



CONTENIDO

• Reglamentación de los Instrumentos Financieros Derivados en Bolivia.

Maestra Cynthia Cortés Bravo

- Bolivia -

• Acción internacional contra la erosión de la base y el traslado de beneficios (Base Erosion and Profit Shifting-BEPS) y medidas anti-abuso.

Abogado Jacques Malherbe

- Liedekerke, Bruselas -

• Los Intangibles y el Comercio Electrónico.

Dr. César García Novóa.

- España -

MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO**Presidente:**Magistrado Dr. Manuel L. Hallivis Pelayo
Presidente del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de México.**Consejeros:**Dr. Emilio Pujalte Méndez - Leite.
Presidente del Tribunal Económico Administrativo Central de España.
Dra. Zoraida OlanoSilva
Presidente del Tribunal Fiscal de Perú.**Secretaría Ejecutiva:**Mag. Dra. Nora E. Urby Genel
Magistrada de Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de México.**Cualquier correspondencia, dirigirla a:**SECRETARÍA EJECUTIVA DE LA AITFA
Boletín Informativo
Insurgentes Sur, No 881, piso 12, Colonia Nápoles,
Delegación Benito Juárez, C.P. 03810, México, D.F.**Correo electrónico:**elizabeth.urby@aitfa.org
scontreras@aitfa.org**Elaboración:**

Sonia Laura Contreras Miranda

EDITORIAL

Respetados lectores:

En el presente número, seguimos compartiendo artículos que fueron desarrollados como ponencias en las VI Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario, durante los días 5 y 6 de septiembre de 2013, celebradas por la Autoridad de Impugnación Tributaria de Bolivia, país miembro de la Asociación.

Para dar inicio, presentamos el artículo de la Maestra Cynthia Cortés Bravo, cuyo título es “Reglamentación de los Instrumentos Financieros Derivados en Bolivia” artículo en el que se aborda la importancia creciente en los ámbitos empresariales y financieros del mundo, pues los países de economía emergente o países en vías de desarrollo se ven involucrados en la utilización de instrumentos financieros, tradicionalmente aplicados por las economías desarrolladas, en tal razón se utilizan instrumentos financieros derivados como forwards, futuros, opciones, swaps e incluso figuras más específicas como contratos de cobertura, hedge funds, etc. mismas que se desarrollarán en el presente artículo.

En segundo lugar, contamos con la participación del Profesor emérito Jacques Malherbe, con el tema “Acción internacional contra la erosión de la base y el traslado de beneficios (Base Erosion and Profit Shifting - BEPS) y medidas anti-abuso” en el cual se refiere a la acción de la OCDE en el ámbito de la erosión de la base imponible y del traslado de beneficios entre empresas, misma que se considera como la apertura de un segundo frente en el campo fiscal, con el cual se pretende combatir la doble no imposición, que según la OCDE nacería de la globalización de las economías y de las posibilidades que ofrece a las empresa

multinacionales para disminuir su base imponible y transferir los beneficios entre entidades de forma que se alcance en el seno de un grupo.

Por último, presentamos la participación del Dr. César García Novoa, con el artículo “Los Intangibles y el Comercio Electrónico” en el cual hace referencia que con los avances en el campo de la informática suponen la mayor revolución tecnológica, permitiendo con ellos la posibilidad de concretar transacciones comerciales a través de la red, mismas que presentan ventajas para los operadores económicos, en este sentido el comercio electrónico supone la posibilidad de eliminar intermediarios entre los productores y los consumidores. Es por ello que las ventas a través de internet constituyen una nueva forma de actuación de las empresas en más de una jurisdicción fiscal.

En tal caso, las cuestiones referentes a la fiscalidad del comercio electrónico difícilmente pueden afrontarse desde la perspectiva unilateral de cada Estado.

Mag. Dra. Nora Elizabeth Urby Genel.
Secretaria Ejecutiva



REGLAMENTACIÓN DE LOS
INSTRUMENTOS FINANCIEROS
DERIVADOS EN BOLIVIA.

Maestra Cynthia Cortés Bravo¹
- Bolivia -

1. INTRODUCCION

La presente ponencia, elaborada con motivo de las VII Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario, aborda un tema de creciente importancia en los ámbitos empresariales y financieros del mundo. El desarrollo de los mercados de bienes y el comercio de éstos nos ha conducido indefectiblemente al desarrollo de las finanzas corporativas y con ellas al creciente desarrollo de instrumentos financieros en respuesta a las necesidades - cada vez más sofisticadas y demandantes - de los mercados.

En este contexto, resulta lógico considerar que en la medida que los mercados, tanto de bienes como de capitales, alcancen la madurez en una determinada economía, los instrumentos financieros se desarrollarán de igual forma, acompañando el desarrollo económico de determinado país o región.

Aun así, países de economía emergente o países en vías de desarrollo también nos vemos involucrados en la utilización de instrumentos financieros, tradicionalmente aplicados por las economías desarrolladas. Esto se debe a la integración comercial y a la globalización de los negocios, que permite a los mercados de bienes y de capitales, interactuar en forma global siendo transversales a regiones y países.

Por este motivo, no resulta extraño hoy en Latinoamérica hablar sobre instrumentos financieros derivados como forwards,

¹ Licenciada en Contaduría Pública y tiene un Maestría en Administración de Empresas. Actualmente está finalizando una Maestría en Derecho Tributario.

futuros, opciones, swaps e incluso figuras más específicas como contratos de cobertura, hedge funds, etc. por mencionar sólo algunas de las formas que pueden emplearse.

Es necesario recordar que las Finanzas Corporativas y los instrumentos que éstas nos proporcionan, tienen como fin último la minimización del riesgo a través de la clásica teoría de la Diversificación del Riesgo, consecuentemente los instrumentos financieros derivados, incluirán a distintos actores en distintas regiones y países, puesto que se orientan hacia la diversificación en procura de lograr la menor exposición del mercado.

Por otra parte y no menos importante, es mencionar que Latinoamérica es una región productora de materias primas, donde bienes como los minerales, productos agrícolas, petróleo y gas son transados en mercados con características especiales y cuya comercialización implica determinados riesgos que pueden ser mitigados a través del empleo de instrumentos financieros derivados.

Nuestro país no es ajeno al desarrollo económico y financiero antes descrito, de hecho desde hace algunos años, distintas empresas nacionales vienen aplicando instrumentos financieros derivados o figuras de cobertura para mitigar determinados riesgos propios de su actividad, ya sea como compradores de bienes para sus procesos productivos, de divisas para el desarrollo de sus actividades o como vendedores de bienes commodities, por mencionar algunos.

Es en este punto donde surgen los desafíos en el área normativa, así como la inminente pregunta sobre el desarrollo normativo en distintas materias - tributaria, contable y regulatoria - para responder si los lineamientos normativos acompañan el vertiginoso ritmo de desarrollo y utilización de los Instrumentos Financieros Derivados (IFD) en Bolivia.

Con este preámbulo, la presente ponencia tiene como objetivo aportar conceptos y

enfoques esenciales que permitan abordar la problemática que reviste la reglamentación tributaria de este tipo particular de operaciones financieras en nuestro país, enfocando el análisis en la imposición a la renta, por tratarse del principal eje de discusión.

2. DESARROLLO

2.1 Conceptos esenciales sobre Instrumentos Financieros Derivados

El nombre derivados se explica solo, un derivado es un instrumento financiero cuyo rendimiento y valores se derivan o dependen de alguna otra cosa, que se denominará el “primitivo o subyacente”. Un ejemplo de los derivados son las opciones, pues el valor de una opción de compra depende del valor de las acciones sobre las cuales está suscrita. De hecho las opciones son un tipo muy particular de derivados, pues la mayoría de ellos son en realidad acuerdos futuros o a plazos.

¿Por qué las empresas usan derivados? La respuesta es porque los derivados son herramientas para cambiar la exposición al riesgo que tienen las empresas. Cuando las empresas reducen su exposición al riesgo con el uso de derivados se dice que están “*cubiertas*”, al cubrirse la empresa compensa los riesgos que corre con, por ejemplo, un proyecto, a través de una o más transacciones en los mercados financieros. Los derivados también pueden usarse para cambiar o incluso aumentar la exposición al riesgo de la empresa, cuando esto ocurre la empresa está “*especulando*” sobre el movimiento de algunas variables económicas (las subyacentes al derivado), usar los derivados para manejar una opinión sobre si alguna variable económica habrá de subir o bajar, es lo contrario a la cobertura, es en realidad aumentar el riesgo. La especulación no es necesariamente incorrecta, pero es necesario que el especulador esté consciente que si la opinión sobre la que se basan los derivados está equivocada, las consecuencias pueden resultar muy costosas. La teoría de mercado eficiente enseña lo difícil que es predecir lo que harán los mercados, la mayoría de

las experiencias amargas con derivados ha ocurrido no por la cobertura sino más bien por la especulación.

2.2 Descripción de las formas clásicas de estos contratos

- **Contratos Forward**

Un contrato forward o a plazo es un acuerdo entre dos partes para vender un artículo por efectivo en una fecha posterior. El precio es acordado al momento de firmarse el acuerdo, pero el efectivo no es intercambiado sino hasta el momento en que se entrega la mercancía. Este tipo de contratos no suelen negociarse en los mercados organizados.

- **Contratos de Futuros**

Estos son acuerdos para entregas en el futuro, tienen ciertas ventajas, como la liquidez, que los contratos forward no poseen. Una característica inusual de los contratos de futuros es la cláusula de “marca mercado” (o cotización al mercado) también comúnmente llamada por su traducción al inglés “mark to market”. Si el precio de un contrato de futuros baja en un día particular, cada comprador del contrato debe pagar dinero al mercado de futuros. Todo se invierte si el precio sube. La cláusula de marca mercado y pago de flujos diarios al mercado de futuros, previene el incumplimiento de los contratos de futuros, característica que los convierte en instrumentos muy atractivos para determinado tipo de bienes.

- **Swaps**

Estos instrumentos son acuerdos sobre el intercambio de “flujos de efectivo” cada cierto tiempo. El principal tipo es un swap de tasas de interés, en el cual un patrón de cupones de pago, digamos, pagos fijos, se intercambia por otro, digamos, un cupón que flota con la tasa LIBOR. El segundo tipo es un swap de divisas extranjeras en el cual se acuerda hacer un intercambio de pagos denominados en una moneda por pagos en otra moneda, durante un tiempo preestablecido.

• Opciones

Una opción es un contrato que otorga a su propietario el “derecho” a comprar o vender una acción por un precio fijo en, o antes de, una fecha determinada. Las opciones más conocidas son las opciones de venta (call) y las opciones de compra (put), que dan al tenedor el derecho a vender o comprar acciones comunes por un precio de ejercicio dado.

La opción de compra o *call option* otorga a su propietario el “derecho” de comprar una acción por un precio fijo durante un periodo particular. No hay restricciones sobre la clase de acción, pero las que se manejan en los mercados organizados son opciones sobre acciones y bonos.

En contraste, la opción de venta o *put option* puede verse como lo opuesto a una opción de compra, pues la opción de venta da al tenedor el “derecho” a vender la acción por un precio de ejercicio fijo.

El valor de una opción depende de varios factores, entre los que podemos mencionar: el precio del activo subyacente, el precio de ejercicio, la fecha de vencimiento, la variabilidad del activo subyacente y la tasa de interés sobre los bonos libres de riesgo.

2.3 Normativa Tributaria Boliviana

Las normas contenidas en el artículo 42° de la Ley N° 843 (Ley de Reforma Tributaria) y en el Decreto Supremo (DS) N° 24051, decreto reglamentario del IUE, precisan que en general y sin que resulte relevante la nacionalidad, domicilio o residencia del titular, o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos, son utilidades de fuente boliviana aquellas que provienen de:

- i) bienes situados, colocados o utilizados económicamente en Bolivia;
- ii) la realización, en el territorio nacional, de cualquier acto o actividad susceptible de producir utilidades;
- iii) hechos ocurridos dentro del límite de la República.

Por otra parte, las normas tributarias de nuestro país, incluyen un régimen de retención en la fuente para gravar con el Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas (IUE) a las rentas de fuente boliviana que obtengan los sujetos no residentes en Bolivia. Al respecto el artículo 51° de la Ley N° 843 establece que, quienes paguen o remesen rentas de fuente boliviana a beneficiarios del exterior, deben retener e ingresar al fisco, con carácter de pago único y definitivo, el correspondiente IUE-BE, aplicando la tasa del 12,5% sobre el monto total a pagar o remesar.

Las normas tributarias bolivianas referidas al impuesto a la renta no abordan los IFD en ninguna otra norma específica, son por tanto solamente las normas generales las que deben orientar el tratamiento tributario de los resultados provenientes de IFD. Cabe advertir que no es necesariamente incorrecto o negativo el tener un sistema tributario con normativa de carácter general, pues esta característica es la que precisamente permite que ese sistema sea flexible, condición necesaria para un adecuado tratamiento tributario.

Sin embargo, cuando la generalidad de las normas queda limitada debido a las características muy particulares de determinado hecho o actividad económica (tal es el caso de los IFD), las interpretaciones se hacen cada vez más forzadas y resulta necesario entonces reglamentar el tema en forma específica.

2.4 Tributación de IFD bajo la normativa existente

Debido a que no encontramos referencia específica alguna en las normas fiscales para este tipo de contratos, que le den “*identidad propia*” a los instrumentos financieros derivados, cuando debemos definir su tratamiento tributario no tenemos otra alternativa más que encuadrarlos en la parte general de cada impuesto, procurando encontrar la operación que más se asemeja o por lo menos algunas características que permitan asociarlas con figuras que sí están contempladas en la norma general.

Podemos decir entonces que su tratamiento depende en gran medida de la “interpretación” que cada individuo o entidad tiene acerca de la naturaleza jurídica y la significación económica atribuible, por lo cual el tratamiento tributario que actualmente venimos dando a este tipo de operaciones es “incierto”.

En este sentido, podemos también mencionar que la mayoría de las interpretaciones hasta ahora realizadas, trata de asociar el *riesgo cubierto* por el IFD y evaluar si el mismo tiene vinculación con un *activo subyacente* ubicado en territorio nacional, en cuyo caso la interpretación generalizada se orienta a asociar la renta como de “fuente boliviana”. Parece ser que este es el consenso generalizado, de distintas entidades, tanto privadas como públicas. Estas interpretaciones se enfrentan a cuestionamientos a momento de responder si el riesgo cubierto está verdaderamente ubicado en territorio nacional, esto ocurre porque su enfoque se orienta por evaluar la ubicación del riesgo cubierto.

A modo ilustrativo podemos mencionar un contrato de futuros sobre granos de soya, donde efectivamente el grano (subyacente) estará ubicado en territorio nacional, puesto que se produce en el país, sin embargo la fluctuación de precios (riesgo que se pretende cubrir) responde a las variaciones de precios del mercado internacional de futuros, donde el grano está siendo transado. Las fluctuaciones de precios de determinados bienes commodities ocurren en los mercados internacionales de estos bienes, tal es el caso de los minerales, otro tradicional tipo de bienes producidos por nuestro país.

En esta circunstancia ¿podemos fehacientemente aseverar que el riesgo que se pretende cubrir está ubicado en territorio nacional?, el subyacente si lo está, pero el concepto de riesgo no es el mismo concepto de subyacente. Si este ejemplo lo convertimos en un contrato de futuros con aluminio importado, que puede ser una materia prima utilizada para un proceso productivo en Bolivia, se dificulta aún más la visualización de la ubicación exacta del

riesgo, puesto que a diferencia del anterior ejemplo (grano de soya) en este segundo caso el aluminio no está ubicado físicamente en Bolivia sino hasta que se realice la entrega real del subyacente.

Cabe entonces aclarar lo siguiente, hemos afirmado que el concepto de riesgo cubierto no es el mismo concepto de subyacente, algo totalmente válido pues son elementos distintos, sin perjuicio de ello no se puede desconocer que ambos están asociados. Orientar el análisis hacia la evaluación de la ubicación del riesgo cubierto, en un escenario de ausencia de normas tributarias que le den identidad propia a ese concepto, sigue manteniendo el tratamiento tributario en el terreno interpretativo.

Nótese como la ausencia de reglamentación específica obliga a acomodar la operación a las formas generales establecidas por la norma tributaria de manera que se busca necesariamente la vinculación con el activo subyacente, que es el único elemento de la operación que puede fácilmente ser identificado como de fuente boliviana o no.

Cabe al respecto mencionar que desde hace varios años existen pronunciamientos de orden particular emitidos por la Administración Tributaria referidos a contratos de futuros (de divisas principalmente), en los cuales han tenido que interpretar desde su visión las operaciones consultadas por los contribuyentes y asignarles el tratamiento tributario en función de las normas generales. Algunas de estas respuestas han sido posteriormente revocadas por la Administración Tributaria, otorgándoles un tratamiento distinto al inicialmente respondido en forma oficial a los contribuyentes. Esto demuestra la incertidumbre que hasta ahora persiste en la tributación de IFD en nuestro país.

2.5 Aspectos a considerar en la reglamentación tributaria de IFD

En este punto vale la pena considerar lo comentado por María de los Angeles Jáuregui, en sus diversos estudios sobre

IFD donde menciona que debemos entender como tratamiento tributario adecuado a aquel que se guía por los principios de *certeza, equidad, flexibilidad y consistencia*², los cuales vale la pena mencionar a colación de pretender establecer en nuestro país las normas tributarias que regulen el tratamiento de los IFD. Estos principios responden a lo siguiente:

<i>Certidumbre</i>	El empleo de un IFD debe tener un resultado fiscal neto y previsible. Este resultado no debe depender de clasificaciones, caracterizaciones o determinaciones que sean ambiguas o sometidas a alteración retrospectiva.
<i>Equidad</i>	Un régimen tributario ha de ser equitativo, sencillo y práctico, y debe reconocer que los usuarios de los IFD se diferencian en relación de complejidad, el volumen de las transacciones en las que intervienen, los motivos para usar tales instrumentos y la utilización que les dan.
<i>Flexibilidad</i>	Los IFD son “dinámicos”, por ello es primordial que cualquier nuevo régimen fiscal creado para los IFD y cualquier régimen fiscal existente sean suficientemente flexibles para reflejar principios precedentes en forma continuada en el tiempo, incluso aunque cambie el universo de IFD a los que se aplican tales principios.
<i>Consistencia</i>	Con la mayor amplitud posible, las distintas clases de contribuyentes e instrumentos que sean fundamentalmente análogos, deben imponerse coherentemente en relación de unos con otros. Las violaciones a este principio debieran ser poco frecuentes y someterse a una justificación concreta.

Considerando ello, a continuación expondré algunas pautas generales para lograr un tratamiento tributario específico que contemple los IFD y esté orientado por los principios antes mencionados.

² Principios mencionados por María de los Angeles Jáuregui que fueron plasmados en las recomendaciones establecidas en el 49° Congreso de la International Fiscal Association en 1995 en Cannes, tema 2 “Tax aspects of derivative financial instruments”.

2.6 Características de los IFD que son desafíos para su reglamentación tributaria

Una vez que conocemos las formas básicas de los IFD, cuya descripción hemos realizado en los puntos 2.1 y 2.2 precedentes, podemos advertir que existen numerosos aspectos que dificultan el tratamiento fiscal específico de los IFD:

- a) Existe *pluralidad* de estas operaciones y gran *complejidad*.
- b) Pueden ser contratados en *forma estándar o tipo*, en mercados institucionalizados o por el contrario pueden ser productos a medida y negociados fuera de mercados organizados, normalmente denominados OTC (“over the counter”).
- c) Dificil diferenciación de la finalidad con la cual estos contratos son celebrados, pues en la práctica no es sencillo diferenciar si éstos son de *cobertura o especulación*.
- d) Tienen *carácter complejo* no sólo en la construcción jurídica y económica, sino también en su mecánica de contratación y del acceso a los mercados oficiales o no, y también en la forma de registro y medición contable de los resultados provenientes de estas operaciones.
- e) La *ausencia de normativa* específica en esta materia.

Estas características distinguen a los IFD y los colocan en el rango de *operaciones complejas*, por lo cual es naturalmente necesaria su reglamentación específica para darles *identidad propia* y un adecuado tratamiento tributario, que puede estar orientado por los principios generales que hemos señalado: certidumbre, equidad, flexibilidad y consistencia, a efectos de lograr la mejor reglamentación posible para nuestro país en esta materia de características complejas.

2.7 Partes o elementos que conforman las operaciones de IFD

Debido a las características complejas de estas operaciones, es pertinente también identificar las partes o elementos que las componen y que debemos considerar

a momento de abordar su tratamiento tributario, esas partes son las siguientes:

- La prima abonada o cobrada para acceder a alguno de los contratos, más concretamente para acceder al derecho de ejercer las opciones
- El importe neto pagado o cobrado en caso de ejercicio de la opción a través del sistema de compensaciones de precios del mercado
- El importe cobrado o pagado que involucre la real transferencia del activo subyacente, en caso de que el mecanismo de compensación no se aplique
- Para los contratos de futuros, el importe pagado para ingresar al mercado de futuros y su correspondiente devolución o compensación
- Los importes netos pagados o cobrados al mercado de futuros por las posiciones diarias de este tipo de contratos

Los IFD entonces presentan distintos elementos, que involucran pagos y cobros, así como mecanismos de compensaciones de los mismos, debido a las posiciones a favor y en contra que un inversionista puede tener a lo largo de la tenencia del IFD.

Nótese también que estos pagos, cobros y compensaciones, son de naturaleza distinta, porque un pago durante la tenencia del IFD no reviste la misma condición de un pago realizado para la real transferencia del subyacente al finalizar el contrato. Por ello, no pueden tener el mismo tratamiento tributario, debiendo reconocer su naturaleza diferente.

2.8 Iniciando la propuesta de reglamentación de IFD en Bolivia

Habiendo expuesto algunos de los conceptos esenciales que hacen a los IFD, para reflexionar sobre su tratamiento tributario, y a manera de incentivar el inicio de la discusión que demandará la reglamentación de este tipo de instrumentos en nuestro país, deseo referirme en concreto a los siguientes temas:

- La definición de renta de fuente boliviana en IFD
- La diferenciación entre operaciones de cobertura y especulación
- El momento de la imputación de resultados a efectos fiscales

Tema 1: Definición de renta de fuente boliviana en IFD

Es sin duda un punto primordial en la agenda de la reglamentación del tema que nos compete, la asignación de una identidad propia a los IFD a efectos de lograr su adecuado tratamiento tributario, que se logrará por medio de definiciones y conceptos establecidos por la normativa tributaria, que permitan identificar con certidumbre las rentas de fuente boliviana en este tipo de operaciones y la imposición que corresponde asignarles.

Las recomendaciones internacionales para este tipo de operaciones vinculan el concepto de fuente según la residencia del sujeto que obtiene los resultados de la operatoria con estos instrumentos, es así que se vincula la fuente a la residencia.

Esta posición se enfoca en la *parte que obtiene* los “resultados”, que pueden ser positivos o negativos (quebrantos), en este sentido siempre se dará para un residente o domiciliado participante de la operación con IFD, la configuración del resultado de fuente nacional gravada (gana o pierde) y sin importar la vinculación del activo subyacente, con lo cual la pregunta es en qué caso se configura la renta de fuente extranjera. Puede entonces interpretarse a priori que la renta de fuente extranjera no fue definida para este tipo de resultados y la doctrina no expone mayor cuestionamiento al respecto. Sin embargo, la doctrina ha considerado que en la medida que la parte local, residente o domiciliada en el país, gane con la operación el resultado es de fuente nacional, consecuentemente si la parte que resulta ganadora es la parte no residente, en tal caso estaremos ante un resultado de fuente extranjera.

Adoptar las recomendaciones internacionales – que han sido además de gran acogida por parte de la mayoría de los países que han legislado y reglamentado las operaciones con IFD – significaría que la renta de fuente boliviana será aquella que obtienen los sujetos domiciliados en territorio nacional.

Para tal fin es posible adoptar, a similitud de la legislación argentina³, el entendimiento que los resultados originados en operaciones con IFD son de fuente boliviana cuando el riesgo asumido se encuentre localizado en el territorio de Bolivia, localización que debe considerarse si la parte que obtiene dichos resultados es un residente o domiciliado en el país o se trata de un establecimiento permanente. De esta forma se define la renta gravada por medio de la localización del riesgo en territorio nacional a través de la asociación de éste con el concepto de residente o domiciliado en nuestro caso.

Es posible que este sea el criterio más adoptado en el ámbito internacional, debido a que otorga certidumbre sobre el tratamiento tributario de estas operaciones, por medio de un criterio de vinculación de renta sencillo, simplificando de esta manera la gran complejidad que revisten las operaciones con IFD, las cuales hemos desarrollado a lo largo de la presente ponencia.

Si nuestro país decide adoptar este criterio, significará que las rentas obtenidas por sujetos domiciliados en el país, quedarán gravadas por el IUE (25%)³ y las pérdidas (quebrantos) serán deducibles a efectos de determinar la utilidad imponible, es decir serán recuperables también a la misma tasa. Bajo este mismo criterio, cuando un domiciliado en Bolivia, pague o remese a un sujeto “domiciliado en el exterior” rentas provenientes de operaciones con IFD, éstas no calificarían en el concepto de renta de fuente boliviana y quedarían excluidas de la retención del IUE de Beneficiarios del Exterior (IUE-BE) 12,5%.

³ Modificaciones incorporadas en la Ley de Impuesto a las Ganancias a través, del Decreto 1130/97, que posteriormente fue elevado a rango de ley (Ley 25.063 de 30 de diciembre de 1998).

Finalmente mencionar que en caso de desechar este criterio, el legislador deberá definir otra forma de simplificar la complejidad de estas operaciones y establecer un lineamiento identificable para vincular las rentas con el concepto de fuente boliviana, procurando ser claros en el planteamiento en procura de lograr la certidumbre en el tratamiento tributario.

Tema 2: Operaciones de “cobertura” y operaciones de “especulación”

La motivación para diferenciar las operaciones de cobertura y de especulación se debe fundamentalmente a la regla de vinculación de las pérdidas con rentas gravadas, principio que recogen la mayoría de las legislaciones relativas a imposición a la renta de IFD.

Por ello, las operaciones de cobertura se entienden vinculadas debido a que se trata de brindar cobertura contra riesgos propios del negocio, es decir disminuir la exposición al riesgo, donde se entiende que el “riesgo”, que se pretende disminuir, es el “propio del negocio”. Por este motivo resulta lógico considerar que tienen total vinculación con las rentas gravadas.

Por su parte, las operaciones de especulación por definición no pretenden disminuir un riesgo pre existente en el negocio, por el contrario pueden incluso llegar a incrementar el nivel de riesgo de la empresa. Bajo este punto de vista, las operaciones de especulación - a diferencia de las operaciones de cobertura - no tienen relación directa con las ganancias gravadas que generan las operaciones propias de la empresa.

En este sentido, los resultados provenientes de operaciones de especulación, deberán imputarse como *ganancias* cuando así resulte de la operación, ese punto no reviste mayor problema; pero cuando estamos frente a una situación de *pérdidas*, es lógico cuestionarse si dichas pérdidas deben ser consideradas deducibles a efectos del impuesto a la renta, pues en concepto, si se considera que las operaciones de especulación no persiguen

como objetivo la disminución del riesgo propio del negocio, estaríamos frente a pérdidas no vinculadas a utilidades gravadas y por tanto no deducibles para el impuesto a la renta.

Es por esta razón que muchas legislaciones han limitado la deducibilidad de pérdidas originadas en operaciones de especulación, estableciendo para ello la regla de deducibilidad de éstas sólo cuando existan “ganancias” generadas por las mismas operaciones de especulación y estableciendo un periodo de tiempo (5 años por ejemplo) para esa deducibilidad.

Consecuentemente, a la hora de reglamentar el tratamiento de los IFD, el gran desafío será establecer en la normativa tributaria una definición clara de lo que debe entenderse por operaciones de cobertura y de especulación, disponiendo parámetros que sean fácil y objetivamente verificables. Por supuesto que la definición primera habrá de ser si el legislador decide distinguir las pérdidas originadas en operaciones de especulación respecto de las operaciones de cobertura.

Ahora bien, aun cuando los lineamientos hayan sido definidos, otro desafío se hará presente: la “*asimetría de información*” entre los contribuyentes y las Administraciones Tributarias, pues resulta lógico admitir que la Administración Tributaria no tiene posibilidades de conocer toda la información referente a las operaciones con IFD, con el mismo nivel de detalle y precisión de las empresas participantes en esas operaciones. Es por ello que revisar o fiscalizar este tema, implica gran esfuerzo por parte de las autoridades tributarias de otros países a momento de evaluar una operación de IFD para determinar si se trata o no de una operación de cobertura.

Una alternativa para eliminar esta asimetría e incluso el incentivo perverso a estructurar operaciones de especulación como si fuesen de cobertura, es el tratamiento “*equilibrado*” es decir tanto las ganancias como las pérdidas se encuentran igualmente alcanzadas por el impuesto, siendo gravadas las utilidades y así también deducibles las pérdidas a la

misma tasa y condiciones, sin tratamiento discriminado para pérdidas provenientes de operaciones de especulación. Este criterio se fundamenta en procurar el Principio de Equidad (señalado en el punto 2.5) orientando el tratamiento tributario hacia lo equitativo, y sobre todo lo sencillo y práctico. Las experiencias internacionales de países vecinos como Argentina y Perú que nos llevan varios años en la reglamentación de IFD, nos muestran la complejidad que reviste el debate técnico a la hora de discernir las operaciones de cobertura respecto de las operaciones de especulación, demandando grandes esfuerzos tanto para el Fisco como para las empresas.

Considero válido hacer una reflexión detenida, para evaluar si efectivamente reglamentar un tratamiento tributario distinto para las pérdidas por operaciones de especulación, es lo conveniente para nuestro país y si la realidad nacional, con un mercado de capitales aún en desarrollo y sin aplicación plena de Normas Internacionales de Contabilidad⁴, podrá responder a las demandas que implica tener este tipo de legislación diferenciada.

Un elemento de interesante debate sobre este tema es el tiempo de utilización de los quebrantos fiscales, pues una alternativa para limitar el empleo indebido de las pérdidas o quebrantos por IFD de especulación es incluir en la legislación un límite de tiempo inferior al normal para la utilización de pérdidas. Al respecto la normativa tributaria boliviana ya incluye un límite de 3 años en general y 5 años para industrias extractivas o nuevos emprendimientos, estos límites ya podrían brindar el mecanismo necesario para limitar la indebida utilización de pérdidas por IFD de especulación.

En todo caso, la decisión de discriminar o no las operaciones de cobertura respecto de las

4 Las Normas Internacionales de Contabilidad (IAS 32, IAS 39) brindan elementos, lineamientos y criterios que permiten discernir las operaciones de cobertura y de especulación, países que han aplicado estas normas tienen mayor familiaridad con dichos conceptos.

operaciones de especulación (para pérdidas o quebrantos), deberá estar orientada a establecer un tratamiento tributario adecuado, entendiendo por tal a aquel que pueda dar certidumbre sobre las operaciones y sus implicancias fiscales, esa certidumbre debe ser tanto para el sujeto pasivo como para el sujeto activo de la relación jurídico tributaria, en otras palabras no nos olvidemos de la Administración Tributaria a momento de establecer los criterios del tratamiento tributario de IFD puesto que es la entidad que tiene la delicada labor de revisar y asegurar la correcta aplicación de las normas tributarias. La definición de criterios objetivos y precisos, para calificar una operación como especulativa, puede incrementar el nivel de certidumbre del tratamiento tributario, en caso de que el legislador decida optar por la discriminación de las pérdidas provenientes de operaciones de especulación.

Tema 3: Momento de la Imputación de Resultados a efectos fiscales

Este es sin duda un aspecto fundamental a momento de reglamentar los IFD, pues se trata de definir el momento de imputación de los resultados a fines tributarios, para las operaciones con instrumentos financieros derivados.

A efectos del análisis conceptual podemos mencionar cuatro criterios de imputación de resultados, que son en mayor o menor medida rescatados por distintas legislaciones y que han tomado como base algunos conceptos de “valuación” desarrollados por las normas contables:

1. El criterio de lo devengado o realización
2. El criterio “marca mercado” o “mark to market”
3. El criterio de consistencia o congruencia
4. El criterio de lo percibido

<p>1. Criterio de devengado o realización</p> <p>Bajo este criterio debemos reconocer las ganancias o pérdidas resultantes de las transacciones con IFD a la fecha de vencimiento del contrato. En general es utilizado en IFD que califiquen como de cobertura.</p>	<p>2. Criterio de “marca mercado” o “mark to market”</p> <p>Implica valuar al IFD sobre la base de los distintos cierres de ejercicios fiscales e ir reconociendo los resultados inherentes a cada una de estas valuaciones que en ese momento establezca el mercado. Establece que el resultado se determina según el <i>justo valor</i> (“fair value”) conforme a la valuación del mercado de IFD, el último día hábil del año fiscal, este método capta mejor la volatilidad de los mercados.</p>
<p>3. El criterio de consistencia o congruencia</p> <p>Significa mantener congruencia con el subyacente, r e c o n o c i e n d o resultados en el momento en que corresponda, de acuerdo con la posición cubierta como por ejemplo cuando se produce el evento respecto del cual se ha tomado la cobertura.</p>	<p>4. El criterio de lo percibido</p> <p>Implica reconocer las implicancias fiscales (resultados del contrato) en el momento en el cual se producen los pagos. Este criterio no es el más utilizado en las transacciones con IFD.</p>

⁵ En este punto cabe recordar que a efectos fiscales, para determinar el resultado que es la base imponible del impuesto a la renta, siempre se inicia con un estado financiero elaborado con base en Normas de Contabilidad Generalmente Aceptadas

⁵ El concepto de “fair value” o valor justo ha sido ampliamente considerado en las Normas Internacionales de Contabilidad (IAS 32, IAS 39).

(PCGA), según las normas contables debidamente aprobadas y de aplicación en determinado país. Partiendo de esa base posteriormente se aplican los “ajustes fiscales” necesarios para llevar el resultado contable hacia el resultado tributario, que será aquel dispuesto por las normas tributarias, es decir siguiendo los lineamientos definidos por la normativa para cada concepto que compone el resultado tributario.

Consecuentemente, en caso que las normas tributarias no dispongan expresamente un determinado lineamiento para algún concepto, será el criterio contable – vale decir aquel dispuesto por los PCGA – el que deberá aplicarse y respetarse.

Con referencia a este tema, la legislación tributaria boliviana, dispone claramente en el Art. 47° de la Ley N° 843 que “para la determinación de la utilidad neta imponible se tomará como base la utilidad resultante de los estados financieros de cada gestión anual, elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados”, como puede advertirse, las normas bolivianas respetan lo expuesto en párrafos precedentes.

En este sentido, si al momento de reglamentar los IFD, las normas tributarias no definen expresamente el *momento de imputación a fines tributarios*, deberá aplicarse y respetarse como válida la imputación a resultados que definan los criterios contables.

En general la doctrina opina que puede seguirse el criterio contable para la imputación. Ahora bien, debido a que las normas de contabilidad locales⁶ no abordan el tema de IFD en forma particular, debe en sustitución aplicarse los lineamientos contables dispuestos por las normas internacionales de contabilidad. Cabe al respecto mencionar que las Normas Internacionales de Contabilidad no son aún de plena aplicación en Bolivia. Desde hace un par de años, los órganos colegiados en materia contable en el país vienen trabajando

6 Las normas locales son las emitidas por el Consejo Técnico Nacional de Auditoría y Contabilidad – CTNAC, órgano dependiente del Colegio de Auditores de Bolivia.

en la implementación plena de estas normas, sin embargo a la fecha no se ha iniciado su efectiva aplicación.

Considerando este escenario, resulta conveniente que sean las normas tributarias quienes definan el momento de imputación de resultados, siendo una opción totalmente válida adoptar los conceptos de las normas internacionales de contabilidad por la gran experiencia que recogen sobre este tema complejo. En este sentido, las normas tributarias podrían: a) recoger conceptos y establecerlos en forma propia dentro de la legislación tributaria o b) pronunciar que son los criterios contables los válidos para el momento de reconocimiento contable, siendo conveniente hacerlo en forma expresa, más aun tratándose de una norma contable internacional, y no simplemente con la normativa general del Art. 47° descrita precedentemente.

3. CONCLUSIONES

A medida que la presente ponencia ha descrito las diversas características y elementos particulares que componen los IFD, podemos pronosticar que la tarea de reglamentación que tenemos por delante, no es simple y demandará sin duda un análisis técnico y desarrollo normativo no sólo en el ámbito tributario, sino también en el ámbito contable, pues las normas de contabilidad contienen importantes definiciones inherentes al momento del reconocimiento de los resultados de las operaciones con IFD.

La definición de lo que la legislación tributaria entiende por renta de fuente boliviana para el caso de las operaciones con IFD es un punto central en la reglamentación de este tema, que es por definición complejo, debido a las variadas características y partes intervinientes en este tipo de operaciones. A efectos de la definición de renta de fuente boliviana, adoptar la corriente adoptada internacionalmente, implicaría vincular la renta al concepto de residencia o domicilio para nuestro caso, y de esta manera establecer un criterio sencillo que brinde certidumbre al tratamiento tributario. Adoptar esta posición

también implica que las rentas obtenidas por los no domiciliados en Bolivia quedarían fuera de las retenciones de IUE-BE (12,5%).

Con relación al momento de imputación, en la medida que los conceptos y definiciones no estén claramente reglamentados en la normativa tributaria, será necesario recurrir a las normas contables, sin embargo esto disminuye el nivel de certeza al momento de establecer el tratamiento tributario que debe aplicarse y promueven además la dispersión de conceptos e interpretaciones.

Esta situación puede presentarse, con mayor énfasis, en caso que la legislación boliviana decida otorgar un tratamiento diferenciado a las pérdidas provenientes de operaciones de “especulación”, situación que puede evitarse estableciendo definiciones claras en las normas tributarias sobre lo que debe entenderse para este tipo de operaciones, escenario en el cual la tarea demandará mayor desarrollo de definiciones tributarias, que deberán ser analizadas en conocimiento de la información (contable, de mercado y de sustento) que estaría disponible para los participantes en este tipo de operaciones en Bolivia.

Finalmente, es necesario considerar que las normas contables locales no abordan en forma específica este tipo de instrumentos y por ello es necesario recurrir a las Normas Internacionales de Contabilidad, las cuales no son todavía de plena aplicación en nuestro país y por consiguiente sus conceptos técnicos (sobre todo el caso de IFD) no gozan de familiaridad en el ámbito profesional boliviano, será necesario invertir en el entrenamiento y capacitación para emplear dichas normas, esto tanto para el sujeto pasivo como para la Administración Tributaria.

ACCIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA EROSIÓN DE LA BASE Y EL TRASLADO DE BENEFICIOS (BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING-BEPS) Y MEDIDAS ANTI-ABUSO.

ABOGADO JACQUES MALHERBE⁷

- Liedekerke, Bruselas -

La acción de la OCDE en el ámbito de la erosión de la base imponible y del traslado de beneficios entre empresas puede considerarse como la apertura de un segundo frente en el campo fiscal. El primer frente, abierto en los lejanos tiempos de la Sociedad de Naciones, trataba de favorecer el comercio internacional evitando la doble imposición de los beneficios por dos Estados. El segundo frente, abierto en 2013, pretende antes bien combatir la doble no imposición que, según la OCDE, nacería de la globalización de las economías y de las posibilidades que ofrece a las empresas multinacionales para disminuir su base imponible y transferir los beneficios entre entidades de forma que se alcance en el seno de un grupo este objetivo de minimización del impuesto⁸.

Esta vasta tarea, que ha recibido el asentimiento del G20, se ha materializado esencialmente en dos documentos.

⁷ Profesor emérito de la Université Catholique de Louvain. Asimismo, participó en el grupo de redacción de proyectos de tratados entre países latinoamericanos y entre ellos y países industrializados organizado por el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILDAT).

El presente trabajo lo realizó en colaboración de François Malherbe, LL.M., Duke University, abogado. Trabajo enmarcado en el proyecto DESAFÍO (DER 2012-36510). Agradecemos los comentarios de la Profesora María Amparo Grau Ruiz (Universidad Complutense de Madrid).

⁸ S. van Weeghel y F. Emmerink, Global Developments and Trends in International Anti-Avoidance, Bull. for Int'l Taxation, 2013, p. 429 ; J. Owens, The Taxation of Multinational Enterprises : An Elusive Balance, Bull. for Int'l Taxation, 2013, p. 441.

El primero es un informe de la OCDE titulado « Addressing Base Erosion and Profit Shifting »⁹. Este informe debía muy rápidamente ser seguido de un plan de acción, lo que sucedió, en un segundo documento « Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting »¹⁰. Además, diferentes Informes de la organización se han dedicado a aspectos particulares de las técnicas criticadas que pueden vincularse a estos objetivos generales.

Los dos documentos esenciales de la OCDE pueden ser considerados en su conjunto : el informe juega de alguna manera el papel de trabajos preparatorios y el plan de acción determina los objetivos legislativos o convencionales de forma más precisa. La práctica, no obstante, será animada, para cada objetivo, por una preocupación constante : ¿ cómo resolver los litigios a los que puedan dar lugar las nuevas disposiciones previstas ? ¿ Cómo respetar no sólo los intereses legítimos de los Estados, sino también los derechos de los contribuyentes ?¹¹

9 OCDE, 2013.

10 OCDE, 2013, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios.

11 D. Ernack Base Erosion, Profit Shifting and the Future of the Corporate Income Tax, *Tax Management Int'l Journal*, 2013, p. 671 ; N. Boidman y M.N. Kyevev, BEPS : The OECD Discovers America ?, *Tax Notes Int'l*, 2013, p. 1017 ; A. Cinnamon, How the BEPS Action Plan Could Affect Existing Group Structures, *Tax Notes Int'l*, 2013, p. 543 ; A. Martín Jiménez, El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imposables y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (« BEPS ») : ¿ el final, el principio del final o el final del principio ?, *Quincena Fiscal Aranzadi*, 2014, p. 1 ; A. Hernández González-Barreda, La dudosa legitimidad del Plan de Acción de la OCDE para la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 873/2013, Comentario, 2014, p. 1 ; Y. Brauner, BEPS : An Interim Evaluation, *World Tax Journal*, 2014, p. 10 ; R. Altshuler, Inter-Nation Competitiveness : A Discussion Paper on Base Erosion y Profit Shifting, *Bull. for Int'l Tax.*, 2014, nr. 6/7 ; C. Docclo, AOA, ATP, BEPS, GAAR..., *Le SMS TOUCH de la SOFT LAW Internationale*, J.D.F., 2014, p. 5 ; H.J. Ault, W. Schön y S.E. Shay, Base

El Informe comienza con una afirmación que, curiosamente, en absoluto se confirma por los datos empíricos que el mismo informe cita ulteriormente: « La erosión de la base constituye un riesgo serio para los ingresos tributarios, la soberanía fiscal y la equidad fiscal, tanto para los países miembros de la OCDE como para los no miembros »¹². Tanto las reglas nacionales aplicables a las situaciones internacionales como los estándares internacionales que han sido objeto fundamentalmente de los convenios fiscales bilaterales no estarían aún adaptados a un grado de integración económica menor que el que resulta de la globalización actual. Esta globalización se caracteriza por la importancia de los derechos de propiedad intelectual como portadores de valor, por los desarrollos constantes de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

Las sociedades multinacionales, que han acogido con favor los esfuerzos destinados a eliminar la doble imposición, explotarán con frecuencia las diferencias legislativas y convencionales que permiten eliminar o reducir fuertemente la imposición.

Estas prácticas serían cada vez más agresivas con el paso del tiempo, como demuestran los trabajos de la OCDE sobre la planificación fiscal agresiva¹³. Con una cierta ingenuidad,

Erosion y Profit Shifting : A Roadmap for Reform, *Bull. for Int'l Taxation*, 2014, n° 6/7 ; Y. Brauner, BEPS : An Interim Evaluation, *World Tax Journal*, 2014, p. 10 ; M. Valta, Base Erosion and Profit Shifting : Die jüngsten Diskussionsentwürfe der OECD zum BEPS-Projekt (Teil 1), *IStR*, 2012, p. 5 ; S. Eilers y S. Schmitz, BEPS – base erosion and profit shifting ; *Besteuerrungsgrundlage und Gewinnverlagerung*, *ISR*, 2013, p. 68 ; G. Steiner, *Aktionsplan der OECD zum BEPS-Report – Konzernbesteuerung, quo vadis ?*, *SWI*, 2013, p. 385.

12 P. 5.

13 *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*, OCDE, 2011 ; M. Nouwen, *The Gathering Momentum of International and Supranational Action against Aggressive Tax Planning and Harmful Tax Competition : The State of Play of Recent Work of the OECD and European Union*, *Eur. Tax.*,

el informe expone que es posible tener una presencia significativa en un país a través de internet sin disponer de un establecimiento permanente, que es el criterio internacional de imposición. Es un poco como el huevo de Colón. La OCDE, como se ha apuntado antes, ha dedicado ya informes a ciertas técnicas particulares, como los híbridos¹⁴. Los inconvenientes de esta situación serían múltiples : el acceso, reservado a algunos, a las técnicas sofisticadas de evasión fiscal crearía situaciones de competencia desleal y falsearía las decisiones de inversión fundándolas no en los tipos de rendimiento antes de impuestos, sino en los tipos de rendimiento después de impuestos. Un plan de acción global y urgente sería necesario. Esta exigencia de urgencia es un poco sorprendente en presencia de una situación que resulta de textos legales y convencionales bien conocidos y que existe desde hace muchos años.

El informe se vuelve entonces hacia las pruebas empíricas que existirían en una situación tal. Es extraño que comience por citar estudios de la gran prensa diaria que parecen más periodísticos que científicos⁹. Es sabido que el impuesto sobre sociedades no supone más que una parte relativamente débil de la contribución de los impuestos a los presupuestos nacionales, que asciende a alrededor del 10 % de los ingresos fiscales totales y al 3 % del producto interior bruto. Es igualmente sabido que, tras las reformas del Presidente Reagan en los Estados Unidos en los años 1980, los tipos de gravamen del impuesto sobre sociedades han bajado, y los legisladores, a imagen de los autores de la reforma fiscal americana, sin embargo, han intentado simultáneamente extender la base de este impuesto. Resulta pues de los datos disponibles que el porcentaje del impuesto de las sociedades en los ingresos fiscales no

2013, n° 10, p. 1 ; A. Cracea, OECD Actions To Counter Tax Evasion and Tax Avoidance (2013) : Base Erosion and Profit Shifting and the Proposed Action Plan, Aggressive Tax Planning Based on After-Tax Hedging and Automatic Exchange of Information as the New Standard, Eur. Tax., 2013, p. 565.

¹⁴ Hybrid Mismatch Arrangements : Policy and Compliance Issues, OCDE, 2012.

ha variado apenas.

Más sorprendente es la constatación según la cual un cierto número de paraísos fiscales, por ejemplo, Barbados, Bermudas y las Islas Vírgenes Británicas, tendrían en la inversión directa extranjera (« Foreign Direct Investment »-« FDI ») una parte más importante que aquella de numerosos países industriales, siendo particularmente llamativo el ejemplo de la inversión en China. El primer inversor extranjero en China es, por otro lado, Hong-Kong.

Otros países, en los que se han establecido tradicionalmente los holdings en virtud de un régimen fiscal adecuado, como los Países Bajos, Luxemburgo y Austria, se llevan también la parte del león, a través de las entidades destinadas a este solo objetivo (« Special Purpose Entities »-« SPE »). Estos datos deben, sin embargo, ser ampliamente relativizados en virtud de las disposiciones relativas a las sociedades extranjeras controladas de las que se plantea la cuestión más adelante.

El informe distingue asimismo entre el tipo nominal del impuesto sobre sociedades y el tipo efectivo de este impuesto, tras la aplicación de diversas medidas que permiten reducir la base imponible. No obstante, admite que no puede extraerse ninguna conclusión definitiva de estas comparaciones. El informe pasa entonces a realizar consideraciones generales. La organización de las sociedades multinacionales está ahora basada en una gestión matricial (« Matrix Organization ») y en la organización de cadenas de provisión integradas (« Integrated Supply Chains ») en las que el valor de un producto resulta no sólo de aportaciones iniciales de investigación y desarrollo sino de aportaciones sucesivas, que provienen de países diferentes, para terminar por las aportaciones de marketing y de venta. Las reglas relativas al reparto de la renta susceptible de imposición entre Estados no habrían tenido en cuenta esta modificación de la estructura.

Por lo demás, numerosos Estados han

desarrollado regímenes preferenciales destinados a atraer, en diversos estadios, las inversiones de estas cadenas de producción. Pasemos ahora al plan de acción. Contempla las acciones a emprender, bastante artificialmente, según su naturaleza o su propósito. El objetivo general es alinear el lugar de imposición con el lugar de creación de valor.

Capítulo I. La economía digital (acción 1)

La economía digital permite a una empresa tener una presencia significativa en un país sin disponer allí de un establecimiento permanente que permita a este país gravarlo. La caracterización de los productos de la economía digital combinada con las reglas de la fuente hace de algún modo que el impuesto, incluso en su forma de retención en la fuente, sea fácilmente evitado.

Por otra parte, la percepción del IVA o de un impuesto general sobre los servicios en lo que concierne a las provisiones de bienes y servicios digitales se hace difícil. Se han consagrado estudios numerosos a estos problemas y una directiva europea ha intentado resolver el problema de la percepción del IVA sobre los productos digitales.

No se trata de combatir aquí un abuso, sino de definir en su caso nuevas reglas de imposición internacional. Parece bastante exagerado escribir : « BEPS is a concern in the context of the digital economy »¹⁵. Sería más exacto escribir : « Tax rules must be developed in the context of the digital economy »¹⁶.

Capítulo II. Coherencia de la imposición internacional de las sociedades

Al tener cada país el derecho a desarrollar en plena soberanía sus reglas de tributación, las incoherencias resultarían de la yuxtaposición de estas reglas. Concretamente, se identifican cuatro campos.

¹⁵ Action plan, p. 14.

¹⁶ N. Gaoua, Taxation of the Digital Economy : French Reflections, Eur. Tax., 2014, p. 10.

1. Neutralización de los efectos de los acuerdos híbridos (acción 2)

Se trata de adaptar las reglas convencionales y nacionales de forma que se evite que los pagos puedan ser deducibles en una jurisdicción mientras que el rendimiento correspondiente no sea gravado en la otra¹⁷.

La Comisión europea ha propuesto ya a este respecto una revisión de la directiva matriz-filial que prevé métodos para evitar la doble imposición internacional de los dividendos en la Unión¹⁸: uno de los métodos que permite evitar la doble imposición es la exención. No sería posible, salvo si el beneficio distribuido por la filial a su sociedad matriz no es deducible en sede de la filial¹⁹.

2. Reforzamiento de las reglas sobre sociedades extranjeras controladas (« Controlled Foreign Corporations »- « CFC rules »)

Resulta bastante curioso que el plan de acción afirme que la OCDE no ha llevado a cabo trabajo significativo en esta materia. Sin embargo, las reglas CFC, imaginadas en 1962 por el Profesor Stanley Surrey, entonces secretario adjunto del Tesoro de los Estados Unidos, han conocido un desarrollo sin precedentes en el mundo. Estas reglas permiten la inclusión de rentas, generalmente pasivas, no gravadas o poco gravadas en sede de sociedades intermediarias, en los beneficios de la sociedad matriz. Estas reglas, según el plan de acción, no se opondrían de forma suficientemente global a las técnicas BEPS²⁰.

¹⁷ M. Tatarová, Hybrid Mismatch Arrangements : The OECD Report and the Canadian Perspective, D.G. Alty, B. R. Carr, M. R. Smith y C.J. Steeves, ed., Canadian Tax Journal, 2012, p. 701

¹⁸ Decision del Consejo del 20 de junio de 2014 (Prensa 254, 9402/14).

¹⁹ R. Jackson, EU Legislation Targets Hybrid Loan Tax Avoidance, Tax Notes Int'l, 2013, p. 800.

²⁰ M.A. Kane, The Role of Controlled Foreign Company Legislation in the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project, Bull. for Int'l Tax., 2014, nr. 6/7.

Lo que es exacto, es que su utilización necesita la modificación de los tratados. En efecto, diferentes jurisdicciones nacionales, particularmente el Consejo de Estado francés y más recientemente una Corte superior de Brasil, han considerado que, en las relaciones entre dos países vinculados por un Tratado, el recurso a estas reglas era contrario al Tratado. Esto no permite en efecto la imposición de las rentas de una entidad extranjera a menos que esta entidad disponga en el otro país de un establecimiento permanente.

Muchos tratados permiten expresamente el recurso a estas reglas.

El comentario OCDE, en sus últimas versiones, considera que las reglas CFC no son contrarias a los Tratados concluidos según el modelo OCDE, pues determinan la base imponible de la sociedad matriz y no gravan directamente las rentas de la filial.

3. Limitación de la erosión de la base por las deducciones de intereses y de otros pagos financieros (acción 4)

Desde una perspectiva « inbound », el abuso constatado es el préstamo a una sociedad del país por una entidad que se beneficie de un régimen fiscal favorable. El interés es deducible en el país de la fuente y no es susceptible de gravamen en el país de residencia.

Desde una perspectiva « outbound », una sociedad recurre al endeudamiento para financiar la producción de rentas exoneradas o rentas cuya imposición se difiere.

En lugar de intereses propiamente dichos, las empresas pueden igualmente recurrir a otras operaciones financieras como las garantías, los derivados, los seguros cautivos y los precios de transferencia²¹.

Allí también, la introducción de reglas
21 J. Hey, Base Erosion y Profit Shifting y Interest Expenditure, Bull. for Int'l Tax., 2014, n°. 6/7 ; C. Burnett, Intra-Group Debt at the Crossroads ; Stand-Alone versus Worldwide Approach, World Tax Journal, 2014, p. 40.

nacionales no puede separarse de las modificaciones necesarias de los tratados.

De entrada, en la Unión Europea por ejemplo, la libertad de establecimiento y la libertad de movimiento de capitales prohíben introducir reglas que serían discriminatorias y se aplicarían únicamente a pagos a entidades extranjeras mientras que los mismos pagos serían deducibles si fueran efectuados en favor de entidades nacionales.

En el plano de los convenios en general, las cláusulas de no discriminación de los tratados pueden igualmente oponerse a tratamientos diferenciados.

4. Lucha contra las prácticas fiscales dañinas mediante la toma en consideración de la transparencia y de la sustancia (acción 5)

La OCDE había publicado ya en 1998 un informe sobre las prácticas fiscales perniciosas. La Unión Europea había adoptado igualmente iniciativas importantes en la materia²². El recurso a los incentivos fiscales ha sido objeto de numerosas críticas, mientras que otros ven el simple respeto de la soberanía del país de la fuente.

El proceso de la OCDE en su informe consiste en determinar de entrada si el régimen es preferencial y a continuación si es potencialmente dañino. Los factores de base son cuatro :

- tipo de gravamen nulo o bajo ;
- limitación de forma que se excluyan los efectos en el país mismo (« ring fencing ») ;
- falta de transparencia ;
- falta de intercambio efectivo de información.

Otros ocho factores se enumeran, comprendiendo la definición artificial de la base, la no- adhesión a los principios internacionales en materia de precios de transferencia, exención en el país de la residencia del rendimiento extranjero, la presencia de tipos de gravamen negociables, el recurso a disposiciones relativas al secreto, el acceso a una red amplia de

22 Informe Primarolo ; Código de conducta.

tratados fiscales, la promoción del régimen como instrumento de minimización fiscal y el estímulo del régimen de operaciones con un propósito puramente fiscal.

El régimen será juzgado efectivamente dañino sobre la base de sus efectos económicos.

La OCDE preconiza el intercambio espontáneo de rulings relativos a los regímenes preferenciales y la exigencia para la aplicación de estos regímenes de una actividad dotada de sustancia.

Puede subrayarse que el Foro global sobre la transparencia fiscal, respondiendo a la llamada del G20, ha hecho de alguna manera que acuerdos muy numerosos sobre el intercambio de información con jurisdicciones fiscales privilegiadas se firmen y que un sistema de « peer reviews » permita evaluar estas jurisdicciones en cuanto a los estándares de transparencia y de intercambio de información.

El Convenio multilateral del Consejo de Europa y la OCDE, ratificado por muchos países, permite el intercambio espontáneo de información. Sucede lo mismo con los acuerdos intergubernamentales (« Intergovernmental Agreements »-« IGA ») firmados en aplicación del « Foreign Account Tax Compliance Act » americano (« FATCA »).

Un buen ejemplo reciente de estos regímenes son los regímenes preferenciales aplicables a las rentas de patentes (« Patent Boxes »). Deben ser asociados a una verdadera actividad de investigación y de desarrollo.

Capítulo III. Restauración de los efectos y beneficios de los estándares internacionales

Los efectos de erosión de base o de transferencia artificial de los beneficios pueden resultar no sólo de la utilización de disposiciones nacionales a las que falta coherencia entre ellas, sino también de disposiciones convencionales desde que un

país tercero se interpone entre dos Estados partes convencionales.

1. Prevención del abuso de los tratados (acción 6)

Las cláusulas relativas al abuso de los tratados deben ser coordinadas con las cláusulas nacionales anti-abuso. Allí también, se ha mantenido una discusión doctrinal para saber si las cláusulas nacionales anti-abuso podían aplicarse al abuso de los tratados. La OCDE no ve ningún inconveniente, pero numerosas jurisdicciones nacionales se han opuesto.

Por otro lado, las disposiciones de « limitation of benefits », que limitan las ventajas del tratado a las hipótesis en las que estas ventajas no se transfieren a personas que no puedan beneficiarse del tratado, han sido introducidas desde hace mucho tiempo en el Tratado modelo americano.

2. Técnicas que permiten evitar el estatuto de establecimiento permanente (acción 7)

La OCDE critica aquí una técnica relativamente reciente y que parece, sin embargo, perfectamente legal : reemplazar el estatuto de distribuidor, conferido a una sociedad filial independiente, por un estatuto de comisionista. Mientras que el distribuidor se beneficiaba de un margen de beneficio constituido por la diferencia entre el precio de venta y el precio de compra, el comisionista no tiene derecho más que a una comisión, corriendo con todos los riesgos la sociedad matriz. La cuestión es entonces saber si la sociedad matriz no dispone de un establecimiento permanente en sede del comisionista. Esta cuestión se ha resuelto en sentido diverso por diferentes decisiones jurisprudenciales²³. El Consejo de Estado francés, por ejemplo, ha estimado que como el comisionista, en virtud de la definición en Derecho mercantil de su estatuto en Derecho francés, no revelaba la identidad de su comitente, era imposible que el comitente

23 S. Rasch y S. Dotterweich, Vertreterbetriebsstätte : Begründung durch Vertriebsstrukturen ? Neue Rechtsprechung in den Fällen Roche, Dell e-Bay, IStR, 2014, p. 65.

tuviera un establecimiento permanente en sede del comisionista.

La OCDE quiere evitar que el estatuto de establecimiento permanente sea así eliminado de forma artificial. Sería mejor hablar de una redefinición del establecimiento permanente o de la introducción de un nuevo concepto a la operación aquí criticada que deriva de la gestión normal de las empresas.

3. Alineamiento de los resultados de las reglas de precios de transferencia con el lugar de creación de valor

De nuevo, el informe, si reconoce que las reglas existentes en materia de precios de transferencia, desarrolladas después de muchos años, fundamentalmente por los Principios aplicables a las empresas multinacionales en materia de precios de transferencia, inspirados a su vez en las « Regulations » americanas que aplican la « section 482 » del Internal Revenue Code, producen generalmente resultados satisfactorios ; sin embargo, parece que subsisten las posibilidades de separar la actividad económica de su rendimiento y de transferir éste a jurisdicciones fiscales privilegiadas, esencialmente por traslado de bienes inmateriales, la sobrecapitalización de sociedades poco gravadas o la atribución contractual de riesgos a estas entidades por transacciones que no serían normalmente concluidas entre partes no vinculadas²⁴.

La OCDE descarta los sistemas de atribución de rentas entre entidades del grupo basados sobre fórmulas. Cabe recordar que éste es precisamente el propósito de la propuesta de directiva europea sobre la base imponible común consolidada del impuesto sobre sociedades. La OCDE estima por el contrario que hace falta centrarse en tres problemas :

a) los bienes inmateriales (« Intangibles » - acción 8)

24 S. Rasch y L. Tilmann, Base Erosion and Profit Shifting : Hat der Fremdvergleichsgrundsatz für die Bestimmung der Verrechnungspreise noch eine Zukunft ?, IStR, 2013, p. 139.

Cabe definir estos bienes inmateriales, asegurar que los beneficios ligados a su transferencia o a su uso se alinean con el lugar de creación de valor, desarrollar reglas de precios de transferencia en lo que concierne a los bienes inmateriales difíciles de evaluar y poner al día las líneas directrices relativas a los acuerdos de contribución al coste (« Cost Contribution Arrangements »)²⁵.

b) riesgo y capital (acción 9)

Cabe desarrollar reglas de transferencia de riesgos²⁶ y distribución de capital excesivo a ciertos miembros de un grupo. Los rendimientos inadecuados no pueden ser atribuidos a una entidad únicamente porque contractualmente haya aceptado riesgos o aportado capital. El rendimiento debe alinearse, allí también, con la creación de valor²⁷.

c) otras operaciones de alto riesgo (acción 10)

Las disposiciones especiales en materia de precios de transferencia deben clarificar las circunstancias en las que determinadas operaciones pueden ser recharacterizadas. Se trata en particular de clarificar la aplicación de los métodos de precios de transferencia en lo que concierne a los repartos de beneficios en las cadenas de valor globales y de actuar contra ciertas técnicas de « management fees » y la atribución de repartos de gastos de sedes.

Capítulo IV. Desarrollo de la transparencia, de la certeza y de la previsibilidad

1. Establecimiento de metodologías para reunir y analizar los datos relativos a BEPS (acción 11)

Es bastante curioso meter el carro antes que los bueyes y emprender acciones antes de haber reunido los datos relativos a su eventual necesidad. Sin embargo, tal es la marcha propuesta.

25 J. Scott Wilkie, Intangible and Location Benefits (Customer Base), Bull. for Int'l Tax., 2014, nr. 6/7.

26 Véase por ejemplo, Addressing Tax Risks Involving Bank Losses, OCDE, 2010.

27 W. Schön, International Taxation of Risk, Bull. for Int'l Tax., 2014, nr. 6/7.

2. Obligación de revelar los acuerdos de planificación fiscal agresiva (acción 12)

La OCDE preconiza la técnica americana que obliga a los contribuyentes a revelar en su declaración de impuestos los esquemas fiscales agresivos que habrían empleado.

3. Reexamen de la documentación relativa a los precios de transferencia

La exigencia de una documentación relativa a los precios de transferencia es ya antigua. La OCDE propone que esta documentación sea puesta a disposición de todos los gobiernos afectados.

4. Creación de dispositivos de resolución de conflictos más eficaces

La OCDE reconoce que el proceso de resolución amistosa de los conflictos debe ser mejorado, fundamentalmente por la introducción de una disposición que haga el arbitraje internacional obligatorio.

No obstante se guarda silencio sobre la lamentable ausencia del contribuyente en estos procedimientos que se desarrollan entre administraciones.

5. Necesidad de una puesta en práctica rápida

La OCDE propone desarrollar un instrumento fiscal multilateral (acción 15). Pocas precisiones se hacen a este respecto. Sin embargo, es exacto que el impresionante número de tratados fiscales bilaterales existentes (unos 3.000) llevaría a un proceso de revisión tratado por tratado poco eficaz.

Pese a ello, fuera de algunas experiencias como el tratado nórdico, sería la primera vez que un instrumento multilateral se dirigiría no sólo a reglas de procedimiento como el intercambio de información, sino también a reglas de fondo como las del abuso de los tratados, la definición de establecimiento permanente, los precios de transferencia y los acuerdos híbridos²⁸.

²⁸ M. Helminen, The Problem of Double Non-Taxation in the European Union – To

Pueden preverse diversas soluciones para la puesta en marcha rápida de BEPS²⁹. Una primera solución sería la adaptación del Comentario OCDE. Sin embargo, esta solución no podría ser eficaz, salvo si la adaptación pudiera conciliarse con los tratados ya firmados y el Comentario que estaba en vigor en su momento.

Una segunda solución sería la conclusión de un tratado multilateral reemplazando la red de tratados bilaterales. Esta solución parece desde un principio irreal.

La tercera solución residiría en la firma de un tratado marco multilateral al que diferentes Estados podrían adherirse por declaración sin modificar los términos.

La cuarta solución, del mismo estilo, sería la conclusión de un tratado multilateral que modifique los tratados bilaterales, pero a propósito del cual los países participantes tendrían el derecho a formular reservas. Fuera de las dificultades relativas a la redacción y a la conclusión de tal tratado se plantea el problema de las modificaciones posteriores. La modificación de un tratado multilateral es un procedimiento lento como prueban las modificaciones que se han realizado en 2011 al tratado multilateral del Consejo de Europa y de la OCDE sobre intercambio de información de 1988. A este respecto, podría preverse un procedimiento ya aplicado en Derecho internacional y previsto por el artículo 11 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados : el acuerdo de un Estado miembro puede expresarse no sólo What Extent Could This Be Resolved through a Multilateral EU Tax Treaty Based on the Nordic Convention ?, Eur. Tax., 2013, p. 306 ; P.D. Morrison, BEPS (Part 2) – A Multilateral Tax Treaty, Tax Management Int'l Journal, p. 626, P. Pistone, Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Taxation, World Tax Journal, 2014, p. 3.

²⁹ J. Lutz, « Een multilateraal instrument – Denkpistes en verhouding tot de Belgische interne rechtsorde », A.F.T., 2014, p. 25 ; D.M. Broekhuijsen, Naar een multilateraal fiscaal raamwerkverdrag, Weekblad Fiscaal Recht, 2013, p. 1443.

por su firma sino también por todos los demás medios convencionales previstos. En varios campos, como el del medioambiente, el transporte, la salud o el Derecho del trabajo, los Estados se han sometido a la decisión mayoritaria de un órgano designado por el Tratado o de una organización internacional. Éste es, en particular, el caso de los acuerdos relativos al reparto de los recursos hídricos. Resta designar el órgano que tendría esta competencia. La OCDE, pese a su trabajo de iniciativa, no parece ser el órgano ideal : sólo representa las administraciones fiscales de sus Estados miembros. Valdría la pena crear un órgano independiente, en ausencia del Tribunal de Justicia Fiscal Internacional con el que muchos autores han soñado. Entre los países europeos, varios acuerdos han confiado una tarea de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por otro lado, el procedimiento mayoritario previsto en otras materias distintas a la fiscal permite la modificación del Derecho europeo por el Consejo y el Parlamento.

Es preciso tener en cuenta además las objeciones que podrían formular los Estados Unidos a un Convenio modelo así. El Convenio modelo americano prevé en efecto que un acuerdo bilateral no restringirá en absoluto las ventajas acordadas por la ley de los Estados contratantes. Es la regla : « First do no harm ». Esta regla no se retoma en el Modelo de la OCDE bien que éste prevé en sus diversas disposiciones que un Estado contratante « puede gravar » o « no someterá a imposición ». Un tratado no es, para la doctrina americana, el lugar idóneo para prever que un Estado gravará un elemento de renta o patrimonio. Los Estados Unidos no aceptarán por ello concluir tratados que restrinjan las ventajas acordadas por el Código americano o sus « Regulations »³⁰.

Capítulo V. BEPS y las cláusulas anti-abuso
El punto de acción BEPS, que se ha explicado antes, contempla la prevención del abuso de los Tratados. La OCDE ha publicado un texto

sometido a discusión³¹ que ha dado lugar a numerosos comentarios publicados en la web de la OCDE y a un estudio crítico del Prof. Lang³². Las propuestas de la OCDE se desarrollan en tres planos : la introducción de disposiciones convencionales o de Derecho interno destinadas a evitar el otorgamiento de la ventajas de los Tratados en circunstancias inadecuadas ; una declaración según la cual los Tratados no se destinan a crear situaciones de doble no imposición ; consideraciones de política fiscal a emitir por los Estados contratantes antes de concluir un Tratado.

La OCDE distingue hipótesis en las que una persona intenta evitar las limitaciones previstas por el Tratado mismo y los casos en los que un contribuyente utiliza las disposiciones de Derecho interno para abusar del Tratado.

1. Abuso que tiende a evitar las limitaciones previstas por el propio Tratado

a) Treaty shopping

Como los Tratados se aplican a los residentes de los Estados contratantes, el « treaty shopping » consiste, para una persona, en interponer un residente de un Estado contratante para beneficiarse indirectamente de las ventajas del Tratado.

La OCDE ha luchado ya contra esta práctica, primero introduciendo el concepto de beneficiario efectivo (« beneficial owner ») desde la versión de 1977 del Modelo³³. El comentario de la OCDE se ha adaptado gradualmente para precisar este concepto que sigue siendo, sin embargo, un concepto internacional no reflejado en la mayoría de los Derechos internos.

31 Public discussion draft-BEPS action 6 : Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, 14 March 2014-9 April 2014.

32 M. Lang, BEPS Action 6 : Introducing an anti-abuse rule in tax treaties, Tax Notes Int'l, 2014, p. 655.

33 Véase igualmente los Informes Double Taxation and the Use of Base Companies, Double Taxation and the Use of Conduite Companies, 1986 ; Restricting the Entitlement to Treaty Benefits, 2003.

30 P.D. Morrison, BEPS (Part II – A Multilateral Tax Treaty ?), Tax Management International Journal, 2013, p. 626.

Disposición sobre las limitaciones de las ventajas del Tratado.

La OCDE recomienda en primer lugar generalizar en el conjunto de los tratados la disposición que limita las ventajas otorgadas por el Convenio, según el modelo de la misma que está previsto en el Convenio Modelo de los Estados Unidos. Este texto excluye de las ventajas del Tratado a los residentes de un Estado contratante que no son personas calificadas.

Así serán consideradas como personas calificadas únicamente las sociedades cuyas acciones cotizan en bolsa, cuya sede principal de gestión y de control está situada en el Estado contratante, o cuyo 50 % de los títulos, por lo menos en relación con el poder de voto y valor, son poseídos por cinco sociedades o menos, cumpliendo dichas condiciones, o cuyas participaciones pertenecen en las mismas condiciones a más del 50 % por residentes del Estado contratante durante más de la mitad del ejercicio fiscal. Además, se requiere que menos del 50 % de las rentas de la entidad en cuestión sirvan a pagos deducibles fiscalmente destinados a no residentes.

Los residentes del Estado contratante ocupados en la conducta activa de una actividad económica distinta de la mera inversión (las actividades de banca, seguros y comercio de títulos quedan excluidas de la definición de mera inversión) podrán beneficiarse de las ventajas del Convenio.

Esta disposición, de gran complejidad, ha sido introducida por los Estados Unidos y por otros países en un gran número de Convenios. Una de las cuestiones es la de saber si hace falta añadir una regla de ventajas derivadas que permita incluir en la definición de personas calificadas a los beneficiarios equivalentes, incluyendo sobre todo a aquellos que, aunque sean no residentes, podrían beneficiarse de las mismas ventajas en aplicación de otro tratado concluido con el país de la fuente.

En el caso de la Unión Europea, tales

disposiciones existen en ciertos tratados en favor de los residentes de otros Estados de la Unión.

Reglas relativas a los acuerdos cuyo objetivo principal es el de obtener las ventajas de los tratados

La OCDE propone una regla muy general, que se añade a la disposición específica contemplada aquí arriba, que prevé que las ventajas del Convenio no se otorgarán si puede concluirse razonablemente, a la vista de todos los hechos y circunstancias, que la obtención del beneficio del Tratado era uno de los objetivos principales del acuerdo o de una operación, directamente o indirectamente, salvo si se establece que el otorgamiento de la ventaja sería conforme al objeto y al propósito de la disposición pertinente del Tratado.

Esta disposición, por su naturaleza, crea la misma incertidumbre que las disposiciones análogas que existen en Derecho interno con respecto a las operaciones que tratan de evitar no la mera aplicación de una ley, sino de contradecir el objetivo de una determinada legislación.

b) Otras situaciones en las cuales un contribuyente intenta evitar las limitaciones previstas por un tratado

La OCDE enumera a este respecto una serie de operaciones que son objeto de otros puntos de acción BEPS, sea de propuestas ya formuladas que son ya más elaboradas en el informe.

1°. División de los contratos de forma que se evite por ejemplo el período de 12 meses previsto para la creación de establecimientos permanentes en caso de obras ;

2°. Contratos de empleo destinados a obtener la exención de imposición en la fuente de las rentas del trabajo ;

3°. Operaciones destinadas a evitar caer en la definición del dividendo sobre la base fundamentalmente de productos híbridos ;

4°. Transferencias de acciones de manera que se alcance el porcentaje del 25 % que permite la aplicación de un tipo reducido del 5 % sobre los dividendos poco antes de su distribución : estaría previsto un período de posesión de los títulos como condición adicional ;

5°. Operaciones destinadas a evitar que una sociedad sea considerada como habiendo invertido más del 50 % de sus activos en inmuebles, lo que hace que las plusvalías de estos títulos sean susceptibles de gravamen en el país de situación de los inmuebles ;

6°. Modificaciones de la regla « tie breaker » aplicable a la definición de la residencia de las sociedades ;

7°. Regla anti-abuso destinada a evitar la creación por una sociedad residente del otro Estado contratante de establecimientos permanentes en terceros Estados beneficiándose de un régimen fiscalmente ventajoso.

2. Hipótesis en las que un contribuyente abusa de disposiciones de Derecho interno para beneficiarse de las ventajas de un Tratado

Estas hipótesis son numerosas, pero, por lo general, han sido tratadas en otras acciones propuestas por el plan de la OCDE (productos híbridos, reforzamiento de las reglas CFC, limitación de la erosión de la base por las deducciones de intereses, precios de transferencia).

Sin embargo, la OCDE propone añadir un artículo 1.3 al Convenio Modelo, inspirado en la « saving clause » del Derecho americano y que prevé que el Convenio no afecta al derecho de un Estado contratante a gravar a sus residentes, salvo en lo concerniente a ciertas hipótesis limitadas (ajuste correlativo en caso de aplicación de las reglas de los precios de transferencia, remuneraciones pagadas por el Estado, remuneraciones pagadas a los estudiantes, prevención de la doble imposición, prevención de los tratos discriminatorios, derecho a recurrir

al procedimiento amistoso, diplomáticos). Tal disposición supone una modificación completa del Derecho de los tratados a concluir por los demás países distintos de Estados Unidos.

a) Clarificación que prevé que los tratados no se destinen a generar una doble no imposición

La OCDE propone que los tratados empiecen con una declaración de la intención a este respecto, que se convertiría evidentemente en un instrumento de interpretación.

b) Consideraciones de política fiscal previa a la conclusión de un tratado

Los objetivos de política fiscal que serían citados en la introducción a los comentarios del Convenio Modelo de la OCDE comprenderían no sólo la prevención de la doble imposición, particularmente en materia de retención en la fuente, la protección contra las discriminaciones, la creación de un entorno que se beneficia de la seguridad dada por el Tratado y la posibilidad de resolver los conflictos, en su caso mediante arbitraje, sino también la prevención de la evasión y del fraude fiscal, fundamentalmente a través de la asistencia administrativa, comprendida en ella la asistencia prevista por el Convenio multilateral sobre la asistencia administrativa.

Conclusión

Como vemos, BEPS abriría una inmensa y nueva obra del Derecho Fiscal Internacional³⁴. La iniciativa quiere de algún modo sobrepasar la resolución caso a caso de los problemas de doble imposición para acceder a una especie de justicia fiscal mundial. Sin embargo, está expresamente previsto que la acción de la OCDE no pretende modificar el reparto de las rentas de la fuente y el país de residencia. A través de esta limitación, se prohíbe resolver el principal problema de equidad

34 A. de Graaf, P. de Haan y M. ten de Wilde, Fundamental Change in Countries' Corporate Tax Framework Needed to Properly Address BEPS, Intertax, 2014, p. 306.

fiscal entre naciones que concierne el reparto de rentas entre un país en desarrollo y países industrializados. Los países en desarrollo tienen, desde luego, un capítulo a añadir a BEPS³⁵.

En lo que respecta a América latina, cabe destacar diferentes esfuerzos en este plano, en particular los del Instituto Latinoamericano del Derecho Tributario, que trabaja en nuevos proyectos de tratados modelo. Un proyecto de tratado multilateral interno para América latina ya se adoptó en el Congreso del ILADT en Santiago de Compostela. El próximo congreso del ILADT en Lima en septiembre de 2014 quiere continuar proponiendo soluciones alternativas para la conclusión de tratados entre los países latino-americanos y terceros Estados. Mientras que no se haya resuelto este problema se confirmará la amarga frase de Eduardo Galeano : « La división internacional del trabajo consiste en que unos países se especializan en ganar y otros en perder »³⁶.

Lista de abreviaciones

Bull. Int. Tax	Bulletin for International Taxation
EC Tax Rev.	Ec Tax Review
Eur. Tax.	European Taxation
FJF	Fiscale Jurisprudentie- Jurisprudence fiscale
Fisc. Act.	Fiscale Actualiteit
TFR	Tijdschrift voor fiscaal recht

35 S. Boon Law, Base Erosion and Profit Shifting-An Action Plan for Developing Countries, Bull. for Int'l Tax., 2014, nr. 6/7.

36 E. Galeano, Las venas abiertas de América latina, Montevideo, 1970, p. 1.

LOS INTANGIBLES Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO.

DR. CÉSAR GARCÍA NOVOA ³⁷
- España -

I. Sociedad de la información, Internet y ordenación jurídica

Los avances en el campo de la informática suponen la mayor revolución tecnológica de nuestros tiempos. Baste como muestra señalar que el primer ordenador conocido, que data del año 1955, ocupaba un edificio entero y precisaba de refrigeración constante porque cualquier alteración en la temperatura afectaba a su sistema. A mediados de 1970, los PC, que incorporaban el chip de minituarización, eran ya de un tamaño similar a los actuales y las prestaciones que ofrecían ponían de manifiesto un progreso impresionante, producido en tan solo quince años³⁸. Si la informática ha sido el avance más importante en el mundo de la tecnología, Internet ha sido el avance más importante en el campo de la computación. Surgida en plena Guerra Fría, Internet nace como una red que interconectaba los ordenadores del Pentágono, pasando a generalizarse su uso con fines no militares a mediados de los noventa.

Hoy el desarrollo de Internet es sobrecogedor. Su implantación crece de modo exponencial, aunque de manera desigual; según GOOLSBEE (1998), el 50% de los norteamericanos mayores de 18 años acceden de forma ordinaria a la red, cifras éstas que son superadas por Estados europeos como los Países Bajos. Del trabajo de este autor se desprende, también, que el acceso a la red es claramente desigual entre

³⁷ Licenciado y Doctor en Derecho, premio extraordinario de Licenciatura. Diplomado en la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela.

³⁸ VILLAS PALASI, J.L., "Implicaciones jurídicas de Internet", Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº 28, Madrid, 1998, pag. 493.

los distintos estratos sociales³⁹. Este uso generalizado, aunque desigual de la red, constituye el emblema de lo que se ha dado en llamar la Sociedad de la Información, la cual se proyecta, especialmente, en el ámbito de las relaciones económicas⁴⁰.

La posibilidad de concretar transacciones comerciales a través de la red, presenta una serie de ventajas inusitadas para los distintos operadores económicos. Cabría destacar lo que podríamos definir como *relativización del tamaño de los operadores económicos*. La red significa una gran oportunidad para las pequeñas y medianas empresas. En el ciberespacio se puede operar en contacto directo con el consumidor final, lo que supone una reducción de costes para todos los operadores económicos y, al mismo tiempo, unas mejores condiciones de competitividad para empresas de pequeño y mediano tamaños. Lo relevante en la red no es tanto la magnitud del operador económico, como otros factores a tener en cuenta, como el tipo de servicio que se presta, la innovación, la creatividad...Internet, como escenario de la actividad económica, es un factor de igualación, hasta el punto de que podríamos afirmar que las empresas son ingravidas en el ciberespacio, por lo que su tamaño no es relevante. Además de la optimización de la gestión y de la reducción de costes, el comercio electrónico amplía los mercados y crea áreas de actividad totalmente orientadas hacia los productos intangibles, lo que deberá traducirse en una oportunidad inmejorable de crecimiento⁴¹.

39 La media de usuarios de Internet, tendría dos años más de instrucción escolar por encima de los no usuarios y 22.000 \$ de renta familiar por encima de los no usuarios; GOOLSBEE, A., In a World without Borders: The Impact of Taxes on Internet Commerce, NBER Working Paper, 1998, pag. 6863.

40 Sobre las consecuencias de la Sociedad de la Información en todos los ámbitos, puede consultarse, en la propia red, MILLER, T., The US Information Society Update, 1997, <http://europa.eu.int/comm/dg03/publicat/isco-op/year97/year97.htm>. abril.1999.

41 Como señala LOPEZ DIAZ, A., "el comercio electrónico abre un campo nuevo para las pequeñas y medianas empresas".

Y todo ello por un dato que nos parece trascendental. En la red se puede generar un tipo de comercio que podríamos calificar de inmaterial. Como medio de comunicación a distancia, la red propicia el comercio sin presencia física de las partes. Pero también permite unas relaciones económicas sin estructura comercial, sin presencia física de bienes, lo que en sí mismo supone una auténtica revolución en lo que es el régimen tradicional de las transacciones económicas. Así, las principales innovaciones del comercio electrónico con relación a las formas tradicionales de tráfico de bienes y servicios, se resumirían en los siguientes puntos.

a) *Deslocalización de la actividad económica*. La red constituye un medio idóneo para concretar relaciones económicas a distancia. Aunque ello no suponga una novedad determinante en relación con otros medios de comunicación a distancia, lo cierto es que estamos ante un instrumento para las relaciones económicas respecto al que se presume el acceso masivo del consumidor medio – lo que, por otro lado, va a significar el acceso de consumidores residentes en regiones periféricas a mercados más amplios –, que abre enormes posibilidades respecto a la promoción o venta de determinados productos; especialmente productos en formato digital (música, libros, software, videoclips...), dentro de lo que se llaman transacciones on line o comercio electrónico directo⁴². Todo ello hace de Internet un campo idóneo para la venta de productos susceptibles de ser objeto de digitalización. Ello queda reflejado en el espectacular crecimiento del comercio electrónico, mucho más acusado en Estados Unidos que en Europa⁴³.

"Fiscalidad del comercio electrónico: principios del Derecho Comunitario", Informática y Derecho Tributario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pag. 247.

42 DE JUAN LEDESMA, A., "Internet y nuevas tecnologías en telecomunicaciones: nuevos retos de la fiscalidad internacional", Impuestos, 1998, II, pag. 1192.

43 El Informe JOSTEN, publicado en 1999, estima que en el año 1998, el volumen de

Esta posibilidad de generalizar un modo de relación comercial a distancia va a suponer una internacionalización del comercio. La territorialización de la actividad económica y las fronteras comerciales perderán importancia, con lo que ello va a tener de trascendental tanto para las empresas como para los consumidores. Para las primeras, lo fundamental es la posibilidad de vender productos en cualquier parte del mundo sin necesidad de presencia física. En el campo económico y comercial ello puede suponer la pérdida de importancia de la filial o la sucursal (*branch office*). La innecesidad de una presencia material para operar en un determinado mercado, supone el no sometimiento a su regulación interna, tanto en el campo económico – licencias, controles de calidad, horarios comerciales...- como, sobre todo, en el aspecto fiscal. La consecuencia evidente es que el ejercicio de la soberanía económica, atribuida al Estado o a las organizaciones supranacionales, deviene inoperativa respecto a un sector de la actividad económica de creciente importancia. Ello favorece la deslocalización de actividades económicas, especialmente en lo relativo a la prestación de servicios que no requieran la presencia material del prestador; piénsese en servicios jurídicos o actividades bancarias *off-shore*. Todo ello puede abocar a que los operadores económicos abandonen sus emplazamientos tradicionales – normalmente en los Estados desarrollados, para situarse en Estados de conveniencia con mejores condiciones fiscales o laborales.

b) *Desintermediación*. Como señalan HORTALA I VALLVE, ROCCATAGLIATA y VALENTE, una de las grandes ventajas del comercio electrónico es la eliminación de intermediarios. Así, por ejemplo, un productor de software, de música o de otro producto digitalizable, operando a través de Internet, podrá vender y enviar sus productos directamente al consumidor final, que, incluso, podrá pagar sin contar con la transacciones económicas en la red, ascendió a 7'8 billones de dólares, estimándose que esa cifra en el año 2003 puede acercarse a los 108 billones; véase JOSTEN, R., E-commerce Taxation: Iusses in Search of Answers, Executive Summary, septiembre, 1999.

colaboración de un banco u otra institución financiera⁴⁴.

c) *Desmaterialización de bienes y productos*. La red no supone una gran novedad respecto a las transacciones de bienes materiales, más allá de significar un nuevo medio de comunicación, más rápido, global y accesible. Su importancia radica fundamentalmente en ser un instrumento apropiado para la transmisión de información, en permitir un flujo constante de bits, imágenes y textos en lenguaje binario. Respecto a los productos susceptibles de su prestación *on line*, la red puede por tanto llevar a presumir, no sólo una mayor competitividad general, con la consiguiente ventaja del consumidor, sino también una progresiva tendencia a desmaterializar bienes tradicionalmente ofertados en el mercado en formato convencional. Si el comercio electrónico es especialmente favorable para las transacciones relativas a bienes en formato digital, ello provoca, en primer lugar, una discriminación a favor de los operadores que ofrecen *on line* determinados productos – música o una obra literaria, por ejemplo –, frente a quienes los venden en formato libro o CD. Si las condiciones para esta venta son comparativamente mejores, es factible pensar que muchos empresarios acaben decidiendo vender la mayor parte de sus productos a través de Internet, convirtiendo los productos en intangibles, y, por tanto, procediendo a *desmaterializarlos*⁴⁵.

La combinación de estos tres factores (deslocalización, desintermediación y desmaterialización) junto con otros de no menor importancia, como la descentralización del comercio, con la consiguiente ausencia de control, o la imposibilidad o dificultad de determinar la identidad del operador

44 HORTALA I VALLVE, J.-ROCCATAGLIATA, F.- VALENTE, P.; La fiscalidad del comercio electrónico, Ciss Valencia, 2000, pags. 199.

45 GARBARINI, C., "La disciplina fiscale del commercio elettronico: principi ispiratori, problematiche applicative e prospettive di sviluppo", Diritto e Pratica Tributaria, settembre-ottobre, Cedam. Padova, 2000, pag. 1206.

económico, han colaborado a consolidar la idea de la red como un “espacio libre”. Ello, sobre todo, teniendo en cuenta la circunstancia de que la red no se encuentra bajo la jurisdicción de ningún Estado⁴⁶. La ausencia de un orden jurídico, propiciado por un poder institucional, genera un verdadero “vacío jurídico”. El vacío jurídico en lo relativo a las operaciones a través de la red fue, en su momento, valorado en el sentido de considerar a Internet como una “Zona de no Derecho”. La propuesta de entender el ciberespacio como ajeno a la ordenación jurídica parte de la obra de KAPLAN, *Internet, Zone de non Droit*, publicada en 1995. Esta obra se inspira en diversos trabajos de la sociología jurídica, y en las aportaciones de CARBONNIER, quien en 1972 publicó *L’hypothese de non droit*, basándose en las ideas de HEGEL relativas al *Unrecht*⁴⁷. Lo que se está auspiciando es considerar el ciberespacio como zona de no derecho, donde la mayoría de los conflictos podrían resolverse por métodos arbitrales. El “no derecho”, desembocaría, como manifiesta VILLAR PALASI, en la tolerancia; las propuestas acerca de una actitud tolerante de los poderes públicos respecto a la actividad de los particulares, si bien no alcanza a actuaciones consideradas delictivas, sí ha tenido cierto predicamento, como veremos, en relación con la fiscalidad⁴⁸.

46 En tanto que los ordenamientos jurídicos surgen siempre al socaire de la existencia de un Estado. Véase al respecto, MORTATI, C., para quien el Estado es una especie del genus ordenamiento jurídico, con el carácter especial de su supremacía respecto a los demás ordenamientos jurídicos subsistentes; *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 1991, pag. 22.

47 Frente al panjurismo de la sociología jurídica tradicional, CARBONNIER reconoce que hay espacios “libres de Derecho”, tal y como en su momento se manifestó Hegel distinguiendo entre *Nichrecht* y *Unrecht*. Véase al respecto VILLAR PALASI, J.L., “Implicaciones jurídicas de Internet”, op. cit., pags. 506 a 508.

48 Según VILLAR PALASI, J.L., “la visión maximalista del no-derecho simplemente acepta esta hipótesis allí donde no se manifiesta un contencioso, no precisamente judicial, allí donde la vida común discurre

Pero si esta falta de regulación puede ser interpretada como una ausencia de cortapisas, y ensalzada como expresión de la libertad en el ciberespacio, la misma también encierra la explicación de porqué el grado de expansión del comercio electrónico no es, sobre todo en Europa, todo lo extenso que sería deseable⁴⁹. No es sólo el dato ya destacado de su implantación desigual tanto entre sectores económicos dentro de un mismo Estado, como entre Estados desarrollados y sub-desarrollados, que está provocando un *gap* tecnológico⁵⁰, lo que explica un cierto estancamiento del uso del comercio a través de Internet. Es sobre todo, por la gran incertidumbre generada por el vacío jurídico respecto a la red.

No es de extrañar que este vacío jurídico se intentase paliar, tanto a nivel internacional (Conferencia de Ottawa de la OCDE, en los días 7 a 9 de octubre de 1998 o la Declaración Ministerial sobre Comercio Electrónico Mundial de la OMC, de 20 de mayo de sin sobresaltos de fuera, por reglas internas que son acatadas. Gran parte de los conflictos interbancarios o entre compañías aseguradoras no llegan a los Tribunales: se solucionan con arbitrios jurídicos propios”, “Implicaciones jurídicas de Internet”, op. cit., pag. 509.

49 Existe un frenazo en la generalización del comercio electrónico, especialmente en Europa en relación con Estados Unidos. El caso español es paradigmático al respecto. Según el II Estudio sobre el Comercio Electrónico en España, elaborado en 1999 por la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE), el comercio electrónico representaba a finales de 1999, sólo el 0,042 % del total facturado por el comercio minorista, que había ascendido a 20 billones de pesetas.

50 MCI WorldCom, Inc, publicó una Estadística en mayo de 1999, recogida en Informe sobre el Impacto del Comercio en la Fiscalidad Española, elaborado por la Secretaría de Estado de Hacienda, IEF, Madrid, 2000. En esta Estadística se señala que mientras en Estados Unidos y Canadá hay 90 millones de internautas, en Europa hay poco más de 40. Casi 27 millones en Asia y el Pacífico. Por el contrario, Latinoamérica cuenta con 5.290.000 y Africa sólo con 1.140.000.

1998, con la consiguiente añadidura de unos nuevos comentarios al art. 5 del Modelo de Convenio OCDE, “ampliando” el concepto de “establecimiento permanente”, así como, respecto a la Unión Europea, la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000), como a través de la adopción de normas jurídicas por los propios Estados. En este sentido, destaca en el supuesto español, el Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, y el Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.

Todos estos caracteres referentes al comercio electrónico tienen especial incidencia en un campo concreto del mismo, como son sus consecuencias fiscales.

II. Internet y fiscalidad.

En tanto instrumento de comunicación, la realidad de Internet puede incidir, en primer lugar, en las relaciones entre los contribuyentes y la Administración. Así, en lo referente a cuestiones como la mejora del cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias como consecuencia del uso de nuevas tecnologías – presentación telemática de declaraciones – o el empleo de las mismas como instrumentos de asistencia al sujeto pasivo⁵¹. El uso de la red puede afectar también a la disponibilidad de información tributaria por las Administraciones, a efectos de garantizar el cumplimiento de los deberes fiscales⁵². La OCDE, en su

51 Véase al respecto HORTALA I VALLVE, J.-ROCCATAGLIATA, F.- VALENTE, P.; La fiscalidad del comercio electrónico, op. cit., pags. 196 y 197. También ELVIRA BENITO, D., “El concepto de establecimiento permanente ante el comercio electrónico. Una revisión necesaria”, Impuestos, nº 23, 2000, pag. 9. Este último autor expone el ejemplo del Internal Revenue Service americano, como pionero.

52 Sobre la cuestión de la información tributaria en poder de la Administración, véase ARRIETA MARTINEZ DE PISON, J., “Derecho tributario e Informática”, Informática y Derecho Tributario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pags. 15 y 16. Sobre el uso de datos automatizados por parte de la Administración española, véase la Instrucción 6/2000, de 4 de diciembre de

informe Electronic commerce: Taxation Framework Conditions, ha valorado muy positivamente la incorporación de nuevas tecnologías a la relación contribuyente-fisco, en lo que puede suponer de mejoría desde la perspectiva del acceso a la información de las Administraciones fiscales y de la rapidez de sus acciones destinadas a la asistencia a los contribuyentes⁵³. También el *Informe sobre el Impacto del Comercio Electrónico en la Fiscalidad Española*, elaborado por la Comisión constituida al efecto en el seno de la Secretaría de Estado de Hacienda, concluye, en su recomendación 177 que “deben aprovecharse la experiencia y grado de avance alcanzados por las Administración Tributaria española en la aplicación de técnicas electrónicas a la gestión tributaria, evitando estancamientos e incorporando sin interrupción técnicas y mejoras que incrementen la eficiencia del sistema en el nuevo entorno económico”⁵⁴.

Si bien es importante el impacto de Internet en el mundo de la tributación en lo que concierne a la comunicación entre contribuyente y Administración Tributaria, la gran cuestión es otra. Como ya hemos expuesto, la utilización de la red va a conllevar radicales innovaciones en la forma de llevar a cabo relaciones económicas, en especial en lo que puede suponer de deslocalización de la actividad económica y desmaterialización de los bienes. La red aparece así como un medio a través del cual determinados hechos imposables tradicionalmente contemplados por las legislaciones tributarias de los Estados pueden realizarse en unas condiciones radicalmente distintas a como tienen lugar

la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de Ficheros Automatizados de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

53 OCDE- Comité de Asuntos Fiscales, *Electronic commerce: Taxation Framework Conditions*, Box 1, 8 de octubre de 1998 (Anexo 12).

54 El Informe de la Comisión, así como el correspondiente Resumen actualizado pueden consultarse en <http://www.minhac.es/Comfisc/inicio.htm>.

en el comercio *off line*. Condiciones que dificultan enormemente el control tributario, y, por consiguiente, abren la puerta al fraude.

Y no solamente por lo que supone de novedad el comerciar con bienes inmateralizados, lo que puede plantear un problema que es recurrente en el Derecho Tributario moderno; la necesidad de adaptar hechos o situaciones novedosas – en este caso, las transacciones a través de Internet – a las categorías acuñadas en algunas normas tributarias, las cuales están pensadas para situaciones de hecho distintas. Así, la desmaterialización de bienes plantea problemas respecto a la calificación de las operaciones de comercio *on line*, en especial en el IVA, acerca de si las mismas deben calificarse como entregas de bienes o prestaciones de servicios. Aunque esto será algo que, normalmente, habrá de resolverse acudiendo a las técnicas interpretativas y calificadoras, teniendo en cuenta la necesidad de interpretar las normas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas⁵⁵. Son, más bien, los rasgos propios de la caracterología del comercio electrónico los que van a determinar las singularidades de su tratamiento fiscal.

Así, por un lado, el comercio electrónico supone la posibilidad de eliminar intermediarios entre los productores y los consumidores. La eliminación de intermediarios significa también la eliminación de sujetos que, bien por su calificación como sustitutos o responsables⁵⁶,

55 Sobre la técnica interpretativa y la función calificadora de hechos, véase CASADO OLLERO, G., “Legalidad tributaria y función calificadora de la Administración Fiscal”, en Los negocios anómalos ante el Derecho Tributario Español, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 16, 2000, págs. 34 y 35.

56 Efectivamente, a través de la red tiene lugar, como hemos dicho, la realización de hechos imponderables relacionados con las transacciones económicas, que también pueden tener lugar por medios convencionales. Como en su momento señaló JARACH, D., El hecho imponible, Abeledo-Pierrot, Buenos Aires, 1971, págs. 177-178, es imprescindible que los sujetos pasivos no contribuyentes sostengan una relación con

bien a través de sus eventuales obligaciones de colaboración con la Hacienda Pública, podrían ayudar a controlar fiscalmente los movimientos económicos en la red⁵⁷. Por otro lado, las dificultades de identificación de los operadores económicos cuando actúan a través del ámbito difuso de la red, conducen a lo que ELVIRA BENITO denomina “opacidad de las operaciones” a través de Internet⁵⁸. Esta presumible opacidad adquiere tal relevancia que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE (Conferencia de Turku) propuso como cuestiones previas a cualquier pretensión de afrontar la fiscalidad del comercio electrónico, el determinar la identidad del operador económico, identificar el lugar en que el operador económico desarrolla efectivamente su actividad, asegurar a las autoridades fiscales el acceso a la información, encontrar alternativas válidas a la reducción de los intermediarios, y seguir de cerca el incremento de la actividad bancaria *off shore*.

Pero sobre todo, es la deslocalización de la actividad económica que Internet faculta, el principal dato a tener en cuenta a la hora de afrontar la fiscalidad de las operaciones en la red. Internet *globaliza*, lo que, en

el hecho imponible. La proximidad con el hecho imponible permite definir sustitutos, y eso podría tener lugar también en los hechos imponderables consumados a través de la red. La desaparición de sujetos intermediarios impide la configuración de sustitutos.

57 Tal es así, que algunas de las propuestas más serias sobre la tributación de las ventas en Internet en la imposición indirecta proponen la colaboración de las entidades emisoras de tarjetas de crédito. Es el caso de la propuesta de Michel LEAVITT, profesor de la Universidad de Utah, en Streamlined sales tax system for the 21 century, para quien las emisoras de tarjetas deberían recaudar los tributos indirectos sobre las ventas en Internet, siendo responsable de recibir de los vendedores la información necesaria sobre las ventas, y preparar un software para determinar el impuesto sobre el consumo a pagar por el comprador y después remitir el importe al Estado responsable del impuesto.

58 ELVIRA BENITO, D., “El concepto de establecimiento permanente ante el comercio electrónico...”, op. cit., pag. 10.

suma, viene a significar que rompe los límites territoriales, relativizando uno de los principales elementos del ejercicio del poder del Estado, y, por ende, de la formación de órdenes jurídicos internos.

Ello vale también para el ordenamiento tributario, que en su acepción primaria es resultado del orden jurídico del Estado. Si el Derecho es sobre todo un fenómeno vinculado al poder del Estado, el Derecho tributario lo es también. Internet va a hacer *normales* las manifestaciones extraterritoriales de riqueza. Y si el Derecho tributario hace tiempo que se viene enfrentando a estas manifestaciones extraterritoriales, a través, sobre todo, de la extensión de la ley tributaria en el territorio y de los puntos de conexión (territorio, residencia...), el problema es si las categorías tradicionales sirven para la nueva realidad del comercio a través de la red.

La inmaterialidad de las transacciones que tienen lugar a través de Internet diluye la dimensión territorial de los hechos imponibles a ellas vinculados – obtención de renta, entregas de bienes, prestaciones de servicios –. De ahí las dificultades de los modelos clásicos de imposición directa e indirecta para enfrentarse al comercio electrónico. Destaca la dificultad de la sujeción a gravamen de las rentas obtenidas como consecuencia de las transacciones *on line*, respecto a las cuales se disipa la territorialidad en su acepción más elemental; la que entiende que el impuesto solamente se exige cuando hay una conexión del hecho imponible con el Estado que ha establecido tal impuesto. En el comercio electrónico directo no existe esa conexión territorial en lo concerniente a los rendimientos obtenidos por la venta de bienes, si la misma se realiza a través de un servidor. Internet permite a las compañías operar desde cualquier parte del mundo, y ofrecer sus productos desde territorios de baja tributación⁵⁹. Como dice FALCON Y TELLA, “...el ciberespacio permite vender desde cualquier lugar,

y por tanto, una editorial extranjera no necesitará ya comprar una filial en España, o abrir librerías, sino que podría vender sistemáticamente sus productos, en muchos casos a consumidores finales, desde paraísos fiscales, y a través de los terminales de los clientes que imprimirían las correspondientes obras literarias, científicas, musicales... cargándose la factura en una cuenta radicada en un banco off-shore”⁶⁰.

Las ventas a través de Internet constituyen, pues, una nueva forma de actuación de las empresas en más de una “jurisdicción fiscal”. Y es un tipo de actuación que se caracteriza por las peculiaridades de las formas subjetivas de presencia en esas jurisdicciones, ya que, a diferencia de los modos tradicionales de actuar en otros países, en los supuestos en que se opere a través de la red, en principio, no será necesaria la articulación de la empresa en una pluralidad de centros de gestión, ni la adquisición de la residencia de terceros Estados⁶¹.

Conviene recordar, que respecto a rentas obtenidas “sobre bases internacionales”, las normas internas “establecen los criterios de conexión de los elementos subjetivos o materiales con el ordenamiento o el territorio del Estado”. Y también es sabido que la existencia de este tipo de normas responde a las necesidades de los Estados de disciplinar jurídicamente aquellos hechos que podemos calificar como “dotados de elementos de

60 FALCON Y TELLA, R., “Tributación e “internet”: aplicación de las reglas generales, con adaptaciones en su caso, como alternativa al “bit tax”, Editorial Quincena Fiscal, nº 10, 1998, pag. 8. Resulta curioso como se ofrece en algunas páginas web – “con absoluto descaro”, como dice el propio FALCON Y TELLA - la posibilidad de operar a través de Internet en paraísos fiscales. Así en mgfiscal@mgabogados.com, se señala que “la constitución de sociedades off-shore es, pues, una alternativa cada vez más común en una sociedad globalizada”.

61 Véase GARBARINO, C., “La tassazione dei redditi di impresa multinazionale”, en UCKMAR, V., Corso di Diritto Tributario Internazionale, Cedam, Padova, 1999, pag. 183.

59 AGULLÓ AGÜERO, A., “El marco internacional de la fiscalidad del comercio electrónico”, Actualidad Informática, nº 33, 1999, pag. 3.

extranjería”, para los que será necesario tener en cuenta las conexiones de naturaleza real (situación o localización del bien o fuente de la renta) o personal (residencia, domicilio o nacionalidad), con más de un territorio u ordenamiento jurídico⁶². Partiendo de estas bases, los Estados pueden adoptar medidas legislativas unilaterales a la hora de modular la extensión de la norma en el territorio, o, lo que es lo mismo, a la hora de concretar los puntos de conexión⁶³. Pero los puntos de conexión de carácter territorial se vuelven difícilmente operativos en el supuesto de rentas obtenidas como consecuencia de la venta de bienes *on line*, si de lo que se trata es de garantizar una cierta recaudación a los estados de residencia de los compradores. Desde la perspectiva de la territorialidad como “criterio de política económica”⁶⁴, los Estados de residencia de los compradores, en los que operan las empresas que actúan a través de Internet, tendrían que acudir al criterio de la fuente – *source principle* –, que legitima la imposición en aquel Estado con cuyo territorio el hecho imponible presenta una conexión económica, lo cual resulta especialmente complicado en las transacciones de productos digitalizados, retribuidos a través de medios electrónicos de pago y a través de servicios bancarios *off shore*. Tampoco el recurso unilateral al criterio de la renta mundial resulta útil. Y es que estos principios tradicionalmente aceptados en el marco de la tributación internacional están basados en la presencia física del contribuyente en una singular área territorial para desarrollar una actividad convencional, presencia física que se opone frontalmente a los procesos

62 TORRES, H., Pluriritributação Internacional sobre as Rendias de Empresas, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2001, pag. 95.

63 Como señala LOPEZ ESPADAFOR, C.M., en su acepción material, la territorialidad “se refiere a la delimitación de los puntos de conexión con el territorio del Estado impositor. Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo, Monografía, Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, pag. 76.

64 SACCHETTO, C., “Territorialità (diritto tributario)”, Enciclopedia del Diritto, XLIV, 1992, pag. 305.

de inmaterialización, deslocalización y desintermediación a que aboca el comercio electrónico⁶⁵.

Las cuestiones referentes a la fiscalidad del comercio electrónico difícilmente pueden afrontarse desde la perspectiva unilateral de cada Estado. Internet, como fenómeno mundial, ha puesto de relieve las carencias de los ordenamientos jurídicos nacionales para regular un comercio mundial que rebasa los estrechos márgenes de sus fronteras. No es de extrañar que las primeras propuestas para hacer frente al problema de la tributación de las operaciones a través de Internet, hayan partido de organismos internacionales o supranacionales. El propio Departamento del Tesoro americano, a finales de 1996, y ante las dificultades para aplicar al comercio electrónico los principios generales de la tributación internacional – recogidos en el *Internal Revenue Code* de 1986 – propuso el mayor consenso internacional para su adaptación a la nueva realidad del tráfico comercial a través de Internet.

III. Propuestas para afrontar la fiscalidad a través de Internet; OCDE y UE.

Como se dijo, las proposiciones para afrontar fiscalmente la realidad del comercio electrónico parten, sobre todo, de instituciones internacionales⁶⁶. Al margen de algunas propuestas provenientes del sector privado – como el Diálogo Empresarial Global o la Alianza para el Negocio Global – son instituciones públicas como la OCDE, o, en el ámbito europeo, la UE, quienes más se han distinguido en el estudio de la tributación de las manifestaciones de riqueza derivadas del uso de Internet.

Entre las propuestas más destacables para hacer frente, desde una perspectiva internacional, a la nueva realidad del

65 Véase al respecto, las manifestaciones de HORNER, F.M. – OWENS, J., “Tax and the Web: New Technology, old problems”, Bulletin, International Bureau of Fiscal Documentation, noviembre-diciembre, 1996, pag. 517.

66 GARBARINI, C., “La disciplina fiscale del commercio elettronico...”, op. cit., pag. 1207.

comercio electrónico, destacan el Informe “The Emergence of Electronic Commerce”, publicado por la OCDE el 1 de noviembre de 1997⁶⁷. La OCDE se ha preocupado de estudiar la incidencia de la utilización de Internet en la fiscalidad de las rentas de las empresas, y en este Informe apunta ya su decidida apuesta por mantener los principios de la tributación internacional existentes hasta el momento, aunque sometidos a las revisiones que sean necesarias como consecuencia de las innovaciones que introduce la ausencia de presencia física y la desmaterialización de productos y medios de pago, características de las transacciones a través de la red. Principios como la tributación en la fuente, residencia, establecimiento permanente o precios de transferencia deben ser adaptados a la nueva realidad del comercio electrónico.

Los aspectos fiscales del comercio electrónico serían posteriormente estudiados con mucho mayor detenimiento por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, en las Conferencias de Turku (1997) y Ottawa (1998). En la primera de éstas se propusieron los principios que, según la OCDE, deberían regir la ordenación de la fiscalidad a través de Internet, y que pueden resumirse en la neutralidad, la seguridad jurídica, la eficiencia en la prevención y combate del fraude y la evasión, así como la justicia tributaria – entendida, eso sí, desde el peculiar prisma de la “proporcionalidad del reparto de impuestos entre los distintos países”, a lo que hay que unir la simplicidad, en el sentido de que las exigencias fiscales no pueden constituir una traba excesiva que dificulte la implantación generalizada del comercio electrónico⁶⁸. También se propusieron medidas concretas, algunas de ellas ya mencionadas, de cara a garantizar el control de las operaciones a través de la

67 Se puede consultar en Internet, acudiendo a la siguientes dirección: http://www.oecd.org/subject/electronic_commerce/documents/taxation.htm

68 GARBARINI, C., resume estos principios en los de eficiencia, certidumbre y simplicidad, efectividad y flexibilidad; “La disciplina fiscale del commercio elettronico...”, op. cit., pags. 1211 a 1214.

red, como puede ser la fiscalización de los instrumentos de pago off-shore, o el acceso de las Administraciones a la información disponible sobre las transacciones electrónicas.

En la Conferencia de Ottawa de 1998, se aprobó el Informe sobre exigencias tributarias del comercio electrónico⁶⁹. En este informe se vuelve a insistir en los principios ya expuestos, pero ya se hacen algunas propuestas concretas. Así, se propone someter a revisión determinados principios de la tributación internacional, contenidos en el Modelo OCDE de Convenio para evitar la Doble Imposición Internacional, como el punto de conexión establecimiento permanente, la calificación de determinadas rentas derivadas de la cesión de software, o los precios de transferencia. También se propone (y esto es muy importante) estudiar los supuestos de competencia fiscal perniciosos que pudieran derivarse del uso del comercio electrónico, desde la perspectiva del Informe OCDE sobre competencia fiscal perniciosos⁷⁰. La OCDE ratificaría estas intenciones en el Foro de París, que daría lugar al Informe de 26 de noviembre de 1999⁷¹.

Y si la OCDE se ha preocupado de la fiscalidad sobre las rentas derivadas del comercio electrónico, en el ámbito europeo destacan los trabajos de la UE acerca de la incidencia de las transacciones a través de Internet en el IVA, impuesto que ha sido objeto de una mayor armonización. Como antecedentes, podemos situar la declaración resultado de la Conferencia Ministerial Europea de Bonn de julio de 1997, donde se propuso una fiscalidad no discriminatoria en lo relativo a las transacciones a través de la red y el trascendental Acuerdo, entre la Unión Europea y Estados Unidos, celebrado en Washington en 1997, en el cual se

69 Se puede consultar en http://www.oecd.org/daf/fa/e_com/ottawa.htm.

70 CASERO BARRON, R., “El comercio electrónico y la tributación internacional”, Informática y Derecho Tributario, op. cit., pag. 74.

71 Se puede consultar en http://www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/act/paris_ec/index.htm

proponen cuatro características esenciales de la tributación indirecta de operaciones a través de Internet; claridad, consistencia, neutralidad y no discriminación.

Pero sin duda ha sido, en primer lugar, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social “Comercio electrónico y Fiscalidad Indirecta”, (Com 98/374) de 17 de junio de 1998⁷² y en segundo lugar, la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE (Sexta Directiva)⁷³, respecto al régimen del impuesto sobre el valor añadido aplicable a algunos servicios prestados por vía electrónica, que derivó en la nueva Directiva 2002/38/CE del Consejo de 7 de mayo de 2002, los documentos hasta ahora más importantes respecto a la imposición indirecta de las operaciones a través de Internet. En ellos, la UE dejó muy claros los principios de la tributación indirecta a través de Internet, principios que se asientan en una aceptación de muchas de las reglas propuestas por la OCDE en la Conferencia de Ottawa⁷⁴. E insiste, también, en la necesidad de traducir esos principios a reglas jurídicas.

De ahí que las propuestas sobre la fiscalidad en Internet que han emitido las instituciones europeas giren en torno a tres reglas elementales; la imposición en relación con las transacciones en Internet no puede dar lugar a la creación de nuevos tributos – lo cual va a ser importante, a la hora de valorar propuestas, como por ejemplo, el *bit tax* –, las entregas de productos en forma electrónica no deben considerarse mercancías, y en tercer lugar, solamente la prestación de estos servicios consumidos en Europa deberían gravarse en Europa, es decir debería optarse por aplicar el impuesto en el territorio en que se produce el consumo.

72 Se puede consultar en http://europa.eu.int/comm/dgs/taxation_customs.

73 La Propuesta ha sido aprobada por el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas (ECOFIN) celebrado recientemente en Barcelona – febrero 2002 -. Falta la aprobación por el Consejo y publicación.

74 Así lo puso de relieve el Consejo ECOFIN, de 6 de julio de 1998.

A partir de estos principios vamos a exponer las distintas soluciones que se han propuesto para afrontar la fiscalidad de las manifestaciones de riqueza llevadas a cabo a través de Internet.

IV. Internet como duty free o espacio libre de tributación.

Se trata de la propuesta más extravagante, en el sentido de *fuera de lo común*, o si se quiere, *original* o *peculiar*. Y sin embargo no debería sorprender tanto, si tenemos en cuenta que se ha defendido la consideración de la red como una zona de no Derecho, por lo que esta concepción podría extenderse también al ejercicio del poder tributario, que se traduce en la formulación de un ordenamiento creador de obligaciones tributarias.

La idea de convertir la red en un *duty free* es una proposición de cuño norteamericano, y en un principio, limitada a la imposición indirecta. Para entender su génesis quizás haya que hacer referencia al sistema de imposición sobre las ventas que existe en USA, basado en un impuesto sobre las ventas, a favor de los Estados, que grava sólo la fase minorista – *sale tax* –, y que se basa en la idea de que el impuesto se exige en el lugar donde tenga lugar el consumo. El ordenamiento constitucional americano otorga a los Estados la facultad de regular el *sale tax*⁷⁵, de manera que un Estado puede gravar libremente las compras efectuadas por residentes en ese Estado. Pero, como explica McLURE, el Tribunal Supremo americano viene estableciendo límites en cuanto al gravamen por un Estado de las compras efectuadas a empresas residentes en otros Estados, no establecidas en el Estado del consumo⁷⁶. Es el problema de los límites fiscales a las ventas por catálogo, límites que podrían colisionar con las competencias federales exclusivas en materia de comercio – 75 Véase al respecto PEÑUELAS i REXACH, L., Poder financiero y federalismo en los EEUU, Madrid, IEF, 1989, pag. 150 y ss. 76 Mc LURE, C., Electronic Commerce, State Sales and Intergovernmental Fiscal Relations, National Tax Journal, 1997, pags. 20 y ss.

principio del *Interstate commerce o cláusula de comercio*⁷⁷ -. Ello puede provocar, y de hecho así está ocurriendo, pérdidas de recaudación a los Estados respecto a los consumos de productos adquiridos vía Internet, que algunos han intentado paliar creando tasas de acceso a la red (es el caso, por ejemplo de Arizona, Nevada o Texas). Ante estos problemas, entre las muchas propuestas que se han barajado, tenemos la del Congresista por Ohio, John KASICH, que defiende la exención de la tributación de todas las ventas *on-line*, o la del profesor de Berkeley, Hal VARIAN, quien propone la anulación de los impuestos sobre las ventas y el aumento de los impuestos estatales sobre la renta, o, incluso, la aplicación de un nuevo “impuesto único sobre el consumo” basado en la renta anual individual menos el ahorro⁷⁸. Estas propuestas han tenido cierto éxito en algunos Estados; así, en Massachussets, desde el 1 de septiembre de 1990, las ventas a través de Internet están exoneradas de tributación.

Pero no es la solución de un problema puntual relativo a la recaudación de un impuesto monofásico estatal sobre las ventas el argumento primordial para la defensa de la no tributación de las ventas a través de Internet. Los razones que se esgrimen son fundamentalmente, las relativas a “facilitar” o “no obstaculizar” la implantación y generalización de las relaciones económicas a través de la red, y por ende, las de estimular el desarrollo de la Sociedad de la Información. Las propuestas de exención total de las operaciones a través

77 GARCIA LLOVET, E., señala que “la finalidad de la cláusula de comercio parece evidente: garantizar la libre circulación de mercancías, bienes y servicios, el libre comercio, en el interior de un mercado dado”, “La doble cláusula de comercio en el ordenamiento español. Su proyección sobre el sistema competencial”, XVI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. II, 1995, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, pag. 1317.

78 VARIAN, H., en la obra colectiva *Establishing a Framework to Evaluate E-commerce Tax Policy Options*, Deloitte & Touche, 1999.

de la red se deben a las presiones de grupos económicos, en la línea de un sistema fiscal como el americano, donde las exenciones y no sujeciones – gráficamente denominadas *loopholes* o agujeros fiscales – lejos de responder a motivaciones de interés general o capacidad económica, como en el modelo continental europeo, son normalmente fruto del *lobby* político y económico⁷⁹. Como consecuencia de ello, se ha conseguido que el Congreso Americano aprobase, con fecha 21 de octubre de 1998, la *Internet Tax Freedom Act*, que prohíbe, durante el trienio 1999-2001 la creación de nuevos impuestos que graven las operaciones en la red. No se trata de una declaración terminante sobre la inaplicación de impuestos indirectos sobre la tributación en Internet, por lo que no podemos entender que supone una victoria definitiva de los partidarios del no gravamen de las operaciones *on-line*, si no más bien de una moratoria, hasta que una Comisión gubernamental elabore una serie de recomendaciones respecto al comercio electrónico. Sin embargo, recientemente se ha conseguido que el Congreso Americano aprobase, con fecha 21 de octubre de 1998, la *Internet Tax Freedom Act*, que prohíbe, durante el trienio 1999-2001 la creación de nuevos impuestos que graven las operaciones en la red y que ha sido objeto de prórroga por dos años más, merced a los oficios del Senador Christopher Cox.

El argumento fundamental para negar el gravamen de las operaciones en Internet, es, como se dijo, favorecer la implantación del comercio electrónico. Esta puede ser una postura que tenga cierto arraigo en Estados Unidos, sobre todo para resolver un problema que afecta al poder tributario de los distintos Estados y a la competencia fiscal desleal que se puede generar, estimulando al mismo

79 Para HORTALA I VALLVE, J.-ROCCATAGLIATA, F.- VALENTE, P.; *La fiscalidad del comercio electrónico*, Ciss Valencia, 2000, pags. 257 y 258, “en contra del sometimiento a imposición de las operaciones comerciales realizadas en la red se han manifestado las grandes sociedades multinacionales, que operan en el ámbito de la venta de productos por correspondencia o a través de televisión”.

tiempo el uso de la red para operaciones comerciales, algo en el que la realidad norteamericana lleva un notorio adelanto sobre la experiencia europea⁸⁰. Por eso una propuesta de este estilo sólo podría prosperar en la realidad interna norteamericana. Es prácticamente imposible que a nivel internacional tuviese éxito una propuesta de exención, ni siquiera temporal, del comercio electrónico. Fundamentalmente porque sería claramente contradictoria con la mayoría de los principios que se han venido exponiendo; en especial con el principio de neutralidad, formulado por la OCDE, en las Conferencias de Turku (1997) y Ottawa (1998), por el Acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos, celebrado en Washington en 1997, y por la Comunicación de la Comisión europea al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social “Comercio electrónico y Fiscalidad Indirecta”, (Com 98/374) de 17 de junio de 1998⁸¹. El sistema fiscal no debe interferir en la competencia y consolidar una situación como la que en la actualidad se apunta, y en la que, al amparo de un evidente vacío normativo, vender a través de Internet determinados productos en formato digital, es fiscalmente más rentable que hacerlo en formato tradicional y por los canales convencionales. Como señala CASERO BARRON, el principio de neutralidad, basilar en el régimen futuro de la fiscalidad del comercio electrónico, significa que “las decisiones empresariales deben descansar más en factores económicos que en factores de índole tributaria”⁸². Es decir, si no se gravan las operaciones a través de Internet se generaría una competencia desleal hacia otras formas de comercio y de prestación de servicios, que van a coexistir con las que se ofrecen a través de la red⁸³.

80 Véase el White Paper , aprobado por el Departamento del Tesoro, el 1 de julio de 1997.

81 Se puede consultar en http://europa.eu.int/comm/dgs/taxation_customs.

82 CASERO BARRON, R., “El comercio electrónico y la tributación internacional”, op. cit., pag. 72.

83 Para HORTALA I VALLVE, J.-ROCCATAGLIATA, F.- VALENTE, P.; La fiscalidad del comercio electrónico, op. cit., pag. 246, “si un libro “real”, puede ser,

Dado el carácter global de Internet, sería sencillamente impensable adoptar una decisión de exención verdaderamente operativa. La decisión de fijar una exención es algo íntimamente vinculado al ejercicio del poder tributario por una entidad territorial. Y es una decisión, que en la cultura jurídica europea, sólo tiene razón de ser si está apoyada en motivaciones de índole constitucional. La dispensa del pago del tributo es aparentemente contraria a las exigencias de la justicia tributaria, y, como en su momento manifestó SAINZ DE BUJANDA, estos menoscabos a los principios de justicia tributaria sólo podrían admitirse en atención a otros fines que pueda cubrir el tributo, expresivos siempre de un interés público y con suficiente respaldo constitucional. Y, a nuestro juicio, una declaración de exención para todos los empresarios que obtienen rendimientos como consecuencia de realizar una actividad económica a través de Internet, o para la totalidad de los consumidores que adquieren productos en la red, sin diferenciar si se trata de productos materiales o digitalizados, no parece tener una justificación convincente, ni siquiera al amparo de una genérica invocación al fomento de la sociedad de la información, pues ello, en todo caso, facultaría a habilitar algún incentivo a la inversión⁴⁸, pero no a desfiscalizar, ni siquiera temporalmente, todo un sector de la actividad económica. No creemos, por tanto, que sea necesario perder más tiempo rechazando la configuración de Internet como un espacio libre de tributación.

V. La propuesta del bit-tax.

La propuesta de establecer un gravamen sobre las transacciones a través de red adquirió especial fuerza a partir de las aportaciones del economista canadiense Arthur CORDELL, quien en 1994, y en una reunión del Club de Roma celebrada en Buenos Aires, sentó las bases de lo que y con razón, considerado como un bien sustitutivo de un libro “electrónico” (ciberlibro), no parece aceptable que tales bienes sean sometidos a regímenes impositivos distintos. En otro caso, nos hallaríamos ante una evidente distorsión del mercado producida por el sistema tributario”.

posteriormente sería su propuesta sobre bit tax. CORDELL, que tituló sus aportaciones *The New Welth of Nations*, entendió que el sistema fiscal internacional debería plantearse la necesidad de gravar la principal expresión de riqueza de nuestro tiempo; los millones de informaciones que en secuencia digital circulan por la red⁸⁴. En concreto, el bit tax se exigiría por los Estados de residencia de los compradores de bienes y servicios ofrecidos en la red, a través de un formato digitalizado. Su base imponible, sería un típico ejemplo de “base no monetaria” y vendría constituida por el número de bits de los ficheros descargados desde la red, sobre la cual se aplicaría un tipo de gravamen específico⁸⁵. La cantidad a pagar estaría en función del tamaño de los archivos bajados de la red.

Esta propuesta es de formulación muy simple, y está amparada por la intención de asegurar a los Estados de residencia de los compradores un cierto nivel de recaudación, ante la previsible reducción que puede suponer que un número importante de empresas sustituyan su actividad comercial tradicional por ventas a través de la red.

Sin embargo, entendemos que el *bit tax*, tal y como se formuló por CORDELL, SOETE, KAMP y otros autores no resulta admisible. Como señala FALCON Y TELLA, autor que ha sido especialmente crítico con esta nueva forma de gravar las transacciones a través de la red, el bit tax, supone, en el fondo “que el Estado en que está situado el comprador opte por gravar a éste al margen de cualquier índice directo o indirecto de capacidad contributiva, con la sola finalidad de asegurarse el mantenimiento de la recaudación, y renunciando a cualquier pretensión de gravar la renta del vendedor”⁸⁶.

84 Las tesis de Arthur CORDELL, bajo el epígrafe *New Taxes for a New Economy*, puede consultarse en <http://www.usak.ca/library/gic/v2n4/cordell/cordell.html>

85 En concreto, CORDELL, A., proponía 0,000001 centavos de dólar por bit descargado.

86 FALCON Y TELLA, R., “Tributación e “internet”: aplicación de las reglas generales, con adaptaciones en su caso,

Si la no tributación de las operaciones a través de Internet nos parecía contraria a los principios de neutralidad y justicia tributaria, tampoco podemos admitir la propuesta del *bit-tax*. Respecto a la misma, asumimos plenamente la crítica de FALCON Y TELLA, quien la califica como contrario al principio de capacidad económica. Para este autor resultaría inconstitucional, desde la perspectiva interna del derecho español, un tributo como el *bit tax*, basado en el número de *bits*, tiempo de conexión o criterios similares, ajenos tanto a los índices directos de capacidad contributiva, como al valor del consumo. Un impuesto basado en el tamaño de los ficheros descargados resultaría “profundamente injusto”, porque “...haría pagar más por enviar un videoclip a un amigo, sin valor comercial alguno, que por descargar una base de datos u obtener un informe, a través de un fichero comprimido con alto valor comercial, pero con relativamente pocos bits”⁸⁷.

A ello hay que añadir otras posturas críticas, como la de MISELLI, para quien, la exigencia de un *bit tax* respecto a las adquisiciones de bienes y servicios a través de la red, supondría una sobreimposición, en el sentido de que, tanto la adquisición de ordenadores y modems, como la factura telefónica - la conexión a la red se realiza a través de la red telefónica -, ya están gravados por IVA⁸⁸. Y también, opiniones como la de HORTALA I VALLVE, J.-ROCCATAGLIATA, F.-VALENTE, P, para quienes el *bit-tax* atentaría contra las reglas de la neutralidad a la hora de afrontar la tributación en Internet, especialmente la indirecta. Y sería una violación de la neutralidad, en este caso, en detrimento de las transacciones a través de la red; “una nueva forma de imposición para una incipiente tecnología productiva, tal y como puede considerarse el uso de Internet, correría el riesgo de provocar una importante

como alternativa al bit tax”, *Quincena Fiscal*, nº 10, 1998, pag. 5.

87 FALCON Y TELLA, R., “Tributación e internet...”, op. cit., pag. 6.

88 Véase MISELLI, R., “The bit tax: economia della miseria o miseri degli economisti?”, 1998, en <http://www.hescomputer.com/ivm/spazio/bictax.html>.

distorsión en la asignación de recursos: la aplicación de un *bit tax* provocaría un aumento, por reducido que este sea, de los precios para los usuarios de la red que podría disuadirles de utilizar esta tecnología...⁸⁹.

Por todo ello, la Comisión europea, a través de la Comunicación “Comercio electrónico y Fiscalidad Indirecta”, de 17 de junio de 1998, señaló que la forma más idónea de afrontar la fiscalidad indirecta de los productos vendidos a través de Internet, es por medio de la “... clarificación, simplificación y adaptación del sistema fiscal actual, excluyendo cualquier forma impositiva novedosa y alternativa sobre las prestaciones de servicios, incluidos los que se lleven a cabo a través de Internet”.

VI. La fiscalidad de las operaciones a través de Internet y los conceptos tributarios clásicos.

De lo expuesto hasta el momento, podemos sacar la conclusión de que ni la exención generalizada, ni la adopción de nuevas figuras tributarias es la vía más idónea para afrontar la fiscalidad de las operaciones en la red. Lo más adecuado será el respeto a las categorías y figuras existentes, las cuales deben ser sometidas a las necesarias adaptaciones para su aplicación a las manifestaciones de riqueza producidas por medio de Internet.

A lo que hay que añadir que una de las novedades que introduce el comercio electrónico en relación con la actividad económica es la capacidad para desmaterializar bienes que pueden ser transferidos en formato material o ser convertidos en bienes inmateriales si se transmiten *on line*.

De ahí que una de las cuestiones claves en el tratamiento fiscal del comercio electrónico sea la tributación de los intangibles negociados por vía digital. Y para hacer frente a esta cuestión fiscal, lo primero es centrarnos en el concepto jurídico de bienes intangibles.

⁸⁹ HORTALA I VALLVE, J.- ROCCATAGLIATA, F.- VALENTE, P.; La fiscalidad del comercio electrónico, op. cit., pag. 251.

VII. El comercio de intangibles y la evolución del marco de la fiscalidad.

Tradicionalmente, el común de las manifestaciones de riqueza tenía lugar en el ámbito territorial de un solo Estado, especialmente en lo que concierne a la obtención de rendimientos empresariales. Y ello por múltiples razones, algunas de las cuales recoge CRUZ PARDIAL. Así, las transferencias económicas tenían como objeto prioritario los bienes tangibles. Las transacciones financieras eran limitadas por el control de cambios y las restricciones a la libre circulación de capitales. La importancia de ciertos intangibles era relativa y el comercio de ciertos servicios (por ejemplo, las telecomunicaciones) estaba limitado por el desarrollo primario de las mismas y el régimen de monopolio estatal en el que se prestaban. La *tangibilidad* de los bienes iba acompañada de la necesidad de presencia física en el territorio para ejercer una actividad económica o empresarial. Las empresas solían proyectarse en un mercado territorial limitado. El comercio internacional, inicialmente aparecía condicionado por el proteccionismo y cuando se producía era entre entidades económicas independientes, por la difusión escasa o casi nula de los grupos transnacionales⁹⁰.

Esta realidad sobre la que operaba un poder tributario constitucionalizado, basado en principios de justicia y proyectado sobre manifestaciones de riqueza de carácter territorial, se ve superado en la actualidad de forma clara y manifiesta. Y a ello contribuirá, de manera significativa, el comercio a través de Internet. El comercio electrónico será un elemento esencial para el cambio del paradigma económico sobre el que opera la fiscalidad.

VIII. El concepto de bienes intangibles y sus implicaciones fiscales.

Procede, en primer lugar, hacer una incursión 90 CRUZ PARDIAL, I., “Sistema Tributario: su falta de adecuación al contexto actual originado por el proceso de globalización económica”, Nueva Fiscalidad, nº 9, 2007, pag. 10.

en el contenido semántico del concepto de *intangibles*⁹¹.

Cuando hablamos de intangibles nos podemos referir a lo que habitualmente denominamos *elementos patrimoniales intangibles*, consistentes en bienes y derechos susceptibles de valoración económica que deben haber sido adquiridos mediante contraprestación y figurar contabilizados en el activo del balance. Habida cuenta de que el tratamiento del título jurídico que ha de ostentar la sociedad para proceder a la amortización del bien va a ser objeto de una atención especial en el siguiente epígrafe y de que la contabilización en el activo del balance es requisito de todo bien del inmovilizado, vamos a afrontar el estudio de los elementos caracterizadores del inmovilizado inmaterial atendiendo a los otros dos signos definidores; partiendo de los otros dos datos definitorios; que estos bienes son intangibles y susceptibles de valoración económica de estos bienes.

La intangibilidad de estos bienes ha sido abundantemente destacada por la doctrina civilista, especialmente al estudiar el objeto de los derechos reales y, en concreto, del dominio. ASCARELLI ha resaltado que el concepto “intangibilidad” debía entenderse como inexistencia corporal de estos elementos, ya que significaría que los mismos son puras creaciones jurídicas, no tienen existencia en el mundo real, sólo en el mundo jurídico.

Ante esta característica cabe preguntarse si el tipo de depreciación empresarial que hemos definido como precedente de las amortizaciones puede referirse a estos

bienes; esto es, si respecto a estos bienes incorporeales cabe referir una desvalorización cierta, irreversible y sistemática, fruto de su utilización productiva.

En estos bienes inmateriales, su condición de objeto jurídico es resultado de una disciplina normativa; el ordenamiento los crea, sin que engan existencia a extramuros del Derecho. Mientras en los bienes corporales - los que integran el inmovilizado material - el ordenamiento, al calificarlos como objeto jurídico, se limita a recoger una realidad que es pre jurídica.

Refiriéndonos brevemente a qué se entiende por intangibles, conviene recordar que en el ámbito económico y empresarial se suele manejar con asiduidad la definición que de esta figura da la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 38 de 1998. Se trataría de un activo identificable, carente de apariencia física, cuyo coste puede medirse de forma fiable y respecto al cual sea probable que los beneficios económicos futuros que se han atribuido al activo fluyan a la entidad⁹².

92 Con las nuevas NICs/NIIFs no se altera el concepto y la función de la amortización, pero cambian los activos amortizables. Si bien van a ser amortizables todos los activos integrados en el inmovilizado material, respecto al inmovilizado inmaterial, cuyos activos pasan a denominarse intangibles, sólo se amortizan los que tengan vida útil definida. Ello explica que no sean amortizable el fondo de comercio, pues sólo a lo largo de esa vida útil puede experimentarse una pérdida de valor cierta, irreversible y sistemática propia de la depreciación contable. Por tanto, y como señala la NIIF nº 3, no se amortiza el inmovilizado inmaterial con vida útil indefinida. Se recalca, además que los activos habrán de amortizarse durante su vida útil. La vida útil es el período en el cual se espera utilizar el activo amortizable por parte de la empresa o el número de unidades de producción que se espera obtener del mismo. Ello tiene una importante consecuencia, pues en los activos sometidos a reversión su vida útil es el período concesional cuando ésta sea inferior a la vida económica del activo. Por el contrario, el fondo de comercio integra la modalidad de intangibles que no dan lugar a una amortización; el denominado

91 GOROSPE OVIEDO, J.I., “El régimen tributario de los derechos de emisión en el Impuesto sobre Sociedades y en el IRPF”. En: BILBAO, ESTRADA, I., GARCÍA PRATS, F.A., CORNEJO PÉREZ, A., (Coords.), La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro, op. cit., pág. 360. Sobre la intangibilidad de los bienes ambientales, vid. ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, T., “Los intangibles y la fiscalidad ambiental”, Crónica Tributaria, núm. 111/2004, pág. 149.

De tal manera que la definición del intangible se relaciona con la realidad de la empresa. Pero es en el ámbito internacional donde se encuentra con mayor profusión un concepto de intangibles de aplicación general. Así, por ejemplo, según las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE de 22 de julio de 2010, serían intangibles los activos no tangibles que una empresa independiente pueda valorar y que esté dispuesta a comprar; se incluirían las patentes, marcas, nombres comerciales, diseños, modelos, propiedad intelectual, *know-how*, secretos comerciales y otros, clasificados en intangibles de producción (*commercial intangibles*) y de comercialización (*marketing intangibles*)-sentencia Glaxo UK.⁹³ Tales Directrices están inspiradas en el derecho interno de Estados Unidos, el cual, en el §1.482-4 (b) del Internal Revenue Code contempla seis grupos de activos susceptibles de ser considerados intangibles con valor económico para la empresa⁹⁴.

inmovilizado inmaterial con vida útil indefinida, esto es, aquél que por no tener un período de deterioro sistemático que pueda calificarse de vida útil, no puede ser objeto de una depreciación que dé lugar a una amortización. Lo procedente es que, si hay una pérdida en el fondo de comercio, ésta se refleje a través de una corrección patrimonial. Será necesario, efectuar anualmente una evaluación del deterioro. La NIC núm. 36 regula el test de deterioro. Y dispone, además, que se podrán registrar las pérdidas de valor contrastadas a final del ejercicio. Este nuevo tratamiento contable incorporado en la NIIF 3 condiciona indudablemente la regulación que los Estados vayan a seguir en sus ordenamientos internos al incorporar las NIC'S.

93 Vid. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, IBFD, Amsterdam, 2010, p. 151 (parágrafo 6.1. Los demás parágrafos, hasta el 6.39, se ocupan de esta cuestión).

94 En el primer grupo se integran las patentes, invenciones, fórmulas, procesos, diseños, o *know-how*. El segundo incluye el copyright y derechos sobre obras literarias, musicales o artísticas. En el tercero están las marcas y nombres comerciales. En el cuarto las franquicias, licencias y contratos. El quinto se refiere a los métodos, programas, sistemas, procedimientos, listas de clientes,

IX. La calificación de determinados rendimientos derivados del comercio electrónico y los intangibles.

La principal cuestión que se suscita al tratar de la fiscalidad de los productos comercializados a través de la Red es el relativo a cómo se califican determinados rendimientos que se pueden generar como consecuencia de la actividad de las empresas a través de Internet. Naturalmente este problema puede suscitarse a nivel interno de un país, pero, sobre todo cuando los sujetos que participan en el comercio electrónico residen en Estados diferentes. De manera que estamos ante una cuestión de Derecho Internacional Tributario.

Siendo el problema de la fiscalidad de las rentas obtenidas a través de Internet una cuestión de fiscalidad internacional, la misma no puede resolverse sólo a través de normas internas sino que serán decisivas las medidas contenidas en los Convenios de Doble Imposición. A la hora de afrontar la fiscalidad de las rentas derivadas del comercio electrónico a partir de los Convenios de Doble Imposición, realizados la mayoría de ellos a la luz del Modelo OCDE, destacan los problemas que se plantean en torno a la calificación de hechos previstos en tales Convenios⁹⁵.

estudios o encuestas realizadas por la empresa y datos técnicos. Por último, el sexto juega a modo de cajón de sastre, ya que en el mismo se puede incluir cualquier intangible que no encaje en los cinco grupos anteriores pero que pueda suponer un valor económico para la empresa.

95 Sobre la distinción entre las funciones calificadoras y de interpretación, CASADO OLLERO, G., "Legalidad tributaria y función calificadora de la Administración fiscal", Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 16, 2000, pag. 48. En concreto, XABIER, A., "El problema Sobre la distinción entre las funciones calificadoras y de interpretación, CASADO OLLERO, G., "Legalidad tributaria y función calificadora de la Administración fiscal", Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 16, 2000, pag. 48. En concreto, XABIER, A., "El problema

La calificación de rentas es un problema muy importante en la operatividad de los tratados de doble imposición, sobre todo en lo relativo a la necesidad de que las Partes Contratantes califiquen de manera similar el rendimiento, a efectos de evitar lo que CALDERON CARRERO llama “disfunción de todo el sistema previsto en el convenio”, que puede llevar a que no se elimine la doble imposición. Y los principales problemas relativos a la calificación de rentas se dan, precisamente, en las transferencias de tecnología. Sobre los mismos cabe la calificación como rendimientos de actividades empresariales, al amparo del art. 7 del Modelo OCDE, que sólo pueden someterse a imposición en el país de residencia salvo que concurra establecimiento permanente en el otro país. O la calificación como cánones, aplicando el art. 12 del Modelo. Aunque el Modelo OCDE prevé el gravamen de royalties exclusivamente en residencia, la práctica convencional ha consagrado la posibilidad de hacer tributar este tipo de rentas a un tipo reducido en la fuente⁹⁶. El art. 12 del Modelo de Convenio OCDE dispone, para rendimientos de este tipo satisfechos entre residentes de Estados contratantes, la tributación en el Estado de residencia del perceptor, en una posición claramente favorecedora de los Estados exportadores de tecnología, y que contrasta con el Modelo Pacto Andino, que sigue el “Criterio ONU”, fijando la tributación por royalties en el Estado de la fuente. Por eso, los Estados de la OCDE, en los Convenios bilaterales – es el caso de España -⁹⁷ han introducido un sistema de tributación compartida, disponiendo el gravamen limitado en la fuente, de forma muy similar a lo que ocurre con dividendos e intereses⁹⁸.

96 CALDERON CARRERO, J.M., La Doble Imposición Internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, pag. 83.
97 Véase al respecto, VAZQUEZ DEL REY, A., “Convenios de Doble Imposición y rentas derivadas de programas de ordenador”, Derecho Tributario e Informática, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pag. 98 y 99.

98 Véase TOVILLAS MORAN, J.M., Estudio del Modelo de Convenio sobre Renta y Patrimonio de la OCDE de 1992, Marcial

La cuestión de si los pagos por determinadas cesiones de tecnología, y en concreto, de productos informáticos, deben calificarse como rendimientos de actividades económicas independientes o como royalties es, por tanto, una *vexata quaestio* en el ámbito del derecho fiscal internacional. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la respuesta que en cada caso se adopte, como explica CASERO BARRON, dependerá “de la naturaleza de los derechos que el cesionario adquiere, de acuerdo con las cláusulas contractuales concretas relativas al uso y explotación del programa informático”⁹⁹. Cuando se dice que se adquiere *software*, normalmente se hace referencia tanto al programa, que incorpora un copyright o derecho de propiedad intelectual, como al soporte material¹⁰⁰. Aunque el objeto de un contrato sea el *software*, habrá que fijarse en las concretas cláusulas contractuales, ya que la adquisición de un programa puede suponer la compra de todos los derechos de propiedad intelectual del programa, pudiendo utilizar esa información digitalizada cuantas veces se quiera – será lo que se conoce como software personalizado -, o puede suponer la adquisición de un producto – software standard -. En el primer caso, parece que se pagará por el uso o concesión de uso de un derecho de propiedad intelectual, tratándose de un royalty o regalía¹⁰¹. En el segundo, se está pagando un precio por la adquisición

Pons, Madrid, 1996, pag. 150-151. También TORRES, H, Pluriritributação Internacional sobre as Renditas de empresas, op. cit., pag. 551.

99 CASERO BARRON, R., “El comercio electrónico y la tributación internacional...”, op. cit., pag. 79.

100 Se trata de una vieja distinción acuñada por la doctrina mercantilista. Por ejemplo, ASCARELLI, T., Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales, trad. de E. Verdura y L. Suárez-Llanos, ed. Bosch, Barcelona, 1978, págs. 319 y 320, que diferencia en todos los bienes inmateriales una entidad protegida por el Derecho – corpus mysticum – y un soporte material físico – corpus mechanicum -.

101 VAZQUEZ DEL REY, A., “Convenios de Doble Imposición y rentas derivadas de programas de ordenador”, op. cit., pag. 113-114.

de un producto, que para la empresa que lo vende será un beneficio empresarial.

Ahora bien, esta polémica acerca de la posible clasificación de un ingreso como rendimiento empresarial o regalía se acentúa en lo concerniente a bienes transferidos por vía telemática, y, en concreto, cedidos en formato digital. La doctrina se ha encargado de exponer muy gráficamente los problemas que al respecto se pueden generar; el “bajar” un programa informático de la red a cambio de un precio, ontológicamente es la misma transacción que la compra de dicho programa en el soporte físico tradicional. Pero téngase en cuenta que la adquisición de ese programa a través de Internet supone el derecho a copiar el producto en el disco duro del ordenador del adquirente, lo que puede significar un uso de *copyright*, aun cuando esta copia suponga una parte incidental en la transacción, no relevante a efectos de calificación de la misma¹⁰². No obstante, el objeto económico de la transacción es, en este caso y sin lugar a dudas, el derecho a utilizar de modo pleno y exclusivo un producto digital, y no el derecho a utilizar el *copyright* del producto. Esto se ve de manera más clara en lo relativo a la adquisición de productos diferentes a los programas informáticos en sentido estricto, pero que pueden ser suministrados en formato digital, como películas, música u obras literarias. Parece que el hecho de que se adquieran on line no debe suponer que nos encontremos ante la adquisición de bienes inmateriales; como dice DE JUAN LEDESMA, “un libro digitalizado, no es ni más ni menos que el sustituto de dicho libro”. Ahora bien, esta evidencia tampoco puede esconder la necesidad de una readaptación del concepto de “canon”, teniendo en cuenta que la cesión de productos en formato digital

102 GARBARINI, C., “La disciplina fiscale del commercio elettronico...”, op. cit., pag. 1217. Por su parte, señala VAZQUEZ DEL REY, A., “de cualquier forma, con independencia de su origen legal o contractual, resulta evidente que la reproducción del programa en el disco duro o en la memoria RAM, constituye un requisito esencial para la utilización del programa, “Convenios de Doble Imposición y rentas derivadas de programas de ordenador”, op. cit., pag. 107.

permite alterar y manipular la información recibida¹⁰³.

La incertidumbre que esta situación generaba hacía necesario clarificar el contenido real del término “canon”. Lo que estaba realmente en juego era aclarar qué supuestos de adquisición de productos digitalizados a través de la red podían caer en ese concepto, y por tanto, en qué casos el Estado de la fuente, a través del oportuno convenio, podría gravar la renta obtenida por esas adquisiciones. Todo esto llevó a que la OCDE propusiese modificar la definición de “canon” en los Convenios de Doble Imposición para incluir los programas de ordenador y la información y productos en general suministrados en formato electrónico. En relación con ello, su Comité de Asuntos Fiscales elaboró con ocasión de la Conferencia de Ottawa, un dossier, cuya finalidad era realizar propuestas para modificar los párrafos 12 a 17 de los Comentarios al artículo 12 del Modelo de Convenio OCDE, relativo a los royalties¹⁰⁴. Estas propuestas se hicieron realidad en febrero de 2000, para introducir un nuevo párrafo 12, 2, en el que se aclara el criterio a seguir para concretar la tipología de las rentas derivadas de las cesiones de software¹⁰⁵.

103 DE JUAN LEDESMA, A., “Internet y nuevas tecnologías en telecomunicaciones: nuevos retos de la fiscalidad internacional”, op. cit., pag. 1206.

104 GIULIANI, F.M., “L’interpretazione delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi”, en Corso di Diritto Tributario Internazionale, Coord. Uckmar, V., Corso di Diritto Tributario Internazionale, Cedam, Padova, 1999, 296-299. Para este autor, la decisión de intervenir sobre los Comentarios al Modelo vino impulsada por la necesidad de lograr la inmediata aplicabilidad de tales modificaciones en todos los Tratados de Doble Imposición vigentes.

105 El texto original de este nuevo párrafo es el siguiente: “The character of payments received in transactions involving the transfer of computer software depends on the nature of the rights that the transferee acquires under the particular arrangement regarding the use and exploitation of the program...”.

A partir de esta modificación de los comentarios al Modelo de Convenio OCDE, se introduce una diferenciación aparentemente clara; estaremos ante “cánones” cuando la adquisición del programa suponga obtener el derecho a usar los derechos de propiedad intelectual de carácter económico, manteniendo el cedente su propiedad, en los términos similares a los que también se manifiesta la Propuesta de Directiva del Consejo CEE relativa a un régimen fiscal común aplicable a los intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros¹⁰⁶, según la cual los pagos relativos a la cesión de software son cánones si se transfiere cualquier cosa, “menos la plena propiedad del *software*”¹⁰⁷. Así, en el supuesto en que se adquiera el derecho (licencia) a reproducir y distribuir software que incorpore el programa protegido o a “modificar y exhibir públicamente el programa”¹⁰⁸, se estará pagando por usar derechos de propiedad intelectual, esto es, por facultades que de no haber mediado cesión, sólo podría utilizar el titular del derecho de propiedad intelectual.

106 Presentada a la Comisión el 6 de marzo de 1998; COM (1998) 67 final- 98/0087 (CNS). Se puede consultar en http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1998/es_598PC0067.html.

107 Estamos ante el llamado software house. La Ley española de Propiedad Intelectual, aprobada por R.D.Leg. 1/1996, de 12 de abril, incluye entre las obras objeto de protección, “los programas de ordenador” – art. 10, 1) -. La Sección 2ª del Capítulo III de la Ley, al referirse al contenido de del derecho a la propiedad intelectual, incluye los derechos de explotación que abarcan los derechos de participación económica y remuneración por copia privada. Lo obtenido por estas retribuciones es un “cánon”, en opinión que en España ha ratificado la DGT en Consulta de 22 de julio de 1998. Los rendimientos catalogables como “cánones”, que tributan en España según las reglas de los arts. 23, 24 y 25 de la Ley del IRPF de No Residentes, incluyen lo obtenido por la cesión del uso del programa, pero no los rendimientos de la venta de aplicaciones que incorporan el software.

108 CASERO BARRON, R., “El comercio electrónico y la tributación internacional”, op. cit., pag. 80.

También estaremos ante cánones, cuando lo que se transmita al comprador sea información sobre lenguajes de programación, que pueda equipararse al *know-how*, puesto que lo que se está retribuyendo realmente es el derecho a utilizar “información (fórmulas, algoritmos, técnicas, procesos ...) relativa a experiencias de carácter industrial, comercial o científico”. El *know-how*, definido en los Comentarios al Modelo de Convenio OCDE, como “conjunto no divulgado de informaciones técnicas...necesarias para la reproducción industrial”, tiene un tratamiento similar a la transferencia de tecnología y los ingresos derivados del mismo se califican como “cánones”¹⁰⁹.

Por el contrario, se tratará de una mera compra, que para el vendedor reportará ingresos ordinarios referidos a su actividad económica, cuando el objeto de la cesión sea el uso personal de un determinado software, lo que tendrá lugar a través de una mera adquisición de una copia del mismo. Incluso cuando la adquisición del *software* o cualquier otro producto digital lo sea por un determinado período de tiempo, transcurrido el cual todas las copias del producto devengan inutilizables¹¹⁰.

Esta será la situación más normal en el supuesto de adquisición de programas a través de la red; el usuario copia el programa en el disco duro de su ordenador siendo a estos efectos irrelevante que tal uso sea haya adquirido por vía electrónica o que el producto incorporado al hardware del adquirente pueda ser reproducido o

109 Véase en el ordenamiento interno español, la Ley 41/1998, del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, que en sus arts. 23, 24 y 25 sujeta a la asistencia técnica que abarca transferencia de tecnología, al régimen de los cánones, y, por tanto, a la tributación ordinaria de las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. VAZQUEZ DEL REY, A., “Convenios de Doble Imposición y rentas derivadas de programas de ordenador”, op. cit., pag. 108.

110 Véase al respecto de la polémica en este caso, GARBARINI, C., “La disciplina fiscal del comercio electrónico...”, op. cit., pag. 1223.

modificado. Esta última circunstancia no es más que una peculiaridad vinculada al modo de adquisición del producto informático, pero no supone que se esté haciendo uso de ningún derecho de propiedad intelectual. Estas copias, que normalmente se contemplan en los contratos de cesión de este tipo de productos informáticos (“licencias de sitio”) tendrán como única finalidad hacer operativo el programa en el marco de la actividad del adquirente, por lo que las rentas obtenidas por el suministrador de *software* serán de una actividad comercial y se gravarán en el Estado donde éste resida.

También se estará retribuyendo una actividad económica (en este caso, una prestación de servicios) en aquellos casos en los cuales el suministrador de *software*, titular de unos conocimientos que podrían calificarse como *know-how*, elabora un producto informático adecuado a las necesidades del cliente, quien a través de la red le encarga tal elaboración. En este caso se aplicará el mismo criterio de localización que en el caso anterior.

Otros supuestos más polémicos han generado cierto debate como la prestación on line de servicios accesorios de actualización que se suministran a todos los adquirentes de un determinado producto informático. El Grupo de Trabajo denominado *Technical Advisory Group on Treaty Characterisation of Electronic Commerce Payments*, que ha elaborado un informe en el año 2000 por encargo del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE¹¹¹, calificaba estos rendimientos como royalties, aunque la opinión prevalente en la doctrina es que en este caso se trata de rendimientos de actividades empresariales, pues prestar los servicios auxiliares de actualización vía on line a todos los adquirentes de software forma parte de la actividad de las empresas que venden en la red estos productos informáticos¹¹².

También deben considerarse prestaciones

111 “Treaty characterisation issues arising from electronic commerce”, de 1 de septiembre de 2000.

112 GARBARINI, C., “La disciplina fiscale del commercio elettronico...”, op. cit., pag. 1221.

de servicios, que quedarían sometidas a los principios reflejados en el art. 7 del Modelo OCDE – y, por tanto, tributarían en el Estado de residencia del prestador, salvo que se aprecie la existencia de un establecimiento permanente o una “presencia relevante” en el Estado donde venden sus bienes o prestan sus servicios – diversos servicios que pueden prestarse on line. Destacamos, someramente, los servicios de asistencia técnica on-line prestados a clientes o suscriptores, a través de los cuales se envía a través de Internet documentación técnica o se ponen los medios para hacer frente a diversas contingencias sobre el funcionamiento de estos productos previamente vendidos, sin que estos servicios puedan considerarse know-how. También los rendimientos application hosting, en los cuales el cliente adquiere el derecho a acceder a uno o más programas de software house, siendo el objeto del contrato la obtención de una clave o trámite de acceso. Los contratos *application service provider*, en el cual se pone a disposición del cliente el acceso a un software memorizado, que no tiene autorización a copiar ni a usar para finalidades distintas a las estipuladas en el contrato. O, por último, los contratos de servicio *web site hosting*, en los que el proveedor ofrece espacio para que el cliente puede fijar su web, cuyos ingresos son siempre rendimientos empresariales del proveedor. Lo mismo cabría decir con relación a los servicios data warehousing (el proveedor facilita al cliente espacio en un servidor para memorizar información) o data retrieval (se pone a disposición del cliente un banco de datos). Tampoco en el supuesto de servicios de data retrieval o puesta a disposición de bancos de datos, aun en el caso de que los datos ofrecidos fuesen de un valor elevado, cabría entender que nos encontramos ante un supuesto de know-how equiparable a los cánones. Los datos ofertados difícilmente encajarían en las características que los conocimientos deben tener para equivaler a un verdadero know-how.

Si no cabe ninguna vacilación respecto a que en estos casos nos encontramos ante retribuciones de actividades empresariales,

la sombra de la duda la ha sembrado el art. 12, 2 del Modelo de Convenio OCDE en su redacción de 1977 con su definición amplísima de “canon”, que todavía subsiste en Convenios bilaterales de Doble Imposición y también en la Propuesta de Directiva del Consejo CEE sobre régimen fiscal de intereses y cánones. Esta definición de “canon” incluye las remuneraciones por la cesión de derechos de uso de “equipos industriales, comerciales o científicos”. Y cabría la posibilidad de que alguno de los contratos expuestos pudieran incluirse en esta dicción de la norma. La modificación que tiene lugar en el año 1992 lleva a entender que los ingresos por estas cesiones tienen la condición de beneficios empresariales, subsumibles en las reglas del art. 7 del Modelo de Convenio OCDE, ya que estos ingresos se obtienen habitualmente en el marco de una actividad empresarial, lo cual tendrá gran importancia cuando los Estados compartan el derecho a gravar los cánones y permitan, vía convenio internacional, hacerlo al Estado de la fuente¹¹³.

Por último, diversos ingresos derivados de servicios ofertados por empresas que operan en la red, en cuanto tales servicios (publicidad en la red, servicios de consulta *on-line*, accesos a portales comerciales o de entretenimiento, transmisión de radiotelevisión en tiempo real...) generan, sin lugar a dudas, rendimientos de actividades empresariales para el perceptor.

IX.1. Tributación del pago de royalties.

Cuando el rendimiento tributo como royalty o canon, habrá que aplicarle las reglas que, en parte, ya han sido expuestas, pero que conviene refrescar en estos momentos.

Así, conviene recordar que el reparto del poder tributario relativo a las rentas derivadas de la cesión de tecnología pone de manifiesto los distintos intereses de los Estados implicados: los Estados exportadores de tecnología son aquellos en los que residen los titulares de

los intangibles. Como Estados de residencia, pretenden gravar la renta exclusivamente en el lugar de residencia del perceptor de la regalía. Los Estados receptores de innovaciones tecnológicas, que dependen de la tecnología que le suministran otros países más desarrollados, sostienen que las rentas satisfechas por el pago de royalties deben gravarse total o parcialmente en el país de la fuente.

Así, el primer problema que se suscita en relación con la tributación internacional de los royalties es el relativo a la distribución del poder tributario. El Modelo de Convenio para Evitar la doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (MC OCDE), en su artículo 12, determina el gravamen exclusivo de estas rentas en el Estado de residencia, otorgando absoluta preeminencia al Estado exportador de tecnología. El Modelo Naciones Unidas prevé una tributación compartida entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente. La práctica convencional se aproxima más a esta segunda solución, pues la mayoría de los Convenios de Doble Imposición que se firman, incluso siguiendo el MC OCDE, disponen el gravamen en el Estado de residencia, pero con una tributación limitada mediante *withholding tax* que se lleva a cabo sobre rendimientos brutos.

Con esta premisa, los Estados de residencia y de la fuente juegan sus respectivas cartas para intentar ensanchar su poder tributario respecto a los cánones. Así, los Estados de la fuente operan sobre el objeto de los contratos que pueden generar *royalties*, intentando incluir el mayor número posible de supuestos. Por su parte, los Estados de residencia intentan extender el título jurídico, para poder abarcar el mayor número de perceptores de rentas. Los Estados de la fuente intentan ampliar los referentes objetivos de los cánones, esto es, los objetos cuya cesión generan *royalties*, mientras que los Estados de residencia pretenden expandir los vínculos subjetivos.

En cuanto a los elementos objetivos, esto es,

¹¹³ Véase FARRE ESPAÑOL, J.M., La doble imposición, Modelo OCDE 1992, Barcelona, Eina, 1994, pag.224.

los supuestos que pueden generar cánones, el MC OCDE incluye en su artículo 12 una definición de cánones o regalías, del siguiente cariz: el término cánones en el sentido de este artículo significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o la concesión de uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

De tal manera que el concepto de regalía a que hace referencia el Modelo de la OCDE (MOCE) hace pivotar este tipo de renta sobre la base de tres objetos: la propiedad intelectual, los elementos de propiedad industrial y el *know-how*. Y, respecto a tales objetos materiales, el MC OCDE sólo prevé dos títulos jurídicos como susceptibles de generar *royalties*: el uso o la cesión de uso. En todos los casos, el elemento objetivo de un contrato susceptible de generar regalías se caracteriza porque su objeto es lo que se puede denominar un *intangibles*. Existen muchas definiciones de intangibles, pero, por ejemplo, una de las más recurrentes en los últimos tiempos es la que se incluye en la Norma Internacional de Contabilidad 38, según la cual un intangible es activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física. Lo característico, por tanto, de los activos intangibles es la inexistencia corporal. Incluso podríamos decir que les define el ser puras creaciones jurídicas sin existencia en el mundo real¹¹⁴.

Sin embargo, existen otros muchos objetos en relación con los cuales cabe plantearse la posibilidad de que puedan generar regalías. Algunos estaban presentes en el MC OCDE

114 MARTIN JIMENEZ, A., "Artículo 12. La tributación de los cánones o regalías" en la obra colectiva "Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España. (Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)"; Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, pag. 657.

y fueron suprimidos: es el caso de los equipos comerciales, industriales y científicos, cuya cesión figuraba como posible generadora de cánones en los Modelos de Convenio OCDE 1963 y 1977, y que la versión de 1992 eliminó. Lo que no impide que siga presente en numerosos Convenios. En otros casos, los Convenios amplían la base objetiva de los cánones incluyendo otros supuestos que no responden a la tipología del artículo 12 del MC OCDE, como la asistencia técnica, los servicios de consultoría o los servicios técnicos e intelectuales (*brain work*). Finalmente existen casos dudosos en cuanto a la posibilidad de que un negocio jurídico sobre los mismos pueda generar una regalía como es el caso del fondo de comercio, los derechos de imagen, los derechos de emisión de CO2 o los rendimientos procedentes de la cesión de *software*¹¹⁵.

En cuanto a los títulos jurídicos, ya se ha apuntado que el MC OCDE sólo concibe la posibilidad de que se produzcan regalías como consecuencia del uso o la cesión de uso de los intangibles. Por lo tanto, la posible renta producida como consecuencia de la transmisión de un intangible dará lugar a una ganancia de capital, reconducible al artículo 13 del MC OCDE, pero no a una regalía. Y ello, a diferencia del Modelo USA de Convenio, que en su versión de 1996, dispone que tienen la condición de regalías las rentas obtenidas por la venta de bienes inmateriales (*super-royalties provisions*).

Respecto a esta definición conviene llevar a cabo una serie de precisiones. En primer lugar, el MC OCDE de Convenio de Doble Imposición se basa en una clara preferencia de la potestad impositiva del Estado de residencia. Siendo consciente la OCDE de que la fiscalidad de los rendimientos derivados de la cesión de intangibles era una de las materias en las cuales se podía poner de manifiesto de manera más clara la intención por parte de los Estados de
115 Para una descripción de estos supuestos, véase RODRIGUEZ LOSADA, S., El régimen jurídico-tributario de los rendimientos derivados de bienes intangibles (aspectos internacionales) tesis doctoral, inédita, pags. 83 y ss.

la fuente (generalmente países menos desarrollados e importadores de tecnología) de ejercer su poder fiscal, la tendencia ha sido la de restringir los supuestos generadores de regalías a favor de otras categorías jurídicas, como los rendimientos empresariales o las ganancias de capital. En éstas, la tributación corresponde, normalmente, al Estado de la residencia.

Ello ha llevado a una limitación del principio de tributación en el Estado de residencia (así se vienen pronunciando los Comentarios al MC OCDE en especial en relación con los programas de ordenador o la cesión de *know-how*), con la finalidad de eliminar la potestad de imposición del Estado de la fuente.

Como consecuencia de todo ello se ha producido una situación que no favorece, precisamente, el intercambio internacional de productos tecnológicos. Así, en el caso español, no favorece el suministro de tecnología por no residentes el hecho de que los cánones percibidos en España se graven sobre rendimientos brutos; cuestión de gran trascendencia, teniendo en cuenta los altos costes de generación de un intangible. Ni tampoco el significado amplio del término cánones que adopta la legislación española, a efectos de su gravamen en la fuente, incluyendo conceptos como la asistencia técnica o la cesión de bienes equipos comerciales, industriales o científicos que no tienen tal condición, por ejemplo, en el artículo 12 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE.

Sin embargo, el intercambio de los productos de la innovación tecnológica y la percepción internacional de royalties plantea otras cuestiones de no menor calado.

Así, partiendo de que los Convenios de Doble Imposición contemplan la posibilidad de que los Estados de la fuente graven las regalías pagadas al exterior, al Estado de residencia del perceptor le corresponderá corregir la doble imposición internacional. Puede hacerlo previendo el método de exención o el de crédito fiscal. Como dice MARIN BENITEZ, la retención de parte del

importe bruto de la renta obtenida en la fuente ocasiona dificultades de sobreimposición a las que el método de exención en residencia no puede dar solución¹¹⁶. En este sentido, el Comentario 9 al artículo 12 del MC OCDE reconoce la falta de efectividad del método de exención en la eliminación de la doble imposición cuando se trata de rentas de cánones o regalías y recomienda la utilización para éstas del método de crédito fiscal¹¹⁷.

Cuando ello es así, en la práctica internacional, el gravamen en la fuente de la regalía pagada se lleva a cabo sobre el rendimiento bruto, lo que determina una tributación excesiva en el país donde se satisface el *royalty*. Al tiempo, el Estado de residencia vuelve a gravar el *royalty*, aunque permite la deducción de los gastos incurridos en su generación, que normalmente suelen ser bastante elevados. Si el país de residencia mitiga la doble imposición a través del método de *credit tax*, seguramente no habrá renta suficiente con cargo a la cual practicar la deducción del crédito de impuesto. Ello supondrá que se consolidará una doble imposición no corregida, que supondrá una sobreimposición. Este exceso de tributación supone una distorsión fiscal a la cesión internacional de los resultados de la innovación tecnológica.

Frente a ello caben dos alternativas; que los Convenios de Doble Imposición sigan el criterio del MOCDE y no contemplen el gravamen en la fuente de las regalías (cuestión difícil teniendo en cuenta la práctica internacional, aunque sí se ha incluido en algunos Convenios firmados por España, como los de Bulgaria y Hungría) o que dicho gravamen en la fuente se haga sobre una renta de la que se deduzca un porcentaje razonable de los gastos incurridos. Esta parece ser la

116 MARIN BENITEZ, G., "Distribución de la potestad tributaria sobre las rentas de capital. ¿Hacia la exclusiva tributación en residencia?", Revista CEF, Contabilidad y Tributación. Comentarios y Casos prácticos, n.º 297, 2007, pag. 21.

117 MARTIN JIMENEZ, A., "Artículo 12. La tributación de los cánones o regalías", op. cit., pag. 658.

solución más factible, en la medida en que la posibilidad de que el impuesto en fuente se exija sobre la renta neta está recogida en el MC OCDE cuando se remite a la legislación del Estado de la fuente para determinar la forma en que se ejercerá el derecho de imposición.

En suma, para que el método de exención permitiera corregir los excesos de imposición, el derecho de imposición del Estado de la fuente debería exigirse sobre la renta neta (deduciendo los gastos que sean necesarios para su obtención) y no sobre la renta bruta¹¹⁸.

X. Valoración de los precios de transferencia por generación y cesión de innovación tecnológica en los grupos multinacionales.

Por último, una cuestión de gran trascendencia en la fiscalidad de los productos resultantes de la innovación tecnológica es la aplicación a los negocios sobre estos intangibles del régimen de precios de transferencia.

Los negocios internacionales sobre estos productos han permitido poner en cuestión el método del precio libre comparable como criterio preferente en la aplicación de la regla de independencia.

Recordemos al respecto que en su Informe de julio de 1995, que actualizaba la Guía sobre Precios de Transferencia¹¹⁹, la OCDE reconocía como ajustados al principio de independencia at arm's length los métodos denominados tradicionales, que determinan el importe del precio de transferencia basándose únicamente en la transacción (*transactional methods*). Estos métodos incluían, fundamentalmente, el método de

precio de operaciones comparables entre empresas independientes (*comparable uncontrolled price method*).

El método del precio comparable de mercado ha venido siendo el método por excelencia, pues se afirmaba que el mismo era el que mejor armonizaba con el principio de independencia. En sustancia, consiste en “comparar el precio facturado por activos o servicios transmitidos en una operación vinculada, con el precio facturado por activos o servicios transmitidos en una operación no vinculada en *circunstancias comparables*”. Habrá circunstancias comparables, cuando no existan diferencias que puedan influir en el precio, o bien, si existen, cuando las mismas puedan eliminarse mediante ajustes. Para determinar la existencia de un precio libre comparable, habrá que llevar a cabo un análisis del bien o servicio, determinando si el mismo tiene o no un mercado propio. Habrá que efectuar un análisis funcional de inversiones y riesgos, y de mercados, estrategias y condiciones contractuales. En suma, la clave para practicar esta valoración radica en la realización de un adecuado *análisis de comparabilidad*.

Como alternativa, y de modo jerarquizado, la Guía de Precios de la OCDE, incluía dos métodos fundados, no en el precio de la transacción sino en el *margen bruto* de la misma.

La valoración de los precios de transferencia ha venido gravitando hasta ahora en torno a una preponderancia casi exclusiva del método del libre comparable, preferido por la OCDE por considerarlo como el que mejor encarna el principio de libre competencia, Y ello, aunque la propia organización internacional lleva años reconociendo sus dificultades, especialmente a la hora de implementar los análisis de comparabilidad, pues la elaboración de los mismos requiere acceder a datos de empresas, lo que ha llevado a una exacerbación de la importancia de las diversas bases de datos o *Masterfile*¹²⁰. La 120 De ahí, la necesidad de precisar y mejorar el método de comparación, y, de tener en cuenta las diferencias entre las empresas comparadas que puedan afectar

118 MARIN BENITEZ, G., “Distribución de la potestad tributaria sobre las rentas de capital. ¿Hacia la exclusiva tributación en residencia?, Uría Menéndez, pag. 21.

119 CAVESTANY MANZANEDO, M.A., “Los precios de transferencia en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, desde las perspectivas de las directrices de la OCDE de julio de 1995”, Carta Tributaria, nº 245, 1996, pag. 3.

practicabilidad de las reglas sobre precios de transferencia depende, en última instancia, de la adecuada aplicación técnica de bases informáticas.

Pero el gran problema del método libre comparable no es sólo el de una preponderancia de lo técnico frente a lo jurídico. La gran cuestión es que no siempre existen comparables. Y en la generación de innovaciones tecnológicas en el seno de grupos internacionales la imposibilidad de encontrar un comparable es evidente.

Si hay un elemento que plasma en toda su plenitud lo que podríamos denominar *crisis del método de libre comparable* éste es, con toda seguridad, su difícil aplicación a los intangibles. En los grupos multinacionales, los intangibles se generan en el seno del grupo como consecuencia de la actividad de I+D+i de un centro de innovación tecnológica, y posteriormente, son cedidos a todas las filiales. El instrumento jurídico para ello suelen ser los acuerdos suscritos por las sociedades del grupo interesadas (*cost-sharing arrangements*), donde existe un reparto de costes mediante aportaciones calculadas de acuerdo con unas reglas previstas en el propio acuerdo, que también suele incluir los costes de adhesión y retirada de partícipes (*buy-in/ buy-out/payments*). El Internal Revenue Service (IRS) de Estados Unidos, define los *cost-sharing arrangements* al precio final – como el posicionamiento en el mercado y la eficiencia en general – para, de esta manera, practicar los ajustes correspondientes. Como consecuencia de ello, la posición de la OCDE puede ser calificada como de “compromiso”. Junto al método comparable, que preserva mejor que ningún otro la regla de la libre competencia, se abre la posibilidad de acudir a otros métodos, como el coste incrementado (*cost plus method*) o el precio de venta (*resale price method*), que deberían aplicarse de modo subsidiario y respetando la regla de la libre competencia. Junto a estos métodos que descansan en las transacciones, la OCDE ha introducido los métodos de distribución de beneficio (*profit split method*). Estos últimos son resultado del recurso a los métodos de distribución del beneficio, impulsado por Estados Unidos.

como *an agreement under which costs to develop intangibles are shared in proportion to reasonably anticipated benefits that each entity will reap.*

Y, aunque, en países como España, las reglas relativas a los acuerdos de reparto de costes constituyen reglas específicas que no interfieren en la aplicación del principio *arm's length*, no ocurre así en el Derecho Comparado. En Estados Unidos las normas internas en materia de costos compartidos prevalecen sobre el principio *arm's length*, como lo ha afirmado la emblemática resolución *Xilinx, Inc. v. Commissioner* del Noveno Circuito de la Corte de los Estados Unidos, de 27 de mayo de 2009. De manera que la valoración de intangibles en el marco de los *cost-sharing* ha contribuido activamente a la crisis del libre comparable como criterio fundamental en la valoración de operaciones entre partes dependientes.

Es en la necesidad de superar este marco donde hay que situar la revisión de la Guía de Precios de Transferencia, publicada el 22 de julio de 2010. Como principales novedades de la misma hay que incluir que los métodos de ganancia transaccional (margen neto de la transacción (*TransactionalNet Margin Method*) y el método de división de ganancias (*Profit Split Method*) ya no son considerados métodos de último recurso. Sólo se mantiene la preferencia por el método de precio comparable entre partes no controladas, pero, en todo caso, se aplicará el método que, atendiendo a cada situación particular, sirva mejor al objetivo de determinar el verdadero precio de mercado.

Además, se intentan resolver, con éxito desigual, algunos problemas técnicos importantes que venían planteando la búsqueda de comparables, perfilando los criterios que se deben seguir a la hora de seleccionar o rechazar un comparable. En este sentido, la Guía de 2010 sugiere mayores orientaciones, por ejemplo, facultando a que no se tome en consideración todo el comparable sino sólo una parte, a través de técnicas de rango intercuartil, o fijando los aspectos del comparable a rechazar, a través

de los resultados atípicos o extremos.

Ello favorecerá, sin duda, la aplicación del principio de independencia, en la cesión de los resultados de la innovación tecnológica entre sociedades del Grupo multinacional.

XI. Excursus sobre el régimen de Patent Box como incentivo a los rendimientos derivados de los intangibles.

Al margen de esto, se han habilitado en la mayoría de los países de Europa medidas de tratamiento fiscal ventajoso para las cesiones de intangibles que llevan a cabo las empresas con actividad investigadora, siempre que la empresa no esté en un paraíso fiscal. Se trata del régimen de patent box, que existe en Irlanda desde 1973 y que además, se prevé en la legislación de Bélgica, China, Francia, Holanda, Luxemburgo, Suiza o Reino Unido.

En España, esta medida para incentivar tributariamente el acceso tecnológico, se prevé desde 2007, en el artículo 23 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. La ventaja fiscal consiste, básicamente, en la exención del 50% de los rendimientos procedentes de la cesión a terceros de intangibles, entre los que se incluyen el *know-how*, además de patentes, copyright, marcas... La ventaja fiscal, antes de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, se podía aplicar, incluso, cuando cedente y cesionario formen parte de un grupo de sociedades¹²¹.

Para aplicar esta ventaja fiscal se deben cumplir ciertos requisitos, como, por ejemplo, que la entidad cedente haya creado los activos objeto de cesión, al menos, en un 25%, y que el cesionario utilice los derechos de uso o de explotación en el desarrollo de una actividad económica y, además, que no resida en un país o territorio de nula tributación o considerado como paraíso fiscal.

Al igual que ocurría con relación a la

deducción por innovación tecnológica, en el patent box también se admite la posibilidad de formular consultas vinculantes.

Sin embargo, en la citada Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se ha producido una modificación de esta deducción que no resulta del todo favorable a efectos de incentivar el aprovisionamiento tecnológico de las empresas españolas. Aunque aparentemente, no parezca ser así, porque se ha incrementado el importe exento del 50 % al 60 %.

En el aspecto positivo, la reforma permite aplicar la reducción a algunos activos adquiridos, no sólo a los generados en el seno de la propia empresa cedente. También se elimina el límite a la deducción consistente en el importe equivalente a 6 veces el coste de generación.

De la misma forma, aparenta ser positivo el incremento de la deducción del 50% al 60%, pero el sistema de cálculo no es favorable, ya que el porcentaje pasa a aplicarse sobre la renta neta derivada del activo cedido y no sobre los ingresos procedentes del mismo. Y sobre todo, hay que destacar el retroceso que supone la desaparición de la referencia expresa a la aplicación del beneficio en entidades que se integran en grupos que tributan en régimen de consolidación fiscal. Se trata de auténticas regresiones legales en el régimen del *patent box* que deberían corregirse para favorecer fiscalmente el avance tecnológico en las empresas españolas.

121 RODELLAS CLAPES, A. "El Patent Box", Foment del Treball Nacional, 2011/04, nº 2135, pag. 29.