

LA INFORMACIÓN PAÍS POR PAÍS (“COUNTRY-BY-COUNTRY REPORTING”), LA INTERACCIÓN CON EL DERECHO DE LA UE Y SU UTILIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA TRIBUTARIA: ALGUNAS REFLEXIONES¹

por

Adolfo Martín Jiménez
Catedrático de Derecho financiero y tributario
Universidad de Cádiz

1. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades más relevantes, si no la más importante en conexión con las acciones en materia de precios de transferencia (8 a 10), del Plan BEPS es la acción 13², y, en concreto, dentro de ella, la obligación de suministrar por las sociedades matrices de grupos cuya facturación sea, al menos 750 millones de euros, en su Estado de residencia, la información país por país relativa a las jurisdicciones en las que opera, los ingresos y beneficios que en ellas obtiene, las entidades de esa jurisdicción, con información sobre su capital, o los establecimientos permanentes, los empleados, los activos, e impuestos pagados o diferidos en cada una de ellas o la actividad allí desarrollada. Esta información será intercambiada de manera automática con las autoridades fiscales de todas las jurisdicciones en las que actúa el grupo multinacional siempre y cuando exista un cauce jurídico – convenio multilateral o bilateral-- para que tal intercambio se produzca (en adelante, nos referiremos a tal información como “CbCR”, utilizando la abreviatura inglesa). El CbCR tiene una conexión íntima y directa con el resultado de las acciones 8 a 10 del Plan BEPS y la (¿nueva?) concepción del principio de imposición a precios de mercado que de ellas se deriva,³ ya que, en definitiva, está destinado a erigirse en

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet, “El efecto interno y externo del Derecho tributario de la UE”, financiada por la Comisión Europea, de la que somos titular.

² “Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting”, Action 13: Final Report (5 October 2015), París: OCDE.

³ “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”, Action 8-10: Final Reports (5 October 2015), París: OECD. A nuestro juicio, no hay una ruptura abrupta entre ambos modelos, el anterior de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia de 2010 y el derivado de las Acciones 8 a 10 del Plan BEPS que modificarán estas Directrices, si acaso, puede decirse que el modelo derivado de BEPS se decanta por una realidad legal de carácter sustantivo o un modelo más sustancialista que formal, mientras que el anterior admitía con más facilidad las distribuciones de riesgos contractuales dentro de los grupos multinacionales y la atribución de beneficios derivados de intangibles de una manera más formal: vid. Wilkie, S. Transfer Pricing Aspects of “Intangibles,” “The” License Model and “BEPS” – Appearances May Be Deceiving: “You Don’t Do What You Can’t Do”, ‘draft paper’ presentado en Viena en febrero de 2016 (el autor agradece a S. Wilkie la gentileza de haber permitido su lectura en formato borrador, antes de la publicación y cierre del trabajo). Otros autores, sin embargo, se decantan por afirmar que existe un nuevo modelo del *arm’s-length* (principio de imposición a precios de mercado), que supone un cambio radical con respecto al anterior: vid. Wittendorff, J. “BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm’s-Lenght Principle”, *Tax Notes International* January 25, 2016, p. 331 y ss.; o Schön, W. “Transfer Pricing Issues of BEPS in the

la primera indicación o documento de valoración de riesgos de si existe una falta de alineación de la actividad económica real en una jurisdicción con el lugar donde los beneficios se declaran por los grupos de empresas multinacionales. Si tal indicación inicial existe, el CbCR será ‘la pista’ que permita a las Administraciones tributarias comenzar una inspección (o, en su caso, realizar cambios legislativos) que lleven a un resultado –no olvidemos—siempre compatible con los principios derivados de las reformas de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE operados por las Acciones 8 a 10 del Plan BEPS y, en general, con las propias Directrices en su parte no reformada.

La configuración definitiva del CbCR hasta que fue definido por la OCDE presentó, en su génesis, numerosos problemas legales, muchos de los cuales se han resuelto en el contexto de las Acciones 8 a 10 y 13 del Plan BEPS o se resolverán con la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea que regula el CbCR⁴. Otras lagunas y problemas, sin embargo, quedan abiertos y algunos de ellos son los que esta contribución pretende explorar desde dos perspectivas, la conexión del CbCR con el Derecho de la UE y, finalmente, su vínculo directo con la política tributaria de los Estados o sus efectos en relación con los modelos de negocio de los contribuyentes. No pretendemos, en consecuencia, describir el funcionamiento de la obligación de CbCR o qué instrumentos ha desarrollado la OCDE (o la Propuesta de Directiva a este respecto), para lo cual nos remitimos al documento definitivo relativo a la acción 13 del Plan BEPS donde puede encontrarse toda esta información. En la sección 2, no obstante, haremos una breve referencia al marco OCDE de referencia para la definición de esta obligación.

Como es sabido, España ha sido uno de los primeros países en la escena internacional en regular internamente, quizás de una forma un tanto precipitada,

Light of EU Law”, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2015-09, especialmente p. 420, y la literatura allí citada. A nuestro juicio, es cierto que existen diferencias muy relevantes entre la antigua y la nueva configuración del *arm’s-length*, entre ellas quizás la mayor inclinación al ‘profit-split’ para la distribución de los beneficios del grupo entre las diversas jurisdicciones en las que actúa, aunque quizás no tantas como para hablar de un nuevo principio, completamente diferente del anterior y que no tiene cabida en el art. 9 del MC OCDE (nuestra posición, al respecto, está más alineada con la defendida por Wilkie). No obstante, tales diferencias son suficientes como para justificar que el art. 18 LIS debiera adaptarse al nuevo modelo, ya que la remisión a las Directrices en materia de Precios de Transferencia de la OCDE que hace la Exposición de Motivos de la LIS no puede interpretarse más que como a las Directrices existentes en el momento de entrar en vigor la LIS, pero no a los documentos y modelo derivado de las Acciones 8 a 10 de BEPS, que no tiene fácil encaje con el tenor de nuestro art. 18 LIS. De otra forma, los litigios al respecto están asegurados: vid, por ejemplo, la SAN de 10 de julio de 2015, rec. 281/2012, relativa a la atribución de capital libre a los establecimientos permanentes, que se muestra partidaria de una interpretación estática contraria a la posición de la OCDE y la Administración tributaria, esta última introdujo esta exigencia por vía interpretativa en relación con CDIs anteriores o posteriores a 2008, cuando tales exigencias se añaden al MC OCDE, art. 7 sin haberse realizado modificación alguna en nuestra legislación, y esto es precisamente lo que, con acierto en nuestra opinión, cuestiona la AN (vid. los Informes de la OCDE de 2008 y 2010 sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes).

⁴ En este contexto, el día 27 de enero de 2016 se produjo en París la firma por 31 Estados del acuerdo multilateral de intercambio de información del CbCR. Es destacable que no todos los Estados de la UE firmaron tal acuerdo (por ejemplo, faltan Estados como Chipre, Malta, o Hungría).

la obligación de CbCR⁵. Por esta razón, en la sección 3 exploramos los problemas que plantea la regulación unilateral de la obligación de CbCR tomando el Derecho de la UE como piedra de toque para delimitar las dificultades existentes. En la sección 4, se estudiará qué dificultades se superan con la Propuesta de Directiva de la Comisión en esta materia y cuáles no. Veremos cómo, a pesar de que la regulación de la UE contribuye a salvar algunos escollos derivados de la normativa unilateral, tampoco contribuye a superar plenamente los mismos. Por último, se añade una consideración general de política tributaria sobre el uso a dar a la información obtenida, ya sea de matrices o de filiales residentes en España. La principal conclusión que cabe extraer de la reflexión de las páginas que siguen es que el estudio del CbCR en conexión con el Derecho de la UE y los derechos que se atribuyen a los contribuyentes por éste pone de manifiesto que se trata de un caso, sin duda, donde el respeto de los derechos de los contribuyentes se alinea perfectamente con el interés de política tributaria nacional, esto es, donde el desconocimiento de tales derechos puede tener un resultado fatal sobre la política tributaria nacional y, en definitiva, sobre todos los ciudadanos. Al mismo tiempo, y también esta cuestión se explorará en la última sección, las empresas multinacionales afectadas no deben olvidar que el CbCR se convierte en un instrumento fundamental de gestión de riesgos fiscales, y, en consecuencia, debe convertirse en una herramienta de primer orden para ellas, que debe ser empleada de forma proactiva, a la hora de evitar conflictos en las jurisdicciones en las que actúan.

2. LA DEFINICIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE CBCR EN LA ACCIÓN 13 DEL PLAN BEPS

El marco de referencia con respecto al cual cabe interpretar la obligación de CbCR es limitado. Los principios generales de esta obligación se establecen en la revisión al Capítulo V de las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE, al que da nueva redacción la acción 13 del Plan BEPS y la obligación se concreta en el anexo IV y V de este capítulo, ya que ambos anexos contienen, respectivamente, las dos fichas que debe cumplimentar la matriz del grupo multinacional y las instrucciones generales y específicas que deben seguirse para ello, así como el llamado paquete de implementación, con modelos de legislación sobre CbCR y de procedimiento amistoso multilateral o bilateral, ya sea para el caso de Convenios de Doble Imposición o para Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria, para el intercambio automático de tal información.

Si bien pudiera parecer que el nuevo Capítulo V de las Directrices, por su volumen (páginas 29 a 69), regula la problemática del CbCR de manera detallada, lo cierto es que no es así, ya que, por un lado, pretende dejar flexibilidad a las

⁵ Art. 13.1 y 14 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, 'RIS'). La propia Exposición de Motivos del RIS justifica la introducción de esta nueva obligación en la Acción 13 del Plan BEPS y sitúa su base jurídica en la Disposición Final 10^a de la LIS, que habilita para el desarrollo reglamentario, y el art. 93 LGT. Es importante subrayar que la propia Exposición de Motivos aclara que obligación de CbCR es un 'instrumento para evaluar los riesgos en la política de precios de transferencia de un grupo mercantil' y no puede utilizarse, 'en ningún caso', 'para realizar ajustes de precios'.

multinacionales afectadas para su cumplimentación, a fin de no crear cargas excesivas, lo que abre la puerta a diferentes sistemas de ‘reporting’ y cumplimiento de la obligación (‘top-down’, ‘botton-up’), cada uno con sus ventajas y sus inconvenientes⁶, pero, al mismo tiempo, no define muchos conceptos esenciales de los incluidos en las fichas en las que se concreta la obligación (v.gr. conceptos de empleado, de impuesto sobre la renta, capital, beneficio, etc.). La flexibilidad y la posibilidad de dar diversas interpretaciones a los conceptos puede erigirse en un problema importante de carácter práctico a la hora de elaborar las plantillas de CbCR y utilizar el CbCR por las administraciones tributarias. No obstante, la flexibilidad puede entenderse que es una nota esencial de una obligación novedosa, cuyos perfiles se irán definiendo y configurando en años futuros a medida que se tenga más experiencia con ella y a través de los trabajos en distintos foros (OCDE, UE, o puramente nacionales).

3. LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE CBCR Y EL DERECHO DE LA UE

3.1. La potencial incompatibilidad de la obligación de CbCR con el Derecho de la UE

En esta parte del trabajo pretendemos abordar la problemática que la nueva obligación de CbCR presenta desde el punto de vista del Derecho de la UE. La legislación nacional de desarrollo de la obligación de CbCR cae dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, en concreto, de las libertades fundamentales del TFUE y, más específicamente, de la libertad de establecimiento, al afectar de manera significativa a sociedades que realizan su actividad en dos o más Estados miembros de la UE al mismo tiempo⁷. La vertiente extracomunitaria de la obligación, ya que la misma comprende también a sociedades de terceros países controladas no estaría cubierta por el Derecho primario de la UE. La libre circulación de capitales abarca sólo situaciones donde la norma no tenga por finalidad regular relaciones de control societario, como es el caso de la legislación sobre la obligación del CbCR, que afecta a los grupos societarios definidos en términos de control mercantil (en nuestro ordenamiento, en el art. 42 del Código de Comercio). Sin embargo, el hecho de que el control de sociedades de terceros

⁶ En relación con esta cuestión, que no forma parte del objetivo de esta contribución, vid. Brennan, B., “BEPS Country-by-Country Reporting: The Practical Impact for Corporate Tax Departments”, en <http://www.thetaxadviser.com/issues/2015/jun/brennan-june15.html>, “Transparency in reporting financial data by multinational corporations” (2010) Report by a Group Chaired by M. Devereaux, https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Docs/Publications/Reports/transparency-in-reporting-financial-data-by-multinational-corporations-july-2011.pdf; Evers, Meiers, Spengel (2015), “Transparency in financial reporting: Is country-by-country reporting suitable to combat international profit shifting?” ZEW Discussion Papers, No. 14-015, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp14015.pdf>. La última visita de todas las páginas web citadas fué el día 25 de febrero de 2016.

⁷ Con respecto a la interrelación entre las libertades fundamentales del TFUE y los impuestos directos, vid. Martín Jiménez / Calderón Carrero, “La jurisprudencia del TJUE relativa a las libertades fundamentales y derechos de los contribuyentes en el marco de los impuestos directos”, en Carmona Fernández, N. (coord.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Valencia: Ciss, 2015, pp. 931 a 974 y la bibliografía allí citada.

países esté fuera del ámbito del Derecho de la UE no libra a esta obligación del impacto y efectos del Derecho de la UE, ya que, en este tipo de situaciones, la legislación deberá interpretarse, en ambos casos, de conformidad con el Derecho de la UE⁸. Por otra parte, conviene no olvidar que, en función de la naturaleza de las operaciones vinculadas objeto de control, la norma nacional podría también ser revisada desde la perspectiva de la libre circulación de capitales, lo que determinaría que también operaciones extracomunitarias puedan perfectamente caer en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE⁹.

En realidad, al estar pensada para grupos multinacionales, la obligación del CbCR es inherentemente ‘discriminatoria’: se exige en relación con grupos societarios con una facturación de, al menos, 750 millones de euros, que realizan una actividad transnacional, mientras que la misma obligación no resultará exigible en relación con grupos nacionales de igual tamaño, ya que, en este último caso, tributen en régimen de consolidación fiscal o no, la Administración tributaria nacional contará con la información y los poderes suficientes para hacer las investigaciones y comprobaciones oportunas. Podría, quizás, pensarse que la obligación del CbCR sitúa al grupo que realiza una actividad económica en dos o más Estados en la misma posición que al grupo puramente nacional, sin embargo, esto no es así, ya que la obligación formal es adicional a la presentación de declaraciones por IS, e implica una organización adecuada en el seno del grupo, un nexo necesario entre las direcciones financieras, operativas y contables, mientras que los grupos y sociedades nacionales cumplirán con tales obligaciones con la mera presentación de declaraciones del IS o de la documentación o justificación sobre su política de precios de transferencia posteriormente reclamada en el seno de un procedimiento de inspección. Se requiere, en consecuencia, en el grupo multinacional una organización específica para el cumplimiento de la obligación que no se demandará normalmente al grupo empresarial nacional. Lo anterior significa que la obligación del CbCR podría generar un efecto restrictivo o disuasorio que habría que determinar si está o no justificado para que pueda reputarse compatible con el Derecho primario de la UE.

En realidad, no es tan importante el hecho de que la obligación produzca un efecto discriminatorio como que tal efecto sitúa a la misma en la órbita y bajo el campo de aplicación del Derecho de la UE. Como norma vinculada al principio de plena competencia, cabría pensar que no sería excesivamente difícil justificar la obligación de CbCR desde la óptica de las exigencias imperativas admitidas por el TJUE en este tipo de casos, la prevención del fraude fiscal o la limitación del riesgo del mismo, ya sea como exigencia autónoma o conectada con el reparto

⁸ Vid. la STJUE de 18 de junio de 2015, *Kieback*, C-9/14, EU:C:2015:406, y nuestro trabajo, “Situaciones internas y Derecho de la UE: Nuevas Perspectivas sobre la Jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Financiero* n. 163, 2014 (disponible en <http://catedras.uca.es/eu-tax-law-jean-monnet/publicaciones>).

⁹ Vid., por ejemplo, la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013, *Itelcar-Automóveis de Aluquer Lda.*, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629.

equilibrado del poder tributario o el control del fraude fiscal¹⁰. Sin embargo, el amparo o posibilidad de invocar una causa de justificación no es suficiente en sí mismo para salvar a la norma nacional e la incompatibilidad con el Derecho de la UE, ya que una norma discriminatoria que pretenda ser salvada debe respetar:

1. Las exigencias del principio de proporcionalidad,
2. Las exigencias del principio de seguridad jurídica tal y como lo interpreta el TJUE, esto es, la norma tiene que ser clara precisa y previsible en cuanto a sus efectos allí donde pueda tener consecuencias desfavorables para los contribuyentes
3. Los derechos fundamentales tal y como son definidos en la Carta Europea de Derechos fundamentales e interpretados por el TJUE.

En las tres áreas la obligación de CbCR definida en una norma nacional, como la española, puede presentar problemas de compatibilidad con el Derecho de la EU, que explicaremos en la sección siguiente. Incluso allí donde, al menos, formalmente, un Estado optara por definir la norma de manera que cubra a las operaciones internas, podría interpretarse que su legislación también plantea problemas si la finalidad de la misma fuera simplemente evitar de manera formal la incompatibilidad con el Derecho de la UE y materialmente terminara afectando a los grupos empresariales con actividad multinacional.

3.2. Los conflictos potenciales

Los conflictos de una legislación nacional como la española en relación con el Derecho de la UE pueden surgir en torno a tres grandes temas:

- *El alcance de la obligación de CbCR*: Como es sabido, según la jurisprudencia del TJUE, las obligaciones tributarias de carácter amplio impuestas sin indicio de existencia de fraude o abuso pueden no ser proporcionadas, ya que sólo las legislaciones que permitan atacar acuerdos o estructuras ‘completamente artificiales’ parecen estar justificadas. En materia de precios de transferencia, no obstante, el mero riesgo de fraude, en combinación con el reparto equilibrado del poder tributario, podría ser una causa de justificación¹¹. En este sentido, incluso si la normativa nacional sobre CbCR puede ser útil para prevenir el fraude fiscal o la evasión o elusión fiscal, su contenido, como ocurre con la normativa española (directamente derivada de la legislación propuesta por la OCDE en la Acción 13 de BEPS), podría decirse que va más

¹⁰ Vid. a este respecto, especialmente, entre las más recientes, las Sentencias del TJUE (Sala Tercera) de 21 de enero de 2010, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI) / État belge*, C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26; Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 5 de julio de 2012, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) / État belge*, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415; y la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013, *Itelcar-Automóveis de Aluguer Lda.*, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629.

¹¹ Existen dudas sobre si la configuración del arm's-length derivada de las Acciones 8 a 10 es compatible con el Derecho de la UE. Vid., a este respecto, Schon, “Transfer Pricing Issues of BEPS in the Light of EU Law”, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2015-09, A nuestro juicio, el riesgo de incompatibilidad entre el nuevo estándar y el Derecho de la UE podría ser menor que el que este autor anticipa.

allá de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, ya que la información país por país se solicita en relación con Estados con los que no necesariamente existe riesgo de fraude fiscal o incluso en relación con países donde la estructura operativa del grupo puede ser mínima e irrelevante a estos efectos, esto es, sin establecer reglas de materialidad alguna que permitan excluir a ciertas filiales o establecimientos permanentes por su bajo nivel de operaciones. Si, además, la obligación de CbCR puede duplicar otras que puedan existir en una norma nacional, como son las obligaciones de incluir ciertas operaciones vinculadas en la declaración de IS de la sociedad matriz, o la necesidad de responder a ciertos cuestionarios en algunos ordenamientos, la duplicidad de informaciones puede generar una desproporción reprochable en sede de la propia obligación del CbCR.

- *Las sanciones:* Al ser la flexibilidad y la falta de guía sobre conceptos clave una de las notas dominantes de la configuración de la obligación de CbCR, tal y como ha sido diseñada por la OCDE, a menos que la normativa nacional resulte más concreta que ésta --y la española no lo es al asumir la fuerza interpretativa que, para nuestro legislador del IS, según expresa la exposición de motivos de la LIS, tienen las Directrices de la OCDE-- resultará difícil imponer y exigir sanciones en casos de cumplimiento defectuoso de la obligación. Y sin sanciones adecuadas, efectivas y proporcionadas, será difícil que la obligación de CbCR tenga algún significado. A estos efectos, la regulación española plantea ciertos problemas. En primer lugar, el régimen sancionador del art. 18.13 LIS no parece que sea aplicable al incumplimiento de la obligación de CbCR, lo cual nos dejaría con la opción de si, por defecto, el régimen sancionador general de la LGT resultaría adecuado para sancionar el incumplimiento de esta obligación. Teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, el incumplimiento del CbCR podría estar vinculado no tanto a la falta de presentación de la documentación como a la presentación de una información por exceso, imprecisa y equívoca y desorganizada que pueda, o incluso pretenda, confundir a las Administraciones tributarias, cabe cuestionarse si la sanción aplicable en el régimen general es adecuada a este tipo de supuestos¹². Ante la indefinición de los conceptos de las dos plantillas a cumplimentar para cumplir con el CbCR, es muy probable que incluso contribuyentes de buena fe opten por el principio de que más vale más información que menos. Esto por no pensar que, en algunos casos, por los costes de ejecución que la obligación pueda tener, que son, no olvidemos, muy relevantes, comparándolos con la sanción, algunos grupos multinacionales puedan optar por el incumplimiento directo de la obligación de CbCR¹³. En esta línea, debería diferenciarse entre los contribuyentes que

¹² La distinta calidad del CbCR, según la política de los grupos multinacionales, es una realidad fácilmente constatable consultando en internet la información que muchos grupos publican a este respecto en sus respectivas páginas web: dependiendo de la compañía, el CbCR publicado es más fácilmente legible y transmite mejor la realidad del grupo o no y, en algunos casos, incluso puede decirse que genera confusiones por su dificultad de lectura, los datos irrelevantes etc.

¹³ Al parecer, en Australia, algunas matrices de grupos de este país se plantean como opción no elaborar el CbCR ante el relativamente suave régimen sancionador vinculado a la falta de cumplimiento de la obligación y los costes y consecuencias que del cumplimiento de la misma pueden derivarse para las compañías, vid. Hoke, W., "Some Companies in Australia May Choose Penalties over Reporting", *Tax Notes International* January 28, 2016, p. 211-212. Quienes se

hacen el esfuerzo de presentar una información de buena calidad y aquéllos que no lo hacen, aunque la dificultad, en estos casos, puede venir por el hecho de que, en realidad, la buena información puede que ser relevante en el Estado que la recibe (Estado de las filiales), y también en aquél donde se presentó (Estado de la matriz). El cumplimiento preciso y de buena fe debería, sin duda, ser tenido en cuenta a efectos del régimen sancionador de cualquiera de los dos Estados, en especial para eliminar o reducir las sanciones que puedan corresponder si, en definitiva, la información fue útil para detectar la necesidad de realizar el ajuste.

- La indefinición y falta de claridad de las obligaciones de la matriz que debe cumplimentar el CbCR: La flexibilidad, como hemos indicado, es una de las notas distintivas de la elaboración del CbCR, pero la seguridad jurídica demanda acciones adicionales si se pretende aplicar sanciones por incumplimiento o por cumplimiento inexacto. En este sentido, las principales dificultades podrían ser las siguientes:
 - o Hay conceptos y cuestiones fundamentales que no han sido definidos o aclarados y que se beneficiarían de una mayor coordinación, sobre todo, en el ámbito de la UE o incluso global, especialmente si no se quiere atentar contra la seguridad jurídica, que es un valor reforzado en el Derecho primario de la UE (por ejemplo, no se definen términos como ‘empleados’, ‘empleados del establecimiento permanente o la casa central’, empleados desplazados a otras empresas del grupo, los llamados ‘secondments’, impuesto sobre la renta, capital, el sistema de ‘reporting’ que sea más adecuado a la finalidad que se pretende conseguir, qué hacer con las consolidaciones fiscales locales etc.). En contra de lo que pueda parecer, son cuestiones de gran relevancia ya que, por ejemplo, la falta de definición del concepto ‘impuesto sobre la renta’ puede llevar a determinadas sociedades o grupos a incluir dentro de tal terminología los más diversos tipos de tributos, lo cual puede dar una imagen distorsionada de cuál es la carga tributaria soportada en los distintos países y frustrar la propia finalidad del CbCR. Al mismo tiempo, si distintos tributos que terminan reduciendo el beneficio del grupo y gravando la renta no son incluidos como impuestos sobre la renta, puede existir una imagen de doble no imposición / baja tributación en el territorio en cuestión que nuevamente distorsionará la radiografía del grupo multinacional que el CbCR pretende ofrecer. En este contexto, una guía adecuada (como la están desarrollando algunos países) sobre los conceptos y las definiciones sería deseable, sin que la regla subsidiaria de interpretación de los mismos de conformidad con la jurisdicción de la matriz sea de gran ayuda en esta cuestión. En esta línea, la flexibilidad ha llevado a admitir distintos sistemas de ‘reporting’ a fin de ensamblar la información relevante de todo el grupo y permitir a la multinacional ajustarse al sistema más adecuado a su operativa actual

planteen estas opciones deben también considerar el daño reputacional que la falta de cumplimiento de tal obligación puede comportar, aunque la falta de publicación del CbCR o el listado de los incumplidores de la misma puede mitigar el efecto de este problema.

(‘top-down’, ‘bottom-up’). Si bien tal flexibilidad es relevante, no lo es menos que se echa en falta una cierta orientación hacia sistemas que permitan ofrecer una imagen del grupo que resulta útil para la función que pretende cumplir el CbCR, ya que no todos los sistemas son iguales para cumplir con la misma. Probablemente, la mayoría de los grupos operará de buena fe e incluso aprovechará este proceso para poner en marcha sistemas de información y coordinación que antes no tenía y que pueden ser relevantes a la hora de gestionar el propio negocio de la multinacional y no sólo sus declaraciones tributarias en las distintas jurisdicciones. Ahora bien, no es menos cierto que quien no opere con tan buena fe tratará de utilizar el sistema menos claro, que ofrezca más dificultad a la hora de interpretar los datos. De ahí que una orientación o cierto direccionamiento podría ser deseable, como también lo sería que debieran tenerse en cuenta los esfuerzos de quienes presenten informaciones de mejor calidad y más adaptadas al fin que se persigue.

- La falta de una definición precisa de la finalidad del intercambio de información del CbCR y su utilización es un elemento también crucial en términos de contenidos y certeza o incluso de los derechos de los contribuyentes. Así, estos últimos deben preparar una información de CbCR sin saber a ciencia cierta cómo y por quién va a ser usada. A estos efectos, la finalidad general del CbCR, como resulta especificada en la documentación de la OCDE, de valoración de riesgos en precios de transferencia o de comportamientos de desplazamiento y erosión de bases imponibles no dice mucho sobre las implicaciones y usos del CbCR. En esta línea, sería deseable que se definiera o refinara en qué consiste la metodología de valoración de riesgos y se diera una guía común sobre cómo operar (quizás en conexión con el Manual de la ONU en Materia de Precios de Transferencia¹⁴ o delimitando un catálogo de ‘buenas prácticas’).

- Los derechos de los contribuyentes: También en este campo surgen dudas relevantes sin que existan respuestas adecuadas. Las principales dificultades serían las siguientes:

- Si bien el derecho a la protección de datos personales tiene perfiles eminentemente individuales (personas físicas) y cubre de forma limitada a las personas jurídicas¹⁵, pueden plantearse cuestiones

¹⁴ UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, New York: UN, 2013, especialmente el capítulo 8, sobre “Audits and Risk Assessment”.

¹⁵ Vid. la STJUE de 1 de octubre de 2015, *Smaranda Bara*, C-201/14 ECLI:EU:C:2015:638, sobre el intercambio de datos personales entre la Administración tributaria y la Seguridad Social, o la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Schrems*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, que, aunque no referida a cuestiones estrictamente tributarias, se refiere al intercambio de datos personales con EE.UU. y concluye que que la legislación de EE.UU. no cumplía con los estándares de protección de datos europeos, por lo que podían limitarse las transmisiones de datos a EE.UU. Esta última conclusión, evidentemente, puede suponer limitaciones también al intercambio de datos tributarios de personas físicas con países que no cumplan los estándares europeos de protección de datos personales derivados de la Directiva de la UE en esta materia (al margen de que con EE.UU. ya se hayan alcanzado acuerdos en este sentido).

relativas a las personas jurídicas también en esta esfera y en relación con el CbCR que sean relevantes¹⁶. Así, por ejemplo, surgen dudas que no tienen, en el momento presente respuesta en los Estados donde, como España, su normativa nacional ha regulado el CbCR: ¿deben los contribuyentes tener reconocido el derecho a conocer el número de países a los que se notifica la información por la vía del intercambio automático? ¿deben los contribuyentes tener el derecho a solicitar la limitación u oponerse al intercambio automático de información con determinados países (por ejemplo, que incumplan las condiciones de los acuerdos de la OCDE o que hagan un uso indebido de la información recibida); ¿tiene sentido que los datos del CbCR se intercambien a todos los países cuando, por ejemplo, un determinado país receptor puede no tener interés en determinadas líneas del negocio pero sí en otras? Al mismo tiempo, si el flujo de información automática se corta con algún país, el contribuyente (matriz) debería conocerlo, ya que, esto puede tener consecuencias muy relevantes, por ejemplo, si tal país con el que se corta la información regula la obligación de las filiales de presentar, en ese caso, el CbCR¹⁷. Desde la perspectiva del Estado de la filial, la única forma de conocer para ella si tiene obligación de presentar el CbCR por incumplimiento del país donde reside la matriz de sus obligaciones de intercambio de información es que o bien este dato se notifique a la matriz o bien se notifique a la filial o a ambas¹⁸.

- Desde la perspectiva de las valoraciones de riesgos que realicen las Administraciones receptoras del CbCR surge también la duda de si se debe notificar al contribuyente, y éste debe tener la posibilidad de pronunciarse (derecho de audiencia), con respecto al resultado de los análisis de riesgos que haga la Administración tributaria en cuestión. Sin duda, se trata de una opción deseable para evitar trabajo innecesario a ambas partes, Administración y contribuyente, mediante la apertura de comprobaciones e inspecciones que se puedan evitar. Se plantea también la incógnita de si los análisis de riesgos pueden o deben ser compartidos, con carácter previo a las inspecciones, con otras administraciones, especialmente allí donde los ajustes primarios por una de ellas puedan llevar a ajustes correlativos en otras jurisdicciones. Sin duda, son casos donde se favorecería la realización de inspecciones simultáneas o, mejor todavía, conjuntas (aunque, como indicamos más abajo, éstas se encuentran aún en una fase embrionaria en el ámbito de los precios de transferencia)
- La publicación del CbCR que demandan algunas organizaciones no gubernamentales tiene también una relevancia fundamental en

¹⁶ Vid, por ejemplo, a este respecto, Van der Soot, B., “Do privacy and data protection rules apply to legal persons and should they? A proposal for a two-tiered system”, *Computer & Security Review* vol. 31, Issue 1, Febrero de 2015, pp. 26-45.

¹⁷ Tal obligación se encuentra regulada por España, por ejemplo, en el art. 13.1, párra. 2, del RIS.

¹⁸ Recuérdate que, por ejemplo, una de las causas que desencadena la obligación de la filial de presentar la documentación del CbCR en su Estado de residencia, sustituyendo, en consecuencia, a la matriz, es que, existiendo un acuerdo de intercambio de información, se produzca un incumplimiento sistemático del mismo que haya sido notificado a la filial o establecimiento permanente en territorio español, vid. el art. 13.1.d) RIS.

relación con la protección del contribuyente, especialmente si información heterogénea (la flexibilidad lleva a que muchas veces los resultados de los CbCR de distintos grupos no sean comparables) es utilizada a efectos de comparación entre distintas multinacionales, ya que puede someter a juicios morales a los grupos sin que existan realmente reproches jurídicos contra ellos, con el consiguiente daño en términos de imagen y económico. Ni la legislación española ni el compromiso en la OCDE prevén esta publicación, sin embargo, la cuestión, como apuntaremos, no está tan clara en el ámbito de la UE. Obviamente, si el grupo empresarial, por su propia iniciativa, decide publicar los datos sobre CbCR, tal opción debe ser respetada, lo cual es distinto a obligar a la publicación de estos datos.

- La regla secundaria (‘matriz subrogada’) que traslada la obligación de presentación del CbCR a las filiales o EPs cuando no exista obligación de CbCR en el país de la matriz o la información no se intercambie con el país de la filial, que recoge la OCDE y de la que se ha hecho eco la legislación española (art. 18.1., párra. 2 del RIS) es especialmente problemática y puede resultar desproporcionada en un buen número de casos. En primer lugar, la realización de operaciones de escasa relevancia en España por una filial o establecimiento permanente de un grupo, por ejemplo, de fuera de la UE podría generar la obligación de tal filial o establecimiento permanente de presentar el CbCR en España. Es perfectamente posible, además, que tal filial o establecimiento permanente no pueda tener acceso a los datos mundiales del grupo empresarial, por lo que la obligación podría ser de imposible cumplimiento y difícilmente sancionable su falta de atención. Puede también ocurrir que la obligación se multiplique en varios Estados para las filiales o EPs allí ubicados ya que, si bien los materiales de la OCDE prevén una ‘tie-breaker rule’ en estos casos, la misma puede no ser efectiva siempre o las legislaciones de los Estados, como es el caso de la española (art. 13 y 14 RIS) pueden no contener norma alguna a este respecto.
- Las cuestiones lingüísticas no deben tampoco ser menospreciadas, ya que normalmente la Administración tributaria del Estado de la matriz tenderá a solicitar que el CbCR se presente en el idioma oficial en ese Estado. Para la matriz del grupo multinacional, debería ser posible presentar la información, incluso si la misma no es muy detallada, en inglés a fin de facilitar su utilización por las distintas Administraciones tributarias y evitar costes innecesarios de traducción para éstas o los contribuyentes.

4. LA REGULACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEL CBCR POR MEDIO DE UNA DIRECTIVA DE LA UE

4.1. Aspectos generales

El pasado 28 de enero de 2016, la Comisión Europea, como una parte de su Paquete Anti-evasión Fiscal, presentó una propuesta de Directiva que modifica la

Directiva 2011/16/UE, y que regula el CbCR. El contenido de esta propuesta se adapta a la Acción 13 del Plan BEPS de la OCDE y al compromiso alcanzado en el seno de la OCDE, con alguna modificación de matiz para tener en cuenta que se trata de una legislación de la UE y de carácter multilateral (por ejemplo, la previsión de regulación de sanciones ‘eficaces, proporcionadas y disuasorias’ del nuevo art. 25 bis de la Directiva 2011/16/UE, vinculadas al incumplimiento del CbCR). De hecho, el informe final sobre la Acción 13 BEPS se convierte en un elemento a emplear como ‘fuente de ilustración o interpretación de la Directiva’, según indica el considerando 15 de la Propuesta presentada por la Comisión.

Quizás lo primero que destaca en esta propuesta, que será sometida a la consideración del ECOFIN en fechas próximas, sea que llama la atención que la UE trate de legislar sobre el CbCR mientras que otros Estados muy relevantes ni siquiera han firmado el acuerdo multilateral de la OCDE a este respecto ratificado en París el 27 de enero de 2016. Tal es el caso, por ejemplo, de EE.UU., China, India, o Canadá¹⁹ o incluso de algunos países de la UE como, por ejemplo, Chipre, Malta, Hungría. Muy probablemente, la propuesta de la Comisión está vinculada con la necesidad de dotar a la UE de un enfoque coordinado, para lo cual podría ser óptima una legislación de la UE en la materia que supere las dificultades de la legislación nacional unilateral.

A priori, visto el acuerdo global sobre el CbCR, la propuesta de Directiva se debería aprobar en un plazo relativamente breve, de manera que también garantice la aplicación en las mismas fechas y ejercicios del CbCR en toda la UE (ejercicio 2016 con los primeros intercambios en 2017). No obstante, no está tan claro que todos los Estados vayan a estar de acuerdo de forma tan inmediata sobre esta propuesta, especialmente si la Comisión sigue en su empeño de hacer pública la información del CbCR, ya que esta publicidad implicaría una ruptura del consenso alcanzado con el acuerdo multilateral de la OCDE podría provocar que otros Estados firmantes del mismo, o que pretendan alcanzar compromisos bilaterales no intercambiaran información sobre el CbCR con la UE. La actual propuesta de Directiva no contempla la publicación del CbCR, no obstante, no es una opción descartada por la Comisión como demuestra la consulta pública a este respecto del verano de 2015, cuyos resultados acaban de ser publicados.²⁰

4.2. Ventajas y dificultades de la regulación del CbCR en una norma de la UE

No cabe duda de que la regulación de la obligación sobre el CbCR contribuye a superar algunas dificultades que la legislación nacional sobre esta obligación produce. Así, por ejemplo, y en primer lugar, la obligación se aplicará en toda la UE con relación al mismo ejercicio fiscal (1 de enero de 2016, con los primeros

¹⁹ Vid. <http://www.oecd.org/tax/a-boost-to-transparency-in-international-tax-matters-31-countries-sign-tax-co-operation-agreement.htm> (visitada por última vez el día 25 de febrero de 2016)

²⁰ Vid. por ejemplo, el documento de consulta preparado por la propia Comisión a estos efectos: http://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/further-corporate-tax-transparency/docs/consultation-document_en.pdf (visitada el día 25 de febrero de 2016). Las respuestas a esta consulta pueden encontrarse en el documento de la Comisión de 20 de enero de 2016, FISMA/B3, en http://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/further-corporate-tax-transparency/docs/summary-of-responses_en.pdf

intercambios en 2017²¹), evitando los problemas de ‘distintas velocidades’ (años diferentes) entre países de la UE a la hora de desarrollar y aplicar esta legislación. En segundo lugar, se regula una regla secundaria relativa a las matrices subrogadas con una ‘tie-breaker rule’ que elimina el problema de la obligación de presentar la misma información al mismo tiempo en dos o más Estados de la UE cuando el flujo de información se corte o no exista con el Estado de residencia de la matriz última. Es más, si, como algunos Estados parecen reclamar, se elimina o reduce el ámbito de aplicación de la condición de sociedad matriz subrogada, la Directiva podría corregir algunos los excesos y problemas que plantean legislaciones como la española, según se ha comentado. Igualmente, está prevista la regulación de un régimen lingüístico uniforme, que debe adoptar la Comisión antes del 31 de diciembre de 2016, y se regula un formato y medio de transmisión uniforme de la documentación intercambiable.

No obstante, muchos de los problemas de Derecho de la UE que planteaban las legislaciones nacionales subsistirán una vez aprobada la Directiva. En primer lugar, como es sabido, una Directiva no puede convalidar obligaciones contrarias a las libertades del TFUE aunque también en este ámbito el TJUE ha admitido que las Directivas contengan cláusulas restrictivas de las mismas si pueden estar amparadas por exigencias imperativas de interés general. En este caso, el carácter inherentemente discriminatorio de la obligación de CbCR podría quedar justificado por las mismas exigencias imperativas que una legislación nacional sobre esta obligación siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, cuestión que genera algunas dificultades según se ha expuesto más arriba²².

En segundo lugar, por el mero hecho de estar ante una norma de la UE no se superarán muchos de los problemas apuntados más arriba y las fricciones que se pueden producir con los principios de seguridad jurídica o los derechos de los contribuyentes, tal y como se derivan de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que deben necesariamente ser respetados en el contexto de la norma de la UE y su aplicación. En este sentido, la ocupación por parte de la norma de la UE del espacio de la norma nacional en materia de CbCR tiene dos consecuencias que son fundamentales: (1) permitirá a la Comisión y, en su caso, si procediera, al Foro Conjunto de la UE en materia de Precios de Transferencia actuar en relación con las disfunciones que se detecten en el cumplimiento de esta obligación, eliminando incertidumbres y problemas prácticos que se planteen con una vocación paneuropea y (2) someterá cualquier litigio en relación con la interpretación de la obligación de CbCR y sus condicionantes a la jurisdicción del TJUE. Ninguno de los dos aspectos pueden considerarse, ni mucho menos,

²¹ En concreto, en el plazo de 15 meses después del último día del ejercicio fiscal del grupo de empresas multinacionales al que se refiere el informe país por país. Vid. el art. 8 bis bis, para. 4 de la Directiva 2011/16, según se deriva de la Propuesta de Directiva sobre CbCR. La Propuesta de Directiva, art. 2, prevé su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE y la aplicación de sus disposiciones desde el 1 de enero de 2015. En definitiva, parece claro que la norma tendrá un efecto retroactivo, especialmente en los países que no preveían una obligación de este tipo en relación con el ejercicio 2016, lo cual puede plantear algunas dificultades en términos del principio de seguridad jurídica.

²² Vid., a este respecto, en relación con normas discriminatorias en la Directiva 77/388/CEE y 2006/112/CE, en materia del IVA, y su justificación, la STJUE (Gran Sala) de 26 de octubre de 2010, *Schmelz*, C-97/09, ECLI:EU:C:2010:632.

irrelevantes, sobre todo habida cuenta de la importancia creciente de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y principios como el de seguridad jurídica en relación con asuntos de naturaleza tributaria en la jurisprudencia del TJUE. Por ejemplo, todo el régimen sancionador vinculado al incumplimiento de esta obligación quedaría, se mantenga o no en la versión final de la Directiva la disposición relativa a las sanciones, bajo el control del TJUE²³. Lo mismo ocurrirá con los derechos que los contribuyentes aleguen en relación con esta obligación de CbCR. Y también se desplaza hacia la Comisión, o, en su caso, sus órganos asesores, como el Foro Europeo de Precios de Transferencia, la obligación de elaborar guías interpretativas que resuelvan los problemas prácticos que se puedan plantear a los contribuyentes, con la ventaja del carácter paneuropeo de las mismas y el impacto que podrían tener sobre países terceros, que pueden tenerlas en cuenta a efectos de su legislación interna.

En esta línea, la introducción a escala de la UE de la obligación de CbCR puede reforzar la necesidad de desarrollar valoraciones de riesgos e inspecciones conjuntas entre las distintas administraciones tributarias, sobre las que existe ya alguna experiencia interesante en algunos Estados miembros, pero que todavía presentan numerosos obstáculos legales y operativos, a pesar de sus indudables ventajas para reducir los conflictos en materia de precios de transferencia que terminen en procedimientos amistosos o arbitrales entre distintas autoridades tributarias²⁴. De hecho, el estudio de las ventajas de este tipo de actuaciones e inspecciones conjuntas forma parte del programa de trabajo del Foro Conjunto de la UE en materia de Precios de Transferencia para el período 2015-2019²⁵.

La Directiva y acción de la UE, por otra parte, contribuyen a generar otro instrumento de intercambio de información automática del CbCR a añadir a los ya existentes, como son el procedimiento amistoso multilateral de la OCDE y los acuerdos bilaterales que a estos efectos firman los distintos Estados. No obstante, a nuestro juicio, lejos de ser un factor de complicación, comporta ventajas indudables que todos los Estados de la UE apliquen la misma normativa y desarrollen de forma conjunta los principios de ejecución de la misma.

5. LA REGULACIÓN DEL CBCR Y SU UTILIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN DE RIESGOS Y DE POLÍTICA TRIBUTARIA

²³ STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, o la *Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, Taricco et al., C-105/14* ECLI:EU:C:2015:555.

²⁴ Sobre esta experiencia, vid. Van der Hel-Van Dirk, E., "Joint Audits: Next Level of Cooperation between Germany and the Netherlands?", *Intertax* vol. 43, Issue 8 & 9, p. 495 y ss.

²⁵ EU Joint Transfer Pricing Forum Program of Work 2015-2019 ("Tools for the rules"), DOC: JTPF/005/FINAL/2015/EN, agosto de 2015, disponible en http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/jtpf0052015programmeofwork.pdf.

A pesar de que pueda parecer que se trata de temas sin conexión, a nuestro juicio existe una vinculación directa entre los derechos del contribuyente derivados de la normativa de la UE, la cumplimentación de la obligación de CbCR por los contribuyentes y la utilización de este instrumento por las Administraciones tributarias como una herramienta de política tributaria.

Desde la perspectiva de los grupos multinacionales, la introducción del CbCR (ya sea a escala nacional, en la normativa española, o de la UE) debe motivar reflexiones importantes sobre su cadena de valor, su política de precios de transferencia y la documentación relativa al mismo. El CbCR no debe concebirse de una manera aislada o como una mera obligación formal más a añadir al catálogo de las ya existentes. Desde la perspectiva de la política de precios de transferencia, el CbCR debe estar coordinado con la documentación global del grupo (masterfile) y la local, ya que, en definitiva, si estos últimos documentos no son capaces de explicar la información del CbCR el grupo puede tener un problema importante, esto es, tanto la documentación del grupo como la documentación del contribuyente deben estar interconectados de manera directa con el CbCR. Repárese que, a estos efectos, se pueden producir disfunciones en atención a si el Estado de la matriz sigue un modelo alineado con las Directrices de Precios de Transferencia que proponen las Acciones 8 a 10 del Plan BEPS (con su posición peculiar sobre delineación de las operaciones, riesgos e intangibles, entre otras cuestiones) o, por el contrario, la regulación nacional está más vinculada con el modelo anterior correspondiente a las Directrices de 2010, aunque la orientación de la documentación hacia el modelo más sustancialista derivado de las Acciones 8 a 10 BEPS puede ser bienvenida en la mayoría de las jurisdicciones. Conviene al mismo tiempo que los contribuyentes, en el cumplimiento de las obligaciones y los eventuales litigios que puedan surgir no olviden los derechos que la normativa de la UE les confiere, ya que pueden ser cruciales en las distintas controversias y procedimientos que se inicien contra ellos.

Desde la perspectiva de las Administraciones tributarias, el CbCR se ha convertido en un instrumento más de política tributaria dotado de una enorme fuerza. Así, por ejemplo, EE.UU. ha decidido no firmar el acuerdo multilateral de la OCDE para negociar la transmisión automática del CbCR sobre una base bilateral, de manera similar a los acuerdos FATCA, relativos al intercambio automático de información financiera que afecta a las personas físicas. Oficialmente, de esta forma, EE.UU. controlará bilateralmente a qué países se transmite una información que es muy sensible para sus multinacionales y si estos países cumplen con las exigencias del consenso internacional alcanzado en el seno de la OCDE. Según las declaraciones de R. Stark (US Treasury deputy assistant secretary, international affairs), los EE.UU. llegarán a acuerdos con Estados que hayan adoptado también la obligación de CbCR que tengan las salvaguardias adecuadas y la infraestructura para gestionar la información recibida y, en relación con los cuáles los EE.UU. tengan acuerdos de intercambio de información o CDIs en vigor²⁶. Tal movimiento pretende evitar la obligación de intercambiar información con todos los Estados que se presumirá van a firmar el acuerdo multilateral en esta materia de la OCDE,

²⁶ Vid. Soong Johnston, S. "US Not Among Signatories on CbC Reports", *Tax Notes International* February 1, 2016, p. 397.

ya que deja en manos de EE.UU. los Estados que tendrán acceso al CbCR de los grupos multinacionales cuya matriz esté ubicada en este país. Este movimiento busca la protección de las matrices y grupos de EE.UU. y, al mismo tiempo, genera una baza negociadora para la Administración de EE.UU. en relación con países que quieran tener acceso a la información del CbCR de los grupos estadounidenses.

Al margen de que la situación de EE.UU. fuera del consenso internacional forjado en la OCDE con la finalidad de proteger estrictamente su interés nacional pueda resultar criticable, lo cierto es que la Administración española debiera comportarse de una forma proactiva y tomar buena nota de este movimiento en una triple dirección. En un primer lugar, la monitorización del uso del CbCR por otros países en relación con multinacionales españolas debería realizarse de una manera estricta y denunciarse inmediatamente los usos sesgados o situados fuera del consenso internacional a fin de proteger a las empresas españolas, en línea con lo que está haciendo EE.UU., pero sin situarse fuera del consenso internacional. Debieran establecerse cauces colaborativos con las multinacionales españolas a estos efectos y que éstas pudieran hacer llegar de forma sencilla y ágil a la Administración sus experiencias y dificultades al respecto²⁷. En segundo lugar, el uso por la Administración española de la información que se reciba de las matrices españolas debiera ser moderado, no convertirse en un instrumento para iniciar inspecciones agresivas contra los grupos empresariales españoles, ya que, si esto es así, las deslocalizaciones de matrices españolas hacia jurisdicciones menos agresivas podría convertirse en una tendencia. En tercer lugar, el establecimiento de cauces cooperativos y las buenas prácticas en el uso del CbCR deben extenderse obviamente también a las filiales de grupos extranjeros, no sólo para evitar discriminaciones prohibidas por el Derecho de la UE, sino como herramienta de promoción y protección de la inversión en España. La proactividad y moderación en la gestión de esta obligación puede ser enormemente importante en términos de política tributaria y económica en general. Y es aquí donde se produce la conexión entre los derechos y principios que se derivan del Derecho de la UE y la que podría ser la deseable actitud de una Administración tributaria proactiva: a mayor cautela y cuidado en el respeto de esos derechos y principios derivados del Derecho de la UE, mejor ambiente y mayor cooperación puede lograrse con los grupos multinacionales, nacionales e internacionales, y, en definitiva, mayor seguridad jurídica y más inversión se conseguirá, sin obviamente renunciar a recaudar lo que se estime que es justo de los grupos empresariales afectados. Tal debiera ser la meta de las instituciones de la UE en la regulación y desarrollo del CbCR, pero conviene no olvidar que las directivas de la UE dejan a los Estados miembros un margen de ejecución que debería aprovecharse por la Administración española si finalmente la propuesta de Directiva sobre CbCR se aprobara. Se trata sin duda de un caso donde los derechos de los contribuyentes, los principios que la norma debe respetar y los intereses de política tributaria de las Administraciones están (o deberían estar) alineados.

6. CONCLUSIÓN FINAL

²⁷ Acerca de la relación cooperativa y las tendencias internacionales en la materia, vid. Calderón Carrero, J.M., y Quintas Seara, A., *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*, Cizur Menor: Thomson Reuters Cívitas, 2015.

A primera vista, el CbCR puede parecer una obligación escasamente trascendente. Sin embargo, los obstáculos y dificultades prácticas que plantea, sus implicaciones legales y de política empresarial o tributaria para los grupos multinacionales y administraciones tributarias representan auténticos desafíos. La presente contribución ha pretendido esbozar sólo alguno de los aspectos problemáticos, centrándonos en el Derecho de la UE y conectando el mismo con la obligación recién nacida y el margen de maniobra que la Administración y el Legislador tienen en la definición y aplicación de la política tributaria. Como hemos puesto de manifiesto, la conexión entre los valores, derechos y principios del Derecho de la UE y la utilización del CbCR como instrumento de política tributaria es muy estrecha y debe ponderarse cuidadosamente por las Administraciones nacionales y por las instituciones de la UE. Y, en este sentido, es mucho el recorrido que queda hasta que la obligación consiga asentarse y bastante el trabajo para las empresas multinacionales y las Administraciones hasta que se logre crear un cuerpo normativo que regule con precisión esta obligación de información país por país (repárese que la entrada en vigor de la Directiva sobre el CbCR puede determinar la modificación de una legislación que se aprobó hace escasamente unos meses). En definitiva, esta medida estrella del Plan BEPS nos da un ejemplo de los tiempos que se avecinan en la era, no tanto post-BEPS, sino de aplicación de BEPS y descubrimiento y 'delineación' de sus consecuencias. Son tiempos de cambios, de potenciales conflictos entre las Administraciones y los contribuyentes y de una cierta inseguridad o incertidumbre que sólo la experiencia con las nuevas reglas internacionales y el tiempo pueden contribuir a disipar. Curiosamente, en este recorrido los derechos de los contribuyentes y los intereses de política tributaria nacionales o de la UE pueden estar más alineados de lo que parece, y éste es un aspecto que deberían tener muy en cuenta, en el camino que queda por recorrer, las Administraciones tributarias de los Estados miembros de la UE, entre ellas, muy singularmente la española.

Addenda

En la fase de corrección de pruebas de este trabajo se conoce ya que en el ECOFIN de 8 de marzo de 2016, el Consejo de la UE acordó su posición sobre la propuesta de Directiva de *información país por país* ("*Country-by-Country Reporting*"), que reformará la Directiva 2011/16/UE, y fue presentada por la Comisión en enero de 2016, aunque la aprobación final del texto de la misma dependerá de la consulta que el Reino Unido haga a su Parlamento y del cumplimiento del trámite de consulta al Parlamento Europeo.

El acuerdo también pospone la eficacia temporal de la obligación como matriz subrogada de las filiales en la UE de matrices cuyos países no apliquen la obligación del CbCR en 2016. El efecto de esta obligación se retrasa a 2017, de forma que se permita a las filiales en la UE de matrices de países, como, por ejemplo, EE.UU., no tener que presentar el CbCR en la UE en el ejercicio 2016 (aunque lo podrán hacer de forma voluntaria) por el hecho de que sus países de origen se hayan retrasado un año en la regulación y aplicación de la obligación de CbCR. Algunos países, como Alemania, se oponían a la regulación de la condición de matriz subrogada, pero finalmente se ha alcanzado el acuerdo de posponer su aplicación efectiva, lo que hará que su aplicación

no sea tan frecuente.

Según parece²⁸, en esa fecha también se acordó que la publicación del CbCR podría ser mucho más limitada de lo que inicialmente se preveía, de manera que sólo determinadas categorías de datos podrían ser objeto de publicación. En este sentido, tanto Alemania como Malta, o incluso Holanda, se opondrían a la publicación completa de la información que compartirán las Administraciones tributarias.

El 12 de abril de 2016 la Comisión (http://ec.europa.eu/finance/company-reporting/country-by-country-reporting/index_en.htm#cocr-tax) presentó la propuesta de Directiva que pretende hacer pública la información país por país (“CbCR”) de ciertos grupos societarios. Esta propuesta, aunque conectada con el CbCR derivado de la acción 13 de BEPS y la propuesta de Directiva que reformará la Directiva 2011/16/UE, tiene singularidades propias, ya que genera una obligación de publicación de la documentación país por país distinta a la regulada en la citada acción 13. Las principales características de esta obligación ‘diferenciada’ de CbCR son las siguientes:

- Se regula como reforma de la Directiva 2013/34/EU y toma como base jurídica el art. 50.1 TFUE, por lo que la Comisión pretende aplicar el procedimiento legislativo ordinario y no la regla de la unanimidad propia de las normas de la UE en materia tributaria. Con ello, se pretende probablemente evitar la oposición de algunos Estados miembros a la publicación del CbCR.
- La obligación de publicación no sólo afecta a los grupos multinacionales con su matriz última en la UE y con una facturación mundial superior a los 750 millones de euros, sino también a entidades nacionales que alcancen el citado umbral y, lo que es más relevante, a filiales (o sucursales y establecimientos permanentes) de grupos extracomunitarios con tal facturación cuando en el país de la matriz última no se publique el CbCR.
- El contenido del CbCR que regula esta propuesta es singular con respecto al derivado de la acción 13 de la OCDE y de la propuesta de Directiva que reformará la Directiva 2011/16/UE, ya que, por un lado, se requiere menos información que en esta última y, por otro, la información se requiere desagregada sólo para países de la UE. En relación con el resto del mundo la información se presentará de forma conjunta. Esta última regla tiene una excepción, la información se presentará de manera separada para jurisdicciones que se entienda que no cumplen con los estándares de buena gobernanza en materia de fiscalidad y presentan problemas específicos. La Comisión elaborará tal lista (‘negra’) de acuerdo con los criterios de la propuesta presentada: transparencia e intercambio de información (automática y previo requerimiento), competencia fiscal justa, estándares que establezca el G-20 y la OCDE y otros estándares relevantes, incluyendo los establecidos por FATF en materia de blanqueo de capitales.
- El CbCR se publicará en la página web de las sociedades que tienen la obligación y en un registro creado a estos efectos. Los auditores se encargarán de verificar el cumplimiento de esta obligación y los incumplimientos serán sancionables.

²⁸ “EU to require country-by-country tax reporting, limited public release of data likely”, en <http://mnetax.com>

No está claro que esta propuesta sea finalmente aprobada por el Consejo de la UE y es posible que incluso la propia elección de la base jurídica, que lleva a la regla de la mayoría cualificada y pretende vencer la oposición de algunos Estados a la publicación del CbCR, sea objeto de recurso ante el TJUE. También genera dudas si la regulación de una obligación separada de CbCR, distinta de la prevista en la acción 13 de BEPS, evita problemas con los Estados (v.gr. EE.UU.) que han manifestado que la publicación del CbCR equivaldría a una ruptura del consenso alcanzado en el seno de la OCDE y bloquearía el intercambio automático del CbCR conectado con la Acción 13 de BEPS. La fecha de aplicación de la Directiva dependerá del momento de su entrada en vigor.