

Impacto del Plan BEPS en la gestión fiscal corporativa: Retos y oportunidades

Eric Thompson Chacón

COSTA RICA

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollarse como especialista en impuestos implica necesariamente un alto grado de trabajo interdisciplinario entre diversos profesionales (contadores, abogados, financieros, economistas), y a esta riqueza interdisciplinaria se le agrega el particular ángulo que confiere el tipo de oficio en que se ejercita la especialidad. Los objetivos y mentalidad de un funcionario de la Administración Tributaria siempre tendrán diferencias de fondo con respecto a la de un asesor tributario o a la de un gestor tributario corporativo. El objeto de análisis que profundiza un académico no tendrá típicamente la carga de forcejeo de intereses con las que lidia un asesor ministerial o legislativo involucrado en formular política tributaria a través de proyectos de nueva legislación.

Como abogado tributarista, he tenido la fortuna de acumular varios de estos roles: asesor jurídico en el Ministerio de Hacienda, Director de la Administración Tributaria, estudiante y docente de posgrados, asesor legislativo, socio de firma consultora, asesor gremial, litigante, y en los últimos siete años, gestor tributario corporativo de empresas multinacionales; no he sido juez, pero el ejemplo de mi padre, quien presidió con integridad y equilibrio el Tribunal Fiscal Administrativo en mi país (Costa Rica), me hace valorar siempre la gran importancia del control de legalidad desde las instancias administrativas y judiciales autónomas e independientes.

Con esta ubicación de mi perfil, comprenderán que mis experiencias y ángulos acumulados me permiten intentar una aproximación al Proyecto BEPS¹ de la OCDE² con una visión integral y sin prejuicios que nublen dicha visión. Esto tampoco pretende significar que me considere pulcramente imparcial o neutro, o caer en la falacia de que los grandes temas de la tributación internacional son asépticamente técnicos, sin ningún substrato político e ideológico. Ni lo uno, ni lo otro. Además de sintetizar ciertos argumentos claves de la creciente crítica técnica sobre BEPS, mi intención es compartir opiniones personales para sumarme al debate, intentando estimular al lector para que estudie el tema y se forje sus propias opiniones, que reitero tendrán dimensiones tanto técnicas como ideológicas según las convicciones de cada quien. En mi caso, y adaptando una acertada frase del gran jurista español Dr. Gabriel Casado Ollero, rechazo un fisco *impotente*, tanto en sus facultades legales como en su capacidad operativa; apoyo conscientemente un fisco *potente* para inducir el cumplimiento voluntario y combatir la evasión fiscal; pero estoy en contra de un fisco *prepotente*, por lo cual grandes poderes deben ser balanceados con frenos y contrapesos efectivos, en el contexto de

1 En este artículo al citar simplemente "BEPS" me refiero al Proyecto BEPS de la OCDE/G20, distinguiéndolo del fenómeno o prácticas de BEPS (Erosión de Base Imponible y Traslado de Beneficios)

2 Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, fundada en 1961, con sede en París, que agrupa a 34 países miembros. Su base de membresía se compone de los países con las economías más desarrolladas a nivel global. Solo dos países latinoamericanos son miembros plenos – México y Chile mientras que Colombia y Costa Rica están avanzando en su proceso de admisión.

un Estado de Derecho que tutela un régimen de libre mercado, que para operar eficazmente requiere reglas claras de juego y tributos fieles a una racional capacidad contributiva.

Honrando el título escogido, el énfasis de este artículo es contextualizar BEPS, explorando el impacto que ya tiene y continuará teniendo en la gestión fiscal corporativa, especialmente cuando el principal blanco de la OCDE es precisamente el sector de empresas multinacionales (en adelante MNE's, siglas de "*Multinational Enterprises*"). Siendo un artículo de reflexión, y dados los límites de espacio para abordar una temática desarrollada en literalmente miles de páginas, nuestro objetivo es destacar ciertas tendencias sobresalientes que impactarán la forma de gestionar los impuestos en un giro de negocios multinacional, más que pretender una descripción exhaustiva de BEPS. Por ello, es recomendable leer este artículo con la intención de estudiar paralela y comprensivamente los contenidos de BEPS.

Es bien importante plantear de inicio que la mentalidad del gestor fiscal (*Tax Manager* es el término típico internacional) tiene diferencias cualitativas relevantes con respecto al enfoque del asesor fiscal externo, sea este experto en cumplimiento, contabilidad, planificación, precios de transferencia o litigios fiscales; que a mi juicio son los cinco nichos técnicos principales de interacción del consultor fiscal con la administración fiscal corporativa. La principal diferencia es que el asesor fiscal externo *calibra riesgos*, mientras que el gestor fiscal además de calibrarlos *toma riesgos*. Adaptando una expresión coloquial, el gestor fiscal es el "doliente mayor" ante la decisión de ejecutar una posición fiscal, y rendirá cuentas en lo conducente ante sus superiores jerárquicos. Obviamente, el asesor fiscal externo tiene un ámbito de responsabilidad profesional por sus recomendaciones técnicas, que deberá honrar ante situaciones extremas de falta de debida diligencia o incluso mala praxis profesional, pero que en condiciones normales de debida diligencia no genera consecuencias sensibles en su estabilidad o desarrollo profesional o laboral³. En contraste, y a medida que el entorno y percepción de riesgo fiscal va evolucionando al alza, el gestor fiscal se enfrenta en general a mayores grados de exigencia en cuanto a su contribución a los resultados financieros corporativos, que deben ir acompañados de una ponderación de riesgo

Esta doble exigencia se realiza cuando se constata que las contingencias tributarias –salvo casos muy excepcionales y de muy limitada cobertura⁴– no constituyen "riesgos asegurables" en el mercado de seguros a nivel internacional. Así, el gestor fiscal corporativo, al escoger entre las opciones calibradas por el asesor fiscal, recomienda a la alta administración de la empresa un curso de acción sin contar realmente con una "red protectora", asumiendo que el asesor fiscal haya hecho ortodoxamente su calibración de posibles riesgos con el consecuente descargo de responsabilidad por cambios o diferencias potenciales de interpretación técnica o jurídica del fisco. En ausencia de redes protectoras, si se configura un "siniestro fiscal", le corresponderá al gestor fiscal rendir cuentas de haberse al menos cumplido con la debida diligencia en el análisis que llevó a la recomendación respectiva.

La cultura corporativa multinacional –particularmente en empresas de capital abierto en bolsas internacionales en la era posterior a los escándalos financieros (ej., Enron, WorldCom, Tyco International) y el advenimiento de la nueva etapa regulatoria SOX⁵, privilegia el control interno y la adecuada justificación y soporte de las decisiones financieras en resguardo de los inversionistas. En este contexto, lograr un sólido equilibrio entre la optimización fiscal (entendida como planificación fiscal legal y legítima) que va en beneficio de los accionistas a través de la maximización de las utilidades distribuibles, y la reducción del riesgo de rechazo de las iniciativas de optimización fiscal, representa un objetivo corporativo estratégico, que cobra aún mayor peso cuando el grupo multinacional tiene presencia intensiva en jurisdicciones de alta tributación.

Es válido afirmar que el Proyecto BEPS de la OCDE representa la iniciativa más ambiciosa con el respaldo político de las economías más grandes del planeta para limitar la amplia discrecionalidad tradicional que han disfrutado las MNEs para disminuir sus tasas efectivas de tributación, intentando simultáneamente no alterar la columna vertebral del

3 El clausulado de "disclaimer" en los contratos de servicios profesionales de asesores fiscales, especialmente en las firmas internacionales, contienen cada vez más detallados descargos y limitaciones sobre su responsabilidad profesional ante la volatilidad de las interpretaciones administrativas y judiciales en materia tributaria y el riesgo de rechazo de su tesis jurídica o contable que soporta una posición fiscal. que mitigue la ocurrencia de las sorpresas negativas, especialmente aquellas de cuantía material.

4 Como cobertura de ciertas pólizas para contingencias –incluyendo las fiscales– derivadas de fusiones o adquisiciones.

5 Congreso de Estados Unidos de América. Ley Sarbanes-Oxley. Sarbanes-Oxley Act of 2002. Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745.

sistema dominante de tributación internacional. Este Proyecto promueve adaptar nuevos principios y mecanismos al sistema tradicional, conjugando ajustes a los CDIs y a legislación interna de los países, de forma tal que la erosión de base imponible y el traslado de beneficios tengan menos caminos abiertos y se respeten con mayores exigencias de sustancia económica.

A hoy, incluso los opositores y escépticos más extremos del Proyecto BEPS tendrían que reconocer que lo que ha logrado la OCDE en cuanto a generar un Plan de Acción con alto consenso internacional en sólo dos años es un logro sobresaliente para la misma OCDE y para los fiscos que han apoyado esta iniciativa. Para efectos de este artículo asumimos conservadoramente la premisa de que los contenidos técnicos del Plan de Acción en el ámbito de los CDIs se logren concretar, y que proliferen acciones de reforma a la legislación tributaria interna inspiradas en las recomendaciones de "mejores prácticas" incluidas en los reportes finales de BEPS que fueron divulgados a inicios del mes de octubre pasado. Más allá de esta premisa, lo cierto es que el Proyecto BEPS, sus ramificaciones y efectos colaterales por acciones individuales de los países, es una obra en proceso cuyo impacto global para el sector de MNEs es muy difícil de pronosticar.

En atención a esta gran dificultad, y dado que los gestores fiscales de MNEs guardan un perfil relativamente discreto en el debate de política tributaria y con escasa producción de literatura técnica, en este artículo haré aportes intuitivos basados en mi experiencia que podrían ser más caracterizables como "*adivanzas educadas*" que hipótesis que sigan los pasos rigurosos de un método científico y que cuenten con concluyentes evidencias empíricas. Robert Rubin, exitoso Secretario del Tesoro durante la Administración Clinton, hacía mención de su método analítico –probado en severas crisis financieras basado en esta noción de "*adivanzas educadas*" en esta reveladora síntesis:⁶

"Primero, la única certeza es que no hay certeza. Segundo, en consecuencia, cada decisión es una cuestión de ponderar probabilidades. Tercero, aún a pesar de la incerteza debemos decidir y debemos actuar. Y al final necesitamos juzgar las decisiones no solo de acuerdo a sus resultados, sino cómo esas decisiones fueron hechas."

La moraleja de Rubin resulta plenamente aplicable para especular sobre el impacto futuro de BEPS para la gestión fiscal corporativa. Más allá de la incertidumbre sobre si y cómo se modificarán los CDIs tradicionales, o sobre cuáles sean las reformas tributarias nacionales inspiradas por BEPS –con rigor técnico o con excesos propios de un fiscalismo populista– lo cierto es que el Proyecto BEPS luce irreversible, ya está generando impactos concretos y relevantes, y corresponde ponderar probabilidades y actuar con decisión a fin de poder afrontar los nuevos retos, y poder capturar las potenciales oportunidades. Por ahora, intentemos adivinar educadamente una visión de conjunto sobre el impacto de BEPS y la preparación empresarial para sobrevivirlo, aunque los resultados no sean al final idénticos a los que pronostiquemos.

2. REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO BEPS

2.1. El contexto de BEPS

El Proyecto BEPS de la OCDE se originó en el 2012 en una coyuntura histórica caracterizada por la profunda crisis económica del Primer Mundo que data del 2008, y la consecuente necesidad de incrementar la recaudación de un Impuesto de Renta Corporativo que ha sufrido una marcada declinación en años recientes en los países del G-20 por diversas causas. Debe reconocerse que una causa que ha contribuido de forma importante a dicho declive es el aprovechamiento extremo de muchas empresas –entre ellas destacándose el segmento de las MNEs– de los vacíos y espacios presentes en el régimen de tributación internacional tradicional (basado en más de 3500 CDIs bilaterales); que diseñados bajo el ajeño objetivo de intentar mitigar la doble imposición internacional han permitido oportunidades para lograr una desgravación total o casi total, que se ha denominado con la poco ortodoxa expresión de "*doble no imposición internacional*". La OCDE, que ha liderado con gran mérito en el fortalecimiento del estándar de intercambio de información entre los fiscos para combatir el secretismo y la opacidad de muchas jurisdicciones vulnerables a la etiqueta de paraíso fiscal, ponderó un creciente ruido mediático sobre la reducida tasa efectiva de tributación de MNEs

6 Rubin, Robert & Jacob Weinberg. In an Uncertain World: Tough Choices from Wall Street to Washington. Random House Trade Paperbacks. (2004).

globales –particularmente de casa matriz estadounidense y con fuerte énfasis en la innovadora economía digital– y sintió que el consenso global sobre régimen dominante de la tributación internacional podría sufrir un cuestionamiento estructural. Este régimen, cuyo custodio es precisamente la OCDE a través de su Modelo de Convenio de Doble Imposición, tiene una primacía técnica del principio de la residencia, que favorece el interés recaudatorio de los países exportadores de capital. Así, la OCDE se preocupó lógicamente que las grandes y crecientes dimensiones del fenómeno de erosión de la base y traslado de beneficios y la mayor intensidad del descuento político al respecto, pudiesen atentar contra la sostenibilidad del régimen mismo, especialmente a través de caóticas medidas unilaterales de países que quisieran proteger su base recaudatoria. Y aquí se junta la OCDE con el G-20: En la Cumbre de Los Cabos del 2012 se incluyó por insistencia del Reino Unido y Alemania este escueto, pero muy elocuente párrafo en la Declaración Oficial de la Cumbre:

“Reiteramos la necesidad de prevenir la erosión de la base y el traslado de beneficios y seguiremos con atención el trabajo en curso de la OCDE en esta área.”⁷

En seguimiento a dicho mandato, la OCDE publica su reporte de diagnóstico inicial en febrero 2013, emite su Plan de Acción sobre la erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios en julio 2013, obteniendo el apoyo político del G-20 en la Cumbre de San Petersburgo de septiembre 2013; lidera esta iniciativa, categorizada como Proyecto OCDE/G20 hasta la emisión de sus reportes finales el pasado 5 de octubre del 2015. Resulta meritorio el esfuerzo de consenso seguido por la OCDE, especialmente considerando que no es una organización que se haya especializado en política tributaria a nivel de países en desarrollo, espacio históricamente liderado por el Fondo Monetario Internacional y los Bancos de Desarrollo Regional (como el caso del Banco Interamericano de Desarrollo para Latinoamérica).

La primera impresión que causa este Plan de Acción se reafirma con la lectura de los comentarios de OCDE y los reportes mismos, amén de abundantes impresiones de expertos: se seleccionaron discrecionalmente ciertos “puntos débiles” del sistema que daban oportunidades a una planificación fiscal –especialmente de las MNEs– tendiente a reubicar utilidades y concretar un arbitraje agresivo de la carga fiscal. No se pretenden reformas a la columna vertebral de los CDIs ni a las guías técnicas de OCDE sobre precios de transferencia. Un símil invocable es que se trata de reparar la máquina de la tributación internacional dominante –marca OCDE– a fin de alargar su vida útil, dados síntomas preocupantes de desgaste, y algunos dirán, de aparente obsolescencia con relación a la moderna economía global. Este enfoque técnico se ha denominado “colcha de retazos”, lo que no niega la alta sofisticación técnica de cada retazo escogido por OCDE para este elaborado tejido.

Esta impresión inicial también se ratifica con la valoración del proceso del Proyecto BEPS a la luz de los entregables finales. La conclusión de Guillermo Teijeiro me parece muy acertada a este respecto:

“Inmediatamente después de la publicación final de Octubre 5, todo tipo de comentarios viniendo de gobierno, academia y las organizaciones empresariales fueron hechas sobre los resultados finales del Plan; algunos muy laudatorios y otros más o menos críticos. Algunos expertos tributarios critican que en algunas áreas los resultados no fueron más lejos, y otros que en algunos casos los estándares adoptados fueron muy vagos o permanecieron abiertos a la opcionalidad. La comunidad empresarial permaneció preocupada con el hecho de que algunas recomendaciones podrían llevar a doble o múltiple tributación.

“En mi opinión, no hubo sorpresas: Lo que estaba bien hecho antes (ej., en los borradores para discusión enriquecidos por los comentarios recibidos y las audiencias públicas sostenidas durante el proceso de dos años) permanecieron satisfactorios al final, y lo que se había hecho pobremente antes no fue mejorado significativamente en los reportes finales.”⁸

7 Cumbre de Los Cabos México. Declaración de los Líderes del G-20. Junio 18-19 de 2012. Párrafo 48.

8 Guillermo O. Teijeiro. BEPS Project at Half Way –Entering the Implementation Stage. Kluwer International Tax Blog. Subido: noviembre 29, 2015. Traducción libre del autor.

La segunda impresión al familiarizarse con BEPS es la intensa motivación política de la iniciativa, dada la especial coyuntura mediática de su enunciación, y la indudable necesidad política de sus patrocinadores, el G-20⁹. Los gobiernos del Primer Mundo no tomaron la oferta técnica de OCDE conmovidos por una idílica convicción para purificar la tributación internacional: su objetivo es elevar significativamente el recaudo del Impuesto de Renta Corporativo blindando la base imponible. Por eso resulta paradójico que la retórica de BEPS es asignar la culpa principal a las empresas que optimizan su carga tributaria, sin reconocer que las amplias vías de arbitraje fiscal fueron desarrolladas o negociadas por Gobiernos –sí, también los del G-20 y miembros de OCDE– enfrascados en una competencia fiscal feroz por la atracción de la inversión extranjera y por la promoción de sus empresas “nacionales”. Pareciera que para tener un debate internacional equilibrado sobre BEPS, previo a discutir sobre la “doble no imposición internacional” habría que desterrar la “doble moral internacional” que ha exacerbado la retórica anti-empresarial y anti-MNEs. La válida constatación de abusos empresariales del sistema, no permite ignorar que existe una retórica excesiva que provocará que paguen “justos por pecadores”, desviando la atención de la competencia fiscal internacional impulsada sin ningún recato por los Gobiernos en ejercicio de sus soberanías nacionales.

2.2. Objetivos del Plan de Acción

Las siglas BEPS refieren a “*Base Erosion and Profit Shifting*”, en español Erosión de Base Imponible y Traslado de Beneficios o Utilidades. Sea que referirse al Proyecto BEPS nos remite a las Acciones del “Plan de Acción” destinadas a combatir dicho fenómeno, restaurando la aplicación de impuestos a través de cambio de las reglas de la tributación internacional, sean los CDIs, el derecho blando (*Soft Law*) de la OCDE –Comentarios al Modelo CDI, directrices, Informes–, o la normativa nacional (*Hard Law*) de los países. En general, se pretenden combatir estrategias de planificación fiscal que explotan vacíos e incoherencias o disparidades de la tributación internacional que permiten que las utilidades o beneficios “desaparezcan” ante la gravación o que se trasladen utilidades a jurisdicciones en donde hay muy poca o inexistente actividad económica y los impuestos son bajos o nulos, resultando en muy poco o cero impuesto de renta corporativo. Se pone especial énfasis en el impacto de estas prácticas a nivel de MNEs, con la consecuente reducción de la carga tributaria global de grupos empresariales.

Los catedráticos Jiménez y Calderón hacen una precisa síntesis de los objetivos centrales de BEPS:

- “Eliminación de la doble no imposición / reducción de la tributación causada por desajustes entre los distintos sistemas tributarios.
- Ajuste del Impuesto de Sociedades a las nuevas realidades económicas, sociales y definición de nuevos estándares en cuestiones no tratadas por los CDIs u otras iniciativas, nacionales o internacionales.
- Alineamiento de la tributación con la realidad, la sustancia económica y la cadena de valor de la empresa.
- Adopción de acciones coordinadas que eviten medidas unilaterales que pudieran causar doble imposición o conflictos y cuenten con un apoyo multilateral: G-20, G-8, OCDE, BRICS, fundamentalmente.
- El debate sobre el reparto de la jurisdicción tributaria entre el Estado de la fuente o de residencia no está contemplado formalmente: se pretende restaurar el derecho de gravamen de ambas partes, pero no revisar el consenso internacional ya sea el Modelo de Convenio OCDE o los principios básicos de las directrices en materia de precios de transferencia (esto es, las fórmulas de reparto proporcional de bases imponibles / beneficios no son una opción contemplada en el Plan).”¹⁰

La tensión residencia-fuente es evitada como objeto directo de BEPS, pero es indudable que la “restauración” de un impuesto que simultáneamente sea cobrado por el Estado-Residencia y el Estado-Fuente, generará un conflicto con impacto de doble imposición internacional. La reflexión de los autores Malherbe, Tello y Grau, citando también a Shee Boon Law, es muy atinada al respecto: “... está expresamente previsto que la acción de la OCDE no pretende modificar el reparto de la potestad de gravar entre países de la fuente y países de residencia. Dada esta limitación, se

9 Sobre este contexto político de BEPS véase el artículo de Yariv Brauner. What the BEPS. 16 Fla. Tax Review 55. (2014). Disponible en: <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/642>.

10 Adolfo Martín Jiménez & José Manuel Calderón Carrero. Op Cit, pág. 89.

prohíbe resolver el principal problema de equidad fiscal entre naciones que concierne al reparto de rentas entre países en desarrollo y países industrializados. Los países en desarrollo tienen, desde luego, un capítulo que añadir a BEPS.¹¹

En cuanto a los valores que para la OCDE han inspirado su diseño del Plan de Acción BEPS, se enuncian tres pilares fundamentales: coherencia, sustancia y transparencia.

“El informe inicial de la OCDE Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (OCDE, 2013) mostraba que el causante de BEPS no era una única norma. Por el contrario, era la interacción de muchas y diferentes normas lo que provocaba dicho fenómeno: la descoordinación de las normas internas de alcance transfronterizo, los estándares internacionales que no siempre han seguido el ritmo de evolución de un entorno empresarial cambiante y, por último, una preocupante y endémica escasez de datos e información. El Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (Plan de Acción BEPS, OCDE, 2013) identificó 15 acciones en torno a tres pilares fundamentales: dotar de coherencia a aquellas normas internas que abordan actividades transfronterizas, reforzar las exigencias de sustancia en los actuales estándares internacionales y mejorar la transparencia y la seguridad jurídica para aquellos negocios que no adoptan una postura agresiva.”¹²

El naciente debate técnico sobre el contenido del Plan de Acción BEPS –publicado el 5 de octubre del 2015– buscará siempre precisar cuál es el grado de fidelidad de los desarrollos promovidos o inspirados en BEPS con respecto a estos tres pilares. Expertos fuera del círculo OCDE-Gobiernos, muestran progresivamente preocupaciones de gran calado que convendrá monitorear hacia el futuro, a saber:

1. Si a pesar del potencial gran logro de un tratado multilateral empeorará más bien la coherencia del sistema tributario internacional debido a medidas unilaterales descoordinadas de los países.
2. Si la sustancia entendida como alineamiento de la utilidad a la creación de valor será un concepto difuso y de múltiples interpretaciones cargadas de volátil e impredecible subjetividad.
3. Si la transparencia de la información suministrada por el contribuyente puede llevar a excesos y daños sensibles en contra del sector privado, del comercio internacional y del desarrollo económico, amén de que es evidente que se aporta prácticamente nada en cuanto a la transparencia del fisco en favor del contribuyente, sea el cuestionamiento de ser “transparencia de una sola vía”¹³

Este debate inicial apunta a que la transparencia es el valor o pilar que tendrá mayor avance con la implementación de BEPS, a través de una combinación de estándares mínimos globales con formulaciones nacionales. Es previsible asimismo que este avance producirá un efecto colateral de reforzamiento de la sustancia económica en estructuras basadas en jurisdicciones que proveen baja o nula imposición a empresas, sea por normas generales o por normas de incentivos fiscales. Debe destacarse que la propia OCDE acepta que el Proyecto BEPS no eliminará la competencia fiscal internacional, y que la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios no se extinguirá, sino que evolucionará bajo una intensa exigencia global de actividad económica real.

2.3. Naturaleza funcional de las Acciones

Las denominadas Acciones de BEPS no se enfocaron exclusivamente a modificar el Modelo de CDIs de OCDE y sus comentarios, como pudo haberse supuesto conforme a su especialización técnica histórica; debido a la premisa política de avanzar con contenidos técnicos consensuados con el G20 bajo protocolo de unanimidad, el desafío más ambicioso y complejo de diseñar un tratado multilateral –que permitiera prescindir de las desgastantes renegociaciones bilaterales de cada CDI, fue incluido en un Reporte Analítico, delegando la tarea de concretar los mecanismos de dicho tratado en una labor colectiva a ser culminada durante el 2016. En este entorno, el Plan abarca un conjunto marcadamente heterogéneo de los siguientes componentes:¹⁴

11 Jacques Malherbe et al. Op. Cit, pág. 204.

12 OCDE. Resumen Informativo, Informes Finales 2015. Proyecto OCDE/G20 BEPS. 2015.Pág. 3.

13 Keith Brockman. *The Brockman Brief: Tax Transparency: Is It A One-Way Street?* | International Tax Review. October 29, 2015.

14 Véase, OCDE. Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Nota Explicativa, Informes Finales 2015. Octubre 2015.

1. *Nuevos estándares mínimos*, que representan los compromisos mínimos de los países involucrados a ser desarrollados en los CDIs y la legislación nacional.
2. *Estándares reforzados* que contienen ajustes técnicos puntuales al bloque normativo del Modelo OCDE de CDI, sus comentarios, y sus directrices de precios de transferencia.
3. *Enfoques comunes y mejores prácticas* que incluyen un menú de alternativas técnicas recomendadas de reforma de la legislación nacional, con la intención de restringir ciertos espacios de reducción de la carga tributaria por vía transfronteriza. El riesgo evidente es la potencial dispersión y falta de sistematización global de las medidas a implementar, aunque sean consideradas aceptables técnicamente de forma aislada.
4. *Reportes analíticos y medición de BEPS*: los Reportes aluden a documentos técnicos que exploran posibles alternativas que los países podrían implementar para atender dos grandes temas: El tratamiento tributario de la economía digital, y el diseño de un tratado multilateral para activar globalmente durante el 2017 las modificaciones a los CDIs motivadas por BEPS. Lo más destacable de estos dos componentes es que todavía no se haya logrado un consenso político y técnico, siquiera con respecto a contenidos mínimos. De hecho, un país tan influyente en el G-20 como Estados Unidos de América coadyuvará activamente en el proceso del Tratado Multilateral, pero es muy probable que se niegue a suscribirlo, dada su reiterada tradición de unilateralismo en su política de CDIs y su preocupación por efectos dañinos colaterales a su competitividad empresarial internacional.

Por otro lado, la Acción 11 se concentra en la medición y evaluación del fenómeno de BEPS y en el seguimiento del impacto del Proyecto BEPS a nivel global. Esta Acción impulsará las opciones metodológicas para la “rendición de cuentas” de la OCDE y de los países participantes, y es la única que no desarrolla cambios recomendables ni análisis técnicos relativos a la normativa de tributación internacional.

Las diferencias funcionales de cada tipo de Acción, evidentemente influirán en la calendarización de su implementación y sobre su grado de incidencia y cobertura global. Sin embargo, ya el Periodo Fiscal 2016 podría ser cubierto por algunas de las Acciones, particularmente con respecto a Precios de Transferencia. Para ilustrar este arsenal tan diverso, listamos brevemente a continuación las Acciones del Plan agrupadas según la naturaleza funcional de la Acción (con excepción de la ya citada Acción 11).

2.3.1. Nuevos Estándares Mínimos

Acción 5: Combatir las prácticas tributarias perniciosas teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia. Se desarrolla una aplicación focalizada de la doctrina de la OCDE sobre prácticas tributarias dañinas, precisando una metodología que permite evaluar si se cumple con actividad económica sustancial en un régimen preferencial, consistente en ejecutar actividades fundamentales para la generación de las rentas protegidas por dichos regímenes de incentivo fiscal. El punto de mira de esta Acción es el caso de los regímenes especiales de patentes (*Patent Boxes*) en donde se arriba a un consenso sobre el mecanismo del nexo, basado en la verificación de que el contribuyente beneficiado desarrolló actividades reales de investigación y desarrollo e incurrió en gastos en el país para fondar dichas actividades. Adicionalmente, en aras del pilar de la transparencia, se acuerdan reglas de intercambio obligatorio y espontáneo de resoluciones o convenios fiscales (*tax rulings*) a fines de verificación cruzada entre países sobre si dicha resolución a la medida de un contribuyente implica un problema de BEPS. Esta Acción está claramente influenciada por el escándalo mediático sobre *tax rulings* concedidos por varias jurisdicciones europeas, abriendo colateralmente el debate jurídico sobre la concesión ilegal de subsidios estatales en Europa (*State Aid*) a través de dichas resoluciones o convenios tributarios.

Acción 6: Impedir la utilización abusiva de convenios. La Acción 6 confronta el aprovechamiento abusivo del CDI más favorable (*Treaty Shopping*) que se deriva de situaciones tales como la de un No Residente en un Estado que pretende acceder a los beneficios de un CDI de dicho Estado. Se definen cláusulas de salvaguarda anti-abuso, otorgando cierta discrecionalidad a los países en cuanto a su escogencia, en donde destacan la cláusula del examen de propósito principal (*Principal Purpose Test/ PPT*) y la cláusula genérica de limitación de beneficios (*Limitation of*

Benefits/LOB). Se completa este estándar mínimo con la reformulación del Título y Preámbulo del Modelo de CDI de la OCDE, al clarificar que los CDIs no deben ser utilizados para lograr una “doble no imposición”.

Acción 13: Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia. El innegable primer impacto tangible de BEPS será esta Acción (para varios países en el periodo Fiscal 2016), y para diversos expertos será el legado de innovación más trascendente de BEPS a largo plazo. El objetivo es que anualmente los fiscos puedan contar con un sistema de información estandarizado sobre precios de transferencia con mayor calidad y una visión más integral de las transacciones intragrupo y su impacto fiscal consolidado. Así, se plantean tres niveles de la documentación, a saber:

1. Un “archivo maestro” (*Master File*) que muestre información relevante sobre las operaciones empresariales mundiales de una MNE y sus políticas en cuanto a gestión de precios de transferencia.
2. Un “archivo local” (*Local File*) sobre las transacciones con entidades relacionadas en el país y el análisis de la determinación de los precios de transferencia para considerar a dichas transacciones cumplidoras del Principio de Plena Competencia.
3. Un “reporte país por país” (*Country-by-Country Report*) que mostraría la cuantía de los ingresos y utilidades antes del impuesto de renta, así como el impuesto devengado y pagado por cada país. Se deberán presentar ante el fisco de la matriz u oficina principal de la MNE, pero se pretende una circulación automática entre los fiscos a partir de los intercambios de información de naturaleza tributaria.
4. Este régimen uniforme de documentación, que aspira a reducir los costos de cumplimiento tanto por su estandarización como por el intercambio de información gubernamental, permitirá a los fiscos evaluar riesgos, seleccionar mejor los contribuyentes a auditar, y orientar el procedimiento de fiscalización. La mayor visibilidad simultánea de las prácticas de la MNE ante diferentes fiscos en donde operan, ejercerá una presión inédita por la coherencia y consistencia en la gestión de precios de transferencia y aumentará la vulnerabilidad de prácticas con débil sustento y soporte.

Acción 14: Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias. Ante el reconocimiento de la propensión de la agenda BEPS hacia la inseguridad jurídica, la doble imposición internacional y la litigiosidad, se asume el compromiso de una resolución de conflictos más rápida y efectiva a través de un renovado procedimiento amistoso (*Mutual Agreement Procedure/MAP*), incluyendo un seguimiento para verificar el cumplimiento de esta mejora progresiva. La gran decepción para muchos expertos es que no se logró un consenso para incluir como estándar mínimo el mecanismo del arbitraje preceptivo y vinculante en los CDIs, lo cual se debe a una resistencia férrea de muchos fiscos a arriesgar una recaudación sobre negocios transfronterizos en los que pretenden mantener su posición dominante en las instancias judiciales nacionales. Sin embargo no se descarta que un movimiento de una coalición de países lleve a influir en la inclusión del mecanismo en el Tratado Multilateral.

2.3.2. Estándares reforzados

Acción 7: Impedir la elusión artificiosa del estatuto del Establecimiento Permanente (EP). Siendo el EP una pieza clave en el funcionamiento del CDI, la Acción 7 persigue reforzar el artículo 5 del Modelo de CDI OCDE a fin de bloquear ciertas técnicas de planificación fiscal tendientes a evitar la activación del nexo de presencia permanente en un Estado, sea el reemplazo de los distribuidores por el mecanismo del comisionista o la fragmentación artificial de las actividades de un *No Residente* a través de entidades vinculadas bajo su control. También se aporta la noción de que ciertas actividades específicas que se han considerado “puertos seguros” (*safe harbors*) de no activación del EP (ej., bodegas de mercancías) deben cumplir con la condición de ser actividades auxiliares o preparatorias en el contexto de un negocio determinado a fin de poder mantener la dispensa del EP.

Acción 8, 9 y 10: Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor: *Activos intangibles (8), riesgos y capital (9), y otras transacciones de alto riesgo (10)*. De forma consistente con la mayor visibilidad y profundidad de la novedosa información de Precios de Transferencia, este bloque de Acciones pretende reforzar y actualizar el cumplimiento de los métodos técnicos avalados por las directrices de la OCDE sin renunciar –como algunos especulaban en los inicios de BEPS al Principio de Plena Competencia (*Arm’s-Length Standard*). Dicha especulación partía de la crítica al Principio de Entidad Separada mediante el cual se aduce que las

subsidiarias de una MNE carecen de autonomía suficiente en virtud del control centralizado de su matriz, por lo que la distribución de utilidades de una MNE a nivel global debería sujetarse a parámetros financieros objetivos y liberarse de un análisis transaccional extraño a dicha naturaleza, de poca efectividad y de innecesario desgaste operativo. BEPS reafirma su fe en el Principio de Plena Competencia, aunque la Acción 8 al precisar metodologías para transacciones con activos intangibles de difícil valoración, reconoce los límites de dicho Principio. La Acción 9 se concentra en la atribución contractual de riesgos ligándola al control efectivo de las decisiones sobre tales riesgos. Finalmente, la Acción 10 cubre otras áreas particulares de alto riesgo, tales como ciertas operaciones sin lógica comercial, el uso selectivo de métodos de precios de transferencia con fines abusivos de erosión de la base imponible, y ciertos pagos intragrupo (gastos de gestión o gastos de la sede principal, materias primas o servicios intragrupo de bajo valor agregado).

2.3.3. Enfoques comunes y mejores prácticas

Acción 2: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos. Parte de respetar el uso comercial y corporativo de los instrumentos o entidades híbridas, por tener tratamientos dispares en dos o más jurisdicciones¹⁵, pero se pretende neutralizar los efectos fiscales del desajuste o disparidad entre diferentes jurisdicciones intervinientes, que llevan a deducciones en una jurisdicción sin imposición en la otra, a múltiples deducciones por un único pago y a múltiples créditos fiscales por un único impuesto pagado. Para tal efecto, se desarrollan metodologías comunes que persiguen la convergencia de las restricciones fiscales en los países, en donde destaca el condicionamiento de la deducción a la comprobación de que se aplica un ingreso gravado por el impuesto de renta en la otra jurisdicción.

Acción 3: Refuerzo de la normativa sobre CFC (Controlled Foreign Corporations). El CFC –adaptada al castellano como Régimen de Transparencia Fiscal Internacional– tiene como origen el atribuir a una empresa las rentas pasivas de una entidad extranjera controlada. La Acción 3 desarrolla una serie de bloques básicos para que cada país diseñe su régimen de conformidad con su propia política tributaria, y bajo el objetivo de restringir el traslado de utilidades a filiales no residentes o el diferimiento de su gravación, en combinación complementaria a normas de Precios de Transferencia.

Acción 4: Limitar las deducciones de intereses y otros pagos financieros. La conciencia sobre la enorme magnitud de las deducciones de intereses, especialmente en el entorno intragrupo empresarial de MNEs, motiva plantear una metodología común para inducir la convergencia de las normas nacionales, restringiendo cualitativa y cuantitativamente la deducibilidad fiscal del financiamiento intragrupo, de forma consistente con el objetivo de frenar la “doble no imposición”.

Acción 12: Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva. Se parte de la premisa de que el fisco debe contar con información oportuna y completa sobre estrategias de planificación fiscal agresiva, permitiéndole contraatacar con evaluaciones de perfil de riesgos, procedimientos de fiscalización o incluso cambios más rápidos en la legislación; para tal efecto, se establece un marco modular inspirado por mejores prácticas para que discrecionalmente los países introduzcan regímenes de declaración obligatoria o fortalezcan los existentes. Esta guía flexible busca que el incremento del costo de cumplimiento sea moderado, y se plantean recomendaciones para combatir la planificación fiscal agresiva y mejorar la coordinación e intercambio de información entre fiscos.

2.3.4. Reportes analíticos

Acción 1: Abordar los desafíos tributarios de la economía digital. Se acepta la dificultad de delimitar la economía digital con respecto a la economía en su conjunto, se ensayan mecanismos para la aplicación del IVA, y se analizan diversas opciones técnicas relativos al nexo, su relación con el Establecimiento Permanente y al tratamiento de datos. No deja de ser irónico que uno de los focos mediáticos más influyentes de BEPS –sea la baja tributación de ciertas grandes MNEs iconos de la economía digital–¹⁶ no haya sido respondido con estándares mínimos, ni con modelos o mejores prácticas consensuados, en el Plan de Acción de BEPS. La llamativa Acción *Número Uno* se quedó finalmente en documentos académicos sobre los posibles tratamientos tributarios a ser definidos unilateralmente, sin claridad

15 Un ejemplo típico de instrumento híbrido es el de un pago considerado como intereses en el país del pagador y dividendos en el país del receptor. Un ejemplo de entidad híbrida sería la que es considerada corporación en un país y una entidad transparente (“pass through entity”) en el otro país.

16 Véase, Antony Ting, ITax – Apple International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue, 2014, British Tax Review (BTR), No. 1 2014; en Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors.

sobre el rol futuro de OCDE, causando alivio temporal pero gran incertidumbre a largo plazo para la creciente y dinámica economía digital.

Acción 15: Desarrollar un instrumento multilateral (tratado multilateral para enmienda de CDIs bilaterales). El reporte analiza la viabilidad técnica de un instrumento multilateral como vehículo de implementación de las reformas BEPS a través de la enmienda de los CDIs vigentes sin recurrir a las renegociaciones bilaterales. Se crea un grupo ad-hoc de expertos con la meta de concluirlo y abrirlo a firma en el 2016. La coexistencia entre este Tratado y los convenios bilaterales plantean un desafío complejo de diseño y transición¹⁷. Sin duda, el logro efectivo de este Tratado representaría el mayor avance de Derecho Internacional Tributario desde la consolidación del Modelo OCDE de CDIs.

2.4. La recaudación incremental por BEPS

Como señala la Nota Explicativa sobre los Informes Finales de BEPS, la OCDE reconoce que las “expectativas son altas” y que “medir el alcance de BEPS es todo un reto”, aunque afirman que la pérdida recaudatoria conservadora estaría entre un 4 y un 10% de la recaudación global del Impuesto de Renta Corporativo, sea entre 100 a 240 mil millones de dólares anuales¹⁸. Confieso mi escepticismo sobre estimaciones muy optimistas de incremento del recaudo por las siguientes dos razones: Primera, la competencia fiscal internacional se podría más bien agudizar luego de BEPS, reduciendo aún más las tarifas generales del Impuesto de Renta o incrementando esquemas de incentivos fiscales (Ej, regímenes de propiedad intelectual / *Patent Box*). Segunda, es previsible que el grueso del objetivo de BEPS –recaudar más a costa de MNE’s se reduzca sensiblemente debido a reajustes de gran calado de la planificación fiscal de las MNE’s, en cumplimiento de BEPS. Si la utilidad debe seguir las huellas de empleados, funciones, activos y riesgos, las MNE’s serán diligentemente proactivas reubicando dichos parámetros visibles de asignación de valor a las jurisdicciones más competitivas fiscalmente, con especial énfasis en la gestión de rentas pasivas (ej., intereses y regalías). Así, la combinación de bajas tasas impositivas en ciertas jurisdicciones –aun dejando de ser cero– con un alza relativamente moderada de los sobrecostos operativos de la reubicación mantendrán incólume una tasa efectiva post-reubicación atractivamente baja.

Muestra de ello es la preocupación en ciertos círculos empresariales en EE.UU. en el sentido de que BEPS estimulará aún más el éxodo de puestos de trabajo corporativos que hoy están basados en territorio estadounidense.

En conclusión, si el BEPS pretende desestimular la reubicación de utilidades sin actividad económica real, la tendencia a reubicar la actividad económica real a jurisdicciones de baja imposición se profundizará, disminuyendo el mítico tesoro ansiado por el G-20.

2.5. La inseguridad o incerteza jurídica

La irrupción de BEPS intensifica una corriente de pensamiento que pretende diluir una gradación conceptual de reiterada presencia en la legislación tributaria comparada, a saber: planificación fiscal legítima o economía de opción; elusión o abuso de las formas jurídicas; fraude o evasión fiscal. Se trata de un espectro de las diferentes reacciones del sistema fiscal con respecto a los niveles de cumplimiento o desviación por parte del contribuyente de la normativa tributaria. La innovación conceptual es anclar el concepto de “planificación fiscal agresiva” sin una definición precisa y unívoca sobre sus contenidos y límites, que pretende alcanzar mayor cobertura que el concepto tradicional de elusión o abuso de las formas jurídicas. Las constantes alusiones a un elemento tan volátil y subjetivo como la “agresividad” estimularán reformas de los textos legales tributarios con una ampliación muy delicada de la discrecionalidad administrativa y judicial.

BEPS introduce otras figuras que provocan gran preocupación sobre su significado y límites. Destacamos la propuesta del concepto de “Examen de Propósito Principal” para efectos de prevenir el abuso de los CDIs, concepto que quedaría incorporado en muchos CDIs actualizados con las propuestas BEPS; este examen condicionaría a una ratificación adicional el disfrute de los beneficios de un CDI si dentro de los propósitos *principales* de la transacción

17 Este tema se aborda a profundidad en el contexto iberoamericano en el Tema 2 de las Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. ILADT, 8-13. Noviembre 2015.

18 Véase, Mindy Herzfeld, News Analysis: “\$240 Billion More in BEPS Taxes -Who Wins? Who Loses?”; en Tax Notes, Worldwide Tax Daily. Noviembre 16, 2015. Disponible en: <http://www.taxnotes.com>.

se encuentra el beneficio tributario otorgado por el Tratado. Así, la doctrina tradicional de que es válido pretender un beneficio tributario siempre que haya un propósito legítimo de negocio, viene a ser superada por una concepción que pareciera sugerir que el beneficio tributario solo podrá estar garantizado si tiene un impacto financiero secundario o marginal en la decisión de negocios. Estas son señales sutiles de una hostilidad renovada contra la desgravación buscada por los CDIs bajo el objetivo original de prevenir la doble imposición. En contraste, pareciera que esta nueva corriente persigue priorizar la eliminación de la “doble no imposición internacional” aun a costa de provocar doble imposición internacional, que pasa a ser un daño colateral tolerable para el régimen post-BEPS.

En este nuevo entorno, la litigiosidad florecerá, abonada además por la falta de una resolución pronta y eficiente de las controversias. La hostilidad creciente en contra de la planificación fiscal legítima se manifestará con mayor frecuencia en experimentos superficiales y poco rigurosos de aplicación del delito de fraude o evasión fiscal; cuando a lo sumo se trate de situaciones asimilables a la elusión o abuso del derecho que serían canalizables por vía administrativa y nunca por la aplicación del último recurso del sistema, reservado para situaciones de ocultamiento y engaño deliberados. En últimas, BEPS está dándole paso a una era de incertidumbre jurídica inédita tanto para el ámbito internacional como para el ámbito doméstico, sea la era de la incertidumbre tributaria.

2.6. La descoordinación normativa

Dada la caracterización de las Acciones de BEPS, es inevitable el riesgo de formulaciones unilaterales de distintos países interpretando a su manera las normas modelo, mejores prácticas o enfoques convergentes y protegiendo a su estilo su base recaudatoria aunque se genere doble imposición internacional. No se habían emitido los Informes Finales de BEPS cuando ya varios países, incluidos miembros de OCDE tales como el Reino Unido ya se habían adelantado con reformas inspiradas en BEPS.

En el caso del Reino Unido, durante el 2015 aprobaron el llamado “*Diverted Profits Tax*” para tasar utilidades desviadas al evitar artificiosamente un Establecimiento Permanente o hacer pagos sin sustancia económica hacia el exterior, impuesto que está siendo seguido por Australia y Corea del Sur. Además crearon un nuevo régimen tributario para propiedad intelectual (*Patent Box*) que han promovido como cumplidor de BEPS, y que entre otros fines pretende competir con Irlanda.

La reflexión es si un objetivo legítimo de OCDE al promover BEPS podrá ser cumplido: “La actuación rápida era esencial para prevenir que los países tomaran medidas unilaterales y descoordinadas susceptibles de debilitar los principios fundamentales que se han consolidado como un marco jurídico estable para las inversiones transfronterizas.¹⁹” No deja de ser irónico que un padrino de BEPS desde su génesis, el Reino Unido, haya sido de los pioneros en crear impuestos motivados en BEPS pero fuera de la coordinación internacional pretendida por la OCDE. La creatividad fiscalista descoordinada será una tendencia creciente en los tiempos por venir, tanto en el desarrollo de componentes incluidos en BEPS (ej., rechazo de gastos de intereses en mecanismos híbridos) como en figuras distintas a las opciones previstas en BEPS.

La OCDE ha señalado con franqueza un criterio válido para juzgar si BEPS será considerado exitoso: “El Proyecto BEPS será también un éxito si las empresas no tienen que cumplir con cientos de distintos requerimientos de información o de medidas antiabuso y se pueden beneficiar de menores costos de cumplimiento.” Las evidencias iniciales sugieren que este criterio no se cumplirá, pero ciertamente habrá que esperar unos años para que se dicte el veredicto global.

2.7. La falta de coherencia del régimen de tributación internacional

Existe un esfuerzo sistemático de la OCDE de defender el consenso internacional sobre el régimen tradicional que lideran y custodian, y rechazar que algunos novedosos componentes técnicos incluidos en BEPS implican un abandono y debilitamiento de los pilares estructurales del régimen dominante a hoy. Sin embargo, algunos autores han especulado durante el meteórico despegue de la iniciativa si el Proyecto BEPS es el “principio del fin²⁰” del régimen tradicional de

19 OCDE. Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Nota Explicativa, Informes Finales. 2015. Pág. 6.

20 Adolfo Martín Jiménez & José Manuel Calderón Carrero. Op Cit, pág. 89.

tributación internacional, una vez que se evidencien las limitaciones del enfoque de la “cobija de retazos” y el impacto tangible de efectos nocivos colaterales de BEPS.

En tal contexto, dos tesis propias de una reforma estructural genuinamente holística al sistema se irán discutiendo progresivamente:

La repartición proporcional de utilidades de MNEs: Este método (*formulary apportionment o unitary taxation approach*) significa abandonar la noción de “entidad separada” que se ha mantenido para analizar las transacciones intragrupo. Se apuesta a que la MNE es una sola entidad cuyas utilidades globales deben ser asignadas de acuerdo a una metodología internacionalmente vinculante y basada en parámetros consistentes de sustancia económica (ventas extra-grupo, empleados, etc.)²¹. Nótese que la tributación internacional aplica manifestaciones focalizadas de este enfoque tales como el método de reparto de utilidades (*profit split*) en precios de transferencia y ciertas normas de asignación de gastos de matriz a sucursales. Se anota que la mayor visibilidad de los nuevos reportes de precios de transferencia (archivo master, archivo país por país y archivo local) indirectamente estimulará esta corriente de reforma estructural.

El alineamiento de las utilidades al lugar de origen de la utilidad y la creación de valor: Esta valiosa aunque todavía poco aterrizada innovación teórica de BEPS, quiérase o no, propiciará una creciente debate, muy apoyado por el Tercer Mundo –típicos países importadores de capital– sobre la necesidad de abandonar la primacía técnica del país de residencia en el Modelo de CDIs de OCDE y construir un nuevo régimen sustentado en la columna vertebral del principio de la fuente. Evidentemente el foro de la ONU y su Modelo de Convenio será el escenario más propicio para la forja de un nuevo consenso internacional que no se asoma todavía en el horizonte.²²

2.8. Los efectos CEDIT de BEPS

El notorio aumento de situaciones de inseguridad o incerteza jurídicas por algunos de los mecanismos propuestos en BEPS, profundizados por la extrapolación de principios y mecanismos que no son coherentes con la arquitectura del régimen tradicional de tributación administrado históricamente por OCDE, plantea una era de transición con fuerte incertidumbre para la toma de decisiones fiscales a nivel empresarial. Es previsible además que diferentes Estados impulsen creativamente medidas unilaterales inspiradas a su criterio por BEPS, lo que acentuará un fenómeno de descoordinación normativa inédito que fomentará situaciones de doble imposición internacional. Se sumará un entorno agudamente más hostil con relación a la planificación fiscal legítima, y como mencionamos arriba con una experimentación más agresiva –y menos rigurosa técnicamente– del arma del delito fiscal. Autores como Guillermo Teijeiro han relacionado sugestivamente estos efectos colaterales nocivos de BEPS con el mito griego de la Caja de Pandora²³, en donde la OCDE al buscar ciertos objetivos legítimos, se ha resignado a que se desborden estos fenómenos con efectos financieros tangibles para el sector empresarial y especialmente para las MNEs. Para algunos será el costo inevitable de dichos objetivos, o daños colaterales tolerables en aras de lograr el fin deseado.

Si queremos que estos males vuelvan a encerrarse en la Caja abierta por la OCDE por encargo del G-20, se debe hacer un esfuerzo intelectual, académico y profesional de alta especialización para identificarlos y medir los daños que causen. En esta dirección, así como OCDE le puso un nombre a su Caja, sugiero sintetizar las preocupaciones por los principales efectos colaterales dañinos de BEPS con el acrónimo en inglés de *CEDIT*, que significaría *Certainty Erosion / Discoordinated and Incoherent Taxation*. (En español CEDIT significaría Erosión de la Certeza / Tributación Descoordinada e Incoherente). Usar este acrónimo será útil para facilitar la investigación y debate técnico para quienes incluso siendo favorables al Proyecto BEPS, quieran aportar su grano de arena para mitigar sus efectos colaterales dañinos, es decir sus efectos CEDIT. En este contexto, no puede ignorarse que el contenido de BEPS opera como lupa

21 Véase, una revisión crítica de BEPS que incluye el planteamiento del “*unitary taxation approach*” en “El Proyecto BEPS de la OCDE y el Mito del Fin de la Planificación Fiscal Internacional: Un Enfoque Crítico a Propósito de los Final Reports 2015”. Jesús Alberto Ramos Angeles. Revista Derecho & Sociedad, No. 45. Octubre 2015. Pág. 375-396.

22 Véase, artículo de Michael P. Devereux & John Vella. *Are We Heading towards a Corporate Tax System Fit for The 21st Century?* Oxford University Centre for Business Taxation. November 2014.

23 Véase, artículo de Guillermo Teijeiro, *Opening the Pandora Box in the International Tax Planning*, International Tax Planning, Bloomberg-BNA, April.

magnificadora de situaciones preexistentes de diseño ineficiente de los tributos y de desequilibrios injustificados en la relación jurídica y procesal entre fiscos y contribuyentes.

3. RETOS PARA LA GESTIÓN FISCAL CORPORATIVA

3.1. Retos al corto plazo

El Plan de Acción de BEPS plantea una calendarización agresiva, que lleva a que sus efectos en nuevos mecanismos de reporte (Ej. Precios de Transferencia) podrían ser exigibles en varios países durante el año 2017 con relación al periodo fiscal 2016. Esto obliga a la preparación pronta de un Plan de Acción BEPS en cada empresa o grupo empresarial, que priorice adecuadamente flujos de trabajo con un cronograma claro y una rigurosa evaluación del avance gerencial. Cuantos más países cubran los negocios de una MNE, y cuanto más transfronterizas sean sus líneas de negocio, aumentará el impacto potencial de BEPS y, por ende, requerirá mayores energías y recursos la implementación de dicho Plan de Acción corporativo.

3.1.1. Conciencia y monitoreo de BEPS

El nivel de conciencia en el sector empresarial sobre el contenido de BEPS y sus implicaciones ha sido en general bajo. En honor a la verdad, nadie esperaba a inicios del 2013 que la iniciativa de OCDE fuera a surtir frutos en dos años desde el encargo original del G-20. Pero el avance de BEPS en este año 2015, lo confirma como realidad irreversible que exige preparación empresarial adecuada.²⁴

Logrando un entendimiento exhaustivo del Plan de Acción de BEPS, el reto siguiente es mantener un monitoreo constante y apropiado de su avance, tanto a nivel central de OCDE como de los desarrollos locales en cada país en los que la empresa opera. Dada la complejidad inherente a este monitoreo, que implica ver las hojas, los árboles y el bosque completo, sea la combinación de análisis micro y macro en cuanto al impacto potencial en el negocio empresarial; mi sugerencia es que el CFO de la empresa presida un Comité Permanente BEPS – con una gestión ejecutiva a cargo del Departamento de Impuestos que combine los resultados del monitoreo periódico con el seguimiento del avance del Plan de Acción BEPS corporativo.

3.1.2. Validación de idoneidad de recursos humanos

La nueva coyuntura de BEPS y sus nuevas exigencias plantean que la gestión integral de impuestos debe contar con una especialización de nichos técnicos con clara masa crítica. Cito nuevamente los cinco nichos técnicos que en mi experiencia tienen una dinámica y enfoque propios, a saber: Cumplimiento Fiscal, Contabilidad Fiscal, Planificación Fiscal, Controversias y Gestión de Riesgo Fiscal, y Precios de Transferencia. El Departamento de Impuestos debe tener miembros con sólida concentración técnica en cada uno de estos campos, y dado la creciente complejidad técnica de tales nichos, la combinación de énfasis para el mismo ejecutivo puede complicar la productividad, debilitar la calidad técnica de los entregables y aumentar el margen de error. Naturalmente, partiendo de un análisis costo-beneficio, la organización deberá medir cuanto debería crecer la nómina del departamento vis a vis el volumen de operaciones de la empresa o grupo empresarial.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la variable de si la organización de la gestión fiscal apuesta a una especialización territorial: Gerentes de Impuestos por país o por subregión con varios países a su cargo. Este esquema es muy utilizado en Latinoamérica debido a las grandes diferencias de escala como, por ejemplo, un Gerente de Colombia versus un Gerente de Centroamérica (con 5 o 6 países a su cargo), o un Gerente para México, otro para Brasil y el resto de los países se dividen en dos o tres Gerencias. Me parece que esta distribución de territorios sigue siendo válida para una dimensión funcional de cumplimiento fiscal, y debe complementarse con un equipo central en casa matriz que cubra con idoneidad técnica los nichos especializados arriba citados, con una cobertura a todos los países en los que se tiene negocio. En conclusión, debe evaluarse a lo interno cómo la organización puede balancear la gestión fiscal local con la gestión fiscal centralizada a fin de obtener mayor sinergia técnica.

24 Véase, 2015 Global BEPS Readiness Survey Report, Thompson Reuters, October 6, 2015; en <http://www.tax.thomsonreuters.com/beps>.

La gestión fiscal centralizada, en la nueva era BEPS debe concentrarse en funciones de alto valor agregado estratégico relativo a los cinco nichos de especialización técnica citados, tales como las siguientes:

1. Control de calidad técnica del cumplimiento fiscal, incluyendo aseguramiento de calidad y auditoría fiscal interna efectiva.
2. Estandarización de políticas, protocolos y procedimientos
3. Medición precisa y oportuna de cifras y variaciones relevantes en los impuestos pagados y contingencias fiscales.
4. Monitoreo y análisis de la distribución de las utilidades contables y fiscales de las diferentes entidades del grupo empresarial, y modelaciones proforma de potenciales cambios en dicha distribución bajo diversos parámetros consistentes a nivel consolidado.
5. Monitoreo y análisis de las posiciones fiscales con un nivel de riesgo tangible de forma consistente con los criterios de revelación ni de provisión.
6. Validación fiscal de políticas de negociación con proveedores no vinculados, con marcado énfasis en transacciones transfronterizas.
7. Participación plena y oportuna en el desarrollo de nuevos proyectos de negocios (incluyendo entre otros fusiones y adquisiciones), y en reorganizaciones y reestructuraciones intragrupos.

Aunque rebasa los propósitos de este artículo, cabe destacar la importancia estratégica que para esta gestión fiscal centralizada representan las herramientas informáticas, y en particular, los componentes de aplicación fiscal incluidos o adaptables mediante interfaces al software informático contable (*Enterprise Resource Planning / ERP*).

En cuanto a los recursos externos, el gran dilema es si las nuevas exigencias de BEPS podrían otorgarle una ventaja importante a la tercerización (*Outsourcing*) de firmas especializadas. Nótese que el recurrir a la contratación de una firma consultora puede representar ventajas muy apreciadas que describimos a continuación:

1. Inversión permanente en capacitación técnica.
2. Supervisión de socios con un portafolio diverso de clientes corporativos que facilita las recomendaciones ante situaciones concretas.
3. Conocimiento de firma del *know how* de la auditoría externa que minimiza potenciales diferencias de interpretación técnica que podrían llevar a impactos en los Estados Financieros.
4. Rotación del personal técnico suplida con personal idóneo con reducción de la curva de aprendizaje.
5. Sello de calidad de la firma, que al ser externa y especializada permitiría defender la debida diligencia del grupo empresarial.

Mi impresión con la experiencia vivida y de cara a una etapa post-BEPS es que este tipo de atributos de la tercerización generan externalidades positivas sustancialmente en la gestión de cumplimiento fiscal, y sin duda habrá un valor agregado muy importante en los insumos de asesoría fiscal necesarios para las diversas áreas de la gestión fiscal corporativa. Sin embargo, tengo mis reservas de que dichas ventajas se extrapolen tan claramente a la gestión de planificación y riesgo fiscales. Recordando lo citado en la introducción, las empresas son tomadoras de riesgo fiscal, y las firmas consultoras tenderán a ser aún más conservadoras en la delimitación de sus recomendaciones, a fin de no ser copartícipes de decisiones fiscales con niveles oscilantes de riesgo teórico según la decisión.

Por ello, me parece que la tendencia será a reforzar la composición del Departamento de Impuestos de casa matriz corporativa, quien será responsable de las recomendaciones de captura de ahorros fiscales y de toma de riesgos fiscales, aunque indudablemente, se nutra de insumos muy valiosos provenientes de los asesores fiscales externos.

La anterior afirmación no excluye la demanda de una relación de mayor sinergia entre el asesor fiscal externo y el Departamento de Impuestos corporativo. En el contexto de una MNEs, dicho departamento nunca podrá sustituir la experticia local. Es claro que debe ostentar la suficiente cultura y sofisticación tributaria para que sin pretender

convertirse en el experto local, pueda realizar la prueba del ácido que es una forma respetuosa de revisión de pares (*Peer Review*) o en general de aseguramiento de calidad (*Quality Assurance*).

Por otro lado, es evidente que los nichos de especialización técnica también se muestran en el ámbito de las firmas de asesores tributarios y que BEPS acentuará los niveles actuales de especialización. Por ello, el mercado de asesoría fiscal irá ajustándose ante BEPS, con la sana competencia entre las firmas de servicios completos (*full service firms*) que incluyen un Departamento de Impuestos, las firmas boutique de Impuestos que cubren los diversos nichos de especialidad tributaria, y las firmas boutique que cubren un solo nicho de especialidad tributaria (ej., litigio tributario, precios de transferencia). A todo grupo empresarial le competará hacer una revisión exhaustiva de sus actuales asesores tributarios permanentes o de cabecera, y juzgar si convendría hacer cambios a dicha alineación con base en los nuevos retos y oportunidades de BEPS.

3.1.3. Visibilidad y consistencia de precios de transferencia

Para muchos expertos, el mayor legado de BEPS será el conjunto de nuevos reportes para las MNEs, que se activarán de conformidad con las cuantías dispuestas en cada país. Esta innovación mostrará un panorama de conjunto sobre cómo el grupo empresarial genera sus utilidades financieras y fiscales en un contexto consolidado, por país y por entidad. Aunque el propósito del reporte final de BEPS es que esta llamativa mayor visibilidad tenga como uso la calibración de perfiles de riesgo para que el fisco afine la puntería de sus programas de fiscalización, es argumentable que tendrá una profunda influencia técnica en la manera como dichas fiscalizaciones se orientarán.

Por lo expuesto, el grupo empresarial debe prepararse para dichos reportes con una clara conciencia de la exigente “prueba del ácido” que tendrá una atribución de utilidades materiales a jurisdicciones de baja o nula imposición, cuando subsidiarias que participan de la misma cadena de valor tengan en agudo contraste menores utilidades y mayores concentraciones de empleados y/o activos. Este contraste aparente llevará a requerimientos de información muy puntillosos, y especialmente al abordar las transacciones intragrupo relacionadas con dichas cadenas de valor. El mensaje clave a tener en cuenta es que deben existir explicaciones técnicas convincentes y consistentes cuando ocurran estos llamativos contrastes, y un sólido soporte documental referido a la descripción de los puestos, funciones, activos y riesgos involucrados, más allá de los métodos y soportes tradicionales de comparables para la preparación de los estudios y declaraciones de precios de transferencia.

Asumiendo una mayor inversión en el área de fiscalización internacional en los diferentes países, una MNE debe prepararse para revisiones más frecuentes de su Impuesto de Renta incorporando un componente prioritario de auditoría de precios de transferencia. Ante este creciente ritmo de fiscalización, no solo los montos de una eventual diferencia serán críticos –sea por rechazo de gastos como por imputación de ingresos adicionales–, sino también el régimen sancionatorio de precios de transferencia tendrá un impacto pesado, especialmente cuando dicho régimen es paralelo y complementario a las sanciones propias de una tasación de Impuesto de Renta.

Por último, de cara a una preparación óptima, es indudable que una MNE con suficiente volumen de operaciones en varios países requerirá la conformación de un equipo especializado de cumplimiento y de prevención de riesgo de precios de transferencia. Este equipo deberá tener una coordinación integral con el departamento encargado de la presupuestación y tramitación de los cobros intragrupo, a efecto de asegurar una ejecución disciplinada de las políticas, procedimientos y protocolos aplicables.

3.1.4. Optimización fiscal de la entidad holding

En el Plan de Acción de BEPS destacan ciertas medidas de neutralización de mecanismos híbridos, el refuerzo de la normativa CFC, las normas anti-abuso de los CDIs y las nuevas restricciones en materia de endeudamiento intragrupo, que al combinarse obligan a repensar la jurisdicción óptima de la entidad *holding* del grupo empresarial y sus relaciones financieras con sus subsidiarias. La alerta principal de este ejercicio de validación es que la práctica histórica de tener una *holding* de papel, sin casi ninguna función más allá de ser tenedora de acciones de subsidiarias y recibir flujos de dividendos aprovechando una red amigable de CDIs, se convierte en una especie en riesgo de extinción. Siendo un macroobjetivo de BEPS el eliminar la desgravación total de flujos de utilidades, es esperable el uso frecuente de este

arsenal combinado para eliminar el cobijo de CDIs y maximizar el recaudo por vía de retenciones e Impuesto de Renta, tanto en el país fuente como en el país de residencia de la *holding*, e incluso en contra del último beneficiario efectivo.

Debe concluirse entonces la urgencia de hacer esta revisión exhaustiva de la viabilidad fiscal de la *holding* de un grupo, tanto en cuanto a la sostenibilidad de la red de Tratados que la incumbe como en cuanto a validar la necesidad de agregarle algunas funciones propias de una casa matriz para garantizar su blindaje ante eventuales cuestionamientos. En caso de que dicho examen muestre un resultado de riesgo suficientemente alto, el cambio de jurisdicción, aparejado de la reubicación o agregación de la logística funcional apropiada, deberá tener alta prioridad en el plan de acción corporativo.

3.1.5. Análisis de incrementos de tarifas de retenciones

Con la misma lógica, se debe mapear de forma concienzuda la situación de riesgo teórico que podrían enfrentar una variedad de retenciones transfronterizas cuyas tarifas se beneficiarían de una red de CDIs, con énfasis marcado en transacciones intragrupo. Ciertamente, en un segundo plano, habría que extender el análisis de riesgo BEPS a transacciones con empresas independientes en las que prima facie existan razones que permitan especular sobre el eventual rechazo de las no sujeciones o tarifas de retención preferencial de un CDI. En la misma línea, aun tratándose de transacciones con partes no relacionadas, deberán ejecutarse disciplinadamente los requisitos de soporte documental (ej., Certificados de Residencia Fiscal, y eventualmente la prueba idónea de que la contraparte paga Impuesto de Renta en su jurisdicción) a efecto de prevenir cualquier cobro de retenciones o rechazo de deducciones o créditos fiscales en virtud de las medidas BEPS.

3.1.6. Políticas fiscales corporativas

Dada la magnitud de estos nuevos retos de BEPS, tanto de cara a un futuro tratado multilateral que contenga las modificaciones al Modelo de CDI de la OCDE y a los CDIs suscritos por países que se integren a este tratado multilateral, como con respecto a las medidas unilaterales fruto de reformas a la legislación interna de cada país, es oportuno formalizar ciertas políticas fiscales a nivel superior de la MNE. Las tres políticas que deberían tener prioridad son las siguientes:

1. *Política de precios de transferencia y cobros intercompañía:* Es crítico determinar la asignación de funciones de cada área involucrada en el tema. Dado que en los casos de MNEs podrían existir grandes volúmenes transaccionales, es importante definir si las funciones del trámite transaccional (incluyendo precios, facturación, registro contable y pago) se reparten entre las áreas que normalmente tramitan cobros y pagos con terceros independientes o más bien se deberían centralizar dichas funciones –todo el ciclo transaccional intragrupo– en un departamento que sea el controlador, en directa coordinación con áreas especializadas tales como Presupuesto, Tesorería, Jurídica e Impuestos. La autoridad técnica final para definir los márgenes de utilidad y la forma de distribuir gastos comunes entre diferentes subsidiarias debe ser asumida por Impuestos; a efectos de garantizar la consistencia en el cumplimiento de las regulaciones de precios de transferencia, la optimización fiscal corporativa y la prevención de riesgos fiscales, ámbitos más expuestos ante la creciente visibilidad lograda por BEPS.
2. *Política de gestión de riesgos de impuestos:* El tema de Impuestos forma parte de una visión integral de riesgos que afronta una empresa, y con mayor complejidad, una MNE. Siendo que las contingencias tributarias pueden tener una incidencia directa en las utilidades corporativas, debe existir una política corporativa que oriente y regule la gobernanza interna del tema, ratificando la responsabilidad técnica de Impuestos, y los parámetros cuantitativos y cualitativos que enmarcan las revelaciones y provisiones, de forma armónica con las normas contables aplicables. Un componente básico de esta política es la forma en que se informará periódicamente al Comité de Auditoría Corporativo sobre la gestión de riesgo fiscal.
3. *Política de responsabilidad fiscal corporativa:* Esta es una tendencia que se originó antes de BEPS, pero que con esta nueva ola está tomando mucha mayor fuerza. Ha sido una derivación de la corriente de Responsabilidad Social Corporativa, y busca que las MNEs definan una serie de principios de moderación y autoregulación en cuanto a evitar mecanismos que pudiesen ser vistos como indicativos de una

planificación fiscal agresiva.²⁵ Es obvio que BEPS ejerce una presión reputacional para que las MNEs adopten estos códigos de “buena conducta fiscal”, y es esperable que una variedad de organizaciones no gubernamentales incrementen su cabildeo político y mediático para generar vías de examen y evaluación del grado de cumplimiento de dichas políticas o códigos. La tensión entre esta tendencia y la confidencialidad tradicional de la planificación fiscal corporativa es notoria, y es difícil predecir cómo evolucionará el tema hacia futuro.

Puede concluirse que la formulación de estas políticas tiene una importancia profunda en la adaptación al corto y mediano plazo de la gestión fiscal corporativa, obteniendo un apoyo gerencial claro y decisivo de la alta administración, y una disciplina interna que resultará clave para proteger el intangible reputacional de la empresa.

3.2. Retos al mediano plazo

La mención de mediano plazo parte de suponer que en el contexto latinoamericano las reformas que incluirán medidas BEPS serán típicamente aprobadas durante el 2017, con plena vigencia a partir del periodo fiscal 2018. Sin embargo, el ritmo podría ser más acelerado en varios países, lo que evidencia la urgencia que el sector empresarial debería concederle a tomar la iniciativa en proponer asertivamente variantes en tratamientos tributarios claves.

3.2.1. Optimización de gestión de auditorías y litigios fiscales

El incremento en la intensidad y cobertura de fiscalizaciones tendrá un efecto previsible en tasaciones que determinen diferencia de impuestos en contra de los contribuyentes, y se sentirá con mayor énfasis en MNEs y empresas domésticas con presencia de negocios en el exterior, dados los contenidos de BEPS y las probables reformas justificadas en BEPS. Uno de los retos permanentes de la gestión fiscal corporativa es tener un control de calidad técnico y gerencial de las auditorías fiscales, a fin de minimizar problemas en la consecución oportuna de la información requerida y poder responder con precisión y adecuado soporte las consultas propias de la fiscalización.

Una tendencia marcada por la innovación promovida por BEPS es que habrá mayor nivel de exhaustividad y profundidad en los requerimientos sobre situaciones fuera de las fronteras nacionales de la entidad fiscalizada. En este sentido, la preparación anticipada de archivos con la documentación soporte para posiciones fiscales relevantes (conocido también como archivo de defensa/*Defense File*) se volverá una práctica permanente, que facilitará la realización de la fiscalización. Al notificarse una tasación se da inicio a un litigio fiscal que tendrá varias instancias procesales, tanto administrativas como judiciales. Aun aplicando la práctica dominante de que un asesor fiscal externo asuma la dirección procesal del expediente, los nuevos tiempos demandan una verdadera gestión de proyecto por parte del Departamento de Impuestos, con un equilibrio eficiente entre ejecución local y control central en casa matriz. Cuanto más grisáceos sean los temas en discusión, con mayor razón el departamento tendrá que escalar su involucramiento en activa sinergia con el asesor fiscal externo.

La exigencia creciente de reportes más detallados sobre el estatus del expediente y en especial su calificación de probabilidades de éxito, requerirá un rol más profundo en la retroalimentación y supervisión por parte del Departamento de Impuestos. Situaciones puntuales en donde la percepción de posibilidades –y su incidencia en eventuales provisiones contables– por parte del asesor fiscal difieren de la percepción del Departamento, deberán quedar muy bien documentadas.

Este dominio técnico de los temas en disputa por parte del departamento se manifestará también en el evento de opciones de resolución alternativa de conflictos, que en el contexto latinoamericano se han manifestado principalmente a través de amnistías extraordinarias. La alta administración esperará una justificación muy convincente sobre cualquier recomendación de poner fin al litigio a través de un desistimiento o alguna vía procesal de transacción; y con mayor razón si esta decisión podría –en una era post-BEPS– generar ajustes colaterales con respecto a otra entidad en otra jurisdicción, caso típico en tasaciones de precios de transferencia.

25 Véase, publicación de Principles for Responsible Investment (PRI), in Partnership with UNEP Finance Initiative and UN Global Compact. *Engagement Guidance on Corporate Tax Responsibility, Why and how to engage with your investee companies*. 2015.

3.2.2. Revelaciones sobre planeación fiscal

Las normas internacionales de información financiera (NIIF/*IFRS*) tienen un enfoque de principios generales sobre la revelación de contingencias fiscales y su aprovisionamiento contable, sin haberse seguido hasta ahora la orientación de una metodología parametrizada como la de FIN48 de la norma contable de los Estados Unidos de América. Estos matices de diferente aproximación técnica han llevado a esfuerzos valiosos orientados a impulsar una convergencia técnica en la revisión de las NIIF, esfuerzos que no han cristalizado hasta el presente. Sin embargo, dada la potencial influencia de BEPS para que se avance en la dirección de convergencia citada, así como en el impulso para que creativamente diversos países exploren diferentes fórmulas de revelación de “posiciones fiscales inciertas”, o “estrategias fiscales agresivas o abusivas”, o sencillamente “posiciones fiscales relevantes”, es necesario que las MNEs se vayan preparando técnicamente para un previsible cambio de la normativa aplicable.

Un sistema de tributación que se basa de forma dominante en el principio de la autoliquidación de las declaraciones tributarias delega en esencia la verificación al fisco, por lo que esta presión por mayor revelación en cabeza del contribuyente diluye esta tradicional separación de roles y responsabilidades. Ciertamente el tema es sensible, no solo en cuanto a los límites que debería tener de una especie de autofiscalización, sino también con respecto al ámbito constitucional de intimidad de una persona o empresa y su derecho a no autopenalizarse.

3.2.3. Plan de comunicaciones

El Proyecto BEPS tuvo un origen marcado por el gran ruido mediático sobre reportajes referentes a la baja carga fiscal de importantes MNEs, y sin duda dicho foco mediático fue alimentado por un intenso activismo de organizaciones no gubernamentales, con especial intensidad en Europa. De hecho, dichas organizaciones han mantenido una presencia y monitoreo constante en los foros de BEPS, y a pesar de un cierto optimismo inicial han reafirmado críticas sobre las limitaciones de BEPS con respecto a ciertas aspiraciones. Un ejemplo clave es la aspiración de que los nuevos reportes de precios de transferencia fueran publicados, con lo que sus contenidos pasarían a estar expuestos al debate abierto en la prensa o en las redes sociales. Aunque esta pretensión no fue satisfecha en los entregables BEPS, no se puede ignorar la tendencia de que a través de congresistas y otros mecanismos de control político se intente sentar en el banquillo de la opinión pública la gestión fiscal corporativa, especialmente de MNEs, bajo un cuestionamiento “moral”, no legal.

Por otro lado, dadas las evidencias de grandes escándalos en Europa iniciados por el denunciante que tuvo acceso a información interna (el llamado soplón o *whistleblower*), o el *hacker* informático, o inclusive filtraciones desde la Administración Tributaria, se abren varias vías para que llegue a la luz pública información tributaria confidencial y sensitiva. En virtud de estos crecientes riesgos de divulgación de información tributaria corporativa, es necesario que exista un plan de comunicaciones que permita reaccionar con precisión, claridad, y la contextualización bien soportada, ante estas situaciones que pueden comprometer la reputación corporativa. Y este debe ser un punto importante de la agenda de los gremios empresariales, ya que las distorsiones sensacionalistas que podrían difundirse en los medios de comunicación dañarán el intangible reputacional colectivo del sector privado.

En conclusión, no se debe permitir que los legítimos objetivos de prevenir prácticas evasivas se lleguen a distorsionar con excesos propios de cacerías de brujas fuertemente subjetivas, que podrían alcanzar un tono de *macartismo fiscalista*,²⁶ y que propicien acciones de acoso o matonismo fiscales²⁷. Estoy seguro que esa no ha sido la intención de la OCDE, pero esta organización, con su liderazgo técnico sobre BEPS, deberá hacer esfuerzos concretos para poner en su justa proporción técnica el tema y prevenir desbordamientos mediáticos injustos y dañinos.

4. OPORTUNIDADES PARA LA GESTIÓN FISCAL CORPORATIVA

Una referencia que ha sido muy popular en discursos políticos es que la palabra “crisis” en lengua china tiene dos elementos: peligro y oportunidad. Aunque aparentemente este significado no es lingüísticamente exacto, invoquemos

26 El Macartismo es una traducción al castellano de la expresión en inglés “*McCarthyism*”, que se refiere al movimiento político liderado en los años 1950 por el Senador Joseph McCarthy, basado en la investigación de la infiltración comunista en EE.UU., utilizando métodos muy cuestionables de intimidación, persecución y difamación.

27 Véase, artículo de Rafael Sayagués, Isabel Chiri y Alejandro Barbellion, *Tax Bullying? When Global tax trends clash with local realities*, en *International Tax Review*, September 29th, 2015.

esta estimulante noción a efecto de BEPS. Si BEPS es una *crisis*, aparte de los retos y peligros, intentemos ahora descifrar potenciales oportunidades empresariales por capturar.

4.1. Oportunidades al corto plazo

A pesar de la alta intensidad que demandará la atención de los retos generados por BEPS, existen potenciales oportunidades al corto plazo que en caso de ser aprovechadas potenciarán el desarrollo de capacidades de gestión fiscal y una más fluida relación cooperativa con las otras áreas corporativas.

4.1.1. Fortalecimiento orgánico del Departamento Fiscal Corporativo

La posición del Departamento de Impuestos en la matriz organizacional corporativa de una MNE es un tema que ha ido evolucionando a medida de que se le agregan funciones y responsabilidades con mayor valor estratégico. En general, por énfasis histórico en tareas de cumplimiento fiscal, es frecuente una adscripción al área contable (División o Vicepresidencia de Contabilidad) dentro del grupo liderado por el Jefe Financiero (*Chief Financial Officer / CFO*). Esta tradición orgánica tiene para varias MNEs la complicación de que aspectos críticos de gestión de riesgo fiscal, tanto desde el ángulo defensivo de litigios, como desde el ángulo propositivo de planificación fiscal, requieran una supervisión y aprobación –incluso bajo una línea técnica de reporte o “*dotted line*” en el organigrama– de la División o Vicepresidencia Jurídica.

Siento que las nuevas tendencias profundizadas por la ola de BEPS, aconsejan atribuirle al Departamento de Impuestos plena autoridad en cuanto a la función de prevención y resolución de controversias y litigios fiscales, así como en la gestión de riesgo, tanto en cuanto al cumplimiento cotidiano como en la calibración de riesgo de iniciativas de optimización fiscal. Esto armonizaría con el fortalecimiento de la especialización técnica y de una gestión integral de impuestos, y no afectaría la valiosa sinergia que existe entre el área fiscal y el área jurídica, en temas tan importantes como el diseño apropiado de contratos con proveedores o incluso de contratos de transacciones intragrupo. En otras palabras, impuestos es un área de especialidad con autonomía propia, aunque tenga una interrelación valiosa con el área contable, el área jurídica, la tesorería, y el área de planificación financiera y presupuestaria del grupo empresarial. De hecho, las iniciativas de optimización fiscal, a la luz de las novedosas pruebas del ácido de BEPS, aunque tengan un eje central de la experticia fiscal no podrán desarrollarse sin la dinámica cooperativa de “pequeñas sociedades” entre Impuestos y las otras áreas citadas.

Mención aparte la merece la tendencia del desarrollo de los Centros de Servicios Compartidos (*Shared Services Center/SSC*) y su aplicación a la gestión fiscal corporativa. En este caso, en principio no hay ningún impedimento para que el Departamento de Impuestos se ubique en la organización del SSC de forma análoga al área contable. Sin embargo, la distinción a analizar es si se trata de un SSC que cubre las diversas funciones de casa matriz o se circunscribe a un SSC Contable. La dimensión funcional del Departamento de Impuestos relativa a planificación y gestión de riesgo fiscales no parece encajar con la mentalidad arraigada de *back office* transaccional de un SSC Contable o de la Vicepresidencia Contable, por lo que esta forma de ubicación orgánica debería ser revisada a fondo.

El dilema al mediano plazo es previsible: ¿cómo articular inteligentemente las iniciativas de impuestos con las áreas agrupadas bajo la autoridad del CFO? Con la inevitable ampliación de funciones y responsabilidades del Departamento de Impuestos, el dilema no es formalista, sino de fondo: para consolidar una más estricta disciplina tributaria y reestructurar operaciones de negocio entre diversas jurisdicciones, las sensibilidades internas solo podrían ser dirimidas con todo el peso y autoridad de la alta administración, con un claro compromiso del CFO como el líder principal de iniciativas importantes. Más allá del tema relevante de las líneas de reporte, es crítico que las MNEs logren que el Departamento de Impuestos se consolide como la mano derecha fiscal del CFO, con una interrelación fluida con otras áreas del grupo del CFO y áreas externas a dicho grupo.

Esta inquietud es coincidente con la creciente participación del Departamento de Impuestos en temas de agenda del Comité de Auditoría Corporativo, debido a la tendencia concurrente del reconocimiento de responsabilidad de supervisión y vigilancia (*oversight*) de dicho comité con relación a la gestión fiscal corporativa. Tanto por esta vía, como por diversas iniciativas, que podrían incluir hasta determinadas aprobaciones de presupuestos de proyectos con

un componente de costos de impuestos relevantes, es inevitable que el Departamento de Impuestos incremente su presencia activa ante la Junta Directiva Corporativa. Esta tendencia se consolidará con el aumento de niveles de riesgo teóricos provocado por BEPS, y será muy importante por la creciente interacción del área de Impuestos con el *C-Level* de la empresa o grupo.²⁸

Finalmente, debe advertirse que la viabilidad de un mayor agregado del Departamento de Impuestos en la era post-BEPS se condiciona a que se reconvierta en un genuino Socio de Negocios (*Business Partner*) de las áreas operativas, desde el *front-office* comercial y de mercadeo hasta las áreas de compras, sea toda la cadena de valor que permite materializar los bienes y servicios vendidos por la empresa. La mitigación de riesgos fiscales y optimización de ahorros fiscales exigirá cada vez más entender y trabajar al lado de los diversos responsables operativos y abandonar cualquier rastro de “mentalidad de silo” (*silos mentality*).²⁹

4.1.2. Cooperación a nivel gremial para mejoramiento normativo

El adagio de que “la unión hace la fuerza” no solo debería motivar el disciplinado esfuerzo de OCDE al impulsar BEPS en alianza con los fiscos, sino que debe ser frase de inspiración para el sector privado organizado al intentar mitigar los efectos CEDIT de BEPS. En este contexto, debe priorizarse la creación de Comités BEPS en las cúpulas gremiales de cada país, en donde debe existir activa participación de empresas multinacionales de diversos giros de negocio. En este diálogo empresarial debe hacerse conciencia de que incluso las empresas de capital local o cuyo mercado predominante es el doméstico, pueden recibir impactos tangibles por cambios provocados directa o indirectamente por BEPS, sea por restricciones a los CDIs o por medidas unilaterales de reforma a la legislación interna del país.

Esta cooperación a nivel gremial debe extenderse a nivel internacional, en donde un referente relevante es BIAC (*“Business and Industry Advisory Committee to the OECD”*)³⁰, una organización de red que sirve enlace entre OCDE y las organizaciones del sector empresarial de distintos países. Al tener una relación institucional de trabajo conjunto en los foros de OCDE, el BIAC puede ser un Socio de las organizaciones cúpula del empresariado para construir posiciones técnicas consensuadas que tengan influencia positiva en los desarrollos futuros de BEPS.

Sin embargo, no debe convertirse en la única opción de construcción de consensos internacionales del sector privado, especialmente en el entorno del empresariado latinoamericano.

4.1.3. La validación constitucional

El más poderoso antídoto disponible para frenar eventuales excesos de los cambios impulsados y/o inspirados en BEPS es que existan potenciales vulneraciones a las normas y principios constitucionales de los diferentes países. Un precedente valioso de este control de constitucionalidad es la anulación en el 2003 de la remisión abierta que hizo una norma legal en Colombia para que la lista de paraísos fiscales fuese definida por la OCDE, por considerarse que vulneraba la garantía constitucional del principio de reserva de ley en materia tributaria.³¹

En general, corresponde que por iniciativa del sector empresarial de cada país se realice un análisis exhaustivo, con directo apoyo del medio profesional y académico tributario, a fin de identificar las posibles zonas de sensibilidad constitucional con relación a las modificaciones de comentario. Este análisis debería permitir seleccionar los aspectos más críticos y de mayor probabilidad de éxito ante las Cortes o Salas Constitucionales, y definir un Plan de Acción para acceder al litigio constitucional de la forma más expedita que las vías procesales permitan.

Es importante enfatizar que en interés de la Seguridad Jurídica, un principio constitucional fundamental y de gran influencia histórica en desarrollo del Derecho Constitucional Tributario, es preferible que más temprano que tarde se defina la viabilidad constitucional de aspectos críticos de las reformas venideras. Adoptar una posición pasiva

28 *C-Level* es una expresión que refiere a la alta administración de la empresa, en donde la inicial “C” se refiere a “Chief”, Jefe en Español. Los cargos más utilizados como miembros del C-Level son CEO (*Chief Executive Officer*), CFO (*Chief Financial Officer*), COO (*Chief Operating Officer*). Ya existen referencias a CTO (*Chief Tax Officer*) aunque las siglas CTO suelen referirse con bastante mayor frecuencia al *Chief Technology Officer*.

29 El término “silo” se refería en español a las torres de depósito hermético de granos. En literatura de gerencia, los anglosajones han adaptado la expresión “mentalidad de silo” al aislamiento y la falta de entendimiento, coordinación y compartición de información entre departamentos,

30 Véase, BIAC. BEPS Position Paper. June 9 2015. Disponible en: <http://biac.org/>

31 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-690 DE 2003.

y que empresas aisladas enarboles estas banderas sin una verdadera articulación gremial, no sólo disminuirá las probabilidades de obtener victorias con precedentes jurisprudenciales garantistas, sino también incentivará una mayor agresividad de las posturas de reforma tributaria de los Gobiernos en el largo plazo.

4.2. Oportunidades al mediano plazo

4.2.1. Eliminación de restricciones a gastos y pérdidas en el exterior

Han existido tradicionalmente diversas restricciones sobre gastos y pérdidas en el exterior, que se fundamentaron en una premisa muy realista en su tiempo: la Administración Tributaria no disponía de facultades legales y capacidad logística para fiscalizar adecuadamente operaciones fuera de sus fronteras. La verdad es que la conjunción entre los Tratados de Intercambio de Información tributaria, el avance hacia intercambio automático de la información, el nuevo estándar de intercambio de información bancaria FATCA³², y los mecanismos de mayor visibilidad de la operación global de un grupo empresarial a través de BEPS, están logrando progresivamente un cambio hacia un nuevo paradigma de transparencia que no solo abarca el acceso legal, sino el desarrollo efectivo de dicha transparencia. Este nuevo paradigma atenúa los argumentos que justifican topes cuantitativos de gastos deducibles incurridos en el exterior, e inclusive casos de prohibición de deducibilidad de ciertos gastos generados en el extranjero. También se erosiona el racional de las restricciones en países de renta mundial para poder consolidar las pérdidas efectivas de operaciones propias o de sus sucursales en el extranjero. Si una mayor transparencia y el fortalecimiento de la fiscalización transfronteriza abren los portones del control fiscal sobre los ingresos y los gastos fuera de las fronteras, las medidas tradicionales basadas en la incapacidad de fiscalización deberán ser eliminadas.

4.2.2. Racionalización de tarifas de retenciones transfronterizas

Debido a la combinación de nuevos requisitos y restricciones en los CDIs, y medidas unilaterales de creación o aumento de retenciones transfronterizas, es importante prepararse para un cierto aumento de la presión tributaria vía retenciones. La gran falacia en este tema es la pretendida incidencia de la retención en cabeza del No Residente, cuando es muy conocido que gran parte de las empresas proveedoras de servicios transfronterizos gravados imponen cláusulas de "gross up" a fin de blindar su flujo de caja del impacto de la retención, trasladándole así dicho costo a la empresa pagadora del servicio. Esta presión por parte de las empresas prestadoras de servicios se da por estrategia gerencial incluso cuando tienen acceso al alivio de doble imposición internacional vía el impuesto de crédito extranjero (*foreign tax credit*). En la medida de que el grupo empresarial tenga una posición débil de negociación de estas cláusulas fiscales de estos contratos, el eventual incremento de retenciones empeorará el impacto negativo en los resultados financieros.

Por lo expuesto, resulta muy importante reforzar una posición firme en las negociaciones cuando realmente el gross up es innecesario para la firma vendedora, y poner en la agenda de discusión gremial la necesidad estructural de racionalizar la tabla de tarifas de retenciones. Este objetivo podría construirse a través de un diseño de convergencia tarifaria, a fin de minimizar la dispersión que prolifera en los sistemas tributarios de muchos países. Dicho objetivo podría encontrar eco con los fiscos, en aras de priorizar la simplicidad y neutralidad tributarias, e incluso mejorar los niveles de cumplimiento y reducir la litigiosidad reinante cuando existen borrosas categorizaciones con tarifas distintas.

Adicionalmente, la noción de ampliar la red de CDIs podría coadyuvar en la convergencia y aplanamiento de las tarifas de retención (lo que no quita las preocupaciones de cambios BEPS expuestas, tanto en restricciones como en incertidumbre jurídica de la cobertura de dichas tarifas preferenciales³³.) Desde un ángulo de competitividad, el incentivo óptimo para promover la inversión es una tarifa general lo suficientemente baja, más allá de preferencias específicas por mecanismos de incentivos fiscales o a través de CDIs.

4.2.3. Reforzamiento de Estatuto de Derechos y Garantías de los Contribuyentes

El Proyecto BEPS tiene como hilo conductor frenar abusos de contribuyentes. Aporta muy poco en cuanto a cómo frenar abusos del fisco, salvo la limitada recomendación de la Acción 14 del Plan de Acción en cuanto a viabilizar la

32 Siglas de "Foreign Account Tax Compliance Act". Capítulo 4 del Internal Revenue Code. Secciones 1471 a 1474. Promulgado a través del "Hiring Incentives to Restore Employment Act", Congreso de Estados Unidos de América. Ley del 18 de Marzo del 2010.

33 Ciertamente no será la prioridad de jurisdicciones con sistema tributario territorial. Se teme que la baja de tarifa de retenciones genere un costo recaudatorio que no se vea compensado por un alza en la recaudación doméstica jaloneada por el incremento de actividad económica transfronteriza.

resolución de conflictos. A través de BEPS, el riesgo para el “contribuyente abusador” se eleva en forma tangible, pero lo cierto es que el riesgo para el “fisco abusador” no se eleva en grado alguno. Por ello, se deben poner sobre la mesa reformas legales de Derecho Tributario Material y Procesal de cara a una conceptualización de gran profundidad de un Estatuto de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, que en lugar de ser un simbólico saludo a la bandera sea un instrumento efectivo de equilibrio y que incentive una actitud balanceada y prudente del Administrador Tributario al aplicar la normativa fiscal.

La economía de opción y la planeación fiscal legítima: Debe existir norma expresa que consagre el derecho del contribuyente a organizar sus negocios de forma que optimice su carga fiscal, derecho que lo ejercerá a través de la planeación fiscal legítima. Evidentemente este derecho tiene como límite el abuso de las formas jurídicas, cuando no existe un propósito válido de negocios. En esta dirección, y contrario a la recomendación de BEPS sobre la definición del test de propósito de negocios (Principal Purpose Test) en los CDIs, no puede excluirse el beneficio fiscal aunque sea uno de los propósitos importantes de un negocio o transacción. Esta normativización tiene gran relevancia a fin de confrontar la corriente extrema del “Impuesto Justo” (“Fair Tax”) que en su nuboso contenido esconde la aspiración a un principio opuesto, sea la supuesta obligación del contribuyente de organizar sus negocios o transacciones de forma que garantice la máxima carga tributaria posible.

La realidad económica en favor del contribuyente: Las diferentes corrientes doctrinales sobre sustancia económica, propósito de negocios, o el método de realidad económica consagrados en las diferentes normativas, deben evolucionar para incluir de forma explícita el derecho del contribuyente a invocar que en el análisis de los hechos generadores se ponderen situaciones en las que la realidad económica prima sobre las formas jurídicas inapropiadas utilizadas y más bien se genera una reducción del impuesto respectivo. La realidad económica, reforzada por la tendencia BEPS, debe dejar de ser un método interpretativo de una sola vía (a favor del fisco).

El régimen de consulta fiscal: Es argumentable que el fisco ha tenido una actitud históricamente recelosa a la tramitación de consultas del contribuyente, debido a que las interpretaciones oficiales emitidas puedan validar oportunidades de planificación fiscal con la consecuente pérdida de recaudación, y en el peor escenario de carencia de un adecuado control interno, facilitar hechos de corrupción. Esta actitud tradicional debe ser superada en el entorno BEPS, ya que el reforzado énfasis en la transparencia debe ser también un camino de doble vía, tanto para el contribuyente como para el fisco. Cuatro elementos importantes deberían consolidarse en reformas legales próximas: Que exista un plazo corto con régimen de silencio positivo si no se contesta a tiempo; que el acto administrativo con la respuesta a la consulta sea impugnabile en la vía administrativa y contenciosa; que la respuesta sea vinculante para todo el fisco y no necesariamente para el contribuyente; y que se permita la consulta de asesores fiscales externos y organizaciones gremiales con efectos vinculantes para el fisco, considerando la aprehensión natural del contribuyente a exponer a su propia empresa. El fisco debe tener una apertura para fomentar la consulta y así fortalecer la seguridad jurídica, pilar fundamental del cumplimiento voluntario. Y un régimen de consulta fiscal de amplia cobertura permitirá prevenir las tasaciones innecesarias y en general excesos innecesarios de litigiosidad.

Especialización y balance en instancias litigiosas: Como decíamos al inicio, el ámbito tributario es interdisciplinario por excelencia, y cada vez su entramado adquiere mayor complejidad, tanto en tema domésticos como internacionales. Las disputas entre fisco y contribuyentes en la jurisdicción contenciosa y penal deberían ser resueltas idealmente en tribunales o Salas especializadas, a fin de garantizar el máximo dominio y rigurosidad jurídica posible. Un aspecto orgánico que convendría explorar es que la integración de dichas instancias debería garantizar una composición diversa, sea que los jueces deberían provenir no sólo de carreras en el fisco sino también del sector privado y de la Academia, a fin de lograr mayor balance ideológico y técnico. Por otro lado, debe reflexionarse sobre la experiencia histórica de los Tribunales Fiscales Administrativos, figura que alcanzó importante desarrollo en décadas pasadas en Latinoamérica. Esta noción de que se agote la vía gubernativa en una instancia autónoma del Ministerio de Hacienda sigue siendo conceptualmente sólida y sus falencias tradicionales deberían ser atendidas para rescatar su razón de ser.

La opción del arbitraje: Como lo señalamos antes, una de las mayores frustraciones del Plan de Acción de BEPS es no haber consolidado un consenso sobre la inclusión del arbitraje mandatorio en los CDIs. El avanzar en la consecución

del arbitraje sería un paso trascendental para dirimir las controversias entre Estados con mucha mayor eficacia que el procedimiento amistoso (*MAP*), que se mantiene en BEPS como el estándar mínimo acordado. A nivel de controversias domésticas, también agregaría mucho valor adaptar las experiencias innovadoras tales como las de Alemania y Portugal, en aras de construir una nueva cultura en donde el fisco ostente –con absoluta ética y alto nivel técnico– una función negociadora para la resolución de conflictos³⁴. Las reacciones negativas de la mayoría de los fiscos latinoamericanos constituyen evidencia de que no están dispuestos a una modernización del sistema que debilite en cierto grado su tradicional posición dominante en las instancias y procedimientos tradicionales. Sin que sea excluyente, la noción de un Tribunal Internacional de Impuestos, ubicado en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje del Palacio de la Paz de La Haya, que ha sido planteada bajo la iniciativa “*TRIBUTE*”, es una alternativa seria y digna de toda consideración hacia el futuro.³⁵

La condena en costas: Como parte de esta visión de reequilibrar la relación jurídico-procesal entre el fisco y contribuyente, es indispensable discutir la expansión de la figura de condena en costas al fisco para que no sólo aplique con rigurosidad a nivel judicial, sino también en las instancias de revisión en sede administrativa. Un fisco que tenga consciencia del riesgo de sufrir consecuencias pecuniarias materiales por auditorías y tasaciones fiscales agresivas, tendrá mayor cuidado en abrir controversias sin suficiente sustento. A la vez, este tema de incentivos debe pasar por una revisión crítica del sistema de bonificaciones a los funcionarios de fiscalización (como incentivos a la productividad), que no puede estar supeditado a la emisión de montos tasados originales o “en bruto”, sino más bien al recaudo “neto” luego de agotar el filtro de las instancias litigiosas.

5. CONCLUSIONES

Como hemos analizado en este artículo, el Proyecto BEPS es una iniciativa muy ambiciosa para intentar solventar las limitaciones del régimen tradicional de tributación internacional –y particularmente el régimen de CDIs creado para evitar la doble imposición internacional– adaptarlo a los nuevos retos de la economía global –especialmente con fenómenos tales como la economía digital, la tercerización y las cadenas de valor de las MNEs–; y erradicar prácticas agresivas de falta de sustancia económica amparadas en el secretismo para erosionar bases imponibles, por lo que el fortalecimiento de la transparencia de la información en beneficio de los fiscos es un pilar fundamental.

Podríamos invocar la analogía de que el Proyecto BEPS busca combatir y minimizar las opciones de que los contribuyentes practiquen actos de “ilusionismo fiscal”. La “ilusión” en el medio escénico de la magia ha sido bien explicada por el libro “*The Prestige*” del autor Christopher Priest³⁶, (luego llevada al cine por el gran director Christopher Nolan):

“Todo gran truco de magia consiste en tres partes o actos. La primera parte es llamada ‘La Presentación’. El mago te muestra algo ordinario: Una baraja de cartas, un pájaro o un hombre. Él te muestra este objeto. Tal vez te pide que lo inspecciones para ver si es de verdad real, inalterado, normal. Pero por supuesto... probablemente no lo es. El segundo acto es llamado ‘El Giro’. El mago toma algo ordinario y lo pone a hacer algo extraordinario. Ahora estás buscando el secreto... pero no lo encontrarás, porque por supuesto no estás realmente buscando. Tú no quieres realmente saber. Tú quieres ser engañado. Pero no vas a aplaudir todavía. Porque hacer que algo desaparezca no es suficiente; tienes que hacerlo reaparecer. Por esto todo truco de magia tiene un tercer acto, la parte más difícil, la parte que llamamos ‘El Prestigio’.”

34 Planteamiento del Dr. Ricardo Gómez-Barreda en la Conferencia en el IV Congreso de IFA-Colombia 2015, recomendando los medios alternativos de resolución de conflictos en materia tributaria, basado en la ponencia de la Fundación Impuestos y Competitividad, Pablo Chico de la Cámara et. al. Una propuesta para la implementación de medidas alternativas de solución de conflictos (ADR) en el sistema tributario español con especial referencia al arbitraje. Editor e Praxis. Marzo 2015.

35 Hans Mooj. *A Permanent Tribunal for Tax Treaty Arbitration*. Estudios de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior. Febrero 2015. Pág. 411-450.

36 Christopher Priest. *The Prestige*. Tom Doherty Associates, Tor Books. (1997). Disponible en: https://www.goodreads.com/author/quotes/23419.Christopher_Priest. (traducción libre del autor).

Y agrega el autor: “El tercer acto es a veces llamado el efecto, o el prestigio, y este es el producto de la magia. Si el conejo es sacado del sombrero, el conejo, que aparentemente no existía antes de que el truco fuera ejecutado, puede decirse que es el prestigio de ese truco.”

El movimiento BEPS –sea la iniciativa de OCDE y todos los cambios en los países inspirados para bien o para mal en BEPS– pretende limitar la cantidad y cuantía de estrategias de planificación fiscal agresiva en la que mediante trucos artificiosos se extraen “ahorros impositivos con orejas largas” de sombreros que no son más que entidades legales vacías de sustancia real de negocios. Es previsible que la cultura post-BEPS será “políticamente incorrecto” utilizar diagramas con cajas de entidades legales en presentaciones que causen asombro en la audiencia sobre la facilidad de estructurar traslados de utilidades a jurisdicciones que ofrecen nula o muy baja imposición con requisitos mínimos y simbólicos de operación funcional en dichas sedes. Así como para un buen mago le resultaría nefasto exhibirle al público la forma en que logra realizar la “ilusión”, le resultaría también muy incómodo a las MNEs tener que explicar en el banquillo de la mediática opinión pública sus estrategias de “ilusionismo fiscal” por intervención de los fiscos u otras partes interesadas (*stakeholders*).

Para prevenir este potencial daño reputacional, las mayores exigencias de transparencia y mayor visibilidad de los nuevos mecanismos de BEPS provocarán que los gestores fiscales de MNEs coadyuven con las otras áreas corporativas para transformar la forma de operar los negocios. Esta transformación operativa deberá intentar alinear la distribución de las utilidades en diferentes jurisdicciones con parámetros consistentes y presentables de alocaión de personas, funciones, activos y riesgos, tanto desde la perspectiva local como desde una mirada al consolidado global de la MNE, mientras se vaya logrando superar la preocupante incerteza técnica y jurídica que BEPS genera y seguirá generando. En cierta forma, la tentación del “ilusionismo fiscal” en las empresas se debe extirpar invirtiendo el orden de las prioridades: la búsqueda del ahorro fiscal no debe ir por delante ni divorciada de la realidad operativa del negocio, porque sería, citando el *folklore* latinoamericano, “poner la carreta delante de los bueyes”.

Por lo expuesto, soy el primero en reconocer el gran mérito de OCDE y de los fiscos que lo acuerpan en este esfuerzo por desterrar prácticas extremas de evasión y planeación fiscal “ilusionista” que no armonizan con la condición de contribuyentes responsables, tanto en un sentido de responsabilidad social corporativa como en cuanto a una dimensión ética armónica con el texto y espíritu de la ley. Pero por otro lado, cabe preguntarnos si al final, este Proyecto BEPS no puede en sí mismo contener un componente importante de “ilusionismo fiscal” en su concepción y desarrollo. Apliquemos la descripción de “ilusión” a BEPS:

La presentación: La OCDE, el experimentado mago custodio de la antigua ciencia de los CDIs, le muestra a su exclusiva audiencia, el G20 –muy urgido de fondosun objeto de estudio conocido cuya inspección no generaría en principio sospecha alguna sobre su veracidad, sea un pliego de papel que reza así: “Las MNEs mueven cuantiosas sumas a países de baja imposición aprovechando ventanas abiertas en los CDIs y en los sistemas tributarios descoordinados entre los países, y utilizando prácticas sin propósitos legítimos de negocio. Logran incluso que haya utilidades apátridas, sin imposición alguna.”

El giro: El mago muestra con gran efectismo un elegante sombrero negro de copa llamado “Proyecto BEPS”, que sin alterar el statu quo del modelo OCDE de CDIs, tiene un arsenal que eliminará el fenómeno de la “doble no imposición” y doblará el secretismo tradicional de las sospechosas MNE’s, generando conservadoramente un aumento entre el 4% y 10% del recaudo por Impuestos a la Renta a nivel global. Luego, inserta el pliego en el sombrero, y con un conjuro apenas audible, muestra de nuevo el sombrero vacío. El público asistente –que ya no sólo es el G20 y miembros OCDE, sino también los demás gobiernos del planeta– miran con asombro y expectación este enigmático sombrero negro, se acercan al escenario, lo tocan y revisan con cuidado el sombrero desde todo ángulo, pero no quieren mirar más. En el fondo, quieren entregarse a la esperanza en esta ilusión, y aunque felicitan cálidamente al sofisticado mago, todavía no se atreven a aplaudir.

El prestigio: Luego de pronunciar las palabras mágicas –incluido algo llamado “Tratado Multilateral” el hechicero saca del sombrero negro un conejo con una barriga llena de un recaudo bastante menor de

lo añorado, pero que además muestra orejas de voluminosa y entrabada litigiosidad, piel de normativa descoordinada, dientes filosos de mayor competencia de incentivos fiscales entre países, y cicatrices visibles de doble y múltiple imposición internacional. El mago entonces le dice al estupefacto público: “Esto no fue mi culpa, fue de ustedes al tocar mi sombrero mágico con sus medidas unilaterales descoordinadas e incoherentes, dañando mi genial hechizo”. Y la audiencia, frustrada pero siempre confiada en la reconocida habilidad del mago, lo contratará de nuevo para intentar un acto de magia aún más ambicioso –a estrenar en un fastuoso escenario que se llamará *Organización Mundial de Impuestos*– cuyo presupuesto será pagado por las empresas privadas que sufrirán diariamente con este conejo de apetito voraz, el inesperado “Prestigio” de BEPS...

Respeto mucho la alta calidad técnica del equipo fiscal de OCDE, pero coincido con las preocupaciones de especialistas sobre que las expectativas generadas –con gran ruido mediático– no serán satisfechas con resultados tangibles a la altura de dichas expectativas, y que los efectos colaterales nocivos para la competitividad empresarial y el desarrollo económico serán materiales si no se confrontan de forma proactiva, coherente y coordinada. Es hora de un mayor realismo –y *mucho menor* “ilusionismo” en el diseño e implementación de la política tributaria internacional y su interrelación con la política tributaria doméstica.

En línea con estas analogías sugestivas para el debate de fondo, el objetivo de estas inquietudes es promover un mayor involucramiento del sector empresarial en el tema BEPS, en un diálogo franco y directo con los Gobiernos y con la OCDE, reconociendo y perfeccionando los méritos de esta iniciativa pero afrontando y mitigando sus efectos CEDIT. No puede omitirse en este involucramiento la perspectiva regional latinoamericana, que típicamente refleja la posición de los países en desarrollo importadores netos de capital, que deben adaptar BEPS con sentido crítico, en lugar de adoptarlo como un convenio de adhesión. El sector empresarial, sean MNEs o empresas domésticas, no pueden quedarse como meros espectadores de esta época de transición tan importante de la tributación internacional. Sobre todo cuando pagarán su parte de la cuenta de este movimiento y que incluso pueden ver amenazado su reputación, que es el intangible más valioso, a nivel local y global. En contraste, una parte importante de la industria de consultoría fiscal podría no asumir una posición beligerante para confrontar los efectos CEDIT, arrullada por el canto de sirenas de un incremento inédito de su facturación.

Por otro lado, no tengo duda de que de cara al posicionamiento y responsabilidad de la gestión fiscal dentro del organigrama e influencia corporativa, se podrá hablar en el futuro de una era antes de BEPS y otra era después de BEPS, incluyendo una elevación no despreciable de los costos de gestión fiscal. Retomando la moraleja de Rubin descrita en la Introducción, a pesar de la incerteza reinante en esta transición, debemos hacer nuestras mejores adivinanzas educadas con base en las tendencias que se perciben, y debemos actuar. Como me decía sabiamente mi ex superior Carlos Muñoz, Ex Ministro de Hacienda en Costa Rica, “es preferible estar equivocado a estar confuso”. Aunque hay que hacer todo el esfuerzo gerencial y técnico para disminuir el margen de error en la preparación interna ante BEPS, la coyuntura actual no admite confusión, pasividad ni indecisión.

Al final, las empresas que efectivamente fortalezcan su gestión fiscal no solo sobrevivirán los retos de BEPS, sino que también capturarán una importante ventaja competitiva en un mundo de negocios cada vez más integrado fiscalmente, aunque esta integración sea mucho más caótica que armoniosa.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ↘ Antony Ting, ITax – Apple International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue, British Tax Review (BTR), No. 1; en Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors. (2014).
- ↘ Christopher Priest. The Prestige. Tom Doherty Associates, Tor Books. (1997). Disponible en: https://www.goodreads.com/author/quotes/23419.Christopher_Priest. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-690 de 2003.
- ↘ Cumbre de Los Cabos México. Declaración de los Líderes del G-20. Junio 18-19 de 2012. Párrafo 48.
- ↘ Fundación Impuestos y Competitividad. Pablo Chico de la Cámara et. al. *Una propuesta para la implementación de medidas alternativas de solución de conflictos (ADR) en el sistema tributario español con especial referencia al arbitraje*. Editor e Praxis. Marzo 2015.
- ↘ Guillermo O. Teijeiro. BEPS Project at Half Way –Entering the Implementation Stage. Kluwer
- ↘ International Tax Blog. Subido: noviembre 29, 2015.
- ↘ Hans Mooj. *A Permanent Tribunal for Tax Treaty Arbitration*. Estudios de Derecho Tributario,
- ↘ Derecho Aduanero y Comercio Exterior. Febrero 2015. Pág. 411-450.
- ↘ Jacques Malherbe, Carol P. Tello & María Amparo Grau Ruíz. La revolución fiscal de 2014 FATCA, BEPS, OVDP. Editor Mayra Alejandra Luna Gélvez. Instituto Colombiano de Derecho Tributario 1ª. Edición, Bogotá, Legis. (2015).
- ↘ Keith Brockman. *The Brockman Brief: Tax Transparency: Is It a One-Way Street?* | International Tax Review. October 29, 2015.
- ↘ Martín Jiménez Aranzadi & José Manuel Calderón Carrero. *El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿El final, el principio del final o el final del principio?*. Quincena Fiscal Aranzadi 1-2. Enero I-II – 2014. Pág. 87-115.
- ↘ Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. ILADT, 8-13. Noviembre 2015.
- ↘ Michael P. Devereux & John Vella. *Are We Heading towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century?* Oxford University Centre for Business Taxation. November 2014.
- ↘ OCDE. Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Nota Explicativa. Informes Finales 2015. Octubre 2015.
- ↘ OCDE. Resumen Informativo, Informes Finales 2015. Proyecto OCDE/G20 BEPS. 2015.
- ↘ Principles for Responsible Investment (PRI), in Partnership with UNEP Finance Initiative and UN Global Compact. *Engagement Guidance on Corporate Tax Responsibility, Why and how to engage with your investee companies*. 2015.
- ↘ Robert Rubin & Jacob Weinberg. In an Uncertain World: Tough Choices from Wall Street to Washington. Random House Trade Paperbacks. (2004).
- ↘ Yariv Brauner. What the BEPS. 16 Fla. Tax Review 55. 2014. Disponible en: <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/642>