

Exclusiones en el Blueprint del Pilar Dos: los problemas no resueltos

Claudio CIPOLLINI¹

Fecha de presentación: 10 de enero de 2021

Fecha de aprobación: 21 de febrero de 2021

Resumen

El objetivo de esta contribución es explorar la propuesta de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) / G-20 basada en las exclusiones en virtud de la sustancia dentro del Blueprint del Pilar Dos emitido en octubre de 2020. El análisis abarca los problemas no resueltos más relevantes según lo descrito por las partes interesadas externas en la reciente consulta pública, incluyendo la complejidad de la propuesta, el papel de los intangibles y del capital, así como el método utilizado para la evaluación del componente de activos tangibles. Al final, los resultados sugieren que aún hay mucho por trabajar para encontrar una solución

¹ Abogado graduado con honores de la Universidad de Pisa (Italia) y doctor en derecho por la Universidad Radboud Nijmegen (Países Bajos). Actualmente es investigador postdoctoral en la Universidad de Heidelberg (Instituto de Finanzas Públicas y Derecho Tributario - Alemania) y profesor adjunto de Derecho Tributario en la Escuela de Especialización para Profesiones Jurídicas de la Universidad de Florencia (Italia). En el pasado, fue profesor adjunto de Derecho Tributario Europeo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma “La Sapienza” (Italia). También es abogado admitido para ejercer ante el Tribunal Supremo italiano y socio fundador de RCLex - Studio Legale Associato con oficinas en La Spezia y Milán, donde se especializó en derecho tributario, derecho comercial e inmobiliario. Es autor de una monografía titulada “Special Tax Zones and EU Law: Theory, Implementations, and Future Challenges” publicado por Wolters Kluwer International (2019). Escribió varios artículos publicados en revistas académicas líderes en el área del derecho tributario internacional y europeo. Es miembro del consejo editorial del “Legal Issues Journal” publicado por la United Kingdom Law & Society Association, así como del comité ejecutivo de Worldwide TaxNet (Reino Unido). También es miembro de IFA - International Fiscal Association (Italian branch) y de ELI - European Law Institute (Viena).

integral, especialmente si consideramos la efectividad de la propuesta GloBE y su objetivo de mitigar la competencia fiscal.

Palabras clave

Pilar dos - Propuesta GloBE - Impuesto mínimo efectivo - Exclusiones - Competencia fiscal - Proyecto BEPS OCDE / G20 - Economía digital

Carve-outs in the Pillar Two Blueprint: The Unresolved Issues

Abstract

The aim of this contribution is to explore the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)/G-20 proposal for a substance based carve-out within the Pillar Two Blueprint issued in October 2020. The analysis covers the most relevant unresolved issues as outlined by the external stakeholders in the recent public consultation, including the complexity of the proposal, the role of intangibles and capital, as well as the method used for the evaluation of the tangible assets component. In the end, the outcomes suggest that a lot of work should still be done to find a comprehensive solution, especially as long as we consider the effectiveness of the GloBE proposal and its objective of mitigating tax competition.

Key words

Pillar Two – GloBE proposal – minimum effective tax – carve-outs – tax competition – OECD/G20 BEPS Project – Digital economy

1. Introducción

La propuesta global contra la erosión de bases (GloBE) es una de las iniciativas recientes de la OCDE/G-20 para abordar los desafíos fiscales de la economía digital. Las nuevas reglas, que se desarrollan bajo el llamado Pilar Dos, tienen como objetivo otorgar a las jurisdicciones el derecho de “recuperar impuestos” sobre las ganancias cuando otras jurisdicciones no ejercen sus derechos tributarios o cuando un determinado ingreso está sujeto a bajos niveles de tributación efectiva.

El objetivo de política de los miembros del Marco Inclusivo es contrarrestar una carrera perjudicial a la baja de las tasas del impuesto sobre la renta de las empresas, abordar los desafíos de la erosión de la base imponible y traslado de beneficios (BEPS) restantes y garantizar que las ganancias de las empresas multinacionales (EMN) estén sujetas a una tasa impositiva mínima.

La propuesta GloBE se centra en la implementación de dos reglas diferentes: (i) una regla de inclusión de ingresos (denominada *income inclusion rule*) para gravar los ingresos de una entidad controlada por extranjeros en el país de residencia si esos ingresos están sujetos a una tasa impositiva efectiva por debajo de un estándar mínimo aceptable en el país de origen; y (ii) un impuesto sobre los pagos que erosionan la base (denominado *undertaxed payments rule*) por el cual se denegaría una deducción o una desgravación de ciertos pagos realizados a entidades vinculadas, cuando dichos pagos estén sujetos a bajos niveles de tributación efectiva en el país del receptor.

En el debate en curso hay diversas preocupaciones entre las partes interesadas externas sobre los efectos de las nuevas reglas. En particular, según

algunas opiniones, una aplicación generalizada de un impuesto mínimo efectivo podría afectar gravemente a la posibilidad de que los países en desarrollo utilicen la variable del impuesto para atraer inversiones extranjeras directas. Sobre esta consideración, según el documento de Consulta Pública sobre el Pilar Dos emitido por la OCDE (2019) ---que explora la idea de excluir determinadas situaciones del alcance de las nuevas medidas--- se podría considerar la exclusión de sectores o industrias específicas teniendo en cuenta la sustancia de las actividades relacionadas, como en el caso de un rendimiento de activos materiales o regímenes fiscales en cumplimiento de la Acción 5 de BEPS, tendiente a combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.

No obstante, los miembros del Marco Inclusivo también subrayan los riesgos que generan las exclusiones, principalmente relativos a la competencia fiscal “excesiva”, así como los mayores costos de cumplimiento y administración (OCDE, 2019:80). Con base en este documento, las partes interesadas externas asumen diferentes opiniones sobre la posible introducción de exclusiones. Además de una visión negativa donde las exclusiones se consideran un riesgo grave para la efectividad de la propuesta GloBE, otras voces consideran que las exclusiones son esenciales para preservar la soberanía fiscal y la posibilidad de políticas fiscales efectivas en todos los países. Por lo tanto, el diseño de exclusiones se convierte en una cuestión crucial dentro de la propuesta GloBE; y, en estos términos, es evidente que la elección de su diseño implica efectos importantes en la capacidad de los países para implementar sus políticas fiscales internas, dado que las exclusiones pueden adaptarse de diversas formas.

Sobre estas premisas, el alcance de esta contribución es analizar los desarrollos recientes del trabajo en curso de la OCDE/G-20 sobre el tema,

explorando la exclusión basada en la sustancia propuesta dentro del Blueprint del Pilar Dos publicado en octubre de 2020. En consecuencia, las próximas secciones se centrarán en los problemas no resueltos más relevantes según lo descrito por las partes interesadas externas en la reciente consulta pública celebrada en diciembre de 2020, incluida la complejidad de la exclusión propuesta, el papel de los intangibles y del capital, así como el método utilizado para la evaluación del componente de activo fijo inmovilizado. Por último, el artículo describe una solución alternativa para las exclusiones que tiene como objetivo conciliar los ejes opuestos de la competencia y la soberanía fiscal y, por lo tanto, encontrar un consenso político más amplio sobre la propuesta GloBE.

2. El Blueprint del Pilar Dos

El Blueprint del Pilar Dos identifica aquellos aspectos de la propuesta GloBE en los que se requieren más aportes de las partes interesadas y trabajo técnico adicional antes de su finalización. En lo que respecta a las exclusiones, el Blueprint introduce la idea de una excepción basada en requerimientos de sustancia, tendiente a excluir del alcance de las reglas GloBE a determinadas actividades, considerando su rendimiento dentro de una jurisdicción. Según el documento, el monto de la exención es igual a la suma del componente de la nómina y el componente de activo tangible (OCDE, 2020:332).

De acuerdo con el documento mencionado, el componente de nómina se calcula sobre una base jurisdiccional considerando el lugar de la actividad real del empleado. En este sentido, cuando la jurisdicción de residencia de la entidad EMN que paga el salario del empleado difiera de la jurisdicción donde realiza las actividades el empleado, la residencia del empleado debe usarse para identificar el

lugar de la actividad real, a menos que haya evidencia sólida de que la actividad se realiza en otra jurisdicción (OCDE, 2020:339).

Por su parte, los costos de nómina elegibles incluyen los gastos de sueldos y salarios así como otros beneficios para empleados (p.ej., por ejemplo, seguro médico, fondos de pensiones, entre otros). Se incluyen además los impuestos sobre la nómina y la contribución del empleador a la seguridad social. Los empleados elegibles son todos los empleados de una EMN, ya sea a tiempo completo o parcial, así como los contratistas independientes que participan en las actividades operativas ordinarias (párr. 338).

Por su parte, el componente de activo tangible es igual a la suma de un cierto porcentaje de la depreciación o agotamiento de los activos elegibles, incluyendo propiedad, plantas, equipos, tierras y recursos naturales. Para dicho componente, también es necesario considerar el activo tangible por derecho de uso de cualquier arrendatario y su porcentaje de depreciación relevante; de esta forma, el monto de la exención neutraliza la diferencia entre poseer y arrendar activos con respecto a la posibilidad de identificar actividades sustanciales (párr. 342). Sin embargo, el monto de la exención no incluye edificios, terrenos y otros activos que se mantienen para obtener ingresos por alquiler o para la revalorización del capital, como en el caso de los activos que no se utilizan en la producción (párr. 344).

Finalmente, el cálculo del componente de activo tangible debe realizarse sobre una base jurisdiccional. En consecuencia, la depreciación de propiedades, plantas y equipos se trata como si tuviera un nexo en la jurisdicción de la entidad multinacional que utiliza el activo (párr. 353); la tierra y los recursos naturales se tratan como si tuvieran un nexo en la jurisdicción en la que están (párr. 358 y 363),

mientras que la depreciación de un activo por derecho de uso por parte del arrendatario se trata como si tuviera un nexo en la jurisdicción de la entidad multinacional arrendataria que usa la propiedad en su negocio (párr. 369).

Sobre la base de esta solución, el diseño de una separación con el uso combinado de la nómina y un componente de activos tangibles tiene como objetivo proporcionar un campo de juego más nivelado. De esta manera, tanto las empresas intensivas en mano de obra como las empresas intensivas en activos fijos quedan excluidas del alcance de las nuevas reglas con mayor neutralidad entre las diferentes industrias o sectores.

3. Los resultados de la última consulta pública (diciembre de 2020)

El análisis del Blueprint pone en evidencia una serie de aspectos críticos relacionados con las exclusiones y sus diseños.

En este sentido, los comentarios recibidos de las partes interesadas externas en la última consulta pública celebrada en diciembre de 2020 todavía plantean muchas preocupaciones sobre la forma en que las exclusiones deben adaptarse dentro de la propuesta GloBE. De hecho, el nuevo documento, si bien proporciona una fórmula técnica basada en los dos componentes mencionados, no se resuelven las objeciones políticas y técnicas relevantes, especialmente en lo que se refiere a los costos de cumplimiento, el papel de los intangibles y del capital, así como el método utilizado para evaluar el componente de activo.

Sobre la base de estos supuestos, resulta necesario analizar el diseño de exclusión propuesto con más detalle, centrándose en los problemas no resueltos

más relevantes, según lo detallado por las partes interesadas externas en la reciente consulta pública.

3.1. La complejidad de la propuesta

La primera cuestión trata de la complejidad de analizar una exclusión centrada en muchas variables diferentes.

Un ejemplo de esta problemática es el componente de activo tangible que se calcula considerando varios porcentajes de depreciación o agotamiento de los activos elegibles, incluyendo propiedad, planta, equipo, tierra, recursos naturales, así como el derecho de uso del activo tangible del arrendatario. Según este proceso, el cálculo de la depreciación de la propiedad y del equipo requiere que se establezcan muchos factores, como la base depreciable del activo (es decir, el costo del activo menos su valor residual), la vida útil del activo y el método de depreciación. La multitud de variables y la existencia de diferentes estándares de contabilidad financiera contribuyen a crear un marco demasiado complejo para el cálculo del monto de exención.

Además, es dable mencionar que como las exclusiones se calculan sobre una base jurisdiccional, el proceso de determinación implica la identificación de un nexo adecuado entre un activo dado y la jurisdicción relevante. Para tal fin, las empresas multinacionales podrían encontrar dificultades especialmente en lo que respecta al equipo y los empleados elegibles. En el primer caso, cada vez que el uso de equipo se comparte entre dos o más entidades del mismo grupo de empresas multinacionales, es difícil establecer qué entidad utiliza los activos en una jurisdicción (es decir, el nexo). En el segundo caso, puede haber situaciones (p.ej., trabajadores transfronterizos) en las que tanto la residencia de los empleados como

la residencia de la entidad pagadora multinacional difieren del lugar donde se realizan las actividades del empleado; en estas situaciones, la única solución es una investigación caso por caso para identificar el lugar donde se realizan las actividades del empleado.

Algunas partes interesadas externas cuestionan si la exclusión es lo suficientemente fácil de aplicar y viable en la práctica (p.ej., en el caso del sector de extracción de recursos naturales, algunos grupos ponen en evidencia que un rendimiento de rutina a menudo es difícil de establecer en una jurisdicción determinada, mientras que la introducción de una exclusión general de recursos naturales evitaría pasar por esta complejidad) (OCDE, 2020a).² Además, la implementación de exclusiones país por país requiere de la determinación tanto del beneficio como del tipo impositivo efectivo en cada jurisdicción donde opera una entidad multinacional.

En resumen, la propuesta anterior presenta muchos puntos críticos en cuanto a su implementación práctica que implican mayores costos administrativos, mayor complejidad y probablemente mayor incertidumbre (CHAND y ROMANOVSKA, 2020). El uso de un enfoque de fórmulas, así como el cálculo de los componentes relevantes sobre una base jurisdiccional, agregan mayor complejidad a la propuesta GloBE con serios riesgos de dar a luz a un laberinto de reglas técnicas. Es por esta razón que algunas partes interesadas externas sugieren que la exclusión debería introducirse de forma opcional para que esté disponible para esos grupos solo cuando suponga una diferencia significativa en su cálculo debido a la sustancia que tienen en determinadas jurisdicciones. En este sentido, las empresas deberían poder

2 Comentarios de Qatar Petroleum.

optar por no participar en la exclusión si concluyen que los costos superan a los beneficios (OCDE, 2020a).³

3.2. El papel de los activos intangibles y del capital

La segunda cuestión de la exclusión propuesta implica el papel de los activos intangibles y del capital. De hecho, parece que la fórmula basada en sustancia no reconoce el papel cada vez más importante de los intangibles y del capital en los modelos comerciales de todos los sectores. Algunos comentaristas señalan que también las inversiones intangibles deberían contribuir a formar la cantidad excluida, destacando el hecho de que la importancia de los intangibles está creciendo. Según estas voces, un enfoque más amplio sería consistente con brindar beneficios similares a diferentes tipos de modelos comerciales, independientemente de su perfil de inversión.

En otras palabras, el principal problema es que el Blueprint tiene una visión muy limitada sobre qué tipo de activos podrían constituir una actividad sustancial con las consiguientes desventajas para los modelos de negocio en sectores altamente productivos, impulsados por la investigación y desarrollo (OCDE, 2020a).⁴ Está claro que una exclusión basada exclusivamente en el rendimiento de los activos tangibles y de los costos de nómina beneficiaría solo a un subconjunto específico de negocios de bajo margen. También crearía una distinción extraña

³ Comentarios de Chiomenti, Cuatrecasas, Macfarlanes, y Deloitte.

⁴ Comentarios de Business Europe.

entre negocios intensivos en activos y otros con menos activos tangibles, cuyo valor es impulsado por el capital o los activos intangibles (*id.*).⁵

Con base en estas consideraciones, algunos asesores creen que es necesaria una exclusión más amplia para la actividad económica sustantiva para preservar el derecho de la jurisdicción local donde ocurre la actividad económica a determinar cómo se grava cada actividad. En esta dirección, debe reconocerse que tanto los ingresos relacionados con los intangibles como los relacionados con el capital tienen un elemento de rutina. Por lo tanto, sería apropiado expandir la exclusión para incluir un rendimiento libre de riesgo basado en el valor de los intangibles y del capital (OCDE, 2020a).⁶ En otras palabras, la exclusión basada en fórmulas debería incluir un componente intangible y un componente de capital; y, lo que es más importante, debe ofrecer en todos los casos el derecho al contribuyente a demostrar que el beneficio no escindido se deriva de actividades genuinas (OCDE, 2020a).⁷

En particular, en lo que respecta al componente de capital y la industria de seguros o servicios financieros, algunos doctrinarios ponen en evidencia que la nómina y los activos tangibles no son los factores clave de fondo en dichas industrias. Con base en estos hechos, sería necesario diseñar la exclusión considerando también conceptos regulatorios para adecuarse al sector de servicios financieros. Por ejemplo, el negocio de los seguros está altamente regulado de una manera que requiere que se mantenga una cantidad adecuada de capital para

5 Comentarios de Deloitte.

6 Comentarios de Ernst & Young.

7 Comentarios de KU Leuven Institute for Tax Law.

igualar los riesgos más un margen para una seguridad adicional. De hecho, los grupos de seguros deben mantener fondos fiduciarios en varias jurisdicciones para que sus entidades puedan hacer negocios allí, ya que no se otorgará una licencia a menos que se cumplan los requisitos regulatorios locales (OCDE, 2020a).⁸

En resumen, el resultado de la última consulta pública realizada en diciembre de 2020 sugiere evaluar la integración de otros elementos que no se centren exclusivamente en el trabajo y los activos tangibles, para aplicar la exclusión también a las empresas que no basan sus actividades principalmente en elementos materiales. En este sentido, se podría introducir una exclusión específica en función de factores como, a modo de ejemplo: i) el monto de los activos intangibles dentro de la jurisdicción de establecimiento de la empresa; y ii) la cantidad de activos financieros ubicados en la misma jurisdicción de constitución. De esta forma se lograría un tratamiento uniforme a diferentes empresas (OCDE, 2020a).⁹

3.3. Método utilizado para evaluar el componente de activo tangible

La tercera cuestión versa sobre el método utilizado para evaluar el componente de activo tangible según la exclusión propuesta. En este sentido, surgen algunas preocupaciones entre los grupos de interés externos con respecto al uso del método de depreciación. Algunas voces sugieren el uso del valor de libros de los activos en lugar de la depreciación, subrayando que un enfoque sobre el valor de los activos proporciona un método más sólido para determinar un rendimiento

⁸ Comentarios de Lloyds.

⁹ Comentarios de Tremonti Romagnoli Piccardi and Associates.

de rutina de la inversión empresarial. De hecho, considerando que un método basado en un porcentaje de depreciación implicaría un rendimiento demasiado bajo para reflejar la contribución real de los activos al negocio, hay espacio para la adopción de un cálculo basado en el “valor en libros” de los activos en lugar de su “depreciación”.

En particular, según algunos especialistas de la materia, el uso de un margen sobre los gastos de depreciación en la exclusión, en lugar de un rendimiento sobre los activos tangibles, perjudicaría seriamente a las empresas de uso intensivo de capital de una manera que es incompatible con los objetivos de las reglas de GloBE.

Cabe agregar que, en lo que respecta a la perspectiva económica, el uso del valor en libros de los activos sería de alguna manera también coherente con las Guías de Precios de Transferencia de la OCDE, las cuales establecen que el rendimiento de los activos es apropiado para evaluar las ganancias de la industria manufacturera o de otros negocios de activos intensivos (OCDE, 2020a).¹⁰ En este sentido, también debe tenerse en cuenta que un enfoque sobre el valor de activos también es consistente con las reglas GILTI (*Global Intangible Low-Taxed Income*) de Estados Unidos y con una sólida teoría económica y financiera (según la cual se obtienen retornos de inversiones y no de gastos) (OCDE, 2020a).¹¹

Otras sugerencias de las partes interesadas externas se refieren a una situación en la que surge una exclusión y no se utiliza en un ejercicio financiero determinado. En ese caso, la exclusión debe llevarse adelante y estar disponible en

¹⁰ Comentarios de Business Europe y Foglia & Partners. Ver asimismo párrs.2.98 y 2.103 de las Guías de precios de transferencia de la OCDE (2017).

¹¹ Comentarios de la U.S. Chamber of Commerce.

años futuros en el momento en que se genere un retorno de esa inversión. Esto garantizaría que se proteja un retorno de rutina de toda la inversión sustancial, incluso en industrias con ciclos de vida de inversión largos (OCDE, 2020a).¹²

4. La cuestión de la competencia fiscal: garantizar la igualdad de condiciones

Además de los comentarios recibidos de las partes interesadas externas, la discusión de la exclusión propuesta también implica otras consideraciones sobre los efectos de dicha propuesta en la variable de competencia fiscal. Como se ha mencionado, la solución de diseño incluida en el Blueprint se centra en una exclusión cuyo monto se calcula sobre una base cuantitativa como la suma entre un componente de nómina y un componente de activos tangibles. Otros factores, como las características de la jurisdicción donde está la entidad multinacional o el sector industrial específico, no fueron considerados en la fórmula.

La principal consecuencia de este enfoque es que la exclusión es potencialmente aplicable en todas las áreas del mundo, incluidos los países ricos donde las EMN tendrían la posibilidad de explotar regímenes fiscales preferenciales para la inversión en cualquier momento en que las actividades realizadas se basen en la sustancia. De esta forma, el resultado cumple con los estándares de Acción 5 de BEPS considerando que la renta siempre estaría gravada donde se crea valor.

No obstante, a medida que el análisis se traslada al tema de la competencia fiscal, las exclusiones diseñadas como tales podrían frustrar la eficacia de la propuesta GloBE y el objetivo final de garantizar la igualdad de condiciones. En

¹² Comentarios de European Business Initiative on Taxation (EBIT).

este sentido, el mero carácter sustancial de las actividades realizadas no representa un argumento suficiente para excluir la posibilidad de una carrera a la baja para las tasas del impuesto sobre la renta de las sociedades (CIPOLLINI, 2019). En todos estos casos, puede haber una competencia fiscal excesiva capaz de generar efectos negativos sobre la capacidad de gasto público de muchos países. Como las exclusiones están disponibles para actividades sustanciales independientemente de otros factores, las EMN tendrán la posibilidad de reubicarse en jurisdicciones donde la tasa impositiva se establece por debajo de la tasa estándar mínima, especialmente cuando estas jurisdicciones ofrecen las mismas condiciones que para el nivel de calidad de la infraestructura y servicios públicos.

Con base en estos hechos, la introducción de excepciones para situaciones en cumplimiento de la Acción 5 de BEPS socavaría seriamente la efectividad de la propuesta GloBE, mientras que, por el contrario, la introducción de un impuesto mínimo generalizado sin excepciones sólo debería mitigar eficazmente la competencia fiscal y detener a todos los países en la carrera hacia la disminución de las tasas de impuesto. Este análisis nos lleva a una primera conclusión, las exclusiones no deberían incluirse en la propuesta GloBE si el enfoque del Marco Inclusivo es mitigar la competencia fiscal excesiva (PISTONE, PINTO NOGUEIRA, ANDRADE RODRIGUEZ y TURINA, 2020).

Sin embargo, la falta de exclusiones del horizonte de la tributación efectiva mínima global probablemente impediría que un gran grupo de países encuentre un consenso político sobre la propuesta. Sin exclusiones, los países se verían seriamente limitados en su capacidad de atraer inversión extranjera directa

mediante el uso de programas de incentivos fiscales (OCDE, 2020a).¹³ Una aplicación generalizada de la tasa impositiva efectiva mínima sin excepciones afectaría entonces el derecho del país a implementar un marco impositivo basado en incentivos a nivel nacional dirigido a atraer inversiones basadas en sustancia de conformidad con la Acción 5 de BEPS. Además, en el caso de regiones ultraperiféricas, las nuevas reglas probablemente minarían la posibilidad de compensar a los habitantes por la lejanía y la posición geográfica desfavorecida (*id.*).¹⁴ En otros términos, una aplicación generalizada de la tasa impositiva efectiva impediría a los países en desarrollo utilizar la política tributaria como herramienta para atraer inversiones y a las actividades de valor agregado, con miras al desarrollo de su industria y economía. Al mismo tiempo, esta situación también evitaría que los países más ricos creen incentivos para invertir en regiones desfavorecidas (*id.*).¹⁵

Por tanto, además del tema de la competencia tributaria, la política pública nacional representa un factor más a considerar. Es por esto por lo que la decisión sobre las exclusiones se convierte entonces en una cuestión de política que implica la búsqueda de una solución equilibrada para reconciliar los ejes opuestos. Por un lado, está la efectividad de la propuesta GloBE con respecto al objetivo de mitigar el exceso de competencia tributaria, mientras que, por otro lado, está el principio de soberanía tributaria y, en particular, el derecho del país a utilizar los impuestos para atraer inversiones extranjeras directas. El Blueprint no se enfrenta al núcleo de

13 Comentarios de Business Europe and SEOPAN.

14 Comentarios de Confederación Canaria de Empresarios.

15 Comentarios de Loyens and Loeff.

esta cuestión política y, en consecuencia, no ofrece solución alguna para resolver el conflicto subyacente.

En este sentido, la propuesta GloBE probablemente se beneficiaría de un análisis más profundo de los efectos de la competencia fiscal. En particular, los miembros del Marco Inclusivo deben establecer primero en qué condiciones una tasa impositiva por debajo del estándar mínimo puede efectivamente socavar la creación de un campo de juego nivelado. Por ejemplo, dentro del juego de la competencia fiscal, es un hecho que los países en desarrollo no pueden competir con los países desarrollados de manera justa siempre que el nivel de calidad de los servicios públicos y la infraestructura no sea comparable. En lo que respecta a las actividades sustanciales, las elecciones de ubicación de los grupos de empresas multinacionales se basan no solo en la variable fiscal, sino también en las condiciones económicas de una jurisdicción determinada, incluido el nivel de calidad de los servicios públicos y la infraestructura disponibles.

La consecuencia lógica es que, antes de asumir la existencia de una competencia fiscal excesiva, primero es necesario considerar si los países comparados compiten de manera justa a la luz de sus niveles de desarrollo y tomando en consideración un conjunto de otros factores relevantes (p.ej., infraestructura, servicios públicos disponibles, posición geográfica). Sobre la base de estas consideraciones, existe un espacio para exclusiones dentro de la propuesta de GloBE para actividades de base sustancial solo cuando se requieren impuestos bajos para apoyar el crecimiento económico de un país en desarrollo. En tales casos, el uso de la variable tributaria es fundamental para financiar la creación de servicios o infraestructura pública y, en última instancia, para crear igualdad de condiciones para la competencia tributaria internacional.

El principio de equidad fiscal puede ofrecer un argumento interesante para respaldar el enfoque sugerido. En este sentido, siempre que la equidad fiscal se defina de acuerdo con el principio del beneficio, se requieren exclusiones para actividades sustanciales que compensen a las EMN por las dificultades derivadas de la lejanía de determinadas zonas y la falta de servicios o infraestructura pública (CIPOLLINI, 2019:249). Cualquier solución diferente implicaría una situación en la que se apliquen impuestos independientemente de los beneficios recibidos por el contribuyente en un país determinado.

Según estos hallazgos, las exclusiones para las actividades basadas en sustancia son necesarias solo mientras se requiera una tributación por debajo de un estándar mínimo para asegurar el crecimiento de un país de bajos ingresos. Por el contrario, en el caso de los países de altos ingresos, la introducción de exclusiones diseñadas como tales afectaría negativamente la efectividad de la propuesta GloBE. En otras palabras, los países de bajos ingresos, cuando existe una brecha evidente con respecto al nivel de servicios públicos e infraestructura disponibles en los países de altos ingresos, no deben verse privados de la posibilidad de utilizar incentivos fiscales para atraer actividades de acuerdo con la Acción 5 de BEPS (CHAND Y ROMANOVSKA, 2020). Bajo estos términos, al limitar las exclusiones para actividades sustanciales a los ingresos generados en los países de bajos ingresos, existiría finalmente la posibilidad de una solución equilibrada para reconciliar los ejes opuestos de la competencia y la soberanía fiscal, encontrando así un consenso político más amplio sobre la propuesta GloBE.

5. Conclusiones

El resultado del análisis y la discusión plantea una serie de preguntas relevantes y sugiere que aún se debe trabajar mucho para encontrar una solución integral para el Pilar Dos.

En lo que respecta a las exclusiones, la propuesta del Blueprint es probablemente demasiado compleja ya al implicar mayores costos de cumplimiento y riesgos para las empresas multinacionales. Además, una fórmula de exclusión basada en sustancia no reconoce el papel creciente de los intangibles y del capital en los modelos comerciales en todos los sectores; luego, en cuanto al método utilizado para evaluar el componente de activo tangible, existen argumentos suficientes para recomendar el uso del valor en libros de los activos en lugar de la depreciación.

Además de estos aspectos prácticos, surgen más preocupaciones considerando la efectividad de la propuesta GloBE y su objetivo de mitigar la competencia tributaria. En virtud de lo analizado, la aplicación generalizada de una exclusión centrada en el componente de nómina y el componente de activos tangibles permitiría a los países implementar políticas fiscales agresivas dirigidas a actividades basadas en la sustancia con efectos negativos en la competencia fiscal y más riesgos de la carrera hacia la reducción de las tasas de impuesto.

El Blueprint no aborda esta problemática, revelando una falta de comprensión de las principales cuestiones de política que se encuentran en el trasfondo de la propuesta GloBE, como las que se refieren a los intereses en conflicto de los países desarrollados y en desarrollo o los ejes opuestos de la competencia fiscal y la fiscal soberanía.

El presente artículo introduce un nuevo argumento de discusión para el tema de la exclusión. Con base en el principio de equidad fiscal, la aplicación de las nuevas reglas debe excluirse solo para los ingresos generados por actividades sustanciales ubicadas en países en desarrollo. En estas situaciones, tal como se ha mencionado, las opciones de ubicación de los grupos de empresas multinacionales se ven influenciadas por otros factores que difieren de la mera variable fiscal, como lo es el nivel de calidad de los servicios públicos y la infraestructura disponible. Por lo tanto, no puede haber igualdad de condiciones para la competencia fiscal internacional mientras los países en desarrollo no estén en una situación comparable con los países desarrollados, igualmente con respecto a los servicios públicos y la infraestructura disponible en sus territorios. Al limitar las exclusiones a estas situaciones, se preservará la eficacia de la propuesta GloBE, ya que no se produce una competencia fiscal excesiva cuando un país en desarrollo no puede competir con un país desarrollado sobre la base de un conjunto más amplio de factores relevantes.

En resumen y a modo de conclusión, para lograr una mayor coherencia con los objetivos declarados y un consenso político más amplio, la OCDE debería reconsiderar el tema de las exclusiones, pensando en diferentes soluciones de diseño centradas en los ingresos generados en los países en desarrollo a partir de actividades basadas en la sustancia. Para tal propósito, se podrían explorar diferentes soluciones de diseño para superar también el problema de la complejidad. Una propuesta posible sería la exclusión sobre una base cualitativa. Esta opción tiene como ventaja el no implicar riesgos relacionados con cálculos complejos y diferentes sistemas de contabilidad financiera. La exclusión podría cubrir todos los ingresos de una entidad multinacional que esté ubicada en un país en desarrollo, siempre que los ingresos se generen en un sector industrial específico

en el que normalmente se realizan actividades basadas en sustancia. Con base en esta solución, el cambio de una exclusión cuantitativa a una exclusión cualitativa probablemente facilitaría la implementación de las nuevas reglas, mientras que al mismo tiempo preservaría la efectividad de la propuesta GloBE.

Fuentes

Doctrinarios

CHAND, V. y ROMANOVSKA, K. (2020) “Pillar II of the Digital Debate: Our View on the Approach Towards Blending and Substance Carve Outs to Determine Effective Tax Rates”, en *Kluwer International Tax Blog*. Consultado en [<http://kluwertaxblog.com/2020/09/18/pillar-ii-of-the-digital-debate-our-view-on-the-approach-towards-blending-and-substance-carve-outs-to-determine-effective-tax-rates/>] el 27/11/ 2020.

CIPOLLINI, C. (2019) “GloBE Proposal and Possible Carve-Outs: Is There a Future for Preferential Tax Regimes?”, en *World Tax Journal*, volumen 12, número 2, p. 239.

PISTONE, P., PINTO NOGUEIRA, J., ANDRADE RODRIGUEZ, B. y TURINA, A. (2020) “The OCDE Public Consultation Document ‘Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two’: An Assessment”, en *Bulletin for International Taxation*, volumen 74, número 2.

Otros

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE) (2019) “Public Consultation Document – Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar 2, 8 November 2019 – 2 December 2019” (OCDE 2019). Consultado en [<https://www.OCDE.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf>] el 23/01/2021.

— (2020) “Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS”. Consultado en [<https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en>] el 23/01/2021.

— (2020a) “Public Comments Received on the Reports on Pillar One and Pillar Two Blueprints”. Consultado en [<https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-reports-on-pillar-one-and-pillar-two-blueprints.htm>] el 23/01/2021.