

ACCIÓN 1 DEL PROYECTO BEPS. LOS DESAFÍOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA LA TRIBUTACIÓN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

1 INTRODUCCIÓN.

La génesis del proyecto BEPS se encuentra en la acción 1, relativa a la economía digital. La tributación de las empresas multinacionales cuyo negocio es esencialmente digital ha puesto en el foco de atención el sistema de gravamen de las rentas empresariales, caracterizado por el principio de tributación por renta mundial en el estado de residencia. Posiblemente los redactores originales del artículo 7 del modelo de convenio de la OCDE (beneficios empresariales) nunca contaron con la posibilidad, hoy cierta, de que ciertas empresas multinacionales pueden llevar a cabo modelos de negocio profundamente desmaterializados, y por tanto sin substancia operativa en un sentido tradicional sujeta a gravamen en los países en que realizan actividad económica (la obtención de renta como hecho imposible). La globalización económica tal y como la conocemos hoy, ha puesto en cuestión el sistema internacional de sujeción tributaria de los beneficios empresariales. Desde el punto de vista económico la globalización aumenta exponencialmente el papel de la empresa multinacional y por tanto su relevancia tributaria y social.

Escapa de los propósitos de estas páginas realizar una definición cerrada de los contornos de la economía digital. En primera instancia incluye las actividades de las empresas que tienen un contenido eminentemente digital, es decir, la prestación de servicios o venta de bienes de contenido digital. Por ejemplo, entre otras, servicios prestados por buscadores en Internet y correo electrónico, producción y descarga de aplicaciones, gestión de contenidos audiovisuales, extracción y explotación de datos, servicios relativos a telecomunicaciones o servicios relacionados con redes sociales.

Pero no es menos cierto que las tecnologías de información y comunicación han posibilitado la adopción de nuevos modelos de negocio de actividades tradicionales. Desde este punto de vista, y al igual que en el primer caso del párrafo anterior, se produce por ejemplo una acusada disminución de la presencia física de los negocios en las jurisdicciones en las que se realiza la venta de los productos o servicios, planteando problemas de tributación directa e indirecta. También las actividades de fabricación encuentran en la revolución digital nuevas fuentes de eficiencia y nuevos modelos operativos. Las capacidades de *cloud computing*, por ejemplo, permiten que el stock de materia prima y de producto terminado se pueda controlar de manera remota, e incluso la resolución de incidencias del propio proceso en sí mismo.

Por tanto, es imposible aislar los problemas de la economía digital a efectos tributarios del resto de los desafíos que plantean las tecnologías de comunicación e información (TCI). Ciertamente, los nuevos entornos tecnológicos han permitido modificar sustancialmente los modelos de negocio de las empresas multinacionales. Dado que una de las señas distintivas de la empresa multinacional es precisamente su alcance global, la capacidad de producir y comercializar bienes y servicios de manera remota se ve notablemente acrecentada¹. Incluso las estructuras

¹ A estos efectos, resulta muy recomendable la lectura de la obra de la OCDE (2013) *Interconnected Economies. Benefiting from Global Value Chains*.

de gestión internas se ven también afectadas². Por ejemplo, las responsabilidades de gestión (*reporting lines*), la toma de decisiones o los comités de gestión con localizaciones en varias jurisdicciones simultáneamente (equipos de gestión virtuales) cuestionan, como veremos, conceptos esenciales en la fiscalidad internacional como la gestión del riesgo, la realización de funciones o la sustancia a efectos tributarios.

Las TCI afectan a uno de los vectores básicos de la empresa multinacional (EM), como es la centralización de los procesos de creación de valor. De este modo, la realización de funciones clave de un negocio, por ejemplo en el ámbito de la comercialización, puede contar con la gestión de inventarios realizada de manera externa, en otra jurisdicción tributaria, al margen de las capacidades de la propia entidad que realiza la actividad comercial radicada en el propio mercado de ventas. Otro ejemplo, de solución más compleja si cabe, es la creación y explotación de activos intangibles.

El informe de la acción 1 del proyecto BEPS (*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*), clasifica los modelos de negocio resultantes de las TCI en las siguientes categorías esenciales³:

- Comercio electrónico, como la venta de productos físicos o servicios a través de la red mediante plataformas específicas. Puede acontecer en entornos B2B (*Business to Business*), B2C (*business To Consumer*) o C2C (*Consumer to Consumer*) en los que el empresario desarrolla el rol de intermediario y procediendo sus ingresos bien de los propios consumidores o usuarios o bien de servicios publicitarios de terceros empresarios.
- Servicios o plataformas de pagos, en las que el empresario digital actúa de intermediario entre comprador y vendedor.
- Servicios de descarga de aplicaciones y productos digitales.
- Publicidad *Online*
- Plataformas de red participativas, frecuentemente llamadas redes sociales.
- Cloud Computing. Posiblemente la categoría más difícil para delimitar sus contornos, comprende la prestación de servicios digitales y estandarizados relativos a la programación informática, almacenamiento de datos, gestión de *software* y datos y la utilización compartida de recursos físicos y virtuales. Un caso de particular relevancia por su complejidad tributaria es la explotación de datos. La información obtenida de consumidores, usuarios y empresas a través de múltiples fuentes es objeto de tratamiento de cara a su explotación comercial por empresas y organizaciones, frecuentemente en entornos internacionales. De este modo, la conexión de los ingresos de las empresas desarrollando este tipo de actividades se predica tanto de las

² A estos efectos, nótese que uno de los elementos más novedosos de los requisitos de documentación de operaciones vinculadas al hilo de la Acción 13 del propio plan BEPS son precisamente las “*reporting lines*”, pieza clave de la documentación del contribuyente tal y como ha quedado configurada en el nuevo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

³ Toda clasificación de los negocios digitales es por definición forzada e insuficiente. En cualquier caso, la aquí referida sirve al objeto de clarificar el alcance de la economía digital.

(múltiples) jurisdicciones de origen de los datos como de las de destino (también múltiples y posiblemente no coincidentes con las primeras)⁴.

Con todo ello, los ingresos de los empresarios digitales tanto pueden provenir de cuotas de suscripción periódicas, ingresos por operaciones o transacciones, ingresos por descarga de servicios o *software*, pagos por licencias de tecnología, pagos por acceso y uso de datos e informaciones.

De todo ello, se derivan las especiales características de la cadena de valor de las empresa de la economía digital, especialmente globales, y susceptibles de contar con una flexibilidad máxima a la hora de configurar geográficamente sus actividades, por cuanto la centralización de ciertas funciones puede ser muy acusada y la posibilidad de concentrar funciones de producción digital (*software*, infraestructura, contenidos) en jurisdicciones convenientes en cuanto a capacitación técnica y coste, aunque distintas de aquellas en las que se realizan ventas. De este modo, las empresas de la economía digital pueden presentar cadenas de valor dónde la generación de los ingresos se logra en jurisdicciones con muy pocos o ningún requerimiento de presencia física (personal, instalaciones y activos –fijos y circulantes-) mientras que en otras concentran funciones de producción con alta intensidad funcional (personal y activos). Este último aspecto es especialmente importante, en especial por la gestión de riesgos, por cuanto a las empresas digitales les atañe de manera especialmente acusada el riesgo de obsolescencia tecnológica, del que se protegen con altísimas tasas de inversión en investigación y desarrollo, frecuentemente alcanzando porcentajes de dos dígitos respecto de los ingresos consolidados.

2 PROBLEMAS IDENTIFICADOS EN EL MARCO DEL PROYECTO BEPS

La estructura de la cadena de valor de las empresas digitales plantea los siguientes desafíos esenciales:

- En primer lugar, la obtención de ingresos en la jurisdicción de la fuente (*market jurisdiction*) con un nivel de funciones extremadamente bajo.
- En segundo lugar, la posibilidad de que las actividades realizadas en la jurisdicción de la fuente escapen de la definición de establecimiento permanente, por tener carácter auxiliar o preparatorio.
- En tercer término, la atribución de beneficios a los activos intangibles inherentes al modelo de negocio, ya sean estos comerciales o tecnológicos. Evidentemente, en función de la secuencia de operaciones en la cadena de valor pudiera suceder que la jurisdicción de los intangibles fuera una jurisdicción intermedia entre la *market jurisdiction* y la de producción de los activos intangibles y de gestión funcional del riesgo, de modo que la titularidad de la citada jurisdicción intermedia sobre los ingresos derivados del intangible pudiese ponerse en cuestión (beneficiario efectivo) en el estado de la fuente de la renta.
- En cuarto y último término, la atribución de riesgos específicos de la cadena de valor, en especial el propiamente tecnológico, y su papel en la atribución de beneficios. Mientras que los activos intangibles están dotados de una alta movilidad⁵ y pueden estar localizados en una jurisdicción específica y beneficiarse de su tratamiento tributario

⁴ Referidos en el informe de Economía Digital en el proyecto BEPS (acción 1) como *Multi-sided business models*.

⁵ Párrafo 223, página 90, informe de economía digital (acción 1) del proyecto BEPS.

propio, la gestión funcional de los riesgos tienen un menor grado de movilidad y por tanto puede entrar en conflicto la atribución de beneficios a la gestión funcional de los riesgos con la propia de los activos intangibles, y ésta a su vez con las de las *market jurisdictions*. Así, en la medida en que los riesgos propios de mercado y los activos intangibles se encuentren disociados en términos de entidad de control y explotación, respectivamente, se producirá una inevitable tensión de la vis atractiva de unos y otros. El informe parte así de entender que así como la ubicación de los activos intangibles puede ser propia del ámbito de decisión empresarial, al menos desde la perspectiva de propiedad legal, la gestión de los riesgos debe hacerse desde el lugar en que esta es pertinente. El informe tiene una marcada preferencia por el riesgo como elemento de atracción de renta respecto de la mera titularidad no funcional (sin explotación desarrollo, control etc...) de los activos intangibles.

2.1 CONDICIONANTES TRIBUTARIOS DEL MODELO DE NEGOCIO DIGITAL

2.1.1 NEXO

La problemática del nexo es la referida a la capacidad de las cadenas de valor digitales de generar valor sin presencia física o bien con una presencia física reducida que resulta desproporcionada con los ingresos generados en la jurisdicción de la fuente de estos, *market jurisdiction*. La reducida presencia presenta una problemática valorativa, es decir de definición de la base imponible, mientras que la ausencia de presencia o la presencia no significativa (por tratarse de una presencia auxiliar en el contexto del artículo 5, apartado 4 del Modelo de Convenio) genera una problemática de sujeción al impuesto, es decir de realización del hecho imponible en sí mismo, dada la regla de atribución de potestad tributaria del artículo 7 al Estado de residencia.

El informe de la acción 1 del proyecto BEPS ha considerado la adopción de un concepto de “presencia económica significativa” a construir desde diversos parámetros de configuración como luego veremos.

Sin embargo, en modo alguno estos factores han prosperado como base sólida de atracción tributaria de los negocios digitales, probablemente por la dificultad de asignación de base imponible a la presencia digital significativa.

2.1.2 DATOS

El problema de la gestión en origen de datos e informaciones relevantes en el entorno digital es una variante del problema del nexo, y por tanto ha quedado igualmente sin resolver. En síntesis, el objetivo es asignar un valor a la información y datos obtenidos de manera remota sobre tendencias de consumo, orientaciones sociales, medios de pago, estrategias empresariales, entre otros, cuando la información es objeto de explotación comercial desde otra jurisdicción con destino a su consumo generalmente por empresas y organizaciones, digitales y no digitales, de Estados que pueden ser distintos del de origen de los datos, al menos en parte. La labor de recogida e interpretación se realiza por tanto de manera ajena a cualquier presencia física en la jurisdicción de procedencia del dato. Estos pueden ser visitas a páginas de internet, residencia de consumidores, búsquedas efectuadas en servidores, preferencias de consumo, compras digitales, transacciones financieras y pagos digitales o mediante tarjeta bancaria, etc.

2.1.3 CARACTERIZACIÓN

Los problemas de caracterización consisten en la consideración de la renta como renta empresarial o bien como renta de naturaleza intangible a la que se pueda atribuir el carácter de *royalties*, ya encajen o no plenamente en el concepto de licencia del artículo 12 Modelo de Convenio. Es, de nuevo, un problema subordinado al del nexos, y sobre el que volveremos en el apartado siguiente a la hora de valorar los problemas específicos de caracterización en el nuevo capítulo I de las Directrices para precios de transferencia en virtud de la redacción dada por el Informe de las acciones 8-10 del proyecto BEPS “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*”.

De este modo, la pretendida sujeción a retenciones en fuente no es sino una reacción a los llamados por el Informe de la acción 1 como modelos de negocio digital completamente desmaterializados (*fully dematerialised business models*) en el Estado de la fuente, y a los que el proyecto BEPS ha respondido con modificaciones parciales de las Directrices OCDE y con modificaciones a la cláusula de establecimiento permanente.

2.2 MEDIDAS ALTERNATIVAS CONSIDERADAS PARA ATAJAR LOS PROBLEMAS DE LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL RESPECTO DE LA ECONOMÍA DIGITAL

2.2.1 MEDIDAS ALTERNATIVAS AL SISTEMA ACTUAL DE FISCALIDAD INTERNACIONAL

El grupo de trabajo sobre los aspectos fiscales de la economía digital (TFDE) empezó en 2013 sus trabajos como un grupo dependiente del Comité de Asuntos fiscales de la OCDE. El ámbito de reflexión no se limitó solamente a los parámetros conocidos del modelo de convenio sino que trató de traspasar sus limitaciones tradicionales para configurar la tributación de las multinacionales digitales sobre hechos imposables alternativos al beneficio empresarial conocido hasta ahora.

Las posibles alternativas, descartadas por su complejidad y posibles efectos secundarios en materia de competitividad y encaje con los mecanismos de evitar la doble imposición fueron, en síntesis, las siguientes.

En primer término, la creación del concepto de presencia fiscal significativa. Dicha figura trataría de atender la insuficiencia del concepto de establecimiento permanente para resolver la dinámica de la economía digital en modelos de negocio profundamente desmaterializados. Su adopción requeriría dos fases de trabajo.

Por una parte, la definición de los hechos (presunciones normativas) que debieran dar lugar a la creación de dicha presencia significativa como contribuyente. Los factores considerados se revelaron ciertamente impredecibles en cuanto a sus efectos prácticos, y se ceñían a indicadores de por ejemplo, cifra de negocio, de modo que a partir de un cierto nivel se desencadenara la presencia gravable. Evidentemente, las dificultades de administración eran conocidas por el grupo de trabajo, de modo que se plantean por el informe alternativas como los factores digitales (dominio local, plataforma local o transacciones o medios de pago financieros realizados en el país) y factores de uso (como volumen de datos obtenidos en el territorio, número de usuarios, suscripción de contratos de modo online). Dichas alternativas tampoco resuelven los problemas de administración.

Por otra parte, el elemento desencadenante de la presencia gravable debiera tener una relación directa con la determinación del beneficio imponible en el país, especialmente en los casos de beneficios presuntos por oposición a los métodos basados en *fractional apportionment*, considerando fórmulas preestablecidas respecto del grupo en su conjunto. Lógicamente el encaje de este tipo de métodos de valoración presentan una divergencia notable con el principio de plena concurrencia, de modo que se plantea un problema de igualdad de trato entre aquellos contribuyentes operando mediante filial o establecimiento permanente tradicional y aquellos otros gravados mediante la presencia económica significativa. Asimismo, la figura en sí misma abriría un cuestionamiento directo de la cláusula de establecimiento permanente, especialmente para aquellos grupos, cualquiera que sea su actividad, operando en países no adheridos al consenso OCDE/ONU.

El segundo de los métodos propuestos consiste en la implantación de una retención a cuenta en transacciones digitales. La complejidad administrativa que plantea respecto de los nexos de retención desaconsejaba su puesta en práctica. Además, requería la fijación de tipos de retención que gravasen el beneficio empresarial presunto, lo cual complicaba más aún su implantación.

Finalmente, se consideró asimismo la implantación de una tasa de ecualización que permitiera gravar en el estado de la fuente los pagos por transacciones digitales, por ejemplo ventas a distancia. De este modo, de manera indirecta se sujetaba a gravamen en el lugar dónde se producen parte de los beneficios presuntos de la actividad. Su aplicación, no obstante plantea problemas de compatibilidad con el gravamen en residencia a la hora de evitar la doble imposición que de cualquier modo se produce.

En resumen, los métodos propuestos planteaban (i) problemas de implantación para las administraciones tributarias, (ii) problemas normativos de encaje con los sistemas actuales de gravamen en residencia y eliminación de la doble imposición, (iii) así como dificultades derivadas de las limitaciones y restricciones que imponen al comercio internacional, asociadas asimismo a la posible discriminación impositiva o negativa entre contribuyentes. Por otra parte, el consenso actual en torno al principio de plena competencia en relaciones entre empresas del grupo quedaría francamente debilitado.

Por estas razones ninguna de las opciones planteadas fueron objeto de aprobación. El siguiente apartado da cuenta de los aspectos más destacables que las demás acciones han modificado al objeto de atender los cambios requeridos por la economía digital.

2.2.2 ÁREAS DEL PLAN BEPS RELEVANTES PARA LA ACCIÓN 1

El capítulo 6 de la acción 1 repasa las acciones relevantes a los efectos de atajar los problemas de erosión fiscal de bases en conexión con los modelos de negocio digitales, a través de la siguiente clasificación:

- Problemas BEPS exclusivos de la jurisdicción dónde se realizan las operaciones económicas (*market jurisdiction*). La acción 6 podría denegar el acceso a los convenios de doble imposición a ciertas operaciones en el curso de modelos de negocio digitales, evitando también el fenómeno de la doble no imposición y la renta apátrida a efectos fiscales (*stateless income*). Asimismo, la acción 7 puede afectar las excepciones a la

existencia de establecimiento permanente de modo que se posibilite la aplicación de la figura de un modo más general.

- Problemas BEPS que se plantean tanto en la *market jurisdiction* como en aquella dónde reside la matriz. Las acciones 2 sobre híbridos, 4 sobre intereses, 5 sobre transparencia con especial énfasis en regímenes de *patent box*, y 8 a 10 sobre alineación de los resultados en clave de precios de transferencia con la creación de valor, parecen idóneas para resolver los problemas que se plantean. Especialmente útiles son las últimas, como luego veremos con más detalle.
- Problemas BEPS exclusivos de la jurisdicción de la matriz, cuyo enfoque puede provenir de la aplicación de la acción 3 sobre transparencia fiscal.

Con todo, las acciones que con mayor especificidad parecen proyectar conclusiones sobre los modelos de negocio digitales son la 7 y las 8 a 10, a las que dedicamos los siguientes apartados.

3 CAMBIOS EN EL MODELO DE CONVENIO RELATIVOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DIGITAL

Los cambios habidos afectan a la interpretación de las excepciones del apartado 4, relativo a actividades auxiliares o preparatorias, y por otro lado, a la noción de agente dependiente en el contexto del apartado 5 del mismo artículo. Ambos están llamados a generar importantes efectos en la determinación de la existencia de establecimientos permanentes (EP)

3.1.1.1 Reinterpretación de actividades auxiliares o preparatorias

El párrafo 22 de los comentarios al apartado 4, relativo a la auxiliariedad de los almacenes y por tanto su escape a la cláusula de establecimiento permanente debe ahora reinterpretarse en el contexto de la relevancia del almacén en el modelo de negocio, de modo que si éste se caracteriza por la respuesta ágil e inmediata a las necesidades de los consumidores el almacén será parte clave y no auxiliar del negocio de la empresa. Probablemente similares consideraciones puedan hacerse de los servicios postventa de productos vendidos en entornos digitales.

Es de esperar que la interpretación funcional de los supuestos del apartado 4 conduzca a la aparición de un mayor número de establecimientos permanentes, y en todo caso se dirige a resolver, aunque muy limitadamente, los problemas del nexo allí dónde los negocios digitales tienen una presencia muy tenue en el país.

3.1.1.2 La expansión de la cláusula de agente dependiente

La nueva redacción del apartado 5, y los comentarios propuestos no dejan lugar a dudas acerca de la voluntad expresa de declarar como constitutivos de establecimiento permanente a toda persona o empresa que concluya contratos en nombre de la entidad no residente o bien que ejerza un rol de negociación principal en la negociación de éstos, ya actúe o no en nombre y por cuenta de la entidad no residente frente a terceros.

Especialmente revelador es el párrafo 32.6 de los comentarios, que describe la forma de actuar de un agente actuando por cuenta de la entidad no residente pero con amplios poderes de negociación, aun no definitivos y sujetos a aprobación (rutinaria) de la empresa principal no

residente. El apartado concluye que con independencia de la forma de actuar jurídicamente frente a terceros, el agente es un establecimiento permanente.

En la interpretación de ambos supuestos (lugar fijo y agente dependiente), debe hacerse mención expresa a la relevancia valorativa de configuración de la base imponible de la posible declaración de un agente dependiente. La existencia de un establecimiento permanente determina la procedencia de calcular los beneficios que la empresa no residente obtiene en el Estado en el que radica el hipotético EP. Aceptado este hecho como premisa de partida, la atribución de beneficios a las funciones realizadas en la *market jurisdiction* no se efectuará, generalmente, mediante la aplicación rutinaria de métodos que sólo pretendan valorar las funciones locales sin considerar el volumen de beneficio total o agregado obtenido en el país. Los enfoques bilaterales podrán ser pertinentes, y en muchos casos frecuentes a la luz de la nueva doctrina de los capítulos I y II, a la que seguidamente nos referiremos, que determina que en presencia de intangibles para los que sea difícil encontrar comparables idóneos, o en presencia de modelos de negocio altamente integrados, los métodos unilaterales no están llamados en principio a ofrecer una solución definitiva.

Ciertamente, ambos supuestos se aplican a los entornos digitales, de modo que la existencia de un EP pondrá en cuestión severamente la atribución del beneficio a la jurisdicción de residencia del empresario principal.

4 CAMBIOS EN LA APLICACIÓN DE LOS PARÁMETROS ESPECÍFICOS DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA A MODELOS DE NEGOCIO DIGITALES

4.1 ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD Y CARACTERIZACIÓN

El informe del proyecto BEPS relativo a las acciones 8-10, referentes a la aplicación del principio *arm's length* o principio de libre concurrencia ha revisado en profundidad la sección D del capítulo I de las Directrices, profundizando en la forma de realizar el análisis de comparabilidad y realizando asimismo una revisión en detalle de los principios relativos a la recaracterización de operaciones⁶ y la asunción y control de riesgos en materia de precios de transferencia y a los efectos del análisis de comparabilidad.

En síntesis, nos referiremos a los principios que gobiernan la delineación ajustada de la transacción, el análisis de riesgos y finalmente en la potestad de recaracterización

La aplicación de los principios relativos al análisis de comparabilidad cuenta ahora con un proceso de análisis previo consistente en la delineación ajustada de la transacción⁷. En paralelo al análisis de comparabilidad, y siguiendo los principios de éste, el análisis de la delineación ajustada de la transacción pretende determinar la conformidad de la transacción declarada por el contribuyente y recogida contractualmente en su caso, con la realidad de la misma, es decir, comprobar que la sustancia de la operación es conforme con su forma, ya sea

⁶ A estos efectos, los párrafos siguientes deben interpretarse en relación a los comentarios que en esta obra se realizan en el capítulo 18, cuyo alcance comprende el análisis de la potestad de recaracterización en materia de operaciones vinculadas. En este capítulo se tratan los temas desde el punto de vista del impacto en los negocios de naturaleza digital.

⁷ *Accurately delineation of the transaction*, párrafo 1.37 de las Directrices tras la revisión del informe “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*”.

esta última declarada en contratos entre las partes o simplemente deducida de la contabilidad y la documentación de precios de transferencia.

En la redacción anterior de las Directrices la administración tributaria contaba con la potestad de ignorar la operación en la forma declarada por el contribuyente y sustituirla por otra en dos supuestos tasados, siendo el primero de ellos el relativo a la discordancia entre fondo y forma de las operaciones. Con los principios de delineación ajustada este supuesto de “desconocimiento” de la operación, a los efectos del principio arm’s length, ya no es necesario puesto que la aplicación de la realización del análisis de comparabilidad exige que la administración tributaria compruebe la conformidad de fondo y forma antes de proseguir⁸.

Los cambios, en los que a la economía digital se refiere, pueden encerrar una relevancia extraordinaria. Una de las razones fundamentales para la revisión del principio del desconocimiento, o potestad de recharacterización (“disregard” en el párrafo 1,64 de las Directrices en su versión de 2010) es precisamente posibilitar la aplicación del principio arm’s length a situaciones de especial complejidad, generalmente cuando estamos en presencia de cadenas de valor con un altísimo grado de integración y centralización y en los que la acepción clásica de dicho principio es de difícil aplicación, precisamente porque la especificidad de las transacciones tal y como las realiza el contribuyente con sus partes vinculadas hace que sea imposible encontrar transacciones semejantes entre partes independientes⁹.

El proceso de delineación ajustada de la transacción arranca con la realización de un análisis funcional detallado, que persigue no sólo esclarecer las funciones de cada parte en la operación en cuestión, sino el funcionamiento del sector y las características económicamente relevantes de la misma, es decir, los factores claves que aseguran un buen resultado a las partes, al grupo en definitiva, en la realización de sus actividades. El proceso incluye, para cada una de las partes, determinar su propensión a realizar o aceptar los términos de la operación al margen de

⁸ El párrafo 1.64 de las Directrices en su versión de 2010, establecía:

However, there are two particular circumstances in which it may, exceptionally, be both appropriate and legitimate for a tax administration to consider disregarding the structure adopted by a taxpayer in entering into a controlled transaction. The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. In such a case the tax administration may disregard the parties’ characterization of the transaction and re-characterize it in accordance with its substance. An example of this circumstance would be an investment in an associated enterprise in the form of interest-bearing debt when, at arm’s length, having regard to the economic circumstances of the borrowing company, the investment would not be expected to be structured in this way. In this case it might be appropriate for a tax administration to characterize the investment in accordance with its economic substance with the result that the loan may be treated as a subscription of capital. The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price.

⁹ El párrafo 1.11 de las Directrices indica que:

A practical difficulty in applying the arm’s length principle is that associated enterprises may engage in transactions that independent enterprises would not undertake. Such transactions may not necessarily be motivated by tax avoidance but may occur because in transacting business with each other, members of an MNE group face different commercial circumstances than would independent enterprises. Where independent enterprises seldom undertake transactions of the type entered into by associated enterprises, the arm’s length principle is difficult to apply because there is little or no direct evidence of what conditions would have been established by independent enterprises. The mere fact that a transaction may not be found between independent parties does not of itself mean that it is not arm’s length.

su pertenencia al grupo, esto es, comparar la operación en cuestión con otras opciones disponibles, en su caso.

Seguidamente, se debe revisar la conformidad de los términos contractuales con las características económicamente relevantes. En caso de discrepancia, las conclusiones de éstas últimas deberán prevalecer.

El análisis de riesgos ha recibido conveniente y detallado desarrollo en el nuevo capítulo 1, ahondando en las nociones de control y capacidad financiera y de gestión de los riesgos antes ya contenidas en el capítulo IX de las Directrices. El párrafo 1.72 realiza una categorización no exhaustiva de riesgos relevantes. A los efectos de los modelos de negocio de la economía digital entendemos como especialmente relevantes los siguientes:

- Riesgos estratégicos. En esta rúbrica deben incluirse los del posicionamiento de la compañía respecto de competidores y respecto de la amenaza del progreso tecnológico y de obsolescencia. Desde el punto de vista de las *market jurisdictions*, siguiendo con la terminología empleada antes, este tipo de riesgos no serán generalmente relevantes, puesto que caen fuera del ámbito funcional de la esfera de comercialización. Aquellas entidades del grupo dedicadas a la concepción de los procesos de investigación y desarrollo y la gestión de intangibles, cuentan con este riesgo como el principal, o uno de los principales, parámetros de atribución de rentabilidades. Debe ponerse el acento en la posible disociación de capacidades de investigación y de explotación de intangibles, en caso de que la propiedad de éstos resida en compañías diferentes. A este aspecto volveremos en el epígrafe siguiente.
- Riesgos operativos. Se refieren a la capacidad de ejecución de sus actividades por el grupo de manera eficaz, tanto desde el punto de vista de su completitud como desde el de la realización en tiempos ajustados a las necesidades de la demanda. Debe ser un riesgo en general compartido, en capacidad de gestión, por las *market companies* y las compañías de desarrollo de productos y activos intangibles, siempre teniendo en cuenta las características de cada modelo de negocio. En aquellos eminentemente digitales dónde el acceso o la descarga de contenidos se realiza a través de servidores y la labor de comercialización es en definitiva una de mera promoción, el riesgo no será gestionado por la *market company*, en general, mientras que si el modelo de negocio pivota sobre elementos físicos y digitales (hardware y software) el riesgo será en general compartido puesto que la labor de comercialización será en general más compleja y requerirá una adaptación de especificaciones técnicas del producto a las necesidades del cliente, especialmente en el entorno B2B.
- Riesgos transaccionales, que se refieren a la fijación de precios y términos comerciales y sobre los que se pueden precisar conclusiones semejantes a las de los riesgos operativos.

La sección D.2 analiza el supuesto en que las transacciones pueden ignorarse o sustituirse por otras aún después del proceso de concordancia relativo a la delineación ajustada. Se trata de aquellos casos dónde se verifique una ausencia de racionalidad comercial, es decir, cuando los acuerdos alcanzados, siendo conforme sustancia y forma, difieran de los que racionalmente cabría esperar de terceros independientes en situaciones semejantes, tomando en consideración las opciones disponibles para cada una de ellas.

Nuevamente resulta relevante el inciso sobre la capacidad de observar operaciones semejantes entre terceros que se contiene en el apartado 1.122. Al igual que en el párrafo 1.11 que antes reproducíamos, la imposibilidad de encontrar operaciones semejantes entre terceros no permite concluir que la operación vinculada carece de realidad comercial, aunque como un indicio conducente a tal conclusión se pueda interpretar.

Este aspecto tiene indudable relevancia en el entorno de empresas digitales, cuyos modelos de negocio consisten en cadenas de valor con un alto grado de integración y asentadas en costosos activos intangibles que se dirigen a generar ventajas competitivas, muchas veces conduciendo a monopolios u oligopolios, como decíamos páginas atrás. De dichos factores nace la dificultad de encontrar operaciones equiparables idóneas y la dificultad de acreditar los parámetros de delineación ajustada de la transacción.

Se impone preventivamente un especial esfuerzo profundamente analítico en materia de documentación de las operaciones, identificando las características económicas relevantes a efectos competitivos y señalando los riesgos clave. La asignación a los efectos del análisis de comparabilidad debe ser cuidadosa y no simplista, evitando que del precio acordado se deduzca la asignación de riesgos, cuando debe ser al revés¹⁰.

Evidentemente, todos estos aspectos se proyectan en la selección del método de valoración (dependiente de la calidad y cantidad de comparables identificados) que abordaremos en la en el apartado 3.3.

4.2 PAPEL DE LOS ACTIVOS INTANGIBLES

El informe de octubre de 2015 en el marco del proyecto BEPS relativo a las acciones 8 a 10 da nueva redacción por completo al capítulo VI de las Directrices relativo a activos intangibles. En esta sección nos proponemos desgranar los aspectos más destacados con impacto en los modelos de negocio de la economía digital. Este aspecto cobra especial relevancia al respecto de los riesgos que el proyecto BEPS identifica respecto de la economía digital y a los que nos referíamos en la introducción del apartado 2, es decir, la falta de nexo o vinculación al nivel del Estado de residencia de la matriz y la entidad que obtiene los retornos de los activos intangibles, dada la especial movilidad de éstos. No cabe duda que este aspecto está relacionado intrínsecamente con el capítulo precedente de esta obra, y que ha ilustrado las conclusiones del proyecto BEPS a partir del llamado *Nexus Approach* acordado por Francia y Alemania respecto de los regímenes de *Patent Box*, incorporado al texto de la Ley del Impuesto sobre Sociedades a partir de 2016.

4.3 METODOLOGÍAS VALORATIVAS

En conexión con las reflexiones del apartado precedente, las secciones D.2.5 y D.2.6 del capítulo VI reconocen la debilidad intrínseca de los métodos que contemplan sólo los resultados de una de las partes de la operación¹¹. La cuestión que reside es si las operaciones que deben ser valoradas incluyen ciertamente activos intangibles como elemento esencial, es decir su transmisión o licencia, desarrollo o explotación por las partes.

¹⁰ Párrafo 1.81 Directrices en revisión de octubre de 2015.

¹¹ Párrafo 6.141 sobre *one sided methods*.

En el mismo sentido se expresan las directrices actuales sobre el uso del método de *Profit Split*, cuando se trata de modelos altamente integrados. El borrador de documento de discusión sobre el método de *Profit Split* incluye un ejemplo relativo a modelos de negocio digitales¹².

El ejemplo en cuestión describe un caso de *multisided business model*, a los que ya nos hemos referido antes. El ejemplo en cuestión se concluye en el *discussion draft* de diciembre de 2014 que es idóneo para la aplicación del método de *Profit Split*.

La puerta de entrada a la aplicación de dicho método es la alta integración de los negocios del grupo que hace poco viable la aplicación de los demás métodos. Sin embargo, debe hacerse notar que el apartado dedicado al alcance de la revisión de las directrices de aplicación del método *Profit Split* cuestiona la aplicación sistemática de dicho método por la mera constatación de la integración, dado que todos los grupos multinacionales se caracterizan por un grado de integración relativamente acusado, y sin duda en crecimiento. De ahí que se efectúa una interesante aportación, cual es la de distinguir entre modelos de negocio integrados secuencialmente y paralelamente.

La integración secuencial es sin duda la más frecuente, y la originadora de la empresa multinacional. También la conocemos como integración vertical y se relaciona por tanto con la cadena de valor aplicable a las industrias tradicionales, desde la materia prima hasta el producto final. En estos casos, el método de *Profit Split* no goza de una preferencia en la aplicación sobre los demás, que deberán ser de aplicación posible en general por cuanto las funciones realizadas por las partes serán relativamente accesibles a un ejercicio comparativo tradicional, la esencia del principio de plena competencia.

En cambio, los modelos de integración en paralelo ofrecen más problemas. En ellos las partes del grupo realizan las funciones para la consecución de un negocio de manera simultánea, y en este sentido se asemeja ciertamente a la puesta en común de recursos propia de las actividades empresariales realizadas conjuntamente (*joint venture*), génesis del método de reparto de beneficios en proporción a las contribuciones realizadas. Es decir, se presume que terceros que realizasen conjuntamente un negocio de modo que la contribución simultánea de ambos fuese imprescindible, previsiblemente acordarían repartirse los resultados conjuntos. En este aspecto, debe anotarse que el uso de un método de reparto de beneficios se asentaba en la idea de que ese es el método empleado para fijar los precios y contribuciones *ex ante*¹³.

¹² *Multisided business models*, párrafos 13 y siguientes. Sin embargo el informe resultante de las acciones 8 a 10 ha incluido una sección en la que clarifica el alcance del trabajo sobre el desarrollo del *Profit Split*, y aclara que el citado ejemplo, pese a referirse a modelos de negocio digitales, puede ser aplicable a otros, no predisponiendo así dicho ejemplo hacia una asociación sistemática entre economía digital y *profit split*. Con ello debe entenderse que el informe borrador de diciembre de 2014 no constituye una referencia esencial para el grupo de trabajo, que está así desarrollando un nuevo documento (*discussion draft*) en sustitución del anterior que someterá a comentarios.

¹³ El uso del método de *Profit Split* como *price setting method* o también como *price testing method* ha sido un debate presente aún hasta en la actualidad. La visión ortodoxa de este método restringía su aplicación a los casos donde las partes efectivamente hubiesen acordado en sus relaciones aplicarlo contractualmente, esto es *ex ante*. Ahora, sin duda ya con la revisión del capítulo VI, es tanto un método con relevancia *ex ante* como *ex post*, en particular para corroborar la aplicación de otros métodos o realizar un benchmarking “sintético” en ausencia de comparables idóneos. Por ejemplo, para determinar un canon o un margen neto sobre ventas, a efectos de determinar una política de precios de transferencia, puede analizarse sobre la base de un reparto de beneficios que a continuación se traduce en una de las formas citadas.

De ahí nace la eficacia del método de reparto de beneficios para acordar casos de integración sumamente acusados como la integración paralela, de la que se ponen dos ejemplos recurrentemente, tanto en el informe de la acción 1 como en el de las acciones 8 a 10: los negocios de la banca mayorista¹⁴ y los negocios digitales, en particular los *multisided business models* como el descrito.

Los restantes métodos, tienen un ámbito propio de aplicación también en la economía digital. La aplicación de estos podrá ser suplementada por la aplicación corroborativa del método de reparto de beneficios¹⁵, por ejemplo para calcular precios de operaciones de los que no existen comprables idóneos (por ejemplo, cánones muy específicos para los que es complejo encontrar comparables auténticos) aunque se registren contractualmente por las partes de modo diferente al reparto de beneficios.

Sin embargo, en aquellos casos donde la integración no sea paralela y se puedan encontrar comprables suficientemente buenos para las funciones realizadas, la aplicación de métodos tradicionales puede ofrecer resultados idóneos, especialmente margen neto del conjunto de operaciones para funciones comerciales, precio libre comparable para licencias de intangibles y coste incrementado para servicios.

5 VALORACIÓN FINAL

Los trabajos de la acción probablemente partieron de una fijación de objetivos maximalistas para los que resultaron muy difíciles de consensuar las medidas proporcionadas a la ambición de tales objetivos. Asimismo, los cambios e incidencias en muchos otros aspectos del sistema de fiscalidad internacional, incluidos los precios de transferencias eran tantos que la aplicación práctica resultó a los ponentes de la acción 1 difícil de planificar y prever.

En efecto, en un entorno multijurisdiccional tan sumamente complejo como el actual abordar una revisión de los principios aplicables a la economía digital requería la concertación de acciones que ninguno de los entornos de cooperación actuales, ni la OCDE ni la UE, por ejemplo, son capaces de garantizar.

Con ello la economía digital ha quedado, qué duda cabe, señalada con el estigma de la planificación fiscal agresiva.

Los próximos avances que en este contexto se esperan no invitan al optimismo. En el informe remitido por el Secretariado General a la reunión del G20 en Baden-Baden en marzo de 2017 se incluye una breve nota sobre la agenda fiscal internacional, indicando que se prevé la emisión definitiva del informe sobre la economía digital en 2020, con un informe interino previo en 2018. El aspecto fundamental, considerando la integración de los aspectos de precios de transferencia en este tipo de grupos multinacionales serán las metodologías valorativas de rentas y activos intangibles.

¹⁴ *Global trading* de instrumentos financieros.

¹⁵ Llamam la atención diversas referencias contenidas en el informe de las acciones 8 a 10 acerca de la aplicación de métodos de precios de transferencia no basados en comparables, y por ello susceptibles de padecer patologías propias de los métodos de reparto global según fórmulas preestablecidas, que continúan siendo proscritos por las Directrices como métodos no conformes con el espíritu del principio de plena competencia

Cabría urgir a la OCDE a acelerar los trabajos de este grupo. No debemos olvidar que desde la emisión del primer informe, en octubre de 2015, la escena fiscal internacional en el seno de la propia OCDE se ha alterado profundamente. Los expedientes de Ayudas de Estado patrocinados por la Comisión de la UE, en especial el referido a Apple e Irlanda, la salida del Reino Unido de la UE conjuntamente con los planes de reforma tributaria de la Administración Trump en EEUU configuran un orden internacional en lo tributario notoriamente más asimétrico, en el que fraguar consensos va a ser muy complejo. Mantener la incertidumbre hasta 2020 en esta materia no es, en modo alguno, aconsejable.