

El Proyecto BEPS de la OCDE y el Mito del Fin de la Planificación Fiscal Internacional: Un Enfoque Crítico a Propósito de los Final Reports 2015

Jesús Alberto Ramos Angeles* **

Resumen:

El presente artículo evalúa y plantea una crítica al Proyecto BEPS de la OCDE. En las primeras tres secciones del artículo se expone la lógica conductual de las empresas multinacionales, el contexto económico en el que se plantea la iniciativa BEPS y el desarrollo de las prácticas fiscales nocivas. En las secciones posteriores se aborda tanto los objetivos y principios del plan BEPS, como una evaluación crítica de su desarrollo. Finalmente, se concluye que el plan BEPS tiene defectos estructurales y funcionales que, aunque lo hacen el mejor esfuerzo contemporáneo para contrarrestar BEPS, es insuficiente para contener las prácticas de planeamiento fiscal agresivo por parte de las multinacionales.

Palabras clave:

Traslado de beneficios – Erosión de la base imponible – BEPS – Planificación fiscal agresiva – OCDE

Keywords:

Profit shifting – Base erosion – BEPS – Aggressive tax planning – OECD

Abstract:

This article evaluates and proposes a critique on the OECD's BEPS Project. In the first three sections of the article behavioral logic of multinational companies are exposed, as well as the economic context in which the BEPS initiative arises and harmful tax practices develop. In subsequent sections we approach the objectives and principles of the BEPS plan and also addressed a critique of its development. Finally, we conclude that the BEPS plan has both structural and functional defects, although they are the best contemporary effort to counter BEPS, it is insufficient to curb multinationals aggressive tax planning practices.

Sumario:

1. Introducción – 2. El comportamiento fiscal de las empresas multinacionales – 3. El *harmful tax competition*, los paraísos fiscales y los regímenes fiscales preferenciales – 4. La planificación fiscal internacional y el traslado de utilidades en la era pre "BEPS Action Plan" – 5. El Proyecto BEPS de la OCDE – 6. Evaluación y crítica del Proyecto BEPS como forma de enfrentar la elusión fiscal internacional – 7. El "*unitary taxation approach*" como medida complementaria al Plan BEPS – 8. Reflexiones finales

* Asociado de Asesoría y Planeamiento Tributario del Estudio Grellaud y Luque Abogados. Estudios de Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo con Mención en Tributación Empresarial en la Universidad ESAN. Curso de Derecho Tributario Internacional por la Universidad de Leiden. Curso de especialización en Planeamiento Tributario Estratégico por la Universidad de Lima. Ha sido docente de la Especialización en Derecho Tributario del CEUPS de la Facultad de Contabilidad de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, así como en diversos cursos en materia tributaria a nivel pregrado y postgrado. Expositor a nivel nacional y autor de artículos académicos en publicaciones nacionales y extranjeras. Contacto: jramos@gylabogados.com

** El autor agradece el valioso y trascendental apoyo académico y crítico de Carmen Guillén Enciso, estudiante de décimo segundo ciclo de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y miembro del Equipo de Derecho Tributario de dicha casa de estudios. Todas las virtudes y aciertos de este ensayo son gracias a sus invaluable aportes; no obstante ello, las opiniones aquí vertidas son de mi entera responsabilidad.

1. Introducción

El traslado de beneficios (*profit shifting*) es una de las formas de elusión fiscal internacional¹ que ha liderado durante décadas las prácticas de planificación fiscal agresiva por parte de las compañías multinacionales. Consiste en la recolocación o migración artificiosa de las utilidades generadas por una empresa en una jurisdicción fiscal, hacia otra con un tratamiento tributario más favorable. La traslación de beneficios, practicada principalmente por empresas multinacionales, genera una pérdida de recaudación en los Estados que se conoce como erosión de la base imponible.

El dinamismo y cada vez mayor complejidad de las formas de traslado de beneficios, así como un entorno económico cada vez más virtual y digital, han logrado en la última década los más altos niveles históricos de erosión en las bases imponibles (*base erosion*) de los Estados. En efecto, aunque medir la pérdida recaudatoria provocada por el fenómeno BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting o Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*) es un reto, debido a la complejidad y las limitaciones de información, la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico²) estimó³ en 2014 que anualmente hay una pérdida de entre el 4% y el 10% de la recaudación mundial por impuestos a la renta empresarial, es decir, entre 100 y 240 mil millones de Dólares Americanos cada año y siendo los países en desarrollo los que más financian su presupuesto público con impuestos directos, se estima que el impacto en éstos es aún mayor al promedio.

En respuesta, en 2013 la OCDE manifestó al mundo su preocupación por esta problemática a través del Proyecto BEPS, documento que nace por impulso de las principales economías del mundo (G-20)⁴ y que tiene por objeto brindar coherencia, transparencia y sustancia al sistema fiscal internacional a fin de eliminar los defectos y desajustes normativos que permiten a las empresas multinacionales estructurar estrategias de planificación fiscal agresiva. Así, luego del cumplimiento estricto de un cronograma de entregables, discusiones públicas y borradores, el 5 de octubre de 2015 se hicieron públicos los reportes finales sobre las recomendaciones de la OCDE para contrarrestar BEPS.

No es la finalidad de este ensayo comentar detalladamente las acciones finales del Plan BEPS. En cambio, nos interesa efectuar una evaluación y crítica general a la viabilidad del proyecto para conseguir los objetivos planteados –y no planteados– por la OCDE. En efecto, muchas han sido las críticas respecto al aporte final del Proyecto BEPS en su enfrentamiento al traslado de beneficios y, en general, a la erosión fiscal que ocasionan las prácticas de planificación fiscal agresiva que llevan a cabo las empresas multinacionales. De un lado, surge el problema de cómo asegurar la coherencia de las legislaciones domésticas cuando interactúa la soberanía de cada Estado con el carácter no vinculante de las recomendaciones. De otro lado, se plantea la cuestión de si las medidas tomadas aseguran una transparencia simétrica entre las autoridades fiscales y los contribuyentes.

Sobre dichas bases el presente trabajo plantea si el enfoque propuesto por la OCDE en el proyecto era la mejor forma de enfrentar BEPS, poniendo en la balanza otras propuestas de solución, para finalmente preguntarse si en la era post BEPS subsistirán las prácticas de planificación fiscal internacional de traslado de beneficios.

2. El comportamiento fiscal de las empresas multinacionales

En una economía globalizada como la contemporánea, las empresas han traspasado las fronteras y emprenden hacia nuevos mercados, tejiendo sus redes corporativas mediante la constitución de sociedades y otros vehículos en jurisdicciones de toda índole. A estas compañías cuyas actividades económicas abarcan más de un Estado (y con más precisión, más de un mercado local) se les conoce como “Empresas Multinacionales” (MNEs, por sus siglas en inglés) y constituyen en la actualidad si no el principal, cuando menos el más grande agente económico de la globalización.

Las MNEs son gestoras de las economías a escala y las cada vez más sofisticadas cadenas de suministro (*supply chain*), de manera que migran sus unidades y bloques de negocio hacia jurisdicciones donde llevar a cabo sus procesos productivos de comercialización o de control de sus operaciones, permita la más eficiente gestión de sus costos. Así, la naturaleza económica y

1 OCDE, La Lucha Contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (Addressing BEPS), (París: OCDE Publishing, 2013), 8.

2 También OECD, por las siglas en inglés de Organization for Economic Co-operation and Development.

3 OECD, Measuring and Monitoring BEPS, Action 11 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (París: OECD Publishing, 2015), 101.

4 El G-20 es un foro de 19 países (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Reino, Rusia, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Brasil, China, Corea del Sur, India, Indonesia, México, Sudáfrica, Turquía) más la Unión Europea. España es invitado permanente.

amplitud transnacional de las MNEs las lleva a actuar en base a estrategias globales, de manera que puedan maximizar sus beneficios en el mundo como si se tratase de un solo mercado,⁵ para lo cual consolidan los resultados que obtienen en todos los lugares donde operan.

En la práctica esto supone que el real beneficio neto del grupo se mide en función al total de resultados de cada empresa vinculada, de forma que es poco relevante el buen desempeño de una u otra entidad en particular, siempre que el resultado consolidado signifique las ganancias proyectadas por la alta gerencia y dirección, así como el retorno esperado por el inversionista-propietario de la MNE.

Esta perspectiva de unidad entre las entidades que componen el grupo se produce debido a la vinculación económica y jurídica de éstas, de manera que no existe oposición de intereses entre ellas, como sucedería entre partes independientes interactuando en condiciones de libre mercado. Por el contrario, las empresas de un mismo grupo multinacional alinean sus intereses a los de la casa matriz del grupo, sacrificando los objetivos naturales económicos y financieros que tendría cada entidad en forma separada, si no fueran partes vinculadas, por aquellos que designe el ente líder.

Es bajo esta perspectiva de garantizar el mayor resultado consolidado del grupo que las MNEs encuentran incentivo para alocar las distintas líneas de negocio, procesos y actividades productivas en las jurisdicciones que le otorguen el mejor tratamiento laboral, legal, financiero, cambiario y, desde luego, tributario.

Para obtener la más alta rentabilidad las MNEs asumen que los impuestos y, en general, los tributos, son costos que deben gestionarse en tanto impactan negativamente en el valor de las acciones.⁶ En este contexto gestionar⁷ significa eliminar, reducir o diferir la obligación tributaria al máximo posible,⁸ pues de esa manera las utilidades netas serán mayores y ello supondrá, lógicamente, un mejor resultado consolidado.

Por ello, en la medida que existan jurisdicciones con sistemas impositivos nulos o reducidos o,

en su defecto, que ofrezcan tratamientos fiscales preferenciales a determinadas actividades, vehículos o sujetos, las MNEs reconocerán dichas jurisdicciones como nichos de oportunidades de alivio fiscal y, por tanto, su lógica empresarial las encaminará a alocar sus utilidades en las mismas.

3. El *harmful tax competition*, los paraísos fiscales y los regímenes fiscales preferenciales

En el camino hacia la globalización económica el escenario impositivo internacional ha sufrido también un proceso evolutivo, aunque bifurcado. Los sistemas fiscales de las distintas jurisdicciones siguen, básicamente, los principios fundamentales de dos modelos clásicos: el sistema de la residencia y el sistema territorial. El primero, adoptado por la gran mayoría de países (v.gr. Perú, Estados Unidos, Alemania, Colombia, etc.), especialmente –aunque no en forma exclusiva– por las economías desarrolladas y emergentes, supone aplicar el impuesto sobre la renta de los residentes⁹ tomando como base imponible las ganancias de fuente mundial, esto es, tanto las rentas de fuente nacional como las obtenidas en el extranjero. De otro lado, existen jurisdicciones fiscales, aunque ciertamente cada vez menos (v.gr. Panamá o Uruguay), que adoptan el segundo sistema, denominado territorial, en tanto únicamente gravan a sus residentes por sus rentas de fuente nacional¹⁰, quedando desgravadas las rentas obtenidas en el exterior.

Ambos sistemas, como apreciará el lector, mantienen intereses contrapuestos: pues, mientras los países que adoptan el sistema territorial generan incentivos para que los residentes de otros países migren hacia ellos su residencia fiscal (o al menos sus rentas, mediante la incorporación de una sociedad, fundación, *trust* u otro vehículo), de modo que sus rentas obtenidas en el extranjero no se sujeten a imposición; de otro lado, se puede observar que los países que adoptan el sistema de la residencia tienen incentivos para atribuirse esas mismas rentas como legítimamente gravables por ellos, en tanto las consideran rentas de fuente extranjera directa o indirectamente obtenidas por sus residentes.

Aunque son dos los modelos predominantes de imposición sobre la renta, existe en la práctica una

5 Aunque adapten sus productos, servicios, precios, canales de marketing y distribución a la realidad particular de cada mercado local o regional.

6 Cfr. Reuven S. Avi-Yonah, "Corporate Taxation and Corporate Social Responsibility", *New York University Journal of Law & Business*, 11, No. 1 (2014): 28.

7 No siempre esta gestión de costos fiscales, como veremos posteriormente, es lícita.

8 A diferencia de la evasión, que supondría contravenir la ley a fin de que no surja la obligación tributaria o evitar que se configure el hecho imponible.

9 También se utilizan otros criterios de conexión subjetiva como la ciudadanía y, con menor alcance, la nacionalidad.

10 Existen casos híbridos en la legislación comparada, por ejemplo, en los que las compañías se rigen por el sistema territorial, mientras los individuos se rigen por el sistema de fuente mundial o viceversa. V.gr. Singapur, Uruguay, Francia o Bolivia.

multiplicidad de sistemas tributarios, por cuanto las normas domésticas de cada jurisdicción difieren unas de otras. Esto sucede porque cada sistema fiscal es reflejo de los principios fundantes de su sistema jurídico, de sus instituciones políticas, de la eficiencia de sus legisladores, de la eficacia de sus autoridades tributarias y, por supuesto, del nivel de cultura tributaria y cumplimiento fiscal de su sociedad civil y empresas.

De otra parte, la movilidad internacional del capital y la liberalización de los mercados, llevó a algunas jurisdicciones tributarias (países o territorios) a diseñar sus sistemas tributarios para lucir atractivos a los intereses de los inversionistas y, particularmente, de las MNEs.

En efecto, los sistemas tributarios se ven influenciados por la naturaleza globalmente dominante de la economía de mercado, en el que los capitales *“han encontrado un entorno propicio para moverse libremente, tanto por la eliminación de controles, la disponibilidad de nuevas tecnologías y la mayor información disponible, como por las nuevas oportunidades de inversión que han aparecido de la mano de la desregulación de numerosos mercados, los procesos de privatización y los procesos de integración de mercados regionales”*¹¹. Así, al establecer políticas fiscales los Estados deben tomar en cuenta la volatilidad y fácil movilidad de algunas manifestaciones de riqueza (como el capital mobiliario o el ahorro), así como la necesidad de crear una oferta fiscal internacional que promueva e incentive a los agentes externos a fijar capitales en sus economías.

Esta conducta estatal natural, aunada a la divergencia de sistemas fiscales y la multiplicidad de legislaciones domésticas, originan el fenómeno de la competencia fiscal internacional (*international tax competition*), de manera que las jurisdicciones ejecutan su oferta de políticas fiscales motivadas por la movilidad del capital y el ahorro, la necesidad de atracción de inversión extranjera y la demanda de oportunidades de reducción de costos tributarios¹² que plantean los individuos de alto patrimonio y particularmente las MNEs.

En aras del *tax competition*, los países, sin importar su grado de desarrollo económico, practican progresivos replanteamientos de sus sistemas impositivos. Así, muchos países han establecido prebendas tributarias reduciendo las tasas o

aliviando la base imponible de determinadas actividades económicas o tipos de rentas (v.g. los regímenes *patent box*¹³ o los regímenes ETVE¹⁴) y/o que se establecen en ciertas zonas geográficas (v.g. las zonas francas). Se trata, entonces, de un fenómeno impositivo que supone en la vía de hechos una verdadera carrera entre las jurisdicciones por establecer sistemas con particulares oportunidades fiscales sobre las rentas empresariales, del capital o el ahorro.

La competencia fiscal internacional es lógica y encuentra justificación en la mecánica de mercado que presenta la economía globalizada en la que se desenvuelven no sólo las empresas, sino también los Estados. Es legítimo que un Estado adecúe su sistema tributario para promover y favorecer inversión, local o extranjera. De hecho, como señala la OCDE, *“no hay ninguna razón particular por la que dos países cualquiera deban tener el mismo nivel y estructura de imposición”*¹⁵, pues aunque estas diferencias ciertamente pueden tener implicancias para otros países, se trata esencialmente de decisiones de políticas públicas implementadas por los Estados en función a su individual soberanía para establecer el nivel de recaudación que sostenga sus finanzas públicas.

El hecho que un Estado modernice o reforme su infraestructura fiscal en aras de objetivos de políticas públicas, en tanto no distorsione la neutralidad fiscal, es un tema doméstico, de manera que las jurisdicciones son en principio libres de diseñar sus sistemas tributarios tanto como sean internacionalmente aceptables. A este tipo de competencia tributaria se ha denominado también competencia fiscal sana o positiva.

Ahora bien, los Estados, como agentes en competencia, son susceptibles de distorsionar los límites de su autonomía tributaria y terminar afectando las potestades y libertades fiscales de otros Estados. En efecto, las políticas tributarias de un Estado pierden legitimidad internacional cuando afectan la neutralidad fiscal y promueven prácticas destinadas a erosionar la recaudación a la que tienen derecho otros Estados. Esta situación implica de plano la falta de legitimidad de las herramientas de competencia fiscal que implementa una jurisdicción, por cuanto violentan e impactan negativamente sobre los estándares fiscales internacionales y perjudica la recaudación de los demás agentes del *“international tax market”*, reputándose tal lesividad como una

11 José María Vallejo Chamorro, “La Competencia Fiscal Perniciosa en el Seno de la OCDE y la Unión Europea”, *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, Revista ICE 825 (Septiembre-Octubre, 2005): 148.

12 En general, la demanda de incentivos legales, financieros, comerciales y geográficos, pero sobre todo tributarios.

13 El *patent box* es un régimen que exonera las transferencias o cesiones de patentes desarrolladas en un territorio, como incentivo a la innovación.

14 Empresas Tenedoras de Valores Extranjeros, que no tributan por los dividendos recibidos del exterior, bajo ciertas condiciones.

15 OCDE, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* (París: OCDE, 1998), 15.

forma de competencia fiscal nociva, dañina o perjudicial (*harmful tax competition*)¹⁶.

La competencia fiscal perjudicial se produce cuando una jurisdicción, con la finalidad de atraer capitales o bases imponibles, “*utiliza el elemento fiscal como ventaja comparativa, ofreciendo tasas de gravamen reducidas y opacidad informativa*”¹⁷, quebrando la legitimidad de su libre potestad tributaria al ofrecer “*ventajas fiscales exorbitantes o injustificadas que son el motivo fundamental de la localización de una actividad o una renta*”¹⁸ en su territorio. Estas ventajas impositivas aprovechan la libertad de movimiento de las rentas y el ahorro para socavar las bases imponibles de los demás Estados, afectando claramente el principio de neutralidad fiscal en la importación y exportación de capitales, en tanto convierten al tratamiento tributario en el elemento primordial y decisivo que valora el inversionista al elegir el destino donde los migrará.

Las prácticas nocivas tributarias pueden ser implementadas por (i) paraísos fiscales o por (ii) regímenes tributarios preferenciales¹⁹.

Por un lado, los paraísos fiscales²⁰ son jurisdicciones de baja o nula imposición que se usan como lugar para que los no residentes escapen de la fiscalidad de los países donde son residentes, siendo relacionados usualmente con un sistema financiero que privilegia el secreto bancario, así como tipos societarios que salvaguardan la confidencialidad de sus reales propietarios o beneficiarios. Tradicionales paraísos fiscales son Bahamas, Bermudas, las Islas Caimán, las Islas Vírgenes Británicas, entre otros.

De otro lado, los regímenes fiscales perjudiciales son tratamientos tributarios nocivos inmersos en una jurisdicción que no califica como paraíso fiscal y que, en general, mantiene un nivel de imposición regular o alta. Estos regímenes ofrecen tasas efectivas bajas o nulas a no residentes o a actividades efectuadas por no residentes, lo que supone una ausencia de comunicación entre el régimen general doméstico y el especial para no residentes (*ring fencing*)²¹. Algunos regímenes perjudiciales han sido alojados en Suiza o Luxemburgo.

4. La planificación fiscal internacional y el traslado de utilidades en la era pre “BEPS Action Plan”

4.1 La planificación fiscal agresiva

En el plano de las operaciones transfronterizas puede distinguirse entre elusión fiscal internacional lícita e ilícita. La peculiaridad con la elusión fiscal interna o doméstica es que en la elusión fiscal internacional los actos llevados a cabo tienen consecuencias fiscales en dos o más jurisdicciones tributarias, de manera que existen incentivos para aprovechar las diferencias y/o deficiencias de los sistemas distintos fiscales.

La elusión fiscal internacional lícita se identifica con la economía de opción, se trata de una estrategia y conjunto de actos a través de los cuales se obtiene una ventaja fiscal, mediante el aprovechamiento de las oportunidades tributarias de dos o más jurisdicciones, pero que en ningún caso supone la adopción de mecanismos artificiosos para lograr este objetivo. En cambio, la elusión fiscal internacional ilícita cuando implica la utilización indirecta de medios jurídicos para rodear la norma tributaria de dos o más países, llevando a cabo medios artificiosos para obtener la ventaja fiscal en al menos uno de ellos. Como es evidente, la finalidad del sujeto es desde el inicio la consecución de la ventaja fiscal, siendo realmente esta la razón por la que lleva a cabo su operación en forma y modo, no existiendo explicaciones económicas o negociales que lo sustenten.

Puede decirse entonces que la elusión fiscal internacional abusiva (ilícita) consiste en evitar o asegurar la aplicación de una o varias normas por medio de actos indirectos y artificiosos dirigidos a impedir la realización del hecho imponible o a disminuir la cuantía o diferir el nacimiento de la obligación tributaria en una determinada jurisdicción fiscal considerada como menos favorable (por ser de alta imposición), produciendo las consecuencias jurídicas buscadas en otra jurisdicción con un sistema o régimen fiscal más favorable, en relación con los objetivos personales, patrimoniales o empresariales que se plantea²².

16 Al respecto, Vid. Carlos Serrano Palacio e Ignacio García-Villanova, “Competencia fiscal perniciosa: Estado actual de la normativa española y el caso holandés”, Cuadernos de Formación, Colaboración 34/08, Volumen 6/2008 (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2008), 328.

17 Vallejo Chamorro, “La Competencia Fiscal Perniciosa en el Seno de la OCDE y la Unión Europea”, 148.

18 Ídem.

19 Vid. Robert T. Kudrle, “The OECD’s Harmful Tax Competition Initiative and the Tax Havens: From Bombshell to Damp Squib”, *Global Economy Journal* 8, 1 (2008): 2; de la misma forma, Vid. Michael Keen, “Preferential Regimes can Make Tax Competition Less harmful”, *National Tax Journal* 54 (2001): 757; y también, Vid. Eden Lorraine y Robert Kudrle, “Tax Havens: Renegade States in the International Tax Regime?”, *Law & Policy* 27, 1, (enero 2005): 105 y ss.

20 El término paraíso fiscal es más bien una valoración técnico-política para designar a los países o territorios de baja o nula imposición. Cfr. Juan Hernández Viguera, *Los Paraísos Fiscales* (Madrid: Akal, 2005), 59.

21 Otras características son la falta de transparencia y la ausencia de intercambio de información efectiva.

22 Cfr. Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional* (Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1993), 291.

La elección de la jurisdicción hacia la cual la entidad direccionará sus utilidades, toma en cuenta el modelo de sistema fiscal de cada ordenamiento, la existencia de regímenes privilegiados, los puntos de conexión para ser sujeto (según el contribuyente) u objeto (según el tipo de renta) de imposición, la existencia de una red de Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDIs), la suscripción de Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria (TIEAs, por sus siglas en inglés), etc.

En cualquier caso, la meta de la planificación fiscal internacional agresiva será aprovechar las ventajas tributarias que ofrece el país de destino, mediante el despliegue de estructuras u actos indirectos y/o artificiosos.

4.2 El traslado de beneficios o *profit shifting*

El traslado de beneficios es una forma de planificación fiscal agresiva que se produce cuando las empresas colocan sus utilidades en un país de baja o nula imposición (e inclusive de alta imposición pero aprovechando regímenes fiscales perjudiciales), a pesar de que éstas se generaron en un territorio distinto con un nivel de tributación menos favorable, mediante medios, instrumentos, estructuras o contratos artificiosos que no responden a la real sustancia económica de las actividades que se desarrollan. Se trata, en suma, del desvío estructurado, artificioso y deliberado de rentas, sobre las que en principio tiene potestad tributaria una determinada jurisdicción, hacia países o territorios cuyas haciendas públicas no las gravan o lo hacen en forma más favorable.

Esta práctica elusiva funciona debido a la confluencia estructural de varios factores. De un lado, los sistemas y tratamientos fiscales nocivos que ofrecen algunas jurisdicciones fiscales son vistos como oportunidades de ahorro fiscal y de optimización de sus beneficios por parte de las MNEs. De otro lado, las fricciones,²³ vacíos,²⁴ lagunas y otras deficiencias técnicas o normativas de las legislaciones domésticas, brindan a las MNEs nichos de erosión tributaria que son explotados para deslocalizar sus utilidades y migrarlas hacia las jurisdicciones de tributación privilegiada.

Existe pues una falta de coherencia y armonía internacional entre los distintos ordenamientos que, aunada a la extensa red global de CDIs, la ausencia de un sistema internacional integrado de

intercambio de información tributaria y la carente transparencia fiscal de algunas jurisdicciones, han terminado por promover el desarrollo de los esquemas de planificación fiscal abusiva.

Son diversos los esquemas de "*aggressive tax planning*" que implementan las MNEs con el fin de optimizar la carga fiscal de sus operaciones globales. En términos generales, sus estrategias se basan en "*identificar componentes móviles del negocio, como por ejemplo activos tangibles e intangibles, funciones y riesgos*".²⁵ Las estructuras buscan transferir estos componentes hacia jurisdicciones con tasas altas o menores obligaciones tributarias, de manera que las utilidades asociadas a los activos, funciones o riesgos transferidos sean impactadas con una menor tasa efectiva. Dicho de otro modo, dado que las MNEs esperan que sus beneficios sean un reflejo razonable de las funciones que cada empresa lleva a cabo, así como los activos que emplea y los riesgos que asume,²⁶ encuentran incentivos para gestionar de la mejor forma éstos componentes, reduciendo los costos asociados y/o maximizando los canales que generan rentabilidad. Así, cuando la gestión de las funciones, riesgos o activos de una entidad requiere la migración de alguno(s) o todos estos componentes a otra jurisdicción, ello conllevará también el traslado del retorno de la inversión y, consecuentemente, el cambio en la jurisdicción de imposición.

La planificación fiscal agresiva basa su lógica en esas mismas premisas, sólo que para lograr un resultado "tributariamente eficiente" no conciben los impuestos como la consecuencia del traslado de funciones, activos o riesgos, sino que, por el contrario, los tributos son la causa de la transferencia de dichos componentes, motivo por el cual estructuran artificiosamente dicho traslado. Esta estrategia de planificación agresiva, por tanto, involucra una serie de actos societarios, contractuales, financieros y comerciales indirectos, artificiosos y ficticios sobre activos, riesgos o funciones del grupo multinacional, que son trasladados hacia otras jurisdicciones con regímenes tributarios privilegiados con el deliberado fin de alocar también las rentas asociadas a éstos, lográndose con ello el alivio o eliminación del impacto tributario sobre el grupo y un mejor retorno económico para éste.

Son diversos los esquemas de planeación agresiva vía traslado de beneficios (en la era

23 Como en el caso de la doble imposición que impacta sobre empresas transnacionales.

24 Como es el caso de los supuestos de doble no imposición o de imposición reducida.

25 Levenson (1999), citado por Samira Haddad y Ana María Rincón, "Evaluación del Plan de Acción sobre BEPS elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico" (Tesis de Maestría, Colegio de Estudios Superiores de Administración CESA, 2015): 27.

26 Cfr. OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (París: OECD Publishing, 2010), 45.

pre BEPS). Se planificaba con la estructura de capital de las empresas mediante operaciones de endeudamiento matriz-filial en lugar de aportar capital (*equity*), pero también la estructura accionarial de las sociedades, mediante la configuración de distintos tipos de acciones, cada una con derechos económicos y/o políticos divergentes. Se planificaba en las cadenas de suministro de bienes cuyos precios de transferencia eran planificados y también con la volatilidad y fluctuación de los precios de *commodities* coberturados por instrumentos derivados. Se planeaba con servicios intragrupos y acuerdos de costos compartidos para gastos publicitarios y los establecimientos permanentes por servicios y asistencias técnicas. Se planificaba con sociedades e instrumentos financieros híbridos que para distintas legislaciones tenían distinta naturaleza y tratamientos fiscales²⁷. Se planificaba la residencia fiscal de la compañía matriz y sus subsidiarias (como el conocido “*double irish-dutch sandwich*”), la sede de control efectivo, la sociedad holding de acciones o de propiedad intelectual, la cantidad, momento y forma de la distribución de dividendos. Se planificaban los sueldos e incentivos de la alta gerencia, la forma de desvincularse laboralmente, las dietas a los directores y el patrimonio de los accionistas. Se planificaba con las cesiones y venta de tecnología, la investigación, desarrollo y transferencia de patentes, las regalías por intangibles y, claro está, su valor de mercado, especialmente entre vinculadas. Se planeaba utilizando sociedades cautivas de reaseguramiento, empresas financieras offshore dentro del grupo, centros de servicios compartidos (*shared services*) y pólizas de seguro de toda índole.

En fin, no pretendemos agotar, ni mucho menos describir, las formas de planificación de traslado de beneficios que las MNEs han venido estructurado durante las décadas pasadas, pero sirvan los ejemplos dados para tener una idea más o menos aproximada de este fenómeno.

5. El Proyecto BEPS de la OCDE

5.1 La erosión de las bases imponibles y el contexto económico mundial

Cuando las MNEs llevan a cabo estructuras agresivas de planeación fiscal mediante el traslado de utilidades, priorizan en la vía de hechos

su rentabilidad económica frente al legítimo derecho a la recaudación tributaria del Estado donde se aloca inicialmente el componente trasladado artificialmente. Dicha conducta, para las MNEs, se encuentra justificada dentro de los valores corporativos, toda vez que, como anota Avi-Yonah, “*la planificación fiscal agresiva que no se motiva en propósitos de negocios se justifica por consideraciones de competencia y porque incrementa valor para el accionista*”²⁸. La idea detrás de este razonamiento es que la alta gerencia tiene como función velar por la creación de valor para maximizar los beneficios del accionista, por lo que es legítimo hacerlo planeando fiscalmente inclusive. Sin embargo, no toma en cuenta que la empresa tiene otros *stakeholders* con intereses en la marcha adecuada de la entidad, actores cuyo bienestar también son responsabilidad de la compañía, uno de los cuales ciertamente es el fisco. Así bien, el traslado artificial de utilidades supone no sólo una relativización del deber de contribuir de la compañía, como manifestación objetiva de la moral tributaria, sino sobre todo carencia de responsabilidad social corporativa, todo lo cual afecta en definitiva los derechos económicos de toda una nación, por cuanto los impuestos financian la satisfacción de las necesidades públicas de un Estado.

La erosión que las arcas tributarias enfrentan como producto del traslado de beneficios²⁹ es un problema que impacta en los Estados y que se refleja en la composición de su economía. En efecto, en un estudio realizado por el Congreso de los Estados Unidos³⁰ se concluyó que existía una total desproporción entre la inversión extranjera directa (FDI por sus siglas en inglés) que reciben países como Luxemburgo, Holanda, Hong Kong, Chipre, Singapur, Malta o Irlanda y el crecimiento de su PBI³¹.

Por ejemplo, la FDI de Luxemburgo en 2013 representó el 5,434% de su PBI, lo cual significa que recibió más dinero que el que realmente hizo crecer su economía, mientras que Brasil, un país productivo y emergente recibió una FDI que impactó en el 31.9% de su PBI, lo cual implica que gran parte de su PBI se explica en la inversión recibida. Claramente, Luxemburgo recibió en realidad utilidades que migraron artificialmente desde otra jurisdicción, pero que al carecer de sustancia no produjo un valor agregado en su

27 Como es el caso de la planificación de Caterpillar, en la que una misma entidad era considerada como una corporation para fines del US Corporate Tax (con personería jurídica), mientras que para efectos del Swiss Corporate Tax calificaba como una partnership (sin personería jurídica y con *pass through taxation*). Vid. Reuven S. Avi-Yonah, “Corporate Taxation and Corporate Social Responsibility”, 6.

28 Cit. Reuven S. Avi-Yonah, “Corporate Taxation and Corporate Social Responsibility”, 28.

29 De hecho, también afecta los derechos de los competidores locales sin estructuras de este tipo, por cuanto al pagar más impuestos tendrán un menor retorno económico.

30 Mark P. Keightley y Jeffrey M. Stupak “Corporate Tax Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): An Examination of the Data”, Congressional Research Service Report, 7-5700 (Abril 30, 2015).

31 Producto Bruto Interno.

economía y, por tanto, no encuentra un correlato en el PBI; en cambio, Brasil recibió beneficios que sí guardaban conexión con las actividades generadoras de valor, de manera que la FDI es menor que el impacto que tiene en el PBI.

De la misma manera, al medir el impacto del traslado de utilidades en Estados Unidos, notaremos que del US\$ 1.2 trillones de rentas obtenidas en el exterior declaradas en 2012 al IRS,³² US\$ 600 billones fueron atribuidas a paraísos fiscales o centros financieros Offshore (como Bermudas, Islas Vírgenes Británicas, Luxemburgo o Suiza) así como a jurisdicciones regulares que ofrecían regímenes perjudiciales (como Irlanda, Holanda o Singapur).³³ De hecho, el informe mostró que los destinos mencionados eran los destinatarios del 47% de la FDI estadounidense, lo cual no guarda congruencia con el tamaño de los mercados ni los intereses comerciales de las MNEs americanas. Así, el informe concluyó que las utilidades atribuidas a dichas jurisdicciones eran totalmente desproporcionales y mucho mayores al costo y cantidad del personal efectivamente contratado o las inversiones efectivamente realizadas por empresas americanas en dichos territorios.

Estas cifras se complementan con las estimaciones de la OCDE,³⁴ según la cual el traslado de beneficios ocasiona la pérdida del 4% a 10% de la recaudación mundial por impuestos a la renta empresarial, es decir, entre 100 y 240 mil millones de Dólares Americanos cada año.

La cifra es alarmante, pero más grave aún es saber la erosión de la base fiscal de los Estados es una práctica generalizada en el mundo de las MNEs y que se ha justificado como competitiva desde el punto de vista corporativo. No es así: ninguna concepción empresarial puede justificar la práctica sistemática del traslado artificioso de beneficios, pues no es responsable y constituye un comportamiento tributariamente inmoral³⁵.

Ahora bien, el problema de la erosión de las bases imponibles producto de la deslocalización de rentas y la consustancial pérdida de recaudación, se vio principalmente expuesta durante la crisis *subprime* de 2008, cuyos efectos aún hoy continúan en muchas de las principales economías del mundo.

La crisis de las hipotecas *subprime* de 2008, precedida por el colapso de la llamada burbuja inmobiliaria estadounidense en 2006, tuvo un impacto mundial porque, entre otros, los inversionistas de mercados extranjeros habían adquirido de los estructuradores americanos distintas carteras y portafolios de activos financieros cuyos subyacentes eran estos créditos hipotecarios sin respaldo real. El *default* e insolvencia de los deudores y la ineficaz ejecución de las hipotecas debido a los altos precios, generaron pérdidas millonarias a los inversionistas locales y extranjeros. Se produjo un efecto contagio al sistema financiero internacional que ocasionó un profundo problema de liquidez, crisis alimentaria global, quiebras bancarias, derrumbes bursátiles, desempleo masivo, entre otros.³⁶ Ciertamente la crisis marcó un antes y un después en el panorama económico contemporáneo, generando no sólo gravísimas consecuencias financieras, sino también un evidente impacto social³⁷.

Con el sistema financiero americano golpeado y muchas instituciones financieras y bancos de inversión quebrando (V.gr. Lehman Brothers), Estados Unidos decidió ejecutar políticas fiscales expansivas, como subsidios y otras medidas salvavidas, con la intención de reactivar la economía, recuperar o reflotar las restantes entidades financieras y reajustar el presupuesto gubernamental. Los recursos no fueron suficientes y pronto el gobierno buscó apalancarse con los fondos de reserva fiscal. La carencia de fondos públicos pudo haberse cubierto (al menos en una gran porción) con los impuestos a los que tenía derecho estos países y que habían sido eludidos por las MNEs, entre otros, mediante el traslado de beneficios.

Esta situación se replicó en las economías contagiadas. Los países afectados, inmersos en políticas de austeridad y sinceramiento fiscal, exigieron un replanteamiento de las políticas tributarias y la comunidad internacional buscó finalmente determinar los factores que provocaron la erosión de la recaudación fiscal. Se nombraron varios factores que habían provocado esta erosión tributaria, siendo el traslado de beneficios de las MNEs la más importante de las prácticas agresivas.

32 Internal Revenue Services, el fisco estadounidense.

33 De hecho, el 14.1% de las rentas foráneas de empresas estadounidenses fueron alocadas en Holanda, donde se práctica, conjuntamente con Irlanda, la estructura de *double irish-dutch sandwich* usado en la industria tecnológica y farmacéutica.

34 OECD, Measuring and Monitoring BEPS, Action 11 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (París: OECD Publishing, 2015), 101.

35 Reuven S. Avi-Yonah, "Corporate Taxation and Corporate Social Responsibility", 29.

36 Jesús A. Ramos Angeles, "El Nuevo Régimen de Acciones al Portador en Panamá", Revista Impuestos – Legis, 190 (Julio-Agosto, 2015): 30.

37 Máximo Quitral Rojas, "La Crisis Subprime y los Objetivos del Milenio en América Latina", Política y Cultura, No. 37 (Enero, 2012): 11-33.

En ese sentido, una vez expuesto públicamente el problema había que generar medidas para combatirlo y responsabilizar a sus actores, lo cual suponía un esfuerzo pluriestatal ordenado, programado y alineado con el compromiso de hacer frente a estas prácticas fiscalmente nocivas³⁸.

5.2 El plan BEPS de la OCDE

La respuesta a la erosión de la base imponible, por parte de los países con economías más desarrolladas, no se hizo esperar más en el crítico contexto financiero esbozado. La influencia mediática también tuvo un papel relevante, brindando cada vez más atención a las deficiencias del sistema aparentemente discriminatorio y enfrentado a las empresas y personas físicas que cumplían con el pago de sus impuestos. La presión de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales (ONGs en adelante) exigiendo equidad y justicia tributaria, condenaba la evasión y elusión por parte de las MNEs, responsabilizándolas directamente de la crisis financiera y del socavamiento de sus economías domésticas, del colapso del *welfare state* (estado de bienestar) que durante décadas garantizó los más altos niveles de calidad de vida y que ahora reflejaba niveles históricos de desempleo y pobreza.

La percepción de desigualdad tributaria y de ineficiencia de las leyes tributarias para contener las prácticas erosivas, especialmente de las arcas fiscales de los países en vías de desarrollo, así como la virtual insensibilidad de los directivos de las MNEs que sentían justificadas sus estrategias de planificación agresiva, terminaron por alcanzar una dimensión política.

Así, desde junio 2012 los dirigentes del G-20 comenzaron a expresar públicamente su rechazo a la erosión fiscal y el traslado de utilidades, así como su inconformidad con el nivel de tributación efectiva de las principales MNEs, requiriendo a la OCDE en noviembre de dicho año un informe sobre las dimensiones del problema y los trabajos para contrarrestarlo³⁹.

Es en este contexto que en febrero de 2013 la OCDE publicó su Informe "*Addressing BEPS*" (Enfrentando la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios), mediante el cual reconoce que la erosión fiscal es un riesgo para los ingresos tributarios, la soberanía fiscal y la equidad tributaria de los Estados, miembros o no de dicha

organización. De todas las formas de planeación agresiva que erosionan las reservas fiscales, la OCDE identifica al traslado de beneficios hacia el exterior como la fuente más significativa.

El informe BEPS pone en relieve la carencia de las legislaciones domésticas frente a los retos de un mundo globalizado, en los que los principios que buscan guiar la competencia tributaria de los Estados se ven sobrepasados por una economía cada vez más intangible y por el dinamismo evolutivo del mundo empresarial, en especial de las MNEs, con el consecuente impacto en las normas internas y los instrumentos internacionales que no han sabido adaptarse a una realidad que sobrepasa en complejidad a aquella en la que fueron concebidos.

En esa línea, cuando la OCDE plantea un diagnóstico de las causas del BEPS es contundente al reconocer el rol fundamental de las deficiencias de las normas fiscales frente al mundo globalizado y la economía digital que caracterizan nuestros tiempos, sin perjuicio del papel menor del incumplimiento tributario en sí mismo y de la cultura fiscal de cada sociedad, así como de las MNEs (gobierno fiscal corporativo). Así, la OCDE señala que "*los principios comunes de distribución de la competencia tributaria entre las naciones, inspirados en las experiencias nacionales, parecen no haber seguido el ritmo de evolución del entorno empresarial.*"⁴⁰ En efecto, las normas domésticas de tributación internacional y los acuerdos y tratados internacionales se refieren todavía a una realidad empresarial y a un entorno económico sin los niveles actuales de integración transfronteriza, sin economías a escala y cadenas de distribución tan complejas y sofisticadas, sin contribuyentes globales que dirigen sus acciones en pos de un beneficio consolidado que trasciende a las jurisdicciones donde se localizan. Las reglas fueron elaboradas en un mundo con menor comunicación, sin información fluyendo por el internet y con un sistema de ventas de trato humano y no virtual. Un mundo sin instrumentos o entidades híbridos, pensado en la transferencia de bienes materiales y no de tecnología, propiedad intelectual y otros tipos de intangibles, ni mucho menos para tomar en cuenta que el valor de las compañías iban a terminar radicando esencialmente en estos elementos y ya no en sus activos materiales.

Pero más preocupante que el desfase temporal y económico de las legislaciones y

38 Como anotan Schoueri y Calicchio, el plan BEPS no es otra cosa que una solución derivada de la intensa presión política que soportó la OCDE para combatir la planificación fiscal agresiva luego de la crisis financiera de 2008. Cfr. Luís Eduardo Schoueri y Mateus Calicchio Barbosa, "Transparency Under the BEPS Plan: What Holistic Approach?", Kluwer International Tax Blog (Junio 24, 2015), ver: <http://www.kluwertaxlawblog.com/blog/2015/06/24/13300/>

39 Vid. OCDE, La Lucha Contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, 17.

40 OCDE, La Lucha Contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, 7.

los tratados fiscales, es la falta de coordinación y coherencia internacional entre estos instrumentos, produciendo desarreglos, lagunas y contradicciones que favorecen la planificación fiscal abusiva mediante el *tax law and treaty shopping*. De hecho, sin contar las leyes fiscales internas sobre fiscalidad internacional que albergan los países, sólo en cuanto a la red global de CDIs existen más de 3000 tratados bilaterales firmados, basados en los tres modelos preponderantes (OCDE, ONU y Estados Unidos) pero cada uno negociado en forma individual, por lo que generan fricciones mutuas que han dificultado una verdadera cooperación fiscal entre las administraciones tributarias.

El propósito central que se planteó la OCDE, entonces, fue devolver la coherencia global de las legislaciones internas y los tratados fiscales, actualizando los conceptos sobre los cuales se elaboraron, recordando que velaban no sólo por la eliminación de la doble tributación internacional sino también de la elusión fiscal en cualquiera de sus formas. La OCDE buscó mecanismos para acercar los instrumentos fiscales a la era digital y estructuraran todas estas variables mediante esfuerzos multilaterales, sistemáticos y constantes que permitan la armonía de los principios y reglas del sistema tributario internacional, la transparencia fiscal y el flujo de información, con el propósito de devolver a las haciendas locales su legítimo poder de imposición, control, verificación y fiscalización del cumplimiento tributario de las MNEs que generen valor en sus jurisdicciones.

El proyecto BEPS reconoce que los fenómenos económicos, normativos, tecnológicos y empresariales, antes descritos en este trabajo, que han creado las oportunidades para que las MNEs minimicen enormemente su carga tributaria, han terminado por motivar *“una situación tensa en la que los ciudadanos se han sensibilizado cada vez más sobre las cuestiones de equidad tributaria”*⁴¹, habiéndose convertido en una situación crítica e insostenible para todas las partes afectadas: (i) los gobiernos, que pierden recaudación con la cual financiar la actividad pública, impactando en el crecimiento económico, pero que también soportan la presión social del impacto mediático y político de la elusión corporativa; (ii) los contribuyentes (individuos y empresas), que deben soportar la presión tributaria de los Estados erosionados, pues al verse impactada la recaudación por el BEPS, las políticas fiscales terminan dirigiendo hacia ellos una carga fiscal

mayor; (iii) las empresas que no practican prácticas elusivas (especialmente la micro y pequeñas empresas, las familiares y las nuevas innovadoras) compiten en desigualdad con las que sí, en tanto su estructura de precios no considera los ahorros tributarios que genera indebidamente el traslado artificial de beneficios, afectándose por tanto también la libre competencia en el mercado.

Posteriormente, en julio de 2013 la OCDE publicó su *“Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting”*, un plan programático que: (i) identificó las acciones necesarias para combatir el BEPS; (ii) estableció plazos para ejecutar estas acciones; e (iii) identificó los recursos necesarios y la metodología para poner en marcha estas acciones⁴².

Las 15 acciones del Plan BEPS tuvieron como objetivo principal proponer cambios fundamentales en los sistemas fiscales para evitar en forma eficaz la doble no imposición internacional (o doble exención), así como la exención o baja imposición asociadas a prácticas artificiosas de traslación de beneficios. Para ello, las medidas se organizaron en tres pilares fundamentales:

5.2.1 Coherencia del impuesto a la renta empresarial a nivel internacional

Consiste en diseñar nuevos estándares internacionales que aseguren la coherencia estructural y lógica de las legislaciones domésticas de las distintas jurisdicciones, cuando interactúan como fruto de operaciones transnacionales y las relaciones entre entidades de un grupo multinacional, así como cuando los acuerdos fiscales celebrados por dos o más Estados interactúan frente a las leyes domésticas u otros acuerdos internacionales. El propósito es eliminar las fricciones, vacíos, incongruencias o lagunas que existen entre los distintos instrumentos fiscales, con el fin de armonizar el sistema fiscal internacional.

Las acciones que se enfocan principalmente en garantizar la coherencia de las reglas fiscales internacionales son las siguientes: Acción 2 (Neutralizar los efectos de los acuerdos híbridos), Acción 3 (Fortalecer las reglas CFC⁴³), Acción 4 (Limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros) y Acción 5 (Combatir las prácticas tributarias perniciosas teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia).

41 OCDE, Plan de Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (Partis: OECD Publishing, 2013), 8.

42 Fernando Serrano Antón, “El Informe sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslación de Beneficios de la OCDE: Origen e Implementación en un Marco Internacional y Globalizado”, Derecho PUCP, N° 72 (2014): 49.

43 *Controlled Foreign Companies* (sociedades extranjeras controladas), también conocidas en Iberoamérica como transparencia fiscal internacional.

5.2.2 *Realineación entre la imposición y la sustancia económica*

El objetivo implica replantear y reordenar las reglas fiscales para que se encuentren en conexión con las actividades operativas y productivas esenciales de los contribuyentes, esto es, restaurar el vínculo que debe unir los efectos tributarios dados por una jurisdicción con el supuesto de hecho al que fue destinado, de manera que se cumplan los estándares internacionales de sustancia económica y se desarmen las estructuras de planificación fiscal agresivas, artificiosas y fictas sin respaldo material. Así, las normas tributarias serán un correlato de las actividades real y materialmente llevadas a cabo por el contribuyente, la real transferencia de funciones, activos y riesgos, así como los precios de mercado que deben asignarse a las operaciones aunque sea realizadas entre partes vinculadas (*arm's length*).

Las acciones que se enfocan principalmente en realinear las reglas fiscales con sustancia económica son las acciones 6 (Impedir la utilización abusiva de convenios) y 7 (Impedir la elusión artificiosa de la condición de Establecimiento Permanente - EP). Asimismo, las Acciones 8, 9 y 10 buscan asegurar que los resultados de los precios de transferencia se determinen en línea con la creación de valor tocando puntos importantes como la valoración de intangibles, el tratamiento de riesgos y capital, así como las operaciones inusuales de alto riesgo.

5.2.3 *Transparencia fiscal*

El Action Plan para combatir el BEPS considera que es importante para establecer recomendaciones exitosas, que éstas gocen de transparencia, eliminando cualquier atisbo de incertidumbre y garantizando la predictibilidad para las empresas. Ello supone crear mecanismos para que las administraciones tributarias puedan identificar el riesgo de BEPS y de formas de planificación fiscal agresiva.

Las acciones que se desarrollan en función a este objetivo son las siguientes: Acción 11 (Establecer metodologías para la recopilación y análisis de datos sobre BEPS y sobre las acciones para enfrentarlo), Acción 12 (Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación agresiva), Acción 13 (Reexaminar la documentación de precios de transferencia) y Acción 14 (Hacer más efectivos los mecanismos de solución de controversias).

Paralelamente a las 13 acciones organizadas en tres metas principales, el plan de acción también

se ocupa de dos esfuerzos transversales: (i) afrontar los retos de la economía digital frente a la tributación internacional y (ii) el desarrollo de un instrumento multilateral, para llevar a la práctica las medidas adoptadas en el desarrollo del proyecto BEPS. Se trata de dos recomendaciones que tienen efectos y relación con la viabilidad de las restantes 13, en tanto buscan, de un lado, unificar los ordenamientos para contener y entender los nuevos sistemas empresariales, los modelos económicos a escala y la evolución intangible de la economía digital, mientras que de otro lado, construyen un instrumento multilateral que cohesionará los cambios efectuados en las legislaciones internas a fin de que se conecten unos a otros y logren la armonización plena entre las reglas fiscales de las jurisdicciones.

Finalmente, el 5 de octubre de 2015 se entregaron los reportes finales⁴⁴ del proyecto BEPS, luego de una serie de entregables (*drafts*) y comentarios públicos (de especialistas fiscales, ONGs, MNEs, académicos, países, prensa y la sociedad civil en general) tanto en 2014 como a inicios y mediados de 2015. Conforme a la OCDE; los reportes finales fueron efectuados con la inclusión de los países miembros de la organización además de otros 64 países no miembros –incluyendo países en vías en desarrollo– que participaron de igual forma en la creación y discusión de las 15 acciones antes mencionadas. El 8 de octubre último la OCDE entregó formalmente el paquete de medidas a los ministros de hacienda del G-20⁴⁵.

6. Evaluación y crítica del Proyecto BEPS como forma de enfrentar la elusión fiscal internacional

6.1 Una evaluación general al Plan BEPS

Más allá de las medidas y recomendaciones contenidas en los 15 reportes finales del Proyecto BEPS, que sin lugar a duda tendrán un impacto en la fiscalidad internacional de las siguientes décadas, nos preocupa desde un punto de vista funcional el valor que tendrán hacia el cumplimiento de su objetivo. Esto es, sin perjuicio del aporte material y principista de cada acción trabajada por la OCDE, surge la interrogante de si el impacto del Plan BEPS logrará eliminar las prácticas fiscales perjudiciales llevadas a cabo por las MNEs o cuanto menos reducirlas sustancialmente.

Cierto es que el objetivo central del plan BEPS, al menos públicamente, es brindar coherencia, sustancia y transparencia al sistema fiscal internacional y adecuarlo a los retos de una

44 En el presente trabajo no desarrollaremos el contenido y conclusiones de los reportes finales, no sólo por el limitado espacio con el que contamos en cuanto a extensión, sino porque metodológicamente no es el centro de nuestra atención.

45 Durante la asamblea anual de los gobernadores del grupo del Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional celebrada en Lima.

economía digital; pero resulta evidente que tras esa meta normativa subyace una mucho más fundamental y teleológica que, por lógica y genética del plan, debe tenerse como primordial y de necesario cumplimiento: desincentivar el planeamiento fiscal agresivo y reducir de un modo significativo -no digamos eliminar- la erosión de las bases imponibles de los Estados.

Desde luego, siendo la pérdida de recaudación generada por la traslación artificiosa de beneficios el problema que motivó la iniciativa BEPS, no puede dejarse de lado que cualquier aporte real del proyecto pasa por generar un impacto sustantivo en solucionar el problema.

Sin embargo, estando ya en el proceso final del proyecto BEPS, pareciera que tal propósito no se verá alcanzado, no sólo por lo improbable que es esperar un cambio en la cultura corporativa y fiscal por parte de las MNEs, ni por lo ambicioso (o necio) que será coordinar los espíritus fiscales de más de 80 países a fin de que sus leyes locales tengan coherencia estructural y lógica -sin mencionar un tratado multilateral eficiente-, ni por el supremo esfuerzo presupuestario, logístico y técnico que supondrán los controles de sustancia, el intercambio de información y otros estándares de transparencia. No, el verdadero obstáculo del plan BEPS es la forma en la que fue concebido, pues su diseño tiene defectos funcionales y de enfoque que tarde o temprano terminará por decantar en nuevas y más complejas formas de erosión fiscal.

Veamos, el proyecto BEPS plantea enfrentar las distintas formas de traslado de beneficios y deficiencias normativas que expone en las 15 acciones, básicamente a través de tres vías de solución:

- (i) La adopción conjunta y coherente de nuevos enfoques, basados en el consenso fiscal sobre los conceptos, características, efectos y modos de combatir el BEPS;
- (ii) La adopción de nuevas disposiciones antiabuso concebidas en el desarrollo del plan y ofertadas en los reportes finales a fin de que los Estados puedan implementarlas en sus legislaciones domésticas o CDIs.
- (iii) La celebración de un instrumento multilateral que cohesionara todas estas medidas, modificando prácticamente los convenios fiscales de todos los países adherentes, en una suerte de mega legislación sin precedentes en el ámbito tributario.

Nótese que mientras desde el punto de vista conceptual la coherencia de los sistemas fiscales se ve garantizada por el consenso internacional, la

adopción de las soluciones finalmente expuestas son varias y pueden ser instrumentalizadas a elección de cada jurisdicción fiscal, como si de potajes de un menú tributario se tratara, en tanto el consenso en ese punto es superado por la soberanía de cada Estado, manifestada en su libertad de autodeterminación de políticas fiscales. Luego, si la soberanía trasciende el consenso, ¿cómo podrá celebrarse un acuerdo multilateral que beneficie a todos los Estados contratantes y elimine las fricciones de perspectiva entre ellos? Si negociar un CDI entre dos Estados conlleva esfuerzos ciclópeos para armonizar los distintos intereses en juego, qué tan viable será organizar como solución práctica al BEPS una medida de tamaño envergadura y complejidad.

Y peor aún, siendo el plan BEPS creado en el seno de la OCDE y el G-20, sin perjuicio de la participación posterior de países no miembros, todos ellos con distintos niveles de desarrollo, crecimiento económico, presupuestos públicos, experiencia y nivel técnico de administración tributaria, ¿qué garantiza la adopción conjunta, uniforme y "coherente" de las recomendaciones de la OCDE?, pues precisamente las diferencias estructurales entre las jurisdicciones conllevará naturalmente a la implementación selectiva de las acciones, en función a las necesidades, riesgos y amenazas que cada país afronte. Esto decantará, lógicamente, en un sistema fiscal internacional fortificado pero, qué duda cabe, todavía desigual en cuanto a las reglas domésticas de cada país, por cuanto aunque en la era post BEPS las leyes internas incorporen nuevas y mejores medidas para combatir el traslado artificioso de beneficios en el marco de una economía digital, lo harán necesariamente de una forma no uniforme, a distintas velocidades y con variopintas formulaciones técnicas, amén de las particularidades institucionales y económicas, la idiosincrasia política y social y, sobre todo, de las diferentes normas fiscales y no fiscales que contextualizan y componen el ordenamiento jurídico de cada Estado.

El resultado será un sistema global tributario mejor preparado para enfrentar los retos que hoy hemos identificado, pero igualmente expuesto a ofrecer oportunidades de planeamiento agresivo -seguramente cada vez más sofisticado y complejo-, en tanto subsistirán lagunas, fricciones y deficiencias entre las novísimas legislaciones, todas optimizadas, pero de diferente manera. Dicho de otro modo, el sistema fiscal internacional mantendrá la incoherencia que BEPS pretendía batallar, en tanto las legislaciones domésticas continúan mostrando diferencias y desajustes que fundamentarán nuevas posibilidades de generar mecanismos de traslado de beneficios para las MNEs.

Ciertamente habremos contenido el problema inicial, pero también habremos generado un

problema futuro, del que seguramente nos encargaremos en años venideros. De hecho, el reporte BEPS no es el primero⁴⁶ ni será el último de los esfuerzos internacionales por acabar con la elusión fiscal internacional y como todos sus predecesores (quizás el más relevante en este aspecto fue el informe *"Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue"*, de 1998, así como las medidas implementadas a partir de éste) importará un avance, pero será inevitablemente sobrepasado por las prácticas agresivas de las MNEs. Esto es una realidad consustancial a la evolución misma del Derecho, que aunque innovador, siempre está un paso atrás que la vorágine empresarial, por lo que ante la virtual imposibilidad de anticiparse a los cambios de paradigmas económicos, sólo le queda adaptarse a éstos una vez que se hayan producido. No se trata de una particularidad del enfoque BEPS, sino de una nota común a cualquier reforma legal, en cualquier país del mundo.

No es pesimismo, pues aplaudimos los avances efectuados y la propuesta de la OCDE, estando seguros que coadyuvará a conformar un sistema fiscal internacional más coherente y transparente, con mayores controles sobre la sustancia económica y con un flujo mayor de información. Pero considerar como algo positivo los dantescos esfuerzos del Proyecto BEPS no puede limitar nuestra perspectiva pragmática y presente del problema que estamos enfrentando.

6.2 El cambio de paradigma

Los medios de comunicación y los portavoces políticos del G-20 y de la OCDE están dando al mundo la idea de que la planificación fiscal agresiva será mortalmente herida, de que BEPS será controlado y potencialmente eliminado,⁴⁷ restableciéndose los cánones de equidad y de justicia tributaria, pero lo cierto es que ese objetivo no se alcanzará con el plan BEPS y mucho menos al corto plazo. No es el fin de BEPS ni del planeamiento abusivo por parte de las MNEs, aunque sí es el fin de una era tributaria (*"The end of the (tax) world as we know it?"*, como ilstró Gilleard hace pocos días, parafraseando una famosa canción de los años 90)⁴⁸ en la que los esfuerzos fiscales eran unilaterales y en los que los países sorprendentemente no concebían que los problemas de fiscalidad internacional debían ser

resueltos mediante esfuerzos internacionales y pluriestatales (no sólo bilaterales).

Nuevamente, no será el fin de BEPS ni del planeamiento fiscal agresivo pero, en cambio, habremos diseñado *"un conjunto de normas internacionales más justas y coherentes, promoviendo la defensa de las bases imponibles al someter a gravamen las rentas en coherencia con el lugar donde se ha producido el valor, alineando la cadena de valor económico con la tributación"*⁴⁹. Dicho de otro modo, habremos avanzado hacia el objetivo, aunque no lo hayamos logrado finalmente, por lo que debemos monitorear y supervisar el desarrollo del contexto económico y su correlato normativo, así como mantener una constante actitud de innovación en las prácticas de control del cumplimiento tributario. Ese el enfoque que deben tener presente los Estados, pues de lo contrario caerán nuevamente en el limbo de la parsimonia fiscal y la mediocridad normativa, donde en pocos años nuevamente se verán sorprendidos y sobrepasados por las nuevas tendencias en estrategia fiscal y los nichos que BEPS ha creado, que hoy no vemos con claridad, pero que existen y serán explotados por las MNEs.

El aporte sustancial del Proyecto BEPS será el cambio de paradigma fiscal internacional aunque dicha ruptura no sea total, por cuanto la doble imposición, la baja imposición y la nula imposición internacional seguirán existiendo, pues son fenómenos inherentes a la existencia de un sistema fiscal internacional que aunque plantea sus reglas hacia la globalidad, es eminentemente nacional y geopolíticamente segregado. Las jurisdicciones fiscales son Estados (o territorios pertenecientes a uno) con autonomía normativa y soberanía nacional, elementos de los que se nutre todas las relaciones jurídicas tributarias desde su seno constitucional. Por ello, como bien anota Carvajo, debemos tener claro que *"técnicamente hablando, este nuevo paradigma no es ni mejor ni peor que el anterior, pues sus decisiones son de Política Fiscal y de principios tributarios, siempre discutidos, lábiles y debatibles, así como sometidos a diferentes trade offs y que, por otro lado, es un proyecto en construcción, mucho menos elaborado todavía que el formado durante, prácticamente, todo el siglo XX. Por ello, en estas circunstancias, cabe negar que el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional, el modelo*

46 Recordemos el reporte emitido por la OCDE sobre "Thin Capitalisation" de 1986, el informe de 1987 titulado "International Tax Avoidance and Evasion, Four Related Studies", el informe "Controlled Foreign Company - CFC Legislation, Studies in Foreign Source Income" de 1996 y mucho más relevante aún, el informe de 1998 "Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue". También debe considerarse el "Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrations" de 1995 y sus revisiones, así como las distintas versiones de los Comentarios al Modelo de CDI de la OCDE. Fuera de la OCDE, BEPS tuvo entre otros antecedentes de la UE, el "Plan para Reforzar la Lucha contra el Fraude y la Evasión Fiscal Internacionales" de fecha 6 de diciembre de 2012.

47 Por ejemplo, ver: <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/vistazo-al-futuro-marcial-garcia-schreck-noticia-1846369>

48 Matthew Gilleard, "The end of the (tax) world as we know it", *International Tax Review* (octubre 5, 2015), ver: <http://goo.gl/fpH1sT>

49 Fernando Serrano Antón, "Planificación fiscal agresiva: Ultimos avances en BEPS y en la UE", *Legal Today* (Marzo 11, 2015), ver: <http://goo.gl/ly3FjX>

*BEPS, pueda sustituir, de manera radical o, al menos, inmediatamente al antiguo o que se disponga ya, taumatúrgicamente, de soluciones a todos los problemas detectados y que ya están formuladas las respuestas a las contradicciones generadas por el paradigma anterior*⁵⁰.

En ese orden de ideas, la adopción del plan BEPS por parte de los países no generará necesariamente un incremento en sus bases imponibles, pues son distintos los factores que influyen en ello, todos los cuales no pueden ser abordados en las acciones, pero al menos contribuirá en optimizar las defensas de las leyes y administraciones tributarias en su lucha contra el traslado de beneficios, promoviendo la aplicación justa de los impuestos, al menos teleológicamente. Nótese en este punto que la lucha frontal contra esta peculiar forma de elusión fiscal internacional, que hoy en día es el foco de atención central de la comunidad fiscal entera, incentiva en alguna forma la exploración y adopción de “otras medidas” de planeamiento agresivo por parte de las MNEs, distintas al *profit shifting*.

De cualquier manera, independientemente de las ventajas inherentes al esfuerzo conjunto y multilateral que supone el Proyecto BEPS de la OCDE lo alarmante es el no haber tomado en cuenta que mediante la creación de nuevas reglas “uniformes” para ser implementadas en países “no uniformes” (incluso al interior de la OCDE, como por ejemplo es evidente al comparar Chile, Eslovaquia o Turquía con Estados Unidos, Reino Unido o Alemania), con experiencias y percepciones del BEPS distintas debido a su distinta posición en torno al fenómeno de los grupos empresariales multinacionales y la economía digital, se estaba también creando nuevas diferencias estructurales entre las legislaciones domésticas que creará una nueva incoherencia que terminará por devolvernos al punto de partida.

Además, aunque un acuerdo multilateral tenga por vocación precisamente armonizar estas divergencias, no es realista ni pragmático esperar que esta vez, a diferencia de como sucede en la negociación de tratados tributarios bilaterales, los países emergentes y en vías de desarrollo alineen sus intereses con los países desarrollados, más aún si algunos de estos Estados no se han visto aun realmente impactados –o no son conscientes del impacto– por algunas de las formas de traslado de beneficios enunciadas en el BEPS Plan. A esto hay que agregarle la falta de experiencia comunitaria

de la mayoría de Estados no miembros de la Unión Europea, lo que supone un potencial desacuerdo político que entorpecerá la celebración de un acuerdo eficaz para la lucha contra el BEPS. Al final del día, seguramente los países no adheridos al acuerdo multilateral de armonización de CDIs o quienes no implementen normas de CbCR (“*Country by Country Report*”, Acción 13) o lo hagan en forma deficiente –o al menos “distinta” a los estándares internacionales–, serán reputados en la vía de hechos como los nuevos paraísos fiscales, sin perjuicio de que hayan adoptado los CRS (“*Common Reporting Standards*”⁵¹, que externamente al plan BEPS también promueve la OCDE) u otras vías de intercambio de información (como el FATCA⁵², por ejemplo).

6.3 Dos inconvenientes jurídicos fundamentales

Existen dos problemas netamente jurídicos y fundamentales que acrecientan la potencial falta de uniformidad en la adopción de las acciones del Plan BEPS: De un lado, el hecho que las medidas BEPS deban ser aplicadas por países con distintos sistemas jurídicos y perspectiva de la aplicación del Derecho; y de otro, que las recomendaciones que plantea la OCDE son eso, recomendaciones, careciendo de carácter vinculante.

En relación a lo primero debe tomarse en cuenta que las formas de adoptar e implementar las medidas del plan BEPS tendrán distintos obstáculos institucionales, aplicativos y axiológicos según se trate de países anglosajones de sistemas *common law* o de países de tradición románica, germánica o napoleónica; sin mencionar los Estados con ordenamientos fundamentalistas. Esto se debe a que el Derecho Tributario, aún el internacional, es parte de un sistema de normas superior que lo contiene y que guarda un conjunto de principios y formas de pensar jurídicamente. Como ejemplo baste mencionar los problemas que representarán para los fiscos el cumplimiento de la Acción 13, que supone nuevos y más detallados estándares para la revisión de la documentación de precios de transferencia (y también un flujo de información a través del CbCR), así como de la Acción 14 que, entre otros, recomienda adoptar el arbitraje para la solución celera y eficiente de disputas fiscales en la aplicación de CDIs. De un lado, los países anglosajones encontrarán un exceso de formalismo y sobre documentación de *transfer pricing* que colisionará con su sistema tradicionalmente simplificado, mientras los países de tradición románica (especialmente

50 Domingo Carbajo Vasco, “El plan de Acción de la Iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial”, *Crónica tributaria*, No. 154 (2015): 54.

51 *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*, adoptado por la OCDE en julio de 2014 a petición del G-20.

52 “*Foreign Account Tax Compliance Act*” norma estadounidense vigente desde 2010 que busca combatir la evasión del US income tax mediante el reporte de cuentas financieras en entidades extranjeras respecto de ciudadanos, residentes y compañías incorporadas en Estados Unidos.

los sudamericanos) encontrarán en el arbitraje tributario una cuestión que impacta contra su concepción clásica del proceso judicial y que ha llevado a la casi nula aplicación de este mecanismo en la resolución de disputas en los tratados fiscales celebrados en la región.

En cuanto a lo segundo, debe indicarse que las 15 acciones no son obligatorias ni vinculantes por cuanto se trata de *soft law*. Las reglas de *soft law* (ley blanda) son instrumentos internacionales sin vinculación jurídica al no haber sido concebidos bajo los procedimientos legislativos previstos por los Estados ni mediante la celebración de Tratados Internacionales, sino que surgen desde el ámbito de los organismos internacionales como guías, sugerencias o recomendaciones que encuentran objetividad hasta el límite de su aplicación conjunta por parte de los miembros de la organización. Así, las recomendaciones del Plan BEPS no son de obligatorio cumplimiento siquiera para los países miembros de la OCDE o del G-20 (y mucho menos para los Estados no miembros), de manera que bien pueden ser adaptadas a las realidades nacionales o simplemente permanecer ignoradas. Esto no es una crítica directa al *soft law*,⁵³ pero no podemos evitar identificar en el plan BEPS algunos de los defectos sintomáticos de este tipo de “regulación” -como la arbitrariedad de origen y la inseguridad de aplicación- que terminarán entorpeciendo sus fines programáticos.

En efecto, la arbitrariedad de su creación unívoca desde la esfera de los países desarrollados terminará en algún momento produciendo adaptaciones que significarán nuevas fricciones y lagunas que harán mella en la coherencia fiscal de las legislaciones locales y los CDIs, así como en el desarrollo de las medidas de transparencia y la forma en que se controla o verifica la conexión ley fiscal – sustancia económica. Este riesgo de inoperancia del Plan BEPS se acrecienta debido a la falta de seguridad jurídica que produce el ser instrumentos que no son vinculantes, pues precisamente su falta de obligatoriedad permite un nivel de flexibilidad tal que termina generando incertidumbre e impredecibilidad no sólo a las empresas –incluyendo a las MNEs- sino a todos los contribuyentes y, por qué no, a las propias administraciones fiscales, generándose así también opiniones diversas sobre la aplicación de las medidas y variada jurisprudencia, dependiendo de la lectura e interpretación que cada jurisdicción haga de sus normas.

En las condiciones antes expuestas, tanto los gobiernos como las MNEs y, en general todas

las personas físicas o jurídicas implicadas en las relaciones fiscales internacionales, verán “*aumentada su incertidumbre, los problemas de interpretación jurídica, propios de la situaciones de Derecho transitorio y acrecentados por la naturaleza “blanda”, no imperativa, del Soft Law*”⁵⁴ El plan BEPS en ese marco funcionará como los comentarios al modelo de CDI de la OCDE, con la vinculancia y el rango de fuente normativa que cada legislación desee darle.

6.4 El enfoque holístico del plan BEPS y la coherencia del sistema fiscal

La soberanía de los Estados, de la cual emerge su libre potestad tributaria, aunada a las diferencias inherentes a los sistemas legales y la carencia de seguridad jurídica de los instrumentos de *soft law*, conducen el Plan BEPS hacia el problema funcional al que antes hemos hecho mención.

Pues bien, a nivel estructural las acciones y recomendaciones que resultaron de la iniciativa BEPS fueron manifiesta y expresamente desarrolladas con un enfoque holístico, esto es, concibiendo como un todo unificado los problemas del sistema fiscal internacional.⁵⁵ La OCDE no buscaba enfrentar cada problema desde una perspectiva individual y *ad hoc*, sino amalgamar todos los aspectos del traslado de beneficios y generar vías de solución que en forma integral y globalizada fueran implementadas hacia todo el sistema y no a sus partes.

Lamentablemente, aunque teórica y metodológicamente suena prometedor plantear un enfoque holístico, las acciones finales del programa BEPS nos muestran que pragmáticamente la perspectiva fue *ad hoc*. En efecto, a pesar que la estrategia de la OCDE contra las disparidades e incongruencias de las legislaciones domésticas y los traslados fiscales que componen el sistema fiscal internacional, fue puesta en marcha desde una perspectiva holística, en el proceso evolutivo del plan BEPS la problemática real mostró un sistema atomizado por las diferencias tributarias –sin soslayar las políticas, sociales, económicas, culturales e institucionales- de cada jurisdicción, que impulsadas por su soberanía comenzaron a adoptar en forma particular y “a la medida” las herramientas propuestas por el proyecto.

La presión social y mediática en épocas de crisis financieras y la austeridad en el gasto público, hizo necesario que los Estados aplicaran en la práctica

53 Al respecto, vid. Luis Durán Rojo, “Uso del Soft Law en el Derecho Tributario como Manifestación del Cambio de Paradigma Jurídico: Primeras Reflexiones para Revisar la Experiencia Peruana”, Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, Núm. 57, IPDT (Noviembre, 2014): 123-126.

54 Domingo Carbarjo Vasco, “El plan de Acción de la Iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial”, Crónica tributaria, No. 154 (2015): 55.

las aún incipientes medidas del plan BEPS con la intención fortalecer sus administraciones fiscales en pos de optimizar sus niveles de recaudación. Ello condujo a los Estados a adelantar sus reformas fiscales, con procesos legislativos llevados a cabo antes de la emisión de los reportes finales (tomando en cuenta los reportes generales iniciales, los *deliverables* 2014 o los *drafts* 2015) que, aunque en su seno guardaban el espíritu del plan BEPS, técnicamente no recogieron los estándares oficiales que finalmente se conocieron a partir de octubre de 2015.

Este fue el caso de Chile, por ejemplo, quien siendo un país miembro de la OCDE incorporó⁵⁶ a su ordenamiento en setiembre de 2014, reglas sobre entidades extranjeras controladas (CFC), en un momento en que el único instrumento público de la iniciativa BEPS al respecto era el *Action Plan*, el cual no contenía ningún desarrollo sustancial (de hecho, el *draft* de la Acción 3 recién fue publicado en mayo de 2015). Así, la legislación chilena –que entrará en vigencia en 2016– identifica como una entidad controlada cualquiera que satisfaga su test de control, con independencia de su lugar de residencia o el nivel de tributación que tenga tal jurisdicción (siguiendo el sistema estadounidense). Sin embargo, el reporte final de la Acción 3, hecho público 3 meses antes de la vigencia de la norma CFC chilena, recomienda excluir del citado régimen a las entidades que residan en jurisdicciones en las que la tasa efectiva soportada sea similar a la del país de residencia del controlador (como sucede en el Perú, donde no se consideran controladas las entidades residentes en jurisdicciones con una tributación efectiva mayor al 75% del impuesto peruano).⁵⁷ De más está decir que, sin perjuicio del plausible nivel de desarrollo técnico de las reglas CFC chilenas, es innegable que éstas no siguen los lineamientos ni recomendaciones de la OCDE, con independencia de que fueron publicadas en medio del proceso creativo BEPS y de que Chile sea miembro activo de dicha organización internacional.

Muestra de lo sostenido también es, por ejemplo, el caso del Reino Unido, país miembro y líder de la OCDE, pero que al no estar obligado a adoptar las recomendaciones en la forma prevista en las 15 acciones, lo hace de acuerdo a sus particulares intereses. Así, en marzo de 2014 el Reino Unido hizo pública su posición oficial frente al Plan BEPS en el informe *“Tackling Aggressive Tax Planning in the Global Economy”*. Si bien en dicho

documento el país británico brindó su completo apoyo al Plan de Acción de la OCDE, destaca que no planea modificar sus reglas CFC en orden de aplicar la Acción 3 del plan, en tanto ya modificó sus reglas en 2012.⁵⁸ Sin perjuicio de que muchas de las recomendaciones contenidas en la Acción 3 recogieron la experiencia jurisprudencial y normativa del Reino Unido, lo cierto es que, como puede colegirse, dicha jurisdicción ejerció su derecho como Estado a no adoptar la recomendación o, si desea, a hacerlo de la manera más apropiada a sus intereses.

Esta última reacción ha sido, por ejemplo, la de Irlanda (también un país OCDE) que aunque ha cedido en cuanto a la modificación de algunas de sus normas más perniciosas, lo ha hecho en función a sus intereses estatales y en aras de no alejar la inversión internacional. De esta forma, el afamado régimen *patent box* que desgravó durante muchos años las rentas por cesiones y transferencias de patentes (y en general de propiedad intelectual), atrayendo fiscalmente a las más importantes MNEs del sector tecnológico y farmacéutico, fue recientemente modificado en 2015 al elaborarse el *“2016 Budget”*, incorporándose el nuevo *“Knowledge Development Box”* que ahora aplica un impuesto reducido del 6.25%. La nueva tasa del *patent box*, como es notorio, no va a producir un gran impacto ni para el fisco irlandés ni para las MNEs. Para paliar el efecto aparentemente aún nocivo de la medida, Irlanda adoptó el *nexus approach* que recomienda la OCDE en la Acción 5 con el fin de identificar si un incentivo fiscal es perjudicial. Nótese que Irlanda adoptó el enfoque Nexus, pero en su versión modificada y no en la inicialmente expuesta por la OCDE. Téngase presente que el *modified nexus approach* (que limita el beneficio fiscal a la porción de rentas que sea proporcional a los gastos e inversiones desarrollados en el territorio del país que lo brinda) fue la superación del enfoque inicial de la OCDE, actualizado en 2015 antes de los reportes finales, para encontrar una solución armónica entre el *value approach* defendido por Alemania (y que permitía la aplicación de beneficios fiscales cuando las actividades creaban valor en el país) y el *transfer pricing approach* sostenido por el Reino Unido (que se enfocaba en que hubiese valor de mercado y coherencia en la asunción de funciones, riesgos y activos). Así las cosas, lo académicamente apreciable es cómo la recomendación inicial de la OCDE fue distorsionada por los intereses de dos países que terminaron por afectar directamente

55 En varias Acciones del Plan BEPS puede observarse un expreso sentido de enfocar holísticamente el BEPS (v.gr. Acción 1).

56 Ley 20.780 del 29.9.2014. En 2016 entrarán en vigencia las disposiciones sobre CFC.

57 OECD, Action 3: 2015 Final Report. Designing Effective Controlled Foreign Company Rules. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (París: OECD Publishing, 2015), 33.

58 United Kingdom HM Treasury, *“Tackling Aggressive Tax Planning in the Global economy: UK Priorities for the G20-OECD BEPS Project”* (Marzo, 2014): 23-24.

la adopción de la medida por parte de un tercer país que, inclusive, terminó implementándola con nuevas modificaciones, amén de sus individuales políticas fiscales y económicas. Este es el grado de flexibilidad e incertidumbre que plantea las reglas *soft law* del plan BEPS de la OCDE y, por tanto, aunque irónicamente, de incoherencia fiscal.

De otro lado, en abril de 2015 entró en vigencia en Reino Unido el DPT (*Diverted Profits Tax*, también conocido como *google tax*), un impuesto sobre los beneficios eludidos que grava con una tasa de 25% las rentas de compañías no residentes que artificioosamente eluden la existencia de un establecimiento permanente en el Reino Unido o a compañías residentes con un gasto excesivo, desproporcional y sin sustancia hacia una entidad extranjera. Nótese nuevamente que el país británico, uno de los principales miembros del G-20 y de la OCDE, prefirió actuar pronta e individualmente (en su legítimo derecho) en lugar de aguardar a la culminación de los reportes finales (octubre de 2015) y la ejecución plena del plan (hacia 2017), estableciendo un innovador impuesto que busca desincentivar la elusión fiscal y contrarrestar el BEPS en sus fronteras, gravando fictamente las rentas resultantes del *hard tax planning* con una tasa efectiva mayor que la de las empresas residentes (21%). La iniciativa británica ha sido emulada por Australia y Corea del Sur, quienes han DPT con miras a estar vigente hacia 2016.

No es nuestro propósito criticar las tendencias normativas de los Estados (por el contrario, aplaudimos toda iniciativa que busque combatir BEPS), ni la mayor o menor adopción legislativa que cada jurisdicción hace de las recomendaciones del plan BEPS, pero sí pretendemos dejar en evidencia la natural actitud de los países (inclusive miembros de la OCDE) hacia la autodeterminación tributaria y la tendencia de las jurisdicciones a adecuar las reglas de *soft law* a las peculiaridades de la realidad de cada Estado. Esta conducta se explica en la confrontación que hay entre el libre poder tributario de un Estado (emanado de su soberanía) y el carácter no vinculante de las acciones BEPS (entre otros defectos estructurales y funcionales del sistema, algunos de los cuales analizaremos posteriormente).

En virtud de lo expuesto, resulta razonable esperar que esta circunstancia se repita e, inclusive, se

agrave ahora que ya se hicieron públicos los reportes finales del proyecto BEPS. Si hubo un lapso en el que las jurisdicciones debían aguardar pacientemente y contraer temporalmente su actividad legislativa hasta la emisión de los reportes finales, fue entre febrero 2013 y octubre de 2015, pues solo así se garantizaría un enfoque holístico, integral y cohesionado al implantar las medidas que enfrentarían BEPS. Esa fue también la advertencia de Pascal Saint-Amans (Director del Centro de Política y Administración Tributaria de la OCDE) quien este año exhortó a los Estados a no adelantar sus esfuerzos normativos, abstenerse de tomar medidas unilaterales no coordinadas y esperar a que se complete el paquete de recomendaciones finales del BEPS Action Plan. En su opinión, aunque aplaude la iniciativa de los países, estas normas pueden diferir –y de hecho lo hacen, como hemos visto- o ser contradictorias con las medidas del plan, perjudicándose el esfuerzo conjunto y cooperativo de los Estados para alcanzar una coherencia en el nuevo esquema fiscal internacional.⁵⁹ A pesar de la advertencia, en el periodo 2013-2015 los países continuaron con la producción de normas fiscales con incidencia internacional,⁶⁰ conscientes de que no estaban observando ni aplicando holísticamente las recomendaciones finales de la OCDE, sino de forma *ad hoc*, atacando funcionalmente aspectos de su particular interés y mermando cada vez más la tan ansiada coherencia del sistema tributario internacional.

Por ello coincidimos con Haddad y Rincón cuando señalan que *“es muy poco probable que la OCDE tenga éxito en la implementación de un enfoque holístico de la problemática puesto que los Estados siguen reclamando su derecho soberano en la implementación de políticas que consideren apropiadas y, desde esta perspectiva, atacarán únicamente los puntos del Plan de Acción que consideren perjudiciales para su realidad individual sin tomar en consideración la situación de otros Estados (exceptuando los casos en los que haya cooperación bilateral o multilateral) o el efecto que generen en la interacción con otras legislaciones tributarias”*⁶¹.

La coherencia que pregonan el plan BEPS, por tanto, es mellada por el enfoque *ad hoc* que en la práctica supone la aplicación o inaplicación de las recomendaciones del proyecto, generando

59 Cfr. Samira Haddad y Ana María Rincón, “Evaluación del Plan de Acción sobre BEPS elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico”, 79.

60 Por ejemplo, en Francia se produjeron cambios en las reglas de precios de transferencia a fin de adaptarlas a la economía digital y, bajo ese mismo fin, en Alemania cambiaron las reglas de alocaión en caso de establecimientos permanentes, mientras en Italia se incorporaron reglas para empresas de publicidad online. Por su parte, Holanda modificó su régimen de financiamiento y licenciamiento intragrupo, incorporando nuevos requisitos de sustancia. Asimismo, la Unión Europea aprobó en enero de 2015 una directiva comunitaria bajo la forma de una cláusula antiabuso general que permitiese perseguir planeamientos artificiales con fines fiscales y sin sustancia económica (modificación a la Directiva Matriz-Filial).

61 Vid. Samira Haddad y Ana María Rincón, “Evaluación del Plan de Acción sobre BEPS elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico”, 76.

nuevamente un escenario internacional variopinto en leyes domésticas, dejando al sistema fiscal internacional a merced de las prácticas fiscales nocivas que se buscan enfrentar, por cuanto el traslado artificioso de utilidades subsistirá mientras existan desarreglos e incongruencias entre los instrumentos unilaterales, bilaterales y multilaterales que componen el ordenamiento global tributario.

6.5 La transparencia fiscal “unilateral”

Uno de los pilares fundamentales del enfoque holístico del plan BEPS es la consecución de estándares internacionales de transparencia fiscal. El Action Plan, de hecho, considera necesaria la transparencia para garantizar la predictibilidad y eliminar la incertidumbre que afectan a los contribuyentes, pues sin ello *“las acciones puestas en marcha para evitar la erosión fiscal y el traslado de beneficios no pueden tener éxito”*⁶².

Para el plan BEPS la transparencia fiscal supone la posibilidad de que las autoridades tributarias de los Estados puedan acceder y disponer de información fiscalmente relevante en forma celera, específica, completa y temporánea, pues sólo así podrán anticiparse e identificar las áreas de riesgo de traslado artificioso de beneficios. La idea es fortalecer a las autoridades fiscales en el seguimiento de las operaciones internacionales mediante estableciendo mecanismos de transparencia que permitan la *“detección temprana de la planificación impositiva agresiva”*⁶³, pero ello debe ir necesariamente de la mano con la implementación y puesta en marcha de *“mecanismos para proporcionar a las empresas certidumbre y la capacidad de predicción que necesitan para programar sus inversiones”*⁶⁴.

Esto significa, de un lado, implementar medidas que permitan a las jurisdicciones tener información oportuna y de calidad sobre las formas de planificación agresiva y, de otro, garantizar a las empresas un ambiente fiscal transparente, predecible y con certeza normativa, que permita la planificación de sus operaciones con seguridad jurídica.

Ciertamente las acciones del plan BEPS proponen soluciones para promover la transparencia, pero es alarmante que este esfuerzo se hace prácticamente invisible desde la perspectiva de las empresas contribuyentes, desatendiendo los derechos –y no es apología de las prácticas nocivas de las MNEs– de los sujetos cuya información es materia de gestión administrativa y que tienen

derecho a contar con mecanismos que garanticen, como el plan habría expuesto inicialmente, la seguridad jurídica, la predictibilidad y la certeza de las acciones a tomar.

Las acciones 11 al 14 se ocupan de la transparencia en el marco de la iniciativa BEPS. Una revisión a los reportes finales hace patente de la postura casi unidimensional y, desde luego, nada holística, con que ha sido afrontado el problema de la asimetría informativa fiscal. La falta de información se ha solucionado a través de medidas que no toman en cuenta mecanismos paralelos realistas que salvaguarden los derechos y principios que limitan las facultades –muchas veces discrecionales– de las autoridades fiscales, como garantías mínimas de un Estado de Derecho.

La Acción 11, por ejemplo, recomienda una serie de medidas de publicidad de información con el fin de que los estados cuenten con herramientas simétricas para afrontar el BEPS, en aras de la transparencia fiscal. Las recomendaciones básicamente consisten en revelar y compartir estadísticas e información sobre distintos aspectos de la imposición corporativa, las formas de planeamiento fiscal, información no tributaria sobre las MNEs (como los elementos de la cadena de valor empresarial y precios de transferencia en el marco del CbCR), los índices de inversión extranjera directa, medición constante del impacto del BEPS y las medidas para contrarrestarlo, etc. Algunas de las herramientas propuestas implican, como se observa, recolectar información sensible de las MNEs y, en general, de los contribuyentes de un Estado, para compartirla globalmente con las autoridades fiscales cooperantes. A pesar de ello, únicamente la primera recomendación parece tomar en cuenta la perspectiva del contribuyente cuando hace mención a la posibilidad de que los Estados incluyan en las estadísticas sobre imposición corporativa (sólo en esas) información estadística desagregada y “anónima” basada en la información recolectada mediante el CbCR (Acción 13). Luego, es recomendable que los países brinden garantías colaterales que complementen el silencio del plan BEPS (sin mencionar el problema de los costos adicionales que asumirán las MNEs para reportar y el uso potencialmente inadecuado de la información respecto a otros competidores), pero ello producirá inevitablemente nuevos desajustes en las legislaciones fiscales y motivará finalmente la competencia internacional nociva, qué duda cabe.

Por su parte, la Acción 12 recomienda la introducción de un régimen de divulgación

62 OCDE, Plan de Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, 16.

63 Idem.

64 Idem.

obligatoria (*mandatory disclosure*) de los esquemas de planificación fiscal “agresivos”. Más allá del problema de qué información revelar, así como de quién y cuándo debe revelarse esta información, resulta preocupante el tema de las consecuencias del incumplimiento a la divulgación, pues aunque lo regular sería alguna sanción económica en tanto se incumple una obligación formal, la OCDE no es clara al respecto y señala que, además de dicho tipo de penalidad, “los países pueden aplicar otras sanciones para hacer cumplir las reglas de divulgación obligatoria y disuadir el incumplimiento”. Luego, surge la lógica interrogante: ¿de qué otras sanciones estamos hablando? El plan BEPS no es conclusivo al respecto, haciendo referencia el reporte final⁶⁵ a algunos ejemplos estadounidenses de sanciones no monetarias, pero dejando a libertad de los Estados la adopción de este tipo de penalidades, en una clara delegación de las soluciones a implementar, apartándose del enfoque holístico y volviendo a la perspectiva *ad hoc*⁶⁶.

Peor aún, los ejemplos anotados muestran que existen vacíos en las recomendaciones de transparencia fiscal que terminarán impactando en la seguridad jurídica del sistema fiscal internacional, en los derechos y límites sobre la información confidencial de las empresas,⁶⁷ en la certeza y predictibilidad de las medidas que las normas domésticas adoptarán, dejando en una desproporcional situación de indefensión a las empresas y de empoderamiento a las autoridades fiscales. Desde luego, esta circunstancia no es compatible con el espíritu equilibrado y justo con el que debería haberse desarrollado las recomendaciones de transparencia, conforme lo enunció en 2013 el *Action Plan*, generándose riesgos que “erosionan” la integridad de la propuesta planteada por la OCDE, degenerando funcionalmente la eficiencia de su aplicabilidad.

7. El “unitary taxation approach” como medida complementaria al Plan BEPS

En ese orden de ideas, el plan BEPS nos parece un esfuerzo positivo, en líneas generales, pero con deficiencias funcionales que merman las posibilidades de alcanzar las metas que se planteó desde su concepción. Existe también, sin embargo, un vicio estructural que no hemos discutido en

el presente trabajo. En efecto, todas las medidas y recomendaciones que plantea el plan BEPS no suponen un cambio sustancial al sistema fiscal internacional, sino que buscan armonizar las diferencias del mismo a fin de dotarlo de coherencia, solucionando las fallas y desajustes que generan los incentivos de las prácticas fiscales agresivas. Dicho de otro modo, el plan BEPS trata de cubrir los vacíos del sistema tributario global, pero no de cambiarlo, lo que ha sido denominado como el *sticking-plaster approach*⁶⁸ por parte de algunos detractores del proyecto.

El sistema fiscal internacional contemporáneo se basa, como hemos adelantado al inicio de este trabajo, en la adopción por parte de las jurisdicciones del principio de la residencia (tributación por rentas de fuente mundial) o el principio de la fuente (tributación territorial o rentas de fuente nacional).⁶⁹ Los países muchas veces implementan un sistema mixto, aplicando un impuesto sobre fuente mundial para los residentes y un gravamen sobre fuente nacional sobre los no residentes, en orden de impedir la doble imposición internacional⁷⁰.

Este último sistema es el que clásicamente adoptan los principales países del mundo y sobre el cual, lógicamente, se ha trabajado las recomendaciones del proyecto BEPS. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que este modelo fue concebido hace un siglo y, por tanto, el contexto al que daban respuesta sus reglas fiscales era uno sin integración empresarial, modelos económicos a escala, movilidad del capital ni economía digital. Se trata pues de un sistema fiscal internacional creado para una realidad distinta y con un grado menor de complejidad en las operaciones internacionales. Consciente de ello, la OCDE decidió enmendar el sistema clásico usado por los Estados miembros y no miembros, brindando medidas que permitieran adaptar sus reglas a los retos del nuevo contexto económico y empresarial (Acción 1), estas propuestas, sin embargo, no han hecho sino promover mayores diferencias en el sistema y acentuar la falta de coherencia entre las legislaciones domésticas.

En ese sentido, parece razonable sostener que un enfoque holístico, como el que teóricamente plantea la OCDE, debería pasar no por enmendar

65 OECD, Action 12: 2015 Final Report. Mandatory Disclosure Rules. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (París: OECD Publishing, 2015), 60.

66 Vid. Luis Eduardo Schoueri y Mateus Calicchio Barbosa, “Transparency Under the BEPS Plan: What Holistic Approach?”, Kluwer International Tax Blog (Junio 24, 2015), ver: <http://www.kluwertaxlawblog.com/blog/2015/06/24/13300/>

67 Problema controversial de larga discusión que no abordaremos en esta oportunidad y que está en la cúpula del debate en la fiscalidad internacional contemporánea.

68 Entre ellas varias ONGs internacionales, como Christian Aid, ver: <http://goo.gl/CrB2Kr>

69 Cfr. OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy (París: OECD Publishing, 2014), 34.

70 Vid. Klaus Vogel, “Worldwide vs. Source Taxation of Income. A review and reevaluation of arguments (Part 3)”, Intertax, Vol. 11 (1988): 393-402. También, Vid. Jacob A. Frenkel, Assaf Razin y Efraim Sadka, International Taxation in an Integrated World (Londres: The MIT Press), 22.

las deficiencias de un sistema fiscal que ya no funciona en la realidad contemporánea, sino por sustituir dicho sistema por otro que, *ab initio*, haya sido concebido para enfrentar en forma flexible los retos de la economía digital. Ello no significa que el nuevo sistema no sufrirá un desfase temporal en algunas décadas, pero debería afrontar BEPS en forma más integral.

En cuanto a las alternativas técnicas para sustituir el sistema clásico, empezamos por aquellas que sostienen que el modelo mixto o dual dominante en los países, debe ser sustituido por un sistema univocista, esto es, adoptando cada país un sistema puro de gravamen sobre residencia o sobre fuente, pero dado que entonces estaríamos nuevamente ante decenas de sistemas en uno u otro bando, continuaría la competencia fiscal y eventualmente degeneraría en nociva cuando los países apliquen tasas efectivas distintas a fin de atraer la inversión.

Por ello, en una postura más radical se ha postulado la adopción simultánea y global de un solo sistema, cualquiera que sea éste. El problema con esta propuesta es que, nuevamente, la soberanía de los Estados se interpondrá al negociar la adopción de un sistema único para todas las jurisdicciones, de manera que en la práctica resulta sumamente improbable viabilizar un esfuerzo multilateral de tamaño envergadura en el que, para que éste funcione, no puede ausentarse ninguna jurisdicción fiscal.⁷¹ Pero más utópico sería imaginar un mundo en el que los países desarrollados, los emergentes, los que están en vías de desarrollo y los sub desarrollados, coordinen y cooperen internacionalmente para alcanzar un consenso sobre cuál de los dos sistemas debe aplicarse en forma general. No cabe duda que mientras los países exportadores de capitales buscan implementar un sistema de residencia, los países importadores de capital defienden la adopción de un sistema territorial.

De otro lado, recientemente se ha propuesto la adopción de un sistema de imposición unitaria (*unitary taxation theory*)⁷², también denominada atribución formularia (*formulary apportionment*), que sustituya al modelo clásico vigente en nuestros días. Para entender el *unitary taxation* debemos recordar que una de las características

del sistema clásico -y también presente en los tratados bilaterales- es considerar no sólo a las subsidiarias, sino también a las sucursales y establecimientos permanentes, como entes separados e independientes de la matriz a efectos fiscales, aplicándose predominantemente el criterio de la contabilidad separada.⁷³ Esto ocasiona un incentivo para las MNEs, pues pueden planificar el tratamiento tributario individual de cada una de las entidades del grupo, a pesar de que económicamente se trate de un solo ente y, por tanto, las transacciones entre dichas entidades, aunque suponen efectos fiscales particulares, son neutros dentro de la organización.

Por ejemplo, si una matriz residente en el Estado "A" efectúa un préstamo a su subsidiaria en el Estado "B", la filial podrá reconocer tributariamente un gasto que disminuirá su impuesto a la renta, mientras la matriz obtendrá intereses que podrían no estar gravados en su jurisdicción fiscal o estarlo a una tasa efectiva aliviada. Como se puede observar, aunque ambas entidades pertenecen a un mismo grupo económico, fueron tratadas como contribuyentes separados y se le dio al préstamo los efectos tributarios de una transacción entre entidades separadas, generando un gasto financiero en un caso y una renta exenta en el otro. Nótese, sin embargo, que la transacción económicamente no produjo ningún gasto ni ganancia a nivel consolidado, dado que se trató de un movimiento dentro del grupo.

La teoría del *unitary taxation* pretende identificar a los grupos multinacionales como contribuyentes, con independencia de las filiales y establecimientos con los que cuente, de manera que sería indiferente evaluar cada una de las operaciones que se realicen dentro de la MNE, por cuanto las legislaciones no podrán reconocer sus efectos tributarios particulares, sino sólo se gravaría el resultado global de la corporación, considerando los agregados de las entidades de cada jurisdicción fiscal. Así, el papel de las administraciones tributarias consistiría en identificar qué proporción de la renta consolidada y global obtenida por la MNE fue obtenida en su territorio, con el fin de atribuirle y gravarla bajo el tipo impositivo que cada país adopte en función a sus intereses particulares (no siendo, por tanto, un impuesto único global como también ha planteado a nivel comparado).

71 Cfr. Dale Pinto, "Exclusive Source or Residence-Based Taxation. Is a New and Simpler World Tax Order Possible?", *Bulletin for International Taxation* – IBFD (Julio, 2007): 291.

72 Vid. Reuven S. Avi-Yonah y Kimberly A. Clausing, "Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A proposal to Adopt Formulary Apportionment", *Hamilton Project Discussion Paper*, Brookings Institution, (Junio 2007). También, vid. Rosanne Altshuler y Harry Grubert, "Formula Apportionment: Is it better than the current system and are there better alternatives?", *National Tax Journal*, vol. 63, No. 4 (Diciembre 2010): 1145-1184.

73 Vid. Reuven S. Avi-Yonah y Zachee Pougá Tinhaga, "Unitary Taxation and International Tax Rules", *Law & Economics Working Papers*, No. 83, University of Michigan, (2013): 1.

74 Vid. Sol Piccioto, "Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations", *Tax Justice Network* (2014), Ver: <http://goo.gl/hGoYyR>

Los defensores del sistema unitario⁷⁴ sostienen que claramente desincentiva el planeamiento agresivo vía traslación de beneficios, por cuanto al aplicar el modelo resulta irrelevante, en principio, en qué jurisdicción se sitúan las rentas en tanto la base imponible será la suma total de todas las utilidades obtenidas por el grupo a nivel mundial. Sin embargo, en nuestra opinión, implementar globalmente –y en solitario– este sistema es en la práctica inocuo no sólo porque supone –al igual que BEPS– un grado de consenso y cooperación jurídica y política que se verá obstaculizado por la soberanía y las particulares políticas fiscales gubernamentales, sino sobre todo porque las MNEs aún tendrán incentivos para alojar sus rentas en aquellas jurisdicciones que ofrezcan oportunidades de ahorro fiscal. En efecto, las MNEs buscarán que se atribuya la mayor cantidad de utilidades consolidadas del grupo a países con menores tasas efectivas, pero dado que la imputación será proporcional a las actividades efectuadas en el país y al valor generado, ello impedirá a las empresas alojar rentas artificiosamente, debiendo seguir entonces las reglas del mercado, tal cual se busca en el plan BEPS. El problema está en que, en el marco de la competencia fiscal internacional, algunos países aplicarán tasas efectivas más favorables y menores estándares de control de la cadena de valor de las empresas, ofertando por tanto una atribución “nociva” de la base imponible. Para contrarrestar esta práctica será necesario un esfuerzo conjunto que coordine las legislaciones domésticas y brinde coherencia mediante reglas unilaterales, bilaterales y multilaterales: el asunto es que ese es precisamente el objeto del plan BEPS.

Ello nos lleva a concluir dos cosas. En primer lugar, a pesar de que el plan de la OCDE no es la única forma de enfrentar EPS, sí es la mejor forma hasta ahora concebida, debiendo fortalecerse los esfuerzos de los países miembros y no miembros interesados en adoptar sus medidas. Segundo, que el *unitary taxation system* es menos engorroso a nivel técnico, pero mucho más complejo a nivel administrativo, especialmente en cuanto al flujo de información, la determinación de la renta atribuible a cada Estado y el reporte a escala global. Esos inconvenientes podrían superarse implementando algunas de las políticas recomendadas por la OCDE en el BEPS *Action Plan*, como por ejemplo la transparencia en la publicidad e intercambio de información estadística y bases de datos (Acción 11), el CbCR (Acción 13) y la celebración de un acuerdo multilateral (Acción 15).

Esto último nos lleva a pensar que bien pudo considerarse esta medida en el seno de la OCDE al debatir los alcances del plan BEPS. Aprovechando el consenso cooperativo sin precedentes de los países, el *unitary taxation* pudo haberse implementado inclusive sin necesidad de modificar por completo el sistema clásico actualmente imperante (dado que no son necesariamente incompatibles),⁷⁵ estableciendo reglas aplicables exclusivamente para las MNEs. De haber sido así, los riesgos asociados a este enfoque podrían haberse eliminado con las acciones complementarias de transparencia, sustancia y coherencia (así como las medidas transversales de adaptación a la economía digital y celebración de un instrumento multilateral).

Si la OCDE hubiera accedido a ello, tendríamos un sistema teóricamente mejor adaptado a las complejidades de nuestros tiempos, pero precisamente fue su carácter “teórico” lo que llevó a descartar este enfoque en el proceso BEPS, pues como anota Pascal Saint-Amans, además de lo complejo que sería cambiar el paradigma del principio *arm's length* (eliminando todos los avances sobre reglas de precios de transferencia), la propuesta es puramente teórica, no existiendo experiencia previa que permita proyectar resultados.⁷⁶

8. Reflexiones finales

El plan BEPS de la OCDE es sin duda la más dramática “reforma de las reglas de tributación internacional desde que la Liga de las Naciones propuso el primer tratado tributario bilateral en 1928”⁷⁷. Su papel innovador y reformista es incuestionable, así como su objetivo de justicia tributaria. Tampoco puede negarse que ha significado un esfuerzo conjunto y cooperativo sin precedentes por parte de los Estados, preocupados por la erosión de sus bases imponibles como producto de las prácticas de planificación fiscal nociva que llevan a cabo en forma protagónica las MNEs.

El aporte sustancial del Proyecto BEPS para el futuro, como hemos sostenido, será el cambio de paradigma fiscal internacional, debiendo entenderse por ello al cambio de actitud de la comunidad internacional hacia el problema de la erosión de las bases imponibles al afrontar el reto de adecuar sus reglas a una era globalizada y digital, pero sobre todo, a la evolución y superación de la tradicional perspectiva unilateral y bilateral con la que se venían afrontando mayoritariamente

75 Reuven S. Avi-Yonah y Zachee Pouga Tinhaga, “Unitary Taxation and International Tax Rules”, 9-11. También, Vid. Sol Piccioto, “Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations”, 16.

76 Ulrika Lomas, “OECD presents BEPS Action Plan”, Tax-News (Octubre 5, 2015), ver: <http://goo.gl/ur650a>

77 MORGAN, Chris. Head of Tax Policy at KPMG UK. En: Matthew Gilleard, “The end of the (tax) world as we know it”, International Tax Review (octubre 5, 2015), ver: <http://goo.gl/fpH1sT>

los problemas fiscales internacionales. Con el plan BEPS, el mundo enfrenta por vez primera el problema de la elusión fiscal internacional de un modo cooperativo y holístico, sin perjuicio de que en algunos casos termine por primar en la práctica una perspectiva *ad hoc*.

No obstante lo expuesto, este trabajo tiene por objeto plantear un debate crítico sobre la idoneidad con la que se ha elaborado el plan BEPS, en aras de enriquecer su adopción y de no permitir que las falsas expectativas que sobre éste se cuecen, terminen por distorsionar la sobriedad, mesura y paciencia que es necesaria para su correcta implementación.

La soberanía de los Estados, la falta de obligatoriedad de las medidas, la impaciencia normativa y la presión social terminan por disuadir un poco el espíritu holístico que guía al proyecto BEPS, desencadenando muchas acciones individuales, especialmente de jurisdicciones con economías altamente desarrolladas, que colisionan con el enfoque holístico en el que se basaba el plan. Estas medidas normativas unilaterales, no cooperativas, técnicamente descoordinadas y prematuras, comienzan a generar nuevamente el caos legislativo que se quería cohesionar, acrecentando el riesgo de situaciones indeseables, tanto de doble o múltiple imposición, como de nula o leve imposición.

Así el panorama, es de esperarse que las carencias funcionales inherentes al proyecto BEPS impidan que éste alcance, de un lado, el objetivo público de brindar coherencia y transparencia al sistema fiscal internacional, y de otro, el objetivo subyacente de reducir significativamente las prácticas fiscales nocivas de traslación artificial de beneficios y la

consecuente erosión de las bases imponibles de los Estados.

Lo anterior no desvirtúa, sin embargo, que BEPS haya sido la mejor forma de atacar el problema, dentro de las alternativas técnicas testeadas en la vía de hechos hasta el momento por la comunidad internacional, ni desconoce los esfuerzos o aciertos de su programa de acciones. Ciertamente pudo haberse puesto en el debate oficial de las medidas del plan BEPS el enfoque del *unitary taxation*, pero dicho sistema, en todo caso, requería para su eficacia ser necesariamente complementado por varias de las recomendaciones BEPS, por lo que no lo sustituía como opción técnica, complementándolo, en todo caso.

En suma, el enfoque holístico con el que se desarrolló el plan no es congruente con los primeros resultados legislativos, demostrativos de un pragmatismo *ad hoc* y de individualismo estatal y, por tanto, generadores de desajustes normativos que degeneraran, por principio de competencia fiscal, en planificación fiscal agresiva. No obstante ello, es necesario ser prudentes pues aún es muy temprano para concluir en el fracaso del proyecto, siendo recomendable realizar el seguimiento a los avances aplicativos de las recomendaciones a fin de poder mensurar el impacto de éstas en BEPS.

Así las cosas, no perdamos la perspectiva de una realidad: la planificación fiscal agresiva subsistirá porque subsiste el mismo sistema clásico de imposición sobre las MNEs, porque el pragmatismo *ad hoc* con el que ha caracterizado la aplicación legislativa del plan BEPS acentúa la falta de coherencia del sistema tributario internacional, porque existirán aún incentivos para planificar agresivamente y porque los intereses de las MNEs siempre se encaminarán hacia la maximización de beneficios⁷⁸. ❏

78 Es en este punto donde cobran suma importancia, entonces, otras herramientas complementarias al plan BEPS, como por ejemplo los *Common Reporting Standards* de la OCDE, instrumento multilateral diseñado para el intercambio de información de interés fiscal.