OBSERVATORIO BEPS

SITUACIÓN A 31 DE MARZO DE 2021

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN: PLAN DE ACCIÓN BEPS: ¿DÓNDE ESTAMOS CINCO AÑOS DESPUÉS? 4
ACCIÓN 1: LOS DESAFÍOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA LA TRIBUTACIÓN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONES 8
1 Introducción 8
2 Desarrollo de los trabajos en el marco de la digitalización de la economía 8
3 Propuestas europeas 12
4 Medidas unilaterales 14
5 Valoración crítica 15
ACCIÓN 2: NEUTRALIZAR LOS EFECTOS DE LOS MECANISMOS HÍBRIDOS 17
1 Antecedentes: La acción 2 en el plan BEPS 17
2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español 18
3 Las Directivas Anti-Elusión 19
4 El Real Decreto-ley 4/2021 19
5 Valoración 20
ACCIÓN 3: DISEÑAR NORMAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL EFICACES 22
1 Antecedentes 22
2 Desarrollos habidos en el sistema tributario 22
3 Contexto doméstico 23
4 Valoración 25
ACCIÓN 4: LIMITACIONES A LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS FINANCIEROS 27
1 Antecedentes: la Acción 4 del plan *BEPS* de la OCDE (Limitación de la erosión de la base imponible por la vía de deducción de intereses y otros gastos financieros) 27
2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español 28
3 Valoración 31
ACCIÓN 5: COMBATIR LAS PRÁCTICAS TRIBUTARIAS PERNICIOSAS, TENIENDO EN CUENTA LA TRANSPARENCIA Y LA SUSTANCIA 33
1 Antecedentes 33
2 Desarrollos en el sistema tributario 34
3 Valoración 36
ACCIÓN 6: IMPEDIR LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN 38
1 Antecedentes 38
2 Desarrollos en el sistema tributario 40
3 Valoración 42

Fundación Impuestos y Competitividad. Pº de la Castellana 135, 7ª planta. Madrid 28046. Teléfonos: 917906727 / 649075155

ACCIÓN 7: IMPEDIR LA ELUSIÓN ARTIFICIOSA DEL ESTATUTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE 44
1 Introducción 44
2 Desarrollos en el sistema tributario español 44
3 Valoración 47
ACCIONES 8, 9 y 10: ALIENANDO RESULTADOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y GENERACIÓN DE VALOR 48
1 Antecedentes 48
2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español 49
3 Valoración 52
ACCIÓN 11: EVALUACIONES Y SEGUIMIENTO DE BEPS 54
1 Antecedentes 54
2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español 54
3 Valoración 56
ACCIÓN 12: EXIGIR A LOS CONTRIBUYENTES QUE REVELEN SUS MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA 57
1 Antecedentes 57
2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español 59
3 Valoración 60
ACCIÓN 13: REEXAMINAR LA DOCUMENTACIÓN SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA 61
1 Antecedentes: La Acción 13. 61
2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español. 64
2.1 Derecho UE 64
2.2 Normativa española 65
2.3 Doctrina administrativa y jurisdiccional (en su caso) 65
2.4 Interrelación con otras acciones 66
3 Valoración. 66
3.1 Grado de desarrollo de la acción 66
3.2 Valoración crítica 67
ACCIÓN 14: HACER MÁS EFECTIVOS LOS MECANISMOS DE RESOLUCIONES DE CONTROVERSIAS 69
1 Antecedentes 69
2 Grado de desarrollo e implementación 70
3 Valoración 73
ACCIÓN 15: DESARROLLAR UN INSTRUMENTO MULTILATERAL QUE MODIFIQUE LOS CONVENIOS BILATERALES 74
1 Antecedentes 74
2 Desarrollos normativo 75

3 Aplicación práctica del MLI 78

INTRODUCCIÓN: PLAN DE ACCIÓN BEPS: ¿DÓNDE ESTAMOS CINCO AÑOS DESPUÉS?

(Garrigues)
Luis M. Viñuales

Poco después de que se publicara en octubre de 2015 el paquete de medidas relativo a las 15 acciones del Plan BEPS, se formó un grupo de trabajo en el seno de la Fundación Impuestos y Competitividad (FIC) con el fin de analizar y difundir las propuestas de la OCDE y de la UE para combatir la denominada "planificación fiscal internacional agresiva", junto con una valoración crítica de las mismas. Las reflexiones y ponencias del grupo de trabajo vieron la luz con la publicación de la obra "*Plan de Acción BEPS: una reflexión obligada*" en junio de 2017.

No cabe duda de que los trabajos llevados a cabo en el denominado Marco Inclusivo de BEPS han marcado un antes y un después en la fiscalidad internacional o, más bien, diríamos que fue la voluntad política plasmada en el mandato del G20 a la OCDE para confeccionar este plan de acción la que marcó un claro punto de inflexión.

Esta revolución de la fiscalidad internacional es, sin duda, merecedora de un seguimiento cercano que este grupo de trabajo de la FIC ha ido llevando a cabo en los últimos años a través de lo que hemos denominado "Observatorio BEPS". Como en todo proceso evolutivo dinámico, en ocasiones resulta obligado hacer una parada para reflexionar sobre el estado de la situación, con el objeto de llevar a cabo no sólo un análisis descriptivo de la misma sino también una valoración crítica. Son estas llamadas a la reflexión las que permitirán identificar posibles desviaciones sobre los objetivos marcados y, en su caso, proponer las medidas correctoras que, en último término, redunden en beneficio de la competitividad de la economía y de nuestro tejido empresarial.

Este es el propósito de esta nueva publicación de la FIC, más modesta en extensión pero no menos ambiciosa en objetivos: reflexionar sobre la situación actual de las distintas medidas del Plan de Acción BEPS, describiendo las actuaciones que se han llevado a cabo para su implementación y/o para su trasposición a nuestro derecho positivo y valorando el efecto que las mismas están teniendo en el día a día de la función fiscal de las grandes empresas multinacionales - principales destinatarias de las medidas -, en las actuaciones de la Administración Tributaria y en los pronunciamientos judiciales de nuestros tribunales.

Si tuviéramos que describir en pocas palabras el estado de la situación diríamos que, en líneas generales, la misma responde en buena medida a lo que podíamos prever tras la publicación de las medidas BEPS en octubre de 2015: BEPS ha proyectado una oscura sombra de duda sobre la legitimidad de estructuras internacionales de inversión y financiación e incluso de los propios modelos operativos de los grupos multinacionales, generando un contexto en el que las Administraciones, que velan por que los grandes grupos multinacionales contribuyan a la sociedad con su "*fair share of tax*", salen fortalecidas en su debate frente a estos. Por su parte, como también era fácil prever, la principal preocupación de contribuyentes y asesores es la inseguridad jurídica que esta "permanente sombra de duda" unida a una proliferación de normas complejas y ambiguas genera. A esta preocupación por la seguridad jurídica se añade una honesta intranquilidad por la cada vez mayor exigencia de recursos que la función fiscal de las grandes empresas demanda para poder cumplir adecuadamente con un sinfín de obligaciones de información.

Sirva como Introducción a este compendio de notas sobre la situación actual, a 31 de marzo de 2021, del Plan de Acción BEPS un brevísimo repaso de las 15 acciones que integran el Plan.

La tributación de la economía digital, objeto de la **Acción 1** del Plan BEPS y, sin duda, el germen de toda esta revolución fiscal, es buen ejemplo de lo que acabamos de apuntar. Las jurisdicciones de los mercados han conseguido que se acepte su reivindicación de que una parte de los beneficios de las grandes multinacionales tecnológicas tribute en "destino" (esto es, en las jurisdicciones de los mercados) – ya nadie discute este nuevo paradigma de la fiscalidad internacional o, al menos, nadie lo discute con la suficiente convicción. Pero mientras Administraciones, asesores y contribuyentes dedican enormes esfuerzos en el Marco Inclusivo de BEPS a intentar diseñar un sistema razonable y no excesivamente complejo que acoja este nuevo paradigma de la tributación internacional en destino (nos referimos a los trabajos del denominado Pilar 1), las jurisdicciones de los mercados se impacientan por cosechar los frutos de la batalla "conceptual/moral" que dan por ganada, y despliegan una serie de medidas unilaterales, como los "impuestos sobre determinados servicios digitales", que adolecen de los defectos propios de la precipitación. ¿Cuenta la Administración española con los recursos necesarios para abordar con solvencia proyectos de tanta complejidad como son el Pilar 1 y el IDSD de forma simultánea y en un tiempo record?

Pero si la Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales – IDSD - (resultado actual en España de los trabajos de la Acción 1 de BEPS) es una norma que resultará compleja en su aplicación por su parquedad a la hora de definir los hechos imponibles y la cuantificación de las bases objeto de gravamen, no menos complejas resultarán, pero por ser excesivamente prolijas, las normas destinadas a neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos (**Acción 2** de BEPS). En efecto, España ha optado por una detallada regulación de los numerosos supuestos que pueden darse en el mundo de los mecanismos híbridos, con independencia de que los mismos tengan o no verdadera repercusión en las estructuras de inversión y financiación en España. Nos referimos al reciente Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se regulan las denominadas asimetrías híbridas, cuya lectura y adecuada comprensión no estará al alcance de muchos, o no al menos sin un notable esfuerzo intelectual que tal vez podría haberse evitado.

Los desarrollos de las **Acciones 3 y 4** del Plan de Acción BEPS (Transparencia Fiscal Internacional – TFI - y Deducibilidad de Gastos Financieros) podrían haber dado un respiro a la comunidad fiscal española, en la medida en que nuestra Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) ya abordaba la mayoría de los problemas que las medidas propuestas por estas acciones BEPS pretendían combatir. Sin embargo, la modificación del régimen de exención de dividendos y plusvalías del artículo 21 de la LIS (reducción del importe exento del 100% al 95%) junto con las propuestas de modificación del régimen de TFI del artículo 100 de la LIS en el Proyecto de Ley de Medidas contra el Fraude está generando incertidumbre y preocupación – en particular con la posible aplicación de la TFI a entidades holding extranjeras - que deberán ser objeto de seguimiento por los grupos afectados.

La **Acción 5**, destinada a combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, prestaba especial atención a los regímenes fiscales preferenciales (por ejemplo, los relacionados con el desarrollo y explotación de la propiedad intelectual). Tal vez sea una de las acciones cuyo seguimiento ha generado menos controversia, si bien la legitimidad de las entidades holding sigue siendo una de las áreas en las que no se han establecido criterios claros en derecho positivo, siendo los tribunales los que, mediante la aplicación de normas generales anti-abuso, están perfilando los contornos de cuándo estas

entidades se encuentran legitimadas o no (nos referimos, por ejemplo, a las decisiones del Tribunal de Justicia de la UE en los denominados "casos daneses").

Tal vez en el mundo de las entidades holding la **Acción 6**, destinada a impedir la utilización abusiva de los convenios para evitar la doble imposición (CDI), acabe teniendo un impacto más directo que la propia Acción 5. Así, las medidas propuestas en la Acción 6 contenían la inclusión en los CDI de la cláusua del propósito principal ("Principal Purpose Test" o cláusula PPT por sus siglas en inglés), como finalmente se ha recogido en el Convenio Multilateral resultado de la **Acción 15** y sucrito en junio de 2017 por 76 jurisdicciones (entre ellas, España), el cual modificará multitud de convenios bilaterales sin necesidad de renegociarlos de manera individual. Nuevamente, debemos señalar que no resultará sencillo conocer (y, por lo tanto, aplicar) cómo quedan los textos definitivos de los CDI, por lo que la publicación de textos consolidados "oficiales" sería de gran ayuda.

Llegamos, en este repaso vertiginoso de las 15 acciones del Plan BEPS, a la **Acción 7**, cuyo objetivo es impedir la elusión artificioa del estatuto del establecimiento permanente. Esta acción se encuentra cubierta en el Convenio Multilateral. Si bien este Convenio no ha entrado aún en vigor en España, lo cierto es que la Administración española ya venía interpretando de forma extensiva los supuestos de existencia de establecimiento permanente contemplados en el Modelo de Convenio de la OCDE, y los tribunales habían confirmado en más de una ocasión esa interpretación extensiva con una clara vocación anti-elusiva.

En cuanto a las **Acciones 8, 9 y 10**, todas las medidas propuestas, relativas al ámbito de la valoración a mercado de las operaciones entre partes vinculadas, han tenido su reflejo en las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE. Tanto la mención de la Ley interna a las Directrices como el hecho de que los Tribunales han reconocido el poder interpretativo de las recomendaciones de la OCDE en materia fiscal, hacen que el texto original de las Directrices como sus posteriores cambios (incluyendo los que son consecuencia de las acciones 8 a 10 del Plan), sean actualmente una interpretación válida a efectos del artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

También en materia de precios de transferencia hemos visto como el Informe País por País ("Country by Country Report") – **Acción 13** – es hoy una realidad en España con la aprobación del modelo 232, facilitando a las administraciones información relevante sobre los grupos multinacionales cuyo análisis debería permitir la identificación de posibles distorsiones entre la localización de recursos humanos y materiales y la localización de bases imponibles.

En el campo de las obligaciones de información, merece especial relevancia el seguimiento de la **Acción 12**, dirigida a exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos trasnfronterizos de planificación fiscal agresiva. La Directiva de la UE conocida como "DAC 6"[1] ya ha sido objeto de trasposición en España, mediante la correspondiente modificación de la Ley General Tributaria y, más recientemente, del Reglamento general de los procedimientos de aplicación de los tributos. Se impone a intermediarios y contribuyentes la obligación de reportar a la Administración tributaria transacciones y estructuras con un componente internacional en las que se den determinadas señas distintivas, señas que vienen a ser indicadores de la posible existencia de una planificación fiscal agresiva. Al tiempo de escribir esta Introducción se conocía finalmente la fecha en la que intermediarios y contribuyentes deberán informar por

[1] Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE, por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información

primera vez de estos mecanismos en España (14 de mayo de 2021), poco antes de que tenga lugar el obligatorio intercambio de esta información entre las administraciones de los Estados Miembros, en julio de este mismo año.

Y, en previsión de que todo este complejo entramado de normas que surgen como consecuencia del Plan de Acción BEPS resulte en un incremento significativo de la conflictividad, al menos en una primera fase post-BEPS en la que estructuras existentes con anterioridad serán objeto de escrutinio por las Administraciones, la **Acción 14** pretende hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias. La inclusión y desarrollo de cláusulas de arbitraje para la resolución de los procedimientos amistosos en los Convenios que se vean afectados por el nuevo Convenio Multilateral y en la propia Directiva de la UE sobre Resolución de Conflictos, junto con la denominada "peers review" (o revisión entre iguales) que las administraciones de los distintos Estados llevan a cabo para valorar sus respectivas prácticas en la resolución de conflictos, deberían resultar en una mayor agilidad y eficacia en la resolución de estos procedimientos dirigidos a evitar la doble imposición internacional.

Terminamos este repaso de las acciones BEPS con la **Acción 11**, la cual tiene como objeto, precisamente, la evaluación y seguimiento del Plan de Acción BEPS. Objeto, como vemos, muy similar al que perseguimos en este trabajo del Observatorio BEPS de la FIC, si bien la Acción 11 hará un seguimiento estadístico de los efectos del Plan (v.g. evolución de la recaudación del Impuesto sobre Beneficios, de los tipos nominales, de los tipos efectivos, de la información facilitada a través del Informe País por País, etc.), mientras que el seguimiento que pretendemos hacer en estas notas sobre "la situación de BEPS cinco años después" pretende ser cualitativo y crítico sobre la base de nuestro análisis de las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento y del efecto que, de las mismas, percibimos en empresas, administraciones, tribunales y asesores, esto es, en los cuatro actores principales del escenario de la fiscalidad internacional en España.

El Plan de Acción BEPS: ¿dónde estamos cinco años después? Nos atrevemos a afirmar, sin temor a equivocarnos, que estamos ante un escenario de una complejidad sin precedentes para los cuatro grupos de actores que acabamos de mencionar. Este brevísimo repaso por las 15 acciones del Plan BEPS, a modo de introducción, habrá alertado al lector de la relevancia y complejidad de los retos a los que nos enfrentamos: tributación de la economía digital, medidas unilaterales como los impuestos sobre servicios digitales, asimetrías híbridas, Convenio Multilateral, abuso de convenios, revelación de mecanismos transfronterizos de planificación fiscal agresiva, … Se trata de retos en los que una comunicación fluida y transparente entre contribuyentes, administraciones y asesores se nos antoja más necesaria que nunca para conseguir la tan ansiada seguridad jurídica que redundará en beneficio de la competitividad de nuestras empresas y de nuestra economía.

ACCIÓN 1: LOS DESAFÍOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA LA TRIBUTACIÓN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONES

(EY Abogados)
Ramón Palacín Sotillos

1 Introducción

La digitalización de la economía ha supuesto la aparición de nuevos modelos de negocio y modernización de aquellos preexistentes que generan importantes beneficios que, bajo los estándares clásicos de tributación (v. gr. Convenios para evitar la doble imposición y reglas de atribución de beneficios) no se gravan necesariamente en los territorios donde se generan.

Frente a esta problemática, la comunidad internacional aspira a que las compañías tengan una contribución fiscal justa y de tributación mínima que se pretende instrumentar mediante un giro copernicano al sistema actual, incapaz de sujetar bajo esta óptica de equidad fiscal la digitalización de la economía.

Esta aspiración se materializó inicialmente en 2015 con la publicación de la Acción 1 – "Abordar los retos fiscales de la economía digital"[2] ("Acción 1") del Plan BEPS. El avance de los trabajos en la materia, dispar y descoordinado en sus inicios, ha sido bajo un impulso unificador desde 2018 en adelante, fruto de la preocupación apremiante que supone la digitalización de la economía[3] para la comunidad internacional.

Las reflexiones y propuestas de la Acción 1del Plan BEPS en su configuración original supusieron un punto de inflexión en la revisión de los estándares fiscales internacionales clásicos y que de un tiempo a esta parte se está cristalizando en el conocido como BEPS 2.0 (los mecanismos propuestos para afrontar los desafíos derivados de la digitalización de la economía).

Así las cosas, tras la publicación en 2017 del libro "Plan de Acción BEPS: una reflexión obligada"[4] por esta Fundación, es aconsejable una revisión y actualización de su contenido y particularmente en lo que respecta a la Acción 1. Con este fin, recogemos el testigo de las reflexiones que allí incluíamos para adaptarlas a los últimos desarrollos en la materia como sigue.

2 Desarrollo de los trabajos en el marco de la digitalización de la economía

Tras la publicación original del texto de la Acción 1 y hasta marzo de 2018 se produjo un periodo de cierto estancamiento que culminó con la presentación tanto del informe provisional

[2] OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Editorial OCDE , Paris, https://doi.org/10.1787/9789264241046-en

[3] Nótese que conforme a la evolución de los trabajos en la materia se ha abandonado la concepción de "economía digital" como sector estanco para sustituirse por la "digitalización de la economía" para hacer referencia a la problemática que afecta a una miríada de sectores y modelos de negocio

[4] FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD. "Plan de Acción BEPS: Una reflexión obligada". Ed. Fundación Impuestos y Competitividad, Edición Junio 2017, ISBN 978-84-697-4151-1

de la OCDE en relación con la revisión de los estándares de fiscalidad internacional y su aplicación a la llamada economía digital, así como la publicación de la propuesta de la Comisión Europea en el mismo sentido.

A estos documentos le siguieron una intensa producción de propuestas e informes hasta la fecha cuyo devenir es incierto debido a los vaivenes políticos, comerciales e intereses nacionales contrapuestos en cuanto al alcance y contenido de las distintas medidas propuestas tal y como sigue.

En mayo de 2019, se publicó un programa de trabajo[5] consensuado en el Marco Inclusivo BEPS (129 miembros) de la OCDE que detalla las distintas posibilidades que se barajan para afrontar desafíos fiscales que plantea la digitalización de la economía. Este programa se basaba en los planteamientos propuestos en una *Policy Note* publicada con anterioridad y sus desarrollos vía consulta pública y los comentarios recibidos al respecto.

Este Programa de Trabajo resaltó la necesidad de alcanzar una solución consensuada en la materia antes de enero de 2020. A propuesta de la Secretaría de la OCDE, se publicó en enero de 2020 un "Enfoque Unificado" que aunaba las tres propuestas originales contenidas en el Pilar I y estableció las pautas a seguir para sentar las bases de las futuras negociaciones tanto en el propio Pilar I como el Pilar II. El documento fue aprobado[6] por la OCDE / G20, dando un importante espaldarazo político al proyecto.

A lo largo de 2020, se continuó trabajando en estas iniciativas hasta que, en octubre de 2020, se aprobaron los Informes "*Blueprint*" de los Pilares I[7] y II[8] en donde se recogen diferentes perspectivas respecto a una serie de características, principios y parámetros clave para llegar a la deseada solución común y se identifican las cuestiones políticas y técnicas en las que quedan pendientes diferencias de opinión por resolver.

Tras la publicación de los Informes de los Pilares I y II, se inició una consulta pública respecto a su contenido, recibiendo valoraciones procedentes del sector empresarial, civil y académico para su mejora y perfeccionamiento. Así la OCDE ha renovado sus esfuerzos en alcanzar una solución de consenso fijándose (de nuevo) como fecha límite junio-julio de 2021, propuesta de fechas que cuenta con el apoyo implícito o explícito del G20, la mayoría de los países pertenecientes al marco inclusivo de BEPS o la propia UE.

Pese a la falta de acuerdo actual, sí que existe un relativo consenso en reconocer que la problemática expuesta excede el ámbito de las empresas puramente digitales y cualquiera que sea la solución que se adopte, esta pasa por un alcance no compartimentalizado a los modelos de

[5] OECD (2019), Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, www.oecd.org/tax/beps/programme-of -work-to-develop-a-consensus-solution-to-the- tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of -the-economy.htm

[6] OECD (2020), Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework- on-beps-january-2020.pdf

[7] OECD (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/beba0634-en

[8] OECD (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en

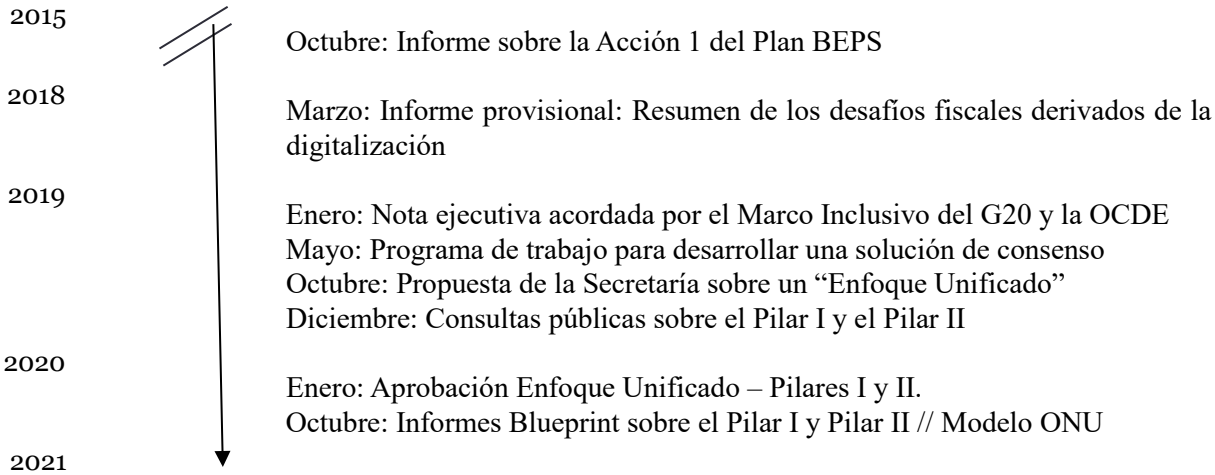
negocio "nativos digitales" y que debe descansar sobre una serie de principios fiscales tales como, la tributación de beneficio neto, simplicidad, seguridad jurídica, no generar doble imposición, etc.

Como alternativa a los trabajos en la materia de la OCDE, a finales de 2020 la ONU publicó su propia propuesta[9] para afrontar la problemática "digital" descrita y donde se propuso la introducción de un nuevo artículo en la Convención Modelo de las Naciones Unidas[10] que otorgaría potestad tributaria en el marco de un convenio bilateral o las jurisdicciones de mercado. Esta propuesta ha sido posteriormente respaldada y se espera su aprobación final en abril de 2021.

En paralelo a todo lo anterior, la UE ha presentado una serie de medidas cuyo objetivo fundamental era la adaptación de la normativa fiscal europea vigente a los desafíos de la digitalización de la economía. Así se propuso una Directiva, que planteaban la implantación de un impuesto digital a nivel europeo que gravase servicios prestados a través de una interfaz digital, y una reconsideración del concepto de Establecimiento Permanente ("EP").

Asimismo, muchos países han comenzado a implantar su propio impuesto digital, de manera unilateral y con carácter transitorio, a la espera de llegar a una solución consensuada en el plano internacional.

Debido a los numerosos documentos y propuestas elaborados desde 2015, a continuación se muestran, para facilidad del lector, los principales hitos de los trabajos en la materia:



[9] Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación: Informe sobre el 21er período de sesiones. Período de sesiones virtual, 20 a 29 de octubre de 2020. UN, E/C.18/2020/CRP.41 https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-10/CITCM%2021%20CRP.41_Digitalization%2010102020%20Final%20A.pdf

[10] Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo.

Objetivo – Mediados 2021: Lograr un acuerdo sobre los temas clave pendientes para solución global de consenso antes de la reunión de Julio de los Ministros de Finanzas del G20.

Enero: Consultas públicas sobre los Informes Blueprint

En este contexto, a continuación, se desarrolla el contenido, alcance e implicaciones de las principales líneas de trabajo a fecha del presente documento, así como otras iniciativas que se incardinan en el marco de los retos de la digitalización de la economía.

En el marco de las soluciones propuestas por la OCDE en la nota de política fiscal publicada en 2019 para modificar las reglas actuales de nexo y atribución de beneficios destaca la propuesta conocida como Pilar I, en el marco de BEPS 2.0.

Esta propuesta, aspira en su configuración actual[11] a aunar las diferentes propuestas discutidas en el pasado y, en definitiva, expandir las potestades tributarias de las jurisdicciones de mercado en aquellos casos donde existe una participación activa y habitual de una compañía en la economía de dicha jurisdicción a través de actividades realizadas (presencial o digitalmente) en la misma.

De forma conexa, se busca reforzar la seguridad jurídica, mediante mecanismos de prevención y resolución de controversias, así como se pretende lograr en última instancia la retirada de las medidas unilaterales relativas al gravamen de negocios altamente digitalizados (v. gr., impuestos sobre servicios digitales o DST) aunque no se precisen qué medidas y cuándo deberían ceder en favor de la solución de consenso.

El Pilar I propone la revisión de las nociones clásicas de EP y el principio de plena competencia, a partir de dos bloques, conocidos como Importe A e Importe B como sigue:

Importe A: una nueva potestad tributaria de las jurisdicciones de mercado sobre una parte del beneficio residual calculado a nivel del grupo multinacional (o el segmento de negocio relevante). Este nuevo derecho de gravamen se superpondría a las nociones clásicas sobre el nexo y la atribución de beneficios aplicándose en sentido extenso y no estaría limitado a un pequeño número de multinacionales en un sector de actividad determinado (pese a las consideraciones sobre su ámbito de aplicación y exclusiones); y

Importe B: una renta fija para ciertas actividades de distribución y comercialización que tienen lugar físicamente en una jurisdicción de mercado, en línea con el principio de plena competencia. De esta forma, el Importe B aspira a estandarizar la remuneración de los distribuidores vinculados que realizan actividades de marketing y distribución en las jurisdicciones de mercado.

Con independencia de las particularidades de cálculo de dichos importes (cuya casuística y aplicación práctica es hipercompleja por la propia naturaleza de solución pactada entre todas las jurisdicciones involucradas) deben destacarse una serie de cuestiones pendientes de la adopción

[11] OECD (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Editorial OCDE, Paris, https://doi.org/10.1787/beba0634-en

de decisiones políticas que presentan una gran incidencia en la configuración de este mecanismo:

Ámbito de aplicación: consecuencia del carácter paccionado del mecanismo, se han identificado dos categorías de actividades que deberían incluirse en el ámbito de aplicación del Pilar I; (i) los servicios digitales automatizados ("ADS"), y (ii) las actividades en estrecha relación con los consumidores ("CFB"). No obstante, aún no se ha alcanzado un consenso en torno al ámbito concreto de estas categorías.

Así mismo, se propone la exclusión de determinados sectores económicos (por razones de política fiscal) entre los que destacan; (i) recursos naturales y energías renovables, (ii) servicios financieros, (iii) construcción de infraestructuras, venta y arrendamiento de propiedad residencial, y (iv) transporte aéreo y marítimo internacional.

Importe de los beneficios para reasignar (i.e., Importe A): queda pendiente de acordarse la parte o cuantía del beneficio residual (del grupo MNE) que sería eventualmente reasignada con arreglo al nuevo Importe A. Este importe o nuevo gravamen depende de la determinación de diferentes umbrales y porcentajes a los efectos del ámbito de aplicación, nexo e imputación de beneficios.

Mecanismos para incrementar la seguridad jurídica: No existe tampoco acuerdo en este aspecto.

Ámbito y aplicación del Importe B: en la medida que la propuesta relativa al Importe B se refiere a un listado estrecho de actividades, se propone ensanchar su ámbito de aplicación y su implementación.

En lo que respecta al Pilar II, la OCDE profundiza en un impuesto mínimo aplicable a las empresas multinacionales.

3 Propuestas europeas

Tras años de infructuoso debate en el seno internacional, la Comisión Europea presentó una Comunicación al Parlamento y al Consejo, el 21 de septiembre de 2017[12] cuyo objetivo era adecuar el sistema impositivo europeo al Mercado Único Digital[13], reconociendo que la actual normativa fiscal no es capaz de afrontar los retos que suponen la digitalización de la economía.

De esta manera, plantea un ambicioso objetivo de actualización de su normativa de conformidad con la evolución del sector tecnológico, cuyo reto fundamental radica en la idea de abordar máxima "los beneficios deberían gravarse donde se genera el valor". En este sentido, pretende buscar respuesta a dos preguntas:

¿Dónde se genera el valor?: mediante el establecimiento de un nexo que determine la jurisdicción donde se crea el valor cuando la presencia es virtual y no física, y, en consecuencia, la competente para someter a gravamen dicho valor.

¿Qué beneficios deberían gravarse?: mediante el establecimiento de un sistema de atribución y cuantificación de los beneficios que se han de someter a gravamen.

[12] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. 21-09-2017. COM (2017) 547 COM (2017) 547/F1 - ES (europa.eu)
[13] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. 21-3-2018. COM (2018) 146 COM(2018)146/F1 - ES (europa.eu)

Aunque la propuesta no se decanta por ninguna solución en particular, expone un escenario de posibles medidas fiscales a corto plazo, mientras pone de manifiesto su voluntad de presentar en el largo plazo una propuesta legislativa a nivel comunitario adecuada a esta nueva realidad.

Así, de manera esquemática, se valoran las siguientes alternativas; (i) la creación de un impuesto compensatorio sobre el volumen de negocio de las empresas digitales, (ii) retención a cuenta sobre las transacciones digitales, y (iii) tasa sobre los ingresos generados por la prestación de servicios digitales o la actividad publicitaria.

Pocos meses después, en marzo de 2018, la Comisión comunica una Propuesta de Directiva, planteándose la consecución de objetivos en el corto y en el largo plazo.

En el corto plazo, y mientras no se alcance una solución definitiva, se plantea la creación de un nuevo impuesto, el "*Digital Services Tax - DST"*, que pretendía gravar el 3% sobre los ingresos brutos generados por la prestación de determinados servicios digitales, bajo el denominador común de que, en ellos, la generación de valor se produce como consecuencia de la interacción de los usuarios en la red. De esta forma, se gravaría el valor que aportan los usuarios a las empresas que realizan ciertas actividades digitales.

Se configura como una imposición sobre las ventas, no como un impuesto sobre sociedades o sobre beneficios, y, por tanto, excluida del ámbito de la imposición directa que se pueda someter a los CDIs. En particular, se gravarían los ingresos derivados de las siguientes actividades:

> Publicidad online.
>
> Intermediación online donde usuarios intercambien bienes y servicios directamente entre ellos.
>
> Transmisión de datos recogidos sobre los usuarios y generados a partir de la actividad de estos en interfaces digitales.

En el largo plazo, se vuelve a abordar el concepto del nexo, planteando una reconsideración del concepto de EP, concretamente mediante la creación de un "EP digital", para los negocios digitales en base a la existencia de una Presencia Digital Significativa, determinada por unas nuevas reglas de localización del beneficio que proporcionaría potestad a los Estados para gravar a aquellas empresas que operan en una interfaz digital.

La Comisión proyectaba la entrada en vigor de la Directiva a partir del 1 de enero de 2020. Sin embargo, pese a contar con un respaldo mayoritario, no se pudo alcanzar un acuerdo concreto debido a la oposición de varios Estados Miembros a la mayoría de las medidas.

A principios de 2020, el acuerdo presupuestario alcanzado por la UE[14] exigía un nuevo gravamen digital como mecanismo de financiación. Dicho acuerdo fijó para junio de 2021 el objetivo de lograr la redacción de una propuesta con aplicación prevista a principios de 2023.

Recientemente, la Comisión Europea abrió una consulta pública sobre el impuesto digital en el marco de su programa para lograr una economía justa y competitiva[15], en la cual se mencionan varias opciones inspiradas en la fallida propuesta de la Directiva de 2018.

[14] EU budget: European Commission welcomes agreement on €1.8 trillion package to help build greener, more digital and more resilient Europe EU budget: European Commission welcomes agreement (europa.eu)

Con esta consulta se abre una oportunidad para que los contribuyentes se pronuncien sobre las cuestiones subyacentes de la fiscalidad digital y las posibles consecuencias que pudiese generar en la política fiscal internacional transfronteriza, la creación unilateral de un impuesto digital europeo que no siga las directrices marcadas por la OCDE.

Finalmente, con ocasión de una reunión informal[16] celebrada el 16 de marzo de 2021 con los ministros de economías y finanzas de la UE ("ECOFIN") se ha puesto encima de la mesa la posibilidad de que la nueva tasa digital europea se configurase como un "*un instrumento independiente, no vinculado a las normas sobre el impuesto de sociedades que se están negociando en la OCDE*"[17]. Por tanto, esta nueva tasa digital propuesta podría separarse del devenir del Pilar I de la OCDE y configurarse como un recurso adicional no vinculado a dichas propuestas armonizadas multilaterales, lo que podría representar un alejamiento significativo respecto del entendimiento hasta el momento de los DST como plan B frente a un eventual fracaso del Pilar I.

4 Medidas unilaterales

Tras el fracaso de la Propuesta de la Directiva europea, y de forma pretendidamente transitoria, varios países de la UE han iniciado de forma unilateral la promulgación de su propio impuesto digital nacional, a la espera de una solución consensuada de las propuestas de la OCDE.

En Europa, los países que han implementado este nuevo impuesto o están en proceso de aprobación son España, Francia, Italia, Hungría, Austria, República Checa y Reino Unido. Por otro lado, se encuentra un bloque que rechaza la implantación de este impuesto, abanderados por Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos y los países escandinavos. En el ámbito internacional, destacan medidas unilaterales aprobadas por Indonesia, Turquía, Australia o la India.

A continuación, se adjunta un cuadro comparativo entre las diferentes medidas aprobadas en países de nuestro entorno.

País	Servicios gravados	Tipo impositivo	Umbrales	Status - entrada en vigor
España[18]	- Publicidad online - Intermediación online - Transmisión de datos	3%	- Ingresos anuales globales >750 M - Ingresos digitales >3M	Enero de 2021 (prórroga de 1º presentación y pago para julio de 2021)
Francia[19]	- Publicidad online - Intermediación online	3%	- Ingresos anuales globales >750 M - Ingresos digitales >25M	1 de enero de 2019 (prorroga de 1º presentación y pago a diciembre de 2020)

[15] A fair & competitive digital economy – digital levy https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12836-Digital-Levy
[16] Orden del día de la reunión informal: https://www.consilium.europa.eu/media/48759/16-vtc-ecofin-agenda.pdf
[17] *João Leão, ministro de Hacienda de Portugal: Videoconferencia informal de los ministros de Economía y Hacienda, 16 de marzo de 2021*
[18] Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales. (boe.es)
[19] LOI n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000038813880/

Italia[20]	- Publicidad online - Intermediación online - Transmisión de datos	3%	- Ingresos anuales globales >750 M - Ingresos digitales >5,5M	1 de enero de 2020
Reino Unido[21]	- Publicidad online - Intermediación online - Transmisión de datos	2%	- Ingresos anuales globales >750 M - Ingresos digitales >5,5M	1 de abril de 2020

5 Valoración crítica

La evolución de los trabajos relativos a la Acción 1 BEPS, génesis del proyecto original, abandonada durante un intervalo y fruto de intensos debates en la actualidad donde se entremezclan política y técnica fiscal, soberanía y globalización ha seguido un camino tortuoso que, parece, finalmente desembocará en un cambio de paradigma de la fiscalidad internacional tal y como la conocemos en la actualidad.

No obstante, a fecha de redacción de este capítulo, estos trabajos constituyen una respuesta inacabada e incompleta cuyo devenir es incierto y pueden verse modificados en aras del requerido consenso. En cualquier caso, la atención y esfuerzos que se le dedican a estos trabajos ponen de manifiesto el fracaso de BEPS 1.0 (i.e., la Acción 1 en sus planteamientos originales) y la acuciante preocupación en torno a los retos que plantea la digitalización de la economía.

La fiscalidad no puede ser ajena a la realidad económica y la revolución digital que ésta experimenta; por ello, consideramos que con independencia de la concreta configuración que finalmente se adopte en todas estas iniciativas, la transición hacia ese nuevo modelo es un camino de no retorno y que se construye sobre los cimientos del modelo actual como enanos a hombros de gigantes.

Esta transición pretendidamente gradual (y, por tanto, aparentemente no tan disruptiva) no está exenta de complicaciones a la par que corre el riesgo de descompasarse respecto de nuevas realidades económicas o incluso no alcanzar los retos que actualmente se plantean en torno a la digitalización de la economía y replicar déficits estructurales no BEPS que el sistema actual de reparto de potestades tampoco es capaz de afrontar. A mayores, esta transición desordenada corre el riesgo de transformar el entorno fiscal internacional en un estado de disrupción permanente no buscado en principio por ninguna de las partes implicadas en su reforma.

Las preocupaciones que el proyecto aspira a atajar se han visto desvirtuadas por la creciente complejidad de las soluciones que se proponen. Se observa que las propuestas en su configuración actual desincentivan su implementación tanto a los actores económicos como a las administraciones tributarias puesto que se incrementarán sustancialmente los costes de

[20] LEGGE 30 dicembre 2018, n. 145 Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021. https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/12/31/18G00172/sg

[21] HMRC internal manual – Digital services tax manual https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/digital-services-tax

cumplimiento y de supervisión fiscal y pueden conducir a un alto nivel de controversia con unos mecanismos insuficientes para evitar / dirimir dichas controversias.

Las propuestas de la OCDE tensionan el frágil equilibrio estructural actual y obligan a los actores económicos a abordar el desafío de adaptar su función fiscal a una realidad normativa cambiante sin que se alcancen, paradójicamente, un enfoque unificado y unas reglas de juego comunes. Sería deseable una propuesta de mínimos, consensuada y acorde a los principios inspiradores[22] de tributación del beneficio neto, evitar la doble imposición, simplicidad para el contribuyente y gestionable para las administraciones tributarias.

No obstante, existe una brecha política y económica en el estado actual de las discusiones entre las jurisdicciones de mercado / en vías de desarrollo frente a jurisdicciones exportadoras netas de capital que deberá reconciliarse en una propuesta verdaderamente unificadora. Prueba de ello son las propuestas paralelas de la ONU, UE o las soluciones unilaterales que, en ausencia de un marco multilateral armonizado, proliferan a la sombra de intereses particulares acrecentado la inseguridad jurídica y dispersión normativa que pretendía evitarse bajo el impulso coordinado de la OCDE. Y aún está por ver si la tasa digital europea enfilará un rumbo propio y cómo podría en tal caso afectar al consenso o a la coexistencia de medidas consensuadas con las medidas unilaterales propias de cada uno de los demás actores.

Con independencia de las preferencias de los autores de este capítulo y los méritos técnicos, políticos o económicos de cada propuesta, no cabe duda de que el panorama fiscal internacional en un futuro cercano constituirá un escenario de análisis fascinante y cuyos desarrollos deberán ser monitorizados por las implicaciones de amplio espectro que presentan.

[22] Cover Statement by the Inclusive Framework on the Reports on the Blueprints of Pillar One and Pillar Two; As approved by the OECD Inclusive Framework at its meeting on 8-9 October 2020. Paragraph 5

ACCIÓN 2: NEUTRALIZAR LOS EFECTOS DE LOS MECANISMOS HÍBRIDOS

(PwC Tax & Legal Services)
Carlos Concha Carballido

1 Antecedentes: La acción 2 en el plan BEPS

Antes de que el proyecto BEPS diera sus primeros pasos, la OCDE ya había comenzado a prestar atención a determinadas herramientas de planificación fiscal que, a resultas del tratamiento fiscal diverso (de ahí el adjetivo híbrido) de un determinado pago o entidad bajo la legislación fiscal de dos (o más) jurisdicciones, daban lugar a una desimposición de rentas.

El Informe Final de la Acción 2, publicado en Octubre de 2015,[23] pretendía dar respuesta a la utilización por parte de algunos grupos multinacionales de estos mecanismos híbridos. En su primera parte, se contenían una serie de recomendaciones para el diseño de disposiciones legales que permitieran poner coto a estas situaciones consideradas perniciosas, recomendaciones que se estructuraban en torno a tres grandes categorías de asimetrías híbridas:

1. "Deducción sin inclusión", que tiene lugar cuando el pago hecho por el contribuyente genera un gasto deducible sin que la recepción de dicho pago genere un ingreso ordinario gravable en sede del receptor.

2. "Doble deducción", producida como consecuencia de que el pago realizado se considera fiscalmente deducible en más de una jurisdicción.

3. "Híbrido importado", que se pone de manifiesto cuando un pago no-híbrido se compensa por el receptor con un pago que dé lugar a una asimetría híbrida, de forma tal que el efecto híbrido se "importa" a través de una jurisdicción intermedia, sin que se llegue a producir una tributación efectiva en sede del receptor último.

Dentro de estas tres categorías, se identificaban diversas tipologías de asimetrías híbridas a las que cumplía dar respuesta. La recomendación se modulaba en cada caso atendiendo al perfil particular del mecanismo híbrido de que se tratase, pero siempre manteniendo una estructura común articulada en torno a una regla primaria y una regla secundaria o defensiva (que debería ser aplicada por la otra jurisdicción en ausencia de respuesta primaria).

La segunda parte del Informe Final incluía una serie de recomendaciones tendentes a evitar que los instrumentos y entidades híbridas fueran utilizados para obtener, de forma inapropiada, los beneficios previstos en CDIs. Se hacía en primer lugar referencia a los potenciales problemas planteados por las entidades con doble residencia, proponiendo el abandono de la sede de dirección efectiva como criterio exclusivo para dirimir situaciones de doble residencia. Se postulaba también ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de los CDIs, incluyendo a las entidades transparentes. Cabe señalar que ambas recomendaciones se plasmaron en sendos artículos del Instrumento Multilateral (Acción 15), habiendo España optado por acoger la segunda pero no la primera, que ha sido objeto de reserva.

[23] OCDE (2015), "*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*", OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en

Concluía la OCDE en 2015 reconociendo la necesidad de asegurar una adecuada coordinación entre las recomendaciones de la primera parte del informe y el Modelo de Convenio Tributario.

Ahora bien, al igual que, en no pocas ocasiones, medidas tributarias aprobadas con carácter transitorio alcanzan una longevidad envidiable, suele suceder también que disposiciones alumbradas con vocación de perdurar no logran hacer honor a la intención con la que vieron la luz. Así, el Informe Final dejó de ser tal en julio de 2017, con la publicación por parte de la OCDE de un segundo informe[24] que ampliaba el alcance del primero ocupándose de los mecanismos híbridos que involucraban a una sucursal o establecimiento permanente.

Estas asimetrías a través de establecimientos permanentes tienen lugar cuando la jurisdicción en la que se residencia la casa central y la del establecimiento permanente aplican reglas distintas para la determinación de la renta atribuible al mismo o incluso cuando una jurisdicción identifica una presencia gravable allí donde la otra jurisdicción no lo hace.

Al igual que estas divergencias pueden dan lugar a situaciones de doble imposición, son susceptibles también de generar situaciones de doble no imposición, que son las que ocupaban al Informe de 2017. Se identificaron cinco tipologías de asimetrías que podían resultar en una doble deducción, una deducción sin inclusión o un híbrido importado. Al igual que en 2015, la OCDE propuso respuestas primarias para cada una de ellas, planteándose también una respuesta secundaria allí donde resultaba apropiado.

2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español

2.1 La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS)

La Acción 2 de BEPS empezó a hacer sentir sus efectos en el panorama normativo español antes incluso de la publicación en 2015 del Informe Final, con la introducción en la LIS de un nuevo artículo 15.j), que consideraba no deducibles aquellos *"gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento"*.

Ya sea por la relativa juventud de la norma, por el limitado alcance de la misma o por la conjunción de ambas circunstancias, lo cierto es que el desarrollo interpretativo por parte de la Dirección General de Tributos –(DGT)- ha sido magro, aunque cabe mencionar, siquiera brevemente, la consulta V0054-20, de 14 de enero. Su interés es doble por cuanto, en primer lugar, los hechos objeto de consulta versan sobre una situación sin componente transfronterizo, en la que un contribuyente del impuesto sobre sociedades hace unos pagos de alquileres a una entidad sin fines lucrativos que declara el ingreso exento en aplicación de su régimen fiscal especial. La DGT-y aquí radica, a nuestro entender, el segundo aspecto interesante de la consulta- concluye que no resulta de aplicación el artículo 15.j, pese a que se produce una situación de deducción sin inclusión ya que *"en la medida en que se trata de una operación de arrendamiento para ambas partes no puede afirmarse que exista una diferente calificación fiscal"*. Entendemos que el hecho de que la DGT base su conclusión en la calificación fiscal del contrato de arrendamiento y no en la exención de la que se beneficia el perceptor de la renta, apuntala la idea, no del todo pacífica, de que el artículo 15.j solo aplicaba a instrumentos híbridos y no a entidades.

[24] OCDE (2017), "*Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*", OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. http://dx.doi.org/10.1787/9789264278790-en

La otra novedad en materia de asimetrías híbridas consistió en una nueva redacción del artículo 21.1 que vedaba la aplicación de la exención a los dividendos cuya distribución hubiera generado un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora. Pese a que la modificación respondía directamente a la obligación de trasponer la modificación de la Directiva Matriz-Filial efectuada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio, también se incorporaba así a nuestro ordenamiento doméstico una de las recomendaciones del Informe Final de 2015 (la 2.1, para ser precisos). Varias son las consultas de la DGT que han interpretado este precepto, generalmente en relación con la recepción por parte de contribuyentes españoles de dividendos procedentes de entidades brasileñas, en las que la distribución de dicho dividendo había generado un gasto deducible (ver, por todas, la consulta V2962-16, de 27 de junio).

Por último, con la aprobación de la Ley 27/2014, también se ajustaron los mecanismos para la eliminación de la doble imposición económica a través de sendas modificaciones en la redacción de los artículos 21 y 32, destinadas a corregir posibles asimetrías híbridas que pudieran surgir cuando el perceptor de un dividendo está obligado, en virtud de un contrato que verse sobre los valores de los que aquel procede, a entregar el importe recibido al titular económico.

3 Las Directivas Anti-Elusión

La Directiva anti-elusión[25], también conocida como ATAD 1 (por sus siglas en inglés), aprobada en 2016, incorpora al Derecho de la Unión algunas de las recomendaciones emanadas del Plan de Acción BEPS, por ejemplo en materia de deducibilidad de gastos financieros, de transparencia fiscal internacional y, también, de asimetrías híbridas. ATAD 1 se quedaba sin embargo a medio camino en la adopción de las recomendaciones incluidas en la Acción 2 ya que, por ejemplo, dejaba fuera de su ámbito de aplicación las asimetrías con terceros países y los híbridos importados.

Estas carencias se subsanarían al año siguiente con la aprobación de ATAD 2,[26] que modifica el contenido de ATAD 1 e incorpora de forma más completa las recomendaciones del Informe Final de 2015, así como las del Informe de 2017. De esta forma, ATAD 2 completa la definición de asimetría híbrida que, además de las situaciones de doble deducción y de deducción sin inclusión, incluye ahora también las asimetrías derivadas de operaciones con establecimientos permanentes, transferencias híbridas, híbridos importados, híbridos invertidos y, finalmente, asimetrías híbridas derivadas de situaciones de doble residencia fiscal, tanto entre Estados Miembros como con terceros países

4 El Real Decreto-ley 4/2021[27]

El artículo 11 de ATAD 1 (en su redacción dada por ATAD 2) requería la trasposición de las normas relativas a las asimetrías híbridas a más tardar para el 31 de diciembre de 2019, debiendo comenzar a aplicarse a partir del 1 de enero de 2020. [28]

[25] Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.
[26] Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países.
[27] Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas.
[28] Como excepción, ATAD 2 da de plazo a los EE.MM. hasta 31 de diciembre de 2021 para la trasposición del artículo 9bis, relativo a las asimetrías híbridas invertidas.

El Ministerio de Hacienda abrió, en marzo de 2019, un plazo de consulta previa sobre la trasposición al derecho español de ATAD 2 y en noviembre de 2020 se publicaba un anteproyecto de ley sometido al trámite de audiencia pública. Posteriormente, sin embargo, el gobierno decidió abandonar el procedimiento legislativo ordinario, aprobando el Real Decreto-ley 4/2021.

Para la adopción de ATAD 2, el Real Decreto-ley 4/2021 modifica tanto la normativa del Impuesto sobre Sociedades como la del Impuesto sobre la Renta de no Residentes –IRNR-, en la que se incluyen explícitamente aquellas situaciones que puedan implicar más directamente a un establecimiento permanente en España de un no residente, mientras que el resto se entienden incorporadas por la remisión que hace la norma de no residentes al IS para la determinación de la base imponible de los establecimientos permanentes.

Un análisis pormenorizado del contenido del Real Decreto-ley 4/2021 excedería con mucho del propósito de este documento, pero sí nos permitiremos apuntar que son objeto de regulación todas las situaciones tanto de deducción sin inclusión como de doble deducción que aparecen en el artículo 2 de ATAD 1. La estructura normativa elegida es, sin embargo, ligeramente distinta a la de la Directiva: así, mientras que en esta se enumeran las distintas situaciones en las que surge un efecto híbrido y, de forma separada, se establecen las reglas primaria y secundaria en función de que aquellas situaciones den lugar a una doble deducción o a una deducción sin inclusión, la norma española ha optado por ir dando respuesta (primaria o secundaria, según el caso) de forma individualizada a cada una de las asimetrías.

Se incluyen también reglas específicas para dar respuesta a las asimetrías importadas (art. 15bis.7), así como las relacionadas con la residencia fiscal (art. 15bis.10) y las transferencias híbridas (art. 15bis.8). No se traspone sin embargo la regla relativa a las asimetrías híbridas invertidas (artículo 9 *bis* de la Directiva). La exposición de motivos del anteproyecto publicado en noviembre de 2019 señalaba que la no trasposición respondía a que la normativa actual ya impide que surjan este tipo de asimetrías pero esta explicación ha desaparecido de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 4/2021.

La norma finalmente aprobada incluye una novedad relevante con relación al texto del anteproyecto. La Directiva contempla una serie de supuestos en los que la existencia de un ingreso de doble inclusión ("IDI") neutralizaría el híbrido permitiendo, por tanto, mantener la deducibilidad del gasto. El anteproyecto solo contemplaba que esa compensación del IDI con el gasto híbrido tuviese lugar en el ejercicio corriente. El Real Decreto-ley 4/2021 permite que dicha compensación tenga lugar también en los ejercicios fiscales que concluyan dentro de los tres años siguientes. Entendemos que esta flexibilización, sin duda bienvenida, obligará a crear una cuenta de deducciones híbridas pendientes de compensar, de manera análoga a lo que sucede con las bases imponibles negativas o los gastos financieros.

5 Valoración

En 2017 manifestábamos el deseo de que la eventual incorporación de la Acción 2 al ordenamiento jurídico español se guiase por los principios de seguridad jurídica, simplicidad en la interpretación y aplicación de la norma y, en definitiva, contribución a la competitividad de la economía y la empresa española.

Justo es reconocer que no eran, ninguno de ellos, objetivos sencillos de alcanzar y que la necesidad de trasponer adecuadamente ATAD 2, constreñía en buena medida la capacidad de actuación del "legislador" español. Dicho lo cual, y sin entrar a valorar la utilización del Real

Decreto-ley como instrumento legislativo para incorporar a nuestro ordenamiento una directiva aprobada hace casi cuatro años, resulta igualmente necesario constatar que la norma que ha llegado al BOE ofrece margen de mejora:

a) A diferencia de lo recomendado por la Acción 2, lo previsto en ATAD y el ejemplo de otras jurisdicciones que nos han precedido en la implementación de normativa reguladora de las asimetrías híbridas (ej. Reino Unido), la norma española carece de reglas de coordinación y prelación. Esto puede dar lugar a situaciones de doble no deducción y/o no deducción con inclusión, es decir, lo opuesto de lo que se pretendía atajar.

b) La norma sobre híbridos importados planteará problemas de aplicación a los contribuyentes y será de muy difícil control por parte de la Administración tributaria. Consideramos que el modelo irlandés (que limita su aplicación a pagos realizados fuera de la UE, por cuanto se asume que, en el caso de pagos a otro Estado Miembro, este tiene la obligación de neutralizar la asimetría híbrida), da adecuado cumplimiento a la obligación de trasposición y se habría ajustado mejor a los principios de proporcionalidad y eficiencia aludidos en la exposición de motivos. El gobierno reconoce allí que no es esperable que *"la casuística sobre asimetrías híbridas objeto de regulación se pueda dar con frecuencia"*, lo que hubiese, en nuestra opinión, justificado una trasposición más comedida de la regla sobre híbridos importados.

c) Si los híbridos no son un problema real en España, tampoco se acaba de entender que el gobierno haya decidido no excluir (como así lo permitía la Directiva) del ámbito de aplicación de la norma, las asimetrías resultantes de determinados instrumentos financieros emitidos con el propósito de satisfacer requisitos de capacidad de absorción de pérdidas aplicables al sector bancario. Lo mismo cabe decir de los pagos realizados por operadores financieros en el marco de una transferencia híbrida introducida en el mercado, que estaban expresamente contemplados en el anteproyecto y han de contentarse ahora con una mención en la exposición de motivos.

Actualización

ACCIÓN 3: DISEÑAR NORMAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL EFICACES

(PwC Tax & Legal)
Roberta Poza Cid / Mar Sánchez Mercader

1 Antecedentes

La Acción 3 del Proyecto BEPS no estableció ningún estándar mínimo, sino que planteó una serie de consideraciones y recomendaciones relativas a los pilares fundamentales que deben conformar la normativa sobre TFI, que otorgarían a la misma una eficacia suficiente al objeto de combatir el traslado de beneficios y el diferimiento a largo plazo de los tributos.

En términos generales, el Informe Final, publicado en octubre de 2015, consideró que no había una única solución válida a nivel global, sino que dichas normas requerían de la adaptación específica por cada país atendiendo a su legislación doméstica y a sus objetivos de política fiscal.

A la fecha de publicación de dicho Informe, la normativa TFI formaba ya parte de la legislación de un buen número de países participantes del Proyecto BEPS. No obstante, lo cierto es que las recomendaciones contenidas en el mismo habrían de resultar de utilidad no sólo a aquellos países que no contaban con normativa TFI y deseaban incorporarla a su legislación doméstica sino también a aquellos otros que, aun disponiendo de la misma, observaban su práctica inaplicabilidad por precisar de una adaptación acorde a la evolución del contexto internacional.

En el ámbito de la UE, tal como se ha hizo con el resto de acciones de BEPS relacionadas con el Impuesto sobre Sociedades (excepto las de precios de transferencia), se adoptó la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior -ATAD-.

Conforme a lo previsto en ATAD, aquellos Estados Miembros que no contaban con normas TFI, o cuyas normas TFI no se ajustaban a los criterios mínimos establecidos en la misma, debían adoptar las disposiciones legislativas necesarias para trasponer su contenido no más tarde del 31 de diciembre de 2018, con fecha de efectos 1 de enero de 2019 siguiendo una de las dos opciones previstas en la Directiva.

2 Desarrollos habidos en el sistema tributario

2.1 Contexto internacional

Conforme a lo recogido en la segunda edición del documento *"Corporate Tax Statistics"*, elaborado por la OCDE y publicado el 8 de julio de 2020, la normativa TFI ha sido implementada por 49 jurisdicciones, de los 122 miembros del marco inclusivo participantes en dicha edición.

Ello supone un incremento de, aproximadamente, un 15% frente al número de jurisdicciones que contaban con dicha regulación al publicarse el Informe Final, donde se indicaba que 30 países, de los 135 participantes en el Proyecto BEPS, contemplaban dichas normas.

Desde una perspectiva comunitaria, cabe señalar que, a la fecha de publicación de la Directiva, eran aproximadamente la mitad de los Estados Miembros los que contaban con dicha normativa. Sin embargo, en la actualidad, la totalidad de tales Estados habrían incluido la regulación pertinente en su normativa doméstica.

3 Contexto doméstico

En España, las normas TFI se introdujeron en los años 90 con la publicación de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y ya en su momento presentaban las características propias de un régimen TFI avanzado.

No obstante, dichas normas sufrieron una modificación sustancial con motivo de la última reforma integral del IS a través de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades que, expresamente, aludía a la lucha contra el fraude fiscal como uno de los motivos que justificaban dicha reforma y añadía que *"(...) resulta esencial incrementar las medidas que favorezcan una efectiva lucha contra el fraude fiscal, no solo a nivel interno sino en el ámbito de la fiscalidad internacional. Precisamente en este ámbito, los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, constituyen una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional. En este marco, la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos, o las modificaciones realizadas en materia de transparencia fiscal internacional u operaciones vinculadas".* Asimismo, al referirse con posterioridad a las modificaciones realizadas en relación con la deducción por doble imposición, señala que el *"tratamiento de las rentas derivadas de la tenencia de participaciones se complementa con una importante reforma del régimen de transparencia fiscal internacional, reestructurándose todo el tratamiento de la doble imposición con un conjunto normativo cuyo principal objetivo es atraer a territorio español la tributación de aquellas rentas pasivas, en su mayoría, que se localizan fuera del territorio español con una finalidad eminentemente fiscal".*

Desde la aprobación de la LIS, los únicos cambios operados en el régimen TFI y, en particular, en el artículo 100 de la citada LIS han sido consecuencia exclusiva de la modificación introducida al artículo 21 de la LIS. Tales cambios surten efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2021.

Así, en la medida en que la exención aplicable en el IS sobre dividendos y ganancias derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades ha pasado a estar limitada a un 95%, ello ha supuesto la introducción de las siguientes modificaciones al citado artículo 100:

a) Dado que los dividendos distribuidos por sociedades que han obtenido rentas sujetas al régimen TFI, objeto de inclusión en la base imponible del contribuyente español, no se integran en la base imponible de dicho contribuyente, la reciente modificación precisa que el importe eximido de tal integración habrá de reducirse en un 5% en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones; ello salvo que concurran determinadas circunstancias que permitirían la exención plena del dividendo correspondiente.

b) Del mismo modo, dado que, para calcular la renta derivada de la transmisión de la participación, el valor de adquisición se incrementará en el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, se correspondan con rentas que hubiesen sido

imputadas al contribuyente español como consecuencia del régimen TFI, la norma precisa que el importe de los citados beneficios sociales se reducirá en un 5% en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones.

Dejando de lado las modificaciones señaladas, que poco tienen que ver con las recomendaciones planteadas por la Acción 3 o con los umbrales mínimos previstos por ATAD, cabe destacar que el 23 de octubre de 2020 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

El citado Proyecto de Ley propone incorporar las siguientes modificaciones al actual régimen TFI:

a) La renta obtenida por establecimientos permanentes en el extranjero del contribuyente residente en España pasa a ser susceptible de imputación en sede de éste ampliándose, por tanto, el alcance de la norma.

   De este modo, ya no es únicamente la renta obtenida por entidades la potencialmente sujeta a las reglas TFI sino que, como hemos apuntado, también quedará sometida a dichas reglas la renta obtenida por establecimientos permanentes.

b) Se incorporan diversos tipos de renta susceptibles de ser objeto de imputación bajo el régimen TFI, conforme sigue a continuación:

   - Renta derivada de las actividades de seguros, crediticias, operaciones de arrendamiento financiero y otras actividades financieras, salvo que se trate de rentas obtenidas en el ejercicio de actividades económicas;

   - Renta derivada de operaciones sobre bienes y servicios realizados con personas o entidades vinculadas, en las que la entidad no residente o establecimiento añade un valor económico escaso o nulo.

c) Se incrementa el umbral para eximir de imputación las rentas derivadas de determinadas actividades realizadas con personas vinculadas, residentes en España, cuando determinen gastos fiscalmente deducibles en sede de tales personas.

   Actualmente, tales rentas no habrán de ser objeto de imputación cuando más del 50% de los ingresos que obtenga la entidad no residente controlada y que deriven de rentas que tengan la misma naturaleza procedan de operaciones efectuadas con personas o entidades no vinculadas. Conforme a la nueva redacción de la norma, se propone elevar dicho umbral a dos tercios de los citados ingresos.

d) Se elimina la excepción vigente relativa a la imputación de dividendos y ganancias de capital derivadas de la transmisión de valores representativos de la participación en el capital o fondos propios de entidades.

   En la actualidad, tales dividendos y ganancias no se imputan cuando los valores poseídos en la entidad correspondiente otorgan, al menos, el 5% del capital de dicha entidad y se poseen durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la

participación, siempre que disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no cumpla los requisitos para calificar como una entidad patrimonial.

La eliminación de esta excepción, junto con la limitación de la exención sobre dividendos y ganancias de capital al 95%, podría suponer un impacto inmediato en aquellos contribuyentes, residentes en España, que participen en entidades holding residentes en países donde tales dividendos y ganancias se encuentren exentos de tributación.

e) Se precisa que el importe de la renta positiva a imputar por el contribuyente se determinará en proporción a su participación en los resultados y, en su defecto, en proporción a la participación en el capital, los fondos propios o los derechos de voto.

f) Se modifica la exclusión del régimen TFI de aquellas entidades residentes en un Estado miembro de la UE cuya constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas para, en su lugar, excluir a aquellas entidades o establecimientos permanentes residentes o situados, según corresponda, en un Estado miembro de la UE o que forma parte del Acuerdo del Espacio Económico Europeo siempre que realice actividades económicas.

Si las modificaciones anteriormente indicadas son aprobadas conforme a su redacción actual, entonces la normativa española pasaría, ahora sí, a ser plenamente conforme con lo previsto en la ATAD.

Cabe destacar que, más allá de tal conformidad, con carácter general, España mantiene un nivel de protección más elevado que el previsto en la propia Directiva como puede observarse, por ejemplo, en relación con (a) el requisito mínimo de tributación que genera el sometimiento a la normativa TFI, o (b) la inclusión de determinados tipos de rentas que no están expresamente referenciadas en la Directiva como susceptibles de ser imputadas.

4 Valoración

Desde la publicación del Informe Final de la Acción 3, un buen número de países han adoptado o modificado su régimen TFI al objeto de acomodarlo a las recomendaciones contenidas en dicha Acción o, en el contexto comunitario, a los estándares mínimos previstos por ATAD; Directiva que, en definitiva, encuentra también su origen en las distintas acciones del Proyecto BEPS.

Está por ver la coherencia que los regímenes introducidos en las distintas jurisdicciones, incluso dentro de la UE, tendrán en la medida en que, como hemos indicado, el Informe Final únicamente plantea recomendaciones y el artículo 7.2 de la Directiva plantea dos opciones de trasposición de la norma TFI. Al respecto, cabe recordar que la Directiva incluye, por un lado, la opción que ha seguido España, consistente en definir un listado de rentas que califican como pasivas y, de otro, una opción por la que simplemente se transparentarán aquellas rentas derivadas de mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal; ésta se trata de una opción mucho menos rigurosa que la elegida por España, que ha sido seguida por estados tales como Bélgica, Holanda o Reino Unido.

En particular, en cuanto respecta a España, habrá de monitorizarse cómo, y cuándo, se implementa finalmente la Directiva, i.e., si se va a mantener la redacción prevista en el actual proyecto de Ley, y el impacto que ello tendrá.

A este respecto, si bien la normativa TFI ha tenido tradicionalmente un componente disuasorio, lo cierto es que, en España, la actual redacción propuesta podría redundar en una aplicación práctica efectiva desde el primer ejercicio de su entrada en vigor; ello como consecuencia de la limitación a la exención de dividendos y ganancias anteriormente mencionada y la imputación de los dividendos y ganancias obtenidos por sociedades holding en el extranjero aun cuando éstas realicen una gestión efectiva de las correspondientes inversiones.

ACCIÓN 4: LIMITACIONES A LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS FINANCIEROS

(Uría Menéndez)
Carlos Durán Haeussler / Alberto Artamendi Gutiérrez

1 Antecedentes: la Acción 4 del plan *BEPS* de la OCDE (Limitación de la erosión de la base imponible por la vía de deducción de intereses y otros gastos financieros)

Como es sabido, los operadores económicos financian su actividad empresarial con recurso a fondos propios (capital social, prima de emisión, reservas y resultados pendientes de aplicación) y fondos ajenos (pasivo no corriente y corriente). La elección de una u otra fórmula de financiación o su combinación no es neutra desde un punto de vista fiscal.

Los fondos ajenos se retribuyen mediante el pago de intereses que, con carácter general, generan un gasto contable deducible a efectos fiscales en el prestatario y un correlativo ingreso contable gravable en sede del prestamista. En cambio, la financiación con fondos propios se retribuye con carácter general mediante el pago de dividendos con cargo al resultado después de impuestos de la sociedad pagadora, motivo por el cual en muchas jurisdicciones los dividendos gozan de un régimen de exención en sede del socio perceptor para evitar que se produzca una doble imposición sobre estos. En un mundo en el que los tipos de gravamen y los regímenes para evitar la doble imposición en el país del pagador y de su perceptor fueran idénticos, la diferencia en el tratamiento fiscal de la remuneración de los fondos propios y de los fondos ajenos en el IS no distorsionaría la decisión de los operadores económicos de recurrir a una u otra vía de financiación. Sin embargo, en el mundo real existen asimetrías que afectan a ambas cuestiones, y estas auspician oportunidades de arbitraje fiscal que acaban determinando las estructuras de financiación de los grupos nacionales y, en mayor medida, de los internacionales, tal y como la experiencia ha demostrado.

Consciente de esta realidad y de las prácticas que acarrea, la OCDE identificó las estructuras de financiación como una de las fuentes potenciales de erosión de bases imponibles más sencillas y habituales en los grupos de sociedades transfronterizos. Este tipo de prácticas, además, podían agravarse al combinarlas con otras prácticas como el uso de instrumentos híbridos (Acción número 2 del plan BEPS) o con la aplicación de condiciones a la financiación entre partes vinculadas que no fueran de mercado (Acciones números 8 a 10 y 13 del plan BEPS).

Respondiendo a todo ello, el 5 de octubre de 2015 la OCDE publicó el informe final relativo a la Acción número 4 del plan BEPS, que buscaba la revisión coordinada de las normativas fiscales nacionales relativas a la deducibilidad del gasto financiero con la finalidad de atajar este tipo de prácticas. Las recomendaciones de la OCDE para alcanzar este fin pueden resumirse en dos puntos:

- Limitar el gasto financiero deducible a una ratio fija (*fixed ratio rule*) de entre el 10 % y el 30 % sobre el EBITDA (*Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization)* o el EBIT (*Earnings before interest and taxes)*. De esta regla se excluyen no obstante los bancos y aseguradoras por las particularidades de su negocio, donde el gasto financiero neto es normalmente negativo (*banking and insurance groups exclusion*).

- Permitir (opcionalmente) varias "reglas de escape" para evitar que la aplicación estricta de la norma anterior llevara a resultaros no acordes con el espíritu de la limitación. Así, se permitió (i) tener en cuenta el nivel de endeudamiento global con terceros de cada grupo multinacional para incrementar el umbral de deducción de gastos (*group ratio rule*) para el supuesto de que un grupo opere efectivamente con altos niveles de endeudamiento con terceros, (ii) introducir umbrales mínimos de deducibilidad (*de minimis rule*) para permitir que las PYMES no se vieran afectadas por la limitación, (iii) arrastrar intereses no deducibles en un año a ejercicios futuros donde existiera capacidad de deducción (*carry forward of disallowed interest*) o incluso anticipar intereses a ejercicios previos (*carry back of disallowed interest*) con sujeción a ciertos límites, o (iv) trasladar la capacidad de deducción de intereses sobrante de un ejercicio a ejercicios futuros. La OCDE permitió finalmente introducir normas adicionales (*targeted rules*) para facilitar la consecución de los objetivos del plan BEPS.

Además, en relación con las ya mencionadas las operaciones de financiación entre partes vinculadas y dada su particular problemática, la Acción número 4 del plan BEPS preveía una labor de seguimiento que acabó concretándose en el documento "*Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions; Inclusive Framework on BEPS: Action 4, 8-10*". Este documento contiene guías para la aplicación de los principios relativos a los precios de transferencia en este tipo de operaciones financieras, cuya explicación y desarrollo se ha incorporado en el capítulo "Acciones 8, 9 y 10 de este mismo escrito.

2. Desarrollos habidos en el sistema tributario español

El ordenamiento jurídico español fue pionero en la implementación de limitaciones a la deducibilidad de gastos financieros, adelantándose incluso a la propia Acción número 4 del plan BEPS y, en muchos puntos, a los desarrollos que de ella se derivaron en el ámbito de la UE por medio de la Directiva ATAD.

En efecto, las primeras medidas alineadas con la Acción 4 fueron en realidad anteriores al propio plan BEPS. Así, por medio del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, se introdujeron varias limitaciones que posteriormente fueron reforzadas y ampliadas con efectos desde el 1 de enero de 2015 (por tanto, antes de la publicación del informe final relativo a la Acción número 4 del plan BEPS) al entrar en vigor la actual LIS.

Este es el régimen que sigue vigente hasta la fecha y que pivota sobre una limitación general a la deducibilidad de los gastos financieros netos a un 30 % del "beneficio operativo", concepto que se define en la propia LIS y que es similar al concepto económico-financiero de EBITDA, si bien con una serie de ajustes establecidos en la propia normativa. En concreto, el beneficio operativo a estos efectos es equivalente al resultado de explotación (o EBIT) más: (i) la amortización del inmovilizado; (ii) la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras; (iii) el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado; y (iv) los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio que representen, al menos, el 5 % del capital social de la entidad en la que se participa. En línea con las previsiones de la Acción número 4 del plan BEPS, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la norma las entidades financieras y aseguradoras.

No obstante, se permite deducir en todo caso el importe de un millón de euros por contribuyente (*de minimus rule*), o la parte proporcional de este millón de euros que corresponda cuando el periodo impositivo es inferior a un año de duración. En el caso de los grupos de consolidación

fiscal, no obstante, el límite de 1.000.000 euros es único para todo el grupo, dado que se trata de un único contribuyente. Con esta regla se excluye de la limitación en la práctica a las pequeñas y medianas empresas, cuyo componente internacional es muchas veces limitado y por lo tanto no tienen la capacidad de erosión de bases imponibles nacionales que tendrían las grandes empresas.

Asimismo, los intereses no deducibles en un periodo impositivo pueden deducirse en ejercicios futuros donde existiera capacidad de deducción (*carry forward of disallowed interest*) sin límite temporal. Además, en el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad, salvo que esta disolución sea consecuencia de una operación de reestructuración, no existirá límite a la compensación de estos intereses (no se aplica la regla general).

También es posible arrastrar el "beneficio operativo" sobrante (capacidad de deducción de intereses sobrante) a los cinco periodos impositivos siguientes. Respecto de esta posibilidad de arrastre hacia el futuro es importante señalar que la Administración (Nota nº 1/15, de 3 de febrero de 2015, Relativa a la Limitación de Gastos Financieros Prevista en el Artículo 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria) considera que este beneficio operativo sobrante se aplica con preferencia a la franquicia de un millón de euros (*de minimis rule*).

El sistema se completa con dos normas o previsiones específicas (*targeted rules*). La primera se aplica al gasto financiero derivado de compraventas de acciones o participaciones apalancadas intra-grupo —artículo 15.h de la Ley del IS—, que solo es deducible cuando se acredite la existencia de motivos económicos válidos para la realización de tales operaciones de adquisición. Lo que constituyen motivos económicos válidos a efectos de esta norma no está claro, si bien la exposición de motivos de la norma que lo introdujo (Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo) hacía mención a "*supuestos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de su adquisición a terceros*" o bien supuestos en los que "*se produce una auténtica gestión de las entidades participadas*". La Administración, no obstante, ha sido reacia a admitir la existencia de motivos económicos válidos, salvo cuando se produce una adquisición de terceros y la finalidad de la operación es redistribuir la carga financiera con terceros que se encuentra a nivel de la matriz (Consultas V5023-16, de 18 de noviembre o V5070-16, de 22 de noviembre) o en el marco de una adquisición a terceros parcialmente financiada con deuda que luego es redistribuida mediante compraventas apalancadas intragrupo (Consulta V0775-15, de 10 de marzo).

La segunda se aplica (—artículo 16.5 de la Ley del IS—) cuando (i) una sociedad adquiere las acciones o participaciones de otra entidad (aunque sea una entidad independiente) recurriendo total o parcialmente al endeudamiento para su adquisición (*leveraged buyouts*); y (ii) en el lapso de cuatro años desde la adquisición de las participaciones, la sociedad que adquirió estas se fusiona con la sociedad adquirida, o bien la sociedad adquirida se incorpora al mismo grupo de consolidación fiscal que la adquirente.

No obstante, aunque concurran los dos requisitos descritos, la limitación no se aplica durante el ejercicio fiscal en que se adquiere la sociedad si al menos el 30 % de la operación se financia con capital (o, viceversa, si la adquisición se financia con deuda, como máximo, en un 70 % del precio de adquisición). Asimismo, tampoco aplicará este límite en los periodos impositivos siguientes, siempre que el endeudamiento inicial no hubiera superado el 70% del precio de adquisición y el importe de la deuda se minore proporcionalmente en cada uno de los ocho años siguientes en una cantidad tal que permita reducir la deuda al 30 % del precio de adquisición al finalizar estos ocho años.

La interpretación que la Administración dio a esta última regla de escape fue inicialmente bastante restrictiva (especialmente en relación con el cómputo del endeudamiento para verificar si este superaba o no el 70% del precio de adquisición). Así, en un principio (Consultas V1664-15, de 28 de mayo y V3503-15, de 13 de noviembre), cuando se adquiría una sociedad en distintos tramos, solo se permitía computar conjuntamente el nivel de endeudamiento de lo adquirido "*en unidad de acto*" en la misma fecha. Más adelante (Consultas V3462-16, de 20 de julio y V0052-17, de 13 de enero) se permitió considerar en "unidad de acto" a operaciones que derivaran de un mismo acuerdo contractual encaminadas a un mismo fin, aunque no se hubieran realizado en la misma fecha. Sin embargo, seguirían fuera de la regla de escape situaciones en las que, por ejemplo, se adquiere el 50% de una sociedad con fondos propios y, transcurrido un tiempo y sin que existiera ninguna relación con la anterior adquisición, se decide adquirir el 50% restante con un endeudamiento superior al 70% incluso aunque el endeudamiento medio de las dos operaciones estuviera significativamente por debajo del 70% e incluso del 30%.

En caso de concurrir los dos requisitos señalados previamente y no resultar aplicable la regla de escape, los gastos financieros generados por la entidad adquirente como consecuencia de la deuda que contrajo para adquirir las participaciones en la sociedad adquirida solo pueden ser deducidos con el límite del 30 % del beneficio operativo propio de la sociedad adquirente. Dicho de otro modo, la sociedad que se fusione o se una al mismo grupo de consolidación fiscal que la adquirente no puede aportar su beneficio operativo al de la adquirente para que esta última pueda deducirse los intereses que se deriven de la deuda de adquisición. Cabe además matizar que, en este caso, no opera la franquicia de un millón de euros de gasto financiero deducible.

En vista de lo anterior, se puede comprobar que España ya había implementado los elementos esenciales de la Acción 4 del plan BEPS (y, de hecho, de forma más restrictiva) antes incluso de que esta fuera publicada en su versión definitiva. De hecho, España incorpora la mayoría de recomendaciones de este documento, con la notable excepción de que no se ha incorporado una *group ratio rule* que habría permitido adaptarse a la situación concreta de aquellos grupos mercantiles que operen con niveles altos de endeudamiento con terceros. Por esta razón no resultó necesario transponer la acción a nuestro ordenamiento jurídico.

Tampoco será necesaria por el momento una transposición específica de la Directiva ATAD en esta materia dado que esta reproducía en esencia lo señalado en la Acción 4 del plan BEPS y España ya había traspuesto el contenido mínimo obligatorio de la misma. Solamente existían dos puntos que no parecían totalmente armonizados:

(i) el concepto del EBITDA, donde la norma española, además de referirse al "beneficio operativo" (concepto similar, pero no equivalente) no excluye las rentas exentas, como exige la Directiva ATAD (es más, se permite incorporan al EBITDA determinados dividendos y ganancias de capital exentos del IS y que no se incorporan al EBITDA a efectos contables)–.

(ii) la ausencia de límite a la deducción de gastos financieros en el ejercicio en que el contribuyente es disuelto sin ser consecuencia de una operación de reestructuración, dado que ni la Acción 4 del plan *BEPS* ni la Directiva ATAD hacen referencia a esta posibilidad.

Aunque en principio estas discrepancias deberían haber sido corregidas antes del 1 de enero de 2019, la Directiva ATAD preveía en su artículo 11.6 expresamente que aquellos Estados miembros con reglas específicas para prevenir el riesgo de evasión en vigor el 6 de agosto de

2016 que garantizaran un nivel similar de protección al previsto en la Directiva ATAD, podrían seguir aplicando estas reglas hasta el primer año fiscal completo que siguiera a la publicación en la correspondiente página web del acuerdo de los miembros de la OCDE sobre el mínimo estándar de la acción 4 del plan BEPS, o hasta el 1 de enero de 2024, lo que sucediera antes. En este sentido, la Comisión Europea admitió el día 7 de Diciembre de 2018[29] que la norma española garantizaba este nivel de protección y, en consecuencia, por el momento no resulta necesario modificar esta. De hecho, el Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal que se tramita al tiempo de la redacción de estas líneas -LMPLFF-, que entre otras cosas recoge la transposición de la Directiva ATAD, menciona en el apartado III de su exposición de motivos esta circunstancia para justificar la no transposición completa de esta directiva.

Interrelación con otras acciones

- La Acción 4 guarda relación con la Acción 2 (Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos) en tanto que un número relevante de mecanismos híbridos operaban precisamente permitiendo la generación de gasto financiero fiscalmente deducible en la jurisdicción deudora sin que se generara un correlativo ingreso financiero tributable en la jurisdicción acreedora (deducción sin inclusión, ya sea directa o a través de su importación -híbridos importados-).

- También existe relación con las acciones relativas a precios de transferencia (acciones 8 a 10 y 13) en la medida en que el gasto financiero que genera la financiación intragrupo también es una fuente potencial de erosión de bases imponibles cuando esta financiación no se produce en términos de mercado.

3 Valoración

Como se ha apuntado, el grado de implementación y desarrollo de la Acción 4 del plan BEPS en la normativa española fue pionero y profundo. España decidió incorporar a su ordenamiento la práctica totalidad de las medidas apuntadas por la Acción 4 del plan BEPS y lo hizo, además, de forma restrictiva. Precisamente por ello, la adaptación comunitaria de la Acción 4 del plan BEPS que se llevará a cabo mediante la trasposición de la Directiva ATAD con la aprobación de la LMPLFF no requiere modificaciones sustantivas inmediatas de la normativa prevista en la LIS a este respecto.

De lege ferenda, transcurridos nueve años desde que se aprobaron las primeras limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros por medio del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, y cinco desde la publicación del documento definitivo de la Acción 4 del plan BEPS, cabría plantearse si el legislador español debería flexibilizar la rigidez de las restricciones en vigor haciendo uso del margen de maniobra ofrecido por la Directiva ATAD. Con toda probabilidad, la pérdida de recaudación en el IS que de ello se derivaría se vería compensada, con creces, por la mejora de la competitividad del sistema fiscal español y, por extensión, del marco jurídico-fiscal aplicable a las empresas de nuestro país.

Esta era precisamente una de las observaciones que apuntábamos en el documento original preparado a propósito de la Acción 4 del plan BEPS y en la que, a la vista de las opciones de mínimos seguidas por las legislaciones de los países de nuestro entorno, nos reafirmamos. En este sentido, la LMPLFF es una oportunidad perfecta para llevar a cabo esta labor, teniendo en

[29] EU Notice on national interest limitation measures considered equally effective to Article 4 of the Anti-Tax Avoidance Directive

cuenta las dificultades que atraviesan nuestras empresas y que España es uno de los países que menos estímulos fiscales ha introducido en la OCDE para paliar los efectos de la actual crisis económica, sanitaria y social.

En concreto, debería valorarse por ejemplo incrementar el umbral mínimo de deducibilidad (*de minimis rule*) hasta los 3 millones de euros permitidos por la Directiva ATAD, o excluir de su ámbito de aplicación a los agentes económicos que no formen parte de un grupo, o a quienes puedan demostrar que su endeudamiento se produce en términos de mercado (incluso aunque la carga de la prueba descanse en el contribuyente). También debería valorarse la introducción de límites referidos al grupo (*group ratio rule*) para permitir que quienes opten libremente por desarrollar su negocio con altos niveles de apalancamiento frente a terceros sin motivación fiscal no se vean penalizados respecto de otros modelos de negocio igualmente válidos.

ACCIÓN 5: COMBATIR LAS PRÁCTICAS TRIBUTARIAS PERNICIOSAS, TENIENDO EN CUENTA LA TRANSPARENCIA Y LA SUSTANCIA

(Cuatrecasas)
Andrés Sánchez / Diego Arribas

1 Antecedentes

Planteamiento

La Acción 5, con el título "Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia", tenía asignado un rol particular dentro del Plan BEPS: sentar las bases y reglas de juego para lograr una adecuada competencia fiscal entre los diferentes países. Juega también un papel clave como una de los cuatro Acciones que forman parte del estándar mínimo.

La razón de ser de esta Acción se encuentra en la identificación de una suerte de competencia fiscal desleal o "*tax dumping*" entre los diferentes países, cuyas consecuencias, lejos de generar riqueza, llevaban simplemente a tipos impositivos cercanos a cero y a una distorsión en la localización del capital y los servicios. Por ello, la Acción 5 se justifica en la necesidad de establecer parámetros y requisitos comunes a nivel global para limitar con ello la posibilidad de que las compañías utilicen de manera perniciosa las asimetrías entre las diferentes normas y acuerdos aprobados por los países. No se trataba de instar a su abolición, sino de acordar en qué condiciones mínimas estos deben otorgarse para evitar que generen una competencia que dé pie a la realización de prácticas fiscales perniciosas.

En particular, la Acción 5 centró su enfoque en dos ámbitos en relación con las cuales la OCDE detectó estas prácticas fiscales que podrían considerarse perniciosas: los regímenes preferenciales y los acuerdos con las administraciones tributarias.

Regímenes fiscales preferenciales

Son regímenes fiscales preferenciales los que ofrecen condiciones fiscales ventajosas para las sociedades que desarrollen determinadas actividades, y que por lo tanto suponen un incentivo para su deslocalización. El acuerdo internacional pasó por considerar adecuado el establecimiento de incentivos fiscales cuando estos se vincularan con la realización de una actividad económica sustancial.

La Acción 5 concretó en dos ámbitos esta idea de sustancia como circunstancia que justifica la aplicación del incentivo fiscal. Por un lado, dedicó una especial atención a los regímenes relativos a la propiedad intelectual. Frente a los enfoques basados en la creación de valor o en el ámbito de los precios de transferencia, el planteamiento aceptado a nivel internacional se basó en la relación existente entre los ingresos y los gastos vinculados con el desarrollo del activo intangible (*nexus approach*). Así, los beneficios fiscales asociados al régimen únicamente deben resultar aplicables a las rentas obtenidas de la explotación de la propiedad intelectual en función de la proporción existente entre los gastos cualificados (esto es, los gastos efectivamente soportados por el contribuyente en la generación del intangible) y los gastos totales (se adicionan a los anteriores, esencialmente, los relativos al coste de adquisición a terceros y a la subcontratación con partes vinculadas).

Por otro lado, la Acción 5 llevó a cabo un repaso por las condiciones de sustancia que justificarían la aplicación de regímenes preferenciales a otras actividades: servicios centrales de gestión, coordinación o control para un grupo o área geográfica (*headquarters regimes*); intermediación y distribución (*distribution regimes*) y prestación de servicios auxiliares a otras empresas del grupo (*service center regimes*); financiación de las actividades de compañías del grupo o de terceros (*financing or leasing regimes*); gestión de fondos (*fund management regimes*); actividad bancaria y de seguros (*banking and insurance regimes*); actividad naviera (*shipping regimes*); y tenencia y gestión de activos, entre los cuales se encuentran las participaciones en entidades (*holding regimes*).

Acuerdos con las administraciones tributarias

La Acción 5 también abordó aborda los acuerdos con las administraciones tributarias o *tax rulings*, y los efectos fiscales negativos que estos acuerdos con las diferentes administraciones locales pueden generar a nivel global. La solución acordada en la OCDE fue promover el intercambio de información sobre ciertos acuerdos, como un instrumento que permita la coordinación entre administraciones. Estos acuerdos fueron únicamente los *tax rulings* específicos para determinados contribuyentes que los solicitan (*taxpayer-specific rulings*); en esencia, *advance tax rulings* o ATR (recogen cuáles son las consecuencias fiscales bajo un supuesto de hecho consultado por el contribuyente, y que resultan vinculantes para éste en su relación con la Administración tributaria) y *advance pricing arrangements* o APA (se establecen cuáles son los criterios aplicables para determinar la valoración de transacciones bajo los principios de operaciones vinculadas durante un periodo de tiempo). Quedaban fuera de este ámbito los *rulings* generales (esto es, que no resultan de aplicación a un determinado contribuyente, sino que suponen la publicación de criterios administrativos genéricos) y cualquier acuerdo alcanzado en un procedimiento inspector con un contribuyente si éste no hace referencia al tratamiento de beneficios futuros.

En todo caso, se propusieron una serie de buenas prácticas con el objetivo de reforzar la transparencia en cualquier tipo de acuerdo con la Administración tributaria.

2 Desarrollos en el sistema tributario

Impacto normativo

a) Normativa de la UE

En el ámbito comunitario, la Acción 5 del Plan BEPS puede vincularse con la Directiva (EU) 2015/2376 (también conocida como DAC 3), que modificó la Directiva (EU) 2011/16 sobre cooperación administrativa (DAC), para establecer el intercambio automático de acuerdos previos con efecto transfronterizo y de acuerdos previos sobre precios de transferencia. En este sentido, el considerando 13 de la DAC 3 incluye una referencia expresa a los trabajos en este ámbito dentro del Plan BEPS y a la necesidad de trabajar en estrecha colaboración y coordinación con la OCDE.

Respecto a los regímenes fiscales preferenciales, especialmente en relación con el *patent box,* se trata de una cuestión a la que la Comisión Europea ya había prestado atención en el pasado (véase el papel de trabajo nº52, "Un estudio sobre los incentivos fiscales al I+D" de 2014, accesible aquí), y de hecho el Grupo del Código de Conducta acordó en Noviembre de 2014 que los regímenes comunitarios de *patent box* deberían evaluarse de acuerdo con el criterio del nexo acordado en el seno de la OCDE (accesible aquí). Sin embargo, en puridad, este enfoque no se

ha trasladado a ninguna medida de armonización; en concreto, a diferencia de otras Acciones, no forma parte de la Directiva ATAD.

b) Normativa interna

En el ámbito doméstico, el impacto más directo de la Acción 5 debe ponerse en relación con la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles regulada en el artículo 23 de la LIS. Este beneficio fiscal fue introducido por la Ley 16/2007 y objeto de una modificación posterior (operada por la Ley 14/2013). Pese a que entre los requisitos para su aplicación se incluía la necesidad de que el contribuyente hubiera creado los activos intangibles objeto de cesión (al menos en un 25% en las últimas redacciones), en su análisis comparativo la OCDE determinó que el régimen español no era totalmente acorde con el criterio del nexo.

Como consecuencia de ello, la Ley 48/2015 de Presupuestos Generales para el año 2016 modificó la LIS para adaptar el artículo 23 al estándar de la Acción 5. Si bien se mantuvo el porcentaje de reducción en un 60%, se introdujeron algunas modificaciones cuyo objetivo era el alineamiento con las propuestas acordadas en la UE y en la OCDE (como reconoce la propia exposición de motivos de la Ley 48/2015). En concreto, puede destacarse el establecimiento del criterio del nexo, y el uso de la previsión contenida en la Acción 5 sobre la posibilidad de incrementar los gastos cualificados en un 30% (siempre que ello no determine que el numerador sea superior al denominador del citado cociente).

La Ley 6/2018 de Presupuestos Generales para el año 2018 también justificó la modificación del artículo 23 de la LIS en la adaptación a los estándares BEPS (se menciona expresamente la Acción 5 y el *nexus approach*), si bien lo cierto es que esta norma se centró en el ámbito objetivo de la reducción y en aclarar algunos conceptos, pero el cambio de enfoque fue introducido por la norma anterior.

Respecto a otros regímenes especiales, desde el prisma español puede destacarse el caso de los regímenes de sociedades holding y el criterio de sustancia establecido en la Acción 5. En este caso el impacto es más bien indirecto, en el sentido de que confirma que la concreción de las circunstancias relativas a la sustancia requerida en la actividad de tenencia y gestión de participaciones (según ha sido interpretado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia en España[30]) se adecúa al estándar internacional, pues este solo exige que la entidad disponga de los medios materiales y personales necesarios para la gestión de las participaciones sin definir exactamente en qué consisten estos medios. Simplemente se excluyen las entidades meramente instrumentales (*letter box and brass plate companies*).

En todo caso, la creciente atención a los regímenes fiscales preferenciales como fuente de efectos perniciosos, que puso de manifiesto la Acción 5 del Plan BEPS, se advierte también en el Proyecto de LMPLFF. En concreto, la propuesta modificación a la disposición adicional 1ª de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, pretende la inclusión en el concepto de jurisdicción no cooperativa, no solo los países y territorios, sino también los regímenes fiscales perjudiciales[31]. En la definición de estos se tendrá en cuenta los criterios del Código de Conducta en materia de Fiscalidad Empresarial de la UE o del Foro de Regímenes Fiscales Perjudiciales de la OCDE.

[30] Por todas, resolución de la DGT V3370-16.

[31] Podría plantearse que esta introducción no supone una adición totalmente novedosa, si se repara en que el listado original de paraísos fiscales del Real Decreto 1080/1991, de 5 julio, incluye el Gran Ducado de Luxemburgo, únicamente por lo que respecta a las rentas percibidas por las Sociedades a que se refiere el párrafo 1 del Protocolo anexo al Convenio, para evitar la doble imposición, de 3 de junio de 1986 (“sociedades holdind de 1929”).

Por otro lado, en relación con el intercambio de información sobre *tax rulings*, baste destacar que, de acuerdo con la exposición de motivos del Real Decreto 1070/2017, la obligación de aportar determinada información adicional en caso de consultas tributarias relativas a establecimientos permanentes o transacciones transfronterizas (artículo 66.2 del Real Decreto 1065/2007), tiene como objetivo "facilitar el cumplimiento de la normativa sobre asistencia mutua", en particular, de la DAC 3.

Impacto en los precedentes

No se aprecia un impacto particular de la Acción 5 en los precedentes consultados.

Interrelación con otras acciones

- Pese a su carácter de estándar mínimo, la Acción 5 no pretende implementarse a través del Instrumento Multilateral, de ahí que no guarde relación con la Acción 15.

- A nivel "dogmático" (desde el prisma conceptual de la vinculación del Plan BEPS con la transparencia y el intercambio de información), la Acción 5 y la Acción 12 podrían ponerse en relación, en el sentido de que la Acción 5 es la que impone el intercambio de información a las administraciones tributarias (en concreto, de sus acuerdos con los contribuyentes) y la Acción 12 hace lo propio con los intermediarios tributarios y contribuyentes.

- En la Acción 3 (apartado 4.2.2.) se plantea los análisis de sustancia como elemento relevante en la definición de qué actividades significativas deberían quedar excluidas de las normas de transparencia fiscal internacional. Entre los enfoques planteados para el diseño de sus análisis de sustancia, la Acción 3 plantea una cuarta opción coherente con el enfoque del nexo desarrollado en el contexto de la Acción 5.

3 Valoración

En primer lugar, en cuanto a su impacto, conviene resaltar que a lo largo de estos años la OCDE ha ido realizado revisiones por pares sobre la evolución en la implantación de las medidas y mantiene actualizado un informe sobre la cuestión (accesible aquí).

Respecto al contenido de las propuestas, la heterogeneidad de la Acción 5 implica enfocar su valoración respecto a cada ámbito abordado. En primer lugar, respecto a los regímenes de *patent box*, debe resaltarse cómo el enfoque del nexo acordado en esta Acción es un ejemplo de consenso internacional que se ha replicado en los distintos países sin necesidad de una medida legal específica. Si bien puede plantearse que este tipo de acuerdos cercioran (aun a nivel político, no técnico) la capacidad normativa de estos países, el ejemplo de la fiscalidad de la economía digital pone de manifiesto lo complejo que es alcanzar consensos internacionales en el plano tributario y que, como tal, estos consensos pueden resultar positivos desde una perspectiva global.

En el ámbito europeo puede llamar la atención que la Directiva ATAD no haya incorporado este acuerdo en su hoja de ruta armonizadora. El enfoque antielusivo sobre el que se asienta la Directiva o la vigilancia que ya se realiza desde el Grupo del Código de Conducta pueden ser argumentos que lo justifiquen.

La inclusión en la Acción 5 de otros regímenes fiscales especiales no parece tener especial relevancia desde el prisma español, dado que nuestra normativa no los contempla. La excepción

sería el caso ya apuntado de los regímenes holding, en relación con la concreción de la actividad de tenencia y gestión de participaciones que tradicionalmente se ha contemplado en el ordenamiento tributario español. El enfoque de la OCDE confirma la escasa sustancia que se requiere para llevar a cabo esta actividad, lo cual permite, por ejemplo, que las Islas Caimán afirmen cumplir el estándar sobre la sustancia asociada a determinadas actividades geográficamente móviles, entre las que se incluye la actividad holding cuando la entidad cumpla sus obligaciones societarias y disponga de medios para gestionar la participación (accesible aquí). Ahora bien, mantiene en el aire qué casos concretos son los que deben excluirse por considerarse meras sociedades pantalla (*letter box and brass plate companies).*

Por último, en relación con el intercambio de información sobre los acuerdos con las Administraciones tributarias, la existencia de estos mecanismos parece ser más un instrumento que una medida en sí misma; esto es, debe completarse con un adecuado tratamiento de esta información por parte de las administraciones, que en ningún caso redunde en doble imposición para los contribuyentes. En todo caso deben quedar excluidos los acuerdos que supongan una mera aplicación de la normativa (un buen ejemplo es el procedimiento de la Comisión Europea sobre una posible ayuda de Estado concedida por Luxemburgo a McDonald's en un *tax ruling*, descartado finalmente por este motivo – accesible aquí). No obstante, otros ejemplos trascendidos a la opinión pública han sacado a la luz ciertas prácticas de algunas administraciones, especialmente permisivas y contrarias a los estándares internacionales en algunos supuestos, por lo que el incremento de la transparencia debe considerarse como un elemento positivo.

ACCIÓN 6: IMPEDIR LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

(Cuatrecasas)
Andrés Sánchez / Diego Arribas

1 Antecedentes

Planteamiento

La Acción 6 del Plan BEPS tenía como título "Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales". Se trataba de una Acción clave en el proyecto, calificada como estándar mínimo, que aborda dos cuestiones tradicionalmente relevantes en la aplicación de los CDIs: las limitaciones a la aplicación de los beneficios de un convenio en circunstancias inapropiadas, y la relación de los convenios con las situaciones de "doble no imposición". Se completa con un comentario general sobre consideraciones de política fiscal a la hora de suscribir un convenio con otro país.

Cláusulas para descartar los beneficios del convenio en circunstancias inapropiadas

En este ámbito, la Acción 6 abordaba la distinción entre la elusión de las limitaciones del convenio y las limitaciones de la norma interna que se alcanzan gracias a la aplicación de un convenio. Esta cuestión ya era apuntada en a los Comentarios al artículo 1 del modelo de convenio, si bien se ha desarrollado en su versión de 2017.

Respecto a los casos donde el contribuyente pretende eludir las limitaciones previstas en el propio convenio, desde 1977 la OCDE ha ido modificando su modelo y publicando distintos informes con el fin de (i) incluir el concepto de beneficiario efectivo en el modelo de convenio, concepto que ha ido matizando a lo largo de los años mediante la inclusión de comentarios aclarativos en los Comentarios al modelo; (ii) poner de manifiesto el papel de las sociedades instrumentales en relación con las estrategias de *treaty shopping*; e (iii) incluir, en relación con el uso indebido de los convenios, ejemplos adicionales de normas anti-abuso, así como una cláusula de limitación de beneficios inspirada en la recogida en el Modelo de Convenio de Estados Unidos de 1966.

Pues bien, desde un enfoque general la Acción 6 del Plan BEPS recogía tres propuestas para combatir el *treaty shopping*: (i) introducción de una mención expresa en los convenios de que los Estados contratantes desean evitar la elusión fiscal y la generación de oportunidades de *treaty shopping,* (ii) introducción en el modelo de convenio de la cláusula de limitación de beneficios ("*Limitation On Benefits*" o "LOB"), inspirada en las ya incluidas en los convenios de Estado Unidos y de otros países, que busca limitar el acceso a las ventajas convencionales a los contribuyentes que tengan la consideración de residentes cualificados (personas que cumplan los requisitos establecidos en la propia cláusula), y (iii) introducción en el modelo de convenio de un test de propósito principal ("PPT"), concebido como una norma anti-abuso general, que rechaza la aplicación de los beneficios del Convenio a operaciones realizadas con la finalidad primordial de aprovecharse del mismo. Las tres cuestiones se han trasladado al modelo de convenio en su versión de 2017 (al preámbulo la primera y al artículo 29 las dos últimas, concretamente).

Ahora bien, a los efectos del cumplimiento del mencionado estándar mínimo, la Acción 6 otorgaba tres opciones: adopción conjunta tanto del PPT como de la cláusula LOB (permitiéndose en este caso adoptar una versión simplificada de la cláusula LOB), adopción únicamente de la cláusula PPT, o inclusión únicamente de la cláusula LOB junto con otras normas específicas para evitar la utilización de sociedades instrumentales en acuerdos financieros ("*anti-conduit arrangement rules*").

Por otro lado, y de forma adicional a estas medidas de carácter general, la Acción 6 también incluía una serie de normas de carácter especial enfocadas a la modificación de diversos preceptos del modelo de convenio, y que se han introducido en la versión de 2017:

- Transferencia de dividendos: inclusión de un periodo previo de mantenimiento de la participación de un año para que el dividendo sea apto para el gravamen reducido en la fuente previsto en el convenio (artículo 10.2.a) del modelo).

- Transmisión de la participación en sociedades inmobiliarias: previsión de un análisis de las circunstancias existentes durante los 365 días previos al momento de la transmisión a los efectos de calificar como inmobiliaria la entidad (incluyendo sociedades de personas y fideicomisos) cuyas participaciones se han transmitido, lo que de acuerdo con el modelo de convenio otorga potestad tributaria al Estado donde radican los inmuebles en cuestión (artículo 13.4 del modelo).

- Supuestos de doble residencia de personas jurídicas y resolución del conflicto: el criterio de desempate de acuerdo con la sede de dirección efectiva se sustituye por un procedimiento amistoso entre autoridades competentes (artículo 4.3 del modelo).

- Situaciones triangulares con establecimientos permanentes sometidos a baja tributación: el Estado de la fuente puede denegar los beneficios del convenio si la renta se entiende obtenida por un establecimiento permanente cuyo gravamen sea inferior al 60% del gravamen que hubiera correspondido a su casa central. Se dispone una cláusula de escape cuando el establecimiento permanente desarrolla de forma activa una actividad económica (artículo 29.8 del modelo).

En otros ámbitos, la Acción 6 considera que las directrices existentes ya son suficientes para combatir los abusos del convenio (por ejemplo, en lo relativo a las reglas de gravamen de los rendimientos de trabajos dependientes y el arrendamiento de mano de obra) y en otros se remite a su desarrollo en trabajos posteriores (elusión del concepto de dividendo para calificación de la renta bajo normas que impiden el gravamen en la fuente - *rule shopping).*

De otra parte, respecto a los supuestos donde el contribuyente trata de abusar de disposiciones de la legislación doméstica utilizando los beneficios del convenio, la Acción 6 también incluye una mención sobre las medidas que la normativa interna puede prever para evitar estas situaciones e incluye unas reflexiones sobre la interacción de las normas anti-abuso y la jurisprudencia domésticas en relación con los CDIs (incluidas como novedad en los Comentarios al artículo 1 en el modelo de convenio de 2017). En concreto, se presta una atención particular a dos aspectos: la idea de que el convenio no restringe la posibilidad del Estado de gravar a sus propios residentes salvo bajo ciertos supuestos contemplados en el convenio (se propone su introducción en un nuevo artículo 1.3 en el modelo, como así ha ocurrido en la versión de 2017), y la potencial doble imposición asociada a los impuestos de salida o *exit tax* (donde la OCDE simplemente deja abierta a los Estados la posibilidad de

resolver la situación mediante un procedimiento amistoso en el que el Estado de destino corrija la doble imposición).

Convenios y situaciones de no imposición

La Acción 6 del Plan BEPS dedicaba un apartado específico a la revisión de la evolución del preámbulo de los convenios con el objetivo de aclarar que estos no estaban concebidos para generar situaciones de doble no imposición. En concreto, la Acción 6 proponía añadir al título del convenio que este se suscribe no solo para la eliminación de la doble imposición sino también para la prevención de la elusión y evasión fiscales, y al preámbulo que dicha eliminación no conlleva la generación de oportunidades para la doble no imposición o la imposición reducida a través de la elusión o la evasión fiscales. Así se ha trasladado al modelo de convenio en su versión de 2017.

2 Desarrollos en el sistema tributario

Impacto normativo

a) Normativa de la UE

No parece advertirse en la normativa de la UE un impacto directo de la Acción 6 del Plan BEPS. Como "impactos o vínculos indirectos" podrían destacarse dos.

Por un lado, la mencionada incidencia de los regímenes de imposición de salida o *exit tax* en la generación de situaciones de doble imposición, aunque ya había sido destacada por la Comisión Europea en el pasado (véase la "Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo - Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados Miembros" de 2006, accesible aquí), ha sido abordada mediante una obligación de actualización del valor de los activos en el Estado de destino (*step-up*) en el artículo 5.5 de la Directiva ATAD.

Por otro lado, resulta inevitable plantear la interacción entre la cláusula PPT y las cláusulas generales anti-elusión introducidas en el artículo 1.2 de la Directiva 2011/96/UE Matriz-Filial y en el artículo 6 de la mencionada Directiva ATAD. Coincide en ambos casos el enfoque sobre cuáles son los propósitos esenciales perseguidos con el mecanismo y la interacción de la ventaja fiscal alcanzada con la finalidad de la norma, si bien es cierto que pueden identificarse potenciales diferencias, como, por ejemplo, en lo relativo al requisito de genuinidad (formalmente ausente en la PPT y que la Comisión Europea recomienda introducir a los Estados Miembros – accesible aquí) o respecto a la carga de la prueba sobre su aplicación (se sostiene que la adecuación de la ventaja fiscal con la norma aplicada podría ser una tarea que recae sobre el contribuyente[32], lo que podría atentar contra la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE que hace recaer la carga de la prueba del abuso sobre las autoridades administrativas).

Respecto al impacto normativo, se sostiene que las citadas normas comunitarias se basan en la cláusula PPT de la OCDE[33]; es decir, una influencia directa de la Acción 6 del Plan BEPS sobre el Derecho comunitario. Así se desprendería también del hecho de que los considerandos iniciales de la Directiva ATADhagan referencia expresa a la influencia del Plan BEPS. Ahora bien, la cronología de los hechos puede generar algunas dudas, pues si bien es evidente que la

[32] S. van Weeghel, "*A deconstruction of the Principal Purposes Test*", World Tax Journal, volumen 11, enero de 2019.
[33] A. Rigaut, "*Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons*", European Taxation, noviembre de 2016, p. 502.

PPT fue propuesta y negociada mucho antes de la publicación de las Acciones del Plan BEPS en octubre de 2015, la norma general antiabuso de la Directiva Matriz-Filial aparece también mucho antes de la publicación de la Directiva en enero de 2015. Una posible explicación es que la evolución desde las propuestas comunitarias iniciales[34] hacia la redacción finalmente aprobada en las Directivas pueda deberse a la evolución paralela de las negociaciones sobre la PPT en el seno de la OCDE.

b) Normativa interna

Si se acepta la influencia de la PPT en la construcción de la norma general anti-abuso del artículo 6 de la Directiva ATAD, esto implicaría advertir un posible impacto indirecto de la PPT en las normas domésticas que, según la exposición de motivos del Proyecto de LMPLFF, están llamadas a dar cumplimiento a dicho artículo: los artículos 15 y 16 de la Ley General Tributaria (conflicto en la aplicación de la norma tributaria y simulación, respectivamente). Como consecuencia de estas influencias, podría plantearse una "inspiración" en los desarrollos de la PPT a la hora de aplicar estos preceptos de la Ley General Tributaria.

En el aspecto más concreto, llama la atención que el legislador español no haya adaptado el artículo 13.1.i) 3º de la Ley del IRNR en sintonía con la mencionada modificación de la Acción 6 para las sociedades inmobiliarias y el análisis de las circunstancias existentes durante el año anterior a la transmisión de la participación. Si dicha modificación se incluyera en un CDI suscrito por España y el análisis del año anterior otorgara potestad tributaria a España para gravar la renta, esta podría sin embargo no considerarse obtenida en territorio español al no contemplar la Ley del IRNR este análisis extendido. Se advierte también que la sensibilidad del legislador español hacia los supuestos de doble imposición vinculados a regímenes de imposición de salida es fruto de la imposición de la Directiva ATAD y no del impacto de la Acción 6, toda vez que aborda el efecto de *step-up* en el ámbito del IS y del IRNR, pero no del IRPF.

Impacto en los precedentes

No se advierte un impacto directo de la Acción 6 en los precedentes consultados. Ahora bien, pueden destacarse dos aspectos.

Por un lado, los pronunciamientos del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 6 de febrero de 2015, rec. 188/2014) en los que trae a colación la existencia del Plan BEPS (en concreto, en relación con el tratamiento de la práctica abusiva detectada por la Administración en una operación de *debt-push-down)* podrían entenderse referidos a esta Acción 6. Pudiera incluso vincularse la influencia del Plan (concretada en términos de abuso en esta Acción 6) con el enfoque seguido por el Tribunal de Justicia de la UE en sus sentencias de 26 de abril de 2019 (casos C-115/16, C-116/16, C-117/16, C-118/19 y C-297/16), tal y como han sugerido algunos autores[35].

Por otro lado, el trabajo de la Acción 6 del Plan BEPS (concretado en los nuevos Comentarios al artículo 1 en la versión de 2017) pone de manifiesto la complejidad de la interacción entre las normas y doctrinas anti-abuso domésticas y los convenios de doble imposición, si bien aboga

[34] Recomedación de la Comisión Europea sobre la planificación fiscal agresiva, de 6 de diciembre de 2012, accesible aquí, y Propuesta original de modificación de la Directiva Matriz-Filial, publicada el 25 de noviembre de 2013, accesible aquí.

[35] P. Hernández, "*Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)*", European Taxation, septiembre de 2019, p. 416.

por una compatibilidad general. Esto se alinea con la jurisprudencia española, que ya había señalado que las normas de la Ley General Tributaria podían aplicarse perfectamente en el ámbito de los convenios (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2009, rec. 3545/2003).

Interrelación con otras acciones

- La principal interrelación es con la Acción 15, dado que esta Acción es la que aborda el instrumento específico para implementar las medidas de la Acción 6 y que impactan esencialmente en los convenios de doble imposición. Por este motivo no hemos incluido ninguna mención a la modificación de los convenios españoles.

- La atención a los EPs con baja tributación aparece en la Acción 6 desde el enfoque de la fuente, lo cual se puede relacionar con el tratamiento de estos EPs desde el enfoque de residencia con su inclusión en la TFI (Acción 3) y su tratamiento específico en materia de híbridos (Acción 2).

- La Acción 6 menciona brevemente la cuestión del fraccionamiento de contratos en el cómputo de los meses para la existencia de un establecimiento permanente, que entendemos que debe tratarse en la Acción 7 bajo un criterio de especialidad.

3 Valoración

La Acción 6 del Plan BEPS es probablemente uno de los elementos del Plan BEPS que mayor desarrollo ha experimentado, tal y como pone de manifiesto su notorio impacto en la revisión del modelo de convenio en 2017 o los diferentes artículos del Instrumento Multilateral. A su vez, la OCDE ha continuado su labor llevando a cabo revisiones por pares sobre la implementación de medidas contra el abuso de los convenios y en concreto contra el *treaty shopping* (accesibles aquí y aquí).

La valoración del contenido de sus propuestas es más compleja, pues puede cuestionarse en qué medida las propuestas de la Acción 6 han contribuido a aportar seguridad jurídica en la aplicación de los convenios de doble imposición, sino más bien al contrario. Centrando la atención en la cláusula PPT, durante estos años se ha puesto de manifiesto lo difuso de sus contornos y que, en realidad, quedan particularmente en el aire sus dos elementos: cuándo debe entenderse cumplido el test del beneficio principal y cuándo resulta adecuada la aplicación del beneficio previsto por el CDI (en particular, respecto a la supuesta exigencia de un "vínculo efectivo" con la jurisdicción en la que la persona es residente[36]). Solo la aplicación práctica de la cláusula permitirá calibrar sus límites, lo cual impide valorar positivamente su diseño. Por otro lado, los ejemplos previstos en la Acción 6 del Plan BEPS (complementados en la revisión del modelo de convenio de 2017) no contribuyen realmente a aclarar la aplicación práctica de la norma.

Sobre las normas concretas anti-elusión, algunas como el requisito del periodo de tenencia en el reparto de dividendos son consistentes con disposiciones similares en el ámbito doméstico y comunitario, y su carácter objetivo facilita su aplicación. Ahora bien, otras normas merecen una peor consideración, tanto por diferir su aplicación al acuerdo entre autoridades competentes (regla de desempate en el conflicto de residencia de personas jurídicas), por mantenerse vinculadas a conceptos indeterminados (la exclusión por desarrollo activo de una actividad en el

[36] A. Báez, "*La cláusula del propósito principal (principal purpose test). Un análisis crítico de la acción 6 del proyecto BEPS*", Revista Contabilidad y Tributación, noviembre de 2016, p. 24 y ss.

caso de los establecimientos permanentes sujetos a baja tributación) o por realizar planteamientos excesivamente amplios (el examen del año anterior en la calificación de una sociedad como inmobiliaria no atiende a las vicisitudes que hayan afectado a los inmuebles durante dicho año)[37].

Por último, respecto al papel de los convenios y las situaciones de "doble no imposición", conviene cuestionar si el objetivo de la Acción 6 del Plan BEPS de evitar estas situaciones tenía un carácter general, o estaba asociado únicamente en los supuestos vinculados con la elusión o la evasión fiscales. Esta segunda interpretación, que es la que parece derivarse de la modificación acordada al preámbulo, permite salvar los supuestos en los que tal ausencia de imposición no es un resultado artificial perseguido por el contribuyente, sino un efecto buscado por el legislador[38].

[37] En este sentido resulta gráfica la posibilidad, no prevista en la Acción 6 pero sí incluida en el apartado 28.8 de los Comentarios al artículo 13 (versión de 2017), de que sean excluidos del análisis los inmuebles transmitidos con anterioridad a la transmisión de la participación.

[38] F. Martínez, "*Abuse and Aggressive Tax Planning: Between OECD and EU Initiatives – The Dividing Line between Intended and Unintended Double Non-Taxation*", World Tax Journal, mayo de 2017, p. 224.

ACCIÓN 7: IMPEDIR LA ELUSIÓN ARTIFICIOSA DEL ESTATUTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

(Baker McKenzie)
Isabel de Otaola Ubieta / Javier Esain

1 Introducción

Este capítulo pretende tomar el testigo del Capítulo VII del Libro elaborado por esta misma Fundación bajo el título "Plan de Acción BEPS: Una reflexión obligada", con el objetivo de comentar aquellos desarrollos más relevantes que han tenido lugar desde entonces en el sistema tributario español con respecto a la interpretación del concepto de establecimiento permanente ("EP"), y ello en el marco de la Acción 7 del Plan de Acción BEPS.

Para ello, en este capítulo nos centraremos en dos cuestiones, que se han considerado especialmente relevantes en este contexto: el estado de aprobación por España del Convenio Multilateral[39] y la interpretación recientemente realizada por el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de fecha 3 de marzo de 2020 (recurso de casación 5448/2018) ("caso Stryker").

2 Desarrollos en el sistema tributario español

2.1 El Convenio Multilateral

El Convenio Multilateral se elabora con la finalidad de servir como un instrumento eficaz para implementar los cambios acordados en el Plan de Acción BEPS de manera sincronizada y eficientemente en toda la red de Convenios para evitar la doble imposición ("CDIs") suscritos por un Estado sin necesidad de renegociar bilateralmente cada uno de ellos.

España formuló su posición respecto al Convenio Multilateral el mismo día de su firma, el 7 de junio de 2017.

La postura de España con respecto a la elusión artificiosa del concepto de EP, se recoge principalmente en los artículos 12, 13 y 14 del Convenio Multilateral, ninguno de los cuales supone un "mínimo estándar" a implementar por los Estados en el marco del Convenio. En palabras de la propia OCDE, "las cláusulas modificadas impedirán que las actividades fundamentales de un negocio puedan beneficiarse de la exclusión por actividades preparatorias y auxiliares, y frenará la elusión del estatus de EP a través de los mecanismos de comisionistas o la fragmentación de actividades entre diferentes entidades del grupo"[40]. Más en detalle:

- El artículo 12 recoge la elusión artificiosa del establecimiento permanente a través de acuerdos de comisión y estrategias similares, y viene a modificar las figuras del agente dependiente y del agente independiente, reguladas en los artículos 5.5 y 5.6, respectivamente, del Modelo de Convenio de la OCDE ("MC OCDE"). Este artículo del Convenio Multilateral contempla la posibilidad de que España se reservase el derecho a no aplicar estas modificaciones, sin embargo, la posición de España ha sido la de no reservarse dicho derecho.

[39] Convención multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los Tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios ("Convenio Multilateral"), publicada por la OCDE con fecha 7 de junio de 2017.
[40] OCDE. "Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015. Resumen informativo", Editorial OCDE, 2015.

- Por su parte, el artículo 13 trata la elusión artificiosa del establecimiento permanente a través del acogimiento a las excepciones específicas contempladas en el artículo 5.4 del MC OCDE, al considerarse éstas que tienen un carácter preparatorio o auxiliar y, por lo tanto, que no son merecedoras de generar un EP. En este artículo el Convenio plantea dos opciones de implementación. "Opción A" que se fundamenta en la consideración de que las actividades incluidas en el listado no constituirán un EP si tienen carácter auxiliar o preparatorio, y "Opción B" en la que dichas actividades tienen en sí mismas carácter auxiliar o preparatorio por lo que no constituyen EP. España opta por la primera de estas opciones A. Por otro lado, la posición española ha sido no reservarse su derecho a no aplicar el apartado 4 del artículo 13, el cual de alguna manera se hace eco del denominado por la doctrina española como "asentamiento complejo operativo con coherencia económica"[41], por lo que éste resultaría plenamente aplicable.

- Por último, el artículo 14 del Convenio Multilateral hace referencia a la denominada "fragmentación de contratos", la cual se erige básicamente como una cláusula que impide la manipulación del periodo del artículo 5.3 del MC OCDE para la determinación de la existencia de EP en relación con las obras realizadas por partes vinculadas. Igualmente, en este caso, España no se ha reservado su derecho a no aplicar nada de lo dispuesto en este artículo 14 del Convenio Multilateral.

El concepto de EP es una de las figuras más relevantes y con mayores implicaciones en el marco de la fiscalidad internacional. Por ello, es previsible que la Acción 7 del Plan de Acción BEPS tenga un impacto significativo en la interpretación de otras Acciones que se analizan en este documento de actualización. Se citan, a título meramente ilustrativo, el impacto que esta Acción pudiera tener en la Acción 1 ("Abordar los desafíos fiscales de la economía digital"), la Acción 5 ("Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia") o la Acción 6 ("Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales"), entre otras.

A pesar de que la postura anterior española fue publicada en junio de 2017, lo cierto es que la publicación en el BOE del Convenio Multilateral sigue todavía pendiente de producirse. Eso sí, debe destacarse que desde 2017 se ha producido en España un periodo de gran inestabilidad política, durante el que se disolvieron en dos ocasiones las Cortes Generales[42] y se convocaron dos elecciones generales en un corto espacio de tiempo.

Con fecha 23 de marzo de 2021 el Consejo de Ministros hizo pública la necesidad de modificar, a instancia del Ministerio de Hacienda, el texto del Convenio Multilateral aprobado a finales de 2020, tanto por el Pleno del Congreso de los Diputados[43] como del Senado[44], para adecuarlas a la posición española actual respecto al Convenio Multilateral. Ninguna de estas modificaciones tiene por objeto modificar la postura de España con respecto a la elusión artificiosa del concepto de EP (regulada en los comentados artículos 12, 13 y 14)[45].

[41] Doctrina que tuvo su origen en dos contestaciones a consultas vinculantes emitidas por la DGT en 2018, números V2191-08 y V2192-08, ambas de fecha 20 de noviembre de 2018.
[42] La primera como consecuencia del Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, y la segunda formalizada a través del Real Decreto 551/2019, de 24 de septiembre.
[43] Con fecha 2 de diciembre de 2020.
[44] Con fecha 7 de octubre de 2020.
[45] Pretenden, por un lado, adecuar el listado de países a efectos de aplicar determinados preceptos del Convenio Multilateral (en particular, modificando el listado de países recogido en los artículos 6.6, 7.17.a), 8.4 y 17.3.a) y, por otro lado, modificar las reservas relativas al ámbito de aplicación del arbitraje (artículo 28 del Convenio). En la práctica, la modificación de las reservas que va a formular España supone la necesidad de obtener nuevamente la autorización de las Cortes Generales y, por lo tanto, el inicio de una nueva tramitación parlamentaria.

2.2 La postura del Tribunal Supremo respecto a los límites a la interpretación dinámica de los Comentarios al MC OCDE sobre CDIs precedentes

En el Libro de 2017 se concluía que la Acción 7 del Plan de Acción BEPS no supone del todo una novedad en España, en tanto que dicha Acción trata de cubrir supuestos de abuso que la Administración Tributaria española ya venía atacando con soluciones similares a las que ahora plantea la OCDE. Sin embargo, en dicho Libro también se compartía la opinión de que, en muchos casos, la Administración Tributaria española iba más allá de lo establecido en los CDIs aplicables, el MC OCDE y los Comentarios al mismo, lo que suponía de facto la aplicación de tales textos sobre CDIs en vigor y que no habían sido todavía modificados conforme al Plan de Acción BEPS y el contenido del Convenio Multilateral.

Precisamente esta última opinión es la que parece comparte el Tribunal Supremo en el caso Stryker la cual, como anticipan algunos autores, vierte "una doctrina rotunda que anuncia un radical cambio de timón en esta materia"[46] y "un claro alejamiento de los argumentos invocados en casos anteriores"[47].

El gran impacto de esta Sentencia merece una referencia, aunque sea sucinta, a los antecedentes de hecho del caso enjuiciado. El contribuyente, una entidad residente en España, defendía disponer en Suiza de un EP cuya actividad vinculada no merecía la consideración de meramente auxiliar a la luz del CDI suscrito entre Suiza y España, habiendo acreditado las autoridades fiscales suizas su condición de sucursal. Este planteamiento conllevaba su derecho a aplicar la exención para evitar la doble imposición internacional prevista en la normativa interna (artículo 22 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades) y en el CDI sobre las rentas procedentes de dicho EP en Suiza. Sin embargo, tanto la Administración Tributaria como la Audiencia Nacional concluyeron que el contribuyente no disponía de tal EP en Suiza, por considerar su actividad de carácter auxiliar, y ello sobre la base de la definición de EP recogida en el MC OCDE y en sus respectivos Comentarios, posteriores al seguido por el CDI suscrito entre España y Suiza.

Ante dicha situación, el Tribunal Supremo concluye, de manera rotunda, que "*en ningún caso este tipo de interpretación podría proyectarse retroactivamente, ni tal interpretación podría fundarse exclusivamente en comentarios, modelos o pautas interpretativas que no hayan sido explícitamente asumidos por los Estados signatarios de sus convenios*".

Se trata, en definitiva, de una clara intención por parte del Tribunal Supremo de limitar la interpretación dinámica de los Comentarios al MC OCDE sobre CDIs anteriores, entre los que no existe una asimetría de redacción, primando en estos casos lo establecido en el CDI aplicable, por ser éste el resultado de lo verdaderamente acordado por los Estados.

Además, lejos de tratarse la anterior de una interpretación aislada o puntual por parte del Alto Tribunal, estos mismos criterios son reproducidos nuevamente en su Sentencia de 23 de septiembre de 2020 (recurso de casación nº 1996/2019) ("caso Colgate Palmolive")[48], generando así jurisprudencia la postura del Tribunal Supremo.

---

[46] CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR. "*Tribunales y fiscalidad internacional: el zapato equivocado*". Carta Tributaria. Revista de Opinión nº 65-66, 2020, nº 65, 1 de agosto de 2020, Editorial Wolters Kluwers.

[47] DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, ÁLVARO y ARROYO ATAZ, ADRIÁN. "*Spain - Tax Treaty Interpretation: A New Beginning*?" IBFD. "European Taxation", 2021 (volumen 61), nº 2/3.

[48] Si bien en este caso se analiza el alcance de la figura del beneficiario efectivo como cláusula restrictiva de ciertas ventajas fiscales dispuestas por los CDIs.

En nuestra opinión, esta postura del Tribunal Supremo resulta francamente positiva para los intereses de los contribuyentes, al dotarles de una siempre fundamental seguridad jurídica. Además, las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo no vienen sino a resaltar uno de los principios generales de la aplicación del MC OCDE y sus Comentarios, como es que las versiones más recientes de éstos únicamente podrán emplearse para interpretar CDIs suscritos con anterioridad a aquéllos, pero únicamente cuando dichos MC OCDE y Comentarios incluyan meras aclaraciones respecto a la versión que resulta aplicable, sin añadir un contenido sustantivo nuevo, ya sea en el texto del MC OCDE o de los Comentarios[49].

3 Valoración

Desde una perspectiva internacional, los avances más significativos en el marco de la Acción 7 del Plan BEPS se han concentrado, en los últimos años, en la aprobación del Convenio Multilateral por cada uno de sus Estados firmantes. El Convenio Multilateral, que entró en vigor el 1 de julio de 2018, ya ha sido firmado por casi un centenar de jurisdicciones, integrantes de un gran variedad de continentes y niveles de desarrollo[50]. El Convenio Multilateral se erige, sin lugar a duda, como una pieza fundamental para implementar las medidas del Plan BEPS de una manera ágil y eficiente, y se espera aquél se apruebe y entre en vigor en España próximamente.

Por su parte, el nuevo criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo supone un hito verdaderamente relevante a la hora de interpretar los CDIs suscritos por España y, entre otros, el concepto siempre conflictivo de EP. En nuestra opinión, esta postura jurisprudencial no solo cobra relevancia para interpretar algunos de los CDIs antiguos que existen actualmente en la red de CDIs española (como pudieran ser aquéllos suscritos con Suiza -de 1967, aunque con Protocolos más recientes- o con los Países Bajo -de 1972-, entre otros) a la luz de los Comentarios al MC OCDE, sino que también deberá tenerse en consideración a la hora de analizar la postura española respecto al Convenio Multilateral.

En cualquier caso, es seguramente pronto para determinar cuál es el verdadero impacto de esta reciente postura del Tribunal Supremo, cuyo objeto ha sido habitualmente controvertido en España. No obstante, con sus sentencias, lo cierto es que el Tribunal Supremo ha establecido importantes límites a la denominada "interpretación dinámica" de los CDIs. En nuestra opinión, estos límites podrían resultar plenamente aplicables, por ejemplo, a supuestos en los que la Administración Tributaria española vaya más allá, con sus interpretaciones, de lo establecido en el tenor literal de los CDIs suscritos por España y del MC OCDE y Comentarios que a aquél le resulten aplicables, como anticipábamos en el Libro de 2017.

[49] OCDE, "*Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed Version (as it read on 21 November 2017)*", Editorial OCDE, 2017, Introducción, comentario 36.

[50] En particular, según la última actualización oficial publicada por la OCDE a fecha 18 de febrero de 2021, el Convenio Multilateral ya ha sido firmado por 95 jurisdicciones. Fuente: página web oficial de la OCDE. "*Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, Status as of 18 February 2021*". http://www.oecd.org/tax/beps/beps-mli-signatories-and-parties.pdf. Esta misma cifra también fue confirmada por el Consejo de Ministros español, con fecha 23 de marzo de 2021.

ACCIONES 8, 9 y 10: ALIENANDO RESULTADOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y GENERACIÓN DE VALOR

(KPMG)
Michael Walter

1 Antecedentes

Las acciones 8 a 10 del Plan BEPS se centran íntegramente en la temática de los precios de transferencia. No es de extrañar que los mismos hayan ocupado un rol central en el Plan, ya que éste se focaliza en aquellas temáticas que considera tienen mayor potencial de incidir en el traslado o erosión de bases imponibles y, a su vez, los precios de transferencia son una materia que tienen el potencial de incidir sobre la magnitud de las bases imponibles resultantes en las diferentes jurisdicciones en las que opere una multinacional. Es por ello que las acciones 8-10 se centran en uno de los principales *leitmotiv* del Plan, el alinear los resultados de los precios de transferencia con la creación de valor.

A efectos de las acciones 8-10 del Plan, las mismas inciden sobre los siguientes aspectos:

Acción 8: se centra específicamente en operaciones vinculadas ligadas a intangibles, haciendo hincapié en la mayor "movilidad" de este tipo de activos y a que en múltiples ocasiones resultan de difícil valoración, por lo que pueden tener un impacto material en el traslado o la erosión de bases imponibles.

Acción 9: se centra en las temáticas de riesgo y capital. En particular, pone el foco en la asignación contractual de riesgos y cómo compara esta con la conducta real de las partes vinculadas. A su vez, esta acción también se centra en el nivel de retorno obtenido por partes vinculadas que den financiación (en inglés, *funding*) a partes vinculadas cuando concurra un nivel de actividad limitado o que no se corresponda con el nivel de retorno obtenido.

Acción 10: se centra en otras áreas interpretadas como de alto riesgo, como las operaciones vinculadas carentes de racionalidad comercial, el uso indebido de métodos de precios de transferencia que no asignen los beneficios a las actividades económicas relevantes, y por último en cargos por concepto de servicios intragrupo.

Acciones 4, 8-10: se centra en los aspectos de precios de transferencia referentes a todo tipo de transacciones financieras, tales como préstamos, gestión del circulante (*cash pooling*), coberturas, garantías, aseguradoras cautivas, así como en algunas consideraciones referentes a tipos de interés libre de riesgo o ajustados por su grado de riesgo. Este informe se convierte en el nuevo capítulo X de las directrices de precios de transferencia de la OCDE (las "Directrices").

Cronológicamente, el desarrollo de estas tres acciones del Plan se puede resumir como sigue:

- En octubre de 2015 se emiten los denominados Final Reports 8-10.
- En junio de 2018 se emite guía adicional y revisada respecto a la aplicación del método de la distribución del resultado (acción 10).
- En junio de 2018 se emite la guía final a efectos de intangibles de difícil valoración (acción 8).

- En febrero de 2020 se emite la guía final referente a transacciones financieras (acciones 4, 8-10).

A la fecha, no queda pendiente la emisión de guía adicional de la OCDE respecto a las acciones 8-10. Todos los textos difundidos en las fechas arriba señaladas o ya han sido incorporados a las Directrices, o se incorporarán cuando se emita la próxima versión de las mismas. Es por ello, que, a juicio de los hechos consumados, el desarrollo de estas acciones del Plan se da por terminado, o al menos sin aspectos pendientes de resolver desde el punto de vista de la OCDE.

2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español

Como es sabido, los dos grandes hitos normativos a efectos de precios de transferencia en España están ligados a la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, y la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto Sobre Sociedades y sus respectivos desarrollos reglamentarios. En la exposición de motivos de ambas leyes, se hace mención explícita tanto al objetivo de alinear la normativa interna con las Directrices, así como a la validez como norma interpretativa de las Directrices en el ámbito de las operaciones vinculadas.

Tanto la mención de la Ley interna a las Directrices como el hecho de que los Tribunales han reconocido el poder interpretativo de las recomendaciones de la OCDE en materia fiscal, hacen que el texto original de las Directrices como sus posteriores cambios (incluyendo los señalados en la sección precedente de las acciones 8-10 del Plan), sean actualmente una interpretación válida a efectos del artículo 18 de la LIS.

- Derecho UE

  Además de la OCDE, el otro organismo internacional que lleva a cabo actuaciones respecto a precios de transferencia es la UE, en específico a través del EUJTPF (por sus siglas en inglés *EU Joint Transfer Pricing Forum*), quien asiste y asesora a la Comisión Europea en materia de precios de transferencia.

  A efectos del Plan, en general, la UE ha esperado a que la OCDE avanzara y concretara las diferentes acciones que, en su conjunto, conformarían el Plan. Al contrario de otras acciones del Plan, respecto a las acciones 8-10 (las que competen en este Capítulo), la UE no ha dado pasos concretos en materia de actuaciones o directrices.

  Sin embargo, la UE sí ha emitido dos informes que plasman diversas consideraciones que están relacionadas con las acciones 8-10, y en los cuales se hace referencia directa y reiterada a las Directrices y al Plan. El propósito y contenido de estos dos informes se resume a continuación.

  En octubre de 2017, el EUJTPF emitió el informe del uso de metodologías de valoración en el ámbito de precios de transferencia (*Report on the Use of Economic Valuation Techniques in Transfer Pricing*). El objetivo de éste es proporcionar una guía y recomendaciones de los aspectos a tener en cuenta a la hora de realizar valoraciones en el contexto de precios de transferencia. El informe resalta el encaje del mismo con el Capítulo VI de las Directrices, el cual trata de operaciones vinculadas relacionadas con intangibles (e intangibles de difícil valoración), y por ende guarda relación con la acción 8 del Plan.

  De las varias metodologías que se pueden aplicar para realizar una valoración, el informe se centra específicamente en las metodologías del *income approach*, como por

ejemplo el descuento de flujos de caja o el *relief from royalty approach*. Aunque todo ejercicio de valoración incorpora importantes elementos de juicio subjetivo, el mismo es más prevalente en este tipo de metodologías de valoración, y de ahí el énfasis puesto por parte del informe en las mismas. A efectos de estas metodologías, el informe se centra principalmente en aquellos parámetros de especial relevancia en la valoración por su potencial impacto en el resultado de la misma, y también dedica una sección del informe a especificar las diferencias entre una valoración a efectos de precios de transferencia y a otros efectos. Es relevante resaltar una vez más que las consideraciones y recomendaciones contenidas en este informe han de ser interpretadas como complementarias pero en todo caso siempre alineadas con el contenido de las Directrices y el Plan, tal y como se menciona de forma reiterada a lo largo del informe.

Por otro lado, en marzo de 2019, la UE publicó el informe de la aplicación del método de distribución del resultado en la UE (*The Application of the Profit Split Method Within the EU*). El informe recoge las observaciones de una encuesta realizada en la UE así como consideraciones varias respecto a la aplicación del método de la distribución del resultado ("PSM", por sus siglas en inglés *Profit Split Method*), todas ellas entendidas, tal y como se menciona explícitamente en el informe, como alineadas con la acción 10 del Plan BEPS, así como con las consideraciones de la OCDE publicadas en junio de 2018 (véase la mención a este informe en la sección de Antecedentes de este Capítulo).

Respecto a la encuesta de la utilización del método PSM en el ámbito de la UE, se desprende de la misma que no se observa una aplicación extensa del método PSM. A su vez, tampoco se observa que haya un sector de industria en el que se aglutine la aplicación del método PSM, sino que más bien el método es poco aplicado en todos los sectores de industria.

Aparte de los resultados de la encuesta, el informe se centra en dos aspectos adicionales: (i) cuándo se debería aplicar el método PSM; y (ii) qué factores utilizar para la distribución del resultado (*profit splitting factors*). En ambos aspectos, se reitera continuamente el alineamiento de las consideraciones contenidas en el informe y su afán de brindar soporte al Plan y en específico a la acción 10. En relación a cuándo se debería aplicar el método PSM, las consideraciones contenidas en el informe son idénticas a las planteadas por la acción 10 del Plan. En específico, que el método debería resultar de aplicación cuando concurran las siguientes circunstancias: (i) la existencia de contribuciones únicas y de valor por cada parte vinculada; y/o (ii) un alto grado de integración del negocio al cual se relacionan las operaciones vinculadas en cuestión; y/o (iii) la asunción compartida de riesgos económicos relevantes por las partes vinculadas. Respecto a los *profit splitting factors*, el informe presenta un anexo en el cual se listan los diferentes tipos de factores, así como las consideraciones positivas y negativas asociadas a los mismos que han sido aportados por cada uno de los Estados Miembros que han participado en la encuesta. Vale la pena resaltar que el informe menciona explícitamente que el listado de *profit splitting factors* contenido en el mismo no debe ser considerado como un listado exhaustivo.

En resumen, y a efectos de las acciones 8-10 del Plan, la UE no ha emitido directrices concretas, sino más bien ha emitido consideraciones que están alineadas y tienen afán de prestar soporte a los diferentes informes emitidos por la OCDE.

- Normativa española

Como mencionado ya anteriormente en este Capítulo, tanto la referencia de la Ley interna a las Directrices como el hecho de que los Tribunales han reconocido el poder interpretativo de las recomendaciones de la OCDE en materia fiscal, hacen que tanto el texto original de las Directrices como sus posteriores cambios, sean actualmente una interpretación válida del artículo 18 de la Ley de Sociedades. Esto mismo hace que, en lo que respecta a precios de transferencia en normativa española y las acciones 8-10 del Plan, no ha habido desarrollos adicionales en normativa interna.

A modo de ejemplo de la "presencia" de las Directrices y del Plan (en específico, de las acciones 8-10) en el ámbito español, vale la pena resaltar algunas menciones específicas contenidas en el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2021.[51] Así, en dicho plan anual, en el apartado de precios de transferencia y operaciones transfronterizas, se mencionan, entre otras, como áreas de comprobación prioritarias las transmisiones de activos intangibles, la erosión de base imponible por cargos de servicios intragrupo, las actividades realizadas por entidades con un perfil funcional limitado o de bajo riesgo así como la adecuada elección de los métodos de valoración en estos supuestos, los modelos de negocio altamente digitalizados, y las reestructuraciones empresariales. Todos estos ámbitos están relacionados con aspectos tratados en las acciones 8-10 del Plan, y dan buena muestra de la relevancia y presencia del Plan, y en específico de dichas acciones, en la aplicación de la normativa interna de precios de transferencia.

Merecen mención específica las operaciones financieras, cuyos aspectos de precios de transferencia están tratados por la OCDE en el informe ya aludido en la sección de Antecedentes de éste Capítulo (*Transfer Pricing Guidelines on Financial Transactions*). En normativa interna, los aspectos relacionados con operaciones financieras, tales como los límites de deducibilidad de intereses (pero no con la temática de los precios de transferencia), quedan descritos en el Capítulo "ACCIÓN 4 DEL PLAN BEPS".

- Doctrina administrativa y resoluciones judiciales

Teniendo en cuenta la cronología descrita en la sección de Antecedentes de este Capítulo, en la cual se observa la emisión de los *Final Reports* de las acciones 8-10 en 2015 y de las posteriores guías y consideraciones adicionales de la OCDE publicadas en 2018 y 2020, a la fecha aún es pronto para disponer de sentencias económico-administrativas o judiciales que traten disputas de precios de transferencia que se hayan originado con posterioridad al año 2015. Con el transcurso del tiempo y las resoluciones que se den en las disputas resultantes de las actuaciones inspectoras que desemboquen en disconformidad, se verá como las Directrices revisadas se van incorporando a las sentencias económico-administrativas y judiciales.

Respecto a sentencias dictadas con posterioridad al 2015 pero que traten operaciones vinculadas celebradas con anterioridad a dicha fecha, es razonable entender que las Directrices revisadas sean de aplicación para las operaciones vinculadas que se celebran a partir de la aprobación de la acción BEPS o de las propias Directrices. Sobre este aspecto, como es sabido, ha existido cierta controversia y conviene citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2015, la cual ponía en tela de juicio la aplicación de Comentarios al Modelo de la OCDE aún pendientes de aprobación a operaciones que habían tenido lugar en el pasado. Independientemente de la valoración que se pueda hacer de este pronunciamiento, sí parece oportuno resaltar la similitud que

[51] Resolución del 19 de enero de 2021 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

esta situación pueda tener con los cambios realizados en las Directrices como consecuencia del Plan y las operaciones pasadas y futuras. A colación de ésta última mención, es también sumamente oportuno aludir al Capítulo "ACCIÓN 7: IMPEDIR LA ELUSIÓN ARTIFICIOSA DEL ESTATUTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE", en el cual se describen dos sentencias del Tribunal Supremo (casos Stryker y Colgate Palmolive) que generan jurisprudencia respecto a limitar la interpretación dinámica de los Comentarios al MC OCDE sobre CDIs anteriores, entre los que no existe una asimetría de redacción, primando en estos casos lo establecido en el CDI aplicable, por ser éste el resultado de lo verdaderamente acordado por los Estados.

A todo lo anterior, conviene resaltar que, aunque los denominados *Final Reports* fueron emitidos en el año 2015, una parte considerable de los informes pertenecientes a las acciones 8-10 han sido emitidos en los años 2018 y 2020 (véase la sección de Antecedentes de este Capítulo), ahondando así más si cabe en la anterior mención de que aún es pronto para observar cómo se incorporarán las Directrices revisadas en las sentencias que se vayan dictando a nivel nacional.

- Interrelación con otras acciones

Los precios de transferencia son una temática central del Plan, tanto es así que es posible establecer ligazón entre las acciones 8-10 y todas y cada una de las restantes acciones de dicho Plan. Sin embargo, de las 15 acciones del Plan, probablemente las acciones con las que guarda una relación más directa son las siguientes:

Acción 1: Economía digital. La evolución del Pilar I y II indudablemente van a tener un impacto en el ámbito de aplicación del principio de plena competencia el cual, como es sabido, es la piedra angular sobra la que gravitan las Directrices.

Acción 4: Deducibilidad de intereses. El informe emitido en febrero del 2020 (*Transfer Pricing Guidelines on Financial Transactions*) está ligado a la acción 4 pero a la vez también a las acciones 8-10 del Plan.

Acción 7: Establecimiento permanente. El beneficio atribuible a un establecimiento permanente está intrínsicamente relacionado con el principio de plena competencia.

Acción 13: Documentación de precios de transferencia. La información contenida tanto en los informes de grupo y obligado tributario así como en el informe país por país son elementos relevantes para la lectura del correcto alineamiento de la creación de valor y los resultados obtenidos a través de la aplicación del método de precios de transferencia seleccionado.

Acción 14: Procedimientos amistosos. Dada la alta litigiosidad de los precios de transferencia, los mismos son razón recurrente de las solicitudes a trámite de los procedimientos amistosos.

3 Valoración

- Grado de desarrollo de la acción

Como se ha descrito a lo largo de este Capítulo, el desarrollo de las acciones 8-10 del Plan, en el sentido estricto de grado de avance, se puede considerar como formalmente

finalizado a la luz de los informes emitidos en el 2015 y las directrices y guías subsiguientes de los años 2018 y 2020. Sin embargo, como la interpretación y la aplicación de los informes de estas acciones está interrelacionada con las decisiones e informes que se tomen y emitan, respectivamente, respecto a otras acciones del Plan que a la fecha no están finalizadas (véase la acción 1), la interpretación de los informes correspondientes a las acciones 8-10 estará ligada a cierto dinamismo según el desarrollo de las demás acciones del Plan.

- Valoración crítica

  De acuerdo con las alusiones realizadas anteriormente en este Capítulo, tanto la mención de la Ley interna a las Directrices como el hecho de que los Tribunales han reconocido el poder interpretativo de las recomendaciones de la OCDE en materia fiscal, hacen que tanto el texto original de las Directrices como sus posteriores cambios sean actualmente una interpretación válida a efectos del artículo 18 de la Ley de Sociedades. Esta aplicabilidad de las Directrices a la normativa interna, unida a la disponibilidad en nuestra normativa de mecanismos como los acuerdos previos de valoración o los procedimientos amistosos para la resolución de disputas internacionales, hacen que la normativa española sea, comparativamente hablando, plenamente competitiva respecto a esta materia tan relevante como conflictiva.

ACCIÓN 11: EVALUACIONES Y SEGUIMIENTO DE BEPS

(Garrigues)
Luis M. Viñuales y Daniel Muñoz

1 Antecedentes

La Acción 11 posee una naturaleza particular con respecto al resto de Acciones puesto que versa sobre la medición y control de los efectos de las prácticas BEPS y de las medidas adoptadas para contrarrestar las mismas, y no sobre la identificación de dichas prácticas (o, al menos, no fue ese su cometido en un principio) ni sobre la propuesta de medidas para combatirlas que vienen a ser la sustancia del propio Proyecto.

El objetivo perseguido fundamentalmente por esta Acción, de acuerdo con lo dispuesto en el "*Final Report*" publicado en 2015, consiste en establecer una serie de recomendaciones en relación con la metodología a seguir para la recopilación y análisis de datos sobre (i) la determinación de la magnitud e impacto económico de BEPS; así como de (ii) la eficacia e impacto económico de las medidas adoptadas para combatirlas.

Transcurridos más de cinco años desde la publicación de aquel "Final Report", vemos que los trabajos llevados a cabo desde entonces en el seno de la OCDE en este campo se basan fundamentalmente en el análisis de datos estadísticos con el fin no tanto de determinar con mayor precisión el impacto económico de BEPS sino de identificar las áreas donde se concentra la planificación fiscal agresiva en los grupos multinacionales.

2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español

El 8 de julio de 2020 la OCDE publicó la segunda edición de las "*Corporate Tax Statistics*" ("Estadísticas del Impuesto sobre Beneficios Corporativos" – el equivalente en España sería nuestro "Impuesto sobre Sociedades") junto con una actualización de la base de datos.

Por primera vez estas estadísticas contaban con la información recogida en los informes "país por país" CBCR, reflejando información relativa al ejercicio 2016 facilitada por 26 administraciones miembros del denominado "Marco Inclusivo entorno a BEPS" ("*Inclusive Framework on BEPS*"). Como es sabido, el CBCR fue objeto de la Acción 13 del Plan BEPS, lo que no deja de ser una muestra más de la estrecha inter-relación de las distintas acciones BEPS entre sí.

Así, a nivel de desarrollo normativo en España en relación con la Acción 11 lo más relevante probablemente sea la regulación del nuevo modelo 231 de declaración de información País por País. Dado que la Acción 13 es objeto de una actualización específica en esta publicación, no entramos aquí en los detalles del desarrollo en España de las obligaciones relativas al CBCR, sino que nos centraremos en el análisis de las conclusiones publicadas por la OCDE en julio de 2020 sobre la base, entre otros datos, de la información CBCR.

La base de datos publicada contiene las siguientes categorías de datos:

- Recaudación del impuesto sobre beneficios (Corporate tax revenues)
- Tipos nominales de tributación en el impuesto sobre beneficios

- Tipos efectivos de tributación en el impuesto sobre beneficios
- Incentivos fiscales a la Investigación y el Desarrollo
- Estadísticas agregadas y anonimizadas extraídas de los "CBCR reports"
- Regímenes especiales relativos a la Propiedad Intelectual ("IP")
- Normativa sobre Transparencia Fiscal Internacional ("CFC rules")
- Normativa sobre limitaciones a la deducibilidad de intereses

Estos datos muestran que la recaudación por el Impuesto sobre Beneficios corporativos es una parte importante de la recaudación fiscal (pasando la media del 12,1% de toda la recaudación en 2000 al 14,6% en 2017), y lo es más en los países en vías de desarrollo que en los países del entorno OCDE. También cabe señalar que los tipos nominales se han ido reduciendo significativamente, pasando la media del 28% en el año 2000 al 20,6% en 2020.

El Informe de la OCDE también recoge datos sobre el número de administraciones que cuentan con incentivos fiscales al I+D, regímenes especiales sobre IP y normativa específica sobre CFC y sobre deducibilidad de gastos financieros. Así, en esas áreas, el seguimiento llevado a cabo en el marco de las Acción 11 se centra fundamentalmente en el análisis de la evolución del número creciente de países que cuentan con normativa CFC y con limitaciones a la deducibilidad de intereses, y en el estrecho seguimiento de los regímenes especiales relaticos al I+D y a la propiedad intelectual para identificar posibles prácticas perniciosas ("*harmful tax practices*").

Pero donde se extraen conclusiones más interesantes es en el análisis de la información país por país.

Así, se ponen de manifiesto desajustes entre las jurisdicciones donde se generan beneficios y aquellas en las que tiene lugar la actividad económica: empleados y activos se concentran en los países con ingresos altos y medios, mientras que en las jurisdicciones que pueden considerarse como plataformas de inversión ("*investment hub jurisdictions*") el porcentaje de beneficios es mayor siendo menor el porcentaje de empleados y activos tangibles. Como cabría esperar, el ratio de beneficio por empleado es menor en jurisdicciones con tipos impositivos nominales más altos.

Finalmente, se señalan dos factores como indicadores de la potencial existencia de planificación fiscal: por un lado, un elevado porcentaje de ingresos con partes vinculadas sobre ingresos totales y, por otro, la existencia de sociedades cuyo objeto social sea la tenencia de participaciones sociales y otros instrumentos de fondos propios (i.e. sociedades holding).

Si bien las operaciones con partes vinculadas han estado en el foco de atención de las Administraciones tributarias desde hace más de una década y se han tomado medidas para combatir la planificación fiscal agresiva basada en los precios de transferencia (v.g. mediante la exigencia de documentación específica), lo cierto es que en relación con las entidades holding la posición de las Administraciones ha sido un tanto ambigua. Estos comentarios sobre las entidades holding en el informe de julio de 2020 que comenta las estadísticas de la OCDE, transcurrido un año escaso desde las sentencias del TJUE de marzo 2019 sobre los conocidos como "casos daneses", vienen a confirmar la creciente atención de las Administraciones sobre

estructuras de inversión y/o financiación que utilizan entidades holding o financieras en jurisdicciones con regímenes fiscales favorables.

Como puede observarse, las estadísticas de la OCDE y su análisis siguen centradas, cinco años después, en la identificación de mecanismos de planificación fiscal agresiva, sin que, hasta el momento, se hayan hecho públicas estadísticas que cuantifiquen la eficacia e impacto económico de las medidas adoptadas para combatirlas (lo que no es de extrañar teniendo en cuenta que los informes finales de las acciones del Plan BEPS se publicaron en 2015 y que la implementación de las medidas a adoptar lleva su tiempo – v.g. la trasposición de las medidas contempladas en la Directiva ATAD no ha sido obligatoria hasta finales de 2019).

3 Valoración

La Acción 11 no deja de ser una prueba más de la voluntad de las administraciones de poner coto a las prácticas BEPS mediante la obtención y tratamiento de la información, incidiendo en la necesidad del intercambio de dicha información entre las administraciones y la colaboración entre las mismas.

Destinada a cuantificar el impacto económico tanto de los mecanismos que trata de combatir el Plan de Acción BEPS como de las medidas adoptadas para poner fin a los mismos, el Informe sobre estadísticas publicado por la OCDE en julio de 2020 parece indicar que el proceso generado por esta Acción 11 se desarrolla y avanza en la dirección adecuada: cada vez son más los países que implementan y adoptan medidas anti-BEPS y los procesos de intercambio de información desarrollados por las propias acciones del Plan BEPS (como el CBCR impulsado por la acción 13) comienzan a dar sus frutos.

Cabe advertir, no obstante, del peligro que entraña la frialdad estadística de los datos y de su cuantificación si no se acompaña de un adecuado análisis cualitativo. El propio Informe de julio de 2020 se encarga de advertir, tras señalar acusatoriamente a los grupos multinacionales que cuentan con una relevante proporción de operaciones con partes vinculadas o con estructuras de sociedades holding (al ser ambos indicios de la existencia de una planificación fiscal -¿ilegítima?), que tanto unas como otras pueden estar perfectamente justificadas por motivos comerciales o de negocio. Sin embargo, todo apunta a que, en este entorno post-BEPS en el que nos encontramos, la presunción de culpabilidad ha reemplazado a la presunción de inocencia en el ámbito tributario, con el consiguiente impacto negativo para la competitividad de las empresas que se ven a abocadas a dedicar enormes recursos no sólo a cumplir correctamente con sus obligaciones tributarias sino a demostrar que así lo hacen. Resulta inevitable, al hilo de esta última reflexión, la referencia a DAC 6, la cual tiene su origen en la Acción 12 que se abordará a continuación: "*exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva*".

ACCIÓN 12: EXIGIR A LOS CONTRIBUYENTES QUE REVELEN SUS MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

(EY Abogados)
Tatiana de Cubas

1 Antecedentes

La transparencia es uno de los tres pilares sobre los que se erige el Proyecto BEPS de la OCDE/ G-20. El informe final acerca sobre la acción 12, "Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva", realiza una serie de recomendaciones acerca de cómo diseñar los regímenes divulgación obligatoria de información. De acuerdo con dichas recomendaciones, los objetivos de un régimen de esta naturaleza deberían ser: (i) incrementar la transparencia a través de facilitar información anticipada a las autoridades fiscales e, (ii) impedir la implementación de mecanismos potencialmente agresivos, así como identificar de manera temprana a aquellos contribuyentes involucrados en la implementación de mecanismos abusivos que se considere plantean riesgos fiscales relacionados con BEPS. Cada país es libre para introducir o no estos regímenes de declaración obligatoria. En este sentido, la implementación de las recomendaciones planteadas en el informe final de esta acción 12 no constituye un estándar mínimo.

Los países pueden elegir que la responsabilidad principal de divulgar la información arriba mencionada recaiga sobre el promotor o sobre el propio contribuyente. En la medida en que el promotor de la planificación fiscal tenga la obligación de divulgar un determinado esquema de planificación, la OCDE sugiere que la carga de la divulgación se transfiera al contribuyente en los casos en los que el responsable de la planificación fiscal se encuentre situado en un territorio "offshore" o tenga privilegios fiscales- incluido como tal el secreto profesional-.

El responsable de la planificación fiscal debe divulgar el esquema utilizado al tiempo que el mismo es facilitado al contribuyente, dado que, si la responsabilidad de la divulgación recae sobre este último, este, divulgaría el esquema de planificación en el mismo momento en que el mismo fuese implementado y no antes.

El informe final completó el borrador de marzo de 2015 indicando cómo implementar la obligación de divulgación de información para así identificar los esquemas de planificación fiscal internacional que conlleven un riesgo material sobre los ingresos fiscales de las jurisdicciones.

La OCDE recomienda que estos esquemas de planificación sean divulgados en los casos en los que el contribuyente local (o el asesor del contribuyente local) pueda razonablemente prever que los resultados transfronterizos de un determinado acuerdo incorporan un aspecto sobre el que debe informarse teniendo en cuenta el régimen de declaración obligatoria vigente en el país correspondiente.

La Unión Europea, reconociendo que contar con un marco transparente para el desarrollo de la actividad económica podría contribuir a poner freno a la elusión y la evasión fiscales en el mercado interior, emprendió iniciativas en materia de comunicación obligatoria de información sobre mecanismos de planificación fiscal potencialmente agresiva, en consonancia con la acción 12 BEPS.

En este contexto, el Parlamento Europeo reclamó medidas más estrictas contra los intermediarios que presten ayuda en relación con mecanismos que puedan dar lugar a la elusión y la evasión fiscales.

En la Declaración de Bari del G7, de 13 de mayo de 2017, sobre la lucha contra los delitos fiscales y otros flujos financieros ilícitos, se pedía a la OCDE que empezara a debatir posibles vías para abordar los mecanismos concebidos para eludir la comunicación de información, en el marco del Estándar común de comunicación de información (ECCI) o destinados a proporcionar a los titulares reales la cobertura de estructuras no transparente, tomando también en consideración normas tipo de comunicación obligatoria de información inspiradas en el enfoque adoptado para los mecanismos de elusión descritos en el informe sobre la acción 12 del proyecto BEPS.

En consecuencia, la Unión Europea procedió a modificar la Directiva 2011/16/UE relativa a la Cooperación Administrativa en el Ámbito de la Fiscalidad. El 25 de mayo de 2018, el Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva 2018/822 sobre el intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información (DAC-6, al tratarse de la quinta modificación que se realiza a la Directiva 2011/16/UE) en consonancia con la Acción 12 del proyecto de la OCDE sobre BEPS.

El régimen de obtención de información establecido en la DAC-6 establece la obligación de información de determinadas estructuras fiscales consideradas como potencialmente abusivas por parte de la Comisión Europea.

Entre otras, bajo determinadas circunstancias, encontramos sometidas a la obligación de información la utilización de entidades sin aparente sustancia económica, la transferencia de funciones, activos y/o riesgos entre sociedades vinculadas de un mismo grupo que cumplan determinadas condiciones, la realización de pagos entre entidades vinculadas sin tributación en destino o los mecanismos que supongan una conversión de renta con una tributación ventajosa.

La obligatoriedad de reporte de parte de estas estructuras está ligada, en algunos casos, al conocido como criterio del beneficio principal, esto es, solo resultará de aplicación cuando el principal efecto o uno de los principales efectos que una persona puede esperar razonablemente del mecanismo, teniendo en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, sea la obtención de un ahorro fiscal. Sin embargo, en otras ocasiones, el nacimiento de la obligación es puramente objetivo y debe reportarse con independencia de la existencia o no de ese ahorro fiscal.

Pese a que los Estados miembros debían transponer las disposiciones de la Directiva antes de 31 de diciembre de 2019 y el régimen entró en vigor el 1 de julio de 2020, el 8 de mayo de 2020, la Comisión Europea propuso una prórroga de tres meses de los plazos para la presentación de comunicaciones e intercambio de información sobre los acuerdos transfronterizos debido a la pandemia de COVID-19. La propuesta también preveía la posibilidad de una nueva prórroga para la presentación e intercambio de información por un máximo de tres meses adicionales.

2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español[52]

El 30 de diciembre de 2020, se publicó en el BOE la Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la mencionada Directiva.

El 7 de abril de 2021 se publicó en el BOE el Real Decreto 243/2021, de 6 de abril, por el que se modifica el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, (Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio), en transposición de la DAC-6.

La publicación de este Real Decreto marca un hito importante en el proceso de incorporación al Derecho español de la DAC-6, por cuanto desarrolla elementos clave de las nuevas obligaciones que establece esta Directiva.

El ámbito de aplicación sobre los tributos contemplado en la normativa española está alineado con la DAC 6 y se extiende a todos los impuestos, con excepción del IVA, aduanas, impuestos especiales y contribuciones obligatorias a la seguridad social.

Adicionalmente, se establece que la AEAT podrá publicar en su sede electrónica, a efectos meramente informativos, los mecanismos transfronterizos de planificación fiscal más relevantes que hayan sido declarados. Sin embargo, no se especifica los criterios que se seguirán para determinar qué mecanismos se publicarán, cuando ni con qué regularidad.

El desarrollo normativo de la DAC-6 culmina el 13 de abril de 2021 con la publicación en el BOE de la Orden HAC/342/2021, de 12 de abril, por la que se aprueba el modelo 234 de «Declaración de información de determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal», el modelo 235 de «Declaración de información de actualización de determinados mecanismos transfronterizos comercializables» y el modelo 236 de «Declaración de información de la utilización de determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal» así como, la Resolución de 8 de abril de 2021, del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT, por la que se aprueban los modelos de comunicaciones entre los intervinientes y partícipes. De este modo, se habilitan los modelos y, en consecuencia, el comienzo del cómputo de los plazos establecidos en el Reglamento para reportar los mecanismos sujetos a comunicación.

La Dirección General de la AEAT recoge en el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2021 que en 2020 se ha comenzado a recibir información sobre determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal potencialmente agresiva, de acuerdo con DAC-6. Esta Dirección General considera que esta nueva fuente de información contribuirá a una mayor transparencia, facilitando tanto la prevención como la corrección de comportamientos evasores o elusivos.

Señala asimismo que este intercambio de información estará plenamente operativo en 2021, lo que puede contribuir de forma eficaz a los esfuerzos por crear un entorno de equidad tributaria en el seno de la Unión Europea, facilitando el examen de las pautas de comportamiento de los grupos multinacionales.

[52] La Fundación ha seguido con mucho interés la trasposición de la DAC 6 al ordenamiento español, habiendo púlicado en esta misma página web, como documento del Observatorio BEPS, las observaciones presentadas en el trámite de consulta pública promovido por la Administración Tributaria. Valga esta "reseña" de remisión al tratamiento más extenso efectuado entonces y a la identificación de problemas que la trasposición suscitaba.

3 Valoración

En principio, el desarrollo de la acción 12 del Plan BEPS en España podría considerarse completado una vez se ha transpuesto en la normativa interna española la DAC-6.

Valoramos positivamente que la implementación de estas recomendaciones de la acción 12 se haya realizado de manera armonizada en la Unión Europea, de modo que esta nueva obligación de transparencia pueda tener efectos prácticos para las autoridades fiscales, que compartirán la información recibida con los Estados miembros involucrados, de cara al objetivo de evitar situaciones indeseadas de erosión de base imponible y traslado de beneficios. En este sentido, consideramos que esta nueva norma de divulgación de información está íntimamente ligada a otras acciones, permitiendo comprobar la existencia de situaciones abordadas; por ejemplo, la acción 2 (híbridos), acción 6 (normativa anti-abuso) o acciones 8-10 (precios de transferencia).

Otros países, como México y Argentina, han decidido explorar también la aprobación de medidas similares. No obstante, el hecho de que estas medidas se aprueben unilateralmente, sin un deber específico de intercambio de información, puede limitar los efectos de este tipo de norma.

Resulta curioso, no obstante, que las señas distintivas fueron definidas a la luz de la acción 12, en la que se comenzó a discutir en 2013 y cuyo trabajó finalizó en 2015. Algunas de las señas distintivas recogidas en la DAC-6 buscan abordar situaciones de planificación fiscal agresiva que, actualmente, seis años después de la publicación de los informes finales BEPS, han evolucionado hacia prácticas más respetuosas con el concepto de contribución fiscal justa (fair share of tax), alineadas con sus principios de buena gobernanza fiscal.

Por otro lado, existen determinadas señas distintivas que llevan a intermediarios u obligados tributarios interesados a asumir una nueva obligación de comunicación, con el coste asociado, en relación con información con la que ya cuenta la Administración tributaria de otro modo o que no desvela planificación fiscal agresiva de ningún tipo, que ya está documentada y que no supondrá un intercambio de información con otro Estado miembro, al realizarse con un tercer Estado (véase una transmisión de un intangible de difícil valoración a una sociedad vinculada residente en una jurisdicción no europea, que deberá documentarse específicamente a la luz de la normativa de precios de transferencia).

Por último, si bien la DAC-6 armoniza la implementación de esta nueva obligación, algunos de los Estados miembros han publicado directrices interpretando la normativa que resulta de aplicación. Esta nueva obligación de comunicación podría perder efectividad si la interpretación es discordante en los diferentes Estados miembros, no siendo deseable ni el exceso de reporte ni la falta de reporte.

Así, entendemos que la aprobación de esta DAC-6 y su transposición por los diferentes Estados miembros es un primer paso firme en el camino de transparencia para evitar prácticas abusivas indeseadas de planificación fiscal internacional. No obstante, esperamos que esta nueva obligación se vaya modulando, tanto para aclarar qué supuestos concretos deben comunicarse, como qué supuestos no es necesario reportar a pesar de encajar en alguna de las señas distintivas, y asimismo que la lista de señas distintivas vaya evolucionando.

ACCIÓN 13: REEXAMINAR LA DOCUMENTACIÓN SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

(KPMG Abogados)
Teresa Quiñones

1 Antecedentes: La Acción 13.

La Acción 13 del Plan BEPS implicó una revisión de la documentación que los grupos multinacionales preparaban para soportar el cumplimiento del principio de libre competencia por las transacciones intercompañía celebradas entre los miembros de dicho grupo multinacional. Se buscaba que los grupos multinacionales prepararan una documentación más integral, alejada de los análisis enfocados exclusivamente en el contribuyente y que proporcionara una visión del grupo así como de la realidad económica del contribuyente y su participación en la generación de valor en el grupo.

Se puede decir que representaba un regreso al principio básico de precios de transferencia en el que a mayores funciones realizadas, activos utilizados y riesgos asumidos, les correspondía un mayor retorno/compensación, pero poniendo en valor la mayor experiencia en los análisis de precios de transferencia y la mayor complejidad de las relaciones intragrupo. Por lo anterior, se tiene en cuenta que para realizar correctamente el análisis de las mencionadas funciones, activos y riesgos se requiere una perspectiva, no sólo del contribuyente sino del grupo al que pertenece, que permita llevar a cabo una comparación adecuada con la industria en la que participa.

En este entorno, y siempre con el enfoque de conocer con detalle la realidad del negocio, confirmar la sustancia económica del contribuyente y ubicar al contribuyente en la cadena de generación del valor del grupo, surge la Acción 13 – Documentación de precios de transferencia e informe país por país. Con el objeto de dar cumplimiento a los objetivos anteriores, la Acción 13 proponía un modelo de documentación basado en tres documentos fundamentales:

- Informe de grupo: Se trata de un documento que proporciona una visión global del grupo, incluyendo todas sus líneas de negocio. Este documento requiere que los grupos multinacionales proporcionen información sobre (i) la estructura organizativa, (ii) la cadena de suministro, (iii) la estrategia seguida para la generación y explotación de intangibles, (iv) las actividades financieras, y (v) las posiciones financiera y fiscal del grupo. Es un documento estratégico del grupo multinacional que, por ende, debe considerar la información a nivel consolidado. Dada la naturaleza de la información incluida en el informe de grupo, éste será el mismo para todas las compañías del grupo multinacional y, en general, se puede decir que es el documento que incluye la información cualitativa del grupo multinacional.

- Informe de obligado tributario: Este documento recoge la información específica del contribuyente así como del cumplimiento del principio de libre competencia de las transacciones intercompañía. La Acción 13 establece el detalle de la información de la compañía que se debe incluir así como el detalle requerido para la confirmación del cumplimiento del principio de libre competencia (i.e., detalle de los análisis funcional y económico) por cada transacción vinculada y la información financiera que soporta el análisis económico tanto del contribuyente como de las transacciones/compañías comparables. El detalle del contenido del informe de obligado tributario permitía, inicialmente, antes de la adaptación a cada una de las jurisdicciones de la obligación establecida en la Acción 13, unificar los requisitos de documentación a nivel global.

- Informe país por país ("CBCR", por sus siglas en inglés): Este documento está divido en tres partes. La primera (i.e., Tabla 1) requiere detallar cierta información financiera, a nivel país, del grupo multinacional (i.e., ingresos con entidades vinculadas, ingresos con terceros, beneficio o pérdida antes del impuesto sobre sociedades, impuesto sobre sociedades pagado (criterio de caja), impuesto sobre sociedades devengado (año en curso), capital declarado, resultados no distribuidos, número de empleados, activos tangibles distintos a tesorería e instrumentos equivalentes a tesorería, así como la moneda en la que se proporciona la información). La segunda parte (Tabla 2) incluye la mención de la actividad llevada a cabo por cada una de las compañías del grupo multinacional. La tercera parte (i.e., Tabla 3) recoge la explicación de la información detallada en las dos primeras partes del CBCR, es decir, las bases o criterios utilizados pro calcular las diferentes variables requeridas en la Tabla 1 o explicación adicional sobre la categorización de las compañías incluida en la Tabla 2. Este documento puede verse como el reporte cuantitativo del informe de grupo.

A nivel mundial, el informe de grupo y el CBCR fueron los documentos más novedosos, a la par que controvertidos, cuando la OCDE comenzó la discusión y finalmente la aprobación del contenido de la Acción 13. Inicialmente se esperaba que tanto el informe de grupo como el CBCR fueran presentados a las autoridades fiscales. Si bien la presentación del CBCR fue consistente a nivel internacional y, con carácter general, alineado a lo establecido en la mencionada Acción 13, la presentación del informe de grupo quedó en función de lo establecido en cada jurisdicción. En muchas de ellas, como es el caso de España, sólo es obligatorio presentar el informe de grupo a las autoridades fiscales previa solicitud específica; sin embargo, existen numerosos países en los que la obligación de presentar el informe de grupo está directamente ligada con la presentación del informe de obligado tributario, del CBCR o de ambos.

Uno de los objetivos de la OCDE al elaborar la Acción 13 era estandarizar la información que, en materia de precios de transferencia, deberían preparar los contribuyentes o grupos multinacionales. Adicionalmente, los tres documentos incluidos en la Acción 13 deberían permitir a las autoridades fiscales (1) evaluar el perfil de riesgo de los contribuyentes antes de iniciar los procesos de inspección en materia de precios de transferencia, (2) evaluar otros riesgos relacionados con la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y (3) llevar a cabo, en su caso, un análisis económico y estadístico. A través de esta información, las autoridades fiscales deberían ser capaces de llevar a cabo procesos de inspección focalizados en aspectos que resultaran relevantes a la luz de la información detallada en los mencionados documentos. La Acción 13 expresamente indica que las autoridades fiscales deben abstenerse de utilizar la información del CBCR para llevar a cabo ajustes inmediatos en materia de precios de transferencia: dicha información sólo debe utilizarse para efectos de realizar análisis de riesgo y, en función de dicho análisis, llevar a cabo las programaciones de las inspecciones.

Después de meses de discusión sobre el borrador de la Acción 13, la OCDE emitió el documento final en 2015. Sin embargo, lo que inicialmente parecía relativamente sencillo de completar dio lugar a numerosas dudas. Por ende, con posterioridad a la publicación del documento final de dicha Acción, la OCDE publicó dos tipos de actualizaciones diferentes con relación al CBCR: (1) guía sobre el uso apropiado de la información incluida en el CBCR[53], y (2) guía sobre la implementación del CBCR.

[53] OCDE (2017), BEPS Acción 13 – Informes país por país – Guía sobre el uso apropiado de la información contenida en los informes país por país, Publicaciones de la OCDE, Paris. www.oecd.org/tax/beps/beps-accion-13-guia-sobre-el-uso-apropiado-de-la-informacioncontenida-en-los-informes-pais-por-pais.pdf

Con relación a la Guía sobre el uso apropiado de la información incluida en el CBCR, en el documento publicado en septiembre de 2017, se establecen cuáles son las consecuencias de incumplimiento de la "condición de uso apropiado" de la información incluida en el CBCR, entre las que se mencionan las relacionadas con los siguientes aspectos:

- Uso apropiado como condición para recibir y utilizar los informes país por país.
- Compromiso de las autoridades competentes de denunciar infracciones de uso apropiado.
- Compromiso de las autoridades competentes de reconocer de inmediato ajustes inapropiados en los procedimientos de la autoridad competente.
- Capacidad de las autoridades competentes para suspender temporalmente el intercambio de los informes país por país después de previa consulta en casos de incumplimiento.
- Riesgo de una evaluación fiscal incorrecta.

El documento se enfoca en responder a numerosas preguntas que han de servir de guía a las autoridades fiscales para el uso adecuado de la información así como el acceso correcto de la misma a sus funcionarios/empleados. También establece los mecanismos adecuados para que las autoridades fiscales puedan documentar su uso debido de la información.

Con relación a la Guía sobre la implementación del CBCR, hubo comentarios desde la publicación del documento en 2015 hasta la fecha. Específicamente, la OCDE publicó documentos al respecto en junio de 2016, septiembre de 2017, septiembre de 2018 y diciembre de 2019[54]. En estos documentos se da respuesta a diferentes dudas que surgieron con motivo de la implementación del CBCR. Dentro de los aspectos comentados destacan los siguientes:

- Ingresos y beneficios extraordinarios: Los ingresos y beneficios extraordinarios, en todos los casos, deben quedar reflejados.
- Agregación vs. consolidación de datos: Se incluirán los datos agregados (en oposición a datos consolidados) de las distintas compañías del grupo multinacional presentes en cada jurisdicción. Podrá incluirse información consolidada siempre que lo permita la jurisdicción específica y que exista una consistencia en los siguientes ejercicios.
- Impuesto sobre sociedades devengado - Año en curso: Se sigue un criterio similar al mencionado para el caso de los ingresos/beneficios extraordinarios.
- Impuesto sobre sociedades satisfecho (criterio de caja): Se establece que deberán considerarse todos los pagos realizados por concepto de impuestos, con independencia del ejercicio al que se refieran (i.e., impuestos pagados con relación al ejercicio anterior así como los impuestos pagados por anticipado con relación al ejercicio corriente). Cualquier devolución obtenida, se reflejará reduciendo el importe del impuesto sobre sociedades pagado.

[54] OCDE (2019): Directrices para la elaboración y presentación de informes país por país – Acción 13 BEPS, Ediciones OCDE, París. www.oecd.org/tax/beps/directrices-para-la-elaboracion-y-presentacion-de-informes-pais-por-paisaccion-13-beps.pdf

- Dividendos: Se le debe dar un tratamiento similar a los ingresos por dividendos y a los beneficios (pérdidas) antes del impuesto sobre sociedades. Es necesario excluir el importe de los dividendos de los beneficios/pérdidas antes del impuesto sobre sociedades.

- Fondos de inversión y participaciones minoritarias: Deben incluirse los fondos de inversión y la información correspondiente a las participaciones minoritarias deberán seguir las reglas contables aplicables y siempre ser consistentes en todas las partidas de la Tabla 1 del CBCR.

En el documento se destaca que, dado que pueden surgir dudas específicas sobre los importes incluidos en el documento, será posible utilizar un criterio corporativo uniforme siempre que el mismo sea consistente para todos aquellos rubros en los que resulte aplicable así como para todas las compañías del grupo multinacional. Dicho criterio deberá aclararse en la Tabla 3 y ser consistente a lo largo de los años de tal forma que los informes país por país sean consistentes y permitan la comparabilidad a través de los años.

Otros aspectos clave son las relacionadas con el mecanismo de intercambio del CBCR y los relacionados con la incorporación de la información financiera de fusiones, adquisiciones y escisiones. Incluye otras aclaraciones generales como que no es posible acortar o redondear los importes detallados en la Tabla 1 del CBCR.

2 Desarrollos habidos en el sistema tributario español.

Inmediatamente después de la publicación de las recomendaciones de documentación incluidas en la Acción 13, la legislación española se alineó con el contenido de la documentación ideal requerida por la OCDE. Específicamente, el contenido de la Acción 13 quedó incorporado en el artículo 18.3 de la LIS y en los artículos 13 – 16 del RIS.

2.1 Derecho UE

En línea con la iniciativa de la OCDE detallada en la Acción 13, en 2016 la Comisión Europea propuso una directiva a través de la cual obligaba a los grupos multinacionales con operaciones en Europa a proporcionar a las autoridades fiscales cierta información financiera sobre los beneficios obtenidos y los impuestos de sociedades pagados. Se buscaba una mayor transparencia fiscal y que dicha información fuera pública (a nivel de autoridades fiscales) de tal forma que fuera posible conocer cuánto y en qué jurisdicciones tributa por impuesto sobre sociedades el grupo multinacional. Adicionalmente, deberán hacer pública, también a nivel de autoridades fiscales, las actividades que realizan en las jurisdicciones consideradas como paraísos fiscales desde el punto de vista de la UE.

Por ende, consistentemente con la Acción 13, la Directiva 2016/881/EU requiere a los grupos multinacionales ubicados o con operaciones en la UE y con ingresos consolidados superiores a € 750 millones que presenten el CBCR. Dicha directiva traspone lo establecido en la Acción 13. Sin embargo, en lo que respecta a transparencia, la UE busca ir un paso más allá de lo establecido en el CBCR de la OCDE a través de una nueva directiva propuesta que incluye reglas de transparencia fiscal para las multinacionales adicionales.

En este sentido, la UE dio un paso adelante en lo que respecta a la transparencia fiscal a través de la directiva contable (i.e. directiva 2013/34/EU) así como en la directiva de transparencia (i.e., directiva 2004/109/EC) que requieren que las compañías públicas o grandes compañías no públicas de los sectores de petróleo, gas, minería o forestal reporten todos los pagos (e.g.,

impuestos, royalties, licencias, bonos, etc.) realizados a los gobiernos divididos por país, incluyendo cierto detalle por proyecto. Posteriormente, la Comisión Europea ha propuesto una nueva directica que requiere que los grandes grupos multinacionales publiquen información país por país sobre las jurisdicciones en las que obtienen beneficios y pagan impuestos. Esta directiva requeriría que las empresas revelen los impuestos pagados por las actividades comerciales que realicen fuera de la UE, desagregando la información por país en el caso de que se trate de actividades realizadas en las jurisdicciones de baja imposición fiscal (i.e., paraísos fiscales). Esta información deberá ser proporcionada por compañías multinacionales, europeas o no, que realicen operaciones en la UE, que tengan presencia física en la UE y que tengan ingresos mundiales superiores a € 750 millones. A la fecha, esta directiva no ha sido aprobada pero implicaría hacer pública cierta información financiera y fiscal no sólo a autoridades fiscales sino al público en general.

2.2 Normativa española

Como se indicó anteriormente, la regulación española ha seguido las recomendaciones establecidas en la Acción 13 sin cambios relevantes desde la incorporación de las mismas a la Ley y al Reglamento del Impuesto de Sociedades.

La regulación española establece la obligación de contar con un CBCR (i.e., CBCR - Artículo 14 RIS), un **informe de grupo** (i.e., documentación específica del grupo al que pertenece el contribuyente – Artículo 15 RIS) y **un informe de obligado tributario** de cada contribuyente o grupo de consolidación fiscal en España (i.e., documentación específica del contribuyente – Artículo 16 RIS), todos ellos alineados con lo que establece la Acción 13. Adicionalmente, el Artículo 13 del Reglamento de Sociedades establece la obligación de presentar cierta información sobre las transacciones celebradas con partes vinculadas y con entidades residentes en paraísos fiscales (i.e., información y documentación sobre entidades y operaciones vinculadas - Artículo 13 RIS). Dicha obligación quedó materializada a través de la Orden HFP/816/2017, de 28 de agosto publicada por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la que se aprobó el modelo 232 de declaración informativa de operaciones vinculadas y de operaciones y situaciones relacionadas con países o territorios calificados como paraísos fiscales.

Es importante destacar que, consistentemente con lo mencionado en la Acción 13, la regulación española considera ciertas facilidades de documentación para compañías menores (i.e., que variará dependiendo de si el importe de cifra de negocios es inferior a € 10 millones o € 45 millones) así como para transacciones consideradas no materiales (i.e., en aquellos casos en las que las operaciones con la misma contraparte vinculada sean, en agregado, inferiores a € 250.000 de acuerdo con su valor de mercado). Asimismo, la regulación española también requiere a las subsidiarias españolas de aquellos grupos multinacionales obligados a presentar en CBCR en su jurisdicción, que comuniquen, antes de que finalice el ejercicio fiscal en cuestión, la entidad del grupo multinacional que presentará el CBCR correspondiente.

2.3 Doctrina administrativa y jurisdiccional (en su caso)

Dada la naturaleza de la Acción 13 así como el contenido y objetivo de la misma, que busca no sólo unificar la documentación que los grupos multinacionales preparan para soportar el cumplimiento del principio de libre competencia sino también que las autoridades fiscales recaben cierta información que les permita analizar el perfil de riesgo del grupo multinacional en general y del contribuyente en específico, en la actualidad no existe jurisprudencia en la materia.

Por otro lado, en la Acción 13 se indicaba que las administraciones tributarias no deberían utilizar la información incluida en el CBCR para detonar ajustes automáticos en materia de precios de transferencia y que, en caso de que la información detallada en el CBCR fuera utilizada para realizar ajustes automáticos, sería necesario revisar el alcance de la misma y considerar las consecuencias del incumplimiento del uso debido de la información detallada en dicho documento. Si bien las autoridades tributarias de los diferentes países han declarado su intención para efectos de analizar el perfil de riesgo de los contribuyentes, a la fecha no se conocen casos en los que los detalles financieros del grupo multinacional detallados en el CBCR no han sido utilizados debidamente.

2.4 Interrelación con otras acciones

Como se indicó anteriormente, a través de estos documentos se trata de tener una visión integral no sólo del contribuyente sino también del grupo multinacional que permita identificar el perfil de riesgo que representan, de tal forma que las administraciones fiscales puedan tomar las medidas que consideren oportunas. Por ende, la Acción 13 tiene bastante correlación con otras acciones, dado que se trata de reflejar lo que hace el grupo multinacional. A continuación se detallan las principales interrelaciones con otras acciones del Plan BEPS:

- Acción 1 - Abordar los retos de la economía digital para la imposición: A través de los documentos de la Acción 13 las administraciones fiscales podrán identificar las compañías que, en su caso, podrían verse afectadas por la nueva regulación que se está considerando aplicar a los negocios enfocados en el consumidor así como a los dedicados a servicios altamente digitalizados.

- Acción 4 - Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros. Si bien la Acción 13 no incluye medidas para relacionadas con la capitalización insuficiente y la consecuente limitación en la deducción de intereses, sí hay que tener en cuenta que hay una sección específica en los requerimientos establecidos en la Acción que requiere explicar la posición financiera del grupo y del obligado tributario, lo que permitirá a las administraciones fiscales tener mayor visibilidad para determinar el perfil de riesgo.

- Acción 8-10 - Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor. Dentro d ellos cambios más relevantes de la documentación de precios de transferencia está el relacionado con los riesgos y los intangibles, reflejados en las acciones 8 y 9. Esta acción es la que ha tenido un impacto más relevante en el nuevo estándar de documentación ya que se requiere el detalle de la cadena de valor así como de las funciones DEMPE que, desde la implementación de la Acción 13, pasa a ser documentación requerida de acuerdo a la OCDE.

3 Valoración.

3.1 Grado de desarrollo de la acción

Uno de los objetivos de la OCDE al elaborar la Acción 13 era estandarizar la información que, en materia de precios de transferencia, deberían preparar los contribuyentes o grupos multinacionales. Se buscaba una eficiencia para los grupos multinacionales al elaborar información que fuera consistente mundialmente al mismo tiempo al que proporcionaba información adicional a las autoridades tributarias con el objetivo de que pudieran realizar un análisis de riesgos del grupo multinacional y del contribuyente que le permitiría focalizar las inspecciones en temas relevantes.

Si bien España se ha ceñido a lo establecido en la Acción 13 y reflejado en la Directiva 2016/881/EU del Consejo de la UE, es importante destacar que no todos los países se han ceñido tal cual a lo establecido en dicha Acción 13. Esto ha dado lugar a numerosas complejidades en la preparación de la documentación. Dentro de las numerosas complejidades se encuentran las siguientes:

- Fecha de presentación: Dado que el informe de obligado tributario debe ser contemporáneo con la fecha de presentación de la declaración del impuesto sobre sociedades en cada jurisdicción, la fecha de elaboración o puesta disposición de la misma a las autoridades tributarias difiere en los países. Con relación al informe de grupo, si bien en muchas de las jurisdicciones en las que debe presentarse se siguió la recomendación de que dicho envío tuviera lugar conjuntamente con el CBCR, existen ciertas jurisdicciones que requieren que el informe de grupo se envíe conjuntamente con el informe de obligado tributario (e.g., Colombia).

- Contenido de los documentos: La pretendía uniformidad de la documentación no necesariamente tuvo lugar. Con relación al informe de obligado tributario, numerosos países tomaron como punto de partida la información detallada en la Acción 13 y le incluyeron información adicional que consideraban relevante para dichos países (e.g., México) u establecieron formatos específicos para proporcionar la información a las autoridades tributarias (e.g., Perú). Con relación al informe de grupo también existen ciertas peculiaridades dependiendo de los países (e.g., Perú) que van más allá del idioma en el que debe presentarse el documento.

- Documentos adicionales: Determinadas jurisdicciones requieren la presentación de documentos adicionales a los contenidos en la Acción 13. Por ejemplo, aquellas que no sólo requieren la confirmación de quién es la casa matriz y que esta presentará el CBCR o que confirmen quién es la casa matriz y que ésta NO presentará el CBCR así como que confirmen que el CBCR fue presentado.

- Idioma: La mayoría de los países aceptan que el informe de grupo se presente en idioma local o inglés pero existen países en los que el informe de grupo sólo puede presentarse en idioma local (e.g., Indonesia).

Por lo anterior, una vez que todos los países han concluido su regulación para reflejar las obligaciones de la Acción 13 y dado que ciertos países incluyeron diferencias u obligaciones que van más allá de lo recomendado por la OCDE, se han encarecido significativamente las obligaciones de cumplimiento en materia de precios de transferencia para el grupo multinacional.

3.2 Valoración crítica

La OCDE ha realizado un esfuerzo muy significativo para tratar de alcanzar dos objetivos diametralmente opuestos: (1) mayor información para las autoridades tributarias, y (2) mayor eficiencia de documentación de precios de transferencia para los grupos multinacionales. En el estado actual de las regulaciones internacionales, el coste de documentación para los grupos multinacionales no se ha reducido y la facilidad de elaborar documentación unificada no es tan elevada como inicialmente se esperaba de una regulación inicialmente consistente a nivel OCDE.

Quedaría por ver si, a nivel internacional, estos requerimientos adicionales de documentación permiten que las autoridades tributarias sean más eficientes en sus procesos de fiscalización de

transacciones intercompañía y el beneficio obtenido de la información detallada en el CBCR y los cambios que, en su caso, sería necesario plantear al mismo.

Si nos enfocamos en España, es importante destacar que España en particular ha adoptado la Acción 13 sin desviaciones destacables; sin embargo, como se explicó anteriormente, a nivel mundial no ha sido así.

ACCIÓN 14: HACER MÁS EFECTIVOS LOS MECANISMOS DE RESOLUCIONES DE CONTROVERSIAS

(Deloitte)

1 Antecedentes

La Acción 14 "Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias" del Plan de Acción BEPS tiene como objetivo agilizar y optimizar los mecanismos de resolución de conflictos en el ámbito de la fiscalidad internacional.

El informe de la Acción 14 persigue, principalmente, el compromiso de los Estados a los efectos de implementar el obligado cumplimiento (estándar mínimo) en la resolución de conflictos, el cual se construye a partir de varias medidas específicas encaminadas a eliminar los obstáculos que pueden existir para la implementación de procedimientos amistosos efectivos y eficientes; y ello con el propósito de reducir la incertidumbre y reforzar la seguridad jurídica, en lo concerniente a la aplicación de los convenios de doble imposición.

Por un lado, el estándar mínimo pone su foco de atención en que las autoridades competentes de los distintos Estados Miembros garanticen el cumplimiento de las obligaciones asumidas en los convenios de doble imposición. Por otro lado, dicho estándar mínimo se centra en combatir los distintos obstáculos asociados a la operativa interna de la Administración Tributaria de los distintos países para lograr que los procedimientos amistosos se resuelvan de forma justa, ágil y objetiva.

En este sentido, los trabajos realizados sobre la Acción 14 plantean el llamado proceso de monitorización entre pares (*peer review*) con el propósito de monitorizar y asegurar la efectividad y el grado de implementación de las medidas que configuran el estándar mínimo en materia de resolución de controversias.

Como complemento al estándar mínimo fijado por la Acción 14, un grupo de veinte países, entre ellos España, se ha comprometido a la adopción del arbitraje preceptivo y vinculante como mecanismo para garantizar la resolución de los casos de procedimiento amistoso.

Por otro lado, el Informe de la Acción 14 recoge una serie de mejores prácticas (*best practices)*, las cuales no son parte del estándar mínimo, para dar respuesta a algunos de los impedimentos y obstáculos que en ocasiones dificultan la efectiva y eficaz resolución de controversias a través de los procedimientos amistosos.

En concreto, cabe citar que el artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE -incluido en los CDIs firmados por España-, contempla un mecanismo paralelo a los procedimientos internos regulados por cada uno de los estados, mediante el cual los distintos estados contratantes deben resolver los problemas asociados a la correcta aplicación de los convenios para evitar la doble imposición.

Por último, cabe destacar que el 5 de febrero de 2020 entró en vigor el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, por el que, entre otras, se modifica la regulación del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para trasponer la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea, cuyo objetivo es armonizar el marco de resolución de procedimientos amistosos y reforzar la seguridad jurídica a la hora de resolver los conflictos de doble imposición.

En este sentido, se consagra el mecanismo de un doble procedimiento: amistoso y de resolución de litigios que ya estaba presente en el Convenio Europeo de Arbitraje. No obstante, se introducen novedades en cuanto al ámbito de actuación (el cual se amplía), la regulación de plazos y los mecanismos de acción subsidiarios que permiten evitar las dilaciones o la inaplicabilidad de las resoluciones.

2 Grado de desarrollo e implementación

En primer lugar, señalar que la postura de los distintos Estados en relación con la Acción 14, depende de la posición adoptada por los mismos a la hora de adherirse al Instrumento Multilateral. En este sentido nos remitimos a la ficha de la Acción 15 donde se recoge la posición de España en el Instrumento Multilateral ("MLI") respecto a los artículos relacionados con las medidas propuestas mediante la Acción 14: Artículo 16 -Procedimiento amistoso "estándar mínimo"-, Artículo 17 -Ajustes correlativos-, y Artículos 18 a 26 -Arbitraje-.

En segundo lugar, en aras de asegurar la transparencia, la Acción 14 recoge dentro de sus medidas la publicación de los perfiles país en materia de procedimiento amistoso en una plataforma de acceso público de acuerdo con las directrices fijadas por el MAP Forum.

Los países van publicando lo que se denomina perfil en materia de procedimientos amistosos (*country MAP profile*). En este sentido, como "perfil en materia de procedimientos amistosos" se entiende determinada documentación e información de cada uno de los países que pueda resultar de especial interés y relevancia para aquellos contribuyentes que pretendan invocar un procedimiento amistoso.

En el **Anexo I** del presente documento se puede observar el último perfil publicado por España, de fecha 30 de octubre de 2020, en relación con el MAP.

En tercer lugar, señalar que la implementación del mencionado proceso de monitorización entre pares (*peer review*) trata de asegurar la efectividad de las medidas que conforman el estándar mínimo en materia de resolución de controversias.

Cabe destacar que el pasado 22 de octubre de 2020 la OCDE publicó los resultados relativos a España en relación a la segunda fase de los informes inter pares (*Stage 2 – MAP peer review report*) de la Acción 14.

Esta segunda fase, la OCDE se centra en monitorizar los desarrollos en torno a las cuestiones identificadas en la primera fase, y de forma sumaria se concluye que España ha implementado/superado la mayoría de las cuestiones que fueron identificadas con anterioridad.

Estándar mínimo -*peer review reports*-

El estándar mínimo del informe inter pares se divide principalmente en las siguientes secciones: (i) prevención de conflictos, (ii) acceso a los procedimientos amistosos, (iii) resolución de los casos de procedimientos amistosos, e (iv) implementación de los mismos.

1 Prevención de conflictos

Primera frase del artículo 25.3 del Modelo de Convenio de la OCDE:

Según lo previsto en este precepto, los CDIs deben incluir una disposición mediante la cual las autoridades competentes de los Estados contratantes deban resolver las dificultades o dudas que plantee la interpretación o aplicación de los CDIs mediante procedimientos amistosos.

Tal y como consta en el informe de la OCDE, de los 91 CDIs que tiene España en la actualidad, 89 de ellos contienen una disposición equivalente al mencionado artículo 25.3 del Modelo de Convenio de la OCDE. En los dos Convenios restantes[55], no se incluye dicha disposición. Respecto a uno de esos dos países, una vez que el MLI entre en vigor para España-Australia, el CDI entre dichos estados se verá modificado en los términos contemplados en la Acción 14 en lo que respecta a la primera frase del artículo 25.3.

Por otro lado, señalar que España ha firmado en los últimos años tres nuevos CDIs que contienen una disposición equivalente al mencionado artículo 25.3[56].

2 Acceso al MAP

Primera frase del artículo 25.1 del Modelo de Convenio de la OCDE:

El propósito de este precepto es establecer que los CDIs incluyan una disposición que determine que cuando el obligado tributario considere que las medidas aplicadas por alguno de los estados contratantes impliquen o puedan implicar una imposición que no se ajuste a lo dispuesto en el CDI, pueda, con independencia de las medidas previstas en el derecho interno de cada estado, presentar una solicitud de MAP.

De los 91 CDIs que tiene España, 5 de ellos[57] no contienen una disposición equivalente a la primera frase del artículo 25.1 del Modelo de Convenio de la OCDE (redacción previa al informe final de la Acción 14). En concreto, de acuerdo con la información pública disponible, no se espera que esos 5 CDIs se vean modificados por el MLI, cuando entre en vigor, para introducir una disposición equivalente a la primera frase del artículo 25.1 del Modelo de Convenio de la OCDE (redacción modificada por el informe final de la Acción 14).

Por ello, se recomienda que, vía negociaciones bilaterales entre los estados, se modifiquen los citados CDIs en los términos previstos mediante el estándar mínimo recogido en la Acción 14.

Segunda frase del artículo 25.1 del Modelo de Convenio de la OCDE:

Asimismo, el artículo 25.1 establece que dicha solicitud debe plantearse dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme con las disposiciones de un CDI.

En este sentido, de los 91 CDIs que tiene España, 3 de ellos[58] no contienen una disposición en línea con la mencionada (Ej. incluyen en la actual redacción un periodo inferior a dichos tres años). Respecto a uno de esos tres países, una vez que el MLI entre en vigor para España-Portugal, el CDI entre dichos estados se verá modificado en los términos propuestos.

Acceso al MAP en relación con la aplicación de cláusulas anti-abuso:

[55] Australia y Vietnam.
[56] China, Japón y Rumanía.
[57] El Salvador, Italia, Marruecos, Holanda, Suecia.
[58] Portugal, Indonesia y Filipinas.

La OCDE trata de facilitar el acceso al MAP en aquellos casos en los que la cuestión controvertida verse sobre la aplicación al caso concreto de una norma anti-abuso prevista bien en el convenio de doble imposición, bien en la normativa doméstica.

La OCDE recomienda a España que no limite el acceso al MAP en estas situaciones. En concreto, con esta medida propuesta en la Acción 14 se pretende que el MAP alcance a situaciones en las que la cuestión de fondo se refiera a la posible no aplicabilidad de las ventajas previstas en un CDI en virtud de cláusulas anti-abuso previstas en el propio convenio, o en la normativa doméstica del Estado ante el cual se invoca la aplicación del convenio.

Segunda frase del artículo 25.3 del Modelo de Convenio de la OCDE:

Esta disposición establece que las autoridades competentes deben ponerse de acuerdo para tratar de eliminar la doble imposición en los casos no previstos en el CDI.

De los 91 CDIs que tiene España, 6 de ellos no contienen una disposición equivalente en los términos establecidos en la segunda frase del artículo 25.3. del Modelo de Convenio de la OCDE. No obstante, 4 de esos estados[59] han firmado el MLI, por lo que una vez el mismo entre en vigor, el CDI entre dichos estados se verá modificado en los términos propuestos.

Publicación de guías claras y completas sobre los MAPs:

La OCDE recomienda a España que publique los datos de contacto de la autoridad competente en relación con los procedimientos amistosos. Asimismo, la OCDE recomienda que se clarifique y garantice el acceso de los contribuyentes al procedimiento amistoso a pesar de la existencia de acuerdos alcanzados entre la Administración Tributaria y el contribuyente en el marco de actuaciones de comprobación e inspección.

3 Resolución de Procedimientos Amistosos

Primera frase del artículo 25.2 del Modelo de Convenio de la OCDE:

De acuerdo con este precepto, los CDI deben contener una disposición que establezca que la autoridad competente, si la reclamación le parece fundada, y si no puede por sí misma encontrar una solución satisfactoria, hará lo posible por resolver la cuestión planteada por medio de un procedimiento de mutuo acuerdo con la autoridad competente del otro Estado contratante, con objeto de evitar una imposición no prevista baja lo aplicación de las provisiones del CDI.

De los 91 CDIs que tiene España, solamente uno de ellos[60] no contiene una disposición equivalente a la primera frase del artículo 25.2 del Modelo de Convenio de la OCDE, por lo que el CDI entre España-Marruecos no se verá modificado por el MLI para recoger esta disposición.

4 Implementación de los acuerdos en el marco de los procedimientos amistosos

Segunda frase del artículo 25.2 del Modelo de Convenio de la OCDE:

Al objeto de prevenir que los plazos previstos por el derecho interno de cada uno de los países impidan la implementación de los acuerdos alcanzados en el marco de los procedimientos amistosos, los Estados se comprometan a la adopción de alguna de las siguientes medidas:

[59] Australia, Bélgica, Chile y México.
[60] Marruecos.

(i) Inclusión, en sus CDIs bilaterales, de la siguiente frase prevista en el párrafo 2 del artículo 25 de Modelo de Convenio: *"El acuerdo será aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes"*.

(ii) Cuando un país tenga una reserva con respecto a la introducción de dicha cláusula, al menos deberá introducir en los mismos una disposición alternativa en la que se fije un plazo máximo -previamente acordado con el otro Estado contratante- para la realización de un ajuste al amparo de lo previsto en el apartado 1 del artículo 9, o en el apartado 2 del artículo 7 del Modelo de Convenio -ajustes correlativos de precios de transferencia -, al objeto de evitar ajustes tardíos para los que ya no existiría la posibilidad de acudir al procedimiento amistoso para eliminar la doble imposición.

De los 91 CDIs que tiene España, 24 de ellos no contienen una disposición equivalente a la prevista en la segunda frase del artículo 25.2 del Modelo de Convenio de la OCDE, ni un texto equivalente a la disposición alternativa ii. mencionada anteriormente. No obstante, 14 de ellos están previstos de ser modificados vía el MLI para incluir una disposición equivalente a dicha frase del artículo 25.2.

3 Valoración

Desde nuestro punto de vista la Acción 14 constituye una pieza clave a los efectos de garantizar un mecanismo efectivo y ágil de resolución de conflictos, con independencia de las medidas jurídicas previstas en la normativa interna de cada uno de los países, apoyándose en el procedimiento amistoso contemplado en el artículo 25 del Modelo de Convenio.

La aceptación de este compromiso supone para los Estados la implementación de una serie de medidas de carácter obligatorio, entre ellas, la introducción de cambios en los CDIs, cambios en el funcionamiento interno de la propia Administración tributaria, y la inclusión y colaboración en el citado MAP Forum, foro que coordinará los mecanismos de supervisión entre pares.

Como hemos ido comentado a lo largo del documento, la Acción 14 está plenamente vinculada a la adhesión de los diferentes estados al MLI previsto bajo la Acción 15 para implementar varias de las medidas que integran el citado estándar mínimo a los efectos de contribuir a mayores niveles seguridad jurídica en materia tributaria.

En el **Anexo II** del presente documento se incluye la tabla resumen del grado de cumplimiento de la Acción 14 de los países que han firmado un Convenio de Doble Imposición con España. Fuente: *Stage 2 – MAP peer review report dated October 2020.*

ACCIÓN 15: DESARROLLAR UN INSTRUMENTO MULTILATERAL QUE MODIFIQUE LOS CONVENIOS BILATERALES

(Deloitte)

1 Antecedentes

Como colofón final del Plan de Acción BEPS, la Acción 15 exploraba la necesidad, conveniencia y viabilidad de elaborar un instrumento multilateral que permitiese a las jurisdicciones que se adhiriesen al mismo implementar de manera rápida, coordinada y consistente todas aquellas medidas que emanaban del resto de acciones del Plan BEPS y que tienen como encuadre normativo los convenios de doble imposición; todo ello sin necesidad de renegociar de manera individual cada uno de los acuerdos bilaterales ya existentes.

Así, el 7 de junio de 2017, 76 jurisdicciones (entre ellas, España) se adhirieron inicialmente a dicho Instrumento Multilateral. A 20 de abril de 2021, 95 jurisdicciones ya se han adherido a dicho instrumento. No obstante, la implementación del mismo para su entrada en vigor en cada jurisdicción requiere de los procedimientos internos necesarios para su entrada en vigor (ej. aprobación parlamentaria, en el caso de España). A dicha fecha , las jurisdicciones que han completado los trámites internos pertinentes para la aprobación de esta instrumento y, por tanto, en las que dicho instrumento se encuentra ya en vigor han sido 63 (entre las que, de momento, no se encuentra España)[61].

El MLI se ha configurado como un instrumento flexible, de tal manera que cada una de las jurisdicciones pueda elegir las disposiciones del mismo que desea aplicar (salvo por los que han sido considerados como "estándar mínimo"), así como los convenios bilaterales que quieran que sean alcanzados (modificados) por este instrumento[62].

A continuación, se muestra un breve esquema que resume los artículos del MLI en que han sido recogidas cada una de las acciones con encuadre normativo en los CDI, y cuáles han sido configurados como estándar mínimo de obligatorio cumplimiento por las jurisdicciones adheridas:

- **Acción 2 Plan BEPS: Mecanismos Híbridos:** Artículo 3 MLI. Entidades transparentes y Artículo 5 MLI. Aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición.

- **Acción 6 Plan BEPS: Anti abuso** Artículo 4 MLI. Entidades con doble residencia, Artículo 6 MLI. Objeto de un Convenio (estándar **mínimo**), Artículo 7 MLI. Impedir el abuso de los convenios (estándar mínimo), Artículo 8 MLI. Dividendos, Artículo 9 MLI. Ganancias de capital derivadas de la venta de acciones en entidades cuyo valor proceda principalmente de la propiedad inmobiliaria, Artículo 10 MLI. Regla anti abuso para EP en terceros Estados y Artículo 11 MLI. Aplicación de un Convenio para restringir el derecho de un Estado a gravar a sus propios residentes.

[61] En el siguiente enlace de la OCDE, de actualización periódica, puede consultarse el estado de adhesión de cada una de las jurisdicciones: https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf

[62] En el mismo enlace anterior, seleccionado sobre cada jurisdicción, puede consultarse la posición adoptada por la misma con respecto al instrumento.

- **Acción 7 Plan BEPS: Establecimiento permanente:** Artículo 12 MLI. Acuerdos de comisión y estrategias similares, Artículo 13 MLI. Exenciones de **actividades** preparatorias o auxiliares, Artículo 14 MLI. Fragmentación de contratos y Artículo 15 MLI. Definición de personas estrechamente vinculadas a la empresa.

- **Acción 14 Plan BEPS: Mecanismos de resolución de conflictos:** Artículo 16 MLI. Procedimiento amistoso (estándar mínimo), **Artículo** 17 MLI. Ajustes correlativos y Artículos 18 a 26 MLI. Arbitraje.

2 Desarrollos normativo

2.1 Estado de aprobación del MLI en España y entrada en vigor

El pasado 29 de mayo de 2020, el Consejo de Ministros dispuso la remisión a las Cortes Generales del MLI, junto con la posición, las declaraciones y reservas pertinentes adoptadas por España, para su autorización. Las últimas novedades acaecidas sobre el MLI en España es la *Modificación de reservas* realizada el pasado 9 de abril de 2021. A partir de aquí, parece que la tramitación que se solicita para estas modificaciones ha de ser urgente para intentar que la tramitación del MLI se produzca durante el año 2021, máxime cuando cuando las Cortes Generales ya han concedido su autorización para ello y sólo queda pendiente la modificación de algunos aspectos de la posición española.

Una vez sea ratificado, de conformidad con el artículo 34.2 del MLI, el mismo entrará en vigor para España *"el primer día del mes siguiente a la conclusión de un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de depósito por dicho signatario de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación".*

No obstante, las disposiciones del mismo surtirán efectos (artículo 35 del MLI) de acuerdo con el siguiente calendario:

- Respecto a impuestos retenidos en la fuente sobre las cantidades pagadas o abonadas a no residentes, cuando el hecho que genera la imposición ocurra a partir del primer día del año civil que comience a partir de la última de las fechas en las que este Convenio entre en vigor para cada una de las Jurisdicciones contratantes del Convenio fiscal comprendido.

- Respecto a los restantes impuestos, para los impuestos exigidos en relación con los periodos impositivos que comiencen a partir de la conclusión de un plazo de seis meses (o un plazo más breve, si todas las jurisdicciones contratantes notifican al Depositario su intención de aplicar dicho plazo más breve) contabilizado desde la última de las fechas en las que este Convenio entre en vigor para cada una de las Jurisdicciones contratantes del Convenio fiscal comprendido.

2.2 Posición de España respecto al MLI

Hasta que finalice el trámite de aprobación parlamentaria del MLI, la posición de España con respecto al mismo es provisional.

Así, la posición provisional adoptada por España (hasta el pasado 9 de abril de 2021) con respecto al MLI puede resumirse del siguiente modo[63]:

Artículo 1: Ámbito de la Convención

Actualmente España tiene firmados 98 CDI (si bien el de Dinamarca se encuentra denunciado). Todos ellos a excepción de los CDIs con Bielorrusia, Cabo Verde, China, Japón, Holanda, Noruega, Rumanía, Suecia, Ucrania y Dinamarca han sido incluidos como convenios susceptibles de ser modificados por el MLI.

No obstante ha de tenerse en cuenta, tal y como se explica con mayor detalle en la sección 3 de este documento, que en caso de que la otra jurisdicción contratante no haya incluido el CDI con España en sus CDI afectados (bien porque no la ha incluido, bien porque ni siquiera es una de las jurisdicciones adheridas al MLI), el MLI no modificaría dicho CDI[64] a pesar de que España sí que lo haya incluido en su lista de Acuerdos comprendidos.

Artículo 3. Entidades transparentes

Resultará de aplicación este artículo del MLI a sus CDI excepto cuando el CDI ya disponga de una cláusula similar (como es el caso de Estados Unidos, Reino Unido y Finlandia).

Artículo 4: Entidades con doble residencia

España no incluirá este artículo del MLI en sus convenios.

Artículo 5: Aplicación de los métodos para evitar la doble imposición

España opta por la aplicación de la Opción C prevista en el artículo 5 del MLI; es decir, por el método que obligue al estado de residencia a eliminar la doble imposición mediante el método de deducción (con limitación al impuesto que le hubiese correspondido pagar en el estado de residencia).

Artículo 6: Objeto de los convenios fiscales comprendidos (Estándar mínimo)

España optar por introducir en todos sus convenios un preámbulo que aclare, en todos ellos, que la intención del CDI es eliminar la doble imposición sin generar oportunidades de desimposición o reducida tributación mediante evasión o elusiones fiscales.

Se reserva el derecho a aplicar este preámbulo al CDI con México y Rumanía, por contener el mismo una cláusula similar.

Asimismo, opta igualmente por incorporar un preámbulo en sus CDI que haga referencia al deseo de establecer relaciones económicas y reforzar la cooperación en materia fiscal.

Artículo 7: Impedir la utilización abusiva de los Convenios (Estándar mínimo)

[63] Puede obtenerse mayor información sobre la posición adoptada por España a través del siguiente enlace del Ministerio de Hacienda: https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/Documentacion/Convenio%20multilateral_ES_Posicion%20espanola.PDF

[64] Este es el caso de algunos Convenios firmados por España como, por ejemplo: Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador, República Dominicana o Venezuela, entre otros.

España opta por aplicar la cláusula Test del Beneficio Principal ("PPT")[65].

Artículo 8: Operaciones con dividendos (Estándar mínimo)

España opta por incluir en todos sus CDI afectados por el MLI el requisito de participación mínima durante un periodo de, al menos 365 para la reducción del tipo de tributación sobre dividendos.

Artículo 9: Ganancias de capital procedentes de la enajenación de acciones o derechos asimilables en entidades cuyo valor proceda principalmente de bienes inmuebles

En relación con las disposiciones de los CDI afectados por el MLI que establezcan que las ganancias de capital procedentes de la enajenación de acciones o derechos asimilables en entidades cuyo valor proceda directa o indirectamente de inmuebles en más de un 50%:

- Se aplicarán si, en cualquier momento durante los 365 días anteriores a la enajenación se alcanza el porcentaje del 50%.

- Se extiende su aplicación igualmente a derechos en una sociedad de personas ("parnerships") o fideicomiso ("trusts").

Artículo 10: Norma anti-abuso para establecimientos permanentes situados en terceras jurisdicciones

España opta por aplicar los beneficios del CDI cuando un residente de un estado contratante obtenga rentas en una segunda jurisdicción que quedan exentas en el jurisdicción de residencia y que sean asignables a un establecimiento permanente situado en un tercer jurisdicción, siempre y cuando el impuesto en la tercera jurisdicción sea de, al menos, el 60% de lo que le hubiera correspondido pagar en la jurisdicción de residencia si las mismas hubieran sido obtenidas directamente por la casa central. En caso contrario, no resultará de aplicación los beneficios del CDI.

Artículo 11: Aplicación de los Convenios fiscales para restringir el derecho de una Parte a someter a imposición a sus propios residentes

España se reserva el derecho a no aplicar este artículo y, por tanto, el mismo no afectará a sus CDI.

Artículo 12. Elusión artificiosa de establecimiento permanente a través de acuerdos de comisión y estrategias similares [66]

España incorpora este artículo en sus CDI afectados por el MLI y, por tanto, opta por introducir el nuevo concepto de agente dependiente y agente independiente que se recoge en el MLI.

Artículo 13. Elusión artificiosa del estatus de establecimiento permanente a través de exenciones de actividades concretas [67]

[65] Para una mayor información acerca del "Test de Beneficio Principal" hacemos referencia a la Ficha de la Acción 6. Anti – abuso a la cual nos remitimos.
[66] Para una mayor información acerca de estas nuevas definiciones de agente dependiente e independiente recogidas por el MLI como colofón al Plan de Acción BEPS hacemos referencia a la Ficha de la Acción 7. Establecimiento permanente.

España opta por aplicar la Opción A de este artículo del MLI a sus Convenios; lo que supone la exigencia de que las actividades mencionadas expresamente en un CDI como actividades que no constituyen un establecimiento permanente han de tener un carácter auxiliar o preparatorio. Además, opta por añadir nuevos supuestos en caso de que tengan dicho carácter de auxiliar o preparatorio.

Asimismo, se establecen determinados supuestos de anti-fragmentación de actividades.

Artículo 14. Fragmentación de contratos

España se reserva el derecho a no aplicar este artículo y, por tanto, el mismo no afectará a sus CDI.

Artículo 16. Procedimiento amistoso (Estándar mínimo)

Se incluye como estándar mínimo y, por tanto, España opta por incluirlo en todos sus CDI afectados por el MLI, la posibilidad de que una parte contratante presente solicitud, en el plazo de los tres años siguientes, en cualquiera de las dos jurisdicciones afectadas para el inicio de un procedimiento amistoso (sin que sea posible que se presente el caso ante las dos autoridades competentes – reserva específica que realiza España -).

Asimismo, las autoridades competentes se comprometen a resolver la cuestión de mutuo acuerdo, siendo el acuerdo alcanzado aplicable con independencia de los plazos de prescripción internos de cada jurisdicción.

Por último, se abre la posibilidad de abrir procedimientos amistosos sobre dudas interpretativas que planteen los CDI, así como cuestiones para eliminar la doble imposición en los casos no previstos en los CDI comprendidos.

Artículo 17. Ajustes correlativos

España opta por aplicar este artículo a sus CDI afectados por el MLI que no dispongan aún de esta cláusula de ajustes correlativos de precios de transferencia.

Artículos 18 a 26 y 36. Arbitraje

España opta por aplicar el arbitraje a sus CDI afectados por el MLI, el cual es regulado en los artículos citados (i.e. artículos 18 a 26, y artículo 36).

3 Aplicación práctica del MLI

Antes de finalizar con la breve exposición del MLI en el que ha derivado la Acción 15, a continuación se establece una serie de pautas o recomendaciones a tener en cuenta a la hora de analizar la aplicabilidad el citado instrumento:

- En primer lugar ha de tenerse en cuenta que, a los efectos de que un CDI sea modificado por el MLI, resulta necesario que ambas jurisdicciones lo hayan incluido como uno de los CDI cubiertos por el MLI (i.e. *match*). En caso de que solamente una de los jurisdicciones haya incluido al CDI con la otra jurisdicción como susceptible de

[67] Igualmente hacemos referencia a la Ficha de la Acción 7. Establecimiento permanente para mayor información sobre estas nueva definición.

ser modificado por el MLI, el MLI no resultará de aplicación a dicho CDI y, por tanto, este último no se verá modificado por el MLI.

- Una vez se haya comprobado que el MLI modifica un determinado CDI incluido por ambas jurisdicciones como "Convenio comprendido", a los efectos que el MLI modifique el CDI firmado entre las mismas, resulta necesario que ambas jurisdicciones hayan ratificado el MLI y se haya cumplido con los periodos mencionados anteriormente y recogidos en los artículo 34 y 35 MLI.

- Asimismo, para que resulte de aplicación el MLI a un CDI resulta necesario que la posición de ambas jurisdicciones sea coincidente (i.e. *match*). Así, por ejemplo, en caso de que una jurisdicción haya optado por aplicar un artículo a sus CDI afectados pero la otra jurisdicción contratante no haya optado por aplicar el mismo (o en la misma forma que España), al no existir coincidencia de posición (i.e. *match*) entre jurisdicciones, ello implicaría que el citado artículo del MLI no resultaría de aplicación y, por tanto, el CDI no se vería afectado/modificado por ese artículo concreto del MLI.

Por último, resulta importante destacar que, si bien en el desarrollo de la Acción 15 se barajó la posibilidad de que se publicasen versiones consolidadas oficiales de los CDI y la forma en la que habían quedado afectados por el MLI, dados los distintos niveles de compromiso y variedad de las cláusulas asumidas por cada una de las jurisdicciones que facilitasen su interpretación, lo cierto es que a día de hoy estas versiones consolidadas no han sido publicadas y, de momento, no está prevista su publicación. No obstante, la OCDE, en sus esfuerzos por consolidar y homogenizar toda esta información, ha publicado a mero título informativo una matriz comparativa de la posición de los jurisdicciones que resulta de gran utilidad como guía para la interpretación del MLI en su aplicación a los distintos CDI[68].

[68] Puede accederse a la matriz comparativa publicada por la OCDE conocida como "*MLI Matching Database*" a través del siguiente enlace: https://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm