de TFI/CFC o medidas del *Pilar 2* (*Inclusion Rule*, *GILTI*, etc.) (*Corwin et al*, 2020, p. 14).

Desde el punto de vista operativo, el *Blueprint* establece que el pago de la *Amount A* a nivel del grupo MNE se residencie y canalice a través de una entidad de coordinación que aplicará las reglas expuestas y asumirá la responsabilidad administrativa derivada de las obligaciones formales y materiales que surjan para el grupo en las distintas jurisdicciones. El pago de la *Amount A* podrá realizarse por tal entidad de coordinación o por una entidad del grupo que se designe al efecto en las distintas jurisdicciones mercado (filial local) (*Blueprint Pillar 1*, 2020, p. 219).

- **Implementación legal.** El nuevo derecho de imposición referido a la *Amount A* sería (eventualmente) implementado a través de cambios en la legislación doméstica, así como por medio de un convenio multilateral complementado con una guía para su aplicación.

3.2. El retorno de beneficios fijo para actividades de marketing y distribución referenciadas (*Amount B*)

El objetivo de la *Amount B* es doble: a) por un lado, pretende simplificar la gestión de los precios de transferencia por parte de las administraciones y reducir el coste de cumplimiento para los contribuyentes; b) por otro, la cantidad B pretende mejorar los niveles de

²² Tal efecto de recuperación depende en gran medida de la fórmula de cómputo del límite: *per jurisdiction* vs. *global*.

seguridad jurídica y reducir las controversias fiscales entre las autoridades fiscales y los contribuyentes en relación con la imputación de beneficios a entidades que desarrollen una serie de actividades de distribución y marketing.

La *Amount B* tiene como objetivo estandarizar la remuneración de los distribuidores vinculados que realizan actividades de marketing y distribución referenciadas en las jurisdicciones mercado. Estas actividades comprenden distribuidores que compran a entidades vinculadas y revenden a partes independientes, y poseen un perfil funcional de distribuidor básicamente rutinario. El sistema de la *Amount B* no está limitado a negocios ADS y CFB²³, sino que operaría sobre todo tipo de sectores, definiendo su ámbito de aplicación a partir de criterios funcionales.

Las actividades cubiertas por la *Amount B* se delimitarían a través de un enfoque estricto a partir de dos listas: a) una **lista positiva** referida a funciones, activos y riesgos propios de distribuidores rutinarios (LRD) en plena competencia; y b) una **lista negativa** de funciones típicas que no deberían ser desarrolladas, o activos no poseídos o riesgos no asumidos en plena competencia por distribuidores de riesgo limitado. Se utilizarán indicadores cualitativos y cuantitativos (análisis de costes) para aplicar tales listas. De hecho, el *Blueprint Pillar 1* (2020) desarrolla con cierto detalle los indicadores cualitativos (actividades cubiertas y no comprendidas a partir de descripciones de funciones, activos y riesgos)²⁴ y cuantitativos (costes asociados a actividades comprendidas y no comprendidas en el ámbito de la *Amount B*)²⁵. Aunque el ámbito de aplicación del mecanismo de la *Amount B* no está completamente definido –existiendo cierto debate sobre la posibilidad de su extensión a otras actividades

²³ A este respecto se ha destacado la dificultad para aplicar este sistema a negocios ADS, ya que estos negocios no realizan actividades de marketing y distribución de la misma forma que los CFB. Los ADS se dedican principalmente a técnicas de investigación de mercados, negociación y generación de ingresos publicitarios, y a actuar como oficina local de conexión con las autoridades regulatorias del país; asimismo, la cadena de suministro de los ADS no se organiza y gestiona de la misma forma que las CFB, y su FAR también se define de manera muy distinta. A su vez, cabe observar cómo los tradicionales modelos de distribución *offline* están evolucionando hacia modelos mixtos como consecuencia de su «digitalización» y el creciente peso de los canales *online*; esta hibridación de los modelos *online* y *offline* plantea desafíos para lograr su encaje en el marco de la *Amount B*, ya que su FAR podría estar evolucionando de tal forma que habría que contemplar tal evolución a los efectos de la aplicación de las reglas de *scoping*, la atribución de beneficios y el *benchmark* de comparabilidad. *Vid.*: Higinbotham, Srinivasan, Starkov, Mert-Beydilli y Eden (2021).

²⁴ El *Blueprint Pillar 1* (2020, p. 164) delimita el alcance de las funciones, activos y riesgos que realizaría la entidad (filial o EP) que realice actividades de distribución y marketing referenciadas (rutinarias) en el marco de un grupo de empresas MNE, a través de listas positivas y negativas.

²⁵ El *Blueprint Pillar 1* (2020, pp. 166-167) hace referencia a una serie de indicadores cuantitativos relativos a funciones, activos y riesgos cubiertos y no cubiertos en el ámbito de aplicación de la *Amount B*. Por ejemplo, la identificación de costes relativos a *Dempe functions* o actividades de marketing estratégico a nivel local a partir de partidas de costes de I+D o costes de actividades de marketing que superen un determinado umbral de costes totales de distribución sirve para calificar que la entidad distribuidora supera la tipología de actividades de distribuidor rutinario cubiertas por la *Amount B*.

como las de fabricación-, el *Blueprint* ya apunta hacia la incorporación de ciertas flexibilizaciones como la referida a las entidades que realicen múltiples funciones en la medida en que exista posibilidad de segregación de las mismas²⁶; todo apunta a que determinado tipo de estructuras de distribución bastante comunes como los «comisionistas» y «agentes de ventas» (que no adquieren la propiedad de las mercancías, ni siquiera a través de un *flash title*) quedarían extramuros de la *Amount B*²⁷, aunque lógicamente la transformación de las mismas en LRD constituye una evidente alternativa para quedar comprendidas en su ámbito de aplicación (*Blueprint* Pillar 1, 2020, p. 168).

La *Amount B* será determinada de forma que resulte compatible con el estándar de plena competencia; a este respecto, se utilizarán estudios de comparabilidad (*benchmarks*) bajo el método TNMM (a partir de un indicador basado en un retorno sobre ventas), de manera que su cuantía (rangos) podría potencialmente variar por industria y región, siempre que ello estuviera soportado por un análisis de comparabilidad²⁸; igualmente, se considera que podrían fijarse retornos fijos de beneficios en función de la diferente intensidad funcional de la entidad²⁹.

²⁶ En la práctica puede resultar complejo diferenciar entre actividades que están dentro y fuera del ámbito de aplicación del marco de la *Amount B*, ya que puede no resultar fácil (e incontrovertible) calificar o delinear una función de desarrollo y mantenimiento de relaciones con clientes locales (incluida en la lista positiva de *Amount B*), de actividades estratégicas de distribución (ventas) y funciones de marketing en el mercado local; la línea divisoria entre la negociación de precios dentro del marco de directrices comerciales de una MNE (incluida en la *Amount B*) y la negociación de precios y condiciones fuera de tales directrices (excluida de la *Amount B*) puede ser muy difícil de apreciar (*vid.*: Higinbotham, Srinivasan, Starkov, Mert-Beydilli y Eden, 2021).

²⁷ A este respecto, se ha argumentado que dejar a los «comisionistas» y «agentes de ventas» extramuros del ámbito de aplicación de la *Amount B* propiciaría la manipulación del FAR de las estructuras de distribución para dejarlas fuera del sistema que pretende estabilizar y objetivar la asignación de beneficios rutinarios a las jurisdicciones mercado; en este sentido, se propone su inclusión para lograr los objetivos que se pretenden alcanzar con este modelo, aunque se reconoce que haría falta incluir alguna regla objetiva de ajuste para reflejar su singularidad (no adquisición de las mercancías). *Vid.*: Higinbotham, Srinivasan, Starkov, Mert-Beydilli y Eden (2021).

²⁸ A este respecto se ha apuntado que pueden existir dificultades para recabar datos de comparables en determinadas regiones geográficas. *Vid.*: Corwin *et alter* (2020, p. 15). También se ha puesto de relieve cómo la estandarización en la asignación de beneficios a partir de actividades, industrias, regiones y FAR en la práctica no siempre reflejaría la cadena de valor de las actividades de distribución y marketing de muchos grupos MNE donde concurren sinergias más amplias entre las distintas unidades de negocio del grupo fragmentadas y localizadas en diferentes jurisdicciones (*vid.* Higinbotham, Srinivasan, Starkov, Mert-Beydilli y Eden, 2021).

²⁹ En este orden de cosas, se ha puesto de relieve que la asignación de beneficios con arreglo a la *Amount B* no debe superar determinados límites (por ejemplo a partir de retorno sobre ventas), considerando cómo existen importantes estudios (Kpmg, 2020) que evidencian cómo tales funciones, aunque sean desarrolladas en el marco de segmentos industriales muy rentables, vienen siendo remunerados con un bajo retorno rutinario, de suerte que si se supera tal retorno el riesgo de doble imposición por *double counting* sería muy elevado (USCIB). Otros comentaristas se muestran favorables de reflejar la intensidad funcional en los retornos fijados para la *Amount B*, a partir de la toma en consideración de los costes

En este contexto, la existencia de un APA o MAP operan con preferencia sobre esta determinación estandarizada de beneficios sobre este tipo de actividades. Igualmente, el contribuyente puede optar por un método más fiable como el CUP, de manera que la determinación estandarizada que resulta del método simplificado referido a la *Amount B* opera como presunción que el contribuyente puede superar evidenciando un método más adecuado y fiable para establecer un resultado de mercado. Algunos países han puesto de relieve que la configuración del estándar de atribución de beneficios articulado a través de la *Amount B* a partir de una presunción *iuris tantum* plantea problemas de seguridad jurídica y en cierta medida diluye el objetivo perseguido a través de este mecanismo (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 161).

La implementación legal de esta metodología estandarizada podría requerir modificaciones de la legislación doméstica e incluso de la red de CDI (arts. 7, 9 y 25). Igualmente, la articulación a nivel global de este mecanismo no solo pasa por la reforma de la legislación doméstica y ciertas adaptaciones de los CDI, sino también por el establecimiento de mecanismos de resolución de controversias internacionales que garantizaran la correcta aplicación de esta metodología a escala multilateral (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 172). Tales mecanismos son necesarios dado que la aplicación del mecanismo estandarizado de atribución de beneficios a LRD que establece la *Amount B* puede generar discrepancias entre las administraciones y los contribuyentes sobre un conjunto de cuestiones: la delineación de las operaciones, la realización de actividades que superan el ámbito de aplicación del mecanismo en función de los distintos parámetros FAR que se han definido (por ejemplo, la entidad lleva a cabo *Dempe functions*, o soporta riesgos de inventario superiores a los admitidos, o registra costes de marketing más allá de los admitidos), o hay discrepancia sobre el sector o intensidad funcional de la entidad. Es decir, este mecanismo puede facilitar el cumplimiento con el principio de plena competencia por parte de los contribuyentes y su supervisión por las autoridades fiscales de los distintos países, pero en modo alguno supone una mecanización del *profit allocation* de las estructuras de distribución y marketing utilizadas por los grupos MNE. Cabe apuntar igualmente que la funcionalidad de este mecanismo para modelos de negocio que operen de forma remota sin presencia física en el mercado de que se trate tenderá a ser marginal, salvo que desarrollen una parte de su cadena de valor *offline*. Otra cuestión de fondo que puede plantearse en este contexto pasa por considerar la problemática de las pérdidas que pueden resultar de este tipo de estructuras, considerando desde los problemas de mala gestión que las pueden ocasionar hasta los riesgos de mercado o de crédito que pueden asumir.

Nótese que, aunque existe un buen número de jurisdicciones que consideran que el mecanismo estandarizado de determinación de beneficios referido a actividades de distribución y marketing puede traer ventajas en términos de simplificación de la aplicación de la

operativos; también se considera que la metodología debería contemplar un mecanismo que reflejara ciclos económicos y circunstancias económicas del mercado (*lockdowns*, crisis económicas severas) para evitar que el principio de plena competencia penalice a entidades de un grupo MNE vs. entidades independientes (*vid.*: Higinbotham, Srinivasan, Starkov, Mert-Beydilli y Eden, 2021).

normativa de precios de transferencia en relación con estas actividades rutinarias, lo cierto es que no existe consenso suficiente que garantice su adopción (*Amount B*). Algunos países –notablemente jurisdicciones en vías de desarrollo– consideran que debería ampliarse el ámbito de aplicación de este mecanismo o incluso se propone implementarlo como proyecto piloto a efectos de verificar el nivel de simplificación que resulta del mismo.

3.3. Procedimientos de protección y mejora de la seguridad jurídica

La seguridad jurídica constituye un elemento clave de la arquitectura del Pilar 1 que incluye innovadores mecanismos de prevención y resolución de controversias fiscales. El capítulo 9 del *Blueprint* está dedicado a la «seguridad jurídica en materia tributaria», contemplando un enfoque dual en relación con la articulación y desarrollo de mecanismos y procedimientos dirigidos a prevenir y resolver controversias fiscales internacionales, en función de si se trata de una cuestión que cae en el ámbito del marco del Pilar 1 (*Amounts A & B*)³⁰ o extramuros del mismo; cabría apuntar a este respecto cómo los grupos MNE que estén comprendidos en el ámbito de aplicación del Pilar 1 podrán beneficiarse de mecanismos que aportan mayor seguridad jurídica y garantías de eliminación de la doble imposición (marco obligatorio de resolución de controversias vinculante), posiblemente como contrapartida a los mayores costes de cumplimiento e implicaciones fiscales (sistema tributario dual, riesgos de doble imposición) que derivan del marco que resultará del Pilar 1; los grupos MNE y restantes contribuyentes que realizan operaciones transfronterizas se beneficiarán de las mejoras que la OCDE, el FTA y el *BEPS IF* desarrollarán respecto de los mecanismos de prevención y resolución de controversias ya existentes (ICAP, MAP, BAPA-MAPA, *joint audits*, arbitraje) más allá del marco del Pilar 1, particularmente revisando los términos del estándar mínimo de la acción 14 de BEPS.

A este respecto, el *Blueprint* se refiere en primer término a los mecanismos de prevención y resolución de desacuerdos o discrepancias en la aplicación de los distintos elementos del Pilar 1. En particular, el nuevo derecho de gravamen de la *Amount A* debe ser determinado a través de la aplicación de una fórmula a una base imponible de nueva planta a nivel de grupo MNE, que puede terminar reasignando una parte del beneficio residual de la MNE correspondiente a las actividades cubiertas (*in-scope activities*).

El sistema de gestión tributaria de la *Amount A* pasa por la presentación de una autoliquidación por parte del grupo MNE que realice actividades *in-scope* y supere los umbrales de ingresos y rentabilidad que se terminen fijando. En cierta medida, el sistema de gestión

³⁰ La aplicación de la *Amount B* también vendrá acompañada de mecanismos que permitan una resolución efectiva, obligatoria y vinculante de las potenciales controversias que puedan plantearse en tal contexto (*Blueprint Pillar 1*, 2020, p. 201). Para una exposición más detallada de los mismos *vid.*: Martin y Bettge (2021).

adoptado parte de la experiencia del programa ICAP³¹ y del mecanismo del informe fiscal país por país, incluyendo igualmente elementos de sistemas de *one-stop-shop*. La matriz del grupo MNE, como regla, presentará una autoliquidación única y documentación de soporte en relación con toda la actividad referida a la *Amount A* del grupo, relacionándose con las autoridades fiscales de su jurisdicción de residencia fiscal (*lead tax authority*) que intercambiará la información a todas las administraciones afectadas.

El *Blueprint* contempla mecanismos de *early tax certainty* dirigidos a resolver las diferentes cuestiones que el grupo MNE pueda plantearse en relación con la aplicación del marco de la *Amount A* antes de la presentación de la autoliquidación o incluso tras su presentación³². Básicamente, se ha previsto la articulación de un sistema de paneles de revisión y determinación de la *Amount A* donde se pueden resolver de forma coordinada, obligatoria y vinculante todas las cuestiones que se planteen, de manera que se eliminen los principales riesgos de doble imposición. No obstante, el sistema doble de paneles (*review panel & determination panel*) resulta complejo procedimentalmente y no asegura en todo caso que se eliminen todos los problemas de aplicación que resultan del marco de la *Amount A* para el grupo MNE que haya solicitado *ex ante* o participado *ex post* en estos procedimientos³³. De hecho, la MNE puede considerar que la solución propuesta por los diferentes paneles no es aceptable, pudiendo, por tanto, optar por acudir a los mecanismos de revisión administrativa y judicial domésticos para afrontar las diferencias con las autoridades fiscales respecto de las posiciones fiscales adoptadas en su autoliquidación de *Amount A*. Asimismo, el sistema de prevención y resolución de controversias fijado en relación con la aplicación del marco de la *Amount A* no soluciona los problemas que pueden resultar de ajustes de precios de transferencia *ex post*³⁴, lo cual evidencia cómo el marco del *Blueprint* del Pilar 1 todavía necesita de un mayor desarrollo técnico. Ciertamente, uno de los talones de Aquiles del Pilar 1 pasa por la falta de mecanismos que instrumenten una coordinación efectiva entre las administraciones en términos que garanticen la eliminación de la potencial doble

³¹ En relación con el funcionamiento del programa ICAP puede consultarse: Calderón (2018).

³² Los mecanismos de *early tax certainty* establecidos en el capítulo 9 del *Blueprint* Pilar 1 (pp. 174 y ss.) para resolver todo tipo de cuestiones referidas a la aplicación del marco fiscal de la *Amount A*, como por ejemplo: a) la determinación de si un grupo MNE realiza o no *in-scope activities* o cumple los umbrales que desencadenan la obligación de presentar la autoliquidación para hacer frente al nuevo derecho de gravamen en favor de las jurisdicciones mercado donde opera el grupo; b) la base imponible, en particular cuando media una segmentación por línea de negocio; c) el resultado de la implementación de la fórmula; y d) cualquier otro elemento referido a la cuantía del nuevo derecho de gravamen, incluyendo las entidades pagadoras del mismo y la eliminación de la doble imposición.

³³ Se trata de un sistema (híbrido) que se aleja formalmente de un mecanismo de arbitraje vinculante obligatorio, pero que tampoco representa un MAP en el sentido del artículo 25 del MC OCDE.

³⁴ Tal circunstancia podría aconsejar que los grupos MNE dotaran de mayor consistencia su modelo de *profit allocation* en aplicación del *transfer pricing* convencional, maximizando la utilización de los mecanismos que contribuyen a reforzar la seguridad jurídica en la materia como los APA, BAPA y MAPA.

imposición que puede resultar de regularizaciones de precios de transferencia posteriores a la asignación de la *Amount A* (Martin y Bettge, 2021).

Por otro lado, el marco regulatorio del *Blueprint Pillar 1* (2020, pp. 197 y ss.) establece una segunda línea de medidas de potenciación y desarrollo de la seguridad jurídica en materia tributaria más allá de la *Amount A*, entre las que cabe destacar los APA bilaterales y multilaterales, los mecanismos de arbitraje fiscal y «paneles de determinación» con carácter vinculante, el ICAP, las *joint-audits*, la utilización de *benchmarks* estandarizados respecto de determinadas situaciones de precios de transferencia, o la mejora de los MAP en el marco de la revisión (2020) del estándar mínimo de la acción 14 de BEPS, etc.³⁵ Tales mecanismos se configurarían de forma respetuosa con la soberanía fiscal de las distintas jurisdicciones. No obstante, cabe advertir que no se ha alcanzado todavía un acuerdo definitivo sobre el alcance de los mecanismos de resolución obligatoria y vinculante *beyond Amount A*, dadas las reservas expresadas por un grupo de países en desarrollo en relación con el mecanismo del arbitraje fiscal vinculante.

3.4. La implementación y administración de las medidas del Pilar 1

El último capítulo (10) del *Blueprint* del Pilar 1 está dedicado a la implementación y administración del nuevo derecho de imposición (*Amount A*).

Como ya hemos indicado, la *Amount A* como nuevo derecho de gravamen sobre una parte del beneficio residual de determinados grupos MNE que realizan actividades *in-scope* y cumplan determinados umbrales de rentabilidad y de ingresos globales opera de forma superpuesta y paralela a la aplicación del actual sistema de fiscalidad internacional derivado de la combinación de la legislación fiscal interna de las distintas jurisdicciones³⁶ y la red de CDI y demás tratados internacionales en materia tributaria. En este sentido, la implementación del Pilar 1 (*Amounts A & B*) requiere de una reforma de la legislación interna de las distintas jurisdicciones que eventualmente acuerden la solución global en el marco del *BEPS IF*, así como de la articulación y conclusión por parte de las mismas de un nuevo tratado multilateral que regule el nuevo derecho de imposición, modifique los CDI para permitir su exacción sin contradecir sus disposiciones (v. gr. arts. 7, 9 y 25), y regular los nuevos

³⁵ *Vid.*: Brockman (2020a).

³⁶ La legislación fiscal interna de los distintos países debe seguir un modelo estandarizado fijado por el marco global acordado por el *BEPS IF*, regulando los elementos esenciales del derecho de imposición (hecho imponible, sujeto pasivo, base imponible, tipo de gravamen, etc.), de forma compatible con el principio de legalidad en materia tributaria. La normativa interna también debe regular determinados aspectos de los procedimientos de gestión tributaria aplicables, los mecanismos de prevención y resolución de controversias, y la asistencia administrativa mutua.

mecanismos de prevención y resolución de controversias a los efectos de la aplicación del marco fiscal de las *Amounts A & B*.

Finalmente, el *Blueprint* incluye una declaración en el sentido de que cabe esperar que el acuerdo global sobre el Pilar 1 incluya un compromiso de los países del *BEPS IF* que comprenda el **desmantelamiento de las medidas «unilaterales relevantes», así como la no articulación en el futuro de tales acciones unilaterales** (*Blueprint Pillar 1*, 2020, p. 211). Se indica, no obstante, que todavía no se ha definido el alcance de tal expresión (qué medidas unilaterales están comprendidas), ni la fecha de desmantelamiento de tales medidas y la transición hacia el nuevo sistema.

4. Algunas reflexiones sobre la configuración e implicaciones de la reforma del sistema de fiscalidad internacional derivadas del *Blueprint* del Pilar 1

Ciertamente, en la hora actual resultaría aventurado avanzar una valoración final sobre la reforma del sistema de fiscalidad internacional que podría resultar del *Blueprint* del Pilar 1 (*BEPS 2.0*), toda vez que, como hemos expuesto, estamos ante un modelo inacabado (técnicamente) y que puede ser objeto de múltiples y significativas modulaciones, por no mencionar la incertidumbre sobre su aprobación a nivel global como solución de consenso en el marco del *BEPS IF* (de forma conjunta o separada con el Pilar 2). El hecho de que se haya fijado una «nueva fecha límite» (junio-julio 2021)³⁷ para alcanzar un acuerdo sobre la solución global (o multilateral) sobre la adaptación del sistema fiscal a la economía digitalizada, en términos tales que ha recibido el respaldo del G20 (*G-20 Leaders Declaration*, 2020, para. 20), y se ha aceptado por la Unión Europea (UE) (*ECOFIN*³⁸ y Comisión UE)³⁹ e implícitamente por el resto de los países miembros del *BEPS IF*, mejora las posibilidades para alcanzar tal acuerdo global, considerando en particular la victoria en las elecciones

³⁷ La agenda del G20 incluye una reunión de los ministros de Finanzas de los países miembros G20 el 9-10 de julio de 2021, incluyendo un simposio sobre fiscalidad internacional para esas fechas.

³⁸ *Council Conclusions of fair and effective taxation in times of recovery, on tax challenges linked to digitalisation and on tax good governance in the EU and Beyond* (Brussels, 27 Nov. 2020, 13350/20, FISC 226, ECOFIN 1097).

³⁹ EU Commission, Remarks by Executive Vice-President Dombrovskis at the ECOFIN press conference (Speech/20/2278); y EU Commission, *Joint Communication to the EU Parliament, the European Council, and the Council, A New EU-US agenda for global change*, Brussels, 2.12.2020, JOIN(2020) 22 final). Nótese, no obstante, que la Comisión UE en enero 2021 puso en marcha un proceso de consulta pública sobre la introducción de una *digital levy* para afrontar los desafíos de la economía digital; tras tal proceso de consulta, la Comisión UE elaborará una propuesta de Directiva que presentará al ECOFIN, previsiblemente durante el año 2021 (EU Commission, *A fair & competitive digital economy-digital levy*, 14 January 2021, Ref. Ares (2021) 312667, 14/01/2021).

presidenciales norteamericanas del candidato demócrata J. Biden, más proclive a la gestión multilateral de los grandes temas globales⁴⁰, como demuestran las primeras declaraciones de la secretaria del Tesoro J. Yellen⁴¹.

En este contexto, podría resultar de interés ofrecer algunas consideraciones preliminares sobre el *Blueprint* del Pilar 1, a efectos de empezar a visualizar sus implicaciones prácticas y de política fiscal.

En primer lugar, cabría referirse al **origen y objetivos del Pilar 1**. Ya hemos indicado que lo que se pretende a través de esta reforma del sistema de fiscalidad internacional pasa por una adaptación del mismo a los desafíos de la economía digital, alterando las tradicionales reglas de nexo y atribución de beneficios entre las distintas jurisdicciones, partiendo de la inadecuación de las mismas para someter a imposición modelos de negocio altamente digitalizados (ADB) y una economía en proceso de digitalización⁴². En cierta medida, el Pilar 1 se viene justificando a partir del fracaso del Proyecto OCDE/G20 BEPS 1.0 (2015) que no logró articular una solución de consenso en relación con estos temas en el marco de su acción 1 dedicada a la *Digital Taxation*.

Asimismo, se podrían citar más elementos que constituyen *driving forces* impulsoras de esta segunda reforma del sistema de fiscalidad internacional:

⁴⁰ *Vid.*: Johnston (2020, October). Destacados comentaristas (Goulder, 2021, y Herzfeld, 2021-Feb) han puesto de relieve las importantes dificultades que existen para que el Departamento del Tesoro de EE. UU. llegue a un acuerdo en el marco del *BEPS IF* en términos que resulten aceptables para el Congreso norteamericano; todo acuerdo que determine un mayor gravamen de las MNE americanas o una pérdida recaudatoria neta para la Hacienda Pública americana tiene pocas posibilidades de ser «sancionado» por el Congreso; un acuerdo global con bajo impacto fiscal podría resultar más fácilmente aceptable, considerando que tal acuerdo desactiva, o cuando menos, aleja una situación de «caos fiscal global», doble imposición sistémica, y altas tensiones comerciales; el impacto del potencial acuerdo sobre China también constituye un factor relevante a estos efectos.

⁴¹ *Vid.*: Johnston (2021, February) y *Statement from Treasury Department Spokesperson on Secretary Janet L. Yellen's Participation in the G7 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting*, February 12, 2021.

⁴² Ciertamente, no puede perderse de vista cómo el actual sistema de fiscalidad internacional no captura correctamente modelos de negocios de empresas globales y/o altamente digitalizadas, toda vez que los principios sobre el nexo y el *profit allocation* están pensados para una economía y modelos empresariales preglobalización y no digitales; el sistema fiscal que ordena el gravamen de los grupos de empresas opera sobre un modelo binario transaccional y de cadena de valor que pivota igualmente sobre un sistema fiscal bilateral, todo lo cual no encaja con la nueva realidad de grupos multinacionales globales altamente centralizados (Hebous). En este sentido, debe enfatizarse cómo el Pilar 1 de «BEPS 2.0» no tiene como objetivo reducir el *profit shifting* sino estabilizar el sistema a través de una medida de redistribución del poder tributario a nivel internacional que reconoce ciertos desequilibrios del sistema generados por ciertos modelos de negocio altamente digitalizados y la digitalización de la economía (*vid.*: Eden y Treidler, 2019). No obstante, la combinación de las medidas de los Pilares 1 y 2 traería consigo una limitación del *profit shifting* y la competencia fiscal entre Estados.

- La **nueva geopolítica del siglo XXI** podría estar actuando como catalizadora de una redistribución del poder tributario entre los países más desarrollados industrial y tecnológicamente y los países mercado y en vías de desarrollo, buscando un mayor equilibrio del actual sistema fiscal internacional que tiende a favorecer la asignación de poder tributario y bases imponibles a los primeros.
- Igualmente, las nefastas consecuencias económicas asociadas a las cada vez más **intensas tensiones comerciales** (incluyendo los desequilibrios en las balanzas comerciales de determinados países) y el creciente unilateralismo-proteccionismo fiscal (riesgo estructural de doble o múltiple imposición) consecuencia de la disfunción del sistema actual podrían estar favoreciendo los avances en el proceso de coordinación fiscal internacional, considerando que la alternativa a una solución de consenso es el «caos» o «desorden fiscal».
- Tampoco puede perderse de vista cómo la renovada retórica sobre la necesidad de reforzar sustancialmente los niveles de **«justicia fiscal»** del sistema de fiscalidad internacional a partir de medidas que instrumenten principios efectivos de «contribución fiscal justa» (*fair share of tax*) y de tributación mínima de las grandes empresas (particularmente, las MNE tecnológicas) se ha instalado en la agenda política al más alto nivel y bien puede estar favoreciendo este proceso, por más que las consideraciones de fondo subyacentes en tal retórica carezcan de un significado unívoco y puedan canalizar intereses, medidas y políticas muy distintas en cada país⁴³. Ciertamente, como ha puesto de relieve J. Vanderwolk⁴⁴, «*the problem is that fairness, like beauty, is in the eye of the beholder*». En el contexto internacional, la «justicia» o «equidad» del sistema fiscal se basaba en los CDI en

⁴³ Como ha puesto de relieve la profesora Herzfeld (2020, November), la reforma del sistema fiscal internacional no responde al objetivo de introducir mayores cuotas de justicia fiscal a nivel global, sino que refleja una nueva «dinámica de poder» a escala global que no conecta con principios de justicia distributiva. No obstante, los Blueprints Pillar 1 y 2 todavía no reflejan un nivel suficiente de alineamiento o equilibrios entre los intereses políticos de los grandes países OCDE/G20, ni entre estos y los países en desarrollo y emergentes, por no mencionar la limitada consideración de los intereses de los *investment hubs* (Vanderwolk, October 2020, y Brockman 2020b). Las propuestas que resultan del Pilar 1 tampoco parece que determinen una adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la economía digitalizada, sino más bien instrumentan una expansión (limitada) del derecho de gravamen de las jurisdicciones mercado sobre una parte del beneficio residual de grandes multinacionales que desarrollan un determinado tipo de actividades; tal «reforma» ni representa realmente una adaptación del sistema a la economía digital, ni es estructural y además puede considerarse poco «paritaria», considerando como establece un sistema dual al que solo quedan sujetas determinadas grandes empresas (*vid.* también Herzfeld, 2021 February).

⁴⁴ Vanderwolk (2020, December) continúa su cuestionamiento de un concepto unívoco de *tax fairness* que considera muy vinculado a concepciones políticas que determinan la normativa tributaria de cada país, añadiendo lo siguiente: «*When it come to taxes, diferent ideas of what's fair will always exist. The political processes of the taxing jurisdiction produce that jurisdiction's tax laws, and those who are subject to the laws are obliged to comply. Whether or not every compliant taxpayer is paying his or her fair share is a political question, not a moral or legal one*».

la medida en que representaban un consenso internacional sobre el reparto del poder tributario entre los diferentes países que se materializaba a través de una red global de CDI que la mayoría de los países firmaban bilateralmente a partir de unos «modelos de convenio» (OCDE/ONU) que expresaban tal consenso. Más allá de que tales modelos favorecieran de forma prevalente a los países miembros de la OCDE (exportadores de capital, bienes y servicios, tecnología) frente al resto y pudiera cuestionarse que reflejaran un «modelo fiscal justo» a nivel internacional, lo que realmente ha terminado de desencadenar una severa crisis de la «justicia» o *tax fairness* del «sistema fiscal internacional» viene dado por la expansión sin precedentes de modelos de negocio remotos que operan en masa y son desarrollados por grandes MNE tecnológicas, en la medida en que el referido sistema permite que tales MNE operen de forma económicamente muy intensiva en las jurisdicciones mercado sin que los beneficios derivados de tales operaciones en tales mercados resulten capturados por las normas de los CDI que establecen la tributación en la fuente de los beneficios empresariales transfronterizos; ello obedece a que tales modelos de negocio se desarrollan en gran medida sin necesidad de presencia física en los países mercado, de manera que los principios de nexo y asignación de beneficios de los CDI permiten que tales beneficios empresariales escapen a la tributación en la fuente; ello se considera *unfair* por parte de las jurisdicciones mercado (que no solo son países en desarrollo sino también los países miembros de la OCDE)⁴⁵, entre otras cosas porque los competidores domésticos están sujetos a gravamen en el país mercado y pueden surgir diferencias fiscales relevantes entre unos y otros que pueden afectar a las condiciones de competencia y hasta afectar a la viabilidad empresarial de estos últimos (proteccionismo fiscal). Estamos, por tanto, ante una cuestión de naturaleza política (redefinir el reparto internacional del poder tributario de manera que sea aceptable y considerado de nuevo un *fair tax system* por la mayoría de los países)⁴⁶, que posee evidentes deri-

⁴⁵ De hecho, han sido países miembros de la OCDE, como Reino Unido, Australia o incluso EE.UU., los que han erosionado la integridad de los principios del sistema fiscal internacional consensuado en el siglo XX a través de medidas unilaterales (como *Diverted Profit Tax*, el *Multinational Anti-Avoidance Law*, o el *BEAT*, por no mencionar los *Digital Service Taxes* de los países europeos a partir de la propuesta de Directiva de la Comisión de 2018) tratando de «circunvalar» sus principales reglas situándolos al margen de los CDI. *Vid.* Vanderwolk (2020, December).

⁴⁶ Nótese que el nuevo reparto de poder tributario que están reivindicando las jurisdicciones mercado (potenciales *winners* del mismo) también debe ser aceptado por los países sede de las MNE tecnológicas (*losers*) que, en principio, perderían recaudación a partir de un cierto trasvase de bases imponibles (beneficio residual) de «residencia» a «fuente»; de ahí que el Pilar 1 termine incluyendo en su ámbito de aplicación no solo a ADS sino también a CFB, a pesar de que el principal problema que pretendía resolver la acción 1 de BEPS residía en adaptar el sistema a la economía digitalizada; posiblemente, el Pilar 2 también esté pensado para reforzar los derechos de gravamen de los países de residencia de las principales matrices, por la vía de neutralizar la competencia fiscal y minimizar el *profit shifting* residual post-BEPS 1.0. Tal combinación de medidas de Pilar 1 y 2 puede terminar operando como una suerte de «caja de compensación»

vadas o implicaciones técnicas (ajuste de los principios de nexo y *profit allocation* a la economía digitalizada y globalizada en condiciones de seguridad jurídica garantizando de forma suficiente la eliminación de múltiple imposición internacional) a efectos de instrumentar tal nuevo consenso internacional.

Los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2, por tanto, no pivotan sobre un debate de principios, sino que su funcionalidad pasa por instrumentar un nuevo consenso internacional sobre la distribución del poder tributario entre los distintos países a partir de la ruptura y superación del consenso internacional alcanzado en el siglo XX en relación con un sistema fiscal que actualmente resulta técnica y políticamente anacrónico. BEPS 2.0 trata de restablecer un nuevo consenso internacional (*basic tax fairness*) como punto de partida para desarrollar o deconstruir un nuevo sistema fiscal internacional para una economía digitalizada y globalizada, ante la insuficiencia de las primeras medidas de BEPS 1.0 (2015) para adaptar el sistema a la digitalización de la economía⁴⁷. Es cierto igualmente que la reforma del sistema de fiscalidad internacional que se está tratando de instrumentar a través del Pilar 1 conlleva una «modulación» del estándar internacional de *profit allocation* basado en el principio de plena competencia, de suerte que la *Amount A* representa una fórmula indirecta de reasignar una parte del beneficio residual a países mercado, circunvalando de forma un tanto tosca una reforma del referido estándar internacional⁴⁸.

De esta forma, consideramos que en gran medida podría afirmarse que el objetivo del Pilar 1 es más político que técnico, y ello impacta claramente sobre su configuración y po-

interna, toda vez que un cierto número de países miembros de la OCDE y UE podrían perder recaudación neta en aplicación de las medidas del Pilar 1 (*Amount A*) tras su extensión a CFB (por ejemplo, podría ser el caso de los países nórdicos o incluso Alemania), de suerte que la imposición efectiva mínima podría compensar en cierta medida tal pérdida recaudatoria para tales países. Con todo, posiblemente el principal factor que podría estar impulsando el desarrollo de la reforma del sistema fiscal internacional a través del proyecto BEPS 2.0 pasa por los negativos efectos que presenta la alternativa al multilateralismo y coordinación fiscal de baja intensidad, a saber: el unilateralismo fiscal, la quiebra del sistema de coordinación fiscal pre-BEPS y el declive institucional de la OCDE como organización internacional guardiana, protectora y reparadora de estándares fiscales internacionales que ha ido catalizando a lo largo de las últimas décadas.

⁴⁷ Cabría mencionar a este respecto la expansión del concepto del EP del artículo 5 del MC OCDE a través de la acción 7, o la modificación de los principios de *profit allocation* que en cierta medida pueden ampliar la imposición en los países fuente/mercado a través de un ensanchamiento del concepto de intangible y la recalibración de funciones (*Dempe*) y actividades desarrolladas en los países de localización de las filiales/EP.

⁴⁸ A este respecto, la profesora Eden ha puesto de relieve cómo el problema del sistema de fiscalidad internacional no viene dado por el estándar de plena competencia (negando un uso abusivo estructural del mismo por parte de las MNE); a su juicio, el sistema fiscal internacional posee un problema estructural de diseño, al permitir un alto nivel de competencia fiscal que favorece o incentiva el *profit shifting* por parte de los contribuyentes, esto es, el aprovechamiento del «arbitraje regulatorio» que forma parte del sistema (*vid.*: Eden, 2020).

sibles consecuencias, debilitando su potencial efecto estabilizador del sistema. El carácter dominante del factor político en la configuración del Pilar 1 impacta negativamente sobre las reglas en torno a las que se articula, al carecer de principios que fundamenten el modelo y su interrelación con el sistema fiscal (actual) subyacente sobre el que se superpone⁴⁹.

En segundo lugar, cabría realizar algunas consideraciones sobre la **configuración del Pilar 1**, en los términos reflejados en el *Blueprint*:

- La primera idea que suscita reside en la **hipercomplejidad del modelo de redistribución de una parte del beneficio residual** que articula⁵⁰. La efectiva implementación y aplicación de este nuevo modelo por parte de las MNE afectadas y las administraciones tributarias no solo incrementará sustancialmente los costes de cumplimiento y de supervisión fiscal, sino que además puede llevar aparejado un alto nivel de divergencias y controversias entre las distintas administraciones afectadas y los contribuyentes, sin que los mecanismos articulados para prevenir y resolver tales situaciones ofrezcan *a priori* suficientes garantías sobre la eliminación de la múltiple imposición que puede generarse. La OCDE, consciente del déficit estructural de cooperación fiscal internacional que resulta de los actuales sistemas de prevención y resolución de controversias fiscales transfronterizas, no solo está tratando de desarrollar mecanismos efectivos que permitan resolver *ex ante* y *ex post* todo tipo de diferencias y disputas en la aplicación de los nuevos sistemas de *profit allocation (Amounts A & B)* del Pilar 1, sino que está situando en el centro de su agenda fiscal un «pilar» dedicado a la **«seguridad jurídica en materia tributaria»** *beyond Pillar 1*, a efectos de mejorar la estabilidad del sistema fiscal internacional actual (pre-BEPS, y BEPS 1.0), así como reducir los problemas

⁴⁹ La reasignación global de los derechos de gravamen con arreglo al Pilar 1 se revela como una cuestión esencialmente política, con escasa base técnica (Herzfeld, 2020, November).

⁵⁰ De hecho, podría afirmarse que los modelos técnicos recogidos en los Blueprints Pilar 1 y 2 son difícilmente implementables en la práctica tanto desde la perspectiva de las administraciones como de los propios contribuyentes. Resulta evidente que es necesaria una simplificación de las distintas piezas de los referidos Pilares para que sean «practicables» y puedan instrumentar mínimamente los objetivos de estabilidad sistémica que se pretenden alcanzar a través de esta importante reforma del sistema. Existe un estudio que, a través de un *software* que mide la «complejidad regulatoria», ha puesto de relieve cómo los «modelos» regulatorios recogidos en los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2 poseen una complejidad técnica muy superior a la resultante de las Directrices OCDE/ONU de precios de transferencia. A este respecto, no puede perderse de vista cómo la complejidad regulatoria posee un importante impacto al incrementar los costes de cumplimiento y supervisión y favorecer los incumplimientos normativos; a su vez, un modelo de tal complejidad como esbozado en los *Blueprints* presenta muchos problemas de implementación e interpretación; el propio precedente del MLI revela cómo un sistema que introduce cierta complejidad en la aplicación de la red de CDI no resulta fácilmente implementable de forma uniforme y sincrónica a nivel internacional. *Vid.*: Colliard, Eden y Georg (2021).

de doble imposición que pueden surgir como consecuencia de la eventual interrelación de los dos «sistemas»⁵¹.

- En segundo lugar, el modelo de *profit allocation* subyacente en el Pilar 1 consolida la deriva hacia el reparto formulario de bases imponibles; no obstante, en realidad el Pilar 1 opta por un **hybrid profit allocation model**, al combinar el reparto formulario de una parte del beneficio residual (*Amount A*) con la aplicación del estándar de plena competencia (*Amount B*).

El hecho de que haya desaparecido la *Amount C* del *Blueprint* no significa que la asignación de beneficio residual a las «jurisdicciones fuente o mercado» se haya evaporado, sino que de alguna forma la *Amount A* (parte del beneficio residual del grupo correspondiente a las actividades cubiertas que se redistribuye a través de una fórmula) podría terminar operando como «suelo» en el sentido de base imponible residual mínima asignable a mercado. Lógicamente, ello no significa que las administraciones tributarias de los países fuente/mercado no puedan ir más allá en la asignación de beneficios a las entidades situadas en su territorio aplicando el *transfer pricing* convencional (considerando la aplicación de las nuevas reglas sobre el marco de riesgos, las *Dempe functions*, la delineación efectiva/recharacterizaciones funcionales, o análisis globales de cadena de valor, etc.). Ahora bien, cabe esperar que los mecanismos de prevención y resolución de controversias que forman parte del sistema operen limitando y coordinando el funcionamiento del sistema híbrido (*Amount A* + *Transfer Pricing* convencional).

Ni que decir tiene que cuanto más consistente sea el sistema de *transfer pricing* de una MNE (en términos de *profit allocation* alineada con la cadena de valor), menores serán los riesgos de cuestionamiento del mismo. Las mayores dificultades pueden resultar de la compleja conciliación entre el nuevo sistema formulario (*Amount A*) y el *transfer pricing* convencional⁵², dado que los dos «sistemas» se proyectan sobre el beneficio residual, sin que resulte claro qué parte del beneficio residual se asigna con arreglo al modelo formulario, ni cuáles son sus principios

⁵¹ A este respecto, Brockman (2020a), valora positivamente las nuevas propuestas lanzadas por la OCDE en la consulta sobre el desarrollo de la acción 14 BEPS (OECD consultation document, 18 November 2020). No obstante, este autor pone de relieve cómo el principal mecanismo de resolución de controversias fiscales transfronterizas (el MAP), presenta muchas deficiencias incluso en relación con el alcance de los mecanismos de revisión unilaterales (el tratamiento de los intereses y sanciones queda extramuros del MAP), por no mencionar su «debilidad» estructural a partir de su configuración bilateral y naturaleza no obligatoria para las autoridades competentes a efectos de lograr una solución.

⁵² Cabe puntualizar que la *Amount A* opera sobre el beneficio residual consolidado calculado a partir de una base imponible global del grupo MNE, en tanto que el *transfer pricing* convencional pivota sobre el principio de empresa separada y bases imponibles individuales (o de grupo fiscal) determinadas con arreglo a normativa contable-fiscal local. En este sentido, resulta evidente que la asignación de beneficios con arreglo a unas y otras reglas no estará alineada sino más bien existirá un *mismatch* o asimetría que dependiendo del caso puede generar doble imposición o incluso en algunos casos doble no imposición.

o criterios de asignación en términos de factores de *value creation*⁵³; ello puede plantear problemas para modelizar el *global profit allocation* de las MNE afectadas, aunque es verdad que la regla que excluye la asignación de beneficio residual formularia cuando ya media una asignación de beneficio residual vía *transfer pricing* convencional puede ayudar a mitigar tales problemas.

- En tercer lugar, consideramos **dudoso que la solución que representa el Pilar 1 dote de estabilidad estructural al sistema de fiscalidad internacional del siglo XXI.**

Más allá de lo indicado, cabe destacar que la redistribución del poder tributario que articula el Pilar 1 a favor de los países mercado no está exenta de tensión estructural, dado que tanto los países de residencia de los *headquarters* de las MNE como otros Estados (jurisdicciones intermedias, *investment hubs* y países mercado) competirán por capturar las mismas bases imponibles. A su vez, el limitado ámbito de aplicación del Pilar 1 a dos tipos de actividades y negocios (ADS y CFB), combinado con un amplio *carve-out* (v. gr., sectores extractivos, financiero, construcción de infraestructuras, etc.), crea un «sistema de fiscalidad internacional dual», intensificando su complejidad sin lograr un equilibrio estructural entre países exportadores de capital, tecnología y bienes y servicios y los países fuente-mercado.

En este mismo sentido, no puede perderse de vista que el actual sistema de fiscalidad internacional **requiere de una mejora de sus principios, categorías y reglas fundamentales para hacerlo más «practicable»** por los contribuyentes y gestionable por todo tipo de administraciones tributarias (incluidas las de los países en desarrollo); el modelo de fiscalidad internacional esencialmente bilateral y binario desarrollado históricamente por la OCDE no acaba de encajar con modelos de negocio y cadenas de valor globales o regionales cuyo *profit allocation* se debe articular a escala multi-jurisdiccional y policéntricamente, tal y como ya resulta de algunas de las acciones de BEPS 1.0. Posiblemente, uno de los efectos colaterales del Pilar 1 (en el caso de que se aprobara) vendría dado por un desarrollo del principio de plena competencia, no solo para adaptarlo a las exigencias de simplificación del Pilar 1 (*Amount B*), sino también para adaptarlo a la digitalización de la economía donde, por un lado, la cadena de valor de los grupos de empresas MNE resulta más compleja y fragmentaria, y, por otro, los intangibles y los servicios tecnológicos cada vez tienen más peso y operan de forma más remota diluyendo las necesidades operativas de presencia física en el lugar de prestación del servicio (Schreiber *et alter*, 2020, y Eden, 2020)⁵⁴.

⁵³ Somos conscientes de que el principio de creación de valor y asignación de beneficios al lugar donde se genera tal valor y se realiza la actividad económica carece de contenido concreto y resulta inservible como *benchmark* objetivo para asignar ingresos y gastos en un grupo MNE, más allá de su utilización en sentido negativo (por ejemplo, respecto de *cash boxes*). Vid.: Das (2020), Martín Jiménez (2020) y Hey (2020).

⁵⁴ A este respecto, resultan altamente interesantes las recomendaciones formuladas por la profesora Eden para mejorar la practicabilidad del principio de plena competencia.

Un eventual acuerdo global sobre el Pilar 1 (2021), en términos básicamente coincidentes con el *Blueprint* de octubre 2020, **impactaría de diferente forma sobre los distintos negocios, sectores y grupos MNE**, resultando claramente más afectadas las MNE tecnológicas (ADS) y, en menor medida, las que desarrollan CFB (excluyendo los sectores o industrias que se benefician de un *carve-out*). Asimismo, las MNE (*in-scope*) que posean un modelo organizativo y empresarial más marcadamente «descentralizado» posiblemente experimenten un menor impacto en términos de reasignación de su beneficio residual que aquellas MNE que operen más centralizadamente. Lógicamente, el impacto en términos de global ETR (*effective tax rate*) que pueden experimentar los distintos grupos MNE dependerá de las decisiones políticas que se adopten sobre una serie de cuestiones que afectan por ejemplo al *scoping* (actividades/negocios *in-scope*), a las reglas de segmentación de negocios, el umbral de rentabilidad, o el porcentaje de beneficio residual que es objeto del nuevo derecho de imposición; cabe esperar que tal porcentaje sea modesto, pero no puede despreciarse el impacto estructural derivado de los cambios introducidos por el Pilar 1 en combinación con el Pilar 2. A este respecto, cabe esperar que uno de los resultados del proceso de reforma global del sistema de tributación (corporativo) internacional (Pilares 1 y 2) consista en una elevación apreciable de los niveles de tributación efectiva a nivel global de los grupos MNE y una cierta reducción del *profit shifting* y la competencia fiscal (Keen *et aliter*, 2019); esta mayor tributación del beneficio corporativo redimensiona en cierta medida la relevancia sistémica (recaudatoria y como instrumento de política económica) del IS, alterando así la tendencia experimentada durante las últimas décadas que evidenciaba su pérdida de peso recaudatorio y la crisis estructural que subyacía ante las dificultades que existían para gravar a través del mismo el beneficio corporativo de los grupos de empresas en un mundo globalizado; la combinación de las medidas de los Pilares 1 y 2 de BEPS 2.0 anticipan una línea de política fiscal dirigida a articular un mayor gravamen del capital, lo cual posee múltiples derivadas económicas (v. gr., mayor coste de capital para las empresas, reducción del volumen de inversión empresarial y de los flujos de capital, bienes y servicios a escala global).

La OCDE también se ha referido a las **consecuencias recaudatorias de BEPS 2.0** (OECD, 2020; Bradbury *et aliter*, 2020, Hanappi y Gonzalez Cabral, 2020, y Millot *et aliter*, 2020). En particular, los estudios realizados por tal organización internacional han puesto de relieve cómo la implementación de las medidas recogidas en los dos pilares de BEPS 2.0 supondría un incremento neto de las *global tax revenues* en concepto de aumento de la recaudación a escala internacional del IS entre 50 y 80 mil millones de dólares anuales. Tal reforma en combinación con el régimen americano del GILTI determinaría un aumento de la recaudación global por el IS del 4 % aproximadamente. La aplicación de las medidas del Pilar 1 instrumentaría una transferencia de beneficios de 100 millones de dólares a jurisdicciones mercado, que favorecería a *low, middle and high income economies* en detrimento

de *investment hubs*. Las medidas del Pilar 2 traerían consigo un incremento de la recaudación del IS y una reducción de los incentivos que poseen los grupos MNE a transferir beneficios hacia las jurisdicciones de baja tributación. La OCDE considera que la solución global constituida (eventualmente) por medidas basadas en los dos Pilares favorecería la articulación de un mejor marco para la inversión y crecimiento de la economía global en comparación con la alternativa (no acuerdo), ya que así se evitarían tensiones comerciales (*tariff retaliation*) y «caos fiscal» derivado de un déficit de coordinación fiscal y unilateralismo generador de doble imposición sistémica. La OCDE reconoce, sin embargo, que las medidas BEPS 2.0 –que determinan una mayor tributación de los grupos MNE y un mayor coste de capital para las mismas– tendría un efecto negativo sobre el PIB global muy limitado, estimado en menos de un 0,1 % a largo plazo, en tanto que en el peor escenario representado por la generalización del unilateralismo y *tariff retaliation* el PIB global se reduciría en un 1%.

Algunos economistas (Sullivan, 2020b) han realizado observaciones sobre el estudio de impacto económico de BEPS 2.0 publicado por la OCDE, poniendo de relieve las siguientes ideas: a) que tal estudio no toma suficientemente en consideración la más que probable reacción de las MNE a variaciones significativas de cambios en los diferenciales fiscales (Gücery, 2020); b) igualmente, las diferentes jurisdicciones desarrollan en muchos casos políticas fiscales estratégicas, de manera que cabe esperar que los países que posean un tipo de gravamen del IS por debajo del umbral mínimo lo sitúen a tal nivel neutralizando la aplicación de medidas de Pilar 2 que reasignen bases imponibles infragravadas; ello también puede limitar el efecto de reducción del *profit-shifting* que se asocia al Pilar 2; de hecho, hay autores que consideran que el Pilar 2 puede favorecer la transferencia de beneficios hacia jurisdicciones que alineen su imposición corporativa con la tributación mínima (Lammers, 2020; Boidman, 2020, y Herzfeld 2020e); c) desde el punto de vista geopolítico, se considera que los Pilares 1 y 2 favorecerían principalmente a los grandes países industrializados en detrimento de *tax havens* e *investment hubs*, bajo la hipótesis de que estos no alterarían su «modelo fiscal»; d) los grupos de MNE más impactadas serían aquellas que desarrollen actividades ADS y CFB y obtengan una alta rentabilidad de tales negocios, en tanto que otras grandes empresas con menor rentabilidad o que se beneficien de un *carve-out* no se verán afectadas de forma significativa; se considera que el impacto sobre su (*global*) ETR puede alcanzar un aumento del 5%; e) respecto del impacto sobre la inversión, el crecimiento económico, productividad, innovación tecnológica y la creación de empleo se considera que cualquier estimación comparativa de las dos hipótesis (acuerdo global vs. unilateralismo fiscal y tensiones comerciales) resulta poco consistente desde una perspectiva macroeconómica técnica⁵⁵. También se ha criticado, desde organizaciones empresariales, que se utilicen datos pre-BEPS.

⁵⁵ Hammarstedt *et aliter* (2020) (enfaticando el potencial alto impacto que las medidas de los Pilares 1 y 2 podrían tener sobre el desarrollo económico, la productividad y los procesos de digitalización y agenda digital europea) y USCIB (2020) (que reivindica la utilización de datos post-BEPS/TCJA argumentando que el nuevo marco que resulta de tales «regulaciones» prácticamente elimina, cuando menos para MNE americanas, que se genere renta sujeta a baja o nula tributación).

Se ha observado que, en el último análisis, el principal argumento de la OCDE que fundamenta el Pilar 1 en los términos definidos en el *Blueprint*, pasa por evitar el colapso del sistema que resultaría de una explosión de unilateralismo fiscal y tensiones comerciales (Herzfeld, 2020e)⁵⁶; sin embargo, tal objetivo se logra a través de medidas que van más allá de la adaptación del sistema a la economía digital y solo tratan de equilibrar los intereses de política fiscal y económica de los países más afectados por tales medidas a partir de la localización de la sede de las grandes MNE tecnológicas (EE. UU. y China) con los de los grandes «países mercado» que carecen de un sector empresarial tecnológico en términos comparables (países europeos, por ejemplo); en este sentido, la adaptación del sistema fiscal internacional a la economía digitalizada (modificando nexos y reglas de atribución de beneficios a jurisdicciones mercado) podría realizarse a través de otro tipo de medidas, partiendo de los principios y reglas del sistema actual; ello evidencia no solo una desconexión entre los objetivos del Pilar 1 y los medios utilizados para lograrlos, sino también que el nuevo sistema post-BEPS 2.0 puede traer consigo una erosión innecesaria y perjudicial de los principios fundamentales del sistema actual (*arm's length*) que termine generando enormes costes de cumplimiento y altos riesgos de múltiple imposición e inseguridad jurídica para las empresas afectadas (Bowie *et alter*, 2020).

En este momento **no puede arriesgarse una posición sobre el futuro** de los Pilares 1 y 2 en relación con la conformación de un consenso global suficiente para su aprobación a nivel político por parte de los 137 países que conforman el *BEPS IF* durante el primer semestre de 2021. No obstante, lo que cada vez resulta más claro es que los factores que están impulsando la revisión del sistema fiscal internacional están logrando catalizar un proceso de coordinación internacional con alto impacto en términos de transformación del sistema; en este sentido, el proyecto BEPS (2015) vendría a representar un punto de inflexión que determinó la puesta en marcha de tal proceso y que ahora continúa a partir de la reforma del sistema que pretende articularse a través de las medidas recogidas en los Pilares 1 y 2 (BEPS 2.0). Ni que decir tiene que todo este proceso de transformación del sistema de fiscalidad internacional posee implicaciones de largo alcance que hacen **aconsejable una reevaluación dinámica de la estrategia fiscal** de las grandes empresas que operan transnacionalmente⁵⁷.

⁵⁶ Nótese que el unilateralismo fiscal no solo genera perjuicios y distorsiones no deseadas para los países donde están situadas las MNE tecnológicas, sino también para otros países, exportadores de bienes y servicios, como Alemania o los países nórdicos, que pueden terminar encontrando una nueva barrera (arancelaria) a la comercialización de sus productos en sus principales mercados (*vid.* Hammarstedt *et alter*, 2020).

⁵⁷ En particular, podría resultar recomendable «modelizar» el impacto de los Pilares 1 y 2 sobre la (re)localización del beneficio residual vs. beneficio rutinario del grupo MNE, la sostenibilidad del *transfer pricing* convencional en un contexto de *step-up enforcement* y de revisión global de la imputación de los beneficios/pérdidas, distribución de costes y desarrollo de funciones a la luz del nuevo marco de precios de transferencia post-BEPS 2015, y de las referidas medidas de redistribución formularia del beneficio residual (Pilar 1), considerando igualmente los límites al aprovechamiento de ventajas e incentivos fiscales (Pilar 2).

Este proceso de transformación del sistema de fiscalidad internacional iniciado a través de los proyectos OCDE/G20 BEPS 1.0 y 2.0 tan solo acaba de empezar; los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2 de BEPS 2.0 posiblemente representen un punto de partida que únicamente señalaría la dirección de los «principios» que informarán la transición hacia un sistema tributario internacional distinto (más multilateral regulatoria e institucionalmente que supere el modelo binario fuente-residencia) que podría empezar a cristalizar durante las dos próximas décadas⁵⁸. El sistema de transición se está construyendo a partir de un **modelo de evolución incremental** que se asienta (formalmente) sobre los viejos principios de fiscalidad internacional⁵⁹. Este modelo de transición basado en una reforma incremental generará (eventualmente) problemas de inestabilidad en el sistema, una falta de adaptación

⁵⁸ Ciertamente, como se ha puesto de relieve un modelo de *corporate income taxes market-based* plantea muchos problemas para los países desarrollados que no constituyen grandes mercados, pudiendo generar su «desindustrialización» trasladando las actividades económicas más significativas (I+D+i y fabricación tecnológica) a «países mercado» para facilitar la compensación de ingresos y costes y lograr así una mayor eficiencia fiscal (Fensby, 2020, y Hammarstedt *et alter*, 2020). Igualmente, el mantenimiento de dos sistemas paralelos (pre-BEPS y post-BEPS 2.0) planteará no pocos problemas estructurales a las administraciones y a las empresas, por no mencionar el diferente *timing* de implementación en los distintos países y el desarrollo de enfoques nacionales a tal efecto combinadas con los clásicos e inevitables inercias de competencia fiscal (Larking, 2020).

⁵⁹ No obstante, no puede dejar de señalarse cómo la eventual implementación a escala internacional de las medidas derivadas de los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2 traería consigo una más que significativa erosión de los principios democráticos y de soberanía política-fiscal sobre los que se construyen los Estados modernos, sin que la apelación a una regulación multilateral de los problemas generados por la hiperglobalización a efectos de preservar una parte de tales principios resulte suficiente como fundamento o justificación de la misma (*vid.*: Herzfeld, 2020e) siguiendo la tesis de Rodrik que cuestiona la posibilidad de conciliar de forma efectiva tal hiperglobalización económica con el principio democrático y la soberanía política de los Estados-nación. Igualmente, el carácter incremental del modelo de transición se refiere únicamente a que el nuevo sistema no reemplaza completamente los pilares del sistema pre-BEPS 2.0; sin embargo, resulta claro que algunos de los principios fundamentales del actual sistema (territorialidad en el sentido de no gravamen de renta extranjera activa hasta su repatriación, o el propio principio de gravamen de la renta donde se realiza la actividad y la creación de valor) terminan siendo superados a través de mecanismos que representan una ruptura con tal sistema, de suerte que tal ruptura posee implicaciones de política fiscal de largo alcance; así, una política fiscal basada en la territorialidad fiscal y la *capital import neutrality* queda superada por las medidas de Pilar 2 que determinan el gravamen en un país u otro en función del nivel de gravamen por el país de la fuente; lo mismo acontece respecto de la utilización de incentivos fiscales que instrumenten objetivos legítimos de política económica (y canalicen competencia fiscal legítima y transparente) por parte de los países fuente que puede quedar limitada por las medidas del Pilar 2 que exigen una tributación efectiva mínima (Boidman, 2020, y Hammarstedt *et alter*, 2020). Las limitaciones en el uso de los incentivos fiscales por parte de pequeños países con economías abiertas (por ejemplo, países en desarrollo) puede perjudicar a sus economías y crecimiento económico, de suerte que podrían terminar desplazando tales incentivos a otros ámbitos (fiscalidad de los trabajadores o subsidios directos e indirectos dirigidos a la atracción de actividad económica a sus territorios) generando una nueva forma de competencia fiscal (Lammers, 2020, se refiere a este tipo de efectos como el *dark side of BEPS 2.0*; *vid.* también el informe del ECIPE 2020 (2020), y Boidman (2020a), que llega a proponer que la OCDE elimine el Pilar 2).

de sus principios a la nueva realidad económica y geopolítica, y un déficit de coordinación y cooperación multilateral a efectos de garantizar unos niveles mínimos de seguridad jurídica que permitan resolver de forma efectiva los problemas estructurales de doble imposición que resultan del sistema actual⁶⁰.

Los grupos de empresas MNE se enfrentan al gran desafío de alinear sus modelos y estrategia fiscal a un estado de reforma fiscal permanente multinivel, donde coexisten distintas agendas fiscales (internacionales, regionales y nacionales), en un contexto de alta tensión estructural (a nivel político, comercial y financiero) entre las tendencias políticas multilateralistas (coordinación a través de estándares internacionales) y las políticas nacionales (unilateralismo y populismo fiscal).

La dirección y contenido de las medidas que contienen los *Blueprints* de BEPS 2.0 y su ulterior evolución pueden terminar alterando (además del sistema fiscal internacional) la propia gestión global de los impuestos por parte de las empresas MNE, existiendo una necesidad de evaluar sus implicaciones en los términos ya comentados (impacto sobre el global ETR derivado de la eventual reasignación de bases imposables y los impuestos mínimos, los riesgos de doble imposición y de la gestión estratégica de las potenciales nuevas controversias que resultan del nuevo sistema, etc.). Los potenciales impactos que pueden derivar de las medidas que terminen resultando de BEPS 2.0 van más allá del cometido de la propia función fiscal de las grandes empresas, en la medida en que pueden terminar repercutiendo sobre toda la organización; nótese igualmente cómo algunas de las medidas que pueden terminar resultando del nuevo marco fiscal post-BEPS 2.0 afectan a la dinámica aplicativa de la normativa fiscal por parte de las empresas, toda vez que requieren considerar la aplicación del sistema fiscal internacional de forma global a lo largo y ancho de la cadena de entidades que operan a escala multijurisdiccional, superando un modelo aplicativo que pasaba por la aplicación (unilateral o a lo sumo bilateralmente) de las normativas domésticas de las diferentes jurisdicciones donde se realizan negocios o se lleva a cabo la actividad (física o remotamente) (Foong, 2020).

El viento acaba de empezar a soplar y el *statu quo* fiscal ha dejado de representar el marco de referencia a efectos de definir modelos y políticas fiscales (Morris, 2020). El espíritu de los tiempos conecta con un cambio de paradigma fiscal. La política fiscal cada vez es más internacional, como consecuencia de los procesos regionales de integración político-económica y de la propia globalización económica, pero no puede perderse de vista que, en el último análisis, muchos elementos estructurales de las políticas (comerciales, económicas, sociales, fiscales, medioambientales, energéticas, industriales, etc.) de los diferentes países siguen viniendo determinados por factores e intereses nacionales.

⁶⁰ Avi-Yonah y Clausing (2019), Lammers (2020, January), Fensby (2020) y Larking (2020), entre otros.

Referencias bibliográficas

- Ali, H. (2021, January). P&G Tax Heads Push Alternatives to OECD Digital Tax Effort. *Bloomberg Law News*. 2021-01-15T12.
- Avi-Yonah, R. y Clausing, K. (2019). Towards a 21st Century International Tax Regime. *TNI*, August 26.
- Boidman, N. (December 2020). You Want It Darker? *TNI*, 100.
- Bowie, D.; Freeman, B. y Lamszus, J. (2020). The OECD's Digital Taxation Proposal: A Contradiction of the Original BEPS Project? *Bloomberg Law News*. 2020-11-16T11.
- Bradbury, D. *et alter* (2020). Tax challenges from digitalisation: a global two-pillar solution could increase tax revenues and support economic activity. *oecdecoscope*. blog/2020/10/20.
- Brockman, K. (2020a), Global Tax Dispute Resolution: OECD 2020 Review Ahead. *Bloomberg Law News*. 2020-12-08T08.
- Brockman, K. (2020b). Diverging Digital Tax Approaches Present Rocky Road. *Bloomberg Law News*. 2020-11-30T08.
- Calderón, J. M. (2018). The OECD ICAP: Just a new Multilateral and Cooperative Model of tax control for MNEs? *BIT*, 12.
- Carrol, B. y Mackie, J. (2020). The Changing Headquarters Landscape for Fortune Global 500 Companies. *Bloomberg Law News*. 2020.11.18T11.
- Colliard, J.; Eden, L. y Georg, C. (2021). Tax Complexity and Transfer Pricing Blueprints, Guidelines, and Manuals. *Tax Mgmt.Int'l J.*, 50. 02/05/2021.
- Corwin, M. *et alter*. (2020). Kpmg Report: Summary and initial analysis of Pillar One Blueprint. Kpmg.
- Das, R. (2020). The Concept of Value Creation: Is it Relevant for the Allocation of Taxing Rights? *BIT*, 74(3).
- ECIPE 2020. (2020). *Unintended Consequences: The Impact of OECD Pillar I and II Proposals on Small Open Economies*.
- Eden, L. (2020). The Arm's Length Standard: Making it work for a 21st Century world of MNEs and Nation States. *Global Tax Justice*. Oxford University Press.
- Eden, L. y Treidler, O. (2019). Taxing the Digital Economy-Pillar One is not BEPS 2.0. *Bloomberg Tax Insights*.
- Fensby, T. (2020). Why Sweden Should Lobby for a Temporary OECD-Approved DST. *TNI*.
- Finley, R. (2021, January). Delivering on Tax Certainty is Critical to Pillar 1's Success. *TNI*.
- Foong, A. (2020). OECD's Digital Tax Journey: an Unequal Footing. *Daily Tax Report International*.
- G-20 Leaders Declaration. Riyadh Summit, November 21-22, 2020.
- Gottlieb, I. y Ali, H. (2021, January). Digital Tax Talks Calls for Simplification, More Certainty. *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2021-01-12T08.
- Goulder, R. (2021). The BEPS Gambit: Will the OECD Know when to resign? *TNI*, 101.
- Graetz, M. (2021). A Major Simplification of the OECD's Pillar 1. *TNI*, 101.
- Hammarstedt, C. *et alter*. (2020). *Joint Comments by the Confederation of Swedish Enterprise, the Confederation of Finnish Industries, the Confederation of Danish Industry, and the Confederation of Norwegian Enterprise, on the Public Discussion Drafts: Tax Challenges arising from digitalisation-Reports on Pillar One and Two Blueprints 12 October-14 October 2020*.
- Hanappi, T. y Gonzalez Cabral, A. (2020). The impact of the Pillar One and Pillar Two proposals's on MNE's Investment Costs. *OECD Taxation WP*, 50.

- Hebous, S. (2020). *Global Firms, National Corporate Taxes: An Evolution of Incompatibility*. IMF.
- Herzfeld, M. (2020 July). Fair Taxation in the Eye of the Beholder. *TNI*.
- Herzfeld, M. (2020e, December). Are Pillars 1 and 2 Compatible with Sovereignty and Democracy? *TNI*, 100.
- Herzfeld, M. (2021, February). Resetting Expectations for a Digital Deal under Biden Administration. *TNI*, 101.
- Hey, J. (2020). Taxation Where Value is Created and the OECD/G20 BEPS Initiative. *BIT*, 4/5.
- Higinbotham, H.; Srinivasan, N.; Starkov, V.; Mert-Beydilli, N. y Eden, L. (2021). Amount B: Facts and Circumstances Matter – Even for Routine distributors. *Bloomberg Law News*. 2021-02-05T12.
- Johnston, S. (2020, October). OECD Now Aiming for Global Corporate Tax Reform deal by Mid-2021. *TNI*.
- Johnston, S. (2021, January). OECD Navigates Calls for Simplifying Global Tax Reform. *TNI*.
- Keen, M. *et alter*. (2019). Corporate Taxation in the Global Economy. *IMF*.
- Kpmg. (2020). *Transfer Pricing Analysis of Arm's Length Return to Sales, Marketing & Distribution Activities*.
- Lammers, J. (2020a). OECD Unified Approach Leaves Market Jurisdictions in the Cold. *TNI*.
- Larking, B. (2020). OECD Buried Avalanche of Pillar 1 Tax Reform Comments. *TNI*.
- Martín Jiménez, A. (2020). Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties? *BIT*, 4/5.
- Martin, M. y Bettge, T. (2021). Off the MAP: Dispute Resolution in the BEPS 2.0 Blueprints. *TNI*, 101.
- Millot, V. *et alter*. (2020). Corporate Taxation and Investment of Multinational Firms. *OECD Taxation WP*, 51.
- Morris, W. (2020). The Gathering Storm? The Other side of the Covid Portal. *Bloomberg Law News*. 2020-11-03T07.
- OCDE 2020. (2020). *Tax Challenges Arising From Digitalisation-Economic Impact Assessment*.
- OCDE. (2020a). *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy—January 2020*. OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. OECD. Paris.
- OCDE/G20 Inclusive Framework on BEPS. (2020). *Cover Statement by the Inclusive Framework on the Reports on the Blueprints of Pillar One and Pillar Two*.
- OCDE/G20. (2020). *Tax Challenges Arising from Digitalisation-Report on the Pillar One Blueprint*. Inclusive Framework on BEPS.
- OECD Secretary-General. (2020). *Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*.
- Rodrik, D. (2011). *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*.
- Schreiber, U. *et alter*. (2020). Why the Arm's length Principle should be maintained. *ITPJ*, 27(6).
- Souza, G. de. (2020). Blueprint on Pillar One – What's new and important. *Bloomberg Law News*. 2020-11-03T03.
- Sullivan, M. (2020, March). OECD BEPS Economic Impact Assessment Made Simple. *TNI*.
- USCIB. (2020). *Comments on the OECD Public Consultation Document on the Reports on the Pillar One and Pillar Two Blueprints*.

Vanderwolk, J. (2020, October). OECD Digitalization Project: Now is the Time for Business to Engage. *Bloomberg Law News*. 2020-12-08T08.

Vanderwolk, J. (2020, December). OECD/Inclusive Framework's Digitalization Project: Politics over Policymaking. *Bloomberg Law News*. 2020-10-20T11.

Bibliografía

Ballvet, L. (2020). Use of non-Arm's Length approaches within the Arm's Length Principle: Heading towards a new standard? *ITPJ*, 27(2).

Barnes, P. y Rosenbloom, D. (2020). A Seat at the Table: Thought Leaders Discuss OECD's Plans on Digital Economy Taxation. *TNI*.

Barton, K. (2020). Why Tax – And will remain at the Epicenter of a Covid-19 Recovery. *Bloomberg Law News*. 2020-10-29T14.

Boumans, D.; Fuest, C.; Krolage, C. y Wohlrabe, K. (2020). Expected effects of the US tax reform on other countries: global and local survey evidence. *International Tax and Public Finance*, 27.

Calderón, J. M. (2020). Corporate Tax Governance 2.0. *BIT*, 74(3).

Carmona Fernández, N.; Calderón, J. M.; Martín Jiménez, A. y Trape Viladomat, M. (2020). *Convenios de Doble Imposición. El Impacto de BEPS. Análisis y Evolución de la red española de tratados fiscales*, CISS.

Chand, V.; Turina, A. y Ballivet, L. (2020). Profit Allocation within MNEs in Light of the Ongoing Digital Debate on Pillar 1. *WTJ*, 12(3).

Cody, B.; Foley, S. y Glunt, P. (2020). Transfer Pricing's Brave New World. *TNI*.

Dechsakulthorn, S. *et aliter*. (2020). Treatment of Losses Under OECD Pillars 1 and 2. *TNI*.

Finley, R. (2020, November). OECD's Pillar 1 and 2 Impact Assessments Open to Debate. *TNI*.

González Burgos, V. y González de Frutos, U. (2020). Luces y sombras del Impuesto Digital. *Revista de Contabilidad y Tributación*. *CEF*, 451.

Gottlieb, I. (2020a). Global Tax Rewrite to Raise Up to \$80 Billion in New Revenue (1). *Bloomberg Law News (Daily Tax Report International)*.

Gottlieb, I. (2020b). UN Treaty Change Could Fuel Global Digital Tax Discord. *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2020-10-19T02.

Gottlieb, I. (2020c). Digital Tax Talk Deadline Puts Pressure on Biden Treasury. *Daily Tax Report International*.

Gottlieb, I. y Ali, H. (2020a). Digital Tax Revamp Stalls Over Reach of Multinational Rules (1). *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2020-10-14T05.

Gottlieb, I. y Ali, H. (2020b). Companies Could See Tax Certainty under OECD Plan, at a Price. *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2020-10-14T11.

- Gottlieb, I. y Ali, H. (2020c). Multinationals Weigh Options to Simplify Minimum Global Tax. *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2020-10-13T02.
- Gottlieb, I. y Ali, H. (2020d). OECD Digital Tax Talks Look to Close Major Gaps to get Agreement. *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2020-10-05T04.
- Grinberg, I. (2020). Design of Scope Limitations for OECD Pillar 1 Work. *TNI*.
- Güçery (citado por Finley, R. (2020). OECD's Pillar 1 and 2 Impact assessment Open to debate. *TNI*. Nov. 3.
- Herzfeld, M. (2020a, July). Fair Digital Taxation: In the Eye of the Beholder. *TNI*.
- Herzfeld, M. (2020b, October). OECD Pillars: A Bretton Woods Moment? *TNI, 100*.
- Herzfeld, M. (2020c, November). Looking for Cooperative Tax Policy in a Biden Administration. *TNI, 100*.
- Herzfeld, M. (2020d, November). Selling a Digital Brooklyn Bridge. *TNI, 100*.
- Hirst, A.; Eggleston, T.; Vann, R. y Hu, M. (2020). BEPS 2.0 Blueprints: Caught between two stools? *Greenwoods & Herbert Smith Freehills*.
- Johnston, S. (2020a, October). BEPS 5 Years Later: Action 1 and the Quest to Digital Activity. *TNI*.
- Johnston, S. y Strocko, K. (2021 January). US Must Rethink Stance on Global Tax Reform Deal, Harter Says. *TNI*.
- Khare, A. y Devarajan, S. (2020). Covid-19 and Transfer Pricing Implications for Digital Companies. *Bloomberg Law News*. 2020-09-21T08.
- Lamer, E. (2020). Status quo on Digital Taxation Isn't an Option. *TNI*.
- Lamers, J. (2020). The Dark Side of Pillar 2. *TNI, 100*.
- Minor, R. (2020, October). OECD Draft Blueprint Included a Coordinated End to DSTs. *TNI, 100*.
- Minor, R. (2020a, October). ATAF Publishes DST Guidelines for Africa. *TNI, 100*.
- Parks, B. (2020). Arm's Length: Principle or Cult? *TNI, 100*.
- Robertson, R. (2020). The OECD and the Ticking Clock – What a Delay in Global Agreement May Mean. *Daily Tax Report International*.
- Sarfo, N. (2020, November). The Other Pillar 3. *TNI, 100*.
- Song, M. (2021). The Corporate Tax Revolution is Coming-Are we ready? *Bloomberg Law News*. 2021-02-18.
- Vanderwolk, J. (2020, September). The OECD's Two Tax Pillar son Digitalization – A Multilateral Project in Search of a Shared Purpose. *Bloomberg Tax-Transfer Pricing Report*.