



La imposición justa sobre las sociedades en un escenario global: un tema pendiente

The fair corporate tax system in a global scenario: a pending question

María Teresa Soler Roch*

Resumen:

Los estándares tradicionales de la Fiscalidad internacional no garantizan adecuadamente un sistema justo de imposición sobre las sociedades, especialmente, en el caso de los grupos multinacionales que operan en un escenario global: La crisis del principio de gravamen global y la competencia fiscal entre las jurisdicciones fiscales facilitan las oportunidades de planificación fiscal por parte de estos contribuyentes. Los Planes de Acción de la OCDE (BEPS) e iniciativas similares de la Unión Europea, han dado algunos pasos significativos en este sentido, pero la justicia del sistema sigue siendo un tema pendiente y es necesario encontrar un nuevo paradigma que supere el alcance doméstico del criterio de capacidad económica.

Palabras clave:

Fiscalidad internacional - Impuesto sobre sociedades - Justicia tributaria - Grupos multinacionales - Gravamen Global

Abstract:

The traditional International Taxation standards do not grant a fair corporate tax system, especially in the case of multinational groups operating in a global scenario. The crisis of the principle of global taxation as well as tax competition between tax jurisdictions, provide opportunities for tax planning in the hands of these taxpayers. OECD BEPS Action Plan and similar proposals launched by the European Union, mean some significant steps in this direction, but the fairness of the system is still a pending question and a new benchmark becomes necessary in order to go beyond the domestic scope of the ability to pay principle.

Keywords:

International Taxation - Corporate Tax - Tax Justice - Multinational Groups - Global Taxation

Sumario:

1. Introducción – 2. El Gravamen Global ¿Un principio en crisis? – 3. La competencia fiscal en el escenario BEPS – 4. Reflexión Final – 5. Bibliografía

* Doctora en Derecho (Universidad de Valencia, España). Catedrática de Derecho Financiero y Tributario (Universidad de Alicante, España). La autora puede ser contactada en: mt.soler@ua.es

1. Introducción

La fiscalidad internacional se ha desarrollado de acuerdo con un paradigma de competencia fiscal entre las diferentes jurisdicciones fiscales. En este escenario, los denominados estándares tradicionales de la fiscalidad internacional, se han caracterizado, esencialmente, por tres aspectos: el primero, el respeto a la soberanía nacional y a la autonomía de cada Estado en el ejercicio de su poder tributario, de modo que los Estados tienen libertad para designar sus políticas fiscales, para firmar o no Tratados con otros Estados (los Convenios de doble imposición) y solo en el caso de que lo hagan, su poder tributario podrá verse limitado. El segundo, la ausencia de principios claros; por ejemplo, más allá del principio de buena fe en el ámbito del Derecho Internacional, no hay un principio específico de *fair play* que deba regir las relaciones entre las distintas jurisdicciones fiscales. El tercero, el carácter dispositivo de las normas de atribución contenidas en los Convenios, en base a una idea de *laissez faire* sólo combinada con el carácter imperativo de aquellas que prohíben o limitan el ejercicio de poder tributario en el Estado de la fuente; por explicarlo de forma gráfica y utilizando el propio lenguaje de los Modelos de Convenio: “*may be taxed*” no significa “*shall be taxed*”, por lo que la tributación efectiva queda en manos de cada Estado y con ello, la puerta abierta a situaciones de doble no imposición.

Sería ingenuo pensar que este escenario de oportunidades no tendría consecuencias en el comportamiento de los contribuyentes; en este sentido, la erosión de bases imponibles y la deslocalización de beneficios (*BEPS*), no debería considerarse un efecto inesperado de los estándares tradicionales de la fiscalidad internacional. *BEPS* no puede ni debe considerarse un concepto jurídico, sino más bien una expresión utilizada para identificar, en el contexto de la fiscalidad internacional, una situación de desequilibrio entre los ingresos tributarios de los Estados y la carga tributaria de los contribuyentes (especialmente, los grupos multinacionales). En este sentido, se ha convertido casi en un lugar común, conectar el fenómeno *BEPS* con la idea de “planificación fiscal agresiva”, pero también en este caso estamos ante un concepto poco claro y carente de un sustrato jurídico consistente; en mi opinión, se trata más bien de una expresión destinada a identificar una “zona gris” entre las (legítimas) opciones de planificación fiscal de los contribuyentes y la elusión fiscal, entendida ésta como abuso de derecho o *fraus legis*.

En el momento inicial de su lanzamiento el Plan de Acción *BEPS* de la OCDE, fue considerado “*an overwhelming project, about everything and nothing at the same time*” (Brauner)¹. Esta percepción responde al carácter poliédrico del fenómeno *BEPS*, por lo que este mismo carácter podría predicarse del proyecto destinado a contrarrestar dicho fenómeno. Ciertamente, una consideración “revolucionaria” de este proyecto, en el sentido de un cambio radical en los estándares de la fiscalidad internacional estaba fuera de cuestión; parecía claro desde el principio y así lo han confirmado los resultados posteriores (Informes finales de cada Acción, Convención Multilateral y el más reciente proyecto de modificación del Modelo de Convenio de la OCDE), que no habría cambios radicales en las normas de atribución, no se iría más allá del dilema residencia vs. fuente (estamos todavía lejos del *single tax principle*) y en relación con los precios de transferencia, aunque las propuestas son más significativas, tampoco hay un abandono del principio *arm’s length*; podemos encontrar algunos nuevos (o no tanto) estándares (actividad sustancial, creación de valor, transparencia) y algunos “destellos” del gravamen único como medida para evitar dobles deducciones o no imposiciones (las reglas de conexión en los instrumentos híbridos), pero en definitiva, es más realista una consideración “conservadora” del proyecto; conservadora no en el sentido de “que todo cambie para que todo siga igual” sino con el objetivo de establecer reglas que restablezcan la prioridad del gravamen en la jurisdicción fiscal donde se localiza la sociedad que soporta al riesgo de la inversión, evitando al mismo tiempo “*the allocation of profits where no contributions are made to those profits*”.

Desde esta perspectiva, los resultados del proyecto *BEPS* muestran luces y sombras y la influencia de algunas de sus propuestas ya se está reflejando en las legislaciones nacionales². Puede decirse, en principio, que hay una coherencia con el perfil conservador, los objetivos están bien identificados y algunas propuestas desarrolladas consistentemente. Los puntos débiles son, fundamentalmente, la ausencia de unos principios claros y de un marco conceptual sólido, tal como advirtieron inicialmente algunos autores.³ Sí hay una cierta consistencia global en el proyecto que, a mi juicio, podría resumirse en una idea: la de reforzar la orientación anti-abuso en el ejercicio del poder tributario; sin embargo, está por ver si esto llevará al proclamado y deseado “*fair share*” en relación con la tributación de los grupos multinacionales. Es posible que se reduzcan las oportunidades de elusión, pero no deberían esperarse utopías como el fin de la competencia fiscal entre los Estados o la planificación fiscal por parte de los contribuyentes.

1 Y. Brauner “What the BEPS?” *Florida Tax Review* vol.16 no.2, 2014, p.111

2 F. Becerra O’Phelan “Tax Reform in Peru: Adopting Anti-Base Erosion and Profit Shifting Measures with a view of the OECD Membership and More” *IBFD Bulletin for International Taxation*, número 8, Agosto de 2017.

3 J.M. Calderón Carrero y A. Martín Jiménez: “El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (*BEPS*) ¿final, el principio del final o el final del principio?” *Quincena Fiscal* números 1-2, 2014.

En el ámbito de la Unión Europea, otro Plan de Acción (una especie de “EU BEPS”), fue publicado en 2015⁴ y un año después fue aprobada la Directiva anti-abuso (ATAD, 2016/2011 de 12 de julio), que incluye propuestas coincidentes con algunas de las contenidas en el proyecto BEPS. En relación con la imposición sobre sociedades, hay otras dos propuestas de Directiva muy importantes, una ya presentada sobre una base imponible común del impuesto (BICIS/CCTB)⁵ y otra en espera para una fase ulterior sobre base imponible común consolidada (BICCIS/CCCTB)⁶. Se sigue, en principio, la hoja de ruta diseñada en el Plan de Acción, pero el escenario final es todavía incierto y el presente está siendo dominado por el conflicto desencadenado a raíz de las decisiones de la Comisión en materias de Ayudas de Estado en relación con los *tax rulings* aplicados a importantes multinacionales⁷ por parte de algunos Estados miembros. Significativos asimismo pueden considerarse los Informes elaborados y publicados a instancia del Grupo Green/EFA del Parlamento Europeo sobre las estructuras de planificación fiscal de determinadas multinacionales europeas⁸, así como la deriva del propio Parlamento abogando por la transparencia pública (aunque con excepciones) de la información país por país exigidas a los grupos multinacionales.

La aplicación del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) con los objetivos (subyacentes) de limitar el poder tributario de los Estados miembros (en este caso, mediante la denominada “armonización por la puerta trasera”), así como el de conseguir el “*fair share*” de las multinacionales es, desde luego, una cuestión controvertida pero que pone de manifiesto, una vez más, que la imposición justa sobre las sociedades que operan en un marco global sigue siendo un tema pendiente. Son varias y diversas las cuestiones que abonan esta hipótesis. En el presente artículo, me referiré a dos de ellas: la primera, la crisis del principio de gravamen global y la segunda, la competencia fiscal en el escenario BEPS.

2. El Gravamen Global: ¿un principio en crisis?

2.1 Fundamento y alcance del principio

El fundamento del principio de gravamen global guarda relación, ante todo, con el principio jurídico de capacidad económica y un determinado entendimiento de dicho principio en relación con los impuestos personales sobre la renta y el patrimonio, tanto en el caso de las personas físicas como en el de las sociedades, según el cual una valoración adecuada de la capacidad económica de la persona, exige tener en cuenta su renta o patrimonio globales, con independencia del lugar donde se obtenga o encuentre, ya que si este tipo de impuestos se gravaran de acuerdo con un criterio de territorialidad, sólo se tendría en cuenta una parte de la riqueza y, por tanto, una valoración insuficiente de su capacidad económica. Obviamente, ello conlleva que, como expresamente establece la Ley General Tributaria española en su artículo 11, la residencia sea el criterio que determina la sujeción en los impuestos personales. De este modo, residencia y gravamen global se complementan recíprocamente, de tal modo que la necesidad de gravar la renta o patrimonio globales en aras a una adecuada valoración de la capacidad económica encuentra en la residencia (vínculo personal) el criterio lógico de sujeción y, al mismo tiempo el alcance de dicha sujeción puede y debe proyectarse más allá del territorio del Estado de residencia, de acuerdo con el principio de gravamen global.

En el terreno económico, el principio de neutralidad en la exportación de capitales exige un mismo tratamiento impositivo de las rentas procedentes de la inversión, tanto si ésta se localiza en el territorio del Estado de residencia del contribuyente/inversor, como si se localiza en el extranjero, lo cual conlleva, también en aras a dicho principio, la sujeción al poder tributario del Estado de residencia, tanto de las rentas procedentes de la inversión interna, como las de fuente extranjera; es decir, un criterio de gravamen global.

En el ámbito de los Convenios de doble imposición, el principio de gravamen global incide en el propio concepto de residente a efectos de aplicación del Convenio, desde que en 1977 el MC OCDE introdujo en el artículo 4.1. un segundo inciso según el cual “*This term, however, does not include any person who is liable to tax in respect only of income from sources in that State or capital situated therein*”

De este modo, una persona (física o jurídica) que, según la legislación de su Estado de residencia, estuviera sujeto en dicho Estado no de acuerdo con el principio de gravamen global, sino territorial (solo las rentas obtenidas o los bienes situados en el territorio de dicho Estado), no podría ser considerado como residente a efectos de los Convenios firmados por su Estado de residencia con otros Estados que incluyeran el citado inciso. Circunstancia que, en principio, excluiría del ámbito de protección del Convenio a los residentes de

4 COM (2015) 302

5 COM (2016) 285

6 COM (2016) 283

7 APPLE (SA 38373), STARBUCKS (SA 38374), FIAT (SA 38375), AMAZON (SA 38944), McDONALD's (SA 38945)

8 Marc Auerbach “Informe sobre IKEA” publicado en febrero de 2016. Informe sobre BASF publicado en octubre de 2016. Marc Tataré “Informe sobre INDITEX” publicado en diciembre de 2016.

Estados que siguieran un modelo puramente territorial (a efectos de sujeción al impuesto, como veremos más adelante) o a determinados sujetos residentes excluidos del gravamen global en virtud de un régimen especial (por ejemplo, el régimen de desplazados). La exclusión de este tipo de residentes del ámbito del Convenio parece, en principio, lógica: si el Estado de residencia no grava las rentas y bienes fuera de su territorio, no hay riesgo de doble imposición y por tanto, no tiene sentido la aplicación del Convenio ni limitar, mediante el mismo, el poder tributario del Estado de la fuente, único Estado que gravaría dichas rentas y bienes.

También en el ámbito de los Convenios, la conexión del principio de gravamen global con la residencia se proyecta no solo en la condición de residente del contribuyente, sino en la posición del Estado de residencia que, precisamente por ese alcance global de su poder tributario, es el Estado al que el Convenio otorga, generalmente, la prioridad en las normas de atribución. Como es sabido, en el caso de las normas de atribución exclusiva, ésta suele serlo a favor del Estado de residencia (por ejemplo, en el MC OCDE, éste es el caso del artículo 12 para los cánones, el artículo 13 en la cláusula residual para las ganancias de capital o el artículo 18 para las pensiones); en el caso de tributación compartida y limitada, es el Estado de la fuente el que soporta dicha limitación (por ejemplo en el MC OCDE, el artículo 10 para los dividendos). No es menos cierto, sin embargo, que en los casos de tributación compartida, corresponde generalmente al Estado de residencia la corrección de la doble imposición, lo que supondrá, en unos casos, la no efectividad del gravamen global (método de exención) o un alcance limitado de dicho gravamen (método de imputación).

En otro orden de cosas, las legislaciones estatales han establecido determinados regímenes, en muchos casos respondiendo a una (controvertida) finalidad anti-abuso que podrían percibirse, por así decirlo, como un alcance del principio de gravamen global más allá de sus límites lógicos. Me referiré brevemente a algunos de estos supuestos, sobradamente conocidos y que, además, se han visto reforzados recientemente, no solo en la legislación española, sino también como consecuencia del Plan de Acción *BEPS* de la OCDE y en la normativa de la Unión Europea, tanto en las ya citadas Directiva anti-abuso (*ATAD*) y propuesta de Directiva sobre Base Imponible Común de Impuesto sobre Sociedades (*CCTB*).

El primero de estos supuestos es la normativa sobre transparencia fiscal internacional (*CFC rules*), regulada como es sabido, en la legislación española (artículo 100 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades) y presente también en otras legislaciones comparadas. Este tipo de normas, que ha evolucionado hacia una finalidad claramente anti-abuso, se han visto reforzadas, tanto a nivel internacional (Plan de Acción *BEPS* Acción 3), como en el ámbito de la Unión Europea (Directiva anti-abuso, artículos 7 y 8 y propuesta de Directiva *CCTB*, artículo 59). Puede decirse que, en cierto modo, mediante dichas normas, se pretende contrarrestar el refugio de determinadas rentas de los residentes de Estados de alta tributación en Estados o territorios de baja tributación, en un intento de preservar la supremacía del poder tributario del Estado de residencia y por ende, del principio de gravamen global, mediante la imputación a sus residentes de rentas obtenidas por otro contribuyente (la sociedad controlada) residente o localizada en el Estado o territorio de baja tributación. La posible incompatibilidad de este tipo de normas con las reglas de atribución de los Convenios de doble imposición, que dio lugar en su día a jurisprudencia comparada contradictoria, no es en realidad tal, porque no se trata de gravar a la sociedad residente en otro Estado (que obviamente, en ausencia de establecimiento permanente o distribución de dividendos incurriría en *treaty override*), sino de gravar a los residentes (en su Estado de residencia) mediante el mecanismo-ficción de la imputación de rentas obtenidas por otro contribuyente (la sociedad controlada).

Un segundo supuesto son los denominados “impuestos de salida” (*exit taxes*), también regulados en la legislación española (artículo 19 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades) así como en otras legislaciones comparadas y también en este caso, se han visto reforzados en las recientes propuestas de la Unión Europea en relación con el Impuesto sobre Sociedades (Directiva anti-abuso, artículo 5 y propuesta de Directiva *CCTB*, artículo 29). En mi opinión, la finalidad anti-abuso de este tipo de normas es una cuestión controvertida, ya que no se puede establecer una presunción generalizada de elusión fiscal por el simple cambio de residencia. En realidad, creo que el auge de los impuestos de salida es más bien el resultado o “daño colateral” de la cláusula residual del artículo 13 del MC OCDE, que otorga al Estado de residencia la tributación exclusiva sobre las ganancias de capital derivadas de la transmisión de bienes muebles (entre otros, de la venta de acciones o participaciones en sociedades residentes en el Estado de la fuente), de modo que en los casos de cambio de residencia antes de la realización de la ganancia de capital, el Estado de origen pasa a ser Estado de la fuente, por lo que cuando dicha realización se realice tras el cambio de residencia, no podrá gravar la ganancia de capital resultante, procedente en buena medida, de la riqueza acumulada por el contribuyente cuando era residente en dicho Estado. El derecho del Estado de origen a gravar dicha riqueza es, precisamente, lo que según la (controvertida) opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por ejemplo, en la sentencia del caso *National Grid* y otras posteriores), legitima el

impuesto de salida como un obstáculo justificado a la libre circulación de capitales, siempre que se respete el principio de proporcionalidad en la aplicación de la normativa por los Estados miembros. A mi juicio, si se acepta la legitimidad del Estado de origen para gravar dicha riqueza, la vía más adecuada, sería modificar la norma de atribución en el MC OCDE o, incluir en los Convenios bilaterales, la cláusula de “participación sustancial” como la contenida en el artículo 13.5 del MC de Naciones Unidas. Dicho esto, tampoco creo que puedan considerarse las normas nacionales sobre impuestos de salida como un caso de *treaty override*, por dos razones: la primera, que un gravamen sobre plusvalías latentes está fuera del ámbito del artículo 13 del MC y la segunda, que dicha ganancia se imputa al último ejercicio en el que el contribuyente era residente (antes del cambio de residencia) y, por tanto, no estaríamos en puridad ante un escenario de fiscalidad internacional. No es menos cierto que, a menos que se introduzcan cláusulas de actualización (como la contenida en la Directiva anti-abuso), la aplicación de un impuesto de este tipo en relación con el (futuro) gravamen sobre la ganancia de capital realizada, podría plantear problemas de doble imposición difíciles de resolver.

Un tercer supuesto en los que determinadas normativas del Estado de residencia pueden extender el poder tributario de dicho Estado, más allá de lo que, en principio, parecen los límites lógicos del principio de gravamen global, es el de la denominada “transferencia indirecta de acciones” adoptadas por algunas jurisdicciones comparadas.

Todo lo dicho anteriormente en relación con la prioridad del poder tributario del Estado de residencia y el alcance del principio de gravamen global, debe sin embargo matizarse, teniendo en cuenta que se trata en realidad, de un principio más formal o aparente que real o efectivo; en cierto modo, un “gigante con los pies de barro”. Expondré a continuación algunas de las razones que justifican esta idea respecto al alcance del principio en relación con la conexión entre el Convenio y la legislación estatal, así como algunos ejemplos de incumplimiento del principio en la legislación española.

En primer lugar, y volviendo ahora al segundo inciso del artículo 4.2 del MC OCDE, relativo a la exigencia de gravamen global como requisito para la condición de residente a efectos del Convenio, debe tenerse en cuenta que la expresión utilizada (“*liable to tax*”) debe entenderse, a mi juicio, como sujeción al impuesto. Dicho de otro modo y en relación con la tradicional distinción entre normas de sujeción y normas de exención, el principio corresponde al ámbito de las primeras, por lo que basta que la norma de sujeción (hecho imponible) incluya la renta (o patrimonio) global del contribuyente (*potential tax liability*), con independencia de que algunos elementos de esa renta o patrimonio obtenidos o situados en otro Estado se declaren exentos (o bonificados) en el Estado de residencia del contribuyente y que, por tanto, el gravamen global no se produzca de modo efectivo (*effective tax liability*).

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el carácter dispositivo de las normas de atribución contenidas en los Convenios de doble imposición, circunstancia que, en mi opinión es el talón de Aquiles del sistema de fiscalidad internacional; al menos, si se considera que este sistema no debe propiciar situaciones de doble no imposición, tal como proclama expresamente el Preámbulo del nuevo MC OCDE, que incorpora objetivo propiciado por el Plan de Acción BEPS. Pues bien, a pesar de esta proclamación, las normas de atribución no se han modificado; como ya advertí a este respecto en la Introducción, “*may be taxed*” no significa “*shall be taxed*”. Las reglas de atribución no garantizan la tributación efectiva, que queda en manos de lo que disponga la legislación interna de los Estados. En definitiva, puede decirse que la doble no imposición y el incumplimiento del principio de gravamen global son riesgos inherentes al sistema. Es cierto que el proyecto BEPS intenta mitigar algunos de estos riesgos, pero, a mi juicio, desde una posición conservadora y desde luego, sin que haya supuesto un cambio radical en el alcance de las normas de atribución del Convenio.

En tercer lugar, como ya hemos apuntado anteriormente, la corrección de la doble imposición en el Estado de residencia (exención o imputación); en el primer caso, no se aplica el gravamen global; en el segundo, sus efectos se ven reducidos.

En la legislación española, son bien conocidos los supuestos de exención de rentas de fuente extranjera. Por ejemplo: el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades para los dividendos y ganancias de capital de fuente extranjera, o el artículo 22 de esa misma Ley para las rentas de establecimientos permanentes en el extranjero; ello por no mencionar regímenes especiales preferentes como el de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE, artículo 107 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades). En todos estos casos se produce un incumplimiento del principio de gravamen global.

Un supuesto especial lo constituye aquél en el que se incumple el principio de gravamen global, no tanto en virtud de normas de exención, sino porque ninguno de los Estados implicados considera al contribuyente

como residente; en definitiva, un supuesto de “doble no residencia”. Un ejemplo reciente de este tipo de situaciones lo ofrece el conflicto generado por la Decisión de la Comisión Europea en aplicación de la prohibición de ayudas de Estado (artículo 107 TFUE) en el caso APPLE; en concreto, uno de los aspectos de este caso en relación con la sociedad ASI (*Apple Sales International*) es que, debido a la disparidad de criterios para la determinación de la residencia, constitución (*incorporation*) en Estados Unidos y sede de dirección efectiva (*place of effective management*) en Irlanda, la situación es que ASI no era considerada una sociedad residente por ninguno de los dos Estados (por absurdo que parezca, la Comisión llega a utilizar la expresión “*resident nowhere*”). A los efectos de lo que aquí estamos comentando, baste retener que casos como éste suponen, asimismo, un incumplimiento del principio de gravamen global, aunque sea por razones obvias (la no residencia). En relación con este problema, debe observarse que el proyecto BEPS se ha centrado en los riesgos de doble no imposición en los casos de doble residencia, amén de haber dejado sin efecto la *tie-breaker rule* basada en la sede de dirección efectiva, sustituyéndola por el “limbo” del procedimiento amistoso (España ha manifestado reserva a la Convención Multilateral en este punto); sin embargo, no parece haber una respuesta adecuada para la no imposición derivada de la doble no residencia, en casos como el de ASI.

2.2 La reacción frente a la no imposición ¿Hacia el gravamen único?

Me he referido anteriormente a las normas de atribución exclusiva al Estado de residencia en los Convenios de doble imposición, por dos razones: la primera, en la medida en que pueden incrementar el riesgo de doble no imposición y la segunda, porque suponen una situación de gravamen único, aunque compatible, en este caso, con el principio de gravamen global. En este sentido, es importante advertir que, aunque en estos casos la tributación exclusiva en el Estado de residencia tiene un efecto de gravamen único (estas rentas tributan una sola vez en un único Estado), ello no es incompatible con el principio de gravamen global, en la medida en que dicha exclusividad supone que el Estado de residencia puede gravar este tipo de rentas obtenidas por sus residentes en el otro Estado, que es precisamente la característica de dicho principio.

No es menos cierto, sin embargo, que esta exclusividad incrementa el riesgo de doble no imposición ya que, al impedir el Convenio el gravamen de esas rentas en el Estado de la fuente, si el Estado de residencia las declara exentas o les aplica un beneficio fiscal, se producirá un resultado de doble no (o reducida) imposición, con la consiguiente pérdida de efectividad del principio de gravamen global.

Una cuestión controvertida en relación con el proyecto BEPS ha sido hasta qué punto dicho proyecto, en la medida en que se propone contrarrestar las situaciones de doble no (o reducida) imposición, pretende instaurar un sistema basado en el principio de gravamen único (*single tax principle*). En este punto, comparto una opinión mayoritaria en el sentido de que éste no se puede considerar un principio que consagre aquel proyecto (al menos en su auténtica concepción, a la que me referiré más adelante). Sí puede entenderse, que hay algunos “destellos” de este principio, pero sólo como medidas puntuales destinadas a evitar la doble no imposición, en sus dos vertientes, económica y jurídica.

Como medidas de reacción contra la doble no imposición económica, podemos considerar las cláusulas de conexión (*linking rules*) en los híbridos, que aparecen previstas o reguladas, en el proyecto BEPS (Acción 2) y Convención Multilateral (artículo 5 opción B), en las Directivas europeas (ATAD artículo 9, propuesta CCTB artículo 12 g), y en la propia legislación española (Ley del Impuesto sobre Sociedades artículos 15 j) y 21 a) último párrafo)⁹.

En cuanto a las medidas de reacción frente a la doble no imposición jurídica, pueden arbitrarse dos tipos de cláusulas:

La cláusula de inversión (*switch over clause*). En relación con las normas de atribución en los Convenios de doble imposición, podemos encontrar un ejemplo de esta cláusula en el proyecto BEPS (propuesta de la Acción 6 en relación con los artículos 11 y 12 MC OCDE) o en el Modelo de Convenio de Estados Unidos (US MC 2016, artículo 12.2.). En el ámbito de la Unión Europea, una cláusula de inversión estaba prevista en la Recomendación sobre Planificación Fiscal Agresiva (2012) que se incluyó posteriormente en la propuesta de Directiva anti-abuso, aunque se suprimió del texto definitivo (a mi juicio, con buen criterio, porque es dudosa la competencia de la Unión Europea para condicionar hasta ese punto los CDI firmados por los Estados miembros) También como límite a la exención de dividendos y ganancias de capital de fuente extranjera en la propuesta de Directiva CCTB (artículo 53).

⁹ El proyecto de ley alemana contra la competencia fiscal lesiva en materia de cánones (diciembre 2016) establece limitaciones a la deducibilidad de los cánones pagados a sociedades del grupo en otros Estados que otorguen al correlativo ingreso un régimen de *Patent Box* no acorde con el *nexus approach*

La cláusula de sujeción al impuesto (*subject to tax*), en relación con la corrección de la doble imposición mediante el método de exención (Convención Multilateral, artículo 5 opción A) y en la legislación española, la Ley del Impuesto sobre Sociedades en relación con la exención de dividendos y ganancias de capital de fuente extranjera (artículo 21 b).

Como ya hemos dicho anteriormente, el principio de gravamen único consiste básicamente en la idea según la cual los contribuyentes deben tributar una sola vez y en un solo Estado, de tal modo que se eviten situaciones, tanto de doble imposición como de doble no imposición. Este resultado se lograría mediante un cambio radical de las normas de atribución contenidas en los Convenios de doble imposición, de modo que unas rentas (y bienes) se gravarían exclusivamente en el Estado de residencia y otras exclusivamente en el Estado de la fuente.

El principio de gravamen único de acuerdo con esta formulación sería incompatible con el principio de gravamen global en el Estado de residencia, por razones obvias, ya que cualquiera que fuera la opción de reparto entre los Estados, si hay rentas o bienes exclusivamente gravadas en fuente, ya no puede afirmarse que el Estado de residencia grava la renta (y capital) global de sus residentes.

Como consecuencia de lo anterior, parece evidente que dejaría de tener sentido mantener el principio de gravamen global en el concepto de residente a efectos del Convenio, por lo que, si en el futuro se adoptara en este ámbito el principio de gravamen único, debería suprimirse el segundo inciso del artículo 4.2 (MC OCDE) que condiciona el concepto de residente a efectos del Convenio, a la sujeción global en el Estado de residencia.

El principio de gravamen único así entendido exige resolver, ante todo, la cuestión consistente en determinar qué rentas se atribuyen exclusivamente a cada uno de los Estados (residencia y fuente). En definitiva, el tradicional dilema acerca del reparto del poder tributario, pero, en este caso, con un criterio de exclusividad, en la medida en que el gravamen único en residencia excluye el gravamen en fuente y viceversa.

Algunas propuestas doctrinales se han avanzado ya en este sentido y me referiré, simplemente a modo de ejemplo, a la formulada por *Avi-Yonah* en diversos trabajos. En esencia, este autor, partiendo del abandono del principio del beneficio que ha venido legitimando la tributación de las rentas empresariales en el Estado de la fuente, propone, por el contrario, gravar estas rentas (*business income*) en el Estado de residencia y las no empresariales (*passive income*) en el Estado de la fuente¹⁰. Esta y otras propuestas son, en teoría, posibles en la medida en que respondan a principios sólidos y lógicos, y garanticen un reparto equilibrado del poder tributario entre los Estados.

Sin embargo, el tema no es pacífico y también se han argumentado propuestas (*Calveti, Jaag, Reher*)¹¹ en sentido distinto, de modo que las rentas empresariales deberían tributar exclusivamente en los Estados en los que desarrollen una actividad empresarial relevante (tributación en fuente). Según estos autores, ello supondría la superación del dilema residencia vs. fuente, la irrelevancia del "arbitrario" criterio de residencia, la abolición del "trasnochado" concepto de establecimiento permanente y ofrecería un método (*apportionment*) para distribuir la asignación entre las jurisdicciones fiscales donde se genera la renta de las sociedades en los grupos multinacionales.

En definitiva, estamos ante un debate abierto y ello en el supuesto de que consideremos que el objetivo prioritario de un (¿nuevo?) sistema de fiscalidad internacional sea evitar tanto la doble imposición como la doble no imposición y que, por tanto, el principio de gravamen único sea el principal instrumento para el diseño de este sistema¹². Por otro lado, es procedente cuestionar hasta qué punto el gravamen único sería la solución ideal o plantearía nuevos problemas. Ante todo, creo que si realmente quiere evitarse el problema de la doble no imposición, la instauración de este principio debería ir acompañada de un cambio en el alcance jurídico de las normas de atribución sobre la potestad tributaria de los Estados, bien mediante una modificación radical de su contenido ("*shall be taxed*") algo que por el momento parece poco probable o bien, incluyendo cláusulas de inversión (*switch over*) que garanticen la tributación efectiva en el otro Estado si el Estado que tiene la potestad exclusiva no la ejerce.

10 R Avi-Yonah "Who invented the single tax principle?", University of Michigan Law School, 2015. "The International Tax Regime: a Centennial Reconsideration" *University of Michigan Law School*, 2015.

11 L. U. Calveti, Ch. Jaag y T.F. Rehner "Why Corporate Taxation should mean Source Taxation: A Response to OECD's Actions against Base Erosion and Profit Shifting". *IBFD World Tax Journal*, Agosto de 2017

12 Es conocida, a este respecto, la diferencia de criterio mantenida entre *H. David Rosenbloom* (*The David Tillinghast Lecture "International Tax Arbitrage and the International Tax System" NYU Tax Law Review vol.53 2000*) y *R. Avi-Yonah* (en el comentario a dicha conferencia también en la publicación citada), respecto de la existencia de un auténtico "sistema de fiscalidad internacional" en el que la política fiscal de un Estado pueda condicionarse a lo decida el otro Estado, en aras a evitar la doble no imposición y limitar las oportunidades de *international tax arbitrage*.

En el terreno de las posibles ventajas y además de las ya citadas (eliminación de la doble imposición y no imposición), el principio de gravamen único ofrecería unas reglas claras (seguridad jurídica) y la posible eliminación de algunos “daños colaterales” ocasionados por el sistema actual (por ejemplo, los impuestos de salida).

Los principales inconvenientes se situarían en el terreno de la justicia del sistema. Por un lado, en relación con la equidad interestatal (una vez más, el clásico conflicto de intereses entre países desarrollados y en vías de desarrollo, exportadores o importadores de capital). Por otro lado, en relación con la equidad individual, en la medida en que ninguno de los dos Estados gravaría la capacidad económica global del contribuyente.

No obstante, en relación con los parámetros tradicionales que acreditan la justicia del sistema, creo necesario tener en cuenta que en un marco global y de gran movilidad del capital, escenario en el que se mueven, entre otros, los grupos multinacionales, sería necesario superar la visión doméstica del principio de capacidad económica¹³. El tan traído y llevado “*fair share*”, aunque conceptualmente impreciso, tiene una conexión con la idea de tributar de acuerdo con aquel principio, de modo que la carga tributaria global sobre estos contribuyentes sea efectiva y proporcional a la riqueza generada por el grupo; lo que ocurre es que dicha generación se produce en un escenario global, por lo que, desde esta perspectiva, el problema se desplaza a qué Estados y en qué proporción se llevan la “parte del pastel”. Esta sería, en definitiva, la cuestión a decidir y de ella dependería, asimismo, la valoración del sistema desde la perspectiva que aquí nos ocupa: la imposición justa sobre las sociedades que operan en un marco global. Pero un objetivo de esta naturaleza exigiría, además, abordar el problema de la competencia fiscal entre los Estados, al que me referiré continuación en relación con la posible incidencia del proyecto BEPS.

3. La competencia fiscal en el escenario BEPS

3.1 Cuestiones previas: competencia y planificación fiscal

Como ya advertimos en la Introducción, más allá de la buena fe que como principio general rige en el Derecho Internacional Público, no existe un principio de *fair play* entre los Estados en el ámbito de la Fiscalidad Internacional. Tampoco, como hemos visto, el principio de gravamen único ni la garantía de una tributación efectiva en (al menos) una jurisdicción fiscal; todo lo cual comporta, inevitablemente, un marco de oportunidades para el diseño de estrategias fiscales favorables, sobre todo a los contribuyentes que operan en un escenario global. En buena medida, esta situación se debe a las disparidades existentes entre las distintas legislaciones nacionales que no responden a un paradigma de convergencia, sino más bien de divergencia que propicia la competencia fiscal entre los Estados.

En relación con este concepto, es importante tener en cuenta la distinción entre la competencia fiscal no intencionada y la competencia fiscal intencionada, esta última más conocida como competencia fiscal lesiva (*harmful tax competition*).

La competencia fiscal no intencionada responde a un concepto basado en el resultado de determinadas decisiones o reglas de alcance diverso que, combinadas, ofrecen un escenario de lagunas o desajustes, con efecto fiscalmente favorable para el contribuyente; puede tratarse de medidas legislativas nacionales (distintas de los incentivos fiscales) o el simple efecto de las normas de atribución en los Convenios de doble imposición.

La competencia fiscal lesiva es un concepto basado en una combinación de intención y resultado (por ejemplo: incentivos o regímenes fiscales preferentes) y como tal, puede darse en principio, en cualquier jurisdicción fiscal y no sólo en los considerados “territorios de baja tributación”; aunque éstos obviamente, son supuestos incluidos en el concepto, cada vez más estamos viendo aspectos de competencia fiscal en las denominadas “jurisdicciones fiscales intermediarias” que, sin tener la consideración de “paraísos fiscales”, han sido utilizadas por los grupos multinacionales para localizar algunas sociedades del grupo aprovechando determinadas ventajas fiscales otorgadas en estas jurisdicciones (el papel de algunos Estados miembros de la Unión Europea en el conflicto provocado por los *tax rulings* acordados con importantes grupos multinacionales en relación con la normativa sobre Ayudas de Estado, es un ejemplo¹⁴).

13 En las Constituciones que consagran expresamente dicho principio, es muy clara su inserción en la relación entre la aportación de los contribuyentes y los gastos del Estado (ámbito nacional). Ejemplo: artículo 31.1 de la Constitución española: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrá alcance confiscatorio”.

Un ejemplo de la confusión que puede suponer esta visión “doméstica” del principio es la cuestión de constitucionalidad planteada en Alemania sobre la limitación a la deducibilidad de intereses financieros. (*Bundesfinanzhof*, Decisión IR 20/15 de octubre de 2014, publicada el 10 de Febrero de 2016).

14 Ver nota 8

La relación entre la planificación fiscal internacional, con independencia de cómo se califique ésta (legítima o “agresiva”) es más que evidente, pudiendo incluso afirmarse que se trata de conceptos indisolubles, porque en un escenario de competencia, hay siempre oportunidades de planificación fiscal (legítima o “agresiva”). Lo que sí puede haber, en mi opinión, es una cierta relación inversa entre el juicio que merezca en cada caso la conducta del contribuyente y en este sentido, creo que será más cuestionable calificar la planificación fiscal de “agresiva”, cuando la opción del contribuyente responda al disfrute de un incentivo o régimen fiscal preferente ofertado (efecto “invitación”) por una determinada jurisdicción fiscal (competencia fiscal lesiva).

Como es sabido, en estos últimos años, tanto la OCDE como la Unión Europea, a través de los correspondientes Planes de Acción, intentan establecer un nuevo marco que permita modificar esta situación, incluyendo la que tiene su origen en prácticas de competencia fiscal lesiva. El marco jurídico de dichos Planes combina instrumentos de *soft law* con instrumentos normativos o convencionales. Entre los primeros, podemos considerar por ejemplo, el nuevo Modelo Convenio¹⁵ que incorpora los resultados de los Informes Finales de las Acciones del proyecto BEPS y de la Convención Multilateral, o nuevas Directrices en materia de precios de transferencia, en el caso de la OCDE, así como las Recomendaciones en el caso de la Unión Europea. Entre los segundos, las legislaciones nacionales que implementan determinadas propuestas del proyecto BEPS, las modificaciones que se introduzcan en los Convenios bilaterales con el alcance asumido en cada caso al firmar la Convención Multilateral y en el ámbito de la Unión Europea, Directivas aprobadas por el Consejo e implementadas en las legislaciones de los Estados miembros.

Me centraré a continuación en las Acciones del proyecto BEPS con incidencia sobre la competencia fiscal entre los Estados y más concretamente en las propuestas del Plan de Acción que pueden suponer un impacto directo sobre las prácticas de competencia fiscal lesiva entre las distintas jurisdicciones fiscales.

3.2 Acciones del proyecto BEPS con impacto sobre la competencia fiscal entre los Estados

Las propuestas del proyecto se centran fundamentalmente en medidas que puedan contrarrestar la competencia fiscal lesiva, ofreciendo de este modo a los contribuyentes una oportunidad para la utilización de estructuras abusivas o artificiales (sin relación con actividad económica sustancial), creadas con el fin de aprovechar determinadas ventajas fiscales ofertadas en un escenario de competencia.

En este sentido hay que advertir de entrada, que el alcance del Plan de Acción es limitado, ya que no prohíbe expresamente la competencia fiscal, ni establece claramente un principio general de *fair play* como regla de conducta de los Estados en el ámbito de la fiscalidad internacional. Por otra parte, en mi opinión el Plan no puede considerarse un proyecto anti-incentivos; dicho de otro modo: la soberanía nacional y la autonomía, y la autonomía en las decisiones de política fiscal están todavía garantizadas, si bien en la medida en que los Estados se adapten a las medidas propuestas en el proyecto BEPS, se podrán limitar algunos efectos indeseables de la competencia fiscal lesiva (se introduce de este modo un cierto nivel de *fair play*), y al mismo tiempo se contrarrestan determinadas prácticas abusivas de los contribuyentes.

Entre las Acciones con impacto directo sobre prácticas de competencia fiscal lesiva, destaca la Acción 5 (“*Counteracting Harmful Tax Practices More Effectively, Taking Into Account Transparency and Substance*”), que centra su objetivo en los denominados “Regímenes fiscales preferentes” (*Preferential Tax Regimes*), que son, básicamente, regímenes de incentivos o ventajas fiscales que, por ello mismo, tienen un efecto “llamada” y con ello un posible resultado de deslocalización de determinadas inversiones.

La principal propuesta resultante de esta Acción en orden a establecer, por decirlo así, la línea de división entre regímenes tolerables y no tolerables se basa en el criterio de actividad sustancial (“*requiring substantial activity for preferential tax regimes*”), que se convierte de este modo en el concepto nuclear y en el nuevo estándar con el que se pretende contrarrestar la competencia fiscal lesiva. Cuestión distinta es cómo deba interpretarse este criterio, ya que el Informe Final de la Acción 5 no es muy claro al respecto. En cualquier caso, parece que el concepto debería tener un mayor alcance que el de mera actividad económica o empresarial, ya que debe poder aplicarse a regímenes de incentivo ligados a otro tipo de rentas. La idea de “sustancial” por contraposición a “artificial” podría también utilizarse en la interpretación de este concepto y desde esta perspectiva, el criterio de la actividad sustancial no debería considerarse novedoso ya que, bajo una u otra denominación, ha estado siempre en las normas anti-abuso.

Una aproximación al concepto, de acuerdo con el contenido del Informe Final de la Acción 5, lo identifica con la relación concreta entre la actividad efectivamente desarrollada por el contribuyente y la renta generada por dicha actividad a la que se aplica la ventaja fiscal. Esta idea es muy clara en el denominado “enfoque

15 OECD Model Convention (Draft July 2017)

del nexo" (*nexus approach*), paradigma con el que, de acuerdo con la propuesta de la Acción 5, se van a considerar "tolerables" los regímenes de incentivo aplicables sobre las rentas de determinados intangibles (*IP Box* o *Patent Box regimes*). Estos incentivos, destinados a fomentar las actividades de investigación y desarrollo, aplicando el beneficio fiscal sobre el resultado (renta) de dicha actividad (*output incentives*), se han considerado al mismo tiempo como un instrumento para atraer la localización de activos de alta movilidad (en este caso, los intangibles) y por tanto de fácil deslocalización. Con el enfoque del nexo, se pretende que el contribuyente se beneficie del incentivo, sólo en la medida en que haya la renta obtenida guarde relación con los costes en I+D asumidos por el contribuyente.

En otro orden de cosas, el hecho de que el Informe Final de la Acción 5 se centrara en los regímenes de *Patent Box* puede generar algunas dudas respecto de la idoneidad del criterio de la actividad sustancial en relación con otro tipo de regímenes preferentes. El propio informe es consciente de este riesgo, llegando a afirmar que la aplicación del criterio debería hacerse "en el contexto del tipo de régimen que se considere", reconociendo incluso que algunos casos como el de algunas sociedades de mera tenencia de acciones (*holding companies*) pueden no requerir actividad sustancial para desarrollar su objeto. Ello supone que, en definitiva, el requisito de la actividad sustancial deberá comprobarse caso por caso y eventualmente, la medida de competencia fiscal lesiva podrá ser contrarrestada más adecuadamente en el marco de otras Acciones (por ejemplo: la Acción 3 en relación con los regímenes de transparencia fiscal a la que nos referimos a continuación).

La Acción 3 ("*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*") también está dirigida a contrarrestar el efecto de erosión de bases imponibles y deslocalización de beneficios, en este caso por la competencia fiscal de los territorios de baja tributación en los que se localiza la sociedad controlada. En realidad, las medidas para contrarrestar este tipo de prácticas (*CFC rules*), ya se habían adoptado en muchas legislaciones nacionales incluso mucho antes del Plan de Acción *BEPS*, por lo que el Informe Final de esta Acción lo que incluye son recomendaciones dirigidas a mejorar la efectividad de este tipo de medidas, a través de los distintos elementos que las integran (determinación del umbral de "baja tributación", parámetro de control, tipo de rentas, eliminación de la doble imposición). Se trata de una aproximación, por así decirlo, prudente; caracterizada por la flexibilidad, respetando la autonomía de las jurisdicciones fiscales a la hora de implementar las propuestas del Informe, dado que sus recomendaciones no son *minimum standards*, sino que están dirigidas a garantizar la efectividad en las jurisdicciones que decidan aplicarlas. Ello, no obstante, el Informe facilita algunas guías significativas (por ejemplo: el que los tipos de gravamen aplicables en el Estado de la sociedad controlada sean "significativamente inferiores" a los aplicables en el Estado de la sociedad matriz).

Por otro lado, debido a la distinta naturaleza de las rentas incluidas en los regímenes *CFC*, generalmente rentas de capital como dividendos o intereses, pero también otras rentas en la frontera entre rentas de capital y empresariales, como por ejemplo las patentes, el Informe recoge asimismo el criterio de la actividad sustancial, que sería en este caso aplicable a fin de determinar a qué rentas sería aplicable este régimen, en caso de que la sociedad controlada desarrolle actividades sustanciales. Este test podría ser no sólo útil, sino también necesario, en el caso de los cánones beneficiados por un régimen de *Patent Box* acorde con el enfoque del nexo, ya de que no ser así, se produciría una contradicción con la propuesta de la Acción 5, que podría quedar desvirtuada. El propio Informe de la Acción 3 es consciente de este riesgo y recomienda que la legislación sobre *CFC* incluya el enfoque del nexo en el análisis de la actividad sustancial, de modo que la renta obtenida de acuerdo con este criterio no se consideraría como renta a efectos de aplicación del régimen *CFC*. En definitiva, el criterio de actividad sustancial es una conexión consistente entre las medidas propuestas por estas dos Acciones, ambas dirigidas a contrarrestar distintas manifestaciones de competencia fiscal lesiva entre los Estados.

Me referiré finalmente a la Acción 6, cuyo Informe final bajo la idea "mejorar la transparencia", trata asimismo de determinado tipo de prácticas de competencia fiscal lesiva que, mediante acuerdos o resoluciones adoptados "a medida" del caso concreto, pueden beneficiar a determinados contribuyentes y especialmente, a grupos multinacionales; este es el caso de los *tax rulings* que, desde esta perspectiva, podrían ser considerados regímenes fiscales preferentes.

En relación con este tipo de acuerdos, el Informe menciona seis tipos o supuestos y en concreto los que tengan por objeto: regímenes fiscales preferentes, precios de transferencia (*APAs*) o establecimiento permanente; contiene además una cláusula de cierre al referirse a cualquier otro tipo de acuerdo que según el criterio del Foro sobre competencia fiscal lesiva (*FHTP*) se estime que pueda suponer erosión de bases imponibles o deslocalización de beneficios. En mi opinión, más allá de supuestos o presunciones generales, el análisis de los *tax rulings* debería realizarse caso por caso, a fin de comprobar si se trata de una práctica de competencia fiscal lesiva. Debe tenerse en cuenta que hay una diferencia entre los regímenes fiscales

preferentes establecidos por ley y los que puedan calificarse como tal en virtud de un tratamiento *ad hoc* acordado entre la Administración tributaria y el contribuyente; sin duda, antes y después del proyecto *BEPS*, los *tax rulings* seguirán siendo discutibles pero, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, no creo que una presunción generalizada de competencia fiscal lesiva en estos casos sea el mejor modo de tratar este problema (como tampoco creo que lo sea, en el ámbito de la Unión Europea, el pretender contrarrestarlos aplicando la normativa sobre ayudas de Estado).

4. Reflexión Final

Dentro de los límites de este artículo, hemos analizado en los apartados anteriores, dos de las causas que pueden considerarse obstáculos a la consecución de una imposición más justa de las sociedades que operan en un escenario global. Sin duda no son las únicas, ni tampoco lo son las medidas aquí comentadas para conseguir aquel objetivo desde la perspectiva de los Planes de Acción impulsados desde la OCDE y la Unión Europea y que, con mejor o peor fortuna, se están desarrollando por parte de las jurisdicciones fiscales.

Como es sabido, hay otras Acciones del proyecto *BEPS* más focalizadas en oportunidades de *tax arbitrage* que no siempre son el resultado de prácticas de competencia fiscal lesiva entre los Estados, sino consecuencia de asimetrías (no intencionadas) entre las legislaciones nacionales, o conflictos de calificación que generan situaciones de doble no imposición o doble deducción (fundamentalmente económica) no deseables; por ejemplo los supuestos de doble residencia o los instrumentos híbridos, cuyas consecuencias se pretenden contrarrestar con las propuestas resultantes de la Acción 2, ya implementadas en algunas jurisdicciones fiscales. Otras Acciones se centran en las prácticas abusivas o artificiales de los contribuyentes, sobre todo las conductas de abuso de Convenio (*Treaty shopping*) que ya tuvieron su antecedente en los Comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio OCDE y que, a partir de las propuestas de la Acción 6 recogidas en la Convención Multilateral e incorporadas al (borrador) del nuevo Modelo, se fortalecen con cláusulas anti-abuso especiales (limitación de beneficios) o la controvertida cláusula general (*principal purpose test*). En este mismo grupo de medidas contra conductas abusivas de los contribuyentes deben incluirse las propuestas resultantes de la Acción 7, destinadas a contrarrestar la elusión artificial del establecimiento permanente, mediante una aproximación sustancial y no formal a dicho concepto (sobre todo en relación con el concepto de “agente dependiente”); en este caso, no obstante, creo que la solución ha sido fundamentalmente conservadora y no se ha abordado la verdadera raíz del problema que reside, en definitiva, en la conexión entre los artículos 5 y 7 del Modelo OCDE, es decir, el establecimiento permanente como requisito para que el Estado de la fuente pueda gravar las rentas empresariales; ello por no hablar de las medidas unilaterales adoptadas por determinados Estados (el *Diverted Profit Tax* en Reino Unido y medidas similares en Australia) para contrarrestar esta práctica elusiva. *Last but not least*, es obligada una referencia a las Acciones 8, 9 y 10, en mi opinión el auténtico núcleo del Plan de Acción *BEPS*, dedicadas a los precios de transferencia, que pretenden establecer nuevas reglas de juego basadas, en esencia, en una aproximación sustancial a este tema (análisis de funciones, riesgos y activos), aunque sin abandono del principio-ficción *arm's length*. Precisamente, una de las grandes cuestiones a resolver en relación con el objetivo de imposición justa de los grupos multinacionales reside en el dilema entre el actual sistema (precios de transferencia bajo el principio *arm's length*) o un sistema de consolidación y reparto (*apportionment*) como el que, en el ámbito de la Unión Europea, contiene el proyecto *CCCTB*.

En definitiva, algunos pasos se han dado hacia un marco que permita una imposición más justa y adecuada de las sociedades que operan en un escenario global, pero todavía desde una posición conservadora y sin cambios radicales en el escenario de la fiscalidad internacional, por lo que aquel objetivo sigue siendo, en gran medida, un tema pendiente.

5. Bibliografía

Auerbach, Mark. “Informe sobre IKEA” publicado en febrero de 2016

_____. 2016. “Informe sobre BASF” publicado en octubre.

Avi-Yonah, R. “Who invented the single tax principle?”, University of Michigan Law School, 2015. “The International Tax Regime: a Centennial Reconsideration” *University of Michigan Law School*, 2015.

Becerra O’Phelan, F. “Tax Reform in Peru: Adopting Anti-Base Erosion and Profit Shifting Measures with a view of the OECD Membership and More” *IBFD Bulletin for International Taxation*, número 8, Agosto de 2017.

Brauner, Y. “What the BEPS?” *Florida Tax Review* vol. 16 no.2, 2014, p.111

Becerra O'Phelan, F. "Tax Reform in Peru: Adopting Anti-Base Erosion and Profit Shifting Measures with a view of the OECD Membership and More" *IBFD Bulletin for International Taxation*, number 8, August 2017.

Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A.: "El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS) ¿final, el principio del final o el final del principio?" *Quincena Fiscal* números 1-2, 2014.

Calveti, L.u., Ch. Jaag, Ch y Rehner, T.F. "Why Corporate Taxation should mean Source Taxation: A Response to OECD's Actions against Base Erosion and Profit Shifting". *IBFD*

World Tax Journal, Agosto de 2017

Tataret, Marc "Informe sobre INDITEX" publicado en diciembre de 2016