





# **LA CREACIÓN DE VALOR**

**La Cadena de Valor Global  
La Renta de Erosión Fiscal. La Renta Digital**

**VALUE CREATION**

**The Global Value Chain. Erosion of Tax Rent. Digital Rent**



# **LA CREACIÓN DE VALOR**

**La Cadena de Valor Global  
La Renta de Erosión Fiscal. La Renta Digital**

**VALUE CREATION  
The Global Value Chain. Erosion of Tax Rent.  
Digital Rent**

**Tulio Rosembuj**



[www.elfisco.com](http://www.elfisco.com)

Primera edición, 2020

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *Copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella, mediante alquiler o préstamos públicos.

© **Tulio Rosembuj**

© **Editorial el Fisco. TSteed SL.**

Valls i Taberner, 14, ático 2<sup>a</sup>

08006 Barcelona

[www.elfisco.com](http://www.elfisco.com)

Correcciones: Montse Planas y Guillem Sanz

ISBN: 978-84-944098-5-1

Impreso por: Gràfiques Rey, S.L.

## **ABSTRACT**

There are new concepts which mean it isn't close, but open, like a work-in-progress. That is the case for the global value chain from an everyday management instrument to a general explanation about the MNEs in the world. The interest is double for taxation, because, on one side, it is an in-depth description of the multinational as a unique and unitary organization. On the other hand, it is the specific evidence to deny all the usefulness for the at arm's length principle. The proof that the independent enterprises are no comparable in any way to the structure, function, purposes, and elements of the VGC. Taxation was disregarded, with few exceptions, for the doctrine VGC, which was a big mistake. The value creation depends mainly on the erosion of tax rent. At least, concerning the global value chain is the most important profile of the excess profits they obtain.

Digitalization is a new challenge. The value creation and capture of actual value derive from the use of personal data. The digital person is the mine of the digital platforms. It is well known the criticism against the digital concentration power, the dependence they create on users and complementors, and the killer acquisitions and disproportionate profits they obtain. The public choice needs antitrust regulation and taxation. Digital tax immunity must change. And this is done through reform on Corporate Tax, breaking the tax book gap, the institution of a Digital Services Tax, or/and the Bit Tax.



*Decía, proféticamente, **Jean Savatier** que no solo se trata del valor de los intangibles, sino que, en algún momento, el valor será un bien inmaterial en sí mismo.*



# ÍNDICE

---

<b>PRÓLOGO</b> .....	17
----------------------	----

---

## **PRIMERA PARTE. LA CADENA DE VALOR GLOBAL.**

<b>CAPÍTULO I.</b> ....	25
-------------------------	----

---

1. La creación de valor .....	25
2. La cadena de valor .....	28
3. Elementos de la Cadena de Valor Global .....	34
4. Las rentas económicas .....	38
5. La gobernanza .....	43
6. <i>Embeddedness. Disembeddness</i> en el espacio territorial. La razón fiscal .....	48
7. La ley. <i>Stateless Income. Homeless Income</i> .....	53
8. El Código del Capital. La Tesis de <i>K. Pistor</i> .....	59
Conclusión .....	61

---

<b>CAPÍTULO II.</b> ....	63
--------------------------	----

---

9. El ecosistema de la plataforma. Desde la plataforma singular hasta la <i>cloud</i> .....	63
10. La lógica de la arquitectura .....	70
11. La economía de la plataforma digital .....	72
12. <i>Two-way or Multi-Sided Platforms</i> .....	75
13. La apropiación de la cocreación de valor. Usuarios y Complementadores .....	78
14. La CVG y la plataforma digital .....	86
15. La plataformatización .....	89

---

16. La migración de la plataforma sobre la economía convencional .....	91
17. La plataforma digital .....	94
Conclusión .....	100

---

### **CAPÍTULO III.** .... 103

---

18. Elementos de la CVG digital .....	103
19. Las rentas económicas .....	106
20. La gobernanza .....	108
21. <i>Embeddedness</i> digital .....	114
22. La superley algorítmica .....	116
Conclusión .....	125

---

### **CAPÍTULO IV.** .... 127

---

23. La competencia virtual .....	128
24. <i>Pricing Algorithms</i> .....	132
25. <i>Furman Report. Unlocking digital competition.</i> <i>United Kingdom</i> .....	138
26. <i>Vestager Report. Competition policy for the digital era.</i> <i>European Commission</i> .....	146
27. <i>Scott Morton Report. Stigler Center Report Committee</i> <i>for the Study of Digital Platforms Market Structure and</i> <i>Antitrust Subcommittee</i> .....	153
Conclusión .....	158

---

### **CAPÍTULO V.** .... 159

---

28. Autocorrección, regulación antimonopólica y/o impuesto .....	159
29. Autocorrección .....	160

30. Regulación antimonopólica.....	168
31. Impuesto.....	175
Conclusión.....	186

---

## **SEGUNDA PARTE. LA CREACIÓN DE VALOR FISCAL Y DIGITAL. CAPÍTULO VI.....**

---

32. La creación y captura del valor fiscal.....	189
33. El valor fiscal sin actividad económica.....	192
34. El BEPS y el valor sin actividad económica.....	197
35. La creación de valor como renta fiscal.....	202
36. Las fuentes de renta fiscal. La erosión de la base imponible.....	206
37. BEPS y los EEUU. La imposición mínima. <i>GILTI</i> ( <i>Global intangible low taxed income</i> ) y <i>BEAT</i> ( <i>Base-Erosion Anti-abuse</i> ).....	218
38. Impuesto Mínimo o Impuesto Diferenciado. La posición de <i>D. Shaviro</i> .....	230
39. BEPS y los EEUU. Intangibles. Los precios de transferencia. Arbitraje fiscal. Intereses. Limitación de Beneficios.....	238
Conclusión.....	240

---

## **CAPÍTULO VII.....**

---

40. OCDE. Erosión global de bases. Pilar Dos. <i>Globe Anti-Base Erosion</i> . La aproximación unificada en 2020.....	243
41. Los Indicadores del BEPS. Acción 11.....	252
42. Precios de Transferencia y <i>Pricing Algorithms</i> .....	259
43. El método <i>at arm's length</i> .....	267
44. Las pérdidas una ocasión para aprovechar.....	271
45. La criminalidad cibernética.....	275
Conclusión.....	282

**CAPÍTULO VIII.** .....285

46. OCDE. Fiscalidad digital. Pilar Uno. La aproximación unificada en 2020 .....	285
47. El nuevo derecho de imposición. (Importe A).....	288
48. El beneficio de rutina y el beneficio residual .....	292
49. <i>Marketing Intangibles</i> . (Importe B) .....	304
50. Retorno Adicional sobre <i>Marketing Intangibles</i> . (Importe C) .....	308
51. La certeza fiscal. Los mecanismos de prevención y resolución de controversias en los Importes A, B y C..	310
52. El Pilar Uno como régimen <i>Safe-Harbor</i> . La última vuelta de tuerca .....	316
Conclusión .....	322

**CAPÍTULO IX.** .....325

53. Los datos personales como materia prima .....	325
54. La persona digital es un recurso natural .....	333
55. Del recurso natural al capital natural. La contribución a la persona .....	338
56. Los datos personales pertenecen al Estado-Nación donde se reconocen y están localizados .....	342
57. La renta de localización específica de los usuarios	345
58. El impuesto digital no es discriminatorio .....	361
59. La lengua como conexión territorial suficiente. El nexo virtual.....	367
60. El inglés como <i>lingua franca</i> .....	374
61. El favor digital en el comercio mundial .....	376
Conclusión .....	386

---

**EPÍLOGO** .....389

---

**BIBLIOGRAFÍA** .....397

---

**VALUE CREATION.**

**The Global Value Chain. Erosion of Tax Rent.**

**Digital Rent.**

Tulio Rosembuj

---

**SUMMARY**.....421

---



---

## PRÓLOGO.

La creación de valor es un concepto de reciente aparición en la literatura fiscal. Su comprensión solicita la colaboración de contribuciones previas. No puede interpretarse la creación de valor nuevo y la captura de valor ya existente sin referencia a la cadena de valor global y de la cadena de valor digital global. La creación de valor fiscal se ilumina solo si se toma en cuenta la importación del modo de funcionamiento de la empresa multinacional, desde la cultura de la empresa, de la gestión, de la expansión del comercio internacional. Es cierto que son ámbitos de conocimiento que no coincidieron en sus análisis. Al contrario, se ignoraron recíprocamente, sin advertir que en conjunto mejoran sus mutuas conclusiones.

La cadena de valor es una aproximación de gestión de empresa, atendiendo al análisis del valor añadido en cada una de las etapas de producción, desde el inicio, hasta el consumo final.

La proyección global surge cuando la empresa multinacional desborda su frontera y opera en distintos territorios, sea directamente fragmentando su cadena de producción o subcontratando con proveedores locales. Su reconocimiento es explícito por la Organización Mundial de Comercio o la OCDE que le atribuyen entre el 70 y 80% del comercio mundial. La doctrina se encarga del examen de sus elementos esenciales: el ejercicio del gobierno de la empresa, la naturaleza de sus rentas económicas, la localización o deslocalización de sus actividades.

---

Los resultados son ilustrativos del modo de funcionamiento de la empresa multinacional. Hay una empresa líder, cuyas rentas tienen diversas fuentes, incluidas las de oligopolio y que establece, en forma diversa, desde el principio criterios de gobierno y jerarquía con todos los que participan en el desarrollo de su actividad económica.

El inicio de la fortuna de la cadena de valor global reposa en que la eliminación absoluta de la protección en el comercio multilateral sería portadora de riqueza global, para los países, cualquiera que fuera su situación. El predominio del poder transnacional provocó la creación de valor para sus protagonistas y la captura de la riqueza creada en detrimento de todos. Los efectos son destructivos y se traducen en estructuras oligopólicas, concentración de la riqueza y la transferencia del poder político al poder económico de las empresas líderes. La emergencia de las superplataformas digitales aceleran la debilidad de los países y el peligro para los sistemas locales de decisión.

La concentración del poder económico global deja desnuda cualquier alternativa de equidad competitiva y su indefinida acumulación de beneficios de oligopolio. El desafío convoca la ley en sus dos aspectos: antimonopólico y tributario. No hay respuesta que no deba interesarse en la ruptura del poder económico oligopólico y la sujeción a impuesto de sus *excess profits*.

La primera lección para la materia fiscal es que la empresa multinacional se trata de una organización única y unitaria sometida a una dirección centralizada. O sea, desde la materia de gestión, queda invalidada la acendrada defensa de las partes de la organización multinacional como mosaico de entidades separadas con vida propia y autónoma –afiliadas, sucursales, agentes, presencia comerciales–.

La segunda lección es que declara la inutilidad del principio *at arm's length*, que pretendía y pretende servir de línea de actuación dominante en la comprobación de los precios de transferencia, de los precios intrafirma de la organización única y unitaria, tomando como referencia una ilusoria comparación con los precios similares, practicados entre empresas independientes en el mercado.

Es de agradecer a la cadena de valor global que hubiera contribuido a la extinción de los fundamentos de la ideología conservadora de la fiscalidad internacional. Gracias a ella es realmente indefendible refutar que la empresa multinacional es lo que es y nunca ha dejado de ser: una organización única y unitaria bajo dirección centralizada. Con el objetivo innegociable de la maximización de beneficios y, al mismo tiempo, la minimización del impuesto, en cualquiera de los sitios donde actúa.

Lo que no deja de sorprender es que, salvo excepciones, la doctrina de la cadena de valor global hubiera omitido la creación de valor fiscal, sin actividad económica, como una de las fuentes esenciales de su estrategia de maximización de beneficios.

La tendencia se acelera con la emergencia de las plataformas digitales. Primero, porque hacen más evidente desde el centro la autoridad, la jerarquía, la captura de renta económica y la deslocalización del proceso total de creación de valor global.

Es el principio de la nueva etapa que vivimos. La plataforma digital no necesita fragmentación, outsourcing, localización o deslocalización. La arquitectura tecnológica le permite la captura de rentas desproporcionadas de la participación de los usuarios y complementadores, incluyendo la renta fiscal de erosión, sin moverse de la arquitectura algorítmica.

La creación de valor es creación global de nuevo valor o captura del existente. El desafío en curso es el proceso de creación y captura de valor en el ecosistema de la plataforma digital. A esto sigue la plataformización de la economía global, merced al descubrimiento del valor de la persona digital, de los datos personales, como materia prima gratuita, por cualquier clase de empresa multinacional, sea o no digital.

No es arriesgado pensar que las lecciones de las plataformas digitales se extenderán a todas las empresas multinacionales. A su huella, irán al aprovechamiento de los datos de los usuarios de sus bienes o servicios, que, seguramente, serán de valor igual o superior a la de sus propios bienes o servicios. La influencia de la migración de la empresa tradicional hacia el ecosistema de la plataforma no ha hecho más que comenzar.

El mercado digital se basa en la competencia virtual entre plataformas bajo la autoridad algorítmica. La comprensión del cambio altera la consideración de la creación de valor fiscal. El *pricing algorithm* declara la inutilidad de los métodos usuales de comprobación de los precios intrafirma, de los precios de transferencia, que pueden practicarse de espaldas y con independencia del conocimiento de las respectivas Administraciones tributarias. Es un elemento más de la competencia virtual por el máximo beneficio.

La competencia virtual pone en primera posición la necesidad de regulación antimonopolio y al impuesto.

El poder económico global de las superplataformas no deja resquicio para la corrección de su estructura oligopólica por sí mismas. Se requiere regulación, en especial, antimonopólica dirigida a eliminar su concentración en el mercado, el abuso de posición dominante, la extinción de la competencia rival y los daños a usuarios y complementadores. Los Informes de los expertos del Reino Unido, de los Estados Unidos, de la Unión Europea muestran el camino a

seguir. El reconocimiento de la expansión digital produce el debilitamiento de la competencia, de los derechos de los usuarios y complementadores.

La vía de la ley antimonopólica es un programa de enseñanza para la política fiscal. El impuesto es el único modo para que el *excess profits* e inmunidad fiscal digital culminen en recursos tributarios para los Estados. Ello impone la reforma tributaria del Impuesto sobre Sociedades, ampliando su hecho imponible a la brecha del beneficio contable y financiero, que hoy escapa de su ámbito, y la imposición sobre las rentas digitales de localización específica o aún la BIT Tax.

El BEPS fue una iniciativa importante para la introducción de un nuevo paradigma fiscal internacional basado en la protección por cada Estado de su base de imposición.

Su desarrollo está bloqueado por la persistencia de los dogmatismos del siglo pasado. La mejor expresión es el frustrado esfuerzo de la OCDE cuando afronta la fiscalidad digital y la imposición de la renta de erosión fiscal, una fuente insustituible de captura de valor fiscal.

¿De qué hablamos cuando hablamos de creación de valor?

Hay valor nuevo schumpeteriano, hay valor existente de carácter tradicional y, finalmente, hay captura de valor fiscal, sin actividad económica.

La renta de erosión fiscal –el valor del impuesto como fuente de ganancia– no tiene nada que envidiar, ni cualitativa ni cuantitativamente, a la renta económica de innovación o convencional.

La importancia de la renta sin Estado o renta vagabunda es el primer indicador de la renta de erosión fiscal. Pero, no es bastante. El Plan BEPS del G20 fue un planteamiento completo para su confrontación, sobre todo, porque perju-

dica a todos los Estados, incluidos los que, durante más de un siglo, desde los años 20, se beneficiaron.

Lamentablemente, el inicio del nuevo paradigma aparece paralizado por las resistencias ideológicas conservadoras. Es suficiente constatar que un 40% de la inversión directa extranjera se desplaza entre Estados transitarios –Países Bajos, Irlanda, Luxemburgo– y los destinos finales a paraísos fiscales. La creación de valor fiscal es ilimitada y la acción 11 del BEPS lo ilustra en sus Indicadores de desplazamiento de beneficios y erosión de beneficios.

Estos Indicadores son un programa completo de presupuestos de hecho que debieran integrar cualquier impuesto antierosión de los diferentes Estados y que, como impuesto diferenciado, al estilo de la originaria *Divertid Profits Tax* del Reino Unido hubieran sido una advertencia decisiva en contra de la creación de valor fiscal.

La postura de la OCDE ante la renta de erosión fiscal y la renta digital es una concesión a una fiscalidad simbólica desprovista de los contenidos fijados en el BEPS. Es el ejemplo más evidente de la renuncia de la OCDE a cumplir con los compromisos del BEPS al cual ella misma contribuye.

El impuesto mínimo, por un lado, es un instrumento inútil, sugerido desde los EE UU, que no atiende la particularidad de la creación de valor, sin actividad económica. Un instrumento que razonablemente nunca debería utilizarse (*Shaviro*). No se adoptan los Indicadores de la Acción 11 que hubieran llevado a un impuesto diferenciado cuyo hecho imponible debe reflejar esencialmente la elusión en sus distintas formas como objeto del gravamen. Algo así como la definición primera de la *Diverted Profits Tax* del Reino Unido, en una versión actualizada y mejorada.

La renta digital no sigue el perfil adecuado de imposición inspirado por el modelo europeo del Impuesto sobre

Servicios Digitales basado en la participación de los usuarios y el nexo virtual.

Al contrario, reduce la renta digital a su mínima expresión a través de opciones que no son de interés para la mayor parte de los Estados, como es el caso de una potencial cuantía derivada de *marketing intangibles*, que, como ya se demostró en los EEUU en el caso Glaxo Smith Kline, deja fuera de los recursos tributarios de cada Estado, la mayor parte del valor fiscal de la actividad comercial, de propaganda, de venta, condicionada por los métodos fracasados de medida de los precios de transferencia *at arm's length*.

Finalmente, por si no fuera bastante, configura un mecanismo obligatorio de resolución de conflictos sometiendo la decisión del poder tributario de cada Estado al albur de juicios de expertos, discrecionales y arbitrarios. Lo que fue un fracaso en el Plan BEPS, el arbitraje obligatorio; entra por la ventana.

La renta digital deriva de un recurso natural de cada Estado. La persona digital, los datos personales, es un recurso natural renovable de la comunidad, bajo la responsabilidad fiduciaria del Estado. La lengua es la expresión del nexo virtual. No hay transacciones económicas posibles sin la lengua como medio de comunicación e interconexión. El nuevo recurso natural gratuito somos nosotros en cualquier lugar.

El primer establecimiento permanente digital es la lengua de las personas de cada país.

*"The struggle for democracy needs to turn to the control of private power –both by itself and also in its influence over, and union with, government power." (Tim Wu, The Curse of Bigness. How Corporate Giants Came to Rule the World, 2020)*

Tulio Rosembuj, junio 2020.



# PRIMERA PARTE. LA CADENA DE VALOR GLOBAL

## CAPÍTULO I

### 1. La creación de valor.

Valor es un concepto anfibológico, que puede asumir significados distintos y contradictorios e inclusive, antagónicos (¿valor como desvalor?).

Desde una estricta perspectiva de gestión empresarial suele diferenciarse entre cadena de suministro y cadena de valor. En la primera, se afirma que la empresa compite en el precio, mediante reducción de costes; mientras que, en la segunda, cadena de valor, se pretende transformar mercancías indiferenciadas en productos diferenciados mediante creatividad y novedad. La creación de valor es el resultado de la novedad y la atracción de consumidores por razones diversas al bajo precio, sin que ello elimine la reducción de los costes de producción o el incremento de productividad.<sup>1</sup>

La perspectiva es estrecha comparada con el análisis CVG porque la cadena de valor global implica una pluralidad de elementos conexos que superan la producción del bien o servicio, incluyendo, desde el diseño, los intangibles, distribución, localización y asociaciones con otros actores,

---

1. A. Cohen, On Law and Value, December 20th, 2019.

públicos o privados hasta la puesta en el consumo final, y el acogimiento a las leyes más favorables para la tutela y extracción del valor.

El valor creado corresponde la empresa que lleva a cabo la actividad económica en su conjunto y lidera el entero proceso, en modo orgánico –recursos materiales e in-materiales–, en un sistema integrado, con otros actores, públicos o privados, que ayudan a su creación y extracción.

*M. Mazzucato* proporciona una perspectiva económica de creación y captura de valor.

*By “value creation” I mean the ways in which different types of resources (human, physical and intangible) are established and interact to produce new goods and services”, By “value extraction I mean activities focused on moving around existing resources and outputs, and gaining disproportionately from the ensuing trade”.<sup>2</sup>*

El núcleo de creación de valor es la producción de bienes y servicios nuevos. Es obvio la proximidad del valor de innovación con la idea de *J. Schumpeter*.

El empresario ejecuta nuevas combinaciones de los medios de producción y su ganancia es el excedente que no absorbe ninguna contrapartida.

*“Esos agentes económicos que emplean más eficazmente los bienes actuales y ejecutaron nuevas combinaciones son verdaderos empresarios en el sentido que damos al concepto. Su ganancia es un beneficio”.<sup>3</sup>*

Hay un instante en que el empresario es el único en el mercado y de esa posición de monopolio extrae el valor de la

2. M. Mazzucato, *The Value of Everything. Making and Taking in the Global Economy*, Allen Lane, 2018, p. 6.

3. J. Schumpeter, *Théorie de l'évolution économique*, Paris, 1999, p. 199.

creación y la creación del valor. En ese punto es claro que su beneficio no es el resultado contable del pasado; sino, la remuneración de su novedad, de la ruptura de los valores y tasas de beneficios ligados a la competencia antigua, estática.

Hay tres ideas de *Schumpeter* que son básicas.

- La potencialidad destructiva de la innovación, “*huracán de destrucción creativa*”.
- La búsqueda del beneficio extraordinario, de la plusvalía, por razón del cambio antes que los demás.
- La posición de monopolio que conlleva la innovación.

La creación de valor está ligada a la novedad, nuevos productos o métodos, nuevas fuentes de materias primas, nuevas formas de organización y conduce al privilegio del iniciador, del monopolio en el descubrimiento del nuevo mercado antes que otros. Este valor es la fuente de *excess profits*, mientras se mantiene la diferencia respecto a los competidores.<sup>4</sup>

La renta de innovación, ejemplificada, v. g., en el ecosistema de las plataformas digitales, asume una dimensión oligopólica, porque señala a los que inician un cambio que destruye el equilibrio preexistente y facilita la ventaja de una situación de monopolio que procede de la capacidad de innovación tecnológica. Es una capacidad para generar valor de una “*escasez construida*” (*Schumpeter*).

La creación de valor es, por definición, superior al tipo ordinario y normal de beneficio, y, por ello no es arriesgado señalar que el nuevo valor conlleva la potencialidad de *excess profits* y de ahí su atracción.

---

4. T. Rosembuj, *Intangibles. La fiscalidad del capital intelectual*, Barcelona, 2003.

El valor, valga la redundancia, es nuevo en tanto que sea útil para la reproducción de valor –nuevo– en el sistema económico. Esto quiere decir que puede crearse un valor que aporte desvalor a la sociedad civil, a la sociedad natural y, por añadidura, al propio funcionamiento de mercado.

El valor, aunque nuevo, puede ser dañoso, inútil, inservible para el interés general, para la constitución de externalidades positivas. La creación de valor inútil, que solo conviene a la empresa y sus accionistas, es un valor mutilado, un valor transitorio dirigido sustancialmente a la especulación, a la renta no ganada. Y ello deviene cuando las externalidades negativas son superiores a las positivas: el daño ambiental, laboral, fiscal, financiero, derechos humanos.

La creación de valor inútil para la producción es pura extracción de valor: el recurso renta puede representarse como “puro beneficio” de extracción de valor.

La extracción de valor no es beneficio de innovación; sino renta no ganada desproporcionada: “*is income from redistributing value and not from creating*”.<sup>5</sup>

La extracción de valor es, asimismo, práctica fiscal lesiva porque “*segrega artificialmente la renta imponible de las actividades que la generan*”.<sup>6</sup>

La renta ricardiana equivale a la extracción de valor, que no de creación de valor.

## 2. La cadena de valor.

*M. E. Porter* es considerado como el introductor del concepto de cadena de valor (*value chain*).

---

5. M. Mazzucato, op. cit. p. 55.

6. OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Paris, 2013, p. 10.

*"A firm's value chain is an interdependent system of network of activities connected by linkages. Linkages occur when the way in which one activity is performed affects the cost or effectiveness of other activities".<sup>7</sup>*

La descripción de *Porter* alude a la íntima conexión de las actividades ejercitadas dentro de una organización por diferentes actores y desde su inicio hasta el consumo final y más allá. La ventaja competitiva se alimenta del valor añadido entre los eslabones de la cadena, cuya prolongación fuera de las fronteras propone una compañía sin otra limitación que la generación de valor y su captura, local o internacional y en la que no hay valores pares entre las distintas partes de la cadena. Así el mayor valor añadido de una de ellas compensa el menor de otra y sucesivamente.

Primero, el objetivo es generar una plusvalía mediante la sistemática reducción de costes en todas las etapas de la actividad, por ejemplo, disminuyendo salarios o introduciendo mejoras tecnológicas; pero, añadido, aprovechando, asimismo, las ventajas derivadas de la ley laboral, medioambiental, financiera o, en lo que aquí interesa, fiscal. De modo que los factores exógenos a la empresa –la ley, las instituciones, los territorios– condicionan y conforman el resultado último de la cadena de valor.

Segundo, la creación de valor no es una consecuencia del precio, o al menos, no totalmente. Los consumidores deben percibir la satisfacción de sus necesidades, por razones distintas, al mero precio. Esto es una fuente de valor añadido en la cadena.

*"For firms to compete in value, they therefore needs consumers who desire products for reason other than a low price, and they also need the*

---

7. M. E. Parker, *The competitive advantage of Nations*, N. York, 1990, p. 41.

*means to capture this consumer surplus such as a brand reputation and proprietary process technology”.*<sup>8</sup>

La atención a las creencias, actitudes y valores del consumidor anticipa lo que posteriormente asumirá como regla el capitalismo de vigilancia, adaptando y reformando sus productos predictivos al comportamiento del consumidor, y eventualmente, promoviendo su cambio. O, a través del *pricing algorithms: increased personalization, personalized pricing*.

La cadena de valor, nacida en el ámbito de la gestión, posee una importancia liminar porque su adopción y difusión como estrategia de empresa viene a ilustrar que cualquier organización económica de mercado nace con un programa y dirección precisa de maximización orgánica y sistemática de resultados, donde convergen todos los vínculos entre las distintas fases de la actividad, con más los factores exógenos, y que se afectan entre sí, proporcionando mayor o menor valor añadido al producto o servicio en curso. La creación y captura de valor es de la esencia de la empresa y no se identifica necesariamente con el precio final.

*“The value chain describes the full range of activities which are required to bring a product or service from conception, through the intermediary phases of production (involving a combination of physical transformation and the input of various producer services), delivery to final consumers, and final disposal after use”.*<sup>9</sup>

8. A. J. Cohen On Law and Value, December 20nd, 2019; Negotiating the Value Chain: A Study of Surplus and Distribution in Indian Markets for Food, July 11th, 2019. [ssrn.com/abstract=3418174](https://ssrn.com/abstract=3418174).

9. Raphael Kaplinsky, Globalization and unequalization: What can be learned from value chain analysis. *The Journal of Development Studies*; December 2000; 37, p. 121; R. Kaplinsky M. Morris A. Handbook for Value Chain Research, January 2001.

La cadena global de mercancías obra de *G. Gereffi* fue el segundo desarrollo de la cadena de valor. El punto de partida es el de *M. E. Porter*, pero, extendiendo su examen al ámbito transfronterizo e identificando bajo qué condiciones se ejercía el poder en el seno de la cadena, ahora, global, el gobierno de la actividad y la generación de las rentas económicas. La coordinación está en manos de la empresa líder que controla la dinámica de la cadena, ejerciendo el poder sobre otros agentes que la requieren.

*“His key contribution was to move the discussion from a description of what is to an explanation of why it is and how it is”*.<sup>10</sup>

La proyección de *G. Gereffi* es que la cadena de valor vincula las fases de actividad de la empresa con otros actores de cara al mercado global. Es la vía por donde circulan los flujos económicos internacionales e ilustra sobre los que son los actores principales y como crean y capturan valor en el mercado mundial.

*“In the context of globalization, the activities that constitute a value chain have generally been carried out in inter-firm networks on a global scale. By focusing on the sequences of tangible and intangible value-adding activities, from conception and production to end use, GVC analysis provides a holistic view of global industries – both from the top down (for example, examining how lead firms “govern” their global-scale affiliate and supplier networks) and from the bottom up (for example, asking how these business decisions affect the trajectory of economic in specific countries and regions”*.<sup>11</sup>

El diseño de *Gereffi* templa cuatro dimensiones de la cadena global de mercancías.

10. R. Kaplinsky, Global value chains, where they came from, where they are going and why this is important, Innovation Knowledge Development Working Paper 68, November 2013, p. 8.

11. G. Gereffi & K. Fernandez –Stark, Global Value Chain Analysis: A Primer, Duke University, May 31st, 2011.

Primero, la descripción del proceso de transformación de la materia prima hasta el producto final (estructura *input-output*).

Segundo, la consideración geográfica, porque la dimensión topográfica es de las primeras decisiones a emprender o a abandonar y su explicación no es solo exclusivamente técnica, sino, asimismo, política e institucional, porque tiene que ver con la elección geográfica por motivos distintos a la producción de valor en sentido lato, v. g. jurisdicciones de baja o nula fiscalidad; localización de materias primas; costo del trabajo; infraestructura física o telecomunicaciones.

Tercero, la estructura de gobierno que explora el modo de control de la cadena de valor, exhibiendo su coordinación y el poder asimétrico de los actores participantes. Esto también guarda directa relación con la imposición, el ambiente, las finanzas, los derechos humanos, como variables a tener en cuenta en la cadena de valor.

Cuarto el contexto institucional en el cual la cadena de valor industrial está incorporada, integrada. Esto incluye los costes laborales, la infraestructura disponible, los recursos financieros, el contexto social, y, asimismo, la imposición y las normas ambientales.

Posteriormente, el diseño originario de *G. Gereffi* amplía su ambigua restricción a las mercancías por el mayor alcance de cadena global de valor, centrado en "*la creación de valor, las rentas y su impacto en la distribución*" (*R. Kaplinsky*) y en el poder de las empresas líderes y la coordinación de la actividad global, que, por definición, es asimétrica: hay quienes son titulares del poder, de la coordinación y otros que participan, con menos o ninguna atribución o influencia en la decisión organizacional.

La cadena global de valor sirve para ratificar que las organizaciones económicas globales actúan bajo un diseño

único y unitario centrado en la creación de valor entre sus actividades propias y con terceros, con la vista puesta en el aumento del valor a partir de su propio valor añadido y la apropiación del valor de aquellos a los que puede imponer sus condiciones de gobierno en el mercado. El poder de mercado es el efecto del ejercicio del poder político y económico que ostentan, residan donde residan y en cualquier espacio geográfico en el que están presentes.

Un tercer paso es el énfasis de *Henderson y otros* en el concepto de red antes que cadena.

*“the nexus of interconnected functions and operations through which goods and services are produced, distributed and consumed”.*<sup>12</sup>

Las interrelaciones entre los productores globales permiten reseñar la complejidad de los circuitos y la insuficiencia de un acercamiento a flujos lineales de actividad. Pero, sobre todo, porque la red global de producción (*global production network*) acentúa, por vez primera, la influencia de la tecnología y de la geografía como elementos determinantes en el proceso de creación de valor en los diferentes sitios donde se manifiesta. El ejercicio del poder de la empresa global cambia según su localización y su inserción o desinserción en los territorios elegidos o desechados.

El concepto actual, entonces, reúne en síntesis las distintas contribuciones expuestas.

La cadena de valor global alude a redes funcionalmente integradas, pero geográficamente dispersas y fragmentadas a través de las cuales se verifica la producción de bienes y servicios.<sup>13</sup>

12. J. Henderson, P. Dicken, M. Hess, N. Coe, H. Wai-Chung Yeung, *Review of International Political Economy* 9: August 3rd, 2002.

13. D. Danielsen, J. Bair, *The Role of Law in Global Value Chains: a Window into Law and Global Political Economy*, December 16th, 2019.

La cadena de valor, desde su primera expresión hasta la última, aparece como la forma de la actividad de la empresa transnacional. tradicional. No hay empresas aisladas, por poderosas que sean, que puedan eludir la asociación de múltiples agentes en la producción de bienes o servicios en la creación y apropiación de valor. Esto es distinto en las cadenas de global digital que hacen de su aislamiento e intervención directa y difusa en cualquier mercado digital la barrera de protección de nuevos competidores. Lo que es igual y se repite es que ambas comparten es que el poder reside en la empresas líder, titular del gobierno, control o coordinación de la actividad.

La OCDE alude al ambiente global de empresas como justificación del realineamiento de los principios fiscales internacionales.

*“in which “separate legal entities forming the group operate as a single integrated enterprise following an overall business strategy. Management personnel may be geographically dispersed rather than being located in a single central location, with reporting lines and decision-making processes going beyond the legal structure of the MNE”.*<sup>14</sup>

La cadena de valor global es un concepto básico porque desmonta la ideología de la entidad separada en el seno de una organización multinacional, sea subsidiaria, sucursal, presencia comercial, agente, sometida a una dirección única y unitaria, definitivamente vertical en las plataformas digitales.

### **3. Elementos de la Cadena de Valor Global.**

La red de valor global es el modo dominante de empresa en la economía global.

---

14. OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, p. 29.

*“Global investment and trade are inextricably intertwined through the international production networks of firms investing in productive assets worldwide and trading inputs and outputs in cross border value chains of various degrees of complexity. Such value chains intrafirm or inter firm regional or global in nature, and commonly referred to as Global Value Chains shaped by transnational corporations account for some 80% of global trade.”<sup>15</sup>*

No puede interpretarse la cadena de valor global en términos de empresas singulares dirigidas a la sola transformación de materias primas en productos finales. Al contrario, el sistema es general, comprendiendo todo tipo de vínculos materiales e intangibles, económicos, políticos, legales, sociales en el proceso total de la actividad económica en cualquiera de las empresas transnacionales, desde la idea, el diseño, la manufactura, los servicios, el marketing y así hasta el uso o consumo final.

Por una parte, el valor añadido no resulta solo de las actividades físicas o materiales, sino, cada vez más, de los intangibles, lo cual llega a su culminación en el ecosistema de las plataformas digitales donde todo el proceso de creación de valor es intangible y la captura del mayor valor se consigue externamente, desde el número de usuarios, colaboradores y cocreadores que poseen o acercan.

Por otra parte, la creación de valor global de la empresa líder es general y sistémica porque requiere y emplea en la actividad bajo su dirección una estricta y directa coordinación sobre distintas geografías, espacios, territorios, y sobre los actores, socios y asociados, públicos o privados, en cada uno de ellos.

*“...value chain analysis has become more and more important, as the vertical disintegration and separation of tasks performed for*

---

15. UNCTAD, World Investment Report, 2013.

*the creation of a product has become global and spans multiple firms".*<sup>16</sup>

La creación y extracción de valor en la cadena valor se convierte en un interrogante básico porque la fragmentación y dispersión aparente del proceso de actividad económica obliga a especificar como se consigue y donde, teniendo en cuenta no solo el estricto proceso económico sino también las leyes, bajo el cual se realiza y las disparidades que le favorecen, v. g. en términos laborales, ambientales, fiscales, financieros y las jurisdicciones donde se aprovechan.

*"Important here is not only what is done at each stage of the process, but also who does it and what benefit each firm derives from its efforts".*<sup>17</sup>

La ley es la otra fuente, frecuentemente, subestimada, de creación de valor global porque las disparidades entre los sistemas jurídicos consienten el aprovechamiento económico de las diferencias, sean de las condiciones de trabajo, de tutela medioambiental, de impuestos o de financiación, entre otras.

La CVG no es una arquitectura mágica desde la que cabe esperar el mejor resultado de la actividad espontánea. Al contrario, tiene puntos fuertes que la configuran y, al final, llevan a la creación y apropiación de valor.

En primer lugar, las rentas económicas, que suponen no solo medir el valor añadido por cada vínculo en cada etapa, sino, que y cuanto del valor añadido queda en la competencia, control y disposición de la empresa líder.

---

16. P. Hertenstein, *Multinationals Global Value Chains and governance. The mechanics of power in interfirm relations*, Routledge, 2020.

17. Kevin B. Sobel-Read, *Global Value Chains. A framework for Analysis*, p. 18, *Transnational legal Theory*, Vol 5, Issue 3, 2014.

En segundo lugar, la gobernanza, el control y la coordinación sistemática de la cadena por la empresa líder, que posee más poder que los demás participantes, públicos o privados en la actividad y determina la localización de los recursos y su tráfico dentro de la cadena. La asimetría de poder siempre aventaja a la empresa líder y la caracteriza.

En tercer lugar, el emplazamiento, la dimensión geográfica que atiende al espacio territorial en el que se despliega la CVG; pero, también, la decisión de localización en determinados espacios sobre la base de la aceptación o abandono de la integración o incorporación social, política, institucional.

El espacio digital transnacional es esencial para la ocasión digital por la propietización del recurso natural de los datos personales, de los distintos pueblos en distintos países, como en el caso de las industrias extractivas. Hay una evidente cercanía entre la extracción de valor de la explotación de la tierra y recursos minerales y la relativa a la apropiación de los datos personales, su almacenamiento, análisis y transmisión.

En cuarto lugar, el capital de la protección de ley, consistente en la calificación legal de cualquier activo en beneficio de su titular y la concesión de privilegios de prioridad, durabilidad, universalidad, convertibilidad, sea a través de instituciones públicas –administrativas, impuestos, finanzas, ambiente, trabajo– o privadas –contratos, derechos propietarios, garantías, sociedades mercantiles o acuerdos no societarios.

La confección de capital mediante la ley supone una lógica ajena al mercado y próxima al poder y privilegio de sus beneficiarios, locales o internacionales.

La cadena de valor global es una infraestructura de empresa, disgregada en diversos espacios y con el sustento

colaborativo de Estados, otras empresas u organizaciones, a través de la cual la ley ofrece un tráfico ordenado y previsible de creación y captura de valor, a lo largo y ancho de su actividad económica.

No es casual que la importancia de la ley como factor endógeno de la CVG asuma gradualmente destacada importancia.

El examen del ordenamiento jurídico público y privado aparece como un elemento clave en la estructura y funcionamiento de la CVG puesto que movilizan su presencia o ausencia; su acceso o abandono en el emplazamiento elegido de la jurisdicción o, simplemente, su vocación permanente de creación y extracción de valor en las distintas jurisdicciones. Esto es particularmente evidente en el ámbito de la fiscalidad internacional.

*"In other words, whereas once the market was conceptualized as providing the framework of corporate action, is now corporate action, in form of global value chains, that not only drives but also defines and therefore creates, the market".<sup>18</sup>*

La sociedad de mercado es el mercado de la sociedad, de la cadena de valor global, cualesquiera que sean las condiciones sociales, políticas, económicas, institucionales que la definan. La economía de mercado puede funcionar en una sociedad a imagen y semejanza de la cadena global de valor.

#### **4. Las rentas económicas.**

La creación de nuevo valor ofrece la oportunidad de expansión, conservación e incremento de la ventaja com-

---

18. Kevin B. Sobel-Read, Global Value Chains. A framework for Analysis.

petitiva de la CVG y, sobre todo, supone el cierre y la exclusión de la competencia. El mercado (nuevo) es oligopólico e implica barreras a la entrada de otros competidores, porque así se asegura el *excess profit*.

*“For Schumpeter this is essentially what happens when entrepreneurs innovate, creating “new combinations” or conditions, which provide greater returns from the price of a product than are required to meet the cost of innovation These returns to innovation area a form of super profit ...”*<sup>19</sup>

Otra fuente de valor es la renta gratuita a partir de la explotación y comercialización de los recursos de la naturaleza y, agregado, de los datos personales del capital social o los datos no personales que sirven a la intermediación.

La cadena de valor global multiplica la oportunidad de creación y de extracción de valor. El universo de aplicación no se reduce a manufactura y servicios, sino que comprende todo tipo de organización económica dirigida a la innovación o a la redistribución de rentas, o a ambas.

Los recursos que *Kaplinsky* califica como rentas que son “regalos de la naturaleza” aprecian su importancia en el acceso, comercio, monetización, y consumo, con relativa prescindencia de otro interés que el libre acceso y control de los recursos naturales y de las rentas.

*Examples of such resource rents can be found across the primary sector: fertile agricultural land, high ore content minerals close to the surface and low cost and accessible hydrocarbon deposits”*<sup>20</sup> Y, añadido, la persona digital, los datos personales y los datos no personales.

19. R. Kaplinsky, M. Morris, A. Handbook for Value Chain Research, January 2001, p. 26.

20. D. Davis, R. Kaplinsky, M. Morris, Rents, Power and Governance Global Value Chains, Journal of World Systems Research, Vol. 24, I, 2018, University of Pittsburgh.

Las sinergias dentro de la organización son la tercera fuente de renta económica. Hay otras rentas económicas endógenas vinculadas a la propia existencia de la cadena global de valor y que promueve una renta no ganada diferenciada de los rivales. Las sinergias de la organización incrementan su capacidad de extracción de rentas bajo un modelo de gobernanza central, unitaria, única en el conjunto.

Las sinergias comparecen en todos y cada uno de los instrumentos de producción y comercialización de bienes y servicios, sistemas de gestión, los servicios intragrupo, los intangibles múltiples, la financiación intrafirma, el marketing de los intangibles, la explotación de valor reputacional o crédito derivado del *goodwill*. *No hay nada dentro de la organización leader que no sea efecto del aprovechamiento de la sinergia.*

Desde una perspectiva amplia no tiene sentido individualizar entre sinergia material (ahorro de costes, economía de escala) e inmaterial (mejora de la posición crediticia, acceso a líneas de ayuda pública), porque cualquiera de las ventajas que procedan a la organización obedece a la lógica de la centralización, unitariedad, unidad de actuación impuesta por la empresa líder.

Son rentas que pueden alimentar monopolios, por exclusión de la competencia, destinadas a la extracción de rentas no ganadas.

Hay, finalmente, rentas que *Kaplinski* denomina rentas exógenas, externas a la cadena de producción de los participantes, pero que influyen en su capacidad para generar y apropiarse, extraer, valor.

*“Compared to rivals in other economies, producers may benefit, for example, from access to a better forms of infrastructure, lower cost and directed financial intermediation, and access to a better trained*

*workforce and other inputs that affect their capacity to produce effectively*".<sup>21</sup>

La renta de localización es renta económica de creación de valor, extracción de valor o ambas.

La actividad en determinados mercados proporciona ventajas en el ahorro significativo para la organización en relación a otros mercados y a la competencia. El ahorro de localización, derivado de la usabilidad del mercado, impone costes inferiores pero mayor renta, que tienen por causa el lugar, el emplazamiento en el país huésped (*location savings*). Los ahorros desprendidos de bajos costes suponen *excess profits*, renta no ganada, que no es consecuencia del propio esfuerzo, sino de la diferencia de los menores costes de mercado.

*"Si los ahorros son superiores a los desahorros, puede dar lugar a un beneficio extraordinario a favor de la empresa transnacional debido a la relocalización de su negocio desde una jurisdicción de alto a otra de costes menores"*.<sup>22</sup>

Las rentas económicas – derivadas de la innovación; de la apropiación de recursos naturales, de la desposesión de sus titulares; de las sinergias de grupo; de la localización ilustran la impresión que por cada nuevo céntimo de valor que se crea hay más céntimos que se extraen, incluyendo, la renta fiscal; sin otra causa que la relación asimétrica de poder entre la empresa líder, su propia presencia y entidad corporativa, y los otros agentes, privados o públicos.

No es casual, como señala *Palpacuer*, que *las* empresas líderes en la cima de la CVG capturan una siempre mayor

21. D. Davis, R. Kaplinsky, M. Morris, Rents, Power and Governance in Global Value Chains, *Journal of World Systems research*, V. 24, I, 2018, p. 47.

22. UN Practical manual on Transfer Pricing for Developing Countries, October 2012, par. 5. 3. 2. 4, p. 27.

cantidad de riqueza a expensas de otros grupos, particularmente trabajadores y proveedores en el fondo.<sup>23</sup>

Y, también, de los recursos públicos tributarios en los Estados huéspedes.

La creación y extracción de valor, de rentas económicas, tiene como fundamento el poder y su ejercicio por la empresa líder.

*“At each stage and hierarchy of the production process in the chain, the more powerful appropriate the lion’s share of the value created. It is a zero-sum game. Paying workers one cent less means one cent more for the producer.”<sup>24</sup>*

La gobernanza es la forma que el ejercicio de poder se presenta a lo largo de la cadena y sirve para describir el control y la coordinación de las relaciones de poder asimétricas sobre otros agentes, públicos o privados.

*“The activities within a QVC are found to be explicitly governed by lead firms in the value chain... powerful, large, and mostly multinational corporations that can orchestrate the activities within a QVC.”<sup>25</sup>*

Las rentas económicas están subordinadas a la autoridad y poder de la empresa líder de la CVG que es quien determina la conveniencia y oportunidad de la procura del máximo beneficio o el mínimo coste. La renta fiscal es un componente dominante en la localización de activos en donde el impuesto es cero.

23. F. Palpacuer, Governance and Wealth Distribution in Global Value Chains, Economy and Society Vol37, 3, 2008.

24. Hong Xue, Anita Chan, The Global Value Chain, Critical Asian Studies, January 28th, 2013, p. 60.

25. P. Hertenstein, Multinationals Global Value Chains and governance. The mechanics of power in interfirm relations, Routledge, 2020, p. 22.

El recurso a la gobernanza suscita alguna duda de concepto, porque se aparta del significado que le es atribuible. Por tanto, si el punto de partida no es el que se espera, cabe deducir que sus conclusiones no serán las que se suponen o son definitivamente parciales y excluyentes de variables que, asimismo, operan en el resultado de la creación y captura de valor.

## 5. La gobernanza.

Gereffi define gobernanza como *"authority and power relationships that determine how financial, material and human resources are allocated and flow within a chain"*.<sup>26</sup>

En rigor, es una definición que no se corresponde con el propio de gobernanza. La referencia clara no es a gobernanza, sino a gobierno: autoridad e imperio de la empresa líder; antes que consenso, cooperación, colaboración entre múltiples agentes, públicos o privados, con objetivos compartidos.

La sola proximidad entre ambos conceptos podría advertirse exclusivamente en la capacidad para modificar el comportamiento de los otros actores participantes. Pero, reitero, la gobernanza no es gobierno, si no la coordinación por consenso, de resultados flexibles y comportamientos deseables y esperados entre las partes. Y aquí el sentido estricto es el de ordeno y mando (*command-and-control*).<sup>27</sup>

La posición de Gereffi no es aislada; porque en su ámbito de conocimiento la utilización de gobernanza (*rectius*:

26. G. Gereffi, K. Fernandez-Stark, *Global Value Chain Analysis: a Primer*, cit. p. 8.

27. T. Rosembuj, *Tax Governance. Los principios de la Unión Europea y del G20*, Barcelona, 2017, p. 90.

*gobierno*) presupone la gestión, coordinación y control por la empresa líder de la cadena. O sea, el gobierno desde la cima al fondo. Se dice gobernanza; pero se enuncia un proceso sistémico de coordinación, cuya función es la generación y apropiación de rentas económicas mediante la consolidación de los vínculos de la cadena entre sí, donde cada parte influye sobre las demás y el resultado final.<sup>28</sup>

La gobernanza de la CVG muestra, en la línea de reflexión de *Gereffi*, una tipología de cinco estructuras: mercados, modular, relacional, cautiva y jerarquía, basadas en la complejidad de la información entre los actores en la cadena; como se codifica la información para la producción y el nivel de la competencia del proveedor.

El gobierno de mercado implica transacciones que son simples y basadas en el precio antes que en el poder.

El gobierno modular ocurre cuando las transacciones son complejas, pero fácilmente codificables. El flujo es el intercambio fluido de la información tecnológica entre la compañía líder y sus proveedores.

El gobierno relacional se verifica cuando la información es compleja y también su transmisión, basadas en la continuidad de las relaciones de confianza mutua entre las partes.

El gobierno cautivo establece la dependencia al poder de la empresa líder por parte de los proveedores, que quedan sometidos a sus condiciones.

El gobierno de jerarquía describe la cadena desde la integración vertical y el control de gestión en la cúspide.

La clasificación de *Gereffi* ayuda a la descripción de la CVG, porque efectivamente, al menos dos de los presu-

---

28. K. B. Sobel-Read, cit. p. 51.

puestos: complejidad y codificación de la información, pertenece al núcleo de la competencia central y nuclear de la empresa líder, que alimenta la creación y captura del valor. La competencia del proveedor es siempre subsidiaria de la conservación e incremento del capital intelectual de la empresa líder.

No obstante, es una clasificación que prescinde de la influencia de la financiación y de la fiscalidad en la aplicación de las decisiones de la cadena que, indudablemente, tienen que ver con la creación de valor y con la preservación y difusión de sus ventajas competitivas derivadas esencialmente de la actividad con intangibles.

*Seabrooke y Wigan* ilustran la influencia de la planificación fiscal agresiva en algunos de los tipos descritos y su interrelación: relacional, modular, cautivo, jerárquico y/o en conjunción con derivados financieros con el mismo propósito de minimización del impuesto.

*"The evolution of Global Wealth Chains affects not only the competitive position of firms within industries and specific value chains, but also circumscribes the distribution of wealth arising from increasingly globalized economic activities. The capacity to utilize wealth chains changes opportunities for country-level development and who bears the fiscal burden across and within both developed and developing countries".*<sup>29</sup>

Se toma en cuenta la responsabilidad regulatoria de actores públicos y la aptitud de los proveedores para eludir las obligaciones que les son impuestas.

Los ejemplos ofrecidos son claros: Apple desarrolla una agresiva planificación fiscal de carácter jerárquico, con elevado nivel de coordinación facilitada por la emergencia de

---

29. L. Seabrooke, D. Wigan, *The governance of global wealth chains*, *Review of International Political Economy*, 2017, Vol. 24, 1, p. 2.

los nuevos intangibles; otro tanto ocurre con Google, que “*is effectively not tax resident anywhere*”.<sup>30</sup>

La cadena relacional muestra también la incidencia fiscal, como es el caso de la creación de derivados financieros dirigidos a convertir plusvalías de capital a corto plazo en plusvalías de largo plazo, sometidas a tipos de gravamen inferiores, v. g. Barclays Bank, Deutsche Bank.

Asimismo, el gobierno modular instalado en las grandes instituciones financieras para favorecer a sus clientes de rentas significativas, como es el caso del HSBC o del Lloyds, a través del uso de servicios *offshore*.

Otra referencia es al gobierno cautivo, practicado por las grandes consultoras financieras, jurídicas, contables a sus clientes.

*Kaplinsky* propone, con razón, que las competencias centrales de la empresa líder están determinadas por su control sobre las rentas económicas que pretende conseguir, al que queda subordinado tanto la función de los proveedores cuanto de los consumidores. Al mismo tiempo señala, el desplazamiento del origen de las rentas desde las actividades físicas o materiales a la actividad intangible.

*“This is because intangible activities are increasingly knowledge and skill-based and are imbedded in organizational systems; the knowledge they incorporate is thus tacit in nature, and this involves growing barriers to entry”*.<sup>31</sup>

El apunte a los intangibles es primordial porque anticipa la eclosión digital donde la actividad intangible, los

---

30. L. Seabrooke, D. Wigan, cit. p. 19.

31. R. Kaplinsky, M. Morris, *A Handbook for Value Chain Research*, January 2001, p. 34.

nuevos intangibles, se convierten en dominantes en la creación y captura de la renta económica.

Pero, no solo. El propio *Kaplinsky* es terminante cuando afirma:

*“many of the world’s leading GVC lead firms live in a world of **double-non taxation**, in other words they pay hardly any tax to any government whether this be in the source or the residence country. . . . Here we can evidence a very clear pattern of win-lose appropriation in GVC’s. **At one level, the primary level, there is a battle for rent shares between states and the corporate sector. Often, perhaps generally, the winners are lead firms**”.*<sup>32</sup>

Las competencias nucleares y centralizadas de la empresa líder, entonces, también, integran la decisión de inversión fiscal como fuente de valor e imponen su difusión a lo largo de la cadena de valor de su producto o servicio, ancladas en el comportamiento de los agentes públicos, en la disciplina fiscal establecida y el modo de evitarla o eludirla.

La creación de valor no solo consiste en la actividad económica, sino en la actividad fiscal como fuente de beneficios, en la elusión fiscal, la elusión fiscal intencional o la evasión fiscal; el aprovechamiento de la ayuda pública fiscal en términos de ahorro de impuesto: amortizaciones, depreciación, exenciones o bonificaciones fiscales, interpretación favorable mediante *tax-rulings* y el aprovechamiento de las discordancias entre los sistemas tributarios para la obtención de beneficios ( *tax arbitrage*) y los precios de transferencia intrafirma.

El poder corporativo está inclinado, a veces determinado, por la jerarquía de sus propios intereses transnaciona-

---

32. R. Kaplinsky, D. Davis, M. Morris, Rents, Power and Governance in Global Value Chains, *Journal of World Systems Research*, 24, 1, 2018, University of Pittsburgh, p. 60.

les que influyen en todas y cada una de sus decisiones importantes.

La gobernanza de la empresa transnacional exhibe un poder único, unitario, centralizado en el vértice de la empresa líder, sin perjuicio, del *offshoring u outsourcing*. La descentralización operativa en la economía global no solo no debilita, sino que fortalece la centralización del poder en todos sus ámbitos. Así, la CVG.

## **6. *Embeddedness. Disembeddedness* en el espacio territorial. La razón fiscal.**

La arquitectura de la CVG que se apoya en las rentas económicas, el gobierno desde la empresa líder se completa en su desborde territorial, geográfico y, en ese momento, se produce la relocalización o deslocalización económica territorial de la red, de la cadena en distintas sociedades y comunidades.

Es un concepto esencial, según *Henderson et al.*

*"GPS do not only connect firms functionally and territorially but also they connect aspects of the social and spatial arrangements in which those firms are embedded and which influence their strategies and the values, priorities and expectation of managers, workers and communities alike".*<sup>33</sup>

La empresa transnacional convencional se deterritorializa a la par que se relocaliza.

Es un espacio de poder autoalimentado que huye de la frontera del Estado nacional, para construir y ampliar el poder original.

---

33. J. Henderson et. al., *Global Production networks and the analysis of economic development*, cit., p. 451.

Lo que la doctrina de la CVG califica como *embeddedness* es multiplicación del espacio global territorial desestatalizado. La relocalización significa la ocupación persistente de nuevos espacios territoriales y, a la inversa, la deslocalización supone el abandono, el alejamiento de espacios desinteresados.

La inserción o desinserción de la CVG, en rigor, tiene en segundo plano las relaciones sociales, políticas, culturales del lugar. El poder multinacional, antes y ahora más, ocupa espacios no vinculados a ningún territorio de Estado.

Podría aceptarse como *embeddedness* la invasión y ocupación de los territorios, de los usos sociales, de las comunidades en vía de desarrollo, cuyos efectos no suponen integración o incorporación, sino utilización máxima de los recursos naturales o humanos y abandono cuando el valor capturado deja de fluir a la empresa líder.

*“Crucially, the value chain literature largely avoids focusing on the fundamental reality that capital seeks ever lower production costs through global production and outsourcing networks.”*<sup>34</sup>

La CVG es una infinita red de conexiones funcionales, pero, que no puede prescindir ni hacer caso omiso a su localización geográfica, aunque puede evitar su presencia física o material en el territorio. Pero, esto ocurre con total autonomía de la sumisión al medio social, al punto geográfico necesitado. Al contrario, la principal motivación, si cabe, es el poder de gobierno sobre la renta económica, sobre todo la inmunidad fiscal, y la hospitalidad política y legal de la jurisdicción.

El poder de la firma líder puede convenir en su localización física en un medio social distinto, siempre que lo re-

---

34. Hong Xue & Anita Chan (2013): The Global Value Chain, *Critical Asian Studies*, 45: 1, p. 73.

quiera la obtención y captura de rentas, como es el caso de las industrias extractivas, alimentarias, automotriz, textil, electrónica.

El trazo común es la autorregulación de la actividad económica en cualquier lugar y espacio desocupado de cualquier territorio nacional en el que se presenta, que ofrece un lugar, un terreno fértil para el beneficio económico, financiero, fiscal y predisponer, en cualquier caso, su desocupación, cuando ello o no se materializa o cambia.

La inserción (*embeddedness*) es correlativa a la desinserción (*disembeddedness*).

*"But the positive effects of embeddedness in a particular place cannot be taken for granted over time. For example, once a lead firm cuts its ties within a region (for instance, by disinvestment or plant closure), a process of disembedding takes place, potentially undermining the previous base for economic growth and value capture."*<sup>35</sup>

Henderson afirma que la inserción territorial puede obedecer a ventajas fiscales, que faciliten la formación de nuevos eslabones de las redes globales, pero, que pueden ser ilusorios. Es lo que se conoce como ayuda pública prohibida, utilizando el sistema tributario local para la atracción de inversión, ahorro, externo en forma específica y selectiva a favor de algunas empresas.

La oferta de incentivos tributarios es un don natural, una renta fiscal que se consigue a cambio de la presencia en el mercado; pero, que no vincula, en términos efectivos, a la empresa líder, más allá de lo que es su conveniencia – eliminar competencia, establecer barreras a la entrada de otros, consolidar posiciones de monopolio sobre recursos naturales –.

---

35. J. Henderson et. alt., *Global Production networks and the analysis of economic development*, cit., p. 453.

La relocalización o deslocalización tiene un evidente sesgo de creación de valor económico, pero, sobre todo, fiscal y financiero.

Las causas de la crisis financiera de 2008 no fueron ni la evasión ni la elusión fiscal, pero su contribución a ella fue determinante y permite entenderla en su totalidad. La especulación financiera, a través de operaciones financieras estructuradas e híbridos financieros fueron acompañadas por la finalidad prevalente de minimización del impuesto. El impuesto, en sí mismo, se convierte en fuente de rentas financieras, una ventaja para la creación de valor por el aprovechamiento de las normas legales no solo fiscales, sino contables y mercantiles.<sup>36</sup>

Las disposiciones de cada Estado asegurando un tratamiento tributario favorable a ciertas empresas, las coloca en una más favorable situación financiera que otros contribuyentes y equivalen a la creación legal de valor en su favor, o, ayuda pública prohibida.

Es indicativo que el 40% de la inversión extranjera directa es ID fantasma en compañías sin substancia económica y sin vínculos reales con la economía local. Es una inversión en centros *offshore*: Luxemburgo, Países bajos, Hong-Kong, British Virgin Islands, Bermuda, Singapur, Islas Cayman.

*"Phantom corporations in low-tax economies give multinational firms a number of opportunities to avoid taxes in the high-tax economies where the real investments and the ultimate investors are located".<sup>37</sup>*

---

36. T. Rosembuj, Principios Globales de Fiscalidad Internacional, Barcelona, 2013, p. 25.

37. J. Damgaard, Th. Elkjaer, N. Johannesen, IMF Working Paper, What is Real and What is Not in the Global FDI Network? December 2019, p. 24.

El desplazamiento del flujo financiero y económico por obra de las operaciones intracadena es siempre vehículo de relocalización o deslocalización del coste fiscal, más significado en algunos ámbitos que en otros, pero, en todo caso, enlazado a las opciones de la gestión del complejo único y unitario.

La ventaja competitiva de la CVG es esta capacidad de gestión simultánea y global de la oportunidad de inversión dirigida a la selección del resultado más favorable para el conjunto en condiciones de incertidumbre. La atribución entre los miembros de la contribución a los costes genéricos de la organización única y unitaria y de los costes específicos relativos a proyectos singulares se funda no solo en su concepto financiero, económico o capital material, sino, también, en lo que puede aportar en ahorro fiscal o ayuda pública.

En otros términos, la fuente proporcionalmente más destacada del beneficio total puede residir antes en un asociado residente en un territorio de baja o nula fiscalidad, que, en otro dedicado al desarrollo del proyecto o instalado en la economía de un país de fiscalidad ordinaria o un partícipe que disfruta de ayuda pública de la que otros no aprovechan; circunstancias que inhabilitan el contraste con lo que haría la empresa competitiva fuera de la cadena en similar situación. La empresa independiente en el mercado no tiene nada que ver con la potencialidad de la empresa multinacional.

La inserción o desinserción apunta a la necesidad de cada Estado de prever las consecuencias de la llegada o del abandono de la CVG a su territorio, pero, con el conocimiento que las ventajas fiscales son el mayor incentivo para quedarse o irse. Y las ventajas fiscales consisten en la inmunidad, la opacidad, la débil o relajada observancia del cumplimiento legal.

La exégesis de la CVG es incompleta salvo que se tome en consideración que el desborde de la ley de cada Estado impulsa una lógica de extraterritorialidad por obra de la empresa transnacional, que convierte en vana la aplicación de la ley. No es que los Estados no quieran, sino que no pueden confrontarse con una nueva organización del capital que ignora las fronteras, generando en su propio espacio y para sí mismo las interrupciones legales que en materia fiscal se bautizan como *stateless income*.

El problema deviene insuperable cuando el espacio territorial, finalmente un espacio físico, es substituido por el espacio digital.

## 7. La ley. *Stateless Income*. *Homeless Income*.

*Edward Kleinbard* propone una explicación sugestiva de la erosión de la base de imposición, introduciendo el fenómeno de la renta sin Estado (*stateless income*), atributo exclusivo de las empresas transnacionales.<sup>38</sup>

La definición de renta sin Estado del Profesor *Kleinbard* es:

*“La renta obtenida por un grupo multinacional de sus actividades económicas en un país, distinto al del domicilio de la sociedad matriz, pero que resulta sometida a impuesto solo en una jurisdicción que no es ni la fuente de los recursos de producción a través de los cuales se obtuvo la renta ni el domicilio de la sociedad matriz del grupo”.*

La renta sin Estado puede entenderse como el movimiento de la renta gravable de un conjunto vinculado transnacional desde un país de alta fiscalidad hacia un país

---

38. Edward D. Kleinbard, *Stateless income*, University of Southern California Law School, Research paper n. 11-6 de 21-3-2011.

de baja fiscalidad, sin desplazamiento de la localización de las fuentes externas de capital ni de las actividades que implican a terceras partes.

*B. Wells & C. Lowell* ofrecen en *Homeless Income* una versión similar, pero más amplia.

*“Homeless Income refers to profits that are removed from the host country where the economic activity occurs and are instead diverted to a low-tax jurisdiction while avoiding taxation in the parent corporation’s home country. The income is “homeless” in the sense that it does not have a tax home either in the host country or in the home country of the ultimate parent corporation. Homeless Income can be created through the use of an intermediate foreign subsidiary that is incorporated in a low-tax jurisdiction together with intercompany arrangements that shift profits and profit-making opportunities to the tax haven subsidiary.”*<sup>39</sup>

Del concepto surgen dos criterios esenciales de la erosión fiscal de la base. Primero, hay una desviación de renta para evitar la imposición en el país de residencia de la sociedad matriz. Segundo, la desviación se produce a través de una filial extranjera en una jurisdicción de baja o nula fiscalidad, junto con instrumentos de planificación fiscal agresiva dedicados al desplazamiento de beneficios.

La captura de rentas fiscales es una de las consecuencias de la planificación fiscal de la renta sin estado. Esto supone la conversión de los resultados marginales antes de impuesto obtenidos en un país de alta fiscalidad en mínimos beneficios en país de baja fiscalidad, reorientando la renta antes de impuesto del primero hacia el segundo; mérito que no deriva sino de la aptitud de la empresa transnacional de desplazar renta traspasando fronteras.

---

39. B. Wells & C. Lowell, *Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin*, 65 *Tax L. Rev.* 535, 2012, 7.

Esto fue la fuente del Plan de Acción BEPS G20/OCDE e ilustra una inquietud que no puede sino extenderse genéricamente a todos los aspectos relevantes del ordenamiento jurídico del conjunto de los Estados que atañen a la CVG, a la empresa transnacional y, por último, al concepto clave de creación, distribución y apropiación de las rentas.

*"...provoked by the incongruity between the apparent territoriality of the law and the transnational logic of capital".<sup>40</sup>*

La planificación fiscal agresiva concreta la transformación de la ley fiscal en fuente de ganancias. Por un lado, la organización corporativa del cumplimiento fiscal como un centro de beneficio, que no de coste y por otro, la orientación de la minimización del impuesto por cualquier medio a través de cualquier tipo de instrumento técnico, contractual o negocio jurídico.

La fuente del beneficio es el mínimo o nulo impuesto.

La planificación fiscal agresiva implica la reducción, diferimiento o inexistencia, desvelando la finalidad predeterminada de ocultar valor de la actividad o atajando la norma legal para procurarse ventajas fiscales que de otro modo no serían factibles.

El discurso de la minimización del impuesto en un ámbito desregulado y opaco es un contribuyente neto del valor de la CVG. Un trabajo exquisitamente jurídico.

La creación de valor y la captura del valor de depender de la existencia, reconocimiento y localización de la actividad económica en determinadas jurisdicciones y frente a lo cual la ley adquiere tanto o más relevancia que los procesos de producción.

---

40. J. Bair, D. Danielsen et al, The role of law in global value chains: a research manifesto. London Review of International Law, Vol. 4, 1, 2016.

*"In our view, law is more than an "external" or contextual factor shaping the strategic decision –making of firms "inside" CVGs. Rather we argue that law resides at the heart of the CVG phenomenon. ...the large corporations that coordinate many of the most expansive and consequential CVGs are not simply "context-takers".*<sup>41</sup>

La ley aparece como factor constructivo del origen del valor y su distribución acorde al poder asimétrico de la empresa líder de la CVG respecto a los demás agentes económicos participantes y, sobre todo, por su influencia sobre el poder público.

La geografía legal de la CVG es el emplazamiento de múltiples formas legales –domesticas e internacionales, *hard* o *soft*, públicas o privadas, formal o informales– donde se dirime la responsabilidad, autoridad y la plusvalía en su interior (ley fiscal, propiedad intelectual, laboral, financiación.)

*Danielsen* apunta a la función reguladora de las propias empresas transnacionales, que legislan con potestad igual o superior a la ley del Estado donde están, lo cual obliga a examinar la gobernanza sistémica, más allá de la designación pública o privada de los actores, centrada en el reparto del poder, renta, autoridad entre los actores de la cadena.<sup>42</sup>

A veces perseveran en sus intereses mediante la interpretación o la fricción a las normas legales; proporcionan normas de facto donde no existen; moldean la norma de ley mediante presión política o económica sobre el sector públi-

---

41. J. Bair, D. Danielsen et al, The role of law in global value chains: a research manifesto. London Review of International Law, Vol. 4, 1, 2016.

42. D. Danielsen, How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance, Harvard International Law Journal, Vol. 46, 2, 2005, p. 412.

co; o escapan de la disciplina legal para hacer negocios en otro sitio; actúan por su cuenta o en grupos para crear un ambiente regulador armonizado o impedir la disciplina.

El gobierno de la ley por la empresa transnacional implica la nulificación de la ley de gobierno o su obstrucción.

La ley es un núcleo de la CVG que sirve para evitar restricciones en su actividad económica o adaptar su configuración al máximo beneficio. Y esto en diferentes jurisdicciones apunta al aprovechamiento de las discordancias legales o la inserción de presupuestos legales que la consientan.

La globalización se presenta como un espacio indefinido sin ley ni impuesto. Un período sufrido por la renta sin Estado y el Estado sin renta. De esa forma se altera un principio esencial de legitimidad democrática.<sup>43</sup>

Hay mercado sin gobierno y gobierno sin impuesto, que se independizan de las leyes y las decisiones políticas de cada Estado. El contribuyente, merced a su libertad de desplazamiento, adquiere una suerte de titularidad originaria a su renta y riqueza sin impuesto. Solo tiene que buscarlo. Esto pone en riesgo la vida de cada Estado ante contribuyentes aptos para el ejercicio del mínimo impuesto y, en particular, aquellos poseedores de capital de elevada capacidad contributiva y las empresas transnacionales.

*"Indeed, shielding assets from taxes is one of the most sought-after coding strategies that asset holders covet".<sup>44</sup>*

T. Dagan apunta que la globalización ofrece a los ciudadanos del mundo la elección del régimen legal más satisfactorio, estar o irse del territorio de su Estado apenas lo

43. L. Murphy, Th. Nagel, *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, 2002, p. 32.

44. K. Pistor, *The Code of Capital. How the Law creates wealth and inequality*, Princeton University Press, 2019, p. 3.

deseen. Es una transición generalizada desde un sistema fiscal obligatorio a otro que es electivo.

La opción no aventaja a cualquiera: los individuos ricos y las empresas, pueden diseñar su propio régimen legal y minimizar el precio eligiendo una jurisdicción más favorable (*opting in, opting-out*).<sup>45</sup>

*Jh. Braithwaite* les califica como termitas morales, por su poder corrosivo de la moral fiscal en el territorio.

*“La gente que se ve a sí misma como más pobre tiene menos voluntad de pagar el impuesto voluntariamente cuando la gente que perciben como más ricos mienten”.*<sup>46</sup>

La aplicación del sistema tributario reposa cada vez más sobre los segmentos inmóviles de la sociedad, menos afortunados, que no pueden o carecen de la capacidad para pagarse la planificación fiscal agresiva.<sup>47</sup>

La CVG es un ejemplo acabado de renta ambulante, transeúnte, sin Estado, viajera persistente en la búsqueda de la no sujeción al impuesto y a la desregulación transfronteriza absoluta. La planificación fiscal agresiva es el instrumento empleado para crear un particular tipo de valor: la renta fiscal.

La ley, entonces, desafía su inutilidad ante la deterritorialización, porque queda expuesta a la circunvención, a la *creative compliance*, que implican el uso de cualquier mecanismo apto para el impago del impuesto que hubiera correspondido.

45. T. Dagan, Pay as y out wish: the global market for Tax & Legal Rules, June 10st, 2014, ssrn. com 250 60 51.

46. Jh Braithwaite, Markets in Vice, Markets in Virtue, Oxford University, Oxford, 2005, p. 25.

47. T. Dagan, International Tax and Global Justice, 2016, p. 22, SSRN com 2762110.

## 8. El Código del Capital. La Tesis de K. Pistor.

L. Murphy y Th. Nagel demuestran que sin Estado ni impuestos el capital o la riqueza no pueden predicarse, simplemente, porque no llegan a existir. La primera prueba de la existencia de la propiedad de capital o riqueza es el impuesto porque significa que hay un Estado que la reconoce.<sup>48</sup>

K. Pistor avanza un paso ulterior porque, en su opinión, hay capital cuando un activo concurre con el código de ley positiva. El activo es capital solo por y en la ley.<sup>49</sup>

K. Pistor postula la fundamental contribución de la ley en la creación de capital, riqueza.

*“Fundamentally, capital is made from two ingredients: an asset and the legal code...Once properly coded, capital assets enjoy priority and durability, are convertible in cash, or legal tender, and critically, this attributes will be enforced against the world, thereby attaining universality.”*<sup>50</sup>

El capital es la calidad legal del activo.

*“The code of capital is a legal code; it owes its power to law that is backed and enforced by a State.”*<sup>51</sup>

Todo el ordenamiento jurídico se predispone hacia la creación de capital y su tutela y salvaguardia, sea desde los módulos de contrato, derechos de propiedad, garantías, sociedad u otros tipos de acuerdos asociativos, el final, la disolución y quiebra de la actividad personal o económica.

48. L. Murphy, Th. Nagel, *The Mith of Ownership. Taxes and Justice*, 2002.

49. K. Pistor, *The Code of Capital. How the Law creates wealth and inequality*, Princeton University Press 2019, p. 3.

50. K. Pistor, cit. p. 23.

51. K. Pistor, cit. p. 15

El capital jurídico es la fuente de la titularidad legítima de la renta que vienen de las ideas, de la creatividad, de la innovación, y de la herencia y su cementerio cuando no cumple con sus requisitos necesarios de supervivencia.

El exorbitante privilegio se sostiene en determinados atributos exclusivos del titular: prioridad, durabilidad, universalidad, convertibilidad.

*“By grafting the modules of the legal code of capital onto an asset its holder obtain a right over and above others; her claims enjoy great durability and face fewer obstacles to lock in past gains by converting them into state money. Last, these special rights are universal and can therefore be enforced against the world”.<sup>52</sup>*

La titularidad del activo legalmente reconocido es en sí mismo el origen de riqueza porque no solo identifica al que es propietario, sino, que excluye de su contorno a los terceros con aspiraciones prelegales previas y le ofrece el indefinido disfrute del activo legalizado; inclusive, para esconderlo de cualquier pretensión fiscal del Estado concedente.

*“Indeed, shielding assets from taxes is one of the most sought-after coding strategies that asset holders covet”.<sup>53</sup>*

El capital es cambiante y desde su origen material y físico y monetario o por la apropiación recursos naturales ajenos preexistentes o, evoluciona hacia formas de valor inmateriales y abstractas –los derivados financieros– o directamente virtuales: los activos digitales en código binario, *“for which the code itself is the asset”<sup>54</sup>*. La posesión del dominio público digital deriva de la norma *de facto* algorítmica.

52. K. Pistor, cit, p. 117.

53. K. Pistor, cit. p. 3.

54. K. Pistor, cit. p. 3.

## Conclusión.

La creación de valor es la producción de nuevos bienes o servicios. La captura de valor implica renta no ganada, una transferencia desde el sector productivo al improductivo. La cadena de valor, en su primera versión, indica un sistema de red de actividades conectado por vínculos que afectan o perjudican el coste o eficacia de otros eslabones de la cadena, su valor añadido total. La cadena global de valor vincula las fases de la actividad económica de la empresa con otros actores en el mercado global y sumando elementos intangibles al resultado final.

Las cuatro dimensiones de la cadena global de mercancías comprenden: la transformación de la materia prima hasta el producto final; la consideración geográfica de la actividad; la gobernanza de la cadena de valor en manos de la empresa líder; el contexto institucional. El siguiente paso es la cadena de valor global centrada en la creación de valor, las rentas económicas y su distribución. Finalmente, la última evolución se apoya en el concepto de red, que no cadena, e producción global, sometida a la influencia de la tecnología y de la geografía y el aprovechamiento de la ley como fuente de beneficios no ganados.

Los elementos esenciales de la CVG son: las rentas económicas, como se obtienen y quien se queda con la parte substancial; el gobierno (gobernanza); el emplazamiento o inserción topográfica; la protección de la ley. Las rentas económicas pueden originarse de la innovación; de la gratuidad de acceso y apropiación de recursos naturales, incluidos los datos; las sinergias de la organización; rentas exógenas, de localización o emplazamiento. La gobernanza (el gobierno) de la empresa líder determina el origen y destino del valor y su extracción. La inserción o desinserción, la localización o deslocalización es la concreción física

y material de la extraterritorialidad: la ocupación del espacio global desestatalizado.

La razón fiscal es una de las motivaciones específicas, sea para la instalación en países de sistema tributario ordinario; pero, más aún, para su inversión offshore en territorios sin fiscalidad. Es lo que se conoce como *stateless income* o *homeless income*. La razón fiscal es fuente de creación de valor porque el impuesto se convierte en fuente de beneficios, que no dé cumplimiento de ley, en la búsqueda de la no sujeción transfronteriza.

El capital lo es tal, solo por y en virtud de la ley. No hay riqueza cuyo origen no se deba a otra cosa que al código de ley. El capital es la calidad legal del activo, a partir de lo cual derivan los privilegios de sus titulares. El capital digital es la única excepción porque el código en sí mismo es el activo de información. Si no hay ley, el algoritmo la sustituye. El mundo legal digital se construye desde las plataformas, en un espacio sin norma jurídica, salvo la norma virtual *de facto* del algoritmo.

## CAPÍTULO II

## 9. El ecosistema de la plataforma. Desde la plataforma singular hasta la cloud.

La plataforma tiene un recorrido indeciso hasta su configuración actual. Su alcance, estructura y función cambia abruptamente, desde el inicio, concebida como una técnica de planificación empresarial, hasta su versión última, por alguno denominada, como la fábrica de algoritmos. (Zysman).

D. Robertson y K. Ulrich ofrecen la primera descripción de plataforma.

*"We define a platform as the collection of assets that are shared by a set of products".<sup>55</sup>*

La plataforma es un conjunto de activos que se comparten por una serie de productos. Los activos son componentes, procesos, conocimiento, equipo de personas y relaciones.

Cada uno de esos activos reúne un elevado contenido **intangibile**, sea en diseño del producto, los diseños de los circuitos, el diseño de los procesos asociados de producción, el know how, las aplicaciones tecnológicas, los modelos matemáticos y en capital relacional en el seno de la organización entre los promotores y ejecutores de la planificación, así como con la red de proveedores.

---

55. D. Robertson, K. Ulrich, Planning for Product Platforms, Sloan Management Rev, 39, 4, p. 20.

El objetivo de la plataforma consiste en diferenciar los productos y el uso común de elementos para conseguirlo.

No es temerario adjudicar al primer concepto de plataforma una cierta proximidad al concepto de capital intelectual. La plataforma carece de atributos físicos o materiales o son complementarios y reposa sobre la creación intelectual en la organización y el capital humano de activos de información, que tienen la inmaterialidad como común denominador.<sup>56</sup>

A. Gawer y M. Cusumano acuñan la definición próxima de plataforma interna de la empresa o producto (*internal platforms*).

*“as a set of assets organized in common structure from which a company can efficiently develop and produce a stream of derivatives products”.*<sup>57</sup>

El acento está puesto en un conjunto de subsistemas e interfaces que forman una estructura común focalizada en torno a la reutilización de partes compartidas y diseños modulares. Es importante destacar que es de la lógica de la plataforma la reutilización de los componentes, activos, que proveen a la diversidad de la oferta de productos.

La arquitectura de la plataforma es la configuración de una colección de activos inmateriales de información y nuevos intangibles –los datos–, que se despliegan desde la propia inmaterialidad de la plataforma. La plataforma aparece como el presupuesto de información de la actividad económica. Su elemento esencial es el conocimiento que

---

56. T. Rosembuj, *Intangibles. La fiscalidad del capital intelectual*, Barcelona, 2003, p. 37.

57. A. Gawer, M. Cusumano, *Industry Platforms and Ecosystem Innovation*, paper Druid 2012, June 19th to June 21st, CBS Copenhagen, Denmark.

puede convertirse en renta. La reutilización de los activos le permite ofrecer productos predictivos diferenciados, desde matrices comunes y compartidas.

*“By sharing components and production processes across a platform of products, companies can develop differentiated products efficiently, increase the flexibility and responsiveness of their manufacturing processes, and take market share away from competitors that develop only one product at a time.” (D. Robertson, K. Ulrich).*

La plataforma singular sirve a una empresa y su finalidad pretende alargar cuota de mercado y proponer una gama superior de nuevos productos derivados que se lo permitan. La creación y captura de valor, la gobernanza, la localización o deslocalización geográfica, conserva los trazos fundacionales de la CVG.

El intangible, dicho, en otros términos, no substituye ni reemplaza la función manufacturera, comercial o de servicios; sino que potencia la actividad convencional asignada; cosa que no sucede cuando la plataforma singular deviene plataforma externa (*external platform*).

A. Gawer y M. Cusumano definen la plataforma externa como productos, servicios o tecnologías desarrolladas por una o más empresas y que sirven como soporte sobre el cual un amplio número de empresas pueden construir mas innovaciones complementarias, en la forma de productos específicos, servicios relacionados o componentes tecnológicos.<sup>58</sup>

Hay un tránsito desde la inclinación hacia el capital intelectual de principio –la preferencia por el intangible– hasta su conversión en puro capital intelectual, el puro intangible digital de ahora.

---

58. A. Gawer, M. Cusumano, Industry Platforms and Ecosystem Innovation, paper Druid 2012, June 19th to June 21st, CBS Copenhagen, Denmark.

La plataforma externa, a diferencia de la singular, no es sino una concreta aplicación de la *cloud computing*. La plataforma es indivisible de la *cloud* y ambas comparten la desmaterialización de la riqueza –los intangibles– y la aespacialidad: estar y no estar en ningún lado y en todos a la vez y la apropiación de los datos personales como materia prima de los productos predictivos, de la mercancía informacional.

K. Kelly afirma: “La Red está hecha de documentos relacionados; la *cloud* está hecha de datos vinculados”.<sup>59</sup>

Precisamente, los datos vinculados son los **activos de información** necesarios para la creación de valor.

*“information assets (or data) are defined as facts having value or potential value that are documented”.*<sup>60</sup>

La confluencia entre la autoridad algorítmica, las grandes bases de datos y los cálculos paralelos a coste decrecientes, por obra de los potentes ordenadores, impulsan la tecnología de la *cloud*. Sin está, no existirían los efectos de red: la red aumenta su valor acompasadamente al aumento del número de usuarios y complementadores y esto conforma la búsqueda de plusvalía de los activos de información.

La plataforma aparece como el establecimiento mercantil del capital organizacional, el diseño y arquitectura de coordinación de la actividad económica, el resumen de la gobernanza central y jerárquica en el ámbito de la tecnología de la información. Es una estructura finalizada a la propietización de datos, almacenamiento, análisis y manu-

59. K. Kelly, *L'inevitabile. Le tendenze tecnologiche che rivoluzioneranno il nostro futuro*. Milano, 2016, p. 136.

60. V. Khatri, C. V. Brown, *Designing Data Governance*, *Magazines/Decade/January 2010 Vol. 53*, 1.

factura de los productos productivos. El valor, la renta económica, proviene de fuera del sistema, de los usuarios y complementadores.

El efecto expansivo de la plataforma es el principal vector de la digitalización económica general. La conquista digital del mercado refleja un nuevo fenómeno: la plataforma de la economía.

La definición técnica de *cloud* establece que se trata de un modelo para habilitar el acceso por la red a un fondo compartido de recursos informáticos configurados (redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios), en modo ubicuo, conveniente y a demanda; que pueden ser rápidamente suministrados y distribuidos, con un esfuerzo mínimo de gestión o interacción con el proveedor del servicio.<sup>61</sup>

La **SaaS**, (*software as service*) se conoce también como servicios de Web, y en su forma más elemental supone un software desplegado como un servicio hospedado y al que se accede mediante Internet, que permite usar las aplicaciones del proveedor en una infraestructura de nube, v. g. e-mail, instrumentos para la productividad administrativa, facturación, relaciones con clientes, gestión de producción, gestión financiera y documentación, gestión de recursos humanos, El cliente no gestiona ni controla la red, servidores, sistemas operativos, almacenamiento.

La **PaaS** (*platform as service*) implica que el proveedor facilita lenguajes de programación, bibliotecas, servicios, que permiten al complementador o usuario lanzar sus propias aplicaciones en la nube. Esto comprende desde servi-

---

61. P. Mell, T. Grance, The NIST definition of cloud computing, NIST special publication 800-145, September 2011, National Institute of Standards and Technology, US Department of Commerce.

cios de base de datos, desarrollo y pruebas de ciclos de aplicación, integración de desarrollos en la nube o en la empresa. El cliente tampoco controla la red, servidores, sistemas operativos, almacenamiento; pero, tiene injerencia y participación en la cocreación de las aplicaciones desarrolladas.

La **laaS** (*infrastructure as service*) supone la provisión de servicios de procesos, almacenamiento, redes y otros recursos informáticos fundamentales que permiten al complementador y usuario la creación y desarrollo de su software, que puede incluir sistemas operativos y aplicaciones.<sup>62</sup>

La plataforma externa deviene un centro plural de iniciativas empresariales, una base “abierta” a firmas de fuera, siempre que no pongan en riesgo la decisión única, la centralidad y la dirección de los propietarios y programadores de la plataforma.

El ecosistema de la plataforma externa facilita su implantación mediante productos y servicios complementarios, sobre todo, en el ámbito de las tecnologías intensivas de la información, pero, no solo.

*Gawer, Cusumano afirman: “The more innovation there is on complements, the more value it creates for the platform and its users, via network effects, creating a cumulative advantage for existing platform”.*

La plataforma externa es una colección de algoritmos, *cloud* e interfaces cuya creación y captura de valor viene de fuera, de los complementadores de los productos ofrecidos o a ofrecer y de los *networks effects* o *externalidades de la red*, simplemente el número de usuarios.

---

62. L. Badger, T. Grance, R. Patt-Corner, J. Voas, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology, May 2012, NIST special publication 800-146.

El efecto de red ya había sido apuntado por *Lev*, pero aún más, destacando la importancia del concepto en términos de redes de usuarios: los efectos de la red existen donde hay redes de usuarios y cuanto más grandes, mejor.<sup>63</sup>

La lógica del ecosistema de la plataforma es su vocación de ocupación del mercado e incompletud. Por un lado, requiere el avance exterior acumulando datos y usuarios y, por otra, que el resultado último de su actividad no es completa o predeterminada. Es un trabajo por terminar. Y precisamente, los que lo acaban no pertenecen a la propiedad de la plataforma líder: usuarios y complementadores.

El valor significativo es el usuario. Sin base humana de acceso y uso no hay algoritmo que valga. La red vale cuanto de usuarios posea (*Metcalfe*). Y las personas, complementadores o usuarios, son las cocreadoras del valor, instaladas en diferentes espacios físicos, culturalmente diversos, con sus múltiples intereses.

El ecosistema de la plataforma tiene como clave de valor los datos y la cocreación de los usuarios y de los complementadores.

El valor de los datos reside en su infinita reutilización: *"el valor de los datos se calcula en base a todos los posibles modos en que podrían emplearse en el futuro y no simplemente en base al uso que se hace actualmente"*.<sup>64</sup>

La recombinación de los datos, su acumulación, su extensión, en suma, son perfiles de su valor de reutilización.

De modo que el primer dato personal digitalizado es susceptible de eternidad, de reiteración, repetición, aplica-

63. B. Lev, *Intangibles. Management. Measurement and reporting*, Brookings, 2001, p. 29.

64. V. Mayer-Schönberger, K, Cukier, *Big Data*, 2013, Garzanti, ed. Italia, p. 142.

ción continua y sistemática y es un dato que pertenece a alguno que, desde ese momento, pierde la huella de su identidad primera. En un sentido amplio, cualquier dato es valor: los datos personales y no personales, aplicaciones, logs, extensiones, historia de uso, *plug-in*.

## 10. La lógica de la arquitectura.

La plataforma responde a una lógica en su diseño y arquitectura que describe los componentes de un sistema complejo. Hay tres componentes: primero, los componentes nucleares, fijos y estables; los complementos, que varían en el tiempo y las interfaces, que son fijas y estables y que ofrecen la conexión funcional entre los componentes nucleares y los complementos, permitiendo el funcionamiento de un único sistema interdependiente y complementario, en la producción de bienes o servicios.<sup>65</sup>

Los componentes nucleares y las interfaces describen la contribución propia intrínseca de la plataforma. Los complementos, en cambio, aluden a los terceros que coadyuvan con sus aplicaciones a mejorar el producto o servicio del sistema original, sean desarrolladores empresariales o usuarios.

La perspectiva tecnológica de la plataforma enfatiza en los componentes nucleares y la interoperatividad con las aplicaciones que los mejoran en el intercambio de información y las conexiones a través de las cuales se produce la interdependencia.

Por tanto, los complementadores cocrean valor en la plataforma que, definitivamente, les necesita para acrecer

---

65. C. Y. Baldwin, C. J. Woodward, The architecture of innovation platforms. A view, en *Platforms, Markets and Innovation*, ed. A. Gawer, E. Elgar, 2009.

su efecto de red mediante el aumento de su base de datos (usuarios). Los usuarios, a su turno, pueden ser, también, complementadores.

La economía digital crea un nuevo recurso, dicen *Collin-Colin*: el trabajo de los utilizadores. Cambian las denominaciones (cocreación, crowdsourcing, web 2.0) pero, el fenómeno es el mismo:

*“El hecho que los usuarios contribuyen directamente a la ejecución de la cadena de producción. . . la creación de valor se desplaza desde el interior hacia el exterior de la empresa, donde están los clientes, que colaboran con la empresa”.*<sup>66</sup>

El portador de datos reemplaza en la cadena de creación de valor a los trabajadores y los complementadores a los contratistas de la empresa en cuestión. Las categorías son indistinguibles porque el usuario, a veces, suministra, contenido y el complementador suele actuar como usuario.

*“Complementors offer a complementary product or service to the core component of the platform”.*<sup>67</sup>

A. Tiwana ofrece una perspectiva estrictamente tecnológica.

*“La plataforma es un código básico de un sistema apoyado en un software que provee la funcionalidad esencial compartida por aplicaciones que interactúan con él y las interfaces a través de las cuales interactúan”.*<sup>68</sup>

66. P. Collin-N. Colin, Mission d’expertise sur la fiscalité de l’économie numérique, janvier 2013, Ministère de L’Économie et des Finances, Ministère du Redressement Productif.

67. A. Smedlund, H. Faghankhani, Platform Orchestration for Efficiency, Development, and Innovation, 2015, 48th Hawaii International Conference on System Sciences.

68. A. Tiwana, Platform Ecosystems. Aligning Architecture, Governance, and Strategy, Elsevier, 2014, p. 7.

El sistema de software con las interfaces y las aplicaciones conforma la idea de plataforma. Pero, la lógica de la arquitectura conecta elementos que son de propiedad y origen distinto.

Por una parte, el código de la plataforma y las interfaces pertenecen al propietario de la plataforma, sea Android, Dropbox, Twitter, Chrome.

Por otra, las aplicaciones que añaden extensión, adaptabilidad, evolución, al sistema básico esencial y emplean las interfaces para interactuar e intercambiar información, corresponden a terceras partes, que no son los propietarios y que, inclusive, podrían ser usuarios creadores de aplicaciones.

El ecosistema de la plataforma es propio, por definición, y ajeno, por necesidad.

*“Platform ecosystems are composed of externally produced complements that augment the capabilities of the platform. A software platform is an extensible software product or service that serves as a foundation on which independent outside parties can build complementary products or services (“apps”) that interoperate through the platform’s interfaces. **The collection of the platform and apps that interoperate with it represents the platform’s ecosystem**”.*<sup>69</sup>

El ecosistema de la plataforma está protegido por el secreto propietario y posesorio. Llamamos software a la autoridad algorítmica y la apropiación de los datos personales y no personales del dominio público.

## 11. La economía de la plataforma digital.

M. Kenney, Jh. Zysman ponen a la plataforma digital al centro de la innovación, así como la fábrica lo fue en la re-

---

69. A. Tiwana, cit., p. 21.

volución industrial. La base de la economía de la plataforma es el algoritmo y la *cloud*, que permiten operar sobre la materia prima de los datos.

*The term “platform” simply points to a set of online digital arrangements whose algorithms serve to organize and structure economic and social activity”.*<sup>70</sup>

La autoridad (oculta y secreta) del algoritmo sirve de potencia de la plataforma. “*The code is the law*” de Lessig es la referencia precisa a la construcción de la norma de *facto* digital, encargada de dispensar derechos y obligaciones, premios y sanciones, aparte del derecho positivo, inexistente o imperfecto ante el nuevo fenómeno.

Los tipos de plataforma enunciados son los siguientes:

La plataforma para las plataformas es Internet y la preeminencia de Google, bajo la protección de la patente, fue obra de su algoritmo encargado de organizar y priorizar los documentos digitales por la cantidad y calidad de los vínculos entre ellos. La fortuna de Google fue la de convertirse en catálogo universal de Internet.

*“The patent allowed Google (Page Rank) to build an enormous database of ordinary Internet users that is matched only by close rivals such as Facebook or Amazon”.*<sup>71</sup>

- Las plataformas externas que posibilitan la creación de otras plataformas facilitando herramientas digitales online.
- Las plataformas intermediarias en el mercado laboral.
- Las plataformas comerciales.
- Las plataformas de servicios.

70. M. Kenney, Jh. Zysman, *The Rise of the Platform Economy, Issues in Science and Technology*, Vol. XXXII, 3, 2016.

71. K. Pistor, cit. p. 130.

La diseminación, sin embargo, no se limita a la fábrica de algoritmos; porque, cualquier organización convencional – automóviles, electrónica, alimentación, textil– puede aprovechar el impulso digital, la colección de los datos de su actividad económica, para su almacenamiento, extracción, análisis, confección de productos predictivos. La plataforma es la próxima estación de la plataforma digital.

La plataforma es el futuro de la fábrica, una fábrica de algoritmos, que es servicial a cualquier organización económica, que goza de acceso a segmentos indefinidos de clientes, usuarios, complementadores y cuyo valor comercial pueden superar el propio del producto o bien que se produce.

Los autores –*Kenney, Zysman*– se preguntan cómo se crea el valor y responden que la economía de la plataforma depende de Internet, ordenadores y datos. El ecosistema creado por la plataforma es una fuente de valor y establece el sistema por el cual los usuarios pueden participar.

La otra particularidad de la economía de la plataforma es que el superbeneficio viene de fuera, de los que la usan o le proveen de modificaciones que mejoran su funcionamiento.

La fuente de valor algorítmico es cero sin los datos, el uso y el análisis de los mismo. La calidad del invento sin la cantidad del número no da lugar al superbeneficio.

Puede sostenerse que surge una idea de valor adjetivada en el algoritmo, como conocimiento atesorado. Pero, no relativo a cualquier clase de conocimiento, sino aquel que está dirigido a la obtención de beneficios: *“conocimiento que puede convertirse en renta”*.<sup>72</sup> Y para ello, la cantidad de usuarios y aplicaciones se demuestra irremplazable.

---

72. P. H. Sullivan, *Value-Driven Intellectual Capital*, New York, 2000.

En suma, la cocreación de valor por el usuario y el complementador es una fuente de renta económica de la plataforma industrial. Y no es exagerado, calificarla como la principal vía de captura de valor.

La asimetría de poder no permite que la distribución de valor entre los propietarios de la plataforma y las terceras partes ajenas responda a criterios de equidad y, al contrario, la experiencia señala la vampirización de usuarios y complementadores que aparezcan autónomos de la gobernanza central y jerárquica de la plataforma, sea porque pueden ser una amenaza a la competencia o, simplemente, porque la diferencia de poder alienta la sumisión por verticalización y absorción de las nuevas iniciativas.

*“First, the platform has direct real time control over the distribution of the value generated by the platform ecosystem”.<sup>73</sup>*

Esto tiene un significado decisivo: el cuanto, el cómo, a quien, lo deciden los propietarios de la plataforma. La extracción de valor tiene por origen la disparidad de la potencia económica de los diferentes participantes.

## **12. Two-way or Multi-sided platforms.**

El modelo de negocio de las plataformas *Two-way or Multi-sided*, en una primera aproximación, consiste en la interacción entre agentes provenientes de la oferta y la demanda, v. g. compradores y vendedores; los que se condicionan mutuamente en los resultados que persiguen. Unos buscan lo que otros poseen; unos poseen lo que otros buscan.

---

73. M. Kenney, P. Rouvinen, T. Seppala, Jh. Zysman, *Platforms and industrial change*, Industrial Innovation Routledge, 2019.

*"Two-way platforms provide free services to end users but sell their intangible products (data on end users) in digital product markets".<sup>74</sup>*

Los datos son la primera materia en la creación de valor de la plataforma, que lo multiplican en el tráfico mercantil de su transmisión o manufactura de productos predictivos o mercancías informacionales. La extracción de datos gratuitamente en uno de los lados alimenta la búsqueda de ganancias en el otro.

*"The user's presence creates a benefit for the other side of the market, which can be monetized- thus, de facto reducing the cost of serving this user".<sup>75</sup>*

La plataforma *two-way* es relevante porque su descubrimiento es que los datos, los puros datos de los usuarios, tienen en sí mismo una importancia estratégica. La plataforma existe, según *J. Ch. Rochet* y *J. Tirole*, cuando afecta el volumen de las transacciones cargando más a un lado del mercado y reduciendo el precio pagado al otro lado por una cantidad similar.<sup>76</sup>

La plataforma es la intermediaria necesaria para que los datos supongan un beneficio para el otro lado del mercado, sin mengua, de que el valor determinante queda en la gestión de las interacciones de la plataforma, porque es la fuente de atracción, conquista, captura de los datos personales.

Los efectos de red dependen primordialmente de los datos y de los complementadores y de aquí viene la plusvalía de la plataforma del tratamiento y procesamiento de los productos predictivos.

---

74. N. Hashai, Platform End Users as free "data Labor"- Redistributing the Value Created in Double Sided Markets, *ssrn. com/abstract 3093683*, 2018, p. 2.

75. J. Tirole, *Economics for the Common Good* Princeton University Press, 2017, 384.

76. J. Ch. Rochet & J. Tirole, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, *RAND J. Econ*, 2006.

El otro lado es la publicidad, pero no solo: también, la industria financiera, aseguradora, médica, cartas de crédito, turismo, economía compartida.

Sin embargo, sería un error descartar que el capital intelectual de la lógica de la arquitectura digital no se exporte a todos los demás sectores de la actividad económica.

El modelo de negocio de la plataforma está fundado en, al menos, dos comunidades de usuarios, que merced a la intermediación de la plataforma, participan e interactúan. Es un mercado que atrae usuarios y facilita su interoperatividad, sea como comprador y vendedor; usuarios y complementadores; usuarios de sistemas operativos y desarrolladores de aplicaciones; usuarios de tarjetas de crédito bancarias y comerciantes.<sup>77</sup>

Al fin y al cabo, es la transformación de la arquitectura productiva de los consumidores en usuarios y la participación de los complementadores, bajo una coordinación que, inevitablemente, será vertical y jerárquica. El poder radicado en la cantidad de datos condiciona el resto.

*"The data is now a powerful economic and politic asset for those who possess it. It will not always be used as we would wish, which raises the complex question of property rights over this data".<sup>78</sup>*

Los datos son el presupuesto de la creación de valor y, en primer plano, la propiedad y posesión de la plataforma y el dominio de la lógica de la arquitectura para la obtención de la renta, la gobernanza de la actividad su localización o deslocalización y la sumisión de la ley positiva a la ley virtual del algoritmo y las interfaces.

---

77. J. Tirole, cit, p. 379.

78. J. Tirole, cit. p. 400.

### 13. La apropiación de la cocreación de valor por la plataforma. Usuarios y Complementadores.

La captura o extracción de valor, siguiendo a *M. Mazzucato*, implica la apropiación del valor de los datos o sus aplicaciones en la plataforma, mediante el tráfico de los recursos existentes, a cambio de ganancias desproporcionadas de su comercio. (*excess profits*).

La clave más importante del capitalismo de vigilancia es la extracción de valor de los datos personales para su posterior aprovechamiento en la apropiación del valor creado. El valor creado es consecuencia de la extracción libre y gratuita de valor. Son los datos personales los que alimentan, como primera materia, la creación de la supe-rrenta digital.

De pronto, la primera materia prima digital es la propia materia humana y su desposesión precede a la manufactura preordenada de productos intangibles de transformación de comportamientos, antes fundado en la libre decisión de la persona. A diferencia del capitalismo industrial de las mercancías ficticias de la tierra, trabajo y moneda; ahora, la nueva mercancía ficticia informacional son las personas.

La libre y gratuita adquisición de datos, como lo fue el petróleo, la minería para las industrias extractivas es la materia prima principal de valor.

La minería de datos es la metáfora de la persona, el grupo, las categorías sociales, la población de la que se consigue la materia prima principal de la creación de valor. En otra versión: los datos personales son el nuevo recurso natural.

*"davvero una miniera a cielo aperto dalla quale attingere dati ininterrottamente".<sup>79</sup>*

---

79. S. Rodotà, *Vivere la democrazia*, 2018, Laterza, p. 25.

La fuente de valor no es el algoritmo, sino, al máximo, el vehículo para conseguirlo; pero, son los datos los que crean las condiciones de la nueva riqueza, de los nuevos oligopolios: se trata de la transformación de parte de la vida humana, si no toda, en datos computables.<sup>80</sup>

La persona digital deviene fuente de riqueza y de desigualdad.<sup>81</sup>

Los datos son la nueva mercancía ficticia en la economía de mercado de la cadena de valor global. Es la persona digital.

*"Our algorithmics identities are made through data and only data".<sup>82</sup>*

El capitalismo de vigilancia se apoya en la materia prima de los usuarios para la fabricación de los productos predictivos comercializables con terceros consumidores, sea publicidad, finanzas, seguros, sanidad, viajes, hostelería.

El sistema de la plataforma está concebido en su inaccesibilidad tecnológica por la competencia o por los propios usuarios y complementadores. Es un artefacto que responde en su estructura y función a los que lo han establecido.

La plataforma es el medio que consiente a los propietarios sacar partido de la innovación en una proporción que por sí mismos no podrían conseguir. El valor de fuera, que es el objetivo, se apoya en los usuarios y complementadores".<sup>83</sup>

80. Jh. Cheney-Lippold, *We are Data. Algorithms and the making of our digital selves*, New York University Press, 2017, p. 262.

81. K. Pistor, *The Code of Capital. How the Law creates wealth and inequality*, Princeton University Press 2019, p. 131.

82. Jh. Cheney-Lippold, cit. p. 30.

83. A. Tiwana, cit. p. 68.

El valor primero, más importante, de la automatización es el usuario. El algoritmo es una caja vacía sin gente que acceda y lo utilice. La ley de *Metcalfe* establece que el valor de una red de comunicación depende del número de usuarios que posea. El efecto red es esencial para la creación y captura de valor y la posición dominante del que lo consigue: *winner takes all*. (J. Tirole).

*“the continuous expansion of the extraction architecture to acquire raw material at scale to feed an expensive production process that makes prediction products that attract and retain customers.”<sup>84</sup>*

El usuario, por otra parte, puede actuar como complementador, proponiendo soluciones a la plataforma en su propio interés. A está le puede convenir para ampliar su propia base de usuarios.

*“In customer as developer ecosystems, the focus of platform governance shifts to the customer. The goal is to enable customers to create value so that the installed base of customers increases. Customers are not attracted by third-party applications but by the core features of the platform and the possibility to adapt these to their own needs.”<sup>85</sup>*

El usuario no es rival, como puede llegar a ser el complementador, ni está en el mercado. El riesgo no existe: la plataforma le consiente el acceso técnico a cambio de una contraprestación por su aporte y le absorberá o se la comprará si su aplicación es exitosa.

La lógica de la arquitectura de la plataforma privada reposa en el algoritmo, las interfaces y en los complementa-

---

84. Sh. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*, 2019, Hachette Book Group, p. 129.

85. M. Schreieck, M. Wiesche, H. Krcmar, *How Platform Governance changes when Customers become Developers*, Academy of Management Annual Meeting Proceedings, August 2019.

dores. Su participación crea riqueza para la plataforma, como lo hacen los usuarios; alimentan la renta propietaria, mediante aplicaciones que añaden valor a la arquitectura existente de la plataforma. (*extensiones, plug-in, add-on*).

La plataforma de software (*software platform*) ofrece servicios para complementadores de aplicaciones, que acceden al sistema central para compatibilizar su aplicación. Los complementos forman parte de la lógica de la arquitectura de la plataforma *Two-Sided*.<sup>86</sup>

Los complementadores o terceras partes forman parte de la arquitectura lógica de la plataforma, porque son necesarios para mejorar su funcionalidad; aunque, al mismo tiempo, su configuración es ambigua. Por una parte, el tercero puede ser a la vez usuario y viceversa. Por otra, a diferencia del usuario, percibe la contraprestación por su actividad a favor de la estrategia de los propietarios de la plataforma.

El complementador tiene reconocida la retribución económica por la creación de valor por la realización de su servicio, que, al usuario, como tal, se le niega.

El desarrollo de aplicaciones que benefician al sistema de la plataforma y a sus propietarios figura como uno de los elementos centrales para asegurar el efecto de red de la plataforma, o sea, atraer más usuarios a su base de datos.

La actividad del complementador es externa a la arquitectura del sistema, aunque figure como elemento central, y ello a causa de que es ajena a la estricta dependencia laboral por cuenta ajena. No es un trabajador por cuenta ajena, pero está subordinado al acceso tecnológico que dic-

---

86. D. S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, Competition Policy International, V. 3, 1, 2007.

tan los propietarios de la plataforma y, asimismo, a las condiciones económicas que le fijen por su desarrollo.

Esto define la ambigua situación del complementador que siendo autónomo está subordinado en su trabajo a la decisión de los propietarios de la plataforma. El valor de su creación contribuye al valor de la plataforma, de sus propietarios.

*“meaning that platform owners (holding property rights over platform) capture most of the value being created in by the participating parties (Cennamo, Santalo, 2013)”.<sup>87</sup>*

La captura del valor sugiere un ensayo, transita por tres mecanismos:

- *Absorción*: el propietario de la plataforma extiende su núcleo con funciones o aplicaciones integras ofrecidas por los complementadores (adquisición, imitación, extensión).
- *Co-venta*: el propietario de la plataforma se compromete en actividades conjuntas con los complementadores para apoyarlos en la venta de sus aplicaciones. (agrupación de software en un único programa, marca y certificación de las aplicaciones, asistencia a los usuarios.
- *Verticalización*: el propietario de la plataforma define y junto con los complementadores implementa casos de uso vertical, destinado a industrias específicas.<sup>88</sup>

87. M. Nadja-Janoszka, Towards Platform Defined Business Complementarity at the Spotlight, Jagiellonian University in Krakow, 2018.

88. M. Schreieck, M. Wiesche, H. Kremar, The Platform Owner's Challenge to Capture Value- Insights from a Business-to-Business IT Platform, Thirty-Eight International Conference on Information Systems, South Korea, 2017.

La respuesta está en la identificación de las grandes plataformas digitales como monopolios. Su poder es par a la dimensión económica que ostentan. La propiedad y gestión es enteramente privada, ampliamente desregulada e inmune a los impuestos. Es decir, la supremacía es conatural a su posición en el mercado.

*“Such dominance implies that online giants can impose their conditions on users and customer firms.”<sup>89</sup>*

La captura de valor por el oligopolio digital transcurre desde la asimetría de poder que lo caracteriza. La relación con los complementadores es la absorción –adquisición, imitación, extensión– o la verticalización desde la dirección de la plataforma. El supuesto de co-venta es inverosímil, excepto en el caso de empresas de poder y dimensión equivalente, ninguna de las cuales puede imponer sus condiciones a la otra.

*“Amazon and Microsoft are profiting from the shift to cloud computing. Apple continues to own the premium market for apps, smartphones, and wearable devices, while Google and Facebook are maintaining their grip on digital advertising. As the rich get richer they are also branching out. They are muscling aside or buying out rivals. And they are locking in the industry’s best engineers with paydays smaller companies could never match.”<sup>90</sup>*

Los complementadores tienen un oscuro futuro, porque el poder económico ilimitado de las grandes plataformas tiende a la autosuficiencia tecnológica, lo cual quiere decir que de todo el valor que sean capaces de crear, gran parte terminará en sus manos.

89. M. Mazzucato, *The Value of Everything*, cit. p. 218.

90. D. Wakabashi, M. Phillips, *As tech giants grow, smallest are squeezed*, *The New York Times International Edition*, February 5<sup>th</sup>, 2020.

Finalmente, las terceras partes tendrán que pagarles para que acepten sus creaciones originales, sabiendo que perderán el dominio de su original o invención.

En suma, los complementadores, integrantes de la lógica de la arquitectura de la plataforma, no crean valor para ellos, sino para los propietarios de la plataforma y su retribución actual podría quedar sin efecto si éstos deciden absorber o verticalizar las aplicaciones. Y solo accederían a la plataforma si aceptan compensar o satisfacer de algún modo, a sus propietarios, por la oportunidad.

Mientras tanto, los complementadores son innovadores autónomos en estricta relación de subordinación o dependencia. Un momento de autonomía (creativa) por cuenta propia en el interior de una relación esencialmente laboral por cuenta ajena. Para entenderse, como si se tratara de una invención laboral.<sup>91</sup>

La apertura de la plataforma es un mito, porque siempre prevalece la hipótesis de control jerárquico y resultados y ello incluye, sobre todo, a los complementadores, a las pequeñas empresas de desarrollo que pueden obstinarse en la competencia.<sup>92</sup>

El peaje es altísimo y compromete los mercados adyacentes o los productos o servicios que pueden sospechar competencia con los propios.

El Testimonio de *Heinemeier Hansson* en el Congreso de Diputados de los EEUU describe en palabras directas lo que en la práctica es el ejercicio de abuso dominante por las grandes plataformas respecto a los complementadores o

---

91. T. Rosembuj, *Intangibles*, cit. p. 231.

92. Written Testimony of D. Heinemeier Hansson, Base Camp, hearing on Online Platforms and Market Power, Part 5 Competitors in the Digital Economy, January 17th, 2020. US House of Representatives.

terceras partes, obligados al pago de peajes sistemáticos para entrar en la lógica del sistema.

*The power that these big tech companies wield over small tech companies is **terrifying**. If your presence ends up displeasing any of these conglomerates, they can make you essentially disappear from the marketplace with the press of a button -- by relegating your position in their search engine to page 42, or by banning your application from their app stores altogether.*<sup>93</sup>

El Testimonio ilustra con más claridad que los textos académicos que lo que se juega es la aceptación indiscutida de las reglas y requisitos impuestos por las grandes plataformas o la extinción, simplemente apretando un botón.

*“The threat is very real, and all of us small tech operators instinctively internalize it, which often stifles dissent. Furthermore, many small online businesses are so utterly dependent on being in the good graces of the internet giants that they develop a form of Stockholm’s Syndrome, thanking their captors for the few crumbs they’re allowed to keep”.*

La sumisión es imprescindible, so pena de expulsión del mercado, y el agradecimiento obligatorio, simplemente, por dejar migas para sobrevivir.

La situación ambigua de los complementadores o desarrolladores de aplicaciones ilustra claramente una posición de servidumbre que la literatura apenas denuncia.

En la **sharing** o **gig economy** hubo una tentativa de calificar como contratistas independientes o autónomos a los colaboradores, v. g. Uber; actualmente parece imponerse la verdadera realidad jurídica de los mismos que no es otra que la de trabajadores por cuenta ajena ocultos por el disfraz de la autonomía. Eso mismo parece replicarse en los complementadores, cuya subordinación es completa.<sup>94</sup>

93. Ibidem.

94. T. Rosembuj, Inteligencia Artificial e Impuesto, cit.

La definición de la plataforma como “*Two-Sided*” debiera eludir considerar como comunidades distintas a los complementadores y usuarios; porque, los primeros están más próximos a la comunidad de usuarios que a los propietarios de la arquitectura de la plataforma. Son diferentes, pero, no tanto. A lo sumo, son trabajadores calificados, frente al usuario ordinario sin otra capacitación que la utilización de los servicios, sacrificando el dominio personal sobre sus datos.

No es verosímil sostener, dada la experiencia, que el modelo de la plataforma permite a los terceros de fuera innovar y compartir los beneficios con los propietarios de la plataforma. La originalidad y la invención apenas sostiene la subsistencia de los miles de pequeñas empresas o personas que ofrecen sus aplicaciones a los propietarios de la plataforma. El mayor valor creado se queda en la plataforma o sus propietarios lo capturan posteriormente.

## 14. La CVG y la plataforma digital.

*Jh. Humphrey explica y confronta la gobernanza de la cadena de valor en sus términos originales y las plataformas. Es un ensayo sugestivo que sirve como guía de las diferencias existentes entre las plataformas y el modelo tradicional previo de la cadena de valor global.*<sup>95</sup>

El autor indica que las diferencias más llamativas se relacionan con la gobernanza de mercado, la capacidad de las plataformas líderes para modelar los mercados sin comprometerse con otros participantes y la importancia de la conservación del liderazgo de la plataforma.

---

95. Jh. Humphrey, Value chain governance in the age of platforms, School of Business, University of Sussex, Brighton, UK, 2018, Institute of Developing Economies, Japan External Trade Organization.

*“The relationship between Apple and hundreds of thousands of app developers can be characterized as “market” or “arm’s length”... Nevertheless, this is a market with a monopoly buyer that is able to exercise supervision over complementors through contractual obligations and conditions for access to the platform. It is not the market of standard products with many buyers and sellers ...”*<sup>96</sup>

Los derechos propietarios fijan, desde el inicio, las reglas de juego en orden al diseño del producto y la definición de las oportunidades disponibles a los complementos. La consecuencia es que, del valor creado por terceros, gran parte queda en las plataformas líderes, sin que sea necesaria coordinación ni consentimiento expreso.

*“As well as market power, lead firms use the development of industry standards to reinforce their position... More generally, the analysis shows the importance of architectural manipulation as a means of shaping value chains and capturing value”*<sup>97</sup>

Los líderes de la plataforma pueden usar su poder de acceso al sistema del cual son propietarios para regular la actividad de los complementadores. Las condiciones de acceso a la plataforma, en rigor, son una explícita forma de control sobre las terceras partes y subordinación a sus funciones jerárquicas.

La arquitectura fija el gobierno, el territorio, desde donde se fijan las reglas de juego del sector o de la industria y los que están fuera no pueden sino soportar los efectos de la actividad y los objetivos de la plataforma.

La gobernanza del propietario de la plataforma domina el ecosistema montado, a partir de la arquitectura y de los recursos económicos que dispone. La decisión del propietario es predominante sobre cualquier otro agente rela-

96. Jh. Humphrey, cit. p. 11.

97. Jh. Humphrey, cit. p. 13, 15.

cionado, en particular, el control sobre la actividad de los complementadores y el precio que está dispuesto a pagar, sin consentir su entrada en el sistema, si advierte el mínimo riesgo (absorción, imitación, liquidación).

*"In particular, the platform literature shows that the governance strategies of platform leaders are determined not only by the search for efficiency but also by the pursuit of continued platform leadership".<sup>98</sup>*

El liderazgo no es una práctica virtuosa. El mercado está pleno de buenas intenciones frustradas. Los propietarios de las plataformas líderes actúan su liderazgo sin escrúpulo alguno, ante el legislador, la justicia, la competencia, los complementadores y los impuestos.

La función de los complementadores depende de la decisión de la plataforma, de dejarlos entrar, crecer y consolidarse. Y esto es una amenaza.

*"The central problem for a small software business like ours is that the once open internet has been colonized by the big tech giants, and they're erecting **tollbooths** everywhere. Tollbooths that restrict our access to customers, induce us to compromise our ethics, erode our self-determination, and ultimately threaten to suffocate us entirely".<sup>99</sup>*

La plataforma no es una buena elección cuando existe el riesgo cierto de la expropiación del servicio de complementos o su imitación o la exclusión o prohibición de entrar en la lógica de la arquitectura; lo cual no supone que su utilidad podría ser otra, si la mano de obra calificada –desarrollo de aplicaciones– tuviera la protección jurídica de su intento original o invención como resultado del trabajo efectuado.

98. Jh. Humphrey, cit. p. 15.

99. Written Testimony of D. Heinemeier Hansson, Base Camp, hearing on Online Platforms and Market Power, Part 5 Competitors in the Digital Economy, January 17th, 2020. US House of Representatives.

## 15. La plataformatización.

*“La plataformatización es la penetración de las infraestructuras, procesos económicos y marcos de gobernanza de las plataformas en diferentes sectores económicos y esferas de vida”.*<sup>100</sup>

Poell, Nieborg, van Dijck explican el impacto de las plataformas en modo claro y directo.

*“...the power relations among platform operators, end-users, and complementors are extremely volatile and inherently asymmetrical as operators are fully in charge of a platform’s techno-economic development”.*<sup>101</sup>

La plataformatización ocurre en tres dimensiones: infraestructuras de datos, mercados, la gobernanza de las interacciones entre usuarios y complementadores. Es un conjunto de procesos interactivos que están estructurados en base a las relaciones desiguales de poder.

La datización, primera dimensión, es de la esencia digital, sin datos no hay algoritmo y sin algoritmo pierde validez cualquier noción de bien digital. El valor de los datos reside en su infinita reutilización.<sup>102</sup>

La recombinación de los datos, su acumulación, su extensión, la transformación mediante predicciones, son perfiles de su valor de reutilización, que, hay que insistir, provienen de la recogida gratuita de la información del dominio público. La transformación en productos predictivos permite a la mercancía informacional convertir cada instancia humana en datos de comportamiento sobre el cual actuar.

100. Th Poell, D. Nieborg, J. van Dijck, Platformisation, Internet Policy Review, Vol. 8, 4, 29 November 2019.

101. Th Poell, D. Nieborg, J. van Dijck, cit. p. 6.

102. V. Mayer-Schönberger, K. Cukier, Big Data, 2013, Garzanti, ed. Italia, p. 142.

A. Helmond, desde una perspectiva nueva, sumamente atractiva, enfatiza el concepto clave de la plataforma en la programación.

Un programa de software que sirve a otros programas de software mediante interfaces, que, a su vez, permite aplicaciones para su reprogramación, o sea, el intercambio de información entre aplicaciones que deja a los usuarios interactuar o responder a datos y servicios.

En suma, una plataforma es, en términos simples, su arquitectura lógica, el elemento central de los operadores, de los propietarios. ¿Para qué? La programación es lo que facilita **descentralizar** la producción de datos y su acumulación desde todos los ámbitos que se pueda y **recentralizar** la recogida de datos para su análisis y conversión en mercancía informacional. La comercialización de la actividad del usuario. La doble lógica de la programación.

La doble lógica de la plataformatización: *"These two processes of decentralizing platform features and recentralizing platform ready data characterize what I call the double logic of platformization".*<sup>103</sup>

Los mercados, segunda dimensión, conciernen la reorganización de las relaciones económicas alrededor de las plataformas *Two-Sided o Multi-Sided*. La plataforma supera a la empresa que negocia directamente con sus compradores, porque agrega a las transacciones con los usuarios otras terceras partes interesadas en el comercio de los datos personales, tales como empresas publicitarias o intermediarios de distintas actividades económicas.

La gobernanza de las interacciones entre usuarios (y con complementadores) es la tercera dimensión de la pla-

---

103. A. Helmond, *The Platformization of the Web: Making Web Data Platform Ready*, Social Media +Society, July-December 2015, 1-11, p. 8.

taformatización. El algoritmo encauza las interacciones, permitiendo o prohibiendo comportamientos y modelando los tipos de contenido y servicios que son de interés de los propietarios de la plataforma y conservando en oscuro y bajo secreto lo que no les importa informar.

El control también alcanza a la interoperación de los complementadores con los usuarios a través de las interfaces y el desarrollo de software y servicios de datos.

Finalmente, la gobernanza de la plataforma se encarna en la forma de los términos del servicio, acuerdos de licencia y guías de conducta a los complementadores que deben aceptarlas incondicionalmente, si aspiran a entrar en el corazón del sistema de la plataforma.

*“the challenge is to integrate platforms in society without undermining vital traditions of citizenship and without increasing disparities in the distribution of wealth and power”.*<sup>104</sup>

La conclusión es previsible. La plataformatización debe disciplinarse democráticamente y efectivamente por las instituciones públicas, teniendo en cuenta sus efectos sociales y culturales, y la desigualdad de renta y riqueza que origina.

## **16. La migración de la plataforma sobre la economía convencional.**

La plataforma, por definición, tiene, al menos, dos lados, que interactúan por medio de la plataforma. Es un cauce dirigido a cambiar el funcionamiento de los mercados sobre la base de datos de los usuarios, las aplicaciones de los terceros desarrolladores.

---

104. Th. Poell, D. Nieborg, J. van Dijck, cit. p. 9.

*“Platforms owners ... use user data (both user content and non-content like logs or service use history) for their business. It ultimately leads to critical mass and high revenue.”*<sup>105</sup>

El mercado digital conquista el mercado convencional de productos y servicios porque posee los efectos de red, la cantidad de usuarios y complementadores, que alimentan su poder económico y de gobernanza. Los datos gratuitos y la explotación de los innovadores externos permiten la supremacía del ecosistema de la plataforma.

La ocupación digital del sistema productivo reposa en dos factores: el poder del algoritmo, la potencia de los ordenadores y la ubicuidad en la cloud de la red de Internet.

*“The emergence of business ecosystems is changing the first rule of competition that firms compete with rival firms. Competition, in a growing variety of industries, is increasingly migrating to being among rival ecosystems rather than among rival products or services. **After this transition, a good product or service without a compelling ecosystem has not shot in the market.** The industry-agnostic migration toward business ecosystems is enabled and fueled by the confluence of (1) digitization as well as the growing software intensity of products, services, and business processes across industries and the ubiquity of cheap and fast Internet-based networks.”*<sup>106</sup>

Cualquier dato que puede digitalizarse –codificarse como una cadena de bits– es información. El bien digital es mercancía informacional intangible y su primer efecto (efecto de red) es incrementar su valor en proporción al número de usuarios que lo emplean o acceden a su conocimiento.<sup>107</sup>

105. S. Une Lee, L. Zhu, R. Jeffery, Data Governance for Platform Ecosystems: Critical Factors and the State of Practice, Architecture and Analytics Platforms Group, Data61, CSIRO. School of Computer Science and Engineering, University of New South Wales, Sidney, Australia.

106. A. Tiwana, cit. p. 272.

107. T. Rosembuj, El impuesto digital, Barcelona, 2015, p. 28.

*"Digitization allows products and services to be converted into bits of digital information and ubiquitous connectivity wipes out the costs of acquiring and delivering them from just about any location".<sup>108</sup>*

La competición será difícil sino imposible para la empresa convencional si no asume el ecosistema de la plataforma y persiste en el ciclo económico de producto o servicio singular, desde el diseño a la venta final, en el circuito que distingue a la cadena de valor global.

*"Industries that have ecosystem potential include telecommunications, publishing, manufacturing, electrical equipment, consumer goods, chemicals, education, healthcare (e. g., health management organizations), textile, credit card businesses, banking, job search services, real estate brokerage, travel, gaming, pharmaceuticals and genetics research, food and beverage, and automotive (including electric vehicles)".<sup>109</sup>*

La transformación comprende a cualquier empresa en el sistema económico porque obliga a la extracción, tratamiento, proceso, de datos hasta la elaboración de la mercancía informacional. La competencia ha sido establecida por las industrias de la tecnología de la información que dominan el mercado digital. La competencia, como bien afirma *Tiwana*, no es contra productos o servicios rivales, sino entre plataformas.

*"Competition is migrating to rival platform ecosystems competing against one another, replacing competition among rival products and services. The potent mix of specialized expertise with **the disciplining power of platform markets** can foster innovation at a pace that can trump even the mightiest product and service business. Companies that fail to recognize this shift in their own industries are on a death march, on the waiting list of fallen giants like the Pony Express, Kodak, Blackberry, Palm, and Sony".<sup>110</sup>*

108. A. Tiwana, cit. p. 273.

109. A. Tiwana, cit. p. 273.

110. A. Tiwana, cit. p. 20.

La fuente de la preeminencia digital es económica –la gratuidad de los datos personales, la elaboración de productos predictivos, el tratamiento diferencial a los complementadores, que ofrecen aplicaciones a bajo precio– y de gobernanza dictatorial (benevolente) desde la arquitectura exclusiva y cerrada que proporciona el algoritmo y el interfaz y la cloud en la red digital.

## 17. La plataforma digital.

La cadena de valor global sufre una profunda subversión ante el ecosistema de la plataforma, que, sin embargo, no altera el beneficio de la empresa líder u operadora digital o su aportación al desvalor legal, financiero, fiscal en perjuicio de las jurisdicciones con sistemas tributarios ordinarios.

La principal distinción es la creación y captura de valor desde la gestión de los activos de información (datos) y la manufactura de mercancía informacional.

La segunda, es la potenciación de los activos de información tecnológica (ordenadores, cloud, bases de datos, software de interfaces y aplicaciones) como infraestructura de la toma de decisiones, apoyada en la red de Internet.

La tercera, es la construcción de la fábrica de algoritmos en torno a una arquitectura –intangible– manipulable. Un sistema de software –algoritmos– reprogramable reiteradamente por obra de interfaces y aplicaciones de complemento.

Los operadores o propietarios ejercen el pleno ejercicio del poder, de los derechos, de los contratos, de los términos y condiciones de servicio, de la gobernanza de la plataforma, sin necesidad de acuerdos, pactos, o consenso con ningún asociado, proveedor o tercero complementador.

La plataforma materializa el sueño del mercado auto-regulado.

La clave es escueta: la plataforma consigue el poder disciplinario ilimitado en los mercados globales, sobre las personas, las otras empresas, los gobiernos y las instituciones. Pero, es otra CVG.

*“The value chain describes the full range of activities that firms, and workers perform to bring a product from its conception to end use and beyond. This includes activities such as design, production, marketing, distribution, and support to the final consumer”.<sup>111</sup>*

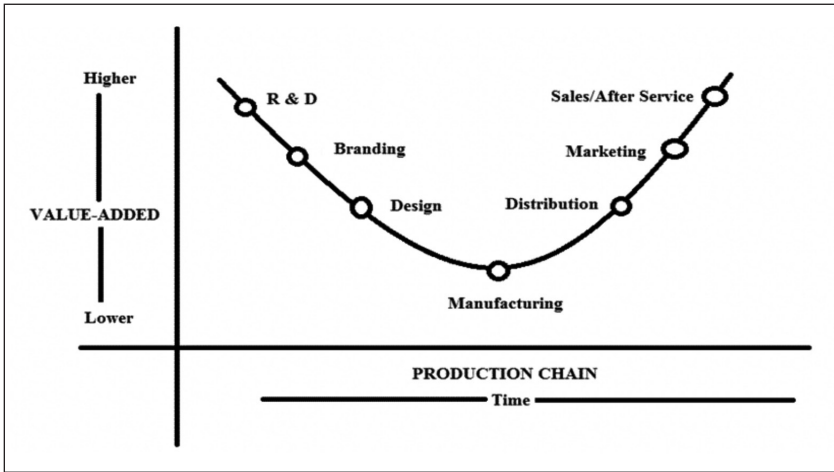
La descripción es genérica, pero, alude directamente a las empresas globales tradicionales (y los trabajadores), desde la concepción de un producto y las sucesivas etapas que atraviesa hasta el consumidor final, desde la I&D hasta la venta final y postventa.

La curva de la sonrisa (*smile curve*), en forma de U, es frecuente en el contexto de la CVG para describir el valor añadido al producto en cada una de sus etapas.

El diseño de I&D, la confección de la Brand, manufactura, distribución, marketing, ventas, postventas.

La empresa transnacional, dentro de la CVG, se ocupa de las actividades de capital intelectual, creadoras de mayor valor añadido: el secreto propietario, el secreto posesorio, el capital relacional con los clientes y proveedores, el capital humano calificado y establece acuerdos de colaboración en la manufactura, aprovechando el bajo coste de la mano de obra y otras ventajas de la localización y, en general, la intermediación de bajo valor añadido o accesoria y la distribución y marketing.

111. G. Gereffi, K. Fernandez –Stark, *Global Value Chain Analysis: A Primer*, cit. p. 4.



Fuente: *Mudambi* (2008).

El modelo de CVG centraliza el capital intelectual en la empresa líder; pero, siempre desde un lado del mercado, y enfocada sustancialmente al *offshoring* de la manufactura. La ventaja competitiva en el mercado depende de activos intangibles directamente relacionados con la producción material o física a bajos costes, para tener el privilegio de la localización geográfica del trabajo, de las sinergias intrafirmas, del factor calificado de capital humano, del secreto propietario (propiedad intelectual e industrial), secreto posesorio (know how, show how, I & D, branding), relaciones con proveedores y clientes.

La empresa líder, como en la plataforma, es el actor principal de la cadena; pero, a diferencia de la plataforma, interactúa con otros agentes económicos intermediarios sean proveedores o distribuidores e instituciones en su país y donde es huésped. El poder, entonces, no es ilimitado, obligado por la participación social, política, económica de terceros, a concesiones y autocontrol.

El modelo de CVG utilizado sustancialmente en la empresa transnacional consigue la ventaja competitiva de la

gestión de la cadena de valor. Esto significa, su flexibilidad para elegir productores, proveedores, subcontratación, y, sobre todo, *outsourcing*, *contratación* externa, con empresas colaboradoras, y compradores, en diferentes países donde actúa. La CVG fue pensada para las empresas *one-sided* en relación directa con la venta final, acompañada por el despliegue del capital intelectual y, fundamentalmente, por la financialización de la actividad.

*“The key shift we are witnessing in an increasingly globalized and competitive world is a transition from rents accruing from tangible activities to those arising from intangible activities in the value chain.”*<sup>112</sup>

La financialización de su actividad permitió a la empresa transnacional no digital distribuir su producción globalmente, conservando los beneficios, sin requerimientos de nueva inversión. Curiosamente, así dio inicio a su concentración en su competencia central, desplazando al exterior lo que consideraba menos relevante. Esto explica, el pago de elevados dividendos a sus accionistas, la recompra de acciones, acciones de fusión y adquisiciones de empresas.

*“The point is not that globalized production triggered financialization, but that global production strategies have helped to sustain financialization.”*<sup>113</sup>

La digitalización aceleró un proceso de innovación y reorganización de la empresa multinacional que estaba latente; pero, a diferencia de esta, no está subordinada a la financialización, sino comprometida con la ocupación absoluta del mercado global y la exclusión o colusión con los rivales apoyada en sus propios recursos.

112. R. Kaplinsky, M. Morris, *A Handbook for Value Chain Research*, cit. p. 34.

113. W. Milberg, *Shifting sources and uses of profits: sustaining US financialization with global value chains*, *Economy and Society*, V. 37, 3, 2008, p. 445.

La plataforma crea el valor y captura el valor desde su arquitectura, sin prestar atención a los otros participantes, salvo que sean meramente accesorios y es *Two sided o Multisided*. Asimismo, ha cambiado la medida del valor añadido: la producción no supone primacía sobre el diseño o el *marketing intangible (brand, trademark)*. Al contrario. La plataforma tiene una relación inversa: todo es capital intelectual en sus diferentes elementos y reposa, en esencia, en el programa de software, las interfaces, las aplicaciones de los complementos y, finalmente, en el usuario, que puede, también, ser complementador.

La curva de la sonrisa de la empresa transnacional no es idéntica a la digital.

Las cuatro principales diferencias entre la CVG de la empresa transnacional no digital y la plataforma estriban en que no gestiona los dos lados del mercado, y asimismo, que esta última no practica el extendido *offshoring* de la otra ni, tampoco, la financialización de su actividad. Por último, tiene en claro que todo o casi todo el beneficio creado le pertenece por derecho propio, una vez posee la materia prima de los datos para su comercialización.

Y no solicita presencia física en el territorio que será su mercado.

*"Digital networks are distance insensitive. Digital data can be stored anywhere, sent anywhere, manipulated anywhere, sold anywhere".*<sup>114</sup>

Habrá que ver, el futuro de la plataformatización de la economía en general. El vehículo, la alimentación, el textil, la seguridad no tardarán en encontrar el valor añadido de su *smile curve* en la comercialización de los datos de sus

---

114. A. J. Cordell, *Taxing the Internet: The Proposal for a Bit Tax*, International Tax Program at the Harvard Law School, February 14th, 1997.

usuarios, antes que, en los productos técnicos propuestos hasta ahora, sin sacrificio, salvo la búsqueda permanente de la nueva materia prima de datos personales.

La *smile curve* digital elimina etapas de valor añadido, concentrada como está en la construcción de la plataforma y sus elementos nucleares y la atracción del *network effect*. Es una curva menos curva, más lineal y directa.

La CVG de la empresa transnacional no digital y digital conserva su utilidad, no obstante, porque, en ambas situaciones, es instrumento de favor de actores de los países ricos que capturan la creación de valor de los países en desarrollo, en un caso explotando sus bajos costes laborales o influencias sobre proveedores, instituciones y países y en otro, mediante la apropiación de los datos personales de los usuarios en cada jurisdicción y su tratamiento en situación de oligopolio.

La creación y la captura de valor cuenta con un elemento escasamente enfatizado que es el desvalor fiscal a través del desplazamiento del valor creado a jurisdicciones fiscalmente no cooperativas o por erosión de sus bases imponibles con igual destino.

No parece temerario sostener que el desvalor fiscal, la nula imposición sobre la empresa transnacional, digital y no digital, es un componente invisible y oculto, absolutamente necesario para la maximización de la rentabilidad de su actividad. O, dicho de otra forma, la CVG digital hereda a la CVG industrial y la mejora.

*“Globalization through the extension of GVCs has often posed insurmountable challenges to the operation of this fiscal system and many of the world’s leading GVC lead firms live in **a world of double-non-taxation**...Rents have been reallocated from “active” to “passive” incomes. With passive incomes being declared in countries with low or zero tax rates. Firms have been assisted in this by collusion with individual nation*

*states who engage in “wars of incentives” designed to lure lead firms to locate their residence within their boundaries”.*<sup>115</sup>

Es un lugar común, pero inevitable: la competencia virtual a través de ventas remotas requiere un espacio digital local, al cual la plataforma accede sin que le sea necesario establecer ninguna presencia física o material. No tiene otro interés que la usabilidad de cada mercado; que no su habitabilidad.

## **Conclusión.**

La plataforma, en su primera idea, fue una técnica de planificación empresarial consistente en activos comunes para la producción de bienes y servicios diferenciados, con una cierta orientación hacia la valorización de los activos intangibles de la actividad, algo así, como una expresión aproximada del capital intelectual de la organización. Posteriormente, surge la versión de plataforma interna, donde el énfasis está en la estructura común focalizada en torno a la reutilización de partes compartidas y diseños modulares, para el desarrollo de una corriente de productos derivados. Ahora, el acento está en la plataforma externa cuya función es servir de soporte a un ecosistema de empresas, para la innovación tecnológica de productos, bienes, servicios. La plataforma externa es la fábrica de algoritmos (*Kennedy, Zysman*), un precipitado técnico de capital intelectual intangible. La plataforma digital es indivisible de *la cloud computing*, del Big Data, de la potencia de ordenadores y, del poder algorítmico. La plataforma aparece como el establecimiento mercantil del capital organizacional, el diseño

---

115. R. Kaplinsky, D. Davis, M. Morris, Rents, Power and Governance in Global Value Chains, *Journal of World-Systems Research*, Vol. 24, 1, 2018, p. 6.

y la arquitectura de coordinación, el resumen de la gobernanza central y jerárquica digital. La estructura que conforma el almacenamiento de la propietización de los datos y manufactura de productos predictivos. La creación de valor viene de fuera del sistema, de los usuarios y complementadores. El ecosistema de la plataforma tiene como clave de valor los datos y la cocreación de los usuarios y de los complementadores. En sentido estricto, la plataforma es un sistema de software con las aplicaciones que interactúan y las interfaces a través de las cuales lo hacen. El núcleo de la funcionalidad compartida de la plataforma es el algoritmo. La plataforma *two-sided* significa obtener los datos gratuitamente por un costado; para su transmisión por el otro, v. g. publicidad, sistema financiero, compañías de transportes, asistencia sanitaria, cartas de crédito. El usuario crea la principal fuente de valor; pero, también los complementadores. Estos últimos son víctimas de la diferencia de poder económico en sus tratos con la plataforma, por lo que, al fin, no sería exagerado considerarlos trabajadores calificados, porque sus aplicaciones o resultan copiadas, cuando tienen éxito, se las compran o al límite los expulsan del mercado digital.

La CVG no es igual en la empresa transnacional tradicional y la plataforma digital. Las diferencias, según, *Jh. Humphrey*, se relacionan con la gobernanza de mercado y su pretensión permanente de conservación y aumento del poder económico sobre la competencia, prescindiendo de cualquier compromiso con los otros participantes que puedan poner en riesgo su liderazgo. El propietario de la plataforma domina el ecosistema montado a partir de la arquitectura central técnica y de los recursos económicos que posee. En especial, la fijación de las reglas de juego y el control sobre la actividad de los complementadores, restringiendo su entrada o al límite impidiendo su continuidad autónoma mediante absorción, imitación o liquida-

ción. De la plataforma a la plataformatización de la vida económica, social, política. Primero, la acumulación de datos; la reorganización de las actividades en torno de la plataforma; el ejercicio del dominio algorítmico de las interacciones con los usuarios y complementadores. La finalidad última es la comercialización de los datos del usuario, la construcción de la mercancía informacional o producto predictivo para su venta en el mercado. La competencia no es entre productos o servicios, se convierte en virtual, porque se verifica entre plataformas, incluidos sus prácticas de cartelización, colusión o abuso de poder dominante. La empresa convencional o se transforma o desaparece. La plataforma digital tiene una CVG diferente a la empresa transnacional: por su materia prima; por su infraestructura técnica; por la arquitectura modular, reprogramable y, porque no comparte el valor creado con ninguno y captura cualquiera de sus fracciones generadas fuera. El valor está en los datos de los usuarios y las aplicaciones de los complementadores. La plataforma materializa el sueño del mercado autorregulado. La clave es escueta: la plataforma consigue el poder disciplinario ilimitado en los mercados globales, sobre las personas, las otras empresas, los gobiernos y las instituciones. La curva digital es más lineal y directa que la *smile curve* convencional. En suma, tiene todos los atributos de la empresa transnacional convencional, pero, a su modo, dirigiendo, controlando, sin ofrecer concesión alguna a la riqueza o a su capital intelectual a terceros, Estados u organismos internacionales, con la inestimable ayuda de la creación de valor fiscal –inmunidad de los superbeneicios– a través de jurisdicciones de baja o nula fiscalidad.

## CAPÍTULO III

**18. Elementos de la CVG digital.**

En el capitalismo de vigilancia la plataforma digital, concentrada y escasa, domina el presente y futuro del mercado global.

- La búsqueda online está dominada por Google, en competencia mínima con Microsoft.
- Las redes sociales están bajo la dependencia de Facebook y empresas controladas, en competencia mínima con Twitter y Snapchat.
- En publicidad digital el dominio corresponde a Google y Facebook.
- La descarga de aplicaciones de telefonía móvil es un duopolio entre Google y Apple.
- El comercio electrónico está bajo la supremacía de Amazon, y la mínima competencia de eBay.

Las mismas plataformas dirigen la cloud, los vehículos autónomos, browsers, mapas digitales y herramientas de despacho.<sup>116</sup>

Las causas de la concentración dependen de la economía de escala global, la acumulación y análisis de datos. La cantidad de Big Data es la primera barrera para la entrada en el mercado digital de las nuevas plataformas.

---

116. J. Furman, Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel, U. Kingdom, March 2019, p. 31.

*“as data is power, those already large, often global, businesses which are able to utilize existing data effectively, have advantages in terms of maintaining their existing position and further increasing their market share. This will inevitably pose a barrier to new entrants (without any such data) or even smaller competitors”.<sup>117</sup>*

Los efectos de red son el segundo elemento que alimenta la supremacía a través del número de usuarios y su mantenimiento y crecimiento, de aplicaciones propias o expropiables a los que las desarrollan con autonomía. El fortalecimiento de términos anticompetitivos dirigidos a imponer el poder de negociación sobre los pequeños o medianos complementadores se expresa mediante cláusulas de precios impuestos o de exclusividad y de exclusión o cancelación impidiendo la interacción desde la arquitectura del sistema central.

*“In particular, today’s digital platforms are very careful to maintain complete control over the user relationship so that they do not face any threat of disintermediation. These choices can be used to reduce the possibility of successful entry by an innovator in the platform’s space... Platforms have bluntly moved to prevent disintermediation and have engaged in foreclosure to block potential rivals”.<sup>118</sup>*

El tercero de los elementos es el ataque como mejor defensa de la posición dominante en el mercado, cuando ese oligopolio absorbe la innovación ajena como medio de protección y, al máximo, usa las adquisiciones para matar o distorsionar la innovación, *“creating a Killzone around their positions”.<sup>119</sup>*

Finalmente, un tema de clara influencia fiscal es la fijación de acuerdos de precios entre las empresas líderes, ha-

117. J. Furman, cit. de la Law Society of Scotland, p. 34.

118. Morton, Stigler Center, Committee for the Study of Digital Platforms, cit. p. 49, 51.

119. J. Furman, cit. p. 40.

cia arriba para obtener mayores beneficios o hacia abajo, para excluir competidores o, aún más, para ocultar beneficios, v. g. precios de transferencia, arbitraje fiscal, desplazamiento de beneficios, erosión de bases de imposición, planificación fiscal agresiva. La colusión y el abuso de poder dominante es más peligroso porque se manifiestan a través de *pricing algorithms*.

No es que la nueva transnacional digital esté más preocupada que la tradicional en la evasión o elusión fiscal, en la minimización del impuesto. Lo que pasa es que la autoridad algorítmica, **pricing algorithms**, del intangible convierte en imposible la auditoría administrativa, ni siquiera probable, de sus beneficios.

La ley fiscal no solo no está preparada ante la complejidad de la autoridad algorítmica; sino que, tampoco, para la identificación cuidadosa de los intangibles que hacen a la mercancía informacional, al valor de los datos recogidos, que es cero, a la inmediatez de los resultados y su desplazamiento automático en tiempo real por cualquier espacio digital.

El algoritmo puede alertar sobre los precios de la competencia que se detectan y desafían los acuerdos colusorios celebrados o, inclusive, los acuerdos tácitos que propongan resultados similares o el abuso de poder dominante. La ley antimonopolio está tan desarmada como la ley fiscal para su confrontación.

La “*digitalized hand*”, algoritmos, inteligencia artificial, *machine learning*, Big Data, hacen verdad la mitología de la *mano invisible*, esta vez, convertida en realidad.<sup>120</sup>

---

120. A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy* November 2016, reprint 2019, Harvard University Press.

## 19. Las rentas económicas.

La instantaneidad es el calificativo de la apropiación de valor por la plataforma digital. Ello deriva que obtiene la información por primero y en tiempo real de los éxitos o resultados económicos derivados de los productos de complementadores y otras empresas tecnológicas. De esa forma, puede adoptar decisiones automáticas de captura del valor, de verticalización o autosuficiencia o de extinción.

El poder económico y su función insustituible de intermediario en la plataforma, sobre los dos o más lados del mercado, conforma un auténtico cuello de botella o estrangulamiento de aproximación entre los usuarios y los que pretenden obviar su participación. A cambio, perciben sustanciales comisiones sobre las ventas o se aseguran de que los nuevos datos quedan integrados en su capital informacional.

La renta digital, la nueva renta y la captura de la renta producida, reúne características ya enunciadas en la CVG. Pero, diferenciadas de la renta económica de la empresa transnacional industrial.

Primero, la renta derivada de la explotación de los datos personales, que, en rigor, es un recurso natural y que explica la supremacía de aquellos oligopolios que descubrieron inicialmente el *data mining*, nunca mejor expresado. La acumulación gratuita de la materia prima es condición básica de monopolio.

Segundo, la renta de innovación, mediante la manufactura de los productos predictivos, de la mercancía informacional, para su venta o cesión a terceros; renta que ignora la contribución pública y colectiva a su generación.

Tercero, las rentas derivadas de la recogida y colección de datos (*data-input*) es el modo necesitado para la opor-

tunidad de altos beneficios, comparado con aquellos que carecen y el producto predictivo, mercancía informacional, concluye la renta o plusvalía de comportamiento (*behavioral surplus*). La posición de supremacía de escasas empresas digitales estimula la idea que existen barreras monopolísticas restrictivas de entrada a los mercados.

No solo: minusvalora o desprecia, por temor, asimismo, a los complementadores y otras empresas tecnológicas que son una fuente insustituible de creación de valor mediante las aplicaciones, que, son objeto de captura, por expropiación, absorción, verticalización.

En síntesis, el nuevo valor creado de la plataforma digital puede sintetizarse en su capital intelectual de organización integrado por **activos de innovación tecnológica**: ordenadores, software, interfaces, base de datos, robótica y el capital intelectual relacional representado por **activos de información**: datos apropiados a través de operaciones automatizadas ubicuas.<sup>121</sup>

*"...The information resources extracted from populations worldwide flow into the databanks of the new information capitalists, who then use those resources to devise new profit-making strategies".<sup>122</sup>*

La captura del nuevo valor depende, material y formalmente, de las aplicaciones de los complementadores y del número de usuarios, que hacen utilitario su empleo.

Cuarto, las rentas exógenas derivadas de *location savings* en terceros países, del acceso a usuarios con educación suficiente, o infraestructuras y telecomunicaciones que aprovechan a coste cero, por inmunidad fiscal.

121. V. Khatri, C. V. Brown, Designing Data Governance, Magazines, January 2010, Vol. 53, 1.

122. J. E. Cohen, The Biopolitical Public Domain: The Legal Construction of the Surveillance Economy, Philosophy & Technology, 2017.

*“Understanding both the role of the public sector in providing strategic finance and the contribution of employees inside companies means understanding that innovation is collective: the interactions between different people in different roles and sectors (private, public, third sector) are a critical part of the process”*<sup>123</sup>

El elemento compartido de creación de valor entre la empresa multinacional convencional y la plataforma digital es el fiscal: la renta fiscal que deriva sin actividad económica en jurisdicciones de mínima o nula fiscalidad, que pueden ser, incluso, Estados de aparente fiscalidad ordinaria (Irlanda, Países Bajos, Suiza, Luxemburgo).

## 20. La gobernanza.

En torno a la gobernanza de la CVG, *R. Kaplinsky*, mimetiza su significado con las funciones tradicionales de gobierno: legislativa, judicial, ejecutiva.

Se equivoca. Gobernanza no equivale a gobierno. Se dice gobernanza, pero es gobierno. La gobernanza significa orientar la conducta de otros sin autoridad aparente: el gobierno sin autoridad, encauzado por propósitos teleológicos mediante el consenso. La gobernanza, como tal, es el resultado de la interacción de una pluralidad de sujetos, públicos, privados, sociales, a través de instituciones, formales o informales, mecanismos de orientación o procedimientos de coordinación y acuerdo, frecuentemente, basada en manifestaciones no dogmáticas ni textuales.<sup>124</sup>

---

123. M. Mazzucato, cit. p. 194.

124. T. Rosembuj, *Tax Governance, Los principios de la Unión Europea y del G 20*, Barcelona, 2017.

*R. Kaplinsky* distinguía tres formas de gobernanza de la cadena de valor apoyada en la clásica separación de poderes del gobierno de un Estado.<sup>125</sup>

La empresa líder de la CVG es titular de gobernanza legislativa cuando establece principios y standards para proveedores y está obligada por los principios y standards de los gobiernos en materia ambiental, o de trabajo infantil, a lo cual, hubiera debido añadirse el deber fiscal.

La empresa líder ejercita la gobernanza judicial cuando fiscaliza la actividad de los proveedores en el cumplimiento de los principios aplicados y soporta los principios de trabajo fijados por las organizaciones no gubernamentales o la aplicación de las reglas ISO.

La empresa líder practica la gobernanza ejecutiva cuando la gestión de la oferta asiste a los proveedores a cumplir con los principios o asociaciones con productores con igual finalidad y queda compelida por los proveedores de servicios especializados y la política industrial de los gobiernos.

Finalmente, el ejercicio de sanciones negativas o positivas si una de las partes es excluida de la red de producción o recibe la recompensa cuando supera los niveles pactados de cumplimiento.

La propuesta original partía de una equivocación de conceptos. Y su convicción era débil. Seguramente, sin sospecharlo, aquello que fue un error en la gobernanza de la cadena de valor global tradicional, industrial, adquiere, ahora, un significado completamente diferente.

Las plataformas digitales no son ejemplo de gobernanza; sino de gobierno real y efectivo: gobierno virtual de Estado virtual, con territorio y población virtuales.

---

125. R. Kaplinsky, M. Morris, *A Handbook for Value Chain Research*, cit. p. 30.

El operador o propietario de la plataforma digital ejerce un poder legislativo, en sentido estricto, porque decide quien está incluido en el ecosistema o es excluido; la apropiación de los datos y su análisis; la expulsión de los que pretenden debilitar su intermediación o el contacto directo con los usuarios o su adquisición o extinción. El centro de la plataforma establece las reglas y los principios a los que quedan sujetos todos los que pretendan entrar en relación en el ecosistema de la plataforma.

- El motor de búsqueda fija el algoritmo de acceso a la web y al ranking de la información contenida que se pretende.
- La arquitectura del sistema establece la disciplina para que los vendedores publiquen sus ofertas, los datos y aplicaciones que pueden acceder, acceso a la información generada en la plataforma, los modelos de contratos.

*“Such rule-setting and “market design” determine the way in which competition takes place”.*<sup>126</sup>

La función ejecutiva es autoridad central, unitaria, inimpugnabile. No es una actividad discutible: es una actuación de ordeno y mando, de control persistente y extremo.

*“In particular, today’s digital platforms are very careful to maintain complete control over the user relationship so that they do not face any threat of disintermediation. These choices can be used to reduce the possibility of successful entry by an innovator in the platform’s space”.*<sup>127</sup>

126. Vestager, Competition Policy for the digital era. Final Report. J. Crémer, Y-A de Montjoye, H. Schweitzer, 2019, p. 60.

127. Morton, George J. Stigler Center for the Study of the Economy, and the State. The University of Chicago Booth School of Business. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee Report, May 15th, 2019, it. p. 49.

La experiencia da la razón que, al momento, es el único modo de continuar con el dominio absoluto de Internet y la innovación tecnológica.

La función ejecutiva en la CVG digital no es igual que la percibida para la convencional del pasado. En efecto, *R. Kaplinsky* calificaba esto como la posibilidad de *outsourcing* de la empresa líder de la ayuda a los proveedores y consumidores para el cumplimiento de sus compromisos. Una función cuya legitimidad reposaba en la relación de confianza entre las partes de la cadena. Ahora, el ordeno y mando oblitera cualquier idea de cooperación hacia fuera o con los de fuera y mucho menos la idea de confianza entre el ejecutivo de la empresa líder y sus complementadores, proveedores y, al límite, usuarios.

La orquestación del ecosistema de la plataforma es obra de un *dictador benevolente antes que una democracia*. (*A. Tiwana*).<sup>128</sup>

Nada autoriza a suponer que la dictadura digital abunde en compromisos al externo de su organigrama; ni tan siquiera en colaboración con asistencia de terceros para ello. Por el contrario, es una función exclusiva de su dirección, ejercitada en máximo secreto y confidencialidad y desplegada sobre toda la organización, bajo el imperio estricto de sus objetivos de creación y captura del valor obtenido. La benevolencia es un adjetivo excesivo.

Finalmente, la capacidad sancionatoria de la plataforma digital inicia desde el primer contacto hasta la exclusión, absorción, liquidación final de los que resisten los controles impuestos a sus aplicaciones o proyectos de mejora de funcionamiento. La inclusión comparece como

---

128. A. Tiwana, *Evolutionary Competition in Platform Ecosystem*, *Information Systems Research*, Vol. 26, June 2015.

obediencia y la exclusión inhibe cualquier discusión alternativa. El secreto del algoritmo premia o castiga, a su vez, al usuario, con prescindencia de la información que necesita o de su derecho a la explicación que merece.

*“platform companies have become influential political actors with an obvious interest in preserving their dominant market positions. Creative ideas will be needed to help ‘disrupt’ the ‘disruptors’ and introduce fairer, more accountable, and more just forms of platform governance”.*<sup>129</sup>

En suma, la gobernanza de la gran plataforma está autorregulada. Metafóricamente, en sus perfiles legislativo, ejecutivo y sancionatorio. La arquitectura del código disciplina el ciberespacio y sus programadores determinan la conducta de las personas, de las empresas, de la sociedad. En suma, como ya dijo *L. Lessig*, están en el fundamento de una ley privatizada al servicio de sus intereses mercantiles.

*“Platforms act as regulators of the interactions they host...As platforms act as regulators, they gain an impact on individuals, firms and society that reaches beyond “pure” market power”.*<sup>130</sup>

La mercancía informacional de la plataforma una vez configurada para su despliegue inmediato e instantáneo sin restricciones de uso o espacio se convierte por su propia naturaleza en un corredor libre a lo largo y ancho del planeta. Es lo que *D. Quah* califica como *aespacial*: estar y no estar en ningún lado y en todos a la vez.<sup>131</sup>

129. R. Gorwa, *What is Platform Governance?* Information, Communication & Society, 2019. Esto incluye, entre otros: derechos humanos; equidad, justicia transparencia algorítmica; el desarrollo de la justicia de datos; Responsabilidad Social Corporativa.

130. Vestager Report J. Crémer, Y-A de Montjoye, H. Schweitzer, cit. p. 71.

131. D. Quah, *Digital Goods and the New Economy*, 2003, CEP Discussion paper s 563, London School of Economics.

La localización del espacio es virtual. La globalización hace el resto: el poder de la plataforma se apoya en la apropiación del territorio digital. Cada una de sus iniciativas tiende a la conquista, que no del territorio geográfico, terrestre, sino del espacio digital. La lógica del poder digital es infinita y su vocación no es neutra: tiende a la inmunidad absoluta, a la inviolabilidad ante cualquier ley, jurisdicción, otros competidores, instituciones o factores que pretendan detener su decurso.

*“En términos de lógica del poder no hay ninguna diferencia substancial entre la localización **terrestre y digital**. Detenta el poder quien conquista o se apropia del espacio digital. También el **mercado** es un espacio que es ocupado mediante una **apropiación territorial económica**. Se lucha por las franjas de mercado como si fuesen **espacios**. El mercado global no tiene un vínculo **terrestre**, pero esto no hace superfluo la **localización**. Aún aquí hay que posicionarse, localizarse.”*<sup>132</sup>

El poder digital tiene como lugar su propio ecosistema de plataforma, cuyo espacio no es el físico del territorio, de la población, del Estado. Es un poder que, como afirma Han, se relocaliza en la conquista de todo el espacio digital, los mercados digitales, que le es posible. Un poder que aparece como nueva forma de Estado, con su espacio, con su población propia, su jurisdicción, legislación e imposición de normas de *facto* algorítmicas.

*“In the complexity of the governance issues they face, today’s biggest platform businesses resemble nation-states. With more than 1.5 billion users, Facebook oversees a ‘population’ larger than China’s. Google handles 64 percent of the online searches in the U. S. and 90 percent of those in Europe, while Alibaba handles more than 1 trillion-yuan (162 billion US dollar) worth of transactions a year and accounts for 70 percent of all commercial shipments in China. **Platform businesses at***

132. Byung-Chul Han, *Che cosè il potere*, Milano, 2019, p. 116.

*this scale control economic systems that are bigger than all but the biggest national economies*.”<sup>133</sup>

El poder digital en la CVG supera ostensiblemente al que fuera característica del poder de la empresa transnacional convencional. La ausencia de disciplina jurídica global, internacional y la inmunidad financiera, fiscal, estimulan la resistencia hacia otros poderes distintos y alternativos, como la jurisdicción pública y, al límite, su eliminación.

La resistencia al control público transita por tres cauces: movilización política, lobbismo; negativa a colaborar con los gobiernos salvo que se vean judicialmente compelidas; secretismo tecnológico que impide conocer su arquitectura algorítmica.<sup>134</sup>

## 21. *Embeddedness* digital.

El poder digital global convierte en realidad los peores sueños del concepto de *Polanyi*, que es claramente diferente al mismo concepto utilizado por la literatura de la CVG respecto a la empresa multinacional industrial.

Decía *Polanyi* que el control del sistema económico por parte del mercado es de gran importancia para la entera organización de la sociedad: significa el fin de la conducción autónoma de la sociedad respecto al mercado.

---

133. Parker, Van Alstyne, Choudary, Platform Revolution, p. 159, citado en J. Crémer, Y-A de Montjoye, H. Schweitzer, Competition policy for the digital era, European Commission. Directorate General for Competition, 2019, p. 60.

134. A. Z. Rozenshtein, Surveillance Intermediaries, 70 Stanford L. Rev, 2018.

*“No es la economía la que debe insertarse en las relaciones sociales, sino que son las relaciones sociales a ser insertadas (**embeddedness**) en el sistema económico”.*<sup>135</sup>

El mercado (digital) no es un elemento accesorio de un cuadro institucional controlado y regulado por la autoridad social. Se convierte en el primero de los elementos de la subordinación de la organización política y social al interés del mercado autorregulado, en manos de escasos intereses comerciales dominantes.

La economía global digital y convencional invade las relaciones sociales, vive de ellas, sin dependencia alguna a la fábrica social para respetar la existencia de personas, de familias, en suma, de la comunidad, sobre la que actúa. El mercado autorregulado es un elemento absolutamente dominante sobre cualquier otro poder, incluido el del Estado o de los Estados.

La intuición de *Polanyi* indica que la “gran transformación” durante la Revolución Industrial emplea como vehículo la creación de mercancías ficticias –trabajo, tierra y dinero– para la apropiación de los recursos por el mercado autorregulado y la expropiación de sus titulares hasta entonces.

*“El punto crucial es este: trabajo, tierra y moneda son elementos esenciales de la industria; también ellos deben ser organizados en mercados porque forman una parte absolutamente vital del sistema económico; sin embargo, no son obviamente mercancías, y el postulado por el cual todo lo que se compra y vende debe ser producido para la venta es absolutamente falso. En otras palabras, según la definición empírica. de mercancías no son mercancías... En lo que respecta al trabajo, tierra y moneda el postulado es insostenible; permitir al mecanismo de mercado*

---

135. K. Polanyi, *La grande trasformazione*, Torino, 2010, p. 75, 89 y sigts.

*ser el único elemento directivo del destino de los seres humanos y de su ambiente natural e inclusive de la cantidad y empleo del poder de compra llevaría a la demolición de la sociedad”.*

Las “mercancías ficticias” ilustran la conformación del trabajo a la dinámica de los mercados donde puede ser objeto de compraventa; la naturaleza sometida al mercado renace como tierra o propiedad inmobiliaria y el intercambio de bienes y servicios ocurre solo por dinero. El mercado autorregulado es fuente de efectos perniciosos cuando se sostiene en mercancías de ficción.

*“La extrema artificiosidad de la economía de mercado se basa en el hecho que el proceso de producción está organizado en la forma de compraventa, Ningún otro modo de organizar la producción para el mercado es posible en una sociedad comercial”.<sup>136</sup>*

La mercancía informacional se suma a la mercantilización del trabajo, de la tierra y de la moneda y es dejada al libre albedrío del mercado, al mercado autorregulado. Los activos de información, los datos, son la fuente de la riqueza, del excedente digital, el número que permite la calidad de la nueva mercancía ficticia del mercado sometido a su propia ley: el algoritmo.

La autoridad algorítmica es la escena detrás del telón.

## **22. La superley algorítmica.**

*Lessig* fue el que primero enuncia la superioridad del código de Internet sobre las leyes, al implementar sus protocolos de intercambio de datos entre redes interconectadas. La arquitectura de la red prescinde de la arquitectura legal. El ciberespacio aparece dibujado en el programa in-

---

136. K. Polanyi, cit. p. 95.

formático. “El código es la ley” La vida en el ciberespacio está regulada primariamente por el código del ciberespacio.

*“In real space, we recognize how laws regulate—through constitutions, statutes, and other legal codes. In cyberspace we must understand how a different “code” regulates— how the software and hardware (i. e., the “code” of cyberspace) that make cyberspace what it is also regulate cyberspace as it is. As William Mitchell puts it, this code is cyberspace’s “law” or better, “code is law”.<sup>137</sup>*

El algoritmo, tal como se concibe actualmente, es una fuente de derecho *de facto*. En efecto, la creación desarrollo y aplicación del algoritmo expresa su autonomía de la disciplina legal positiva como una fuente *de facto* de derechos y obligaciones, una fuente que decide por sí misma, por obra de su propietario programador, la inclusión o la exclusión de sus consecuencias, la retribución o pena sobre las personas tal como las programan otras personas.

La factualidad del algoritmo no puede dejar de señalarse, porque, si algo se vislumbra de la inteligencia artificial es su perseverante inclinación al comando, al ordeno y mando, inmaterial sobre la realidad de las personas, expurgando cualquier garantía, aun formalmente legal, que las tutele, si se opone a su efectualidad.

El *code*, la autoridad algorítmica captura con precisión la naturaleza privada *de facto* del algoritmo y cuya aptitud –poder– social es ilimitada, fuera de cualquier disciplina pública tendente a explicar su origen, su alcance los efectos portadores sobre las personas de su objeto y que despliega riesgos, daños y perjuicios sin que se sepan o puedan preverse.

---

137. L. Lessig, Code, version 2. 0, Perseus Book Group, New York, 2006, p. 5.

Un sistema autónomo *de facto* que opera en la obscuridad.

*"Regulation of online content is a form of law".*<sup>138</sup>

Los elementos esenciales de la CVG digital están reunidos en la autoridad algorítmica. El algoritmo es una fuente de derecho *de facto*. La creación, desarrollo y aplicación del algoritmo expresa su autonomía como una fuente *de facto* de derechos y obligaciones, una fuente que decide por sí misma, de acuerdo a su programa, la inclusión o exclusión de sus consecuencias; la retribución o pena sobre las personas, tal como se formaliza en la decisión de otras personas. El programa es la ley obligada del algoritmo, que ejerce su autoridad *ex facto ius oritur* (del hecho nace el derecho).

La norma algorítmica es un *factum* privado, una fuente de derecho privatizada en manos de las plataformas. Su aptitud –poder– social es ilimitada, al margen de cualquier disciplina pública tendente a configurar su origen, su alcance, los efectos portadores sobre las personas de su objeto. Es una norma privadísima que se despliega en el secreto inescrutable de las instrucciones que las gobiernan.

De vuelta a *Polanyi* cabría atribuir al algoritmo, en palabras simples, la calificación del dato como mercancía destinada a la compraventa en el mercado, otra mercancía ficticia, como el trabajo, la tierra, la moneda.

*"Our choice is not between "regulation" and "no regulation. " The code regulates. It implements values, or not. It enables freedoms or disables them. It protects privacy or promotes monitoring. People choose*

---

138. H. Ph. Aust, The system only dreams in total darkness, The future of Human Rights Law in the Light of Algorithmic Authority, German Yearbook of International Law, 60, 2017. 70 K. Pistor, cit. p. 131, p. 186.

*how the code does these things. People write the code. Thus, the choice is not whether people will decide how cyberspace regulates. People--coders--will. The only choice is whether we collectively will have a role in their choice--and thus in determining how these values regulate--or whether collectively we will allow the coders to select our values for us".*<sup>139</sup>

El algoritmo se convierte en ley y los programadores y operadores de la plataforma son los legisladores:

La privatización de la norma (de hecho) ocurre mediante el algoritmo, con absoluta independencia de la norma del ordenamiento jurídico y en base a su exclusiva voluntad.

La potencia de la plataforma reenvía a las empresas de la economía industrial dedicadas al transporte ferroviario o automovilístico. La plataforma privatiza la autopista de la información, el tráfico digital, en su propio beneficio.

*"A century ago, our society was one of railroads. The railroad companies not only shaped space but also created it, setting up societies and markets spurring the development of the law. Our technology giants are the railroad companies of twenty-first century".*<sup>140</sup>

K. Pistor asume el peligro actual de la propiedad digital. Si antes fue la expulsión de los pueblos de las tierras que ocupaban y les servían de sustento; ahora, afrontamos nuestra propia expulsión de nuestros propios datos personales, en beneficio de pocas compañías, de plataformas, dedicadas al reconocimiento de su capital intelectual, que, básicamente, se apoya en la materia prima de naturaleza humana.

*"...the digital coders create digital codes without much, if any, regard for existing laws and regulations. They ignore not only state law, but*

139. L. Lessig, Code is Law. On liberty in Cyberspace, January-February 2000, Harvard Magazine; Code. Version 2. 0, 2006, New York.

140. A. Z. Rozenstein, Surveillance Intermediaries, cit. p. 188.

*states themselves, as their codes easily criss cross territorial and jurisdictional boundaries. What better way to prove that the digital code needs neither states nor their laws?"*<sup>141</sup>

Quedan pendientes en el desarrollo de la autora dos elementos esenciales. Primero, la creación de la plataforma como la exhibición esencial del capital organizacional y segundo, que la plataforma es en sí misma el precipitado técnico de capital intelectual, de capital intangible.

La autoridad algorítmica despliega su plena jerarquía y centralización mediante las plataformas, el nuevo sujeto emergente, que son el eje de la expansión del capital intelectual, del capital intangible, de las organizaciones digitales.

Es, precisamente, la teoría de *Santi Romano* cuando advierte *entidades que por su estructura interna no coinciden, al contrario, con el modo en que se les configura legalmente, pero que son "mundos jurídicos en sí mismos"*.<sup>142</sup>

La plataforma es la sede del algoritmo, tiene *"jefe, un legislador, subordinados, sus propias leyes, toda una coordinación de autoridad y engranajes administrativos: será un mundo jurídico en sí, completo en su género y sus fines"*.

El algoritmo es la culminación del capital intelectual, del intangible, como origen del poder jerárquico, centralizado, de la plataforma, de la plataformización de la economía.

Inevitablemente, estamos hablando de una cadena de valor global diferente a la que hasta ahora describe una cierta forma de capacidad de mando, de gobernanza, de creación y captura de valor, de localización o deslocalización geográfica en el mundo real.

141. K. Pistor, cit.

142. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962, p. 75.

*“Platforms territories are not contiguous physical spaces but rather are defined using protocols, data flows, and algorithms.”*<sup>143</sup>

La plataforma es un “*mundo jurídico en sí mismo*”, con su territorio, población y espacio virtual. El ciberespacio no es el espacio real. El algoritmo se propone como una fuente de hecho normativo aparte de la norma legal.

La superley algorítmica es consecuencia de la ausencia de ley e impuesto. El ámbito de la plataforma digital es un espacio sin ley ni impuesto. El ajuste del mercado digital a la voluntad social no puede sino transitar por normas privadas –propiedad, contratos, responsabilidad– e impuestos. No es de extrañar su crecimiento, consolidación, poderío económico. Están presentes sin coste alguno en todo el globo, en todos los países, en la vida de todas las personas y sociedades. La economía de mercado digital es una amenaza a los integrantes del conjunto social, que reclama protección pública.

Se dice, con algo de verdad, que son Estados virtuales o cuasi Estados. No es distinto a cuanto se afirmaba de las empresas ferroviarias, automovilísticas o bancarias, de tiempos precedentes. Lo que en verdad hace al cambio es, por una parte, la desmaterialización de su actividad global y la penetración con ánimo de lucro en las esferas más íntimas de la persona, en ausencia de control, supervisión, disciplina legal pública y privada.

*“We are in danger of losing access to our own data and to nature’s code for the sole purpose of giving select asset holders yet another opportunity to expand their wealth at the expense of the rest.”*<sup>144</sup>

El motor expansivo de la plataforma, la plataformización, absorbe la sociedad a favor de la nueva autoorganiza-

143. J. E. Cohen, Law for the Platform Economy, 51 U. C. Davis L. Rev, 2017, p. 51.

144. K. Pistor, The Code of Capital, cit. p. 131.

ción del mercado, de la competencia virtual, convirtiéndola en sociedad digital de mercado.

*"Cuando los intereses comerciales determinan la arquitectura crean un tipo de ley **privatizada**. " (L. Lessig) o "su propia **independencia** como reguladores" (J. E. Cohen).*

El algoritmo posee el poder de la decisión: el uso de sistemas de conocimiento generados algorítmicamente para ejecutar o informar sobre decisiones y si es necesario clarificar las operaciones del sistema para conseguir los fines predeterminados. Un sistema opaco que reúne experiencia bastante en discriminación, prejuicios, errores; manipulación; ruptura de la ley; desinformación; contaminación de publicidad.<sup>145</sup>

La ley algorítmica prevalece sobre la norma jurídica y la transforma en puro discurso testimonial. La norma es el algoritmo.

*J. M. Balkin define la Sociedad **algorítmica**:*

*"a society organized around social and economic decision making by algorithms, robots, and artificial intelligence agents, who not only make the decisions but, in some cases, also carry them out".<sup>146</sup>*

La *Sociedad Algorítmica* es el nuevo nombre de la sociedad a la sombra de la *plataformización* de la economía y en la cual la *competencia virtual* da nacimiento al mando de una *mano invisible digitalizada*, dirigida a debilitar cualquier otra competencia que no sea actual o los intereses de los usuarios y que se presenta a sí misma como una **potestad transnacional** desafiante de la supremacía legal de cada Estado o Estados, con carácter de autorregulación

145. K. Yeung, M. Lodge, Algorithmic Regulation, Oxford, 2019.

146. J. M. Balkin, The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data, 78 Ohio St. L. J., 2017.

plena de su actividad, a prescindir de la norma jurídica, social, política, cultural.

La autorregulación del mercado es un propósito definido de las plataformas digitales. En suma, el ejercicio del poder legislativo de formular las normas jurídicas, políticas, sociales, culturales, que les atañen, su ejecución y la sanción.

*“Platform territories are not contiguous physical spaces but rather defined using protocols, data flows, and algorithms. Both technically and experientially, however, they are clearly demarcated spaces with virtual borders that platforms guard vigilantly”.*<sup>147</sup>

K. Sabeel Rahman describe las nuevas formas de soberanía artificial representadas por el poder tecnológico, sea por su grado de concentración o la penetración capilar del algoritmo en nuestras vidas cotidianas. Son todas ellas expresiones de un poder arbitrario y descontrolado, que, en una palabra, aspiran al dominio, si no se hallan mecanismos de impugnación y responsabilidad.<sup>148</sup>

La plataforma está vocada, por obligación y lucro, al espacio sin otra ley que la propia de la Sociedad Algorítmica. La neutralidad del Estado (o de los Estados) es vital para asegurar la protección de los datos acumulados y en acumulación y su *profiling* como productos predictivos. La plataforma digital es resistente y rebelde a cualquier tipo de intervención pública y social que menoscabe sus prácticas *“...because such laws are existential threats to the frictionless flow of behavioral surplus”*.<sup>149</sup>

147. J. E. Cohen, Law for the Platform Economy, 51 U. C. Davis L. Rev, 2017.

148. K. Sabeel Rahman, Artificial Sovereigns: A Quasi Constitutional Moment for Tech? June 15, 2018, Political Economy a of Technology.

149. Sh. Zuboff, The Age of Surveillance Capitalism, cit. p. 105.

J. E. Cohen, lo define como *Network-and-Standard-Based Governance*.

*"In short, networked legal-institutional form allows for the possibility of nonstate but functionally sovereign power, and platforms represent an (arguable and emergent) example of such power. Concentrated stakeholder control of the networked communications infrastructure can produce and perhaps is beginning to produce an inversion of law- and policy-making authority, through which certain very powerful platform stakeholders become policy hubs in their own right".*<sup>150</sup>

Los principales agentes de la innovación algorítmica sostienen y mantienen un permanente pulso en aras de su poder, de su gobernanza, de sus rentas económicas, con el poder político de cada y de todos los Estados, para defender su preeminencia en el gobierno, ante el juez y la Administración como una manifestación de supremacía, que no es soberanía, no tanto por razones técnicas, sino porque da aprensión decirlo.

El nuevo modelo de gobierno de las grandes plataformas digitales, que no de gobernanza, persiste en la captura de usuarios y complementadores, su conservación y su disciplina mediante protocolos de contratación propios que son ejecutivos y decretan tanto el acceso como la suspensión o cancelación.

El nuevo modelo de gobierno clausura la entrada de competidores, que puedan poner en riesgo su preeminencia en el mercado, sea bloqueando su relación con los usuarios que posee o mediante la adquisición, verticalización o extinción, si es necesario.

---

150. J. E. Cohen, *Networks, and Network-and-Standard-Based Governance*, and K. Werbach ed. *After The Digital Tornado*, Cambridge University Press, forthcoming.

El nuevo modelo de gobierno preserva al máximo el secreto algorítmico y convierte la opacidad en mecanismo de premio o castigo, de recompensa o sanción, libre de control externo, confiada en la lógica de la arquitectura de los elementos centrales del diseño técnico.

## **Conclusión.**

La plataforma digital alienta su dominio del mercado en la acumulación de datos, los efectos de red y la servidumbre a su programación de los complementadores. Finalmente, un elemento igualmente importante, es la opacidad ofrecida por la autoridad algorítmica para ocultar beneficios derivados de sus intangibles centrales, que convierte en mesiánica la pretensión de auditoría administrativa fiscal. Igualmente, la ley antimonopolio exhibe sus carencias ante la cartelización de la economía, las colusiones, el abuso de poder dominante. La autorregulación deviene inevitable y la mano invisible que disciplina la competencia es la de los propios oligopolios. La intermediación de las *two way* plataformas es un muro infranqueable para la interconexión entre los usuarios y nuevos competidores. Los usuarios pertenecen, por definición, al que los recoge, trata, analiza y explota. Es el recurso natural principal de la industria digital. La plusvalía está en el número y en la manufactura de comercialización y venta de los productos predictivos. La creación de valor de terceros interesados, complementadores, es objeto de expropiación. Y su presencia global, dirigida a la captura de datos, ignora totalmente aquello que fue y es contribución pública de cada jurisdicción en materia de educación, infraestructura, telecomunicaciones, consentida por su nula aportación a los ingresos públicos tributarios de los países donde actúan. La gobernanza digital reúne todos los atributos del gobier-

no virtual: fija los standards como cualquier legislador; toma y ejecuta sus decisiones unilaterales, como ejecutivo y juzga, mediante sanciones positivas o negativas, a los que quieren acceso a su ecosistema. Una dictadura que solo por defecto puede calificarse como benevolente. La plataforma es la reguladora y aplicadora del cumplimiento de su propia ley, que es el poder bajo llave y en la caja negra de la autoridad algorítmica. De la autorregulación digital deriva la dependencia de la sociedad y de las instituciones a sus fines e intereses. Los datos personales integran la categoría de mercancía ficticia dibujada por *Polanyi*: trabajo, tierra y moneda. La dirección del proceso reside en la autoridad algorítmica como fuente de derecho *de facto*, de derechos y obligaciones; de recompensas y sanciones. Una ley privatizada por la plataforma digital: un mundo jurídico en sí mismo (*Santi Romano*). La plataforma es un “*mundo jurídico en sí mismo*”, con su territorio, población y espacio virtual. El ciberespacio no es el espacio real. El algoritmo se propone como una fuente de hecho normativo aparte de la norma legal. La sociedad Algorítmica (*J. Balkin*) es la denominación adecuada de la organización privada de toda la actividad social, política, económica. Una Sociedad que atraviesa todos los espacios, sociales y territoriales, nacionales y transnacionales, concentrada y dictatorial, sometiendo a su paso la voluntad de personas y pueblos. La innovación tecnológica convertida en poder funcionalmente soberano, bajo la autoridad algorítmica, que reemplaza incontrolablemente el poder público y la ley.

## CAPÍTULO IV

Las mejores lecciones de economía digital nos llegan de la experiencia competitiva en el mercado. Es a partir de la estructura oligopólica del mercado desde donde puede advertirse la dirección de las plataformas y, en general, de los riesgos y amenazas de la plataformización.

Hay informes recientes que aprecian la concentración digital, la persistencia de *killer acquisitions*, la función manipuladora de la publicidad, la vulneración de la protección de los datos de los usuarios. Con más o menor énfasis y dudas se predica la necesidad de regulación, de sistemas abiertos de movilidad de datos y apertura de datos, porque no es realista pensar en la auto corrección de las plataformas. El mercado requiere nuevas normas sobre el gobierno, la fijación de principios y reglas de las plataformas digitales en la competencia virtual.

*Sostiene R. Reich: "El mercado es una creación humana. Está basado en normas que el ser humano diseña. El interrogante central es quien formula esas reglas y con cual propósito".*<sup>151</sup>

Los relatos están a la vista en el Reino Unido, la Unión Europea y en los EEUU. Las conclusiones no son coincidentes; pero si lo es el diagnóstico. El aprendizaje mercantil comporta un necesario y paralelo aprendizaje del legislador fiscal.

---

151. R. Reich, *Saving Capitalism. For the many. Not for the few*, New York, 2016.

## 23. La competencia virtual.

A. Ezrachi y M. E. Stucke afrontan la competitividad en un mercado dominado por el algoritmo (*algorithm-driven economy*). La dinámica de la competencia está en manos de la plataforma cuyas innovaciones, sin perjuicio de sus ventajas, arrostran efectos negativos a la propia competencia, el derecho a la intimidad, los valores democráticos y el bienestar del usuario y consumidor.<sup>152</sup>

Detrás de "*la fachada de competencia virtual*" los autores señalan tres riesgos potenciales.

Primero, la colusión algorítmica. La plataforma usa su poder algorítmico para el cálculo de precios y actualización dinámica. El desplazamiento de la fijación de precios desde la persona a la máquina estimula la colisión entre diversas plataformas o entre partes de la misma plataforma.

*Pricing algorithms* puede ser explícito o tácito. En el primer caso, el acuerdo y la intención es la fijación de precios coordinada entre varios para conseguir más estabilidad en el mercado. Por ejemplo, los algoritmos permiten detectar y responder a las desviaciones y reducir errores. En el segundo caso, sin acuerdo explícito ni intención evidente, los algoritmos consiguen un resultado análogo. Y, si están basados en *machine learning*, pueden aprender a colusionar por sí mismos. Lo tácito, naturalmente, es el programa humano y la realización de la decisión para conseguir un resultado idéntico o equivalente al acuerdo con intencionalidad expresa.

Segundo, la discriminación comportamental mediante la cual la recogida de los datos personales identifica las

---

152. A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm –Driven Economy*, Harvard Press University, 2016, reprint November 2019.

emociones o los prejuicios que impulsan la compra de un producto y cuanto estaría dispuesto el usuario a pagar por esa satisfacción. Aquí los autores entroncan con uno de los primeros riesgos de la inteligencia artificial cual es la manipulación del comportamiento mediante publicidad y marketing, la propaganda de precisión, que exploten la oportunidad de la información sensible de la persona.<sup>153</sup>

Tercero, es la relación de competencia y cooperación entre las plataformas dominantes dirigidas a la competición para capturar el máximo excedente del usuario y cooperando entre ellas mediante la promoción de flujos de información asimétrica para incrementar la explotación comportamental. (“*Frenemy*”). Por ejemplo, Google (Android) y Apple (iOS) dominan el mercado de los móviles y sistemas operativos de la Tablet y ejercitan su plena autoridad sobre los complementadores independientes.

*“Extraction and capture may be viewed from an evolutionary perspective: a den of lions cooperates to circle the gazelle and they then compete over which of them gets the choice cuts. They all benefit from the combined effort, yet the dominant lion gets the best cut, which further enhances its power.”*<sup>154</sup>

La conclusión de los autores es que la fachada de la competencia virtual está ocultando daños al bienestar de la sociedad, enmascarando la transferencia de una riqueza desproporcionada y las manipulaciones anticompetitivas que el usuario ordinario ignora. Al mismo tiempo, emergen las amenazas del control de las plataformas para los que aspiran a entrar o crecer en el mercado de las nuevas tecnologías, que son eliminados por compra o exclusión o liquidación. Peor que todo ello, es que el mercado digital no

153. T. Rosembuj, *Inteligencia Artificial e Impuesto*, cit. p. 181.

154. A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition*, *Journal of European Competition Law & Practice*, cit. p. 585.

puede autorregularse por sí solo y no solo porque su ejemplo es útil para cualquier tipo de empresa multinacional.

El comportamiento anticompetitivo de las plataformas es una bomba de profundidad en el paradigma de la competición tradicional. Esto requiere una confrontación con la realidad de la autoridad algorítmica y la protección de los usuarios, de los complementadores y, en general, de las personas. La teoría del daño no es fácil de ver.

La competencia dañosa se muestra creciente, así como los abusos de los *data-opolies*; un poder concentrado en escasas plataformas, nuevas formas de colusión; barreras a la entrada en las tecnologías; manipulación del comportamiento de los usuarios.

*D. N. Cicilline, del House Judiciary Antitrust Commercial and Administrative Law Subcommittee del Congreso de los EEUU lo deja en claro en su declaración del 29 de julio de 2020 en ocasión del Hearing "Online Platforms and Market Power, Part 6: Examining the Dominance of Amazon, Apple, Facebook and Google".*

Primero, cada una de las grandes plataformas es un cuello de botella en canales claves de distribución.

*"Whether **they control access to information or to a marketplace, these platforms have the incentive and ability to exploit this power. They can charge exorbitant fees, impose oppressive contracts, and extract valuable data from the people and businesses that rely on them.**"*

Segundo, cada una de las grandes plataformas usa su infraestructura digital para control y vigilancia de otras empresas, para lo cual no duda en comprarlas, copiarlas o impedir su acceso.

Tercero, las grandes plataformas abusan de su control sobre las tecnologías usuales para extender su poder.

*“Whether it’s through self-preferencing, predatory pricing, or requiring users to buy additional products, the dominant platforms have wielded their power in destructive, harmful ways in order to expand.”*

Las grandes plataformas tienen demasiado poder, usan y abusan de su dominio para perjudicar a las pequeñas empresas, usuarios, trabajadores, que carecen en la práctica, de cualquier opción o alternativa para hacerles frente.

La concentración de poder económico implica la concentración de poder político debilitando el gobierno democrático bajo la supremacía de los monopolios privados.

*“As gatekeepers to the digital economy, these platforms enjoy the power to pick winners and losers, shake down small businesses, and enrich themselves while choking off competitors.”*

Inspira miedo el poder de un gobierno digital en manos privadas que establece las reglas de juego, decide las prioridades de todos, acosa y derriba enteros sectores económicos.

Y no menos delicado es la extensión de la tecnología para desplazar beneficios donde pueden recabar mayor valor fiscal sin actividad económica.

*“Many of these strategies employ greater computer power to implement and track data-dependent transfer-pricing systems, reflecting more aggressive yet still traditional profit shifting. However, due to the mobility of the digital economy, evidenced by computer servers and other technological devices that can be “planted” virtually anywhere with no sense of permanence, new avenues to tax avoidance/evasion are being opened”.<sup>155</sup>*

---

155. J. Alm, J. Beebe, M. Kirsch, O. Marian, J. Soled, New Technologies and the Evolution of Tax Compliance, Legal Studies Research Paper Series 2020-21, School of Law University of California-Irvine, Virginia Tax Review, Vol. 39. 3, 2020. p 337.

Y esto adquiere una particular trascendencia en lo que atañe al *pricing algorithms*, un auténtico multiplicador tecnológico de la creación de renta fiscal sin actividad económica.

## 24. Pricing Algorithms.

*Pricing Algorithms* es un instrumento decisivo en la competencia virtual, en la actividad de las plataformas digitales.

El algoritmo atiende una noción inequívoca definicional:

*“encoded procedures for transforming input data into a desired output based in specific calculations”*.<sup>156</sup>

*Pricing Algorithms* es “an algorithm that uses price as an input, and/or uses computational procedure to determine price as an output”.<sup>157</sup>

El algoritmo establece a la entrada, la salida del precio que se programa. Esto incluye control y seguimiento de precios, recomendación de precios y fijación de precios. O, inclusive, otro tipo de acuerdos, que fijan la maximización de beneficios. El algoritmo puede utilizarse para implementar una coordinación tácita entre empresas, o en el seno de la misma empresa o una colusión explícita.

La primera, la colusión tácita, si no hay conocimiento o intención detrás del uso paralelo del mismo software o ser-

156. Tarleton Gillespie, *The Relevance of Algorithms*, Media Technologies, ed. Tarleton Gillespie, P. Boczowski, K. Foot, Cambridge, MIT Press, 2014.

157. *Pricing Algorithms*, Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing. Competition and Market Authority, 8 October 8th, 2018, p. 9.

vicio del proveedor, lo cual no evitará la decisión algorítmica de colusión. En suma, la colusión tácita sirve para que automáticamente el precio de mercado sea superior o por encima al resultado que sería previsiblemente inferior si compitieran entre ellos.

*“Algorithms may also foster tacit collusion, given their ability to detect and quickly react to price changes in a highly transparent market”.<sup>158</sup>*

La segunda, colusión explícita, cuando el uso paralelo es fruto del conocimiento real respecto a los otros competidores que basan su decisión de precios en el mismo software o cuando el proveedor del servicio está usando la información del competidor para maximizar los beneficios conjuntos de todos los competidores.

La complicidad entre los diferentes agentes puede derivar en colusión tácita o explícita, para establecer precios o cualquier otro tipo de acuerdo que les beneficia. La colusión digital es más peligrosa cuando es tácita:

*“The danger here is not express collusion, but more elusive forms of collusion. Computers may limit competition not only through agreement or concerted practice, but also through more subtle means”.<sup>159</sup>*

La colusión es ilegal ante la ley de competencia, siempre y cuando la descubran. La colusión algorítmica hace el cometido mucho más difícil por su naturaleza. Y la colusión tácita, lo es aún más.

158. A. Ezrachi, M. E. Stucke, Virtual Competition, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, Vol. 7, 9. 585.

159. A. Ezrachi, M. E. Stucke, Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition, *University of Illinois Law Review*, 1October 3rd, 017, p. 1782.

B. Salcedo demuestra que *pricing algorithms* no solo facilita la colusión tácita, sino que inevitablemente conduce a ella y lo que es peor a beneficios de monopolio.<sup>160</sup>

*“when firms compete via algorithms that are fixed in the short run but can revised over time, collusion is not only possible but rather, it is inevitable.”*

A. Ezrachi y M. E. Stucke indican cuatro maneras en las cuales los algoritmos pueden derivar en la formación de una colusión tácita: el ordenador como Mensajero; *Hub and Spoke*; *Agente Predecible*; *Ojo Digital*. En todos ellos identifican la prueba de intencionalidad y responsabilidad potencial.

La primera categoría concierne al uso de los ordenadores para ejecutar la voluntad de las personas en su decisión de colusión y restringir la competencia. El cartel asociado usa su ordenador para implementar, controlar y dirigir el cartel.

La segunda categoría, *Hub and Spoke*, se refiere al uso de un único algoritmo para determinar el precio de mercado cargado por diferentes usuarios. Los vendedores usan el mismo algoritmo o datos para determinar el precio.

Los acuerdos *Hub-and-Spoke* pueden caracterizarse como cualquier número de acuerdos verticales entre actores económicos a un nivel de la cadena de la oferta (*spokes*), y un socio comercializador común en otro nivel de la cadena (*hub*), dirigido a un indirecto intercambio de información y alguna forma de colusión entre los *spokes*. Los algoritmos de fijación de precios y el software de control de rápidas desviaciones precios de las plataformas pueden ser sumamente útiles para tales acuerdos o similares. El hub

---

160. B. Salcedo, *Pricing Algorithms and Tacit Collusion*, Pennsylvania State University, January 11th, 2016, p. 3.

estimula una colusión con el fin manifiesto de elevar precios.<sup>161</sup>

La tercera categoría, el Agente Predecible, supone el diseño de *pricing algorithms* que reacciona a los factores externos en un modo programado predecible. Los incrementos de precio son el producto de la colusión tácita, un mercado más abierto a la coordinación en el mercado en que puedan alzarse los precios.

La última categoría, el Ojo Digital o la Máquina Autónoma. el uso del algoritmo es más ambicioso, como, por ejemplo, con el objeto de maximizar el beneficio. A diferencia de la categoría del Agente Predecible, aquí la *machine learning* aplica la colusión tácita mediante autoaprendizaje. El algoritmo no sostiene la coordinación, sino que la origina.

*“The machines, through self- learning and experiment, independently determine the means to optimize profit”.*<sup>162</sup>

No hay dudas, cualquiera que sea el grado de aceptación de la cuestión, que *pricing algorithms* ilustra un panorama de riesgo en la competencia, que puede ser más o menos amplia, en algunas de las categorías mencionadas, v. g., la primera de ellas, *Mensajero*; pero, que no ofrece dudas en otras, v. g. *Hub and Spoke*, *Agente Predecible* o *Machina Autonomy*.

En suma, que la colusión tácita ofrece una vía de acuerdo e intención para influir en el mercado, sin que sea necesario la comunicación expresa entre los competidores.

161. OECD, Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements-Background Note by the Secretariat, December 3, rd - 4th, 2019.

162. A. Ezrachi, M. E. Stucke, Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition, *University of Illinois Law Review*, 10/3/2017, p. 1783.

La colusión tácita impulsa la manipulación digital de los intereses o preferencias subjetivas del usuario (*increased personalization, personalized pricing*). Esto significa que las plataformas aprovechan la matización de sus usuarios para identificar los de alto valor respecto a los de valor inferior. Las empresas ofrecen precios personalizados, más altos que estimula la captura de un valor adicional de los usuarios más valorados. La conclusión es negativa: una vez que el usuario está colocado en la parte alta o en la parte baja los precios que se ofrecen están por encima del precio de mercado, por vía de la colusión tácita.

*“When the executives no longer need to meet in hotel rooms since their pricing algorithms, in enhancing market transparency, foster classic tacit collusion and new forms of anticompetitive conduct? How will the agencies and courts respond to this new world of collusion? This remains unclear. Policymakers must recognize the dwindling relevance of traditional antitrust concepts of “agreement” and “intent” in the age of Big Data and Big Analytics. **Rather than redefining agreement or intent, perhaps policy-makers need to introduce checks and balances to lessen the risks of algorithmic tacit collusion.**”*<sup>163</sup>

La contribución de *Ezrachi-Stucke* es relevante, sobre todo, cuando desvelan las nuevas formas de colusión y de concentración en y sobre el mercado con base en el *pricing algorithms*.

La colusión tácita tiene notable repercusión en el marco tributario.

Es posible elaborar los precios con relativa autonomía del mercado, confirmando la endeblez del principio a *arm’s length* de comparación entre empresas independien-

---

163. A. Ezrachi, M. E. Stucke, Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition, *University of Illinois Law Review*, 10/3/2017, p. 1809.

tes. Y, simultáneamente, alterar, sin posibilidad real de contraste, los precios de transferencia en el interior del grupo o conjunto de empresas asociadas.

El impacto es decisivo en materia de planificación fiscal agresiva; arbitraje fiscal; *Controlled Foreign Corporation*; endeudamiento intrafirma y, fundamentalmente, competencia fiscal lesiva y precios de transferencia. Todos los capítulos del Plan *Base Erosion and Profit Shifting* del G20/OCDE de desplazamiento de beneficios a zonas de baja fiscalidad y erosión de la base de imposición aparecen intuitivamente conminados.

El *pricing algorithm* o el *price monitoring* hacen imposible cualquier intervención puntual previa de la Administración tributaria, simplemente, porque la ignora, exactamente como le sucede a la ley antimonopolio.

Las instrucciones del programador y la celeridad de los cambios conducen inexorablemente a huir de la detección.

Y, por último, aunque no finalmente, en cuanto al beneficio declarado y el beneficio económico: la manipulación algorítmica puede instruirse en el detalle y no solo en el paisaje general, haciendo lo significativo insignificante y viceversa.

Esto nos lleva al *pricing algorithms*, algoritmo al cuadrado o al cubo, exactamente como en los derivados financieros sintéticos, donde los algoritmos controlan algoritmos los cuales a su vez serán controlados por otros y así sucesivamente.

*“Perhaps, then, there is no place for humans at all in this new ecology – competitive trading will all be automated, and any governance system would have to be similarly fast or faster. That would result in algorithms monitoring algorithms, and designers would be optimizing not just for speed but for **escaping detection**”.*<sup>164</sup>

164. T. Karppi, K. Crawford, *Social Media, Financial Algorithms and the Hack Crash, Theory, Culture, Society*, 2016, Vol. 33, 1, p. 86.

El *algorithm for escaping detection* es la última estación de la inteligencia artificial para eludir o evadir obligaciones legales y las responsabilidades que les corresponde.

*“When such a mechanism is in place, coordination and activities respond to the projected reality to which participants become oriented. The system acts as a centering and mediating device through which things pass and from which they flow forward”*.<sup>165</sup>

El acuerdo y la intencionalidad de *pricing algorithms* está integrada en el abuso de derecho. No hay que buscar el acuerdo o la intencionalidad: todo está integrado en el sistema algorítmico que ensambla todos los elementos, interpretaciones y representaciones, que orienta y obliga a respuesta a la audiencia a la que se dirige. Un sistema finalizado a coordinar, decidir y orientar, incluida la ley y la Administración pública.

La norma es el algoritmo. La competencia virtual y *pricing algorithms* declaran la facilidad colusoria y de cartelización del mercado de precios digital. Es un antecedente delicado para la legislación antimonopolio; pero, no tanto como para la legislación fiscal. Todos y cada uno de los elementos del BEPS quedan en riesgo de inanidad.

## **25. Furman Report. Unlocking digital competition. United Kingdom.**

En el Reino Unido fue encomendado a un grupo de expertos, dirigidos por *Jason Furman*, la realización de un estudio sobre cambios en la política de competición y a favor de la competición para desbloquear las oportunida-

---

165. K. Knorr Cetina, A. Preda, *The Temporalization of Financial Markets: From Network to Flow, Theory, Culture, Society*, December 2007, p. 126.

des de la economía digital. En particular, las recomendaciones destacan la necesidad de actualización de las políticas en materia de fusiones y adquisiciones y la acción antitrust –antimonopolio– para remediar abusos de las empresas en cuestión, proteger a los consumidores y la innovación.<sup>166</sup>

La primera constatación en el Informe es el poder de mercado que ostentan escasas empresas que, por una parte, permite establecer barreras a la entrada y estrategias de consolidación mediante adquisiciones y, por otra, como guardianes ante otras empresas y sus consumidores, con la capacidad de exclusión del acceso, el manejo de los rankings o el control de las reputaciones.<sup>167</sup>

*“The major online platforms, including online search, mobile operating systems, digital advertising, and social media, are each dominated by two players. Moreover, the two players in each of these markets are generally drawn from the same five major companies. A number of economic features of digital markets have helped to greatly reduce what economists call “competition in the market” by leading to tipping that results in a winner-take-most situation.”*<sup>168</sup>

La política antimonopolio se despliega ante la excesiva concentración y *excess profits*, en particular:

- La prohibición de fusiones o el aumento de supervisión ante casos concretos, que conducen al fortalecimiento del monopolio o a debilitar la competencia.

166. Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel, dirigido por Jason Furman, March 2019, Treasury UK.

167. Unlocking digital competition, cit. p. 41.

168. J. Furman, Testimony for the Hearing Online Platforms and Market Power, Part 3, US House of Representatives, October 18<sup>th</sup>, 2019, Committee on the Judiciary, subcommittee on Antitrust.

Commercial and Administrative Law.

- El control de los comportamientos abusivos por parte de empresas dominantes mediante exclusión o barreras de entrada de nuevos competidores, reales o potenciales o la apropiación de rentas económicas excesivas de terceros proveedores.
- La regulación de ley de los carteles para la fijación concertada de precios o reparto de mercados.

El Informe considera que los desafíos de los mercados digitales se reúnen en que tienden a la concentración y las barreras de entrada son frecuentes, debido a la acumulación de los datos por las empresas titulares o beneficiarias.<sup>169</sup>

Se propone la creación de una unidad administrativa para los mercados digitales con tres funciones básicas: un Código de Conducta de complemento a la ley antimonopolio, que defina los comportamientos anticompetitivos; asegurar la movilidad y sistemas con standards abiertos; *data openness* o interconexión abierta. La Unidad debería tener capacidad para imponer medidas sobre el poder de las grandes plataformas digitales sobre un mercado con estratégicos cuellos de botella, que impidan el acceso de nuevos competidores o la expulsión de los existentes.

La Unidad estaría dentro de la Agencia de Competición y Mercados del gobierno.

El Informe se hace eco crítico de las llamadas "*killer acquisition*", dirigida, a eliminar futuros rivales en cuya virtud las grandes plataformas adquieren pequeñas empresas innovadoras en espacios adyacentes o que se superponen con su actividad principal. v. g. Google-YouTube, Double Click, Facebook-Instagram, Microsoft-LinkedIn.

---

169. Unlocking digital competition, cit. p. 88.

Las Recomendación Estratégica B solicitan de la Administración una frecuente y firme acción respecto a los desafíos de las fusiones que pueden ser en detrimento del bienestar del consumidor a través de la reducción de los niveles futuros de innovación y competición lo cual implica:

*“priorizar el escrutinio de fusiones digitales; información de los agentes digitales estratégicos sobre sus pretendidas adquisiciones; el uso del “balance de daños”, que toma en cuenta la escala y la probabilidad de daño de los casos de fusión respecto a la competición potencial y daño a la innovación”.*<sup>170</sup>

La fusión no es un evento potencial o de futuro: está aquí, y es instrumento clave para consolidar el poder de la plataforma digital.

*“The strong are getting stronger, and the weak are getting weaker. It’s a market of haves and have-nots,” said Daniel Ives, managing director of equity research at Wedbush Securities. “In 20 years covering tech, it’s unlike anything I’ve ever seen. **As the rich get richer, they are also branching out. They are muscling aside or buying out rivals. And they are locking in the industry’s best engineers with paydays smaller companies could never match.**”*<sup>171</sup>

Del abuso de la posición dominante en el mercado se desprenden prácticas lesivas anticompetitivas que la acompañan y que ya se han expuesto con suficiencia, v. g. intimidación, propiedad de los datos, portabilidad o interfaces e interconexión abiertas y la concentración vertical en la cadena de oferta, v. g. respecto a los desarrolladores de aplicaciones.

La colusión entre empresas para controlar el mercado es considerada un daño ilícito anticompetitivo y contra el

170. Unlocking digital competition, cit. p. 92.

171. D. Wakabayashi, M. Phillips, the Gap Between the Haves and Have-Nots of Tech Widens, The New York Times, February 3rd, 2020.

consumidor, provocado por carteles efectivos, permanentes, interdependientes. El núcleo es el acuerdo de fijación de precios que les benefician, sea para repercutirlos sobre el consumidor por encima del precio más bajo o eliminar la competencia mediante bajos precios.

El mérito del informe Furman está en advertir el mayor de los riesgos digitales en el *pricing algorithm*.

Así recibe la tesis de *Ezrachi-Stucke* al afirmar que el *pricing algorithms* contribuye a la estabilidad de la colusión explícita, facilita el control automático de los precios de la competencia y detectan las desviaciones del acuerdo colusorio y da origen a nuevas formas de colusión tácita con igual resultado sin acuerdo expreso.

*"At the extreme, pricing algorithms drawing on machine learning technology could autonomously learn to collude".*<sup>172</sup>

Finalmente, el propio Informe *Furman*, reconoce que es necesario el control de los algoritmos e inteligencia artificial para evitar el detrimento del consumidor más vulnerable:

*"However, some personalization may be harmful to consumers, for example if it exploits **consumer vulnerabilities**. Personalized pricing may be harmful if it results in all of the surplus being taken away from consumers, especially if it is taken away from those with low incomes or those who are vulnerable".*<sup>173</sup>

La manipulación digital de mercado consiste en el diseño y aplicación del impacto de motivación, persuasión, influencia sobre los miembros de la sociedad a los que dirige la demanda de bienes y servicios.

La manipulación de mercado es fisiológica en la economía datificada y con el apoyo de la ciencia comportamen-

172. Unlocking digital competition, cit. p. 110.

173. Unlocking digital competition, cit. p. 111.

tal permite elevar a nivel máximo el poder de motivar, influenciar, condicionar sus decisiones y preferencias.

El consumidor, sin su conocimiento, es víctima del algoritmo. Sus intereses aparecen transformados en mercancía y pierde la dirección de sus datos personales en manos de terceros. Pero, no solo. Su ilustración sincera de sus intereses personales da pábulo al aprovechamiento de lo que puede constituir objeto de comercio manipulable: sexo, imagen, angustias, ansiedades, convicciones, opiniones. El consumidor queda desnudo desde el primer clic ante el poder del marketing, expuesto a daños, riesgos, perjuicios en su intimidad y, todavía peor, a la transformación de sus hábitos de conducta, sin responsabilidad alguna para las empresas que la provocan.<sup>174</sup>

La inteligencia artificial –el algoritmo, el *Big Data, machine learning*– permite la manipulación de las preferencias y las decisiones de la persona sobre datos extraídos a terceros, que ni tan siquiera sabe de su existencia, sea con fin de beneficio o de control e influencia, mediante la publicidad digital.

Es una expresión radical de la alteración de comportamiento por la persuasión originada en predicciones, generalizaciones, inferencias originadas en personas próximas o semejantes, pero que no somos nosotros. O sea, una fuente de productos predictivos para las plataformas.

*“Programmatic trading uses automated algorithm-driven buying and selling of advertising to target advertising based on user data. It is commonly referred to as ‘ad tech’ and has the potential to massively increase the efficiency and effectiveness of advertising as it can direct messages to those most receptive to them.”*<sup>175</sup>

174. Tulio Rosembuj, *Inteligencia Artificial e Impuesto*, cit. p. 185.

175. *Unlocking digital competition*, cit. p. 112.

Es lo que ahora se denomina tecnología de propaganda de precisión (*precisión propaganda*) o publicidad tecnológica automatizada (*algorithmic advertising technology*).<sup>176</sup>

D. Gosh & B. Scott incluyen distintas tecnologías en el ámbito de la propaganda de precisión, en particular: recolección de datos personales (*behavioral data collection*); plataformas de publicidad digital (*digital advertising platforms*); optimización de motor de búsqueda (*search engine optimization*); programas de gestión de medios sociales (*social media management software*) y tecnología algorítmica de publicidad. (*Algorithmic advertising technology*).

El Informe *Furman* ofrece una descripción útil de la propaganda de precisión en el Reino Unido. La cadena de valor de la publicidad digital tiene como protagonistas decisivos las grandes plataformas y motores de búsqueda.

Las plataformas que atraen audiencias y ofrecen las oportunidades de inserción publicitaria son, entre otras, Google, Amazon, Microsoft y las redes sociales resultan Facebook (y LinkedIn), YouTube (Google), Twitter que alcanzan más del 60% de la facturación del mercado total. Asimismo, proveen los datos y servicios del comercio programado. El valor creado en las plataformas y sus intermediarios es substancialmente superior al que deriva de las agencias de medios y publicistas.

*“The programmatic model’s data-driven nature means that those digital platforms with the greatest scale, scope and timeliness of data about the consumer are in a very strong position to derive value from matching that consumer with the advertiser. These digital platforms col-*

---

176. D. Gosh & B. Scott, Digital Deceit. The Technologies Behind Precision Propaganda on the Internet, January 2018, Harvard Kennedy School, Shorestein Center on Media, Politics and Public Policy.

*lect data from large numbers of logged on users and can use this in their own programmatic trading businesses".<sup>177</sup>*

La Recomendación Estratégica del Informe muestra las dudas del Informe con referencia a las preferencias o prácticas exclusivas de los intermediarios que pertenecen a las plataformas ante la competencia y los daños a los consumidores.

Por último, el Informe *Furman* admite el carácter global de la economía digital y el papel que juegan las plataformas transnacionales, solicitando armonización internacional y coordinación entre los Estados para su disciplina compartida.

El Informe *Furman* tiene un contenido importante, pese a críticas puntuales, porque centra el problema en los puntos esenciales:

- Las plataformas digitales están altamente concentradas.
- Una política competitiva puede beneficiar a los consumidores y complementadores.
- Se requiere una política de fusiones más vigorosa, que impida la persistencia de la concentración mediante *killer acquisitions*.
- La disciplina legal debe establecer un Código de Conducta de cumplimiento obligatorio, la promoción de sistemas abiertos de movilidad de datos y una apertura de datos.

---

177. Unlocking digital competition, cit. p. 115.

## **26. Vestager Report. Competition policy for the digital era. European Commission.**

La Dirección General para la Competencia de la Comisión Europea encomendó un Informe sobre la Política de la competencia para la era digital, conocido como Informe *Vestager*, a J. Crèmer, Y-A. De Montjoye, H. Schweitzer, que se hizo público en 2019.<sup>178</sup>

El punto de partida es el cambio que introduce la innovación digital en nuestras vidas cotidianas. Al tiempo de reconocer la ansiedad que provoca su impacto, en especial, la concentración de poder en pocas y potentes empresas digitales.

El reproche inicial consiste en la total omisión del concepto de *Single Digital Market*, enunciado en la Unión Europea como fundamento de su política digital y que es esencial para comprender la competencia dentro del mercado único digital y, asimismo, la política fiscal, v. g. el Impuesto sobre Servicios Digitales o el establecimiento permanente virtual, la libre circulación de datos personales como otra de las libertades reconocidas: mercancías, personas, servicios, ciudadanos, capital.

El concepto de Mercado Digital único es destacado porque sirve para la aceptación del bien público comunitario, de total efecto sobre las libertades ciudadanas y económicas.

La definición de bienes públicos en términos jurídicos son las cosas que deben proveerse públicamente para asegurar la libertad de todos los miembros de la comunidad política.<sup>179</sup>

---

178. Competition Policy for the digital era. Final Report. J. Crèmer, Y-A. De Montjoye, H. Schweitzer, European Union, 2019.

179. Arthur Ripstein, *Force and Freedom*, Cambridge, Harvard University Press 2009.

El Estado (o la UE) es el que puede ofrecer la tutela universal a la dignidad de sus sujetos. Los bienes públicos son la encomienda al poder político para que garantice la independencia de sus miembros que no lo puede hacer la iniciativa privada. El bien público es un componente esencial de la libertad de los individuos para exhibirse sin subordinación ni dependencia a las decisiones de los otros.

La provisión de bienes públicos por el Estado fiduciario (o la UE) es necesaria para la dignidad de la persona, su libertad e independencia de la decisión de otros y es el punto de encuentro con la doctrina de la *"public trust"* de *Joseph Sax aplicada al ambiente: el interés o expectativa del ambiente es propio de la ciudadanía. La Administración es mera fiduciaria no propietaria del bien ambiental, predispuesta para su defensa y conservación "as trustee of public trust for the benefit of the people"*. Esta doctrina parte de la teoría de la cosa común del Derecho romano.

*"that certain interests are so intrinsically important to every citizen that their free availability tends to mark society as a one of citizens rather than of serfs".*<sup>180</sup>

El bien público es la protección máxima frente a la digitalización de la persona. No puede escindirse la persona de la *privacy* que es *extracommercium* y pertenece en exclusiva a quien es su titular dominical, no poseedor ocasional.

La alternativa es la pérdida de la libertad y de independencia frente a la economía privada que se aprovecha del predominio tecnológico, para encauzarla hacia la modificación de los modelos comportamiento.

El mejor modo que los consumidores se beneficien de la era digital es la tutela de su libertad personal de la arbi-

---

180. J. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, 68 Mich L. Rev., 1970.

triedad de las plataformas que se apropian de sus datos personales. Es sorprendente que el Informe *Vestager* omita cualquier referencia al *Single Digital Market*.

La ley sobre el nuevo mercado, según el Informe, debe ser flexible e inteligente:

La protección de la competencia está asegurada por las normas vigentes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, arts. 101, 102, sin perjuicio del recurso a otras normas jurídicas –contratos, protección del consumidor, competencia desleal.

*“Some of these rules may lessen the likelihood of specific types of conflicts arising in the future or may dampen the incentives to strategically abuse new positions of power”.*<sup>181</sup>

La ley de la competencia es el respaldo que permite afrontar las tensiones a la luz del nuevo poder económico; sin perjuicio de aplicar otros regímenes legales o configurar normas generales cuando las normas de la competencia no sean suficientes.

*“which will imply that “the invisible hand of the market” must be supplemented by “the visible hand” of competition authorities or of the legislator”.*<sup>182</sup>

Parece inferirse en un modo indirecto y sustancialmente ambiguo que la ley de la competencia debe ensancharse para intercambiar definiciones con otras partes del ordenamiento jurídico; sin perjuicio, que, en su caso, se dicten resoluciones generales de disciplina del mercado digital, si se requiere el complemento de la mano visible de las autoridades o del legislador.

---

181. Competition Policy for the digital era, cit. p. 126.

182. Competition Policy for the digital era, cit. p. 14.

En el Informe se reconoce la capacidad de autorregulación de las plataformas, que establecen las normas e instituciones a través de las cuales los usuarios y complementadores interactúan.

*“Rule-setting by platforms will take on different forms, depending on their function and design. For example, the “regulatory” function of a search engine will largely coincide with the design of the ranking algorithm, and hence with its core service itself. Other platforms impose rules and institutions that reach beyond the pure matching service and shape the functioning of the marketplace and, potentially, the relationship between the various platform sides, e. g. by regulating access to and exclusion from the platform, by regulating the way in which sellers can present their offers, the data and APIs they can access, setting up grading systems, regulating access to information that is generated on the platform, imposing minimum standards for delivery and return policies, providing for model contracts, imposing price controls and MFNs clauses, etc. Such rule-setting and “market design” determine the way in which competition takes place”*<sup>183</sup>

Las plataformas dominantes tienen la responsabilidad de asegurar que sus reglas no impiden la libre, no distorsionada y vigorosa competición sin una justificación objetiva siempre que se produce el caso de plataformas dominantes que venden su posición de monopolio a sus usuarios empresarios, v. g. ranking de preferencias o resultados o establecen reglas que les permite beneficiarse en abuso de autopreferencia.

El criterio general adoptado es sin embargo que la función de gobierno de las plataformas dominantes no es un problema *per se*. La respuesta no deja de ser temerosa y limitada. En pocas palabras, se apela a la responsabilidad de la plataforma sobre su conducta equitativa, sin discrimina-

183. Competition Policy for the digital era, cit. p. 60.

ción y por usuarios. Como se deduce, no será la plataforma la que asegure que sus reglas impiden la competencia injustificadamente. Y la inversión de la carga de la prueba, presunción ordinaria con prueba en contrario, no puede decirse que sea un instrumento jurídico particularmente estricto, como podría serlo la presunción absoluta.

La renuncia expresa a la regulación pública del mercado digital en su conjunto es una equivocación grave del Informe Vestager, con argumentos escolares que aluden a su rigidez o falta de flexibilidad, cuando el propio ideario del Mercado Único Digital lo solicita.

*"We would expect that, in many cases, profit maximizing platforms have incentives to write good rules to make the platform more valuable to their users. In the case of two-sided platforms, we would expect these rules to serve both sides in order to benefit from network externalities".*<sup>184</sup>

Es un corolario que no tiene nada que ver con la realidad del mercado digital y del *Network-and-Standard-Based Governance*.

Las plataformas digitales establecen las reglas del juego que más les aventajan y no asumen ningún compromiso en términos de equidad, transparencia, responsabilidad por los perjuicios o daños que portan.

Otro tanto puede decirse sobre el superficial tratamiento del deber de transparencia de las plataformas, que, como verdadero *wishful thinking*, se dice que *no* deben restringir indebidamente la competencia, permitiendo a las autoridades conocer cómo trabajan.

El secreto, el sigilo, la indescifrabilidad del algoritmo es el valor superior del capital intelectual digital y los obstáculos, prejuicios, y arbitrariedad integran sus cartas de natu-

---

184. Competition Policy for the digital era, cit. p. 62.

raleza. La transparencia es una exigencia pública y social de responsabilidad que, curiosamente, está mejor reflejada en la *General Data Protection Regulation* (GDPR, Official Journal of the European Union 4/5/2016).

La ley de competencia debe atender la protección de la competición “para “el mercado y proteger la competición “en” el mercado.

La promoción de la competición para el mercado parte de la legítima sospecha ante la ley de las acciones de las plataformas dominantes que obstaculizan o impiden al competidor atraer a la masa crítica de usuarios que le permiten el efecto de red para sus propósitos.

Ello supone, por un lado, el examen estricto de la protección de plataforma dominante de su inversión a toda costa, v. g., prohibiendo que los bienes no pueden venderse a través de otros canales a precios inferiores.

*“We believe that any practice aimed at protecting the investment of a dominant platform should be minimal and well targeted”.*<sup>185</sup>

Y, por otro lado, asegurar que el *multihoming* y *switching* del usuario no sea impedido u obstaculizado por la plataforma dominante, facilitando la movilidad del usuario y su captación por la nueva plataforma, si así lo desea.

*“We believe that any measure by which a dominant firm restricts multi-homing should be suspect and such firm should bear the burden of providing a solid efficiency defense”.*<sup>186</sup>

Por eso, destaca el Informe, y es su mejor contribución, la disciplina legal del *multihoming* que debe contemplar la portabilidad e interoperabilidad de los datos, que pueden conspirar para su realización.

185. Competition Policy for the digital era, cit. p. 56.

186. Competition Policy for the digital era, cit. p. 6.

La portabilidad de datos resguarda la capacidad de los usuarios de transferir los datos recogidos que una plataforma posee sobre ellos.

La interoperabilidad, en general, tiene como referencia la interconexión técnica entre productos, entre el usuario y sus datos o a los criterios que permiten a los servicios operar. Las plataformas dominantes restringen, bloquean o impiden, conscientes del significado que tiene el usuario para su renta, gobernanza y poder, la difusión abierta de las interconexiones que faciliten su conocimiento a plataformas o usuarios, con oportunidad de comparación y cambio, con el único límite injustificado de la plena y abierta interconexión, que se descarta.

La función de los datos, que es la materia prima de la cual se alimenta la plataforma digital, viene reconocida; pero, de nuevo, el miedo se apodera del Informe y sus propuestas se encadenan en obviedades, fácilmente admisibles por las grandes operadoras oligopólicas. Es un parámetro competitivo que no se pone en discusión, pese a su trascendencia política, social, económica. La posición dominante en el mercado hubiera debido condicionar taxativamente las prácticas de *data sharing*, *data pooling*, como elementos distorsionantes de la competencia en el Mercado Digital único; aunque no resulta de la propuesta del Informe. En cambio, el Informe *Furman* recomienda *data openness* que conduce a los datos compartidos.

Al extremo es discutible sostener que el acceso a los datos por los competidores puede no ser indispensable para competir, cuando la regla es exactamente la contraria, frente a la acumulación oligopólica de datos. Al máximo, la única respuesta sensata está contenida en una frase, sin mayor precisión: "*Mandated data access may sometimes be needed*".<sup>187</sup>

---

187. Competition Policy for the digital era, cit. p. 127.

La principal crítica al Informe *Vestager* está en la renuncia a la regulación de utilidad pública del mercado digital, dejando intacta en poder de las grandes plataformas su irrestricta libertad regulatoria. Asimismo, se afirma que debemos estar menos preocupados sobre la apropiación de ganancias y más preocupados con el comportamiento que expande posiciones de poder. Ambas perspectivas son inseparables: a más beneficios, mayor agresividad en la posición dominante.

Sirva, al respecto la experiencia de los EEUU que adoptó, en el curso del tiempo, medidas antimonopolio y disciplina sectorial, sea en el sector bancario, agrícola y, sobre todo, telecomunicaciones, sin perjuicio de las críticas formuladas de preferencia a las empresas dominantes para bloquear la entrada de nuevos competidores: si no es el Estado el que se hace cargo; de la regulación la competencia queda restringida a los que ya ejercen el poder dominante en el mercado.

**27. Scott Morton, Stigler Center Report.  
Committee for the Study of Digital Platforms  
Market Structure and Antitrust  
Subcommittee.**

El 15 de mayo de 2019 se publica el Informe del *Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Market Subcommittee*, del *Stigler Center for the Study of the Economy, and the State*.<sup>188</sup>

188. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Market Subcommittee, Stigler Center for the Study of the Economy, and the State. University of Chicago Booth School of Business. F. Scott Morton (chair), P. Bouvier, A. Ezrachi, B. Jullien, R. Katz, G. Kimmelman, D. Melamed, J. Morgenstern.

La premisa es que las grandes plataformas digitales ostentan un claro poder de mercado, en parte debido a los sesgos de los usuarios, pero, también, por los comportamientos de los actores del mercado, en particular, que crean barreras a la entrada mediante el uso de contratos y tecnologías y su expansión de las actividades primarias.

El resultado es un mercado concentrado y monopolístico que no sirve a los usuarios, como lo haría un mercado en el cual la entrada de nuevos actores fuera creíble y realista.

La consolidación del poder de mercado hace difícil el retorno a un mercado competitivo. Esto se verifica ante la inacción de la ley y de la Administración, consintiendo la captura de rentas de los complementadores y el dominio social sobre los usuarios, para impedir la entrada de nuevos competidores en relación con ellos, siendo la conservación su máximo objetivo, a cualquier coste.

*"It is unlikely that these problems will self-correct, meaning new and revised rules and incentives will be needed to prevent market power from entrenching a few dominant tech firms as economic and social gatekeepers".*<sup>189</sup>

El Informe profundiza en los daños de cualidad a los usuarios. El propósito es la acumulación y uso de datos para influir en el comportamiento de los miembros de la plataforma.

*"The platform's goal is to use its knowledge of consumers, combined with its market power (and the resulting lack of consumer choice), to extract profit".*<sup>190</sup>

---

189. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Market Subcommittee, p. 98.

190. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Market Subcommittee, p. 36.

El beneficio principal depende de la explotación del comportamiento adicto del usuario o de su ausencia de información, que no se puede resolver a través de la competencia, sino a través de una más amplia protección al usuario.

Las *Two-Sided platforms* recaban una parte sustancial de *excess profits* en el mercado de la propaganda de precisión. La venta de publicidad online, partiendo de la masa de datos y usuarios, es opaca, para prevenir la conquista del usuario por otros o, a la inversa, la conquista de los otros por el usuario. Hay un plus que lo pagará en el precio el consumidor.

*“On the advertiser side of the platform, where monetary prices are charged, harms to competition exist in the more ordinary form of higher markups for ads and other services. These markups are eventually paid by consumers because they are built into the prices of the goods and services that are advertised online.”*<sup>191</sup>

El Informe también analiza la captura de rentas por las plataformas por expropiación de las aplicaciones de los complementadores para ofrecerlas por sí mismas o verticalizarlas en su cadena de creación de valor. Aquí, según los autores, podría producirse una conducta anticompetitiva o injusta por daños a la inversión y a la innovación.

*“In particular, today’s digital platforms are very careful to maintain complete control over the user relationship so that they do not face any threat of disintermediation. These choices can be used to reduce the possibility of successful entry by an innovator in the platform’s space.”*<sup>192</sup>

El daño a la entrada tiene un sólido fundamento: la posesión de datos y el número de datos y por tanto estable-

191. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Market Subcommittee, p. 34.

192. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Market Subcommittee, p. 49.

cen barreras o bloqueo a los nuevos actores que amenazan su intermediación con los usuarios o con socios que puedan provocar un perjuicio análogo. La lógica de la arquitectura de la plataforma es el modo de conseguirlo, así como contratos de exclusividad o de fidelidad. La consecuencia es fácil: lo que no se puede bloquear puede comprarse (*killer acquisitions*).

El poder económico, político, de las plataformas digitales impide su auto corrección, sin intervención pública.

*“Self-correction is not a realistic expectation in this environment-indeed, the available evidence suggests it has not happened-and public policy should not rely exclusively on it. Effective antitrust enforcement and regulation must take account of this reality”.*<sup>193</sup>

Las dos bases de la ley antimonopolio deben ser: la conducta anticompetitiva y el daño derivado de la creación de un imparable poder en el mercado. Una Agencia Digital debe constituirse por ley y regular para identificar la insuficiencia de la entrada de los competidores y la movilidad de los usuarios. Sus competencias no se agotan en las conductas anticompetitivas, comprendiendo, además la preservación del derecho a la intimidad, las restricciones al uso de los datos y la protección del consumidor.

*“Therefore, the report suggests that Congress should consider creating a specialist regulator, the Digital Authority. The regulator could be tasked with creating general conditions conducive to competition. The committee also suggests separating out some types of regulation that will apply to virtually all market participants while other regulation will apply only to companies with bottleneck power”.*<sup>194</sup>

193. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Market Subcommittee, p. 60.

194. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Market Subcommittee, p. 9.

- Poder de cuello de botella: que hace prohibitivo el cambio de plataforma a los usuarios e imposible su acceso a los otros proveedores.
- Datos: asegurar el control de los datos del usuario y su opción para compartirlos con diversos proveedores de contenido.
- Asociación de la Agencia Digital con las Agencias antimonopolio.
- Portabilidad de datos y Movilidad: facilitar los costes del cambio y facilitar la entrada de nuevos agentes.
- Standards abiertos: impedir la consolidación de control sobre la identidad de los usuarios. El standard abierto posibilita que los nuevos actores puedan ofrecer su propia identidad digital a los usuarios para acceso a bienes y servicios.
- Revisión de las fusiones: las plataformas deben demostrar que su adquisición promueve la competición, mediante inversión de la carga de la prueba.
- Interoperabilidad: impedir el fortalecimiento del poder en el mercado mediante standards de interconexión abierta que pueden utilizar todos los competidores.
- No discriminación: proteger a los complementadores que pueden ser rivales de la plataforma o están exclusivamente dentro de una y quieren ampliar su actividad con otra.
- *Data sharing*: obligación de *data openness* a los nuevos agentes, para restaurar la pérdida de competición.
- *Full Protocol Interoperability*: un instrumento para eliminar barreras a la entrada y superar las restricciones de los efectos de la red para los nuevos actores.

La Autoridad Digital entonces se convierte en el agente de promoción de la competencia y limite al poder de mercado de la explotación de los usuarios y complementadores, más allá de la ley antimonopolio.

## Conclusión.

Hay informes recientes que aprecian la concentración digital, la persistencia de *killer acquisitions*, la función manipuladora de la publicidad, la vulneración de la protección de los datos de los usuarios. Con más o menor énfasis se predica la necesidad de regulación, de sistemas abiertos de movilidad de datos y apertura de datos, porque no es realista pensar en la auto corrección de las plataformas. Así, por ejemplo, el Informe *Furman* en el Reino Unido o el Informe *Scott Morton, Stigler Center Report*. En ambos casos, con diferente intensidad, se recoge la necesidad de la actualización del Estado regulador interventor. No es este el caso del Informe *Vestager* de la Comisión Europea, que ofrece flancos críticos importantes, v. g. ignorando el concepto de *Single Digital Market*. La principal crítica al Informe *Vestager* está en la renuncia a la regulación de servicios públicas del mercado digital, dejando intacta en poder de las grandes plataformas su irrestricta libertad regulatoria. Es sintomático que, describiendo la concentración de las grandes plataformas y el exceso de poder que exhiben en el mercado, ponga en el frontispicio del Informe el bienestar del consumidor, como decir, los precios en la perspectiva neoliberal última de la Escuela de Chicago.

## CAPÍTULO V

**28. Autocorrección, regulación antimonopólica y/o impuesto.**

La redistribución de la renta y la riqueza por obra de las normas jurídicas en general desde los que más pueden hacia los que menos ofrece la connotación predistributiva. Antes del impuesto sustantivo, puede ocurrir la expresión de normas no fiscales inspiradas en solidaridad y, aún más, normas o provisiones históricamente consideradas formales pueden ser los vehículos que la refuerzan.

El propósito igualitario del proceso jurídico de la realidad debe contemplarse en su conjunto bajo valores y principios comunes. En suma, justicia, equidad, certeza, uso de la coacción, transparencia y responsabilidad.

*J. S. Hacker propugna la predistribución, esto es, “centrarse en reformas de mercado que alienten una distribución más igualitaria del poder económico y recompense antes de la recaudación de impuesto o la provisión de los beneficios”*<sup>195</sup>

El desafío digital es total y conjunto puesto que no se encierra en áreas de conocimiento específico, sino, que va dirigida a todo el ordenamiento jurídico. Desde el derecho privado, civil o mercantil, pasando por el derecho del trabajo, hasta el derecho público.

---

195. J. S. Hacker, The Institutional Foundations of Middle-Class Democracy, May 6th, 2011, Policy Network.

Todos los aspectos de la economía digital de mercado van en la misma dirección y, por tanto, no cabe sino una respuesta total legal predistributiva, que permita graduar su evolución acompañada a las circunstancias de los menos favorecidos, de la comunidad, del mercado y del Estado.

## 29. Autocorrección.

El punto central es que no puede formularse un mercado autorregulado por sus propios agentes, porque la lógica es portadora de poder de supremacía de los más potentes, inclusive por sobre la ley que les disciplina y aún más, si no hay regulación legal que defina los derroteros de sus comportamientos.

La autocorrección del mercado por obra de los propios datapolios es inverosímil. La ley pública debe tomar conciencia de que la autorregulación es el mejor de los mundos posibles para las plataformas digitales. El *excess profit* implica que la posición de los monopolios es inexpugnable.

*“Once we understand this equation, it becomes clear that demanding privacy from surveillance capitalists or lobbying for an end to commercial surveillance on the Internet is like asking Henry Ford to make each Model T by hand. It’s like asking a giraffe to shorten its neck or a cow to give up chewing. Such demands are existential threats that violate the basic mechanisms of the entity’s survival. **How can we expect companies whose economic existence depends upon behavioral surplus to cease capturing behavioral data voluntarily? It’s like asking for suicide.**”*<sup>196</sup>

La mayoría de la doctrina, y los expertos, en general, postergan la intervención pública –la disciplina legal específica antimonopolio dirigida al comportamiento oligopó-

---

196. Sh. Zuboff, *The Secrets of Surveillance Capitalism*, p. 6, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 05/03/2016.

lica de la plataforma digital– dudando de su eficacia y confiando en el libre mercado y su formación de precios, y otro tanto ocurre con el impuesto.

La base está en el dogma de la innovación, que siempre es positiva, pese a sus externalidades negativa. Prevalece la defensa del principio del mercado libre, no intervencionista, aun cuando la libertad de los más vulnerables este bajo amenaza, sean los usuarios y competidores, y con el falso argumento que el coste de la regulación pública supera sus eventuales beneficios. Y esto es particularmente evidente en la ley antimonopolio y en materia tributaria.

*“However, regulations relating to privacy, data ownership and portability, or open interfaces and interconnection may attract widespread support. substantive rules governing such regulations, and the institutions created to implement such regulations, will matter a great deal to their efficacy. The substantive rules governing such regulations, and the institutions created to implement such regulations, will matter a great deal to their efficacy.”<sup>197</sup>*

Así C. Shapiro no se da por enterado que las fusiones y adquisiciones, la colusión o concertación y el abuso de poder dominante de las plataformas digitales son un problema de ahora, que no del futuro.

*“One promising way to tighten up on merger enforcement would be to apply tougher standards to mergers that may lessen competition in the future, even if they do not lessen competition right away. In the language of antitrust, these cases involve a loss of potential competition. One common fact pattern that can involve a loss of future competition occurs when a large incumbent firm acquires a highly capable firm operating in an adjacent space.”<sup>198</sup>*

197. C. Shapiro, Antitrust in a time of populism, 2018, [ssrn.com/abstract=305834](https://ssrn.com/abstract=305834), p. 27.

198. C. Shapiro, Antitrust in a time of populism, 2018, [ssrn.com/abstract=3058345](https://ssrn.com/abstract=3058345).

Es un error plantear como hipótesis el hecho probado que las grandes plataformas digitales van más allá de su campo de actuación, ocupando todos los espacios adyacentes que se ponen a tiro y fijando las reglas de juego para todos.

La influencia de *C. Shapiro* se hace sentir, también, en la aplicación de la ley antimonopolio. El eje del antitrust debe ser los acuerdos o comportamientos anticompetitivos. En especial, el abuso de la posición dominante en el mercado digital, mediante la extracción de rentas económicas desproporcionadas de terceros o excluyéndolos de su participación. La conclusión, en embargo, es decepcionante porque, en sustancia, desestima la eficacia de medidas *ex post* de aplicación antimonopolio.

Precisamente, *C. Shapiro*, sostiene que la investigación debe basarse en la conducta específica de la empresa, no su tamaño o la presencia de un poder de mercado substancial.

*"So, I say: let these inquiries proceed when suspicious conduct can be identified. But in doing so, let us avoid a "big is bad" mentality and let us truly have the interests of consumers in mind. We learned long ago that proper antitrust enforcement is about protecting consumers, and protecting the competitive process, not about protecting competitors".*<sup>199</sup>

Es una función meramente teórica proteger al consumidor y la competencia sin proteger a los competidores o, aún más, consintiendo en su control y, al límite, su extinción.

Finalmente, es propio de esa postura negar que la ley antimonopolio tenga algo que ver con la desigualdad de renta y riqueza, función que correspondería a los impuestos, o la política de empleo. Es exactamente lo contrario. La ley antimonopolio participa, como el resto de las normas

---

199. C. Shapiro, *Antitrust in a time of populism*, cit. p. 26.

del ordenamiento jurídico, de un principio liminar de equidad y justicia social.

*“Legal rules may be more efficient than income taxes at redistributing income from the rich to the poor...features other than income are often desirable bases for redistributing income, and legal rules may be institutionally better equipped than taxes –or the only option- to redistribute based on such income features. That is, legal rules can be an inexpensive way of reducing income inequality”.*<sup>200</sup>

La desigualdad de rentas que se defiende es, también, objetivo de la ley antimonopolio. Es equivocado encomendar esa función exclusivamente a la política fiscal o a la política de empleo. Todas las políticas, incluida la lucha contra los monopolios, forman parte del arsenal de la política pública de igualdad y justicia social.

C. *Shapiro* es el ejemplo perfecto de tolerancia extrema ante el poder digital regulador de sí mismo, disponiendo de una potestad poco menos que total sobre los principios, standards y reglas de su conducta, impermeable ante la acción pública y social.

La economía dirigida por los precios de mercado de monopolio de escasas grandes plataformas, sin interferencias externas, es un mercado autorregulado.

La ideología de la no intervención es una constante de la capacidad discursiva de las plataformas digitales. No importa ni la concentración, el abuso de poder dominante o la competencia desleal cuando se trata de proteger las desproporcionadas rentas derivadas del excedente comportamental.

---

200. Z. Liscow, Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate Equity as Well as Efficiency, 2014, Faculty Scholarship Series, 5018 Yale Law School; T. Rosembuj, El principio distributivo y el impuesto, ElFisco.com, 11/12/2019.

Es por eso por lo que los argumentos insisten en el marketing como si fuera persuasión: la regulación pública es ineficaz ante la complejidad de la economía digital y está vocada a cometer errores por no saber que, finalmente, daña la innovación. Si se piensa, son las mismas razones que adornaron el pensamiento liberal de mercado frente al poder compensatorio público y social.

De nuevo, como en la Revolución Industrial, escribe *Polanyi*, se produce el choque entre dos principios. Por un lado, el liberalismo que defiende la autorregulación del mercado, en manos de los escasos sujetos económicos que lo controlan y, por otro, el principio de protección social, que pretende la conservación de la persona, de la naturaleza, de la organización productiva, *"apoyado en los que son afectados por la acción deletérea del mercado y empleando una legislación proteccionista de las asociaciones restrictivas y otros instrumentos de intervención como sus métodos"*.<sup>201</sup>

La plataforma digital construye su poder dominante desde la acumulación de datos, su *profiling* y transmisión en el mercado. La masa de datos se convierte en sí misma en una barrera insuperable para el que no los tiene. A tal fin y para conservar y aumentar su crecimiento, cumplen una cadena indefinida de deslealtades competitivas: denigración, actos de imitación y de explotación de reputación ajena, violación de normas, sean mercantiles, fiscales, laborales, ambientales, discriminación, precios predatorios, contratos vinculados.

*"This concentrated control of user data gives such companies more than just a competitive advantage vis-d-vis their competitors. Companies know the intimate details about the preferences of consumers, and this skews markets against consumers who lack similar data about*

---

201. K. Polanyi, *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 2010, p. 170.

*those companies or their options in negotiating terms with those companies*”<sup>202</sup>

El punto de partida de la acumulación de datos facilita la expansión en otros sectores para recoger más datos y ocupar los espacios que pretenden los nuevos actores. Los datos alimentan el apetito de más datos y así sucesivamente, reforzando las posiciones de monopolio y oligopolio digital.

El sector de las plataformas digitales dominantes exige una disciplina específica, en principio, desde la ley antimonopolio, para actuar la movilidad de datos y usuarios y reducir las barreras de entrada a los complementadores y una autoridad administrativa digital de aplicación, predispuesta a la actuación.

La autocorrección es una carta a los Reyes o pedir el suicidio. La alternativa antioligopólica pasa por la renovada aplicación de la ley antimonopolio o la calificación como empresas de servicios públicos, de interés general y colectivo y separar del núcleo central aquellas partes dirigidas a la competencia desleal.<sup>203</sup>

El capitalismo de vigilancia reúne atributos que son comunes a la actividad llevada a cabo alrededor de grandes plataformas digitales. La innovación digital responde a paradigmas que se dan en cualquiera de los oligopolios.

Primero, los extremos rendimientos de la economía de escala.

Segundo, las externalidades de red, el efecto red, conectado al número de usuarios.

202. N. Newman, Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 31. 2. 2014, p. 452.

203. K. A. Bamberger, O. Lobel, Platform Market Power, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 32, 2017.

Tercero, la función de la acumulación, tratamiento, comercialización de los datos.

El resultado está a la vista: las *economies of scope* proporcionan desproporcionados beneficios en la utilización de módulos comunes para productos o servicios diferenciados, que impiden, de hecho, la competencia rival, porque el tratamiento de *Big Data* y su extensión indefinida a nuevos sectores impiden a las pequeñas empresas actuar al mismo tiempo y con una penetración similar.

Ello se traduce en el bloqueo de entrada de los complementadores y la constitución de cuellos de botella que impiden el contacto inmediato entre terceros y los usuarios de la plataforma. La consecuencia es un difuso y extendido ejercicio de competencia desleal y beneficios monopólicos. De autocorrección nada: es una invitación a la propia destrucción que se ocurre irrealizable. Por tanto, es el Estado regulador, regulando, el que debe afrontar la defensa de los ciudadanos, usuarios, consumidores, empresas tecnológicas, *start-ups*.

El poder de las plataformas y su acumulación tecnológica de activos informacionales proponen amenazas sistémicas a la sociedad, al mercado, a los países. Y esto implica las externalidades negativas sobre el usuario y los complementadores que conllevan la concentración de la riqueza y un opaco e indescifrable abuso de poder de mercado.

Obviamente la respuesta no reside en los postulados neoclásicos de la Escuela de Chicago, basada en la lógica de los precios, para satisfacer, principalmente, los objetivos de las grandes plataformas so capan de innovación, como si ello fuera evidente e incontestable. La competencia está clausurada a los nuevos y los usuarios están vinculados desde el inicio a su forzada permanencia.

*“An increasing consensus has emerged that there is a need for a joint approach: (i) competition law as a reactive tool, addressing violations and abuse of power, (ii) regulation as an instrument used to ensure the openness and competitiveness of markets, design the boundaries of acceptable behavior, and provide ex-ante certainty as to consumer rights and adequate behavior, and (iii) statutory protections of fundamental rights essential to safeguarding privacy, individual autonomy, and well-being.”*<sup>204</sup>

La intervención pública es imprescindible frente a las cambiantes dinámicas del mercado. El principal problema, que se desprende en una primera perspectiva, es que, sin entrar en la consideración de la decisión política, los gobiernos no disponen de las herramientas adecuadas, actuales, que les permitan actuar tempestivamente para hacer justicia competitiva en competencia virtual e introducir la protección efectiva a los usuarios, complementadores y la entrada de actores.

*“Data-driven online markets will not necessarily correct themselves. As power shifts to the hands of the few, the risks this will likely have for competition, our democratic ideals, and our economic and overall well-being will increase accordingly. **The concerns are real, but so are the challenges for intervention**.”*<sup>205</sup>

El poder público evita la autorregulación perversa del mercado mediante su poder compensatorio, para neutralizar sus externalidades negativas. El mercado (digital) modificado en un cuadro institucional bajo control de la auto-ridad social.

204. M. E. Stucke, A. Ezrachi, Platforms and Market Power, Part. III: The Role of Data and Privacy in Competition, US House Judiciary Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, D. Ciccil-line, chair, October 18th, 2019.

205. A. Ezrachi, M. E. Stucke, Virtual Competition, Journal of European Competition Law & Practice, cit. p. 586.

### 30. Regulación antimonopólica

La autocorrección algorítmica no ofrece ninguna garantía al interés público. Por tanto, si se quiere inclinar la innovación digital a favor de la sociedad, el Estado regulador tiene tres alternativas primordiales: la reforma de la regulación legal antimonopólica, la designación de las grandes plataformas como servicio público o de transporte de datos y/o el impuesto.

*“A regulatory state optimized for the information economy must develop rubrics for responding to three problems that have confounded existing regulatory regimes: (1) platform power – the power to link facially separate markets and/or to constrain participation in markets by using technical protocols; (2) infoglut – unmanageably voluminous, mediated information flows that create information overload; and (3) systemic threat – nascent, probabilistically-defined harm to be realized at some point in the future.”<sup>206</sup>*

El Estado regulador, el ordenamiento jurídico tiene que predisponer los instrumentos prevalentes que le permitan acotar el poder de las plataformas, el abuso de los datos y las amenazas sistémicas que arrostran para el conjunto social.

L. M. Khan ha desarrollado una investigación precursora en regulación antimonopólica de las plataformas digitales dominantes.<sup>207</sup>

El cambio de perspectiva estructural de la competencia impulsada originariamente desde la Escuela de Chicago, que recogía las razones históricas de la Ley Sherman, desde una perspectiva neoliberal, también en la misma Escue-

206. J. E. Cohen, *The Regulatory State in the Information Age, Theoretical Inquiries in Law*, Vol 2, 2016.

207. L. M. Khan, *Amazonas Antitrust Paradox*, *The Yale Law Journal*, 126, 2017.

la de Chicago, originó una catástrofe de aplicación e interpretación de la ley antimonopolio, de la que, como se ve, *C. Shapiro*, es una evidencia.

La corriente estructuralista parte de una premisa general: la concentración del mercado dominado por un escaso número de grandes empresas promueve formas de conducta anticompetitivas. Esta narración describe un escenario que está presente en la sociedad digital.

Primero, el mercado oligopólico facilita la coordinación entre las empresas dominantes, el reparto del mercado, y la colusión tácita.

Segundo, las empresas dominantes bloquean la entrada de nuevos competidores.

Tercero, las empresas oligopólicas disponen de un amplio poder de negociación sobre proveedores, consumidores, trabajadores, que les permite influir en los precios, salarios y degradar los servicios sin sacrificar beneficios.

La teoría estructuralista fue abandonada y substituida por la posición neoliberal de la misma Escuela de Chicago, basada en la teoría de la eficiencia de los mercados, impulsada por la búsqueda de beneficios de los agentes económicos.

La teoría del precio implica que las barreras de entrada es un coste que debe soportarlo el que aspira al acceso, pero que no tiene nada que ver con los que ya ostentan una posición de supremacía. No se necesita ningún recurso a la ley antitrust, de lo que es normal.

Al mismo tiempo, la interpretación de la aplicación de la ley a las fusiones solo podía prosperar si la consecuencia era un incremento en los precios, antes que un obstáculo a la competencia. El bienestar del consumidor consiste en el mantenimiento de los precios existentes. La reorientación

de la ley antimonopolio llevó, además, considerar que los precios predatorios y la integración vertical, no reducen el bienestar del consumidor (los precios) y, por tanto, no corresponde su consideración a la ley antimonopolio.

A la inversa, *Khan* propone una presunción de precios predatorios para las plataformas digitales dominantes que se halla en una fijación anticompetitiva de precios bajo coste. Los precios predatorios son un elemento típico de competencia desleal ilícita, que se rechaza, y supone la práctica por la empresa de precios interiores a sus costes o al de adquisición cuando tienen como fin inducir a error a los consumidores, desacreditar productos ajenos, formar parte de una estrategia de eliminación de otros competidores.

La integración vertical, en la teoría de los precios, deja de verse como una amenaza a la competencia o competencia desleal, o de plantearse en términos de ley antimonopolio. *Khan* sostiene que debiera prohibirse el conflicto de intereses, cuando la plataforma digital interviene e interfiere en la actividad de un tercero en su propia actividad o actividades adyacentes. La integración vertical es un riesgo cuando persigue la imitación o eliminación de la competencia para ampliar sus líneas de negocio y habría que establecer una línea roja entre actividades propias y otras de terceros susceptibles de apropiación, imitación, o extinción, dentro de la misma plataforma.

***“Focusing antitrust exclusively on consumer welfare is a mistake. For one, it betrays legislative intent, which makes clear that Congress passed antitrust laws to safeguard against excessive concentrations of economic power. This vision promotes a variety of aims, including the preservation of open markets, the protection of producers and consumers from monopoly abuse, and the dispersion of political and economic control. I propose that a better way to understand***

*competition is by focusing on competitive process and market structure".*<sup>208</sup>

La opción alternativa a la ley antimonopolio, en la versión *de Khan* consiste en regular el poder de la plataforma digital dominante como monopolios naturales u oligopólicos. (que ya se produjo en distintas actividades y sectores: agua, electricidad, gas, ferrocarril, telégrafo, teléfonos).

*"Critically, a public utility regime aims at eliminating competition: it accepts the benefits of monopoly and chooses instead to limit how a monopoly may use its power. Animating public utility regulations was the idea that essential network industries –such as railroads and electric power– should be made available to the public in the form of universal service provided at just and reasonable rates."*<sup>209</sup>

En conclusión, del examen puede desprenderse que las fusiones y adquisiciones digitales limitan la competencia y aceleran la concentración y que las *Two-Sided Platforms* usan los dos lados para limitar la competencia. El conflicto de intereses se plasma en la imitación, desmontando o degradando el contenido de los nuevos competidores o eliminándolos del mercado mediante precios predatorios o por compra o verticalización.

La renta monopólica es una verdadera renta ricardiana porque en su origen hay un sostenido impulso al poder de mercado en condiciones de supremacía y exclusión. La base es el secreto propietario del capital intelectual –patentes, copyright, marcas, activos de información tecnológica– y el secreto posesorio –secreto industrial, know how, I&D, el secreto contable, los datos y la mercancía informacional.

208. L. M. Khan, cit. p. 743, 745.

209. L. M. Khan, cit. p. 797.

La captura de la renta monopólica fruto del poder de mercado absuelve una finalidad de tutela de la competencia leal en el mercado.

El discurso de *Khan* fue recibido en las propuestas anti-trust de la campaña de la Senadora *Elizabeth Warren*. En su programa figura:

Primero, aprobar una regulación que requiera a las grandes plataformas tecnológicas su designación como “*Platform Utilities*” –servicios públicos– y separarlas de cualquier participante en esa plataforma. La idea es que no puedan vender sus propios bienes y servicios en sus plataformas, en detrimento de usuarios y complementadores. O sea, un medio de transporte común digital (*common carrier*). Esto se propone para las plataformas que tienen un ingreso global de 25 billones de dólares o más y que ofrecen al público un mercado online, un intercambio o una plataforma de interconexión de terceras partes. Las “*platform utilities*” tendrán la prohibición de propiedad de la plataforma y de cualquiera que participe en ella. Al mismo tiempo, deben adoptar una política leal, razonable no discriminatoria con los usuarios y les estará vedado la transmisión de datos con terceros.

Amazon Marketplace, Google intercambio de publicidad y Google Búsqueda serían empresas de servicio público. Por lo tanto, quedarían separadas de la organización central.

Segundo, la ley antimonopolio debe posibilitar la quiebra de las fusiones que reducen la competencia.

Amazon - Zappos; Facebook - Instagram - WhatsApp; Google - Waze - Nest - DoubleClick.

La posición de *Warren* recibió la crítica inmediata del pensamiento neoliberal, elogiando las virtudes las plataformas digitales en las ventajas que crean en los precios a

los consumidores y los beneficios de la integración vertical en la competencia. Se defiende la competencia desleal de la copia de los productos, cuyo resultado es “menos monopolio y no más” (sic). Las fusiones a expensas de las pequeñas empresas se contemplan como positivas porque sirven para reducir costes o mejorar sus productos. El foco de la ley antimonopolio, como afirma la Escuela de Chicago, debe ser la maximización del producto, que beneficia a los consumidores y trabajadores.<sup>210</sup>

Un tema adicional que merece destacarse es que las *Big High Tech* son sujetos económicos globales que influyen en las decisiones políticas que les afectan, y no solo por su actividad de lobby, sino en la capacidad discursiva. Dice *L. Andrews* que son capaces de influenciar la comprensión de las soluciones de práctica política; tienen el poder de imponer ciertas ideas a través del código propietario y algoritmos y la oportunidad de estructurar lo que es permitido en debates sobre política tecnológica de alto nivel.<sup>211</sup>

La posición de *E. Warren* consistente en la ruptura o escisión de los grandes problemas es un recorrido que ya se utilizó en la ley antimonopolio y que no debería rechazarse.

*R. Avi-Yonah* critica la solución, con argumentos que no son los propios de la ideología no intervencionista, pero, que, tampoco aciertan.

Las grandes plataformas digitales responden en su conjunto y particularmente a los atributos reseñables del capitalismo de vigilancia. Es cierto que no todas son igua-

210. H. Hovenkamp, *The Warren Campaign's Antitrust Proposals*, *The Regulatory Review*, March 25th, 2019.

211. K. Yeung, M. Lodge, *Algorithmic Regulation*, cit. p. 207, *L. Andrews*, *Algorithms, Regulation and Governance Readiness*.

les, pero, lo que las identifica es la arquitectura programada de la plataforma, los datos, los complementadores, los usuarios, en los dos lados de su lugar en el mercado. Por eso es irrelevante, por ejemplo, que Facebook o Google deriven la mayor parte de sus rendimientos de la publicidad, mientras que Apple vende sus propios productos o Amazon venda productos de terceros. En todas ellas, comparecen idénticos perfiles y similares consecuencias sociales y económicas.

No es cierto que es relativamente fácil romper Apple, Amazon; pero lo es menos Facebook o Google, " porque *su valor depende crucialmente en externalidades de la red*". Igual de crucial es el efecto red para los primeros que para los segundos.

No es persuasivo sostener que forzar la desinversión de algunas de sus adquisiciones monopólicas no les afectara, dado los recursos líquidos disponibles. El argumento tiene resonancias de decisiones antimonopólicas precedentes, v. g. Standard Oil; pero olvida que no estamos ante una empresa monopólica, sino ante un sistema oligopólico autorregulado, inmune a la ley pública. La desinversión abriría espacio al Estado regulador y, al mismo tiempo, transmitiría la didáctica que no hay oligopolio bueno ni por encima de la norma antimonopólica: en suma, un ejercicio natural de autoridad pública.

Tampoco es aceptable que la ruptura de Apple, Amazon, Netflix, supone significativos riesgos de daño al consumidor. Aquí también se siente el eco de la teoría de los precios de la Escuela de Chicago, que no resulta evidente ni probada. Al contrario.

*"Market power, consumer biases and an ad-supported platform model can generate significant consumer harms. First, market power in advertising markets will result in markups paid by advertisers. Secondly,*

*while behavioral economists have studied consumer biases and firm responses in offline markets, these are swamped by what digital businesses can learn by using high-dimensional, large datasets to explore every nook and cranny of consumers' many behavioral shortcomings and biases in real time. Framing, nudges, and defaults can direct a consumer to the choice that is most profitable for the platform... **These tactics reduce the quality of the zero-price content the user experiences on the platform**".<sup>212</sup>*

Por último, *R. Avi-Yonah*, tiene razón cuando afirma que tratar a las grandes plataformas como servicios públicos es un primer paso hacia una regulación de ordeno y mando, hasta la disciplina de los precios.

### 31. Impuesto.

El mejor complemento al cumplimiento antimonopólico sugiere el autor, es un nuevo Impuesto de Sociedades.

*"I believe that corporate taxation may be a useful complement to antitrust enforcement in curbing the power of the Big Techs".<sup>213</sup>*

El impuesto juega un papel decisivo junto y al lado de la ley antimonopólica.

*R. Avi-Yonah* individualiza tres funciones reguladoras del Impuesto de Sociedades: la limitación directa del tipo de gravamen de la acumulación de riqueza de la empresa; la provisión de incentivos y desincentivos a determinadas actividades societarias y el conseguimiento de información empresarial. Esta función reguladora aspira a la disciplina de la gestión de los activos societarios mediante su canali-

212. Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Market Subcommittee, p. 7.

213. R. S. Avi-Yonah, Antitrust and the Corporate Tax: A Missed Opportunity? The University of Michigan, 3/4/2020.

zación hacia la dirección que se considera ventajosa para la comunidad en su conjunto.

*"The corporate tax is justified as a way for a liberal democratic state to limit excessive accumulations of power in the hands of corporate management, which is inconsistent with both democratic and egalitarian ideals."*<sup>214</sup>

El denominado impuesto regulador es una descripción efectiva del IS; pero, finalmente, corre el riesgo de convertirse en un argumento tautológico. Cualquier tributo es regulador por definición. Se trata de establecer por ley una prestación coactiva patrimonial sobre determinadas manifestaciones de capacidad contributiva. El impuesto más liberal o más progresista comparten la regulación.

La diferencia radica en las manifestaciones de capacidad contributiva que se eligen como objeto y hecho imponible del impuesto. En ese sentido ayuda la afirmación del propio *R. Avi-Yonah* sobre el objeto del IS de limitar la excesiva acumulación de poder en las manos de la gestión de la empresa. El objeto del impuesto enuncia la tentativa del legislador de limitar el poder de mercado y el poder de disposición sobre bienes y servicios en la conducción de las grandes sociedades digitales. Y, simultáneamente, recaudar ingresos públicos de una renta desproporcionada, excepcional, que, en el supuesto digital, añade carácter oligopólico a su obtención.

*R. Avi-Yonah* propone un impuesto sobre los servicios digitales en los EEUU, en la horma *Wei Cui*, bajo el lema de *nuevas formas de producción de renta*".

Es oportuno recordar que el impuesto sobre servicios digitales, según *Wei Cui*, es un impuesto sobre rentas eco-

---

214. R. S. Avi-Yonah, *Corporations, Society, and the State: A Defense of the Corporate Tax*, 2004, University of Michigan Law School Scholarship Repository, p. 1249.

nómicas obtenidas por la plataforma digital en una localización particular. La justificación del impuesto reside en que las plataformas digitales obtienen una renta substancial y que tal renta puede encontrarse en los países usuarios donde las plataformas operan internacionalmente.

*“The idea is to allow the country where the rent is located to tax the rent. Research on the industrial organization of digital platforms has revealed a rich variety of ways in which platforms can earn supra-normal profits”.*<sup>215</sup>

El centro de la reflexión es gravar la localización de rentas específicas. El objeto del impuesto sobre los servicios digitales se funda en dos elementos: el poder de mercado global de las plataformas que les permite obtener rentas monopólicas u oligopólicas y la virtual inmunidad práctica fiscal que les protege.

La posición de *R. Avi-Yonah* se dirige a que el ISD sea el IS para las plataformas digitales fijado por EEUU como país de residencia de las plataformas digitales. El impuesto es diferente porque son diferentes a las demás empresas y al mismo tiempo castiga su comportamiento anticompetitivo.

El ISD como nuevo IS probablemente supera el propio concepto del impuesto originario sobre los servicios digitales. Estamos ante dos tributos diferentes en su estructura y función.

El uno tiene un objeto y hecho imponible específico sobre la renta integra de los servicios digitales mientras que el objeto del IS sobre rentas es más ambicioso y se apoya necesariamente en los fundamentos clásicos de la ley antimonopolio, abuso económico, competencia desleal. El objeto que

---

215. Wei Cui, The Digital Services Tax: A Conceptual Defense, University of British Columbia, October 26th, 2018 SSRN com/. abstract=3273641.

se pretende gravar debe comprender la renta neta ordinaria, la superrenta que deriva del monopolio u oligopolio y el beneficio real de las cuentas y estados financieros públicos.

El ISD es un impuesto sobre la renta integra digital calificable como renta integra de localización específica parangonable a un recurso natural y cuya configuración aproximada es la de canon o regalía. Es excesivo solicitar a una remuneración particular afectada a determinados servicios los mismos propósitos y finalidades de un Impuesto general sobre las Sociedades. La manifestación de capacidad contributiva gravada se refiere a la participación de los usuarios y complementadores.

*"Such a US DST can achieve the three regulatory goals of a corporate tax. It can be used to force the Big Techs to disclose to the IRS data about their business model."*

*It can potentially be raised to very high rates that will destroy the Big Techs, and such a threat may induce them (i. e., their controlling founders) to be less exploitative of their monopoly power.*

*And it can be adjusted based on specific actions taken by the Big Techs (e. g., protecting or destroying privacy) as well as their overall CSR (Corporate Social Responsibility) performance. Finally, the returns for such a tax should be public".<sup>216</sup>*

Es cierto que el ISD serviría para que la Administración profundice el modelo de empresa digital; pero, difícilmente su tipo de gravamen podrá tener una proporcionalidad que permita destruir o amenazar el poder de los datapios, precisamente, porque no está para eso ni, tampoco, para reconducir sus violaciones del derecho a la intimidad.

Sería suficiente que el ISD permita el catálogo de la renta íntegra digital derivada de la participación monetizada

---

216. R. Avi-Yonah, Antitrust and the Corporate Tax: cit.

del usuario y de los complementadores y gravando la preservación del recurso natural –la persona digital– que le sirve de beneficio, porque ofrece recursos tributarios de las ventas remotas y de la circunvención de la presencia física o material en el territorio donde se verifican.<sup>217</sup>

El gravamen de la renta integra de fuente digital resulta como si fuera un canon o regalía sobre un nuevo recurso natural.

Tampoco sería descartable la idea de *A. J. Cordell* sobre la *Bit Tax*. El *bit tax* de *Cordell* es un impuesto simple, fácil de gestionar y recaudar y cuya vocación es, indudablemente sistémica y global. El *bit tax*, por analogía grava el tráfico digital en la autopista de la información por unidad de transmisión electrónica, que es el bit. El *bit tax*, como la *Tobin tax*, es una creación luminosa. En efecto, gravar el bit en cabeza de los operadores del tráfico digital, en cuantía ínfima, puede producir una recaudación enorme. La *Bit Tax*, que reúne en si misma lo mejor del impuesto pigouviano: simplicidad, recaudación, cambios de comportamientos.

La propuesta de *Cordell* consiste en gravar cada bit digital de información que transita en las redes globales. Con un tipo de gravamen de. 000001 centavos dólar por bit. Su recaudación se efectuaría desde los *common carrier* de telecomunicaciones, redes satelitales y sistemas de cable y se liquidaría país por país. Toda la información digital interactiva quedaría sujeta al impuesto por crear valor.<sup>218</sup>

217. T. Rosembuj, *Taxation and capitalism of surveillance*. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2019, fasc. 2.

218. Arthur J. Cordell, *New taxes for a new economy*, *Government Information in Canada*, Vol 2, 4, 1996; *Taxing the Internet: The proposal for a bit tax*, *International Tax Program at the Harvard Law School*, February 14th, 1997; T. Rosembuj, *El Impuesto Digital*, Barcelona, 2015, p. 134.

El impuesto sobre Sociedades debe reformarse para gravar la concentración de la riqueza en pocas plataformas tecnológicas o no; la cartelización de la economía, la colusión entre ellas y el reparto del mercado e impedir que su poder económico castigue a los rivales y consumidores.

La reforma substancial del Impuesto sobre Sociedades y su extensión a las grandes plataformas digitales para desincentivar las fusiones y adquisiciones de potenciales competidores, para la auditoria del *pricing algorithms*; para la información sobre su modelo de negocios; para el cumplimiento de las normas fiscales, locales e internacionales en desplazamiento de beneficios y erosión de base de imposición. Y, al límite, para propiciar su separación o ruptura a través del tipo de gravamen que lo promueva.

La adaptación del IS general sobre cualquier tipo de empresa debe incluir las plataformas digitales, en su caso sometida dentro del impuesto a un impuesto específico o recargo sobre las superrentas que obtienen. Precisamente, la superrenta digital tendría mejor disciplina en un nuevo Impuesto de Sociedades que modifique su hecho imponible, base imponible y tipos de gravamen.

El hecho imponible del nuevo IS debe comprender la obtención de renta ordinaria, la obtención de superrenta y los beneficios reales derivados de la contabilidad financiera que no se reflejan en la contabilidad fiscal.

La superrenta grava la parte de la renta que se considera excede la remuneración normal. La superrenta es lo que está por encima y más allá de la renta normal, ordinaria. La prima de innovación significa respeto al redito normal de la actividad, la renta de innovación y la superrenta que se grava es el *surplus de aprovechamiento* de la posición oli-

gopólica y monopsónica. La capacidad contributiva de las plataformas es superior a la de una renta normal.<sup>219</sup>

La superrenta podría gravarse dentro del nuevo IS con un impuesto específico relativo a los contribuyentes digitales que la consiguen. Pero, a un tipo de gravamen particular adicional al general del propio IS.

Finalmente, el tercero de los hechos imponible atiende al *book-tax gap*. El *book-tax gap* es un procedimiento usual de las empresas en cuya virtud esconden beneficios a la administración mientras lo exageran en informes a sus inversores y accionistas. La división entre la contabilidad fiscal y la contabilidad financiera es fuente de elusión y evasión fiscal.

La ampliación del hecho imponible comprendería otro beneficio que el beneficio fiscal típico –el beneficio eludido– considerando que ese es el beneficio real de la actividad que usualmente escapa a la contribución al gasto público y que resulta de las normas sobre contabilidad, estados financieros, que no sobre el esquema de liquidación fiscal del Impuesto sobre Sociedades.

La paulatina irrelevancia del IS actual obedece al propósito definido de convertir en simbólico el beneficio neto obtenido, ya facilitado por deducciones, bonificaciones, exenciones, que alimentan rentas fiscales parasitarias, desde las amortizaciones aceleradas, la subvención oculta a los gastos publicitarios, el sobre estímulo a actividades contaminantes y proclives al cambio climático.

La lógica que inspira la deducción de los gastos necesarios para la obtención de los beneficios convierte la renta

---

219. J. A. Hobson, 1919, *Taxation in the New State*, Routledge 2013; B. Grizioti, *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*, Madrid, 1935; D. Jarach, *Finanza Públicas y Derecho Tributario*, Buenos Aires, 1983.

neta en una pálida aproximación de la renta íntegra efectivamente conseguida. Por tanto, una reflexión preliminar debería plantear si la renta neta de la empresa no debiera reconstruirse como renta íntegra, salvo exclusiones tales como las depreciaciones económicamente justificadas, permitiendo ampliar la base imponible del impuesto al máximo y, en su caso, reflejando solamente la peculiaridad de la inversión material o inmaterial productiva y socialmente útil.

Precisamente *Kalecki* fue el que, como corolario a su construcción sobre la decisión de invertir, sugiere la modificación del impuesto sobre la renta neta, transformándolo en un impuesto que grave el rédito íntegro incluidas las amortizaciones, pero disminuido por los gastos en inversión plurianual. El autor demuestra que de esa forma no cambia la decisión de invertir que existía antes del impuesto. Hay una conveniencia absoluta de inversión de la renta de empresa y una conveniencia relativa, para no hacerlo en otros modos. En efecto, toda la ventaja fiscal se reserva a la inversión, manteniendo inmodificada su retribución antes del impuesto; mientras otras aplicaciones –ahorro o consumos– no tendrán ventaja fiscal alguna, desde que se les niega la deducción de la base imponible en el período en que se efectúan.<sup>220</sup>

El estímulo fiscal a la inversión condiciona su efectividad al ahorro bruto o íntegro de la empresa. Consecuentemente, quedan limitados o evitados todos aquellos gastos deducibles que achican la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, sin que sea perceptible su materialización en inversión nueva.

La ruptura de la estructura oligopólica debe coadyuvar a la legislación antitrust. Así como se predica la progresividad en el impuesto sobre la renta de las personas físicas,

---

220. M. Kalecki, *Teoría de la dinámica económica*, México, 1956.

también, debería postularse algo igual para las sociedades. Los tipos de gravamen no deberían renunciar a la escala de progresividad que va desde la renta ordinaria, la superrenta, al beneficio real eludido.

*“But if the corporate tax is conceived as primarily an antitrust device, then a sharply progressive corporate tax makes sense. The purpose of monopolization is to increase corporate profits. The more monopolistic a corporation is, the higher its profits are likely to be, and the purpose of anti-competitive mergers is to eliminate competitors that would decrease profits”.<sup>221</sup>*

E. Saez y G. Zucman desarrollan una propuesta que denominan Impuesto Nacional sobre la Renta (*National Income Tax*). Se trata de un impuesto suplementario a la imposición progresiva que pretende reemplazar impuestos regresivos. Es un tributo sobre toda la renta, sea que derive del trabajo o el capital, y cualquiera que sea su origen por actividad. Es un impuesto dirigido a gravar la renta nacional con un único tipo de gravamen, *“a true flat income tax”*.

*“...the national income is the sum of labor income, business profits, and interest income. Concretely, taxing national income means taxing each of these income flows”.<sup>222</sup>*

El Impuesto sobre la Renta Nacional repropone una idea teórica previa: el IVA tipo Renta.<sup>223</sup>

Se puede gravar a la empresa en base a su resultado contable, como es habitual o su patrimonio neto; pero, aunque menos habitual, también, podría sujetarse la em-

221. R. S. Avi-Yonah, Taxation for a New “New Deal”: Short, Medium, AND LONG-Term Options, 5/1720, The University of Michigan.

222. E. Saez, G. Zucman, The Triumph of Injustice. How the Rich Dogde Taxes and How to Make Them Pay, 2019, Norton, p. 187.

223. T. Rosembuj, Principios Globales de Fiscalidad Internacional, segunda edición, Barcelona, 2012, p. 90.

presa por el poder de organización de la actividad productiva, que es un indicador distinto del beneficio o del patrimonio. Uno de los significados económicos de valor añadido es el de los ingresos menos las amortizaciones y los bienes intermedios. Es el valor añadido tipo renta: la suma de salarios, intereses, beneficios, rentas. El impuesto sobre el valor añadido tipo renta grava cualquier etapa de los procesos económicos industriales, comerciales, agrícolas, sobre el valor añadido de la etapa, para concluir a gravar el producto nacional neto, como si fuera un impuesto sobre la renta que deriva de la actividad productiva. La definición técnica es la diferencia entre las ventas de un período y las compras imputables a dichas ventas, excluyendo las inversiones en activos fijos o inventarios.

La diferencia entre el IVA tipo consumo y el IVA tipo renta es que en este último no se admite la deducción total de la inversión, sino la deducción de las amortizaciones. La base del IVA tipo renta está integrada por los sueldos y salarios, intereses, renta de los factores naturales y beneficios, menos las deducciones por las depreciaciones anuales de capital. Esta variante de IVA que no sigue el tipo consumo, como el IVA comunitario, puede configurarse como un impuesto directo proporcional que no indirecto, que grava a los titulares, sean o no entidades legales, dedicados a la organización de cualquier actividad productiva. La organización de empresa atrae el impuesto de todos los actores de producción presentes (salarios, intereses, beneficios, rentas). La equivalencia es entre el IVA tipo renta y el impuesto real y proporcional sobre la renta. La diferencia reside en que en el IVA producto la renta se grava en cada organización, que no en cabeza de cada uno de los perceptores.<sup>224</sup>

---

224. F. Forte, *Scienza delle finanze*, Milano, 2002, 304; S. Steve, cit. p. 368.

El objeto de un impuesto sobre el valor añadido tipo renta es la *capacidad contributiva de la organización* de empresa, una capacidad contributiva separada de los partícipes en la organización sea como propietarios, trabajadores, acreedores o consumidores.

La organización es un momento autónomo de la actividad económica, tiene un valor en sí misma, con relativa distancia de su función y resultados. El valor de la organización es la de unificar bienes, derechos, cosas, recursos, factores, en un programa y bajo la dirección del empresario, persona física o jurídica, con finalidad económica, aun no lucrativa. El valor de la empresa es el capital organizacional, que junto con el capital relacional –proveedores, clientes– y el capital humano –los trabajadores– cuya cifra es el fondo de comercio (*goodwill*).

Una de las experiencias actuales es el *IRAP* (Impuesto Regional sobre las actividades productivas) en Italia, que, en verdad, apunta *Forte* podría denominarse Impuesto sobre el Valor Añadido tipo renta (*IVAR*).<sup>225</sup>

El Impuesto sobre la Renta Nacional sigue el modelo del IVA tipo Renta y grava al sujeto pasivo porque la organización de empresa constituye en sí misma un indicador de capacidad contributiva. La renta de la organización en su conjunto está ordenada en el valor intangible de la organización en el mercado. La capacidad contributiva es en términos estrictos el poder (de mando) de organización de una actividad económica en sí mismo.

La respuesta tributaria al desafío digital debe acompañar el avance de la ley antimonopolios o, en última instancia, mostrarle el camino. Los instrumentos pueden ser una batería de impuestos específicos y generales.

---

225. F. Gallo, *Ratio e struttura dell'IRAP*, *Rassegna Tributaria*, 3, mayo 1998.

Por un lado, el Impuesto sobre Servicios Digitales y el Impuesto Bit y por otra, la reforma del Impuesto sobre Sociedades, incorporando nuevos hechos imponibles, y el Impuesto sobre el Valor Añadido Tipo Renta sobre la organización del capital intelectual.

Es importante tener en cuenta que lo que por el momento no es plataforma digital, será plataformización de la economía por el mero transcurso del tiempo.

## **Conclusión.**

El desafío digital pone en cuestión a todo el ordenamiento jurídico, público o privado, puesto que tiene el potencial para modificar la doctrina y emborronar las categorías tradicionales, al tiempo que postula, bajo el dogma de la innovación, una política de autorregulación de los propios intereses de las grandes plataformas digitales, inevitable. La autocorrección por obra de los propios datapios es inverosímil. Es como si les pidiera el suicidio. Pero es un discurso de tremenda efectividad, porque repite hasta el hartazgo una supremacía, no solo económica, sino intelectual, que no está probada ni es evidente. Es una posición de sistemático rechazo a la intervención pública y social, con argumentos endebles respecto a su tradicional ineficacia y, aún más, a la incapacidad de comprender lo que está pasando en el mundo digital. De ello nace su permanente oposición a la ley antimonopolio, al abuso de poder económico, a la competencia desleal, bajo el paraguas del neoclasicismo liberal. La economía dirigida por los precios de mercado de monopolio de escasas grandes plataformas, sin interferencias externas, es un mercado autorregulado. La estructura oligopólica produce graves daños en la competencia, en el usuario, en los complementadores, alimentando un poder ilimitado, apenas regulado o insuficiente.

La regulación es urgente e imprescindible. En particular, la regulación antimonopólica. Es el mejor de los instrumentos para afrontar la concentración del mercado; las prácticas colusivas; el bloqueo de entrada a los rivales y la acumulación y tratamiento de los datos de los usuarios, que es la base de la supremacía que ostentan. No se trata del bienestar del consumidor. La función antimonopólica consiste en la salvaguardia de las concentraciones de poder económico en manos de escasas plataformas digitales. Su dimensión obligaría a separar partes o plantear su ruptura. Y, seguramente, calificar la actividad digital de servicio público, en beneficio del interés general o colectivo. Si la regulación antimonopólica resulta insustituible en sí misma, al mismo tiempo, sirve de presupuesto para considerar la adopción de un conjunto de iniciativas fiscales en la misma dirección. Así, un Impuesto de Servicios Digitales destinado específicamente a gravar las rentas de localización de las plataformas digitales globales debida a la participación de los usuarios y la eventual figura de la *Bit Tax*, que reúne en sí misma lo mejor del impuesto pigouviano: simplicidad, recaudación, cambios de comportamientos. Los impuestos específicos sobre las plataformas no suponen renunciar a la necesaria adaptación del IS general sobre cualquier tipo de empresa y su inclusión particularizada en su ámbito, enfatizando su retorno a los orígenes, esto es, gravar la concentración de riqueza y la eliminación de los privilegios fiscales que convierten al IS en meramente simbólico. El hecho imponible del IS debe comprender tres capítulos: la renta ordinaria, la superrenta y el beneficio real derivado de la contabilidad financiera, no declarado en la liquidación tributaria (*book tax gap*). La base imponible debe recortar todo tipo de gastos, deducciones, bonificaciones, exenciones, innecesarias para el ahorro e inversión productiva, eliminando rentas fiscales parasitarias. Los tipos de gravamen deben seguir una escala de progresividad con-

forme a los diferentes hechos imponible sujetos. Finalmente, un IVA que grava la *capacidad contributiva de la organización* de empresa, una capacidad contributiva separada de los partícipes en la organización sea como propietarios, trabajadores, acreedores o consumidores.

## SEGUNDA PARTE. LA CREACION DE VALOR FISCAL Y DIGITAL.

### CAPÍTULO VI

#### 32. La creación y captura del valor fiscal.

*Enron* fue la madre de la sabiduría de todo el fraude que, después, se diseminó a lo largo y ancho del sistema económico y financiero global. Todo lo que pasó está en *Enron*. Lo que parecía una experiencia fallida de una organización resultó la fuente creativa de los abusos de los mercados financieros. No solo, fue el ingreso en escena a toda escala de la planificación fiscal agresiva.

Primero, las operaciones dominadas por finalidad fiscal, cuyo propósito era originar beneficios fiscales o contables financieros, sin perceptible sustancia económica.

Segundo, las operaciones financieras estructuradas con la pretensión de transformar beneficios fiscales a largo plazo en renta financiera a corto plazo. O sea, creación de valor fiscal como si fuera renta.

Tercero, *Enron* utilizaba todo tipo de sociedades, asociaciones, trusts, y derivados financieros *over-the-counter*, desregulados, para ocultar pérdidas o duplicarlas, esconder deudas, aprovechando las discordancias entre las normas contables y fiscales, inflar el valor de activos depreciados y desvalorizar activos apreciados. Para ello empleó más de 3000 filiales y agrupaciones de personas (*Special Purpo-*

se *Vehicle*), fuera de balance y en gran parte localizadas en tax havens o jurisdicciones de nula tributación.

Cuarto, La tecnología de la información proporcionó la transmisión instantánea, la interconexión y la velocidad de las transacciones. Aquí y en cualquier lugar.

Quinto, *Enron* no fue una aventura de “*few bad guys*”. Su actuación no hubiera prosperado sin la cooperación activa de las firmas legales, de auditoría, bancos de inversión, agencias de calificación de crédito y la negligente desatención de los organismos públicos.<sup>226</sup>

El núcleo de la creación de valor fiscal reside en la planificación fiscal agresiva y, en particular, en la aplicación en el ámbito tributario de técnicas de arbitraje financiero.

El arbitraje fiscal permite, entonces, explotar las diferencias entre los distintos sistemas tributarios o dentro del sistema tributario propio, mediante formas e instrumentos que procuran ventajas que de otro modo no se obtendrían. O, en palabras, de Scholes, ... “*una oportunidad de eliminar cualquier impuesto sobre la renta mediante simples técnicas de arbitraje*”.<sup>227</sup>

Sería un error, no obstante, escindir el arbitraje fiscal del propósito general que inspira el arbitraje financiero. La premisa se funda en la interrelación entre inversión, financiación e impuestos. Y de lo que se trata es de conseguir por anticipado, la maximización de los beneficios antes y

226. Joint Committee on Taxation, Report of Investigation of Enron Corporation and related entities regarding Federal Tax and Compensation Issues, and Policy Recommendations (JCS-3-03), February 2003; F. Partnoy, *Infectious Greed*, Public Affairs, 2009, p. 347.

227. M. S. Scholes-M. Wolfson-M. Erickson-E. L. Maydew-T. Shevlin, *Taxes and business strategy. A planning approach*, New Jersey, 2002, p. 8.

después de impuesto. La clave no es solo la creación de operaciones financieras estructuradas con finalidad fiscal exclusiva; sino que las operaciones con finalidad fiscal sean creadoras de beneficios financieros.

El núcleo de la idea consiste en que cualquier tipo de ventaja fiscal (posición a largo plazo) pueda transformarse en ingreso financiero (posición a corto plazo). La fuente de los beneficios financieros es el mínimo impuesto, la reducción, diferimiento o inexistencia.

La planificación fiscal agresiva persigue la maximización del beneficio después de impuesto; pero, intrínsecamente, mediante el uso y empleo anticipado de esquemas de formas e instrumentos con finalidad fiscal exclusiva, o sea, para la minimización del impuesto y el máximo beneficio del mínimo impuesto. Y aquí es donde el *tax arbitrage* muestra su relevancia financiera.

Dice Scholes que es posible eliminar todos los impuestos sobre beneficios mediante el arbitraje fiscal, esto es, "*generando beneficios positivos después de impuesto mediante la compra de un activo mientras, al mismo tiempo, se vende otro sin coste de inversión ni riesgo*".<sup>228</sup>

El arbitraje fiscal, como cualquier tipo de arbitraje, consiste en la compra de un activo (*short position*) y la venta de otro (*long position*) para crear un beneficio permanente, seguro pese al nivel cero de inversión neta. El activo a largo sostiene e identifica un beneficio fiscal (créditos, deducciones, pérdidas, exenciones, amortizaciones) y el activo a corto supone convertir lo que no se posee en fuente de beneficio financiero. En suma, el **short selling** fiscal, adquisición de ventajas patrimoniales a corto, para su inversión en el largo plazo.

228. M. S. Scholes et alt. op cit. p. 8, 107.

El arbitraje fiscal de técnica financiera, pasa a alquimia anticipadora que transforma costes en beneficios y beneficios en costes. El objeto del beneficio financiero se apoya en el aprovechamiento de la ley tributaria. El no pago de impuesto como fuente de renta. El coste se convierte en beneficio financiero.

En un sentido estricto, la operación de arbitraje fiscal de la empresa multinacional es una transacción única deliberada, de creación de ventajas patrimoniales con efecto transnacional y la función positiva de obtener la doble no imposición, en su lugar de origen y en el de destino.

La explotación de las discordancias para lograr la doble no sujeción al impuesto. La planificación fiscal agresiva es a fuente del impuesto como renta económica.

### **33. El valor fiscal sin actividad económica.**

La creación de valor no puede entenderse sin referencia a la cadena global de producción de la empresa transnacional ni tampoco a la creación del valor fiscal global.

El desplazamiento de beneficios a jurisdicciones de baja o nula fiscalidad, la explotación de discordancias entre sistemas tributarios nacionales y la erosión de la base imponible crean la renta fiscal para las empresas transnacionales, que lideran toda su actividad económica desde el mismo inicio hasta el final.

La planificación fiscal agresiva concreta la transformación de la ley fiscal en fuente de ganancias, en fuente de valor, en eslabón necesario de la cadena de valor global. Con ello se tiende a la minimización sistémica del impuesto, allí donde sea aplicable, alimentando la finalidad preestablecida de reducir, diferir o anular los obstáculos

de la ley a las ventajas fiscales que de otro modo no serían factibles.

La renta fiscal es una fuente de creación de valor que deviene decisiva en la generación de rentas económicas, de calificación ricardiana, que se deben a la estructura oligopólica de las organizaciones, tanto en la empresa multinacional convencional cuanto, en el ecosistema de las plataformas digitales,

La doctrina de la Cadena de Valor Global en sus distintas versiones no prestó suficiente atención a la renta económica fiscal, derivada del incumplimiento de la ley tributaria. A excepción de algunos de los autores, ya citados, la renta fiscal fue excluida, en general, como fuente de creación de valor y cuya base es (la manipulación de) la ley y la ausencia de actividad económica. No caben reproches porque la doctrina fiscal, por su parte, ignoró las importantes contribuciones de la CVG en cuanto a la estructura, gobierno y poder de las organizaciones multinacionales. Solo por citar una, su naturaleza de poder único, centralizado, jerárquico en el gobierno y la creación de valor.

La renta fiscal, una superrenta, viene de la nada: no hay actividad económica que la sostenga ni empresa que la soporte. La razón fiscal es determinante en el *embeddedness* y *disembeddness* de la empresa transnacional en el espacio territorial.

La dimensión del problema es cuantitativamente sorprendente. La inversión extranjera directa (*Foreign Direct Investment*) está contaminada a un altísimo nivel por la denominada inversión fantasma (*phantom investment*).

La inversión fantasma es una práctica común en la CVG y en la CVGD, que se traduce en un desplazamiento de activos financieros, activos intangibles, propiedad intelectual, financiación intrafirma a *Special Purpose Vehicles* loca-

lizadas en jurisdicciones de baja o nula fiscalidad. Estas entidades carecen de actividad económica real y sirven exclusivamente para minimizar el impuesto global de las multinacionales u operaciones de titularización financiera como las que destacaron antes y durante de la crisis financiera de 2008.

El **SPV** es un instrumento preciso de elusión y evasión fiscal. Ninguno de sus fines, cualesquiera que sean sus propósitos, abandona la referencia.

*“En términos tributarios queremos un **SPV** que pague cero impuesto de los pagos que llegan y se van”. El objetivo no es solo evitar el impuesto sobre sociedades, si no, además, cualquier retención en la fuente sobre intereses o dividendos.*<sup>229</sup>

Es una entidad establecida para una finalidad precisa de ingeniería financiera y fiscal, sin capacidad alguna de dirección propia (pasiva o autopiloteada), cuya gestión es externa, careciendo de capital en proporción a su actividad financiera, domiciliada normalmente en un territorio **off-shore**, aunque sin descartar, a efectos fiscales, su progresiva instalación en territorios ordinarios, v. g. mediante sociedades de responsabilidad limitada (Delaware EEUU), fundaciones o trusts ( Países Bajos, Irlanda, Luxemburgo).<sup>230</sup>

El **SPV** es una sociedad pantalla por la total ausencia de actividad económica sustancial, sin recursos materiales, humanos, de gestión o dirección que impiden definirla como empresa. Una figura que es algo más que una sucursal o filial, que es algo más que una sociedad postal o ficticia, pero, que no actúa por sí misma, desprovista de activi-

---

229. Tavakoli J. M. Collateralized debt obligations & structured finance: New developments in cash and synthetic securitization, London, Willey, 2003.

230. Basel Committee on Banking Supervision. Report on Special Purpose Entities, September 2009.

dad económica alguna y careciendo total y absolutamente de autonomía de voluntad.

*"These shells, also called special purpose entities, have no real business activities. Rather, they carry out holding activities, conduct intrafirm financing, or manage intangible assets-often to minimize multinationals' global tax bill".*<sup>231</sup>

Las estimaciones respecto a la inversión internacional directa ilustran que casi el 40 por ciento del total es inversión fantasma, a través de sociedades pantalla sin sustancia ni vínculos reales con la economía local. Esto suma 15.000 millones de dólares localizados en Luxemburgo, Países Bajos, Irlanda, Hong Kong, British Virgin Islands, Bermuda, Singapur, Islas Cayman.<sup>232</sup>

*"Investments in foreign empty shells could indicate that domestically controlled multinationals engage in tax avoidance. Similarly, investments received from foreign empty shells suggest that foreign-controlled multinationals try to avoid paying taxes in the host economy. Unsurprisingly, an economy's exposure to phantom FDI increases with the corporate tax rate".*<sup>233</sup>

En un reciente trabajo se indica que una de las variables para identificar el desplazamiento de beneficios resulta de la declaración de beneficio cero en sus filiales en Estados de fiscalidad ordinaria, sin perjuicio de su rentabilidad a nivel global. La planificación fiscal agresiva aparece en toda su claridad cuando al beneficio cero corresponde una

231. J. Damgard, Th. Elkjaer, N. Johannesen, The rise of phantom investments. Empty corporate shells in tax havens undermine tax collection in advanced, emerging market and developing economies, Finance & Development, September 2019, 56, 3. IMF.

232. J. Damgard, Th. Elkjaer, N. Johannesen, What is Real and What is Not in the Global FDI Network? IMF Working Paper, WP/19/274, December 2019.

233. J. Damgard, Th. Elkjaer, N. Johannesen, The rise...cit.

situación en la cual todos los beneficios son desplazados a una entidad asociada en una jurisdicción de baja o nula fiscalidad o a países en desarrollo.

*“less developed countries appear to be significantly more exposed to tax avoidance by multinational firms. This is consistent with the broader view that developing countries have lower fiscal capacity”.*<sup>234</sup>

La creación de valor y la captura de renta fiscal global no es secundaria ni accesoria y es una de las fuentes claras de verdaderas rentas económicas que alimentan la CVG y la CVGD, cuyo origen es la planificación fiscal agresiva, la circunvención de la ley de cada Estado para extinguir sus deberes fiscales. También, queda acreditado que su destino final es la jurisdicción de baja o nula fiscalidad, lo cual incluye Estados de formal sistema tributario ordinario.

*J. Bankman, M. A. Kane, A. Sykes* distinguen entre cuasi rentas y “verdaderas rentas económicas”. Las primeras aluden a pagos que representan un retorno ordinario de la inversión. Las segundas, en cambio, tienen mucho de renta ricardiana y se aproximan a la idea de superrenta en ocasión de escasez o monopolio.

Los autores indican, como ejemplos, algunos casos de verdaderas rentas económicas de la empresa multinacional: la propiedad intelectual que les permite ejercitar el poder de mercado; las economías de escala que limitan el número de rivales, confiriéndoles poder de mercado; la reducción de costes intrafirma de las empresas asociadas que facilita su penetración en los mercados, comparativamente con las empresas independientes y, lo que es importante, las rentas de planificación fiscal agresiva...

---

234. N. Johannesen, Th. Torslov, L. Wier, Are less developed countries more exposed to multinational tax avoidance, March 2016, United Nations University, Working Paper 2016/10.

... "in which the MNE'S organizational form permits tax-efficient location of assets and income across the various unit of the MNE".<sup>235</sup>

### 34. El BEPS y el valor sin actividad económica.

Las Recomendaciones del G-20 son la fuente de principios comunes transnacionales de gobernanza global más relevante y, por descontado, en el ámbito fiscal. El mejor de los ejemplos es el Plan de Acción de la Erosión de Bases y Desplazamiento de Beneficios (*Base Erosion and Profit Shifting*), encargado a la OCDE y aprobado por el propio G-20.<sup>236</sup> Este proceso tuvo su origen en el encuentro en Los Cabos, México, en 2012 cuando se incita por primera vez a impedir la erosión de la base y el traslado de beneficios.<sup>237</sup>

El Preámbulo de la declaración del G 20 celebrado en San Petersburgo, Rusia, señala que la evasión transfronteriza y la elusión minan la Hacienda Pública y la confianza de los pueblos en la justicia tributaria".

*"Nos comprometemos a cambiar nuestras normas para combatir la elusión fiscal, prácticas lesivas y la planificación fiscal agresiva"*

Así aflora la jerarquía de los principios de gobernanza global, junto a los ya enunciados de transparencia e intercambio de información automático, materializados en evitar la elusión, la competencia fiscal lesiva y la planificación fiscal agresiva. Pero todavía hay más.<sup>238</sup>

235. J. Bankman, M. A. Kane, A. Sykes, *Collecting the Rent: The Global Battle to Capture MNE Profits*, November, 018, New York University School of Law. NYU Center for Law, Economics and Organization. Ssrn. com/abstract=3273112.

236. G 20 Communiqué Antalya, Turkey, November 16th, 2015, 15.

237. G 20 Declaration June 18th-19th, 2012 Los Cabos México, 48.

238. G 20 Declaration, September 6th, 2013, St. Petersburg, 50, 51.

En el contenido del documento se aprueba el Plan de Acción de la OCDE de julio de 2013 contra la erosión de bases imponibles y desplazamiento de beneficios, en forma de Recomendaciones de la OCDE (en quince puntos) de 5 de octubre de 2015.

Los fundamentos que lo avalan se recogen en los siguientes términos:

Primero, asegurar que todos los contribuyentes paguen su justa parte de tributos.

*Segundo, los beneficios deben ser gravados donde se desarrollan las actividades económicas de los que derivan y donde se crea el valor.*

Tercero, animamos a los países a cambiar sus normas que estimulan la erosión de la base de imposición y el desplazamiento de beneficios y “garantizar que la fiscalidad internacional y los sistemas tributarios nacionales no permiten ni estimulan a las empresas multinacionales a desplazar sus beneficios a jurisdicciones de baja tributación”.

Cuarto, reconocemos que la imposición efectiva de la renta de capital mobiliario es uno de los retos claves.

Quinto, nos comprometemos en el desarrollo del Plan de Acción de la OCDE y a “adoptar la acción individual y colectiva tomando en consideración el paradigma de la soberanía.” (par. 50).<sup>239</sup>

¿Qué significa Erosión de las Bases y Desplazamiento de los Beneficios?.

*“Los mecanismos que logran la baja o nula imposición mediante el desplazamiento de beneficios desde las jurisdicciones donde las actividades que crean las ganancias se obtienen o por la explotación de discor-*

---

239. T. Rosembuj, La Erosión de la Base Imponible y el Desplazamiento de Beneficios, El Fisco. Com., enero 2014.

dancias en la interacción de las normas fiscales nacionales donde el beneficio societario no está gravado de ninguna forma” (BEPS/G20/OCDE, Acción 11).

La estructura del concepto se apoya en dos presupuestos.

Por un lado, el empleo de instrumentos que sirven de vehículo para el transporte del valor creado por actividad económica desde el Estado donde se realizan hacia la jurisdicción de baja o nula fiscalidad. La referencia explícita es al valor creado a consecuencia de actividad de empresa, que evita la imposición donde se efectúa.

Por otro, el valor creado a partir de la ausencia de actividad económica que se transporta por la explotación de discordancias entre los sistemas tributarios nacionales, o sea, por arbitraje fiscal y que permiten la doble no sujeción, facilitado por la competencia fiscal lesiva de las jurisdicciones que lo facilitan, toleran o promueven.

El arbitraje fiscal supone el aprovechamiento indebido de diferencias en la disciplina de la ley. Las construcciones sistemáticas indiferenciadas por encima de países y más allá de cualquier frontera indican una conducta estable, deliberado de esquivar la ley, local o internacional, o ambas, para la creación de renta sin actividad económica, sin imposición en ningún lugar. Es un comportamiento voluntario e intencional. De ahí, la importancia de su calificación jurídica como abuso del derecho: *mental state of consciousness of wrongdoing* (S. W. Buell), un estado mental de conciencia lesiva.

*“BEPS relates chiefly to instances where the interaction of different tax rules leads to **double non-taxation of less than single taxation**. It also relates to arrangements that achieve no or low taxation by shifting profits away from jurisdictions where the activities creating those profits take place. No or low taxation is not per se cause of concern, but it be-*

comes so when it is associated with practices that artificially segregate taxable income from the activities that generate it. In other words what creates tax policy concerns is that due to gaps in the interaction of different tax systems, and in some cases because of the application of bilateral tax treaties, income from cross border activities may go untaxed anywhere or be only unduly lowly taxed".<sup>240</sup>

La explicación responde a evitar la doble no sujeción –*stateless income*– mediante el aprovechamiento indebido de la disparidad de normas entre distintos sistemas tributarios y la nula o baja imposición mediante mecanismos que evitan el impuesto donde se realizan las actividades que procuran los beneficios. O sea, que se transfiera el valor sin actividad económica como fuente de renta fiscal inmune. La segregación artificial del beneficio imponible mediante planificación fiscal agresiva produce no sujeción en ningún sitio o una inferior imposición ilícita.

Todos y cada una de las acciones BEPS reúnen una característica común: la desconexión entre las actividades económicas reales y la apariencia de las entidades que asoman como titulares de los beneficios. No hay credibilidad alguna de su actividad de empresa. La sociedad aparente es una sociedad imperfecta porque su actividad es inexistente, carente de ejercicio del poder complejo de gestión por su titular. (*Special Purpose Vehicle*) o, al límite, simulada (*Controlled Foreign Corporation*). Las consecuencias son las diferencias en los beneficios que se imputan a estas sociedades y los tipos de gravamen efectivos que en la CVG son inferiores a los de las empresas domésticas.

La orientación fiscal en la Unión Europea coincide con el plan BEPS. El 17 de junio de 2015, la Comisión Europea

---

240. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Measuring and Monitoring BEPS. Action 11 -2015 Final Report, Paris, 2015, p. 82.

pública la Comunicación sobre un Sistema Fiscal Justo y Eficiente sobre las Sociedades en la Unión Europea donde asume que los beneficios de las sociedades deben ser gravados donde se desarrollan las actividades económicas de donde derivan y donde se crea el valor.<sup>241</sup>

El sistema fiscal societario más justo y eficiente debe derrotar efectivamente la elusión fiscal intencional de las empresas transnacionales, que discurre a través de la manipulación de los precios de transferencia; las relaciones financieras intragrupo, que les permite transformar los dividendos en intereses deducibles; y la localización de la propiedad intelectual –intangibles– en paraísos fiscales. La Responsabilidad Social Corporativa –la planificación fiscal agresiva– surge como una de las necesidades prevalentes de disciplina del desplazamiento de beneficios y erosión de las bases de imposición.<sup>242</sup>

La Directiva 2016/1164 del Consejo de la UE de 12 de julio de 2016 establece normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interno.<sup>243</sup> En rigor es el principio de protección del mercado interior, estrechamente conexo al principio similar adoptado por el G20.

La Directiva eleva algunos de los principios transnacionales adoptados por el G 20-BEPS a norma obligatoria comunitaria con carácter de principios derivado declarando su “*nivel mínimo de protección del mercado interior*” (3) bajo la advocación del principio general BEPS tendencialmente dominante: *el derecho de cada país a proteger su base de im-*

241. COM (2015) 302.

242. Com. Staff Working Document, Corporate Income Taxation in the European Union, SWD (2015) 121, anejo a la Comunicación (2015) 302.

243. D. 2016/1164, DOUE, 19/7/2016.

*posición de la erosión de las bases y desplazamiento o traslado de beneficios y garantizar el cobro el impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor.*

*Las empresas que gozan de ventajas en un mercado y originan allí sus ganancias deben pagar los impuestos donde realizan su actividad. Y esto restringe la dimensión del desplazamiento de beneficios a zonas de nula o mínima imposición. En especial, se indican, las definiciones de establecimiento permanente para evitar que las sociedades eludan artificialmente su presencia imponible en el territorio o el control de las sociedades en transparencia fiscal internacional (*Controlled Foreign Corporation*), donde se aparcan los beneficios en otras partes y luego se redirigen hacia las filiales o sucursales interesadas en forma de préstamos o que, sirven de plaza de propiedad intelectual fallida, como receptores de cánones y regalías del resto del mundo, ha impuesto cero.*<sup>244</sup>

El 25 de octubre de 2016 la Comisión pública el Paquete de Reforma Societaria.<sup>245</sup>

El contenido del documento enfatiza tres órdenes de prioridades: transparencia; *las sociedades deben pagar sus impuestos donde los beneficios y el valor se crean* y la promoción de la buena gobernanza fiscal a nivel internacional.

### **35. La creación de valor como renta fiscal.**

La creación de valor sin actividad económica subyacente es el epitome de renta fiscal.

---

244. COM Staff Working Document, cit. p. 25; T. Rosembuj, Tax Governance. Los principios de la Unión Europea y del G20, Barcelona, 2017.

245. COM (2016) 682, Building a Fair Competitive and Stable Corporate Tax System in the UE.

No es persuasivo sostener que “la creación de valor” se emplea por el uso de entidades legales aparentes o falsas sin substancia económica, *“in connection with the use of tax havens, where activities exist but no value is considered to be created.”*<sup>246</sup>

Por un lado, el ámbito no es el tradicional *tax haven*, sino, también, aquellos países de formal sistema tributario ordinario que hacen sus veces, tales como, Países Bajos o Irlanda, Luxemburgo, Suiza. Por otro lado, tampoco es cierto que no se crea valor, sino que es un valor de puro aprovechamiento fiscal de sociedades pantalla despojado de actividad económica substancial.

*“The majority of missing profit from jurisdictions where real activity takes place ends up in just a few jurisdictions with near-zero effective tax rates – the Netherlands, Ireland, Bermuda and Luxembourg are the most important by far, and with Singapore and Switzerland account for almost the entirety of profit shifting that can be allocated to individual jurisdictions.”*<sup>247</sup>

La creación de valor fiscal cuenta con la complicidad y consentimiento de la jurisdicción huésped. No sería posible sin su adhesión a prácticas de competencia fiscal lesiva, tales como el uso de sociedades pantalla que carecen de substancia en término de presencia física, empleados o activos materiales o la opacidad en las consultas o *rulings* relativos a regímenes fiscales preferenciales.<sup>248</sup>

Es cierto, entonces, que la creación de valor fiscal tiene como fuente principal a las empresas; pero, no lo es menos

246. M. Lennard, Act of creation: The OECD/G20 test of “Value Creation” as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries. *Transnational Corporations* Vol. 25, 2018, 3, p. 56.

247. A. Cobham, P. Jansky, Measuring misalignment: The location of US multinationals’ economic activity versus the location of their profits, November 2015, Working Paper 42, ICTD.

248. OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, Paris, p. 13, 14, 18.

que ello no sería posible sin la cooperación de diversas jurisdicciones que lo permiten. El comportamiento del Estado huésped depende de sí mismo, aunque debe confrontarse a una constelación de intereses profesionales, políticos, económicos, que adhieren a la inversión extranjera ficticia, aparente o simulada. El origen del BEPS, finalmente, pretende reconstruir la protección fiscal mediante el retorno del Estado a sus intereses autónomos, dotándole de instrumentos que faciliten el ejercicio de su poder de imposición.<sup>249</sup>

Las prácticas lesivas crean valor fiscal segregado de cualquier actividad sustancial porque son útiles para ocultar o desviar beneficios obtenidos en otros territorios, pero, es incuestionable que forman parte de la cadena de creación de valor de la empresa o la coalición de empresas que las emplean. Habría que preguntarles a las empresas multinacionales si sus actividades existen *“pero ningún valor se considera creado”*.<sup>250</sup>

*“By my estimate, the artificial shifting of profits to low-tax locales enables US companies to reduce their tax liabilities, in total about 130 billion de dollars a year”*.<sup>251</sup> Pero, sería injusto reducir el hecho a las multinacionales de los EEUU exclusivamente. La dimensión es superior: el 40% de los beneficios globales de las multinacionales más o menos, 800 mil millones de dólares, se desplazan a paraísos fiscales o similares.<sup>252</sup>

En suma, hay creación y captura de valor por actividad económica y hay creación y captura de valor sin actividad económica. La fuente de esta última es la planificación fis-

249. W. F. Richter, *Aligning profit taxation with value creation*, CE-SIFO, Working Papers, April 2019.

250. M. Lennard, *Act of creation*, cit. p. 57.

251. G. Zucman, *The Hidden Wealth of Nations. The scourge of Tax Havens*, The University of Chicago Press, 2015, p. 106.

252. E. Saez, G. Zucman, *The Triumph of Injustice*, cit. p. 78.

cal agresiva, como expresión de elusión fiscal internacional y que traiciona la Responsabilidad Social Corporativa.

*“Se necesitan cambios fundamentales para impedir la doble no sujeción, así como casos de nula o baja fiscalidad asociada con prácticas que artificialmente segregan renta imponible de las actividades que la generan”*<sup>253</sup> Y se añade, *“Además, los gobiernos deben continuar trabajando juntos para frenar las prácticas fiscales lesivas y la planificación fiscal agresiva”*<sup>254</sup>

El BEPS se configura como el marco de referencia de la corrección fiscal internacional, al socaire de principios transnacionales originados por la gobernanza del G 20 y cuyo vehículo son las Recomendaciones aprobadas por dicha organización y las entidades que colaboran.<sup>255</sup>

El punto de partida es el derecho de cada Estado a la protección de su base de imposición. El derecho a la protección fiscal de cada Estado ilustra la reacción global de todos los Estados respecto a la erosión de las bases y el traslado de beneficios.

El núcleo del BEPS se concentra en la fuga de beneficios de los países mediante los mecanismos adoptados por los agentes económicos a través de planificación fiscal agresiva que obvian someter los beneficios de su actividad económica allí donde se generan y el arbitraje fiscal, facilitado por la competencia fiscal lesiva de las jurisdicciones que lo facilitan, toleran o promueven.

El BEPS viene a formular un catálogo de fuentes reprochables de renta fiscal, desde la perspectiva de la protección de la soberanía de cada Estado: el derecho a la tutela

253. OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, p. 13.

254. OECD, *ibídem*, cit. p. 13.

255. T. Rosembuj, La Erosión de la Base Imponible y el Desplazamiento de Beneficios, [www. el.fisco. com](http://www.el.fisco.com), enero 2014.

de la propia base de imposición que corresponde a cada Estado en el cuadro de la cooperación multilateral como refuerzo de la soberanía fiscal y que suponen capacidad contributiva sustraída a su gasto público.

Hay dos constantes que enlazan la elaboración del Plan de Acción BEPS del G20/OCDE y de la Unión Europea.

Por una parte, la asunción del principio que asegura a cada Estado la protección de su base de imposición ante la actividad de elusión y evasión que resultan de la planificación fiscal agresiva de las empresas transnacionales; el arbitraje fiscal y la localización artificial en jurisdicciones para aparcarse sus beneficios del impuesto que hubiera correspondido.

La protección concertada y multilateral para impedir el *stateless income* o, mejor dicho, para impedir el desplazamiento de beneficios hacia jurisdicciones de baja o nula fiscalidad y el arbitraje fiscal. Es una protección fiscal reconocida a cada Estado para la consistencia de recursos tributarios suficientes y el ejercicio de su potestad de imposición sobre la actividad económica efectiva en su territorio.

Por otra, la protección supone, en primer lugar, el derecho a la imposición donde se realiza la actividad económica y, en segundo término, donde se crea y extrae valor real y genuino como derivación de la producción de nuevos bienes o servicios y el rechazo de la renta fiscal no sujeta a impuesto, de valor no ganado, inauténtico o falso, sin actividad económica.

### **36. Las fuentes de renta fiscal. La erosión de la base imponible.**

La Ley de Hacienda del Reino Unido estableció en 2015 el primer impuesto sobre la erosión de la base imponible

mediante el desplazamiento de beneficios: *Diverted Profits Tax*. Fue el prólogo al BEPS. Su objetivo fue neutralizar esquemas utilizados por las empresas multinacionales eludiendo sus obligaciones de presencia imponible o mediante esquemas de planificación fiscal agresiva entre entidades vinculadas, el objeto del impuesto es disuadir comportamientos tóxicos de determinados grandes contribuyentes.

El impuesto reacciona ante dos tipos de comportamientos. Primero, la elusión de las normas sobre establecimiento permanente por las empresas no residentes y segundo, la creación de ventajas fiscales artificiales por sociedades residentes que crean ventajas fiscales no genuinas mediante transacciones o entidades que carecen de substancia económica.

La principal contribución de la *Diverted Profit Tax* consiste en que su hecho imponible se configura en torno a la planificación fiscal agresiva, entendida como abuso de derecho. La renta sin Estado (*stateless income*) deviene presupuesto de hecho del impuesto, y, por tanto, manifestación de capacidad contributiva, que otorga territorialidad donde se verifica, en esta circunstancia, la erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios hacia la nula imposición.

Australia, dicta la "*Multinational Ant Avoidance Law*" de 2015, en vigor desde 2016, que prevé fuertes sanciones, entre otras, a empresas de significación global que derivan sus beneficios de Australia sin establecimiento permanente, que pueden oscilar entre 25% y el 100 % o entre el 10% y el 50% si utilizan esquemas de desplazamiento de beneficios.

El BEPS, al amparo del G20/OCDE prolonga a una secuencia más amplia de hechos la necesidad que cada Estado pueda convertir en impuesto las estrategias inspiradas

en la planificación fiscal agresiva, en un cuadro multilateral.

La renta fiscal de la CVG se transforma en fuente de renta sometida, en su caso, a impuesto al menos una vez en algún sitio. Las operaciones indicadas coinciden en el propósito principal de obtener una ventaja fiscal a resultas de su realización (*criterio del beneficio principal*).

**Acción 1.** Los retos de la economía digital.

Esta propuesta quedó en agua de borrajas por la ausencia de consenso suficiente, que se propone superar ahora a través de la documentación OCDE a propósito del *Unified Approach Under Pillar One*.<sup>256</sup> Lo examinaremos por separado: la renta digital no es mera renta fiscal, es otra clase de renta económica, aunque pueda llegar a serlo, como en cualquier otra empresa multinacional.

**Acción 2.** La neutralización de los efectos de los mecanismos de asimetría híbrida. El arbitraje fiscal.

El fundamento radica en evitar la doble no sujeción explotando las discordancias en el sistema o entre sistemas tributarios. La utilización de la planificación fiscal agresiva para obtener ventajas fiscales que de otra forma no se hubieran obtenido mediante la implementación de instrumentos financieros híbridos (capital o deuda) y sintéticos que los replican y entidades híbridas, con o sin personalidad jurídica.

Los esquemas se dirigen a la creación de doble deducción o duplicación de una deducción o una deducción que no es correlativa a un ingreso gravable y créditos fiscales falsos, que no se corresponden a los impuestos extranjeros efectivamente pagados, la doble amortización del mismo

---

256. OECD Secretariat proposal for a “Unified Approach” Under Pillar One, October 2019.

activo en diferentes Estados, La transacción debe tributar al menos una vez en alguno de los Estados implicados.

**Acción 3.** Establecer normas efectivas de Transparencia Fiscal Internacional (*Controlled Foreign Corporation*).

Es un antiguo instrumento introducido en los EEUU para limitar el uso de sociedades aparentes en paraísos fiscales apropiadas para la acumulación de beneficios no gravados y el diferimiento del impuesto al Estado de residencia de la sociedad matriz, que si difundió entre la mayor parte de los Estados industrializados.

Ahora se quiere reforzar y hacer efectivo el criterio, en su caso, ampliándolo. El propósito se dirige contra la constitución de sociedades pantallas en zonas de baja o nula fiscalidad, a las que se destinan beneficios extraídos de Estados de fiscalidad ordinaria y que, habitualmente, retornan como préstamos o créditos, para diluir beneficios mediante gastos deducibles y después vuelven a la entidad aparente como pago financiero, sin sujeción fiscal. La renta de la sociedad pantalla se imputa en la propia renta de la sociedad matriz en el Estado donde reside.

**Acción 4.** Limitar la erosión de la base por vía de deducciones de interés y otros pagos financieros.

Los intereses excesivos son un instrumento de erosión de bases imponibles de las empresas multinacionales en su endeudamiento intrafirma. La pretensión es que los intereses estén vinculados directamente a los ingresos que originan las actividades económicas y que los gastos deducibles por tal concepto no superen los ingresos de igual naturaleza. En otro caso, producción de renta exenta o diferida o falsificación hay creación de renta fiscal.

**Acción 5.** Contrarrestar las prácticas fiscales lesivas más efectivamente tomando en cuenta transparencia y sustancia.

La competencia fiscal lesiva es la manipulación de los sistemas tributarios con el propósito determinante de conseguir la radicación de la actividad de capital o de empresa o de rentas o riquezas en sus territorios, Las prácticas lesivas condenan, en particular, la aceptación de sociedades pantalla sin substancia económica, *shell companies*, *letter box companies* o la ayuda estatal prohibida mediante regímenes preferenciales. El resultado son favores fiscales de imposición nula o cuasi o ventajas financieras equivalentes, mediante disposiciones opacas. La transparencia solicita la información a los otros países de las preferencias administrativas concedidas por consultas vinculantes (*tax rulings*).

**Acción 6.** Impedir la concesión de beneficios en los Tratados en circunstancias inapropiadas.

El fin es evitar que los Tratados para evitar la doble imposición originen doble no imposición. El uso impropio del CDI (*treaty shopping*) se verifica por el comportamiento a cargo de no residentes de un tercer Estado, de entidades interpuestas en uno de los Estados Contratantes con el propósito final exclusivo de conseguir para sí los beneficios que sólo están reservados a los residentes legítimos de cualquiera de ambos.

El propósito de los Tratados es rehusar los beneficios que se pretenden conseguir si alguno de ellos contrario al objeto y finalidad, v. g. no sujeción. La cláusula de la finalidad principal (*principal purpose test*) declara indisponibles los beneficios en el tratado si uno de los propósitos principales de las operaciones consiste en conseguir un beneficio contrario al objeto y finalidades del mismo y la cláusula LOB (*Limitation on benefits*) creada en el Modelo CDI de los EEUU persigue identificar la propiedad y control de la entidad, confirmando su substancia económica o nexo verificable con el otro Estado contratante y restringir la desvia-

ción de renta en concepto de gasto deducible a favor de un no residente en un tercer Estado. La planificación fiscal agresiva convierte en fuente de renta fiscal una disposición de ley con una específica *ratio legis*, que no se sigue.

**Acción 7.** Impedir la elusión artificial mediante establecimiento permanente.

La acción reacciona ante la planificación fiscal agresiva que aspira a minimizar los beneficios obtenidos en un territorio mediante el uso de categorías mercantiles no genuinas. La transformación de la actividad de empresa, en comisionista; la restricción de la exención de las actividades preparatorias, auxiliares, cuando, en cambio, son centrales para la actividad económica del no residente; la reorganización de la actividad a través de la fragmentación de una única actividad en distintas y más pequeñas. Es sugestivo aproximar las restricciones de circunvención del establecimiento permanente clásico con la tendencia de la CVG hacia la fragmentación, *outsourcing*, localización o deslocalización territorial.

**Acción 8-10.** Asegurar que los resultados de los precios de transferencia son acordes a la creación de valor.

El precio de transferencia es el modo típico de funcionamiento interno de la empresa transnacional, con vistas al aumento de sus ganancias o al ahorro de costes. La finalidad fiscal integra el precio de transferencia y si es exclusiva arroja combustible a la erosión de bases y traslado de beneficios desde donde se realizan las actividades de empresa, hacia jurisdicciones de baja o nula fiscalidad.

Las Acciones 8/10 del plan BEPS están dedicada a los intangibles y es oportuno mencionar su reenvío al principio que la inspira: asegurar que los beneficios asociados a la transferencia y uso de intangibles están debidamente asignados, que no segregados, de conformidad con la

creación de valor económico. Es obvio, que la referencia atiende a que la riqueza debe gravarse allí donde la actividad económica se realiza y acompaña el propósito con la particular preocupación que suscitan los intangibles de difícil valoración.

Cuando se afirma que hay que asegurar que los precios de transferencia son acordes a la creación de valor, no hace sino reconocer que, por norma, son acordes a la creación única y exclusiva de valor fiscal, que no valor económico.

*“As the Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Action Plan, OECD, 2013) identified, the existing international standards for transfer pricing **rules can be misapplied so that they result in outcomes in which the allocation of profits is not aligned with the economic activity that produced the profits.** The work under Actions 8-10 of the BEPS Action Plan has targeted this issue, to **ensure that transfer pricing outcomes are aligned with value creation**”.*<sup>257</sup>

La creación de valor en la CVG debe impedir el uso de intangibles, riesgos, capital y otras operaciones de alto riesgo para desplazar beneficios, o sea, para crear renta fiscal. En rigor, podría referirse a cualquier otro tipo de activos de valor, aun no intangibles, que es la que se viene haciendo en la CVG tradicional.<sup>258</sup>

El esfuerzo no es decisivo porque no se afronta con claridad que la empresa transnacional es una organización única y unitaria. Es la CVG con un centro de poder, de gobierno y de reparto de costes y beneficios que es obligado e irrenunciable para todos los participantes, estén ordenados como subsidiaria, sucursal, comisionista, presencia comercial. Es comprensible la dificultad porque si se rechaza

257. OECD/G20, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10, 2015 Final Report, Paris, p. 9.

258. OECD, Action Plan, cit. p. 14.

la idea que la empresa transnacional no está formada por entidades separadas decae la *at arm's length*, como método de comparación de precio con el practicado por empresas autónomas en el mercado.

*“Una ficción perniciosa propagada por la OCDE es que el método de arm's length produce resultados precisos mientras otros métodos de asignación del beneficio son resbaladizos. Esto es ilusorio... El punto es que siendo la multinacional un grupo hace que sus diferentes componentes no tienen que negociar entre ellos a un precio de mercado, como si no estuvieran asociados. No hay modo de imputar los precios de mercado a empresas asociadas”.*<sup>259</sup>

Y, sobre todo, tratándose de intangibles de alto valor. No hay comparabilidad si se trata de transacciones que no son de rutina y, al respecto, podría decirse, que, en la economía digital, la CVG digital, la rutina es inexistente o casi porque se trata de nuevos intangibles, v. g. los datos, los productos predictivos.

Las operaciones internas de la empresa transnacional, prescindiendo de la forma jurídica de sus partes, no son equiparables a otras que se verifican al externo de la organización única y unitaria, aunque sean semejantes. Y ello, porque difícilmente la empresa independiente las efectuaría en las condiciones pactadas, bajo el control y la influencia significativa de la dirección centralizada.

**Acción 11.** La medición y control del BEPS.

El núcleo del BEPS se concentra en la fuga de beneficios de los países mediante los mecanismos adoptados por los agentes económicos a través de planificación fiscal agresiva que obvian someter los beneficios de su actividad económica allí donde se generan y el arbitraje fiscal, facili-

259. L. A. Sheppard, *Is Transfer Pricing Worth Salvaging?* Tax Notes, July 30th, 2012, p. 471.

tado por la competencia fiscal lesiva de las jurisdicciones que lo facilitan, toleran o promueven.

El concepto de BEPS y los Indicadores presentes informan de su magnitud. Estamos en una referencia de elusión fiscal entre 100 y 240 mil millones de dólares anuales. O lo que es igual, de renta fiscal, rentas sin Estado, sin impuesto en ningún lugar. Asimismo, los indicadores proporcionan, como veremos, un muestrario poco menos que completo de las fuentes específicas de renta fiscal de erosión.

**Acción 12.** Deber de los contribuyentes, facilitadores, y promotores de revelar sus mecanismos de planificación fiscal agresiva.

La Acción 12 persigue el conocimiento anticipado de las técnicas de planificación fiscal agresiva en modo de facilitar a las Administraciones su identificación y evaluación de los riesgos potenciales y preparar la respuesta temprana a su realización.

El significado de la Acción 12 va más allá de su texto. Es una de las primeras manifestaciones de abordaje de la elusión fiscal en modo completo, demanda y oferta de servicios, a nivel local e internacional y con sanción por el comportamiento ilícito, sea del promotor o en caso de su inexistencia, del contribuyente.

La Acción 12 anticipa el encuadramiento de todo o casi todo lo que aquí se define como fuentes de rentas fiscales, de erosión de bases imponibles.

Las operaciones bajo sospecha se identifican toda vez que resulte un propósito de obtener una ventaja fiscal, un beneficio principal, de su formulación.

En EEUU y el Reino Unido observan las señas distintivas de comportamiento de los intermediarios- percepción de honorarios en función de la ventaja fiscal conseguida; del

contribuyente –deber de respetar la confidencialidad del modo en que se beneficiará, tanto +de los promotores o facilitadores – uso de *mass-marketed scheme*; creación de pérdidas ficticias, productos financieros, relativos a productos que no se hubieran concebido sin el beneficio fiscal pretendido o que sin el esquema no se hubieran conseguido.

El avance más radical es la propuesta de Directiva de la Unión Europea de 21 de junio de 2017 que modifica la Directiva 2011/16/UE.<sup>260</sup>

El proyecto europeo es un verdadero catálogo de rentas fiscales, de operaciones de planificación fiscal agresiva en el seno del mercado único, inspiradas principalmente para la obtención de ventajas fiscales.

Sirvan, a modo de ejemplo, las siguientes situaciones que se contemplan:

- El uso de entidades interpuestas, sin substancia económica, para operaciones circulares de ida y vuelta que se compensan o cancelan entre sí.
- Traslados de activos que observan diferencia significativa entre su valor y el importe a pagar como contrapartida.
- Doble amortización del mismo activo.
- Conversión de la renta en capital, donaciones u otras rentas sujetas menos impuesto.
- Arbitraje fiscal con terceros países.
- El pago en un país que goza de exención en el país de residencia del perceptor.
- Deducción de crédito fiscal por más de un contribuyente sobre una misma renta.

---

260. COM (2017) 335, 017/0138 (CNS).

- Regímenes preferenciales sobre el pago efectuado a un perceptor en otro país.
- El destinatario de un pago carece de residencia fiscal o donde reside no se aplica el IS o se hace a un tipo inexistente o casi.
- Elusión de la declaración de renta en el Estado de residencia.
- Reclasificación de la renta para que quede sujeta al intercambio automático de información o empleo de entidades no reconocidas en la UE.
- Incumplimiento de las normas que permitan la identificación de los titulares reales o beneficiarios efectivos de entidades en la jurisdicción de residencia.
- Desviación de la determinación del beneficio imponible de un grupo que no sea fiable con un resultado basado en el mercado.
- Opacidad en la comunicación de las consultas vinculantes (*tax rulings*) a los otros Estados miembros.

No es temerario sostener que cada uno de los enunciados tienen como referencia presupuestos de hecho particulares de renta fiscal, de erosión de bases imponibles sin actividad económica y que, si se quisiera, podrían ser el punto de partida, junto a los Indicadores BEPS, de un impuesto diferenciado sobre la renta de erosión, fundado en un hecho imponible subrogatorio dirigido a gravar la elusión fiscal, separadamente del Impuesto sobre Sociedades. O sea, una más amplia *Diverted Profit Tax* en puro detalle.

**Acción 13.** Guía sobre la documentación e Informe País por País.

*El Informe País por País da* noticias de la atribución total de la renta, los impuestos pagados, y ciertos indicadores

económicos relativos al número de trabajadores, capital aportado, beneficios no distribuidos y activos tangibles en cada jurisdicción donde la empresa realice operaciones.

La documentación solicitada adicional (*Máster file, Local file*) proporciona datos suficientes para que las Administraciones fiscales puedan apreciar cuando las empresas multinacionales incurren en precios de transferencia patológicos que provocan el desplazamiento de beneficios significativos a jurisdicciones de baja o nula fiscalidad.

**Acción 14.** Mecanismos de resolución de controversias.

Es una acción discutible, porque tiene como meta el arbitraje obligatorio y vinculante en los tratados, que carece de adeptos fuera de un pequeño grupo de Estados industrializados. El arbitraje obligatorio y vinculante sustrae a los Estados en vías de desarrollo de su potestad de imposición, al albur de órganos terceros discrecionales sobre los que su influencia es mínima o inexistente y de cara a las disputas sobre los precios de transferencia puede ser catastrófico. Ahora la OCDE está empeñada en tornar al mismo camino en la solución unificada que propone sobre la imposición digital, Pilar 1. Llama mecanismo de resolución de disputas, lo que se configura como un arbitraje forzado en materia de precios de transferencia a los países que adhieran.

El arbitraje que incurre en cuestiones públicas, como la interpretación de leyes o tratados fiscales, es una alternativa negativa cuando se carece de fuerza y capacidad negociadora, como es lo que sucede con los países en desarrollo, porque concede enorme poder a los árbitros, sin opción para la apelación y ante los procedimientos de nulidad. No parece que sea un corolario necesario para los pasos que

limitan la doble no sujeción. Es más, es un paso en la dirección contraria.<sup>261</sup>

Acción 15. Desarrollo de un instrumento multilateral para modificar los Tratados fiscales bilaterales.

La Acción 15 es un instrumento multilateral apto para la modificación de todos los más de 3000 Tratados fiscales existentes, a través de un único mecanismo y que recoja lo que se entiende como los puntos más destacados del Plan de Acción BEPS.

Hubiera sido mejor, sentar el fundamento del instrumento multilateral sobre los propios principios del BEPS y redactar un Modelo de tratado diferente, adecuado a la globalización.

Si se prescinde de la consideración de la empresa multinacional como organización única y unitaria, con un índice propio de capacidad contributiva global, resulta arduo evitar significativamente la erosión de las bases y el desplazamiento de los beneficios. Se mantiene la base de la remuneración artificial y abusiva en materia de intangibles, financiación, servicios y a ello se une la indecisión en materia de inmunidad a la digitalización.

### **37. BEPS y los EEUU. La imposición mínima. GILTI (Global Intangible Low Taxed Income) y BEAT (Base Erosion Anti-abuse).**

La ley americana de reforma fiscal de 2017 conocida como *Tax Cuts & Jobs Act*, introdujo la *Global Intangible Low*

---

261. R. S. Avi-Yonah, *Constructive Dialogue: BEPS and the TCJA*, The University of Michigan, 2/24/20. [ssrn.com/Abstract=3544065](https://ssrn.com/abstract=3544065); K. Pistor, cit. p. 156.

*Taxed Income (GILTI)* y la *Base Erosion Anti Abuse (BEAT)*, otras disposiciones en la línea del BEPS, relativas a los intangibles, y a los precios de transferencia, arbitraje fiscal, intereses, limitación de beneficios.

Primero, a *minimum tax on outbound foreign direct investments returns (GILTI)* y, segundo a *minimum tax on inbound investment (BEAT)*.

Estas disposiciones americanas reflejan, a su modo, la prioridad del BEPS en contra de la erosión de bases y desplazamiento de beneficios, con el declarado fin de condicionar las expectativas del resto de los países.

El impuesto mínimo, en una primera aproximación, es un mecanismo secundario dentro de un impuesto principal que aspira a evitar que determinadas rentas elevadas puedan reducir sus obligaciones mediante exclusiones y deducciones de la base del impuesto general que las permite.

La idea es ampliar la eficacia de la base imponible, sea del Impuesto sobre la Renta de las personas o del Impuesto sobre Sociedades, eliminando fugas a partir de ciertos gastos deducibles. Se trata de que las rentas elevadas no puedan disponer de ciertas deducciones para disminuir el impuesto, más allá de lo que razonablemente concierne a los grandes contribuyentes.

En 1969 se introdujo la *Alternative Minimum Tax* destinada a conseguir que las rentas elevadas de ganancias de capital paguen algo de impuesto. En 1978 se introdujeron dos impuestos mínimos: uno sobre las rentas de capital y otro, sobre otras rentas preferentes. El impuesto mínimo se aplica en forma diversa según los presupuestos de hecho contemplados. En el caso de las ganancias de capital conforma una alternativa al impuesto ordinario si es superior y respecto a los otros casos de rentas preferente se suma au-

tomáticamente al impuesto ordinario. El trazo común es gravar algunas rentas superiores que no pagan impuesto alguno, mediante el ajuste de las deducciones que no se justifican, a un tipo inferior.<sup>262</sup>

Las reflexiones de *Musgrave-Musgrave* critican la dudosa utilidad del impuesto mínimo tanto para eliminar los gastos deducibles que se pretenden como su recaudación: en lugar de tipos reducidos conviene una base imponible más amplia, adelgazando las deducciones.

El impuesto solicita un doble cálculo, uno sobre el régimen general del impuesto y otro sobre el régimen del impuesto mínimo. Si la deuda por el impuesto mínimo es superior, el contribuyente debe pagar la diferencia, como un adicional o recargo al impuesto ordinario. El problema válido para cualquier impuesto mínimo es que exige un enfoque total de la cuestión, porque si quedan brechas; la fuga seguirá a su través, que, en suma, es la experiencia de las distintas *Alternative Minimum Tax*, tanto en Renta como en Sociedades. La *AMT* fue derogada en 2017 respecto al Impuesto sobre Sociedades.

La *AMT* es un valioso precedente de una técnica complicada como es la creación de una base imponible particular dentro de una general, que comprende rentas elevadas y deducciones desproporcionadas a tipo especial, para lograr un objetivo recaudatorio, que de otra forma se pierde. La capacidad contributiva que se configura es la que ya está gravada, pero, que el contribuyente circunviene a través de ciertas deducciones.

La crítica de la *AMT* es su estrecho campo de actuación sobre particulares modos de evitar el impuesto general a

---

262. R. A. Musgrave, P. B. Musgrave, *Hacienda Pública Teórica y Aplicada*, Madrid, 1981, p. 533.

través de deducciones específicas, sin abordar un ámbito más amplio de elusión. Su diseño del propósito de combatir formas de elusión fiscal quedó superado con el transcurso del tiempo.

*“Aggressive tax avoidance now typically exploited structural features of the income tax, such as the realization requirement and the tax-free reorganization rules, rather than using specified tax preferences such as those that had featured in 1980s tax shelters.”*<sup>263</sup>

También se habla de impuesto mínimo en un sentido más elemental. Por ejemplo, los beneficios que se obtienen en el exterior sometidos a un tipo inferior a un determinado porcentaje quedarían sometidos inmediatamente a la imposición local (americana). Los beneficios que se consiguen en países con un tipo de gravamen por encima de un nivel quedarían exentos.

La propuesta Enzi en 2014 en el Congreso de los EEUU consistía en un impuesto mínimo igual a la mitad del tipo del Impuesto de Sociedad, con exención de la renta derivada de actividad económica y la propuesta *Camp* incluía un impuesto mínimo desde el 12. 5% sobre el beneficio de ventas de la *foreign base company* hasta el 25 %. Las propuestas presupuestarias de Obama de 2016 y 2017 incluían un impuesto mínimo del 19% sobre beneficios obtenidos en el extranjero directamente o a través de *Controlled Foreign Corporations*.<sup>264</sup>

263. D. Shaviro, *What Are Minimum Taxes, and Why Might One Favor or Disfavor Them?*. March 4th, 2020, [ssrn.com/abstract=3604328](https://ssrn.com/abstract=3604328), p. 29.

264. M. P. Keightley, J. M. Stupak, *Corporate Tax Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): An Examination of the Data*, Congressional Research Service, April 30rd, 2015; Treasury, 2016, *General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2016 Revenue Proposals 20-22*.

El recorrido actual de estructuras de impuesto mínimo inspira desde 2017 el GILTI (*Global intangible low-taxed income*) y el BEAT (*Base erosion anti-abuse tax*).

- **GILTI.**

*GILTI (Global Intangible Low Taxed Income)*, imputa la renta obtenida por una subsidiaria o sucursal extranjera en la sociedad matriz y a diferencia de la CFC lo hace a nivel de accionista, que no de sociedad. El mecanismo consiste en sujetar la mayor parte de los rendimientos extranjeros a imposición en el país, con un crédito fiscal limitado al 80% de los impuestos extranjeros pagados. En suma, es una expansión del régimen de transparencia fiscal (*Controlled Foreign Corporation*), para eliminar el diferimiento del impuesto y gravar los beneficios en cabeza de sus accionistas en los EEUU.<sup>265</sup>

El impuesto se aplica sobre lo que se presume un “retorno normal”. La renta debe incorporarse en la renta íntegra anual de la empresa y su cálculo es la renta activa total obtenida por la sociedad controlada en el extranjero que excede el 10% del activo material amortizable de la sociedad. El GILTI actúa sobre el exceso de la renta íntegra de la sociedad controlada por encima en un 10% del activo de inversión material calificado de la dicha sociedad, la propiedad material utilizada para la producción de la renta íntegra.

El tipo de gravamen supone una reducción del 50% del tipo general del 21%. El tipo del 10.5% aplicable pretende desalentar el desplazamiento de beneficios desproporcionados hacia zonas de baja o nula fiscalidad. El objetivo es gravar solo el beneficio extranjero que supone un benefi-

---

265. M. Herzfeld, US Tax Reform: A Multilateral Success, Levin College of Law University of Florida, *British Tax Review*, 4, 2019.

cio residual derivado de intangibles que no de rutina y que afronta una baja imposición exterior.

Así, *GILTI* se convierte en una norma contra el uso de paraísos fiscales; que puede tener por causa el excesivo beneficio de activos intangibles y, al contrario, las pérdidas por el activo material empleado. No obstante, el tipo del impuesto mínimo no es tan mínimo para servir de impulso.

*"GILTI is not a sufficient deterrent to profit shifting because the minimum tax rate is, at most, half of the 21% corporate rate... Given the wide differential between the domestic rate and the minimum tax rate there remains substantial motivation to shift profits".*<sup>266</sup>

Las industrias extractivas, petroleras y de gas gozan de una generosa exención.

La disciplina *GILTI* ha sido objeto de críticas doctrinarias. En suma, un dudoso disuasorio, para los activos intangibles offshore de la empresa y el desplazamiento de beneficios.

Al límite, la nueva disciplina dirigida a gravar los beneficios excesivos derivados de intangibles promueve el *offshoring*, debido a la insuficiente definición y valoración directa del beneficio de los intangibles.

Se concede un presunto crédito de carácter general del 80% de los impuestos extranjeros atribuibles al retorno comprobado, mezclando los créditos fiscales externos, en lugar de hacerlo país por país. Esto consiente el arbitraje fiscal de localizar inversión en países de baja fiscalidad y combinarlos con renta e impuestos de países de fiscalidad ordinaria para diluir cualquier responsabilidad en su Estado de residencia.

---

266. Judging the New International Tax Regime, Testimony of Rebecca M. Kysar, Before the US Senate Committee on Finance, April 24, 2018.

El fondo de la disposición partía con una idea relativamente clara: de la comparación entre el *deemed intangible income* y el *deemed tangible income return* puede desprenderse un beneficio residual (una superrenta) cuya causa es la localización *offshore* de la inversión. Pero, que resulta frustrada en su ejecución por la indefinición de los activos intangibles en el seno del impuesto. Exactamente, esa indefinición termina por exentar de cualquier imposición el beneficio residual de la empresa multinacional *offshore*, siempre que haya al menos algo de activo físico o material implicado.

La complicada articulación del impuesto mínimo se convierte en una aventura en la cual solo puede verse la luz en términos absolutos respecto a las empresas multinacionales digitales que serían gravadas porque siempre producirán una renta en exceso de sus bases en activos materiales, de los cuales normalmente carecen. Eso es una aspiración de deseos. Son empresas de renta exclusiva o prevalente de intangibles. Pero, es oscuro que el impuesto esté vinculado directamente a los activos intangibles.

La idea de *GILTI* debiera conducir a la fuente de los *excess profits* derivados de los activos intangibles. Esto solo sería posible si se adoptara la aplicación directa previa individualización y valoración de los intangibles, que se verifica fuera del impuesto en la modificación de la propiedad intangible y de los precios de transferencia. (artículos 482, 936 (h) (3) (B) del *Internal Revenue Code*).

*“While GILTI stands for global intangible low taxed income, the focus are high foreign rates of return, regardless of whether they are from intangibles. Although it relies on measuring foreign profits relative to tangible assets, those profits either “could be related to the presence of intangibles, as economists often assume, or may have nothing to do with intangibles at all.” For this reason, practitioners*

*who are overly fixated on the provision's name have even called it Orwellian".*<sup>267</sup>

Lo que falta es un criterio general de valoración centrado en el capital intelectual como la *Q de Tobin* o semejante. El valor de mercado de la empresa depende de su capital intangible, que no del capital material o financiero. Si el coste de reemplazo o sustitución del activo tangible es por una cifra inferior al valor de mercado de la empresa, indica que la empresa en su totalidad vale más que sus activos materiales y esa diferencia es el intangible.<sup>268</sup>

Probablemente la explicación es que en EEUU el dogma consiste en la protección del beneficio residual de los intangibles, el *excess profit*, de cualquier agresión fiscal extranjera o inclusive una propia. Antes se tutelaba el beneficio empresarial residual en el Estado de residencia, prestando nula atención a la actividad económica en el Estado de la fuente, empequeñeciendo hasta el límite su derecho de imposición sobre el establecimiento permanente material paralelamente pequeño. Ahora sucede lo mismo con los intangibles convertidos en la clave de la riqueza: el capital intelectual no se comparte con nadie y con nada. Los beneficiarios directos son las plataformas digitales y la plataforma extenderá el beneficio a todas las empresas multinacionales.

*"That policy is that the amounts determined to be the "residual" income of multinational corporations—the excess of the total profits of an integrated group over the sum of all "marginal" returns accorded to the "functions, assets, and risks" which can be definitely associated with indi-*

267. D. N. Shaviro, *The New Non-Territorial U. S. International Tax System*, Part 2, Tax Notes, Vol. 160, 2, July 9th, 2018, p. 171.

268. J. Tobin, *A General equilibrium approach to monetary theory*, *Journal of Money, Credit and Banking*, 1, 15-29, 1969.

*vidual component enterprises of the group—should be virtually exempt from taxation by any country”.*<sup>269</sup>

• **BEAT.**

El segundo impuesto mínimo es el *BEAT* (*The Base Erosion and Anti-Abuse Tax, IRC 59 A*). Esto exige un comentario previo sobre el alcance del concepto de erosión de base fiscal.

El *earnings stripping* significa la elaboración o fabricación por la empresa multinacional de gastos deducibles desde su Estado de residencia hacia una fuente de renta fiscal. El pago da lugar a renta no sujeta en cabeza de una filial o sucursal en una jurisdicción de baja o nula fiscalidad. Es lo que alimenta el *stateless income*, o, también, *homeless income*. Y, también, al BEPS.

La renta de erosión es una renta puramente fiscal y calificable como un beneficio residual de la empresa en el Estado residente: un *excess profit* debido precisamente a la desviación del beneficio económico obtenido en otros lugares.

Las técnicas usuales de erosión de bases fiscales son:

- Alquiler a la filial asociada de activo material situado en jurisdicciones de fiscalidad ordinaria.
- Préstamos o créditos a la filial asociada para que financien necesidades de otras filiales localizadas en jurisdicciones de fiscalidad ordinaria.
- Cesión de propiedad intelectual y licencias a la filial asociada para que pueda generar regalías de otras filiales situadas en jurisdicciones de fiscalidad ordinaria.

---

269. S. I. Langbein, *United States Policy and the Taxation of International Intangible Income*, 50 U. Miami Inter-Am L. Rev 1. p. 82.

- Provisión de bienes a la cadena de valor mediante contratos de manufactura, con la filial asociada que les permiten su reventa a otras filiales.
- Prestación de servicios de gestión, contabilidad y soporte, servicios técnicos y gestión de riesgos, que se cargan a otras filiales.
- Los precios de transferencia intragrupo.

El BEPS es más amplio, puesto que, incorpora distintas versiones que culminan en la erosión de bases. Hay otras técnicas, algunas ya conocidas como el régimen de CFC, otras nuevas que tienen por causa el arbitraje fiscal, las prácticas lesivas, la planificación fiscal agresiva, la manipulación del intercambio automático de información financiera.

Lo que no cambia es que la filial empleada para la erosión carece de sustancia económica, siendo una sociedad aparente o pantalla, apta como *Special Purpose Vehicle* para desplazar beneficios del grupo multinacional.<sup>270</sup>

*BEAT (Base Erosion and Anti-Abuse Tax)* es un impuesto mínimo que grava la sociedad en los EEUU respecto a sus pagos deducibles, a subsidiarias extranjeras de la cual poseen al menos el 25%, localizadas en jurisdicciones de baja o nula fiscalidad. El propósito es evitar los pagos por deducciones de la filial de propiedad extranjera a su sociedad matriz u otras filiales. Es un impuesto que grava en forma limitada el denominado *earnings stripping*.<sup>271</sup>

270. B. Wells, "Territorial" Tax Reform: Homeless Income is the Achilles Heel, University of Houston, Houston Business and Tax Law Journal, 2012.

271. Ch. W. Sanchirico, Earnings Stripping under the BEAT, University of Pennsylvania, Research Paper 19-25, May 28th, 2019, [ssrn.com/abstract=3395416](https://ssrn.com/abstract=3395416).

El impuesto mínimo global observa los impuestos extranjeros satisfechos en otros Estados (de la fuente) y debe determinarse próximo al rendimiento económico, apropiada a su medida. La denegación de las deducciones superiores a las que hubieran resultado de la base imponible general implica que su cuantificación económica es más ajustada a la renta.

La definición técnica del impuesto mínimo supone una cuantía que se debe pagar solo y en la extensión que exceda el importe del impuesto regular que uno debería pagar.

El contribuyente del BEAT debe pagar la mayor de (a) el Impuesto de Sociedades, calculado al tipo de gravamen del 21 % y (b) el propio BEAT, calculado al 10% pero con la suma de los pagos deducibles que se realizaron a las subsidiarias extranjeras.

El BEAT propone la ampliación de la base imponible general exigiendo que determinadas deducciones practicadas se retrotraigan a la misma y aplicando un tipo de gravamen inferior al tipo de gravamen ordinario, obligando al pago de la deuda resultante solo si excede la deuda derivada de la base imponible general.

Las deducciones denegadas son los pagos efectuados por el contribuyente a las subsidiarias extranjeras, v. g., porque reflejan precios de transferencia agresivos o cánones o gastos de interés desplazando beneficios desde jurisdicciones fiscales ordinarias a jurisdicciones de baja o nula fiscalidad (*base erosion tax benefits*).

El principio antierosión está centrado en los gastos deducibles que se verifican con las filiales extranjeras del grupo y que suponen la fisura de la base imponible nacional, que, justamente, se definen como pagos de erosión de bases. Es un impuesto mínimo dirigido a censurar deduccio-

nes preferenciales, pero que no parece afectar el total del beneficio ganado por el contribuyente.

Su filosofía no es similar a la *Diverted Profits Tax* británica, que es un impuesto diferenciado basado en hecho imponible subrogatorio del hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades.

El régimen se aplica a todas las empresas con filiales americanas, sean propiedad de una matriz en EEUU o extranjera.

El contribuyente *BEAT* debe obtener ingresos brutos anuales superiores a los 500 millones de dólares durante los tres años precedentes y que más del 3% de sus gastos totales deducibles constituyan gastos deducibles de erosión.

Los pagos de erosión consisten en intereses, regalías, honorarios por gestión o reaseguros. La deducción a filiales asociadas se añade a la base imponible y el impuesto se aplica al 10%, comparado con el tipo ordinario del 21% del Impuesto de Sociedades. Toda vez que la deuda ordinaria es inferior a la del *BEAT*, el contribuyente debe pagar el impuesto ordinario con el añadido del importe del *BEAT* que supera ese impuesto ordinario.

El *BEAT* con un tipo del 10%, algo menos que el 50% del tipo de gravamen ordinario del 21%, se aplica sobre una base imponible de renta ordinaria que suma los pagos específicos de erosión. Esto lleva a afirmar que el efecto del *BEAT* preserva el 50% *circa* de los beneficios totales ganados por la empresa americana.<sup>272</sup>

Uno de los reproches que se le formula como injustificado atiene la exigencia de 500 millones de dólares de in-

---

272. B. Wells Get With the Beat, Tax Notes, February 19th, 2018, p. 1032.

gresos para legitimar la inclusión, cuando hubiera sido suficiente una cifra inferior que cubriera más contribuyentes. La exclusión de los pagos por inventarios del cálculo tampoco se ajusta al BEAT porque estimula la provisión de bienes de las cadenas de valor, ofreciendo una oportunidad de planificación fiscal agresiva.

### **38. Impuesto Mínimo o Impuesto Diferenciado. La posición de D. Shaviro.**

La definición finalista (*purposive definition*) del impuesto mínimo es una explícita admisión del Estado de su limitación en la actividad administrativa, recaudatoria, sancionatoria del impuesto principal, sea el Impuesto sobre Sociedades o el Impuesto sobre la Renta de las personas físicas. Y ello porque la filosofía del impuesto mínimo predica que los contribuyentes de rentas elevadas, personas físicas o jurídicas, paguen algo de sus beneficios, que no está declarado en el impuesto principal.

*"The minimum tax's purposive definition suggests that its base should be, not just larger in size than that under the regular tax, but closer to economic income. For example, if it denies deductions that the regular tax system allows, these items should be preferential, as judged from an income tax standpoint".*<sup>273</sup>

Shaviro descarta que el BEAT sea un impuesto mínimo finalista, aun cuando lo sea técnicamente, porque carece de la **vocación y ocasión de reemplazar enteramente la base imponible general o, al menos, disponer de un tipo de gravamen elevado**. No se cumple el propósito de pago de una cantidad, aunque mínima, que no se hubiera debido pagar de aplicarse la base imponible gene-

---

273. D. Shaviro, What Are Minimum Taxes, cit. p. 8.

ral ni tampoco ofrece una medida de beneficio económico real.

*“Given, however, that modified taxable income generally is not a plausible proxy for true U. S. -source economic income, this line of defense for the BEAT’s minimum tax structure is unavailing.”*<sup>274</sup>

El impuesto mínimo, por definición, no es un impuesto separado y suplementario. No es un impuesto-hijo del Impuesto sobre Sociedades, sino una prolongación cerrada, exhaustiva, de alguno de sus presupuestos de hecho.

La pregunta es si se trata de una mera cuestión de grado a lo largo de un *continuum*, como sostiene D. Shaviro, o de instrumentos distintos. La respuesta no es indiferente. El impuesto específico, separado, suplementario no es equivalente al impuesto mínimo.

¿Qué significa impuesto diferenciado?

Primero, es un impuesto que posee un hecho imponible subrogatorio, un hecho imponible que afronta la elusión del hecho imponible principal del Impuesto donde se materializa, en este caso, el Impuesto de Sociedades. O sea, es otro impuesto.

El hecho imponible subrogatorio, dirigido a impedir la erosión de la renta fiscal, se verifica la prohibición de usar vías laterales que circunvienen el hecho imponible central. Es un presupuesto de hecho de defensa contra la elusión.

En la doctrina alemana se concibe como un *“impuesto hijo”* porque usa en parte o totalmente el hecho imponible perfecto y determinado de otro impuesto o su base imponible.

274. Daniel Shaviro, The New Non-Territorial U. S. International Tax System, Part 1, Tax Notes, July 2nd, 2018, p. 57, 63.

*“En algunos casos, el legislador por motivos de simplificación administrativa puede usar en todo o en parte un presupuesto de hecho perfecto y determinado para aplicarlo, con variación o invariable, como presupuesto de hecho de otro impuesto. En tal caso, se tiene un “impuesto hijo”.<sup>275</sup>*

El impuesto hijo se construye en torno a un presupuesto subrogatorio:

*“existe un gran número de casos, en los que una doble carga (económica) impuesta a una única relación de la vida, a través de más presupuestos de hecho de impuesto, puede considerarse querido conscientemente”.<sup>276</sup>*

Se trata de impuestos separados de la figura tributaria principal y que pueden articularse como suplementos directamente vinculados a los elementos determinados de la ley de dicha figura principal o afines a su base imponible o, asimismo, distintos en su hecho y base imponibles como sucede con la *Diverted Profit Tax* en el Reino Unido y el Impuesto sobre Sociedades.

Así, a veces, la determinación de la base imponible en el impuesto madre se verifica sobre el beneficio neto; mientras que en el impuesto hijo nada excluye motivarlo sobre el beneficio íntegro (*gross income*).

El propio *D. Shaviro* cita el proyecto de reforma del Impuesto sobre Sociedades de la Senadora E. Warren como un impuesto separado y suplementario del 7% sobre las diferencias entre la contabilidad fiscal y la financiera, que se paga en cualquier caso sin atender a la responsabilidad fiscal ordinaria del contribuyente.

---

275. A. Hensel, *Dirittto Tributario*, Milano, 1956 p. 81, 143.

276. A. Hensel, cit. p. 80.

El problema del *book tax gap* es plenamente vigente como lo demuestra el proyecto Warren de la *Real Corporate Profits Tax*, (2019).

El "*Real Corporate Profits Tax*" sería del 7% sobre los beneficios consolidados globales de la empresa según resultan de los informes contables, financieros declarados, que no de los beneficios tasados conforme al rédito societario bajo el Impuesto sobre Sociedades vigente. Los primeros 100 millones de dólares quedarían exentos del recargo.

El *book-tax gap* es un procedimiento usual de las empresas en cuya virtud esconden beneficios a la Administración mientras lo declaran en informes a accionistas. La división entre la contabilidad fiscal y la contabilidad financiera es fuente de elusión y evasión fiscal.

El propósito de su iniciativa es impedir que la empresa traslade todos sus beneficios a los accionistas en un período determinado, sin pagar nada o casi nada de impuesto a la Hacienda Pública. De esta forma se propone eliminar la brecha entre "libros-impuesto", consistente, precisamente, en transportar los beneficios a los accionistas mientras informa de bajos o nulos beneficios a la Administración tributaria.

El impuesto se funda totalmente en los beneficios deducibles de los libros de contabilidad financiera, certificados y auditados sobre base próximas al beneficio económico real. En verdad, es un impuesto nuevo sobre el cálculo del beneficio real de la sociedad, a partir de la norma sobre contabilidad, estados financieros, ante que sobre el esquema de liquidación fiscal del Impuesto sobre Sociedades.

A ello se une la voluntad de fortalecer la lucha contra la evasión fiscal. Por de pronto, al fundarse en las cuentas auditadas y certificadas se impiden las posibilidades de elusión.

*“We estimate that close to 1, 200 public corporations would be liable for this tax and that it would raise \$1. 05 trillion on public companies alone over the ten- year budget window 2019-2028”.*<sup>277</sup>

La propuesta es sumamente interesante porque tiene un carácter amplio, general, de gravamen directo sobre la capacidad contributiva de la sociedad, pero, que asume como hecho imponible otro beneficio que el beneficio fiscal típico –el beneficio contable eludido– y lo hace por considerar que ese es el beneficio real de la actividad que usualmente escapa a la contribución al gasto público. Nótese la semejanza con la idea de un impuesto diferenciado sobre las rentas de erosión.

*Shaviro* examina el concepto de impuesto dirigido al saneamiento del *book-tax gap* sea como forma separada o a título de impuesto mínimo.

La imposición separada es mejor cuando el impuesto ofrece información nueva respecto al beneficio económico verdadero o al comportamiento elusivo. No se necesita un impuesto mínimo si el beneficio financiero contable revela elusión o diferencias con el verdadero beneficio económico declarado fiscalmente, sin necesidad de establecer su relación con el beneficio ordinario sujeto a impuesto. La imposición del *book-tax gap*, en sí mismo, mejora la información disponible para los terceros.

La interacción entre dos bases imponibles es un argumento que demostraría la positividad de la estructura del impuesto mínimo. Por ejemplo, el Impuesto sobre la renta e impuestos sobre salarios o, en otros países, impuesto sobre la renta e impuesto sobre el valor añadido.

---

277. E. Saéz, G. Zucman, University of California, Berkeley, April 8th, 2019.

*“However, insofar as such tax systems operate independently of each other, one could view them (substantively, even if not administratively), as complementary components of a single broader “tax system” that merely happens to address multiple taxpayer attributes and margins. The use of both regular and minimum taxes adds a separate element of interdependent applicability.”*<sup>278</sup>

La interacción entre bases imponibles reclama la idea de la separación de los hechos imponibles, antes que la forma de impuesto mínimo. Los propios ejemplos utilizados no toman como referencia un impuesto con bases imponibles diferentes, sino impuestos diversos con hechos imponibles distintos fundados en presupuestos de hecho subrogatorios.

La propuesta original del propio *Wells* (y *Wells, Lowell*) era más ambiciosa y sustancialmente diferente a la que actualmente defienden.<sup>279</sup>

Estos autores proponían la creación de un *Base Protecting Surtax* sobre el pago de cualquier pago de erosión de bases hecho por un pagador de los EEUU a una filial extranjera.

Este impuesto diferenciado sobre las categorías mencionadas de *earnings stripping* sería recaudada anticipadamente en un importe igual al que debería haberse recaudado si el pago intragrupo hubiera sido un pago por distribución de dividendos.

*“The base protecting surtax collects a surtax upfront on the payer’s share (not the payee’s share) of the **residual profits** that are earned by*

278. D. Shaviro, cit. p. 14.

279. B. Wells, *Territorial Tax Reform: Homeless Income is the Achilles Heel*, University of Houston, *Houston Business and Tax Law Journal*, 2012, p. 63; B. Wells, C. Lowell, *Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin*, University of Houston, *Tax Law Review*, 65, 2012, p. 604.

*the multinational enterprises from within the United States and remitted as a tax deductible payment to a jurisdiction outside of the US tax base.”<sup>280</sup>*

Los pagos de erosión de base representan en su totalidad una **transferencia de beneficio residual**, que no de beneficio ordinario o de rutina. Y esto es muy importante porque sitúan el fenómeno de la planificación fiscal estratégica al mismo nivel que los beneficios residuales de los intangibles únicos de alto valor.

*“Thus, under this proposal, the determination of the amount of residual profits, non-routine intangibles, and the associated profit split would not be deferred to taxpayers to report. Instead, an upfront surcharge will be collected assuming that significant residual profits above the routine profits of an enterprise exist and are being migrated away via base erosion payments, so the proposed **Base Protecting Surtax** collects an upfront estimate of this amount.”<sup>281</sup>*

La calificación de beneficio residual, superrenta, de los pagos de erosión de bases es el elemento central que define la propuesta de un impuesto específico y diferenciado, que no mínimo, y que no figura en ningún caso en el *BEAT*.

Por tanto, se desume que la división del beneficio solo podría justificarse en los términos del cincuenta por ciento, si ese beneficio se hubiera originado exclusivamente en los EEUU; pero, lo único que se originó en el país de residencia es la técnica de elusión y evasión fiscal, de la renta procurada en otras jurisdicciones, lesivo para el interés fiscal de los demás Estados. El Estado de residencia recupera dinero no sujeto; pero, los demás debieran recuperarlo en su parte, aplicando el impuesto diferenciado del Impuesto de Sociedades.

280. B. Wells, Testimony before US Senate Committee on Finance, Hearing on International Tax Reform, October 3rd, 2017.

281. B. Wells, “Territorial” Tax Reform, cit. p. 63.

El propósito de la alternativa americana pretende condicionar claramente la eficacia de medidas de otros países de carácter global. El modelo del principio antierosión tiene todas las cartas, como esquema general susceptible de corrección, de servir de frontera a las bases de imposición nacionales de los Estados contra los gastos deducibles de erosión, que puedan extralimitarse respecto al interés fiscal de los EEUU. El *BEAT* es un instrumento que pretende influir sobre los del G-20/BEPS.

El propio *Shaviro* termina dudoso sobre la experiencia americana del impuesto mínimo.

*"I conclude that minimum taxes have serious drawbacks, and generally make sense (if at all) only if otherwise superior options must be ruled out for reasons of optics or political economy. Yet, given the "compared to what?" question that haunts all real-world tax policymaking, one cannot reasonably say that they should never be used. Still, any such use should generally be contingent, reluctant, and based on understanding their structural deficiencies."*

El impuesto global mínimo, que no diferenciado, definiría una opción estratégica del país que lo adopta, porque se dirige a crear expectativas en los demás países para que hagan lo propio y limitar las represalias en curso, tales como los impuestos de cada Estado sobre los Servicios Digitales. Hay que coincidir que no es ninguna opción útil para su empleo.

Los EEUU asumen iniciativas aparentemente unilaterales con el objeto de que después influyan decisivamente sobre las decisiones de otros países en el contexto internacional, v. g. *FATCA* o, ahora, *BEAT* y *GILTI*.

### **39. BEPS y los EEUU. Intangibles. Los precios de transferencia. Arbitraje fiscal. Intereses. Limitación de Beneficios.**

EEUU, al externo del GILTI y del *BEAT* verifican pasos adelante en la disciplina de temas que son objeto de acciones conformes del BEPS.

Primero, la ampliación del concepto de propiedad intangible en la reforma del artículo 936 (h) (3) (B) del *Internal Revenue Code*. Desde 2017, para propósitos del artículo 482, relativo a precios de transferencia, incluye el valor del fondo de comercio, de la empresa en actividad o la fuerza de trabajo dependiente y cualquier otro factor cuyo valor no puede atribuirse a la propiedad material o a los servicios que son prestados por ningún individuo.

Desde 2010 se había tratado, sin conseguirlo, de incluir en la propiedad intangible el valor de la plantilla, el fondo de comercio, la empresa en actividad, que guardan relación con el desplazamiento de beneficios y los precios de transferencia de los intangibles de alto valor, que carecen de valor de mercado.

Segundo, el artículo 482 se modifica permitiendo la valoración de las transmisiones de propiedad intangible, incluyendo los que fueran transferidos con otra propiedad o servicios, sobre base añadida o su valoración sobre las bases de alternativas realistas de la transmisión, si se determina que tales bases son los medios más fiables de valoración de tales transmisiones.

Esto permite que la valoración de transmisión de múltiples intangibles puede formularse sobre bases añadidas, si se consigue un resultado más fiable. Las transacciones diversas pueden interpretarse en conjunto si están interrelacionadas y su resultado añadido es más confiable que el

examen pro separado de cada transacción. En rigor, si la compensación final es compatible con el valor del total, incluidas las sinergias entre los bienes y servicios proveídos.

El principio de la alternativa realista asume que los contribuyentes actúan en modo racional y ante las mismas circunstancias actuarían en modo similar. La transacción se realiza siempre que ninguna de sus alternativas más realistas sea económicamente preferible a la que se considera. No hay razón por la cual ordinariamente, con iguales instrumentos económicos a disposición, alguno venda a menos o compre más caro o venda más caro y compre a menos.

Tercero, el artículo IRC 267 A, de conformidad con el BEPS Acción 2, regula los acuerdos de arbitraje fiscal (*hybrid arrangements*). La norma desestima la deducción por el pago de interés o regalía a una entidad asociada que de origen a un importe que no está sujeto en la jurisdicción receptora, sea porque no está incluido en la renta o por una deducción, también puede afectar a una entidad no asociada si el arbitraje forma parte del acuerdo o es su propósito principal.

El concepto general de arbitraje fiscal (*hybrid transactions*) se refiere a pagos como intereses o regalías que no son tratados de forma similar por parte de leyes tributarias extranjeras.

La entidad híbrida (*hybrid entities*) es una entidad tratada como transparente, sin personalidad jurídica, por el sistema federal de renta de los EEUU, pero no lo es por parte de las leyes tributarias o viceversa.

Cuarto, el artículo 163 (j) limita la deducción del gasto en interés al 30% de las ganancias íntegras antes de interés e impuestos, como lo legisla Alemania y la Directiva ATAD de la Unión Europea.

Quinto, la cláusula de limitación de beneficios en los tratados para evitar la doble imposición estuvo regulada por los EEUU para impedir el *treaty shopping* por parte de no residentes en ninguno de los Estados contratantes mediante entidades aparente o formalmente residentes, sin substancia económica o nexo material con ninguna de las jurisdicciones implicadas. El BEPS la incorpora en el modelo de tratado de la OCDE junto con la declaración que el principal propósito del tratado no es solo para evitar la doble imposición sino, además, la doble no sujeción.

## Conclusión.

La creación y captura del valor fiscal es una constante de la empresa multinacional. El núcleo de la creación de valor fiscal reside en la planificación fiscal agresiva y, en particular, en la aplicación en el ámbito tributario de técnicas de arbitraje financiero. La creación de valor o la captura de valor fiscal transcurre en el marco de la minimización del impuesto a través de esquemas dirigidos a su eliminación, diferimiento o anulación, para la obtención de ventajas indebidas que de otra forma no se conseguirían. La renta fiscal es una fuente de creación de valor que deviene decisiva en la generación de rentas económicas, de calificación ricardiana, tanto en la empresa multinacional convencional cuanto, en el ecosistema de las plataformas digitales, por cuanto se deben a la estructura oligopólica de las organizaciones. El valor fiscal sin actividad se confronta con el valor creado por actividad económica. Hay creación y captura de valor por actividad económica y hay creación y captura de valor sin actividad económica. La fuente de esta última es la planificación fiscal agresiva, como expresión de elusión fiscal internacional. El BEPS viene a formular un catálogo de fuentes reprochables de renta fiscal,

desde la perspectiva de la protección de la soberanía de cada Estado: el derecho a la tutela de la propia base de imposición que corresponde a cada Estado en el cuadro de la cooperación multilateral como refuerzo de la soberanía fiscal y que suponen capacidad contributiva sustraída a su gasto público. El BEPS prolonga a una secuencia más amplia de hechos la necesidad que cada Estado pueda convertir en impuesto las estrategias inspiradas en la planificación fiscal agresiva, en un cuadro multilateral, al amparo del G20/OCDE. La ley americana de reforma fiscal de 2017 conocida como *Tax Cuts & Jobs Act*, introdujo la *Global Intangible Low Taxed Income (GILTI)* y la *Base Erosion Anti-Abuse (BEAT)*, y otras disposiciones en la línea del BEPS, relativas a los intangibles, intereses, regalías, contratos de manufactura. *GILTI (Global Intangible Low Taxed Income)*, imputa la renta obtenida por una subsidiaria o sucursal extranjera en la sociedad matriz y a diferencia de la *CFC* lo hace a nivel de accionista, que no de sociedad. El tipo de gravamen supone una reducción del 50% del tipo general del 21%. El tipo del 10.5% aplicable pretende desalentar el desplazamiento de beneficios desproporcionados hacia zonas de baja o nula fiscalidad. El objetivo es gravar solo el beneficio extranjero que supone un beneficio residual derivado de intangibles que no de rutina y que afronta una baja imposición exterior. *BEAT (Base Erosion and Anti-Abuse Tax)* es un impuesto mínimo que grava la sociedad en los EEUU respecto a sus pagos deducibles a subsidiarias extranjeras de la cual poseen al menos el 25%, localizadas en jurisdicciones de baja o nula fiscalidad. El propósito es evitar los pagos por deducciones de la filial de propiedad extranjera a su sociedad matriz u otras filiales. Es un impuesto que grava el denominado *earnings stripping*, si bien, limitado a determinadas deducciones, sin considerar el escenario más amplio de la planificación fiscal agresiva. Son impuestos mínimos, no diferenciados, que no tocan la renta

real total del contribuyente, como resulta de la propuesta de impuesto diferenciado separado de gravar la diferencia *book-tax gap*, a cargo de Elizabeth Warren. El impuesto diferenciado, que no mínimo es un impuesto específico que grava hechos imposables subrogatorios, apoyado en impuestos generales existentes, pero independiente. El ejemplo de la *Diverted Profit Tax del Reino Unido* es ilustrativo.

## CAPÍTULO VII

#### **40. OCDE. Erosión global de bases. Pilar Dos: Anti-Base Erosión Global. La aproximación unificada en 2020.**

La OCDE formuló en 2019 una propuesta de consenso global basada en dos pilares.

Por un lado, Pilar Uno centrado en la asignación de los derechos de imposición a los Estados y la revisión de la atribución de los beneficios y de la regulación del nexo (establecimiento permanente) en curso de discusión y que tiene como prólogo la Acción 1 del BEPS. Lo veremos por separado.<sup>282</sup>

Por otro, Pilar Dos, que es un desarrollo del principio de protección de la base de imposición del BEPS, previendo el derecho de cualquier Estado a ejercitar su potestad de imposición ("*right to tax back*") cuando está no fuera ejercitada por la jurisdicción primaria o el pago del impuesto fuera nulo o de bajo nivel de imposición efectiva. La reforma tributaria de EEUU, sobre imposición mínima, *U. S. Tax Cuts And Jobs Act de 2017*, tuvo influencia en la OCDE.<sup>283</sup>

Cada jurisdicción puede gravar los beneficios que derivan de actividades económicas en su territorio y donde se

---

282. Programmed of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD 2019.

283. OECD Global Anti-Base Erosion Proposal ("GloBE) (Pillar Two), Public Consultation Document, 2019.

crea el valor y su potestad impositiva no puede emplearse para la atracción de inversiones, ahorros, capital foráneo. El *Pillar Two* es un complemento al principio común del BEPS atinente a la protección de la base fiscal de cada país. Esto habilita a cada jurisdicción a establecer su propio nivel de salvaguardia tributaria; pero, teniendo en cuenta, asimismo, a los otros, si la renta resulta gravada a un tipo efectivo inferior al mínimo.

*“Pillar Two (also referred to as the “Global Anti-Base Erosion” or “GloBE” proposal) calls for the development of a coordinated set of rules to address ongoing risks from structures that allow MNEs to shift profit to jurisdictions where they are subject to no or very low taxation”.*<sup>284</sup>

La propuesta global de anti-base erosión de la OCDE se dirige a reforzar el principio de protección fiscal y la correlativa restricción a la competencia fiscal lesiva. Pero, no solo. Hay una advertencia sobre *estructuras* que facilitan el desplazamiento de beneficios.

La propuesta originaria se basaba en dos principios.

Primero, un principio denominado de inclusión de renta (*income inclusion rule*) dirigido a gravar la renta de una sucursal o subsidiaria controlada si la renta estuvo sujeta a un bajo o nulo tipo de impuesto efectivo en la jurisdicción de residencia.

El principio es equivalente al que se fija en el régimen de la *Controlled Foreign Corporation*: un impuesto mínimo sobre la renta obtenida en el exterior al accionista de una sociedad haya sido o no repatriada, si no soportó un tipo efectivo de impuesto superior a un tipo mínimo.

---

284. OECD (2020), Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy – January 2020, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.

Segundo, un impuesto sobre deducción de pagos de erosión de la base, que opera a través de la denegación de la deducción o la imposición a la fuente junto con cualquier otro cambio necesario en los tratados de doble imposición, respecto a ciertos pagos, a menos que fueran sometidos a impuesto a o por encima de un tipo mínimo. (*undertaxed payments rule: a subject to tax rule*).

La última propuesta, 2020, amplía los componentes a cuatro, que no dos:

Tercero, cambio de métodos en los tratados (*switch over rule*) permitiendo al Estado de residencia de cambiar de un método de exención a otro de crédito, donde los beneficios imputables a un establecimiento permanente o derivado de propiedad inmobiliaria están sujetos a un tipo efectivo inferior al tipo mínimo.

Cuarto, regla de sujeción al impuesto (*subject to tax*) como complemento de la regla de los pagos infragravados, sujetando a pago en la fuente y ajustando la idoneidad a fin de beneficios de los tratados sobre ciertas partidas de renta donde el pago no está sujeto al impuesto al tipo mínimo.

*“This Pillar seeks to comprehensively address remaining BEPS challenges by ensuring that the profits of internationally operating businesses are subject to a minimum rate of tax. A minimum tax rate on all income reduces the incentive for taxpayers to engage in profit shifting and establishes a floor for tax competition among jurisdictions”.*<sup>285</sup>

El Pilar Dos elige el modelo de impuesto mínimo. Estos principios, van más allá de la estricta digitalización. Su arco de actuación cubre todo el ámbito del BEPS con el propósi-

---

285. OECD Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE) (Pillar Two), p. 6.

to de *“ensure that all internationally operating businesses pay a minimum level of tax”*.<sup>286</sup>

La sujeción debe proveer la garantía que el grupo multinacional está sujeto a impuesto mínimo, para reducir el incentivo de asignar beneficios por razones fiscales a entidades en jurisdicciones no gravadas.

La referencia es a la creación de renta fiscal sin actividad económica, renta cuya fuente es el valor del beneficio fiscal exclusivo. En particular se señalan estructuras de planificación (de planificación fiscal agresiva) que facilitan el desplazamiento de ganancias que están sometidas a un tipo de impuesto efectivo inferior al tipo del impuesto mínimo o no sujetas en términos absolutos. Si, al contrario, la renta fiscal fuera sujeta a un impuesto inferior consistente con prácticas lesivas, debe gravarse al tipo superior o a plena del tipo de impuesto doméstico de la empresa.

El impuesto mínimo, por razones de simplicidad y coordinación, se configura en un porcentaje fijo, distinto del porcentaje del tipo del Impuesto de Sociedades de la jurisdicción de residencia de la sociedad matriz, sin perjuicio que la base imponible se determine conforme a las normas del Estado de residencia.

No es temerario sostener que el Pilar Dos está alejado de la Acción 11 del BEPS. Es más, ni siquiera menciona los Indicadores que le deben servir como punto de partida ni tampoco profundiza en la naturaleza del impuesto mínimo.

Los postulados BEPS debieran poseer un alcance más amplio y la lógica primera del impuesto diferenciado, que

---

286. OECD Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) (Pillar Two), p. 29.

no mínimo, sería más adecuada si se asumiera como impuesto subordinado a la estructura de un impuesto general, precisamente el Impuesto sobre Sociedades sobre la renta fiscal de erosión o de desviación de renta obtenida en otros países.

El impuesto mínimo debe configurarse como otro impuesto diferenciado sobre la protección de la base imponible de cada país, capaz de gravar toda la erosión de bases desviada como renta fiscal del Estado de residencia de la organización y del Estado de la fuente con criterios proporcionados y de reparto más o menos equitativo.

El BEPS por definición y desarrollo estaría más cerca de un impuesto diferenciado, que no mínimo, sobre la erosión de bases, en la línea de la *Diverted Profit Tax* y cuyo hecho imponible debe configurarse sobre la planificación fiscal agresiva como vehículo de elusión y evasión fiscal internacional, lo cual llevaría a desagregarlo en los capítulos señalados por el propio BEPS. Es un impuesto que grava el valor fiscal, la renta derivada de la no sujeción y que en si misma constituye una superrenta, divorciada de la actividad económica donde se consigue.

El cálculo de la base imponible, según el Pilar Dos, podría calcularse conforme a las normas contables y financieras empleadas por la sociedad matriz para la consolidación de sus estados financieros.

*"A single accounting standard applied to all subsidiaries would be more transparent and ensure that differences between subsidiary accounting standards do not produce distortions".*<sup>287</sup>

La base imponible contable y financiera aporta un relieve importante de imagen fiel, superior a la contabilidad

---

287. OECD Global Anti-Base Erosion Proposal ("GloBE) (Pillar Two), p. 10.

con puros fines fiscales, porque está abierta al exterior –inversores y terceros-, facilitando su fiabilidad.

La conformidad entre las normas contables y la disciplina tributaria es necesaria para quebrar la persistencia de la planificación fiscal agresiva en torno a la creación de nuevos *tax shelters* y el fraude para evitar el impuesto; siempre que no se constituya en sí misma en una fuente añadida de desvalor fiscal.

El dogma de la contabilidad financiera global no es tan claro como se pretende. *El book-tax gap* no se resuelve simplemente por el reenvío a las normas contables financieras, si no se incorporan, además, las reticencias fiscales a su actuación.

La opción teórica no contempla la realidad de la empresa multinacional. Es un error no contemplar sin ajustes el ingreso bruto del estado financiero de la empresa. No tiene sentido considerar ajustes sobre una renta fiscal de erosión, un presupuesto de hecho subrogatorio que aspira a impedir la planificación fiscal agresiva, para lo cual, al momento actual, el estado financiero consolidado debería ofrecer una garantía mínima suficiente tal cual es.

La elección de la norma contable consolidada para el grupo debería aclarar algunos aspectos.

No se menciona los *Special Purpose Vehicles*, que sirven en modo predominante en el tráfico de inversión directa extranjera a través de sociedades pantalla.

El grupo puede elegir la exclusión del balance consolidado de activos y la deuda y capital asociados de la SPV. La deuda queda fuera de la contabilidad consolidada para proteger la valoración de su crédito ante inversores y banca y lo mismo puede pasar con sus pérdidas y otras partidas, (generación de gastos deducibles de intereses; deducción de créditos fallidos; desplazamiento de beneficios y transferencia de precios; tax shelters).

*“By removing tax shelter transactions from the corporate group’s consolidated financial statements, any tax reserves recorded under Financial Accounting Standard (FAS) No. 5 or Financial Interpretation (FIN) No. 48 are essentially unobservable to financial statement users.”*<sup>288</sup> Y, también, es incontrolable para la administración tributaria.

Finalmente, y no menos importante ninguno de los standards contables internacionales proveen información sobre las prácticas de precios de transferencia en su última versión que se traduce en la manipulación cibernética del mercado a través del **pricing algorithms**.

El beneficio imponible hasta el día de hoy difiere de las normas contables comunicadas a los mercados de capital, por las discordancias entre los libros contables y las declaraciones fiscales.

G. Plesko explica que el uso de *tax shelters* es el motivo de la manipulación deliberada de la disparidad.<sup>289</sup>

Hay diferencias temporarias entre las cuentas y el impuesto que son reversibles, según el momento de su reconocimiento. En cambio, las diferencias permanentes producen ingresos efectivos irreversibles a lo largo del tiempo básicamente mediante la recalificación de los beneficios, ora en las cuentas o en el impuesto, pero no en ambos.

La novedad, en su caso, es la constatación práctica de su aplicación sistemática, reiterada, indiferenciada. La discordancia contable fiscal se establece en la construcción artificial de esquemas de pérdidas, provisiones, gastos en investigación y desarrollo, operaciones en el extranjero

288. P. Demere, M. Donohoe, P. Lisowsky, *The Economic Effects of Special Purpose Entities on Corporate Tax Avoidance*, January 2015, [ssrn/abstract=2557752](https://ssrn.com/abstract=2557752).

289. G. Plesko, *Evidence and Theory on corporate tax shelters*, National Tax Association Proceedings, p. 371, 2000ss.

para el diferimiento del impuesto, la obtención de créditos fiscales, empleo de entidades híbridas para generar deducciones o pérdidas, productos híbridos que sirvan al endeudamiento sin mengua de su forma de capital o viceversa.

No se trata de contrastar discordancias circunstanciales que puedan suponer más gasto o menos impuesto en un período, que, finalmente recuperan su simetría, si no el aprovechamiento de las diferencias permanentes.

Las diferencias permanentes persiguen excluir renta de la base imponible y disminuyen el tipo de gravamen efectivo de la sociedad y el coste fiscal, incrementando los beneficios de los accionistas y gestores. El impuesto como foco de los beneficios a obtener. El tipo efectivo sirve para detectar la elusión fiscal. Es la relación que se establece entre el pago ordinario del impuesto sobre las ganancias y el resultado contable previo al impuesto.

De la comparación entre dos empresas que tienen igual resultado contable, pero, una paga menos impuesto que la otra, podrá deducirse la presencia de un plan o esquema dirigido a la reducción del impuesto. Dice **Rego** que la elusión fiscal afecta el tipo efectivo en dos modos. Por un lado, creando diferencias entre los libros contables y el impuesto, entre las cuentas financieras y el ingreso gravable v. g. créditos fiscales, diferimiento de impuesto. Por otro, en el caso de la empresa transnacional la reducción del tipo efectivo ocurre, por ejemplo, mediante arbitraje fiscal, desplazamiento de beneficios a territorios de baja fiscalidad.<sup>290</sup>

El uso de **SPV** en el extranjero si es una agrupación de personas (**híbrida a la inversa**) consiente la deducción de

---

290. S. Olhoft Rego, Tax avoidance Activities of US multinational corporations, Contemporary accounting research, University of Iowa 20, 4. 2003.

pérdidas en el conjunto vinculado o grupo fiscal y el alto grado de endeudamiento que las caracteriza permite generar un importante gasto deducible de intereses.

El renovado **tax shelter** es la cuadratura del círculo: elevar las ganancias contables y reducir los ingresos sujetos a impuesto. La explicación es que el estado del ingreso gravable por el impuesto está dirigido a crear la disparidad respecto al estado del ingreso financiero.

La reducción del pago del impuesto, en consecuencia, contribuye decisivamente en la diferencia con el resultado financiero contable, porque el impuesto es un “centro de ganancias” y su función en la empresa está condicionada por la elusión fiscal. El no pago del impuesto y la planificación fiscal explota las diferencias contables-financieras como función corporativa.

El punto no es meramente teórico. Basta recordar la propuesta al respecto de la Senadora E. Warren del Impuesto sobre Sociedades. El candidato presidencial Biden, a su vez, propone un impuesto del 15% sobre la renta contable dirigida a empresas que declaran una renta de más de 100 millones de dólares en los EEUU pero no pagan nada del impuesto federal sobre la renta. El modelo OCDE ignora el punto.

La propuesta GloBE contiene recomendaciones para la mezcla de impuesto bajo y elevado dentro de la misma entidad o entre diferentes entidades del mismo grupo. La mezcla (*blending*) podría aplicarse por cada entidad, por jurisdicción o a nivel global.

La mezcla global requiere que el grupo declare su renta extranjera total y el impuesto extranjero que la grava. El contribuyente sería sujeto si el impuesto sobre la renta total está por debajo del tipo mínimo.

La mezcla por entidad solicita que el grupo determine la renta e impuestos de cada entidad. El contribuyente se-

ría sujeto cuando el tipo efectivo de impuesto de la entidad o sucursal estuviera por debajo del tipo mínimo.

La mezcla por jurisdicción reclama que el grupo fracione su renta extranjera entre las diversas jurisdicciones. El contribuyente sería sujeto cuando el impuesto sobre el reparto de renta por jurisdicción quedara por debajo del tipo mínimo. Así el grupo paga el impuesto en cada país donde opera a o por encima del impuesto mínimo.

La mezcla puede perfectamente adaptar, en líneas generales, el contenido de los Indicadores del BEPS, que ilustran sobradamente el fenómeno de renta de erosión y reconstruir a partir de los mismos el *blending*, que debe tomar en cuenta sistemáticamente al grupo, a la jurisdicción de la entidad sometida a fiscalidad ordinaria, y la jurisdicción de la entidad.

Lo que llama la atención, es que el Pilar Dos ni siquiera hace referencia a los Indicadores reflejados en la Acción 11 del BEPS. Son los Indicadores que hubieran debido utilizarse en la confección del hecho imponible, base imponible, sujetos pasivos del impuesto sometida a baja tributación.

## 41. Los Indicadores de BEPS. Acción 11.

Los indicadores que señalan BEPS son:

### **1. Concentración de inversión extranjera directa relativa al Producto Interno Bruto.**

La desconexión entre actividades económicas reales y financieras deducida del nivel de concentración cada vez mayor de la inversión extranjera (*FDI*) propiciada por empresas asociadas de empresas multinacionales. La inversión fantasma, como ya se dijo, es de lejos el problema central de las CVG.

La inversión extranjera directa mide la inversión transfronteriza entre empresas vinculadas. La concentración de IED en un país puede proveer una indicación de BEPS.

*“Foreign direct investment (FDI) is increasingly concentrated. FDI in countries with net FDI to GDP ratios of more than 200% increased from 38 times higher than all other countries in 2005 to 99 times higher in 2012”.*<sup>291</sup>

El elemento destacado es el incremento de la IDE mediante la inversión fantasma o itinerante a través de *Special Purposes Vehicles*, sea en tradicionales paraísos fiscales o Estados que lo facilitan (Países Bajos, Luxemburgo, Hungría, Austria).

*“BEPS approach with an investment-based approach emphasizing the relevance of corporate structures set up by channeling FDI through “offshore investment hubs” and offshore financial centers (OFCs), notably Tax Havens and jurisdictions offering so-called Special Purpose Entities (SPEs) as these are the enablers of most BEPS schemes. In essence, corporate structures built through FDI can be considered “the engine” and profit shifting “the fuel” of MNE tax avoidance schemes”.*<sup>292</sup>

No es casual que el propio Informe UNCTAD indique la planificación fiscal como la causa del papel de los vehículos de elusión fiscal internacional. Los instrumentos son los que el BEPS señala: arbitraje fiscal, competencia fiscal lesiva, exceso de gastos financieros deducibles, uso de sociedades pantalla. Y pide algo que es imprescindible:

291. OECD, Measuring and Monitoring BEPS, Action 11 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 49.

292. UNCTAD, FDI, Tax and Development. The fiscal role of multinational enterprises: towards guidelines for Coherent International Tax and Investment Policies, working paper, 3/26/2015, p. 17.

*“recognition of **shared responsibilities between investor host, home and conduit countries** and the consequent need for a partnership approach”.*<sup>293</sup>

La mezcla debe cohonestar el esfuerzo de asociación entre el Estado de residencia, el Estado de la fuente y los centros offshore y países cómplices del tráfico de la renta fiscal ilícita y el propio inversor.

El Indicador 1 del BEPS solicita la aplicación del *blending* atrayendo las jurisdicciones implicadas, del grupo y las entidades del grupo beneficiarias.

Un Indicador futuro previsto, respecto a *Special Purpose Vehicles* revela que cuanto mayor sean los flujos de IED, mayor es la posibilidad de rentas de erosión fiscal.<sup>294</sup>

## **2. Diferenciales sobre la tasa de beneficios dentro de las principales multinacionales globales.**

La tasa de beneficios diferencial en las filiales en jurisdicciones de menor impuesto es positiva y exceden el beneficio mundial del grupo, cuando conforme al BEPS debería pensarse que la diferencia fuera negativa.<sup>295</sup>

El Indicador 2 del BEPS sugiere que el *blending* acentúe la jurisdicción que revela el emplazamiento de los altos beneficios en su ámbito y, también, en su caso, las entidades aventajadas.

## **3. Tasas de beneficio superiores de las filiales en localizaciones de baja imposición.**

La tasa de beneficios de las filiales en países de baja imposición registra márgenes superiores a los obtenidos a escala mundial por el grupo al que pertenecen.

---

293. UNCTAD, cit. p. 4.

294. OECD, Measuring...p. 66.

295. OECD, Measuring...p. 54.

El Indicador BEPS muestra la extensión de las diferencias de los beneficios conseguidos por las entidades en jurisdicciones de bajo impuesto y la tasa de ganancias mundial del grupo.

*“Indicator 3 shows that reported profit rates of MNE affiliates in low-tax countries were, on average, almost twice as high as their group’s worldwide profit rate.”*<sup>296</sup>

El Indicador 3 del BEPS señala que el *blending* tome en consideración, el beneficio mundial del grupo y su reparto en entidades situadas en jurisdicciones de baja o nula fiscalidad.

#### **4. Comparación entre los tipos efectivos de impuesto de las filiales de las grandes organizaciones con respecto a entidades locales que no pertenecen a ninguna empresa multinacional con características similares.**

Los tipos de gravamen efectivos de las entidades multinacionales se sitúan entre 4 y 8.5 puntos porcentuales por debajo de los aplicado a empresas locales.

El beneficio imponible de las filiales en países de fiscalidad ordinaria puede reducirse por el uso de técnicas de arbitraje fiscal, facilitando las doble deducciones o deducción con no inclusión. Asimismo, la organización multinacional puede aventajarse de la legislación fiscal por su localización estratégica en la actividad económica.

*“MNEs’ profit shifting out of a country may reduce its tax expense proportionately more than the reduction in its reported pre-tax profits. As a result, the MNE’s affiliates’ taxes (and ETRs) could be lower than the taxes (and ETRs) of non-MNE affiliates that do not have the same opportunities for cross-border tax.”*<sup>297</sup>

296. OECD, Measuring...p. 69.

297. OECD, Measuring...p. 58.

El Indicador 4 del BEPS señala que el *blending* apure el beneficio en cabeza de las entidades en países de fiscalidad ordinaria y la actuación de planificación fiscal agresiva para rentas de erosión

### **5. Concentración de los ingresos por regalías relativos a gastos de I + D.**

La segregación de los beneficios imponibles de la localización donde se realiza la actividad que los originan con respecto a los activos intangibles.

La manipulación de los intangibles (capital intelectual) y las regalías y licencias genera la transferencia de beneficios residuales a jurisdicciones de baja imposición desviando la aplicación del impuesto desde donde se crea el valor económico hacia donde se paga el menor impuesto. El flujo de los ingresos por regalías está desconectado de los gastos de I + D en el país receptor, lo cual indica desplazamiento de beneficios.

El indicador 5 del BEPS pide que sean las jurisdicciones donde se emplaza la propiedad intelectual receptora de los ingresos por regalías y las de las jurisdicciones de remisión.

### **6. Gastos de intereses en relación a ratios de renta de afiliadas en países de fiscalidad ordinaria sometidos a impuestos más elevados.**

La deuda tanto de empresas asociadas como terceros está más concentrada en filiales del grupo en países de fiscalidad ordinaria sometidos a tipos de gravamen más elevados, lo cual eleva sustancialmente sus gastos deducibles por intereses abonados.

El esquema consiste en prestar financiación desde entidades aparentes en jurisdicciones de baja fiscalidad a otras entidades vinculadas en países de fiscalidad ordinaria, a fin

de incrementar los gastos deducibles de su beneficio económico. Esto comprende, también, otros medios de erosión de bases, tales como, operaciones de leasing, venta de activos para disminuir los incrementos de patrimonio.

*“The strategic allocation of debt to facilitate excessive interest deductions is one of the BEPS channels used by MNEs to reduce their worldwide tax liability”.*<sup>298</sup>

El Indicador 6 del BEPS observa que las entidades del grupo situadas en países de fiscalidad ordinaria se inclinan a generar gastos deducibles artificiales utilizando otras entidades aparentes vinculadas en jurisdicciones de baja fiscalidad.

En suma, la planificación fiscal agresiva ofrece la clara ocasión de segregar valor fiscal del valor creado económico, sea en jurisdicciones de baja fiscalidad o, asimismo, en países de fiscalidad ordinaria.

La lista expuesta por los Indicadores BEPS son ilustrativos y elocuentes. Esto produce la acumulación de beneficio residual de actividades foráneas de su lugar de origen; la transmisión del capital intelectual, fuente de la renta económica residual, a *Special Purposes Vehicles*, perceptores huecos de ganancias que de otro modo estarían sujetas en otros territorios y sobre otras entidades con actividad económica substantiva; la estructura de medios financieros e híbridos sintéticos para generar gastos deducibles que diluyan beneficio económico real en distintas latitudes y, por último, la eliminación de impuesto en los flujos financieros y económicos por las operaciones intrafirma, explotando los precios de transferencia.

La manipulación comprende tanto el comercio de bienes y servicios materiales o tangibles y, sobre todo, los esquemas de intangibles:

---

298. OECD, *Measuring...* p. 60.

*“The essence of these schemes is to transfer profit to low tax jurisdictions via transfer pricing manipulation on intangibles (and associated royalties and licensing fees), generating a divergence between where value is created and where taxes are paid. The higher the intangible component of value creation (IP rights, brands, business services, risks), the higher the profit shifting opportunities.”*<sup>299</sup>

Las compañías fantasmas surgen como titulares aparentes de activos financieros, activos intangibles y patentes, con rendimientos sustraídos a las empresas con actividad real en países de fiscalidad ordinaria.

Las compañías fantasmas configuran endeudamiento intrafirma y derivados financieros con el solo fin de generar gastos deducibles a otras empresas de la cadena sometidas a gravamen en otros Estados.

Las compañías fantasmas aparcen los beneficios en áreas de inmunidad para impedir su repatriación a la sede del país de la empresa líder.

La retribución de compañías financieras que son parte de la CVG y cuya actividad es pasiva, desplazando recursos o derechos de propiedad industrial e intelectual desde una empresa de la cadena a otra, según conveniencia fiscal.

La colocación de los activos financieros y activos intangibles en compañías situadas en jurisdicciones no cooperativas, como generadores de deuda y de regalías de propiedad intelectual, para las que están situadas en países de fiscalidad ordinaria. A esto se une el sistemático aprovechamiento de las discordancias entre los sistemas tributarios (*tax arbitraje*).<sup>300</sup>

---

299. UNCTAD, cit. p. 25.

300. European Union DG Competition Working Paper on State Aid and tax Rulings, June 3rd, 2016.

*“There is solid empirical evidence that multinational firms reduce their tax bills considerably by shifting profits from countries with high corporate taxes to countries with low corporate taxes and the various profit-shifting techniques are fairly well understood”.<sup>301</sup>*

La creación de valor o la captura de valor fiscal transcurre en el marco de la minimización del impuesto a través de esquemas dirigidos a su eliminación, diferimiento o anulación, para la obtención de ventajas indebidas que de otra forma no se conseguirían. Es una apariencia de cumplimiento legal, evitando su cumplimiento genuino, mediante operaciones que no son genuinas, o sea, inauténticas o falsas, desprovistas de válidas razones económicas. En suma, un comportamiento ilícito de abuso del derecho: *mental state of consciousness of wrongdoing* (S. W. Buell).<sup>302</sup>

La circunvención de la ley se apoya en el texto o literalidad del precepto, sin tomar en cuenta la intención del legislador o la *ratio legis*: *“donde las palabras de la ley pueden ser tratadas como recetas para la elusión”*.<sup>303</sup>

## 42. Precios de Transferencia y Pricing Algorithms.

El precio de transferencia presupone la divergencia entre el precio estipulado en el seno del conjunto vinculado y el precio de competencia fijado por empresas independientes actuando en circunstancias similares. La gestión de

301. N. Johannesen, Th. Torslov, L. Wier, Are Less developed countries more exposed to multinational tax avoidance? United Nations University UNU-Wider, March 2016.

302. T. Rosembuj, Tax Governance, cit. p. 120.

303. D. C. Barnet, When Compliance is not the Solution but the Problem: From Changes in Law to Changes in Attitude, p. 230, Taxing Democracy, ed. V. Braithwaite, Ashgate, London, 2002.

los precios intrafirma es diverso al que resultaría si las partes no pertenecieran al grupo.

El precio de transferencia forma parte de la lógica de la empresa multinacional, de su funcionamiento ordinario con vistas al aumento de sus ganancias o al ahorro de costes del grupo. Hay un precio de transferencia fisiológico de distribución de costes y beneficios en la organización, que siendo relativo al tráfico corriente puede admitir la réplica del mercado, de las empresas independientes, para su comparación. El problema, en todo caso, es el precio de transferencia patológico, dirigido a la renta fiscal de erosión y, en particular, los activos intangibles de valor único o excepcional, que no aceptan comparación porque no son de rutina en el mercado, sino excepcionales.

Es una técnica tradicional desbordada por la aparición de los activos intangibles, sin comparación en el mercado, y nuevos intangibles, tales como los activos de información y, peor aún, por el *pricing algorithms*.

*“De hecho algunos análisis concluyeron que la transmisión de intangibles de valor elevado a filiales situadas en jurisdicciones de baja fiscalidad sin compensación adecuada (por ejemplo, a través de adecuados cánones) es probablemente uno de los métodos más importantes de desplazamiento de beneficios”*<sup>304</sup>

Los precios de transferencia acompañan, habitualmente, el *earnings stripping*. Ambas situaciones corresponden a la misma naturaleza: considerar autónomas a partes del grupo que no lo son, apelando a una comparación artificial del valor normal de mercado, como si fueran independientes, que no existe en las relaciones internas de la

---

304. Part three, provisions related to the taxation of cross border income and investment. Description of revenue provisions contained in the President’s fiscal year 2010 budget proposal, p. 29.

empresa multinacional. En especial, la creación de gastos deducibles para la dilución de beneficios donde hay impuesto y el movimiento del beneficio hacia donde no lo haya. Por ejemplo, el máximo nivel de endeudamiento en un país de alta fiscalidad y el mínimo en uno de baja.<sup>305</sup>

*Ezrachi y Stucke* diseñan dos escenarios de cuatro posibles de competencia virtual guiados por algoritmos: el Agente Predecible y el Ojo Digital, los cuales, si bien orientados a la explicación de la colusión tácita en condiciones de oligopolio, proporcionan idea suficiente para la configuración del correlativo escenario de los precios de transferencia.<sup>306</sup>

En el supuesto del Agente Predecible cada firma programa su algoritmo con una estrategia de maximizar beneficios. Esto, de entrada, introduce un factor de incertidumbre previsto y atendible, porque trasciende el mero marco comercial de control de cambios en los precios y reacción a cualquier reducción de precios en los rivales, para fijar en el objetivo cualquier accidente o vicisitud que disminuya la maximización de beneficios.

El algoritmo da la posibilidad de fijar la maximización de beneficios del conjunto lo cual es la contracara de la minimización por obra de transacciones no genuinas, de gastos artificiales o pérdidas presuntas. La aptitud algorítmica de programar el aumento de beneficios también habilita a pensar lo mismo con la minimización del impuesto que, sabemos, es *otra* fuente de beneficio.

Si de lo que se trata es maximizar, entonces, minimizar los impuestos no es en absoluto descartable. Al fin y al

---

305. J. G. Gravelle, *Tax Havens: international tax avoidance and evasion*, June 4th, 2010, Congressional Research Service, p. 8.

306. A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, 2016, Harvard University Press, p. 61.

cabos, hasta el día de hoy, la *creative compliance*, la erosión de la base por elusión, no se considera un acto ilícito.

La minimización del impuesto, mediante planificación fiscal agresiva, tiene la velocidad que el algoritmo quiera. así, préstamos o créditos intrafirma; servicios intrafirma; alquileres de propiedad intrafirma; ventas de propiedad bienes mobiliarios o inmobiliarios intrafirma; cesión de intangibles o propiedad industrial intrafirma; acuerdo de reparto de costes.<sup>307</sup>

En el supuesto del Ojo Digital se produce la convergencia entre la acumulación masiva de datos, activos de información, y la *machine learning* que provee acción de aprendizaje de la experiencia al algoritmo y decisión autónoma ante una diversidad de situaciones.

*"In enabling a wider more detailed view of the market, a faster reaction time in response to competitive initiatives, and dynamics strategies achieved by "learning by doing" the technologies expand tacit collusion beyond price, beyond oligopolistic markets, and beyond easy detection."*<sup>308</sup>

*Machine learning* es el modo en que los ordenadores generan modelos abstractos de los datos (*Jh. Cheney-Lippold*). La generalización mediante ejemplos es frustrante; mientras que la verosimilitud de la abstracción que la soporta es genuina. Ese modelo es predeterminado, motivado y dirigido a obtener determinado tipo de resultados que no otros y sin sorpresa alguna en el propósito.

El algoritmo de autoaprendizaje actúa independientemente, a partir del programa, observando la dinámica del mercado e identificando, a partir de su propósito específico de maximización de beneficios, la estrategia adecuada.

307. Internal Revenue Manual, I: R. S., Section 4. 11. 5. 2.

308. A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition*, cit. p. 71.

*"Fueled by profit maximization (or to put it bluntly, greed), firms may use algorithms to transfer more wealth from purchasers ( and ultimately us), further widening the gap between the stressed middle and lower –income classes and the wealthy".*<sup>309</sup>

La transferencia desigual de la riqueza es un hecho de la autoridad algorítmica. Se trata *de un factum* adoptado y constituido como normativo, como verdadera norma jurídica, o sea, una fuente derecho-privatizada, porque los sofisticados algoritmos, las complejas *machine learning* y las operaciones de *Data mining* están manos de pocas compañías privadas. Y es por eso por lo que ni siquiera los Estados están excluidos o protegidos de sus efectos.

La autoridad algorítmica se configura como una "*mano invisible digitalizada*":

*"That hand, controlled by algorithms, determines the market price in any given market through complex calculations. It is controlled by those who seek to maximize their profits".*<sup>310</sup>

La economía planificada privadamente es el capitalismo de vigilancia. Su territorio no es solo la persona, las clases, las naciones; sino todo el espacio digital global aprovechable, más allá y sobre los Estados y las jurisdicciones. Y de aquí la importancia de valorar el alcance de *pricing algorithms* en la tesitura de los precios de transferencia.

Los desafíos de la economía digital y los precios de transferencia se ponen de resalto en un reciente trabajo.<sup>311</sup>

309. A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition*, cit. p. 81.

310. A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition*, cit. p. 209.

311. L. Eden, N. Srinivasan, S. Lalapet, *Transfer Pricing Challenges in the Digital Economy: Hic Sunt Dracones? (Part I of II; A Case Study of Internet of Things (Part II of II)*, *Tax Management International Journal*, 48 TMIJ 256 06/14/2019.

El punto de partida es que la creación de valor no ocurre aisladamente entre la empresa y el consumidor, sino que es consecuencia del flujo de información continuo entre la compañía y el usuario. La creación de valor no es una eventualidad estática al final de la cadena de valor, sino un resultado de interacciones dinámicas dentro de un ecosistema digital de negocios y redes.

*“The issue is critical as we move into a digital world characterized by continuous and circular data flows, value shifts, and greater functional complexity of related and unrelated parties, both across space and time.”*

En una cadena de valor normal, convencional, las transacciones intrafirma concernidas son bienes, servicios, intangibles, soporte financiero y software. En una cadena de valor digital, los productos objeto de transacción entre las partes vinculadas son datos e información. Datos e información no tienen precios de mercado *per se*, haciendo imposible la aplicación de los métodos tradicionales de precios de transferencia.

El valor de los datos es cambiante conforme a su acumulación. A mayor cantidad de datos, mayor posibilidad de comercialización. La transferencia de datos es circular y no puede capturarse como un flujo de la cadena lineal desde el productor al consumidor. Desde su colección se elabora mediante *profiling* y vuelve al usuario que, a su vez, los retorna al origen y así sucesivamente.

*“With every iteration of transactions through the value chain, the accumulation of data and speed of insight generation grows, generating more value with each iteration. As larger volumes are processed faster, deeper and more marketable insights are also generated as time goes on.”*

Los desafíos para el precio de transferencia son: las transacciones intrafirma basada en datos; la velocidad del cambio tecnológico y funcionalidad y la dificultad de ca-

racterizar el control, descentralización y cooperación entre las partes vinculadas.

La conclusión es que se necesita más trabajo antes de levantar el velo de los precios de transferencia en la economía digital.

La descripción es cuidadosa, pero, no lo son tanto las ausencias.

Primero, los precios de transferencia son un modo de desplazamiento de beneficios con el propósito de crear valor fiscal, segregado de la actividad económica a través de *pricing algorithms*.

Segundo, los precios de transferencia son un medio de maximización de beneficios, a través de la creación de renta fiscal por la minimización del impuesto.

Tercero, la unidad, centralidad, jerarquía de las decisiones residen en la dirección y tecnoestructura de la organización por lo que no parece persuasivo indicar como dificultad el lugar donde se programa, se decide y se realiza la ejecución a lo largo y ancho del espacio que pretende la organización.

Cuarto, si el precio de los datos es ilusorio, no lo es su valor esencial, por lo que la falta de métodos de precios de transferencia implica que estamos ante un valor creado o capturado que no puede medirse, aunque sea la fuente principal de riqueza.

El proceso de *pricing algorithms* adolece, de entrada, de otro sentido de ejecución que el que resulta de su diseño. Es suficiente su perspectiva totalizadora del mercado de la organización, su capacidad de absorción de datos e información y su velocidad de respuesta. Los precios de transferencia, así como sucede en la coalición tácita, impiden la intención y la celebración de acuerdos o contratos forma-

les, porque se ajustan automáticamente bajo la autoridad algorítmica.

Las decisiones de precio de transferencia se formulan sin intervención humana y en un contexto previsible de opacidad. No hay necesidad de operadores humanos que ejecuten o aprueben las decisiones. El sistema de *machine learning* combina opacidad y decisiones en forma automatizada. El código se adapta a la experiencia, entendiendo como tal, la que sirva a su aplicación en tiempo real y que puede modificarse un segundo después.

*“out-of-control systems’ demonstrate low transparency and execute decisions in a fully-automated way”.*<sup>312</sup>

La inescrutabilidad del algoritmo complica el proceso de decisión y la toma de la decisión. Si ello es intrínseco a la complejidad de la inteligencia artificial, se complica aún más desde el momento en que aparecen opciones legales como elementos del algoritmo.

*“This process of translating legal mandates into code inevitably embodies particular choices as to how the law is interpreted, which may be affected by a variety of extrajudicial considerations, including the conscious and unconscious professional assumptions of program developers, as well as various private business incentives”.*<sup>313</sup>

El programa de precios de transferencia transporta en el algoritmo general: maximización de beneficios, señales diversas que traducen a su lenguaje lo necesario para llevarlo a cabo. Será un asterisco o un acento; pero, la teoría y

312. C. Katzenbach & L. Ulbricht. Algorithmic governance. *Internet Policy Review*, 8 (4). 2019.

313. N. Elkin-Koren, M. Perel, Algorithmic Governance by Online Intermediaries, *Oxford Handbook of International Economic Governance and Market Regulation*, Eds. E. Brousseau, J. M. Glachant, J. Sgard, Oxford University Press, 2018.

práctica de precios de transferencia queda integrada en el gran objetivo de la organización, lo cual supone, antes que otra cosa, una opción legal de minimización de impuesto.

La interpretación algorítmica es de la mayor trascendencia porque permite fijar los atributos de los datos y cambiarlos (v. g. añadiendo ruido a ellos; bloquearlos mediante reemplazo, v. g. empleando un "?"; sumando o uniendo atributos; permutando los atributos; ejemplificando los datos a conveniencia. Esto convierte la comprobación administrativa en imposible y hace la evaluación completamente incierta.

Desde la perspectiva fiscal es un escenario de máxima preocupación. La geometría algorítmica variable puede hacer imposible descubrir la planificación fiscal agresiva, las prácticas lesivas, el arbitraje fiscal, los precios de transferencia. Y la pirámide algorítmica de los precios de transferencia, como la pirámide de *Ponzi* no es solo una respuesta técnica, porque puede instrumentalizar propósitos no declarados con otros fines que los que se le presuponen y cuya rectificación es más compleja que el programa en sí mismo.

Sería un error circunscribir el *pricing algorithms* a las plataformas digitales. Su utilidad es extensiva a cualquiera de las empresas multinacionales, porque solo le exige una lógica informática a su alcance y adaptable a sus necesidades económicas. Es igual que produzca automóviles, productos electrónicos o comercialice granos o petróleo. El asterisco señalará siempre el tiempo y el espacio de los precios de transferencia para la fijación de los precios al instante.

### **43. El método *at arm's length*.**

La cadena de valor global sea en la economía convencional o digital, tienen igual inclinación, más allá de la acti-

vidad económica que cumplen. Estamos ante organizaciones únicas y unitarias, de poder centralizado con el objetivo de maximización de beneficios que les acomuna, en diferentes jurisdicciones y en tiempos diversos. Lo que sí es definitivo es que el *pricing algorithms* establece, esta vez sí, el final del método *at arm's length*.

Las transacciones en el seno de la organización única y unitaria no pueden valorarse como si fueran realizadas entre empresarios independientes con contabilidad separada a valor normal de mercado. Fue una imposición ideológica de los EEUU que, a trancas y barrancas, aún subsiste. La crítica principal es que las operaciones intrafirma, aunque sean semejantes, difícilmente serían realizadas por la empresa independiente en las condiciones pactadas y bajo el control y la influencia significativa de la dirección centralizada.<sup>314</sup>

El ocaso se acelera cuando se trata de fijar mediante comparación el valor de los intangibles. Es aquí donde el valor normal de mercado resulta ausente por mor de la incomparabilidad. La emergencia de la plataformización acentúa la crisis del método ante los nuevos intangibles digitales: los datos, los productos predictivos. Su continuidad expositiva no tiene ninguna credibilidad: es un método fallido.<sup>315</sup>

El recurso de *pricing algorithms* determina el final del método porque en modo concluyente deja sin espacio cualquier defensa del valor normal de mercado entre empresas independientes con transacciones comparables.

No fue suficiente constatar que la cadena de valor global impone por sí misma la calificación de unicidad y

---

314. T. Rosembuj, Principios Globales de Fiscalidad Internacional, Barcelona, 2013, p. 218.

315. T. Rosembuj, Tax Governance, cit. p. 250.

unitariedad a cualquier empresa multinacional y que los intangibles cuestionan su aplicación por ausencia de comparabilidad. La transmisión tecnológica, su sofisticación y celeridad, provocan, como en el caso de la crisis financiera, una solución técnica incontrolable en la determinación de los precios intrafirma subordinada al propósito de maximización de beneficios y correlativamente debido a la inserción de la planificación fiscal agresiva, de la minimización de impuesto.

La defensa del método aparece insostenible si se acepta la autoridad algorítmica en la actuación de los precios de la organización con vistas a maximizar el beneficio y minimizar el impuesto. No hay más valor que el precio de transferencia fijado por la organización multinacional, con las dificultades ya expuestas de probar su incorrección a partir de la propia lógica algorítmica.

*L. Eden defiende la continuidad del método at arm's length.*<sup>316</sup>

Su punto de partida es que la mayoría de las empresas multinacionales pagan sus impuestos y siguen las normas establecidas por los gobiernos nacionales. Se equivoca. La plétora de información disponible en jurisdicciones políticas, como la Unión Europea, en organizaciones internacionales, tales como UNCTAD, y la propia OCDE, lo desmienten. Por si no fuera poco, el BEPS tiene como premisa el abuso fiscal de las empresas multinacionales en la erosión y desplazamiento de beneficios de la renta fiscal. Inclusive el Fondo Monetario Internacional lo recoge.<sup>317</sup>

316. L. Eden, *The Arm's Length Standard: Making it work in a 21st Century World of Multinationals and Nation States*, Th. Pogge, K. Mehta editors, Global Tax Fairness, Oxford University Press, 2015.

317. IMF, *Issues in International Taxation and the role of the IMF*, June 28th, 2013.

La solución para la autora consiste en el restablecimiento de un régimen fiscal internacional. El BEPS no lo supone, porque acentúa los aspectos antiabusivos, antes que un proyecto de reforma fundamental. Precisamente, el corolario es el contrario: no hay reforma posible, sin antes contar con los supuestos que la justifican y la cúspide corresponde al abuso del precio de transferencia. El sesgo de la erosión fiscal es en cuanto al abuso de la transmisión del beneficio residual hacia la inmunidad fiscal, exceptuando aquello que es el precio de transferencia ligado al beneficio de rutina, fisiológico, que, por cuanto relevante pierde toda su significación confrontado con el *excess profit*.

El núcleo del régimen de precios de transferencia es el método *at arm's length*. Su propósito, promovido por los EEUU en 1934, es el de establecer que las transacciones en el seno de una organización única y unitaria, como es la empresa multinacional, deben valorarse como si fueran realizadas entre empresarios independientes a valor normal de mercado. Una construcción ficticia, dirigida contra los países europeos que seguían la fórmula de reparto, y que nos acompaña hasta la fecha.<sup>318</sup>

De este modo se fuerza la separación contable y jurídica entre las unidades constitutivas de la organización, sean filiales, sucursales, agentes, como si tuvieran decisión propia y autónoma. Los resultados están a la vista. El *stateless income o homeless income* descienden directamente del método *at arm's length*.

La defensa del método reposa, según la autora, en la comprensión exhaustiva de los hechos y circunstancias que informan la substancia económica de las transacciones. Su apreciación no puede desestimarse por razones

---

318. Stanley Langbein, The unitary method, and the myth of arm's length, Tax Notes today, 18-2-1986, 34-112, p. 26.

teóricas, si bien la práctica la desmiente. El despliegue de las técnicas de erosión mediante precios de transferencia alcanza toda su potencia en la constitución, mejora, perfeccionamiento y cesión de los intangibles. En efecto, los intangibles decretan el ocaso del valor normal de mercado porque no son comparables y destacan por su referencia peculiar, distinta, como activos únicos o susceptibles de serlo. A ello, se unen los nuevos intangibles digitales: datos y productos predictivos, que exceden cualquier hipótesis por mínima que se quiera de comparabilidad.

El acta de defunción del método *at arm's length* es el *pricing algorithms*. Si puede sostenerse que la competencia virtual está condicionada por el algoritmo; no es temerario defender lo mismo en la competencia fiscal, en la determinación del precio por vía de *machine learning*, partiendo que el objetivo dominante de la empresa consiste en maximizar sus beneficios y disminuir el impuesto cuanto pueda, aunque no deba.

#### **44. Las pérdidas una ocasión para aprovechar.**

Las pérdidas de una empresa independiente son una catástrofe que arriesga su supervivencia, simplemente, porque no puede mantenerse en el mercado. En cambio, la pérdida no tiene la misma significación en una CVG. La entidad asociada puede sufrir pérdidas genuinas o falsas y permanecer en el mercado si esto beneficia a la CVG en su conjunto.

*"The fact that there is an enterprise making losses that is doing business with profitable members of its MNE group may suggest to the taxpayers or tax administrations that the transfer pricing should be examined".*<sup>319</sup>

319. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, July 2017, p. 81.

El precio de transferencia es un instrumento maestro de generación y emplazamiento de pérdidas dentro de la CVG. La localización conforma una decisión que está informada por la opción fiscal: esas pérdidas, disminuyen el beneficio en ese lugar; pero, la simetría es el beneficio en cabeza de otras entidades asociadas en otros sitios donde los impuestos son inferiores o nulos.

Las pérdidas dentro de la empresa multinacional pueden ser verdaderas o no genuinas. La asociada en pérdidas reales puede sentirse reforzada con la compensación del servicio que presta la CVG en su conjunto, a la unidad del grupo; compensación multiforme, que puede transitar por las vías de la financiación asegurada de su actividad; por la prestación de bienes y servicios a precios subvencionados o gratuitos; por el acceso a todos los bienes, servicios y activos de información relativos a sus particulares circunstancias, ante inversores o sistema bancario. Lo que resulta claro es que todas sus ventajas no estarían a disposición si se tratara de una empresa independiente. Cualquier tentativa de contraste o comparación *at arm's length* fracasaría por su inverosimilitud.

El problema es más delicado cuando las pérdidas son falsas, no genuinas, artificiales. En estos casos, el precio de transferencia, como en el caso, de la maximización de beneficios pretende la minimización de los impuestos para la CVG en su integridad. O sea, las pérdidas como contrapartida del aumento de la renta fiscal de erosión.

El ajuste de precios de transferencia es obligado si la estrategia de pérdidas se prolonga en el tiempo, sean pérdidas reales o falsas, porque definitivamente la comparación con la empresa independiente es infructuosa.

La crisis económica complica las alternativas porque abren un generoso espacio para imputar las pérdidas rea-

les o falsas, a la caída de la actividad económica por recesión o Covid19.

Uno de los riesgos es que se produzcan ajustes de los precios de transferencia a la baja usando los datos correspondientes a la comparación con la actividad de la empresa independiente. De nuevo, conviene insistir que la entidad asociada, sea en distribución, contratos de manufacturas o de provisión de servicios, tiene la supervivencia garantizada si así conviene a la empresa líder de la CVG. Esto quiere decir que no es aplicable la comparación entre la empresa independiente que sufre una disminución substancial de sus márgenes de beneficios a causa de la recesión y la entidad asociada, porque una arriesga su extinción y la otra está tutelada dentro de la CVG, salvo, que se decida su extinción por razones de oportunidad.

Los problemas pueden afectar a la multinacional en su totalidad o las entidades principales del grupo, aunque sus entidades asociadas conserven sus posiciones de beneficios. La tentación consistirá en que el contribuyente use la recesión como principal argumento para conseguir que se acepten sus pérdidas como deducibles. Esto obliga a la Administración fiscal a un cuidadoso examen de las cuentas, de los estados financieros de la MNE del año y de los ejercicios precedentes porque nada descarta que se busque una dilución de beneficios pasados mediante la acumulación de pérdidas que son reales, pero que no provienen del ejercicio, sino de los años anteriores y que se afloran ahora en su totalidad.

Finalmente, las CVG están recibiendo una ayuda a fondo perdido o casi de miles de millones de dólares o euros, sea para las aerolíneas, turismo, transportes, cadenas de suministro, cuyo destino es incierto. O sea, que podrían utilizarse para otros fines que los que prevé la ayuda pública. Eufemísticamente, esto se denomina permitir a la organi-

zación más flexibilidad para implementar estrategias “no tradicionales” en el futuro.

Una de las sugerencias consiste en la implementación de estrategias de empresas que resulten en pérdidas locales, que no en beneficios.

*“Tax practitioners that need to justify more complex intercompany strategies such as market support payments, market penetration payments, or subsidies payments to loss-making entities will have more market comparable and reference to transactions during this crisis that could provide solid rationale in an intercompany context.”<sup>320</sup>*

La recesión y la ayuda pública aparecen divorciadas del protagonismo público. No hay intervención ninguna en la afectación del dinero, ni tan siquiera la acción de oro, que impida su despilfarro o malversación. La ayuda pública debiera ser un puro programa de inversión y creación y conservación de trabajo en la sede central y en todas las localizaciones globales de la CVG. Sin embargo, el consejo es el contrario: aprovechar la recesión para el ajuste de los precios de transferencia y la defensa de las posiciones de pérdidas, con puro propósito fiscal; cualquiera que sea la dimensión de la ayuda pública que se recibe.

La ayuda pública ilimitada no oculta que se evite de cualquier manera la referencia a un impuesto sobre los beneficios extraordinarios, *excess profits*, derivados de la recesión. No es una novedad y se aplicó durante la posguerra en algunos países, confrontando la diferencia entre los beneficios actuales y los de los periodos precedentes considerado como normal. Así como hay sectores que la recesión castiga; hay otros que resultan premiados. Por ejemplo, las plataformas digitales.

---

320. A. Hughes, Three Transfer Pricing Strategies for the Covid-19 Recession, Tax Notes Int., June 1st, 2020.

## 45. La criminalidad cibernética.

El secreto que rodea el diseño y la aplicación del algoritmo debe levantarse para hacer factible su evaluación y la dispersión de sus decisiones en el seno de la organización y asumir el deber de explicación de las decisiones y sus consecuencias. Esto no es fácil ni cabe esperar una respuesta complaciente. La Administración (las Administraciones) deben disponer de instrumentos que le permitan afrontar la nueva dinámica. Básicamente, la intervención requiere que se posean criterios de referencia que la justifiquen, basados en datos, indicios, sospechas.

No se puede combatir el problema de precios de transferencia a menos que se afronte la nueva amenaza de inmundidad fiscal que viene de la autoridad algorítmica.

La minimización del impuesto, en este caso por precios de transferencia, sustenta la ruptura del contrato entre la sociedad y el Estado y supone la ruptura del contrato entre el Estado y la sociedad.

El abuso algoritmo debe incorporar elementos mercantiles adecuados a la dimensión económica de los protagonistas que la realizan, pero, no tanto en su cantidad, sino en calidad. La gran organización puede convertir su sanción pecuniaria, sin excluirla, en un coste de hacer negocios. Probablemente, la sanción debe conduciría a la disolución o liquidación de la entidad responsable y la devolución o reembolso de los beneficios fiscales obtenidos a lo largo del período de prescripción. La minimización de impuesto podría llevar a la extinción de la persona jurídica.

**Pricing algorithms** juega una función esencial en el diseño del presupuesto de la manipulación cibernética, que no ocurriría sin la contribución de *machine learning*. Debe ser, según alguna doctrina, una conducta legalmente

reprochable a causa de la inteligencia artificial. (*artificial intelligence crime*).<sup>321</sup>

La manipulación cibernética se produce siempre que exista previsión legal y ocurra o es probable que suceda conforme a las tecnologías ordinarias de inteligencia artificial (*plausibility*) y cuyo factor esencial es precisamente la inteligencia artificial (*uniqueness*).<sup>322</sup>

Las áreas penales que se configuran como amenazas son: Mercantil, mercados financieros e insolvencia; drogas lesivas o peligrosas; crímenes contra las personas; crímenes sexuales; robo y fraude y falsificación.

Las amenazas específicas y transversales derivadas del abuso de derecho en los ámbitos mercantiles, mercados financieros e insolvencia se apoyan en tres factores: emergencia, responsabilidad, y control.

La emergencia significa que cualquier tipo de comportamiento programado puede desplegarse en actividad sistémica que va más allá de la expectativa singular programada.

*“Emergence refers to the concern that while shallow analysis of the design and implementation of an artificial agent (AA) might suggest one particular type of relatively simple behaviour, upon deployment the AA acts in potentially more sophisticated ways beyond our original expectation”.*<sup>323</sup>

Se piense en una organización multinacional, coordinada con una pluralidad de agentes en distintos países y tiempos, cuyos precios están determinados sobre la base

---

321. Th. King, N. Aggarwal, MR. Taddeo, L. Floridi, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, Oxford Internet Institute, University of Oxford, [ssrn.com/abstract=3183238](https://ssrn.com/abstract=3183238).

322. Th. King et al. cit. p. 4.

323. Th. King et al., cit. p. 6.

de precios de transferencia, total o parcial; pero, que no están desvelados hasta que el propósito culmina el objetivo común de maximización de beneficios final.

La responsabilidad puede minar los modelos actuales de responsabilidad legal.

*“Existing liability models may be inadequate to address the future role of AI in criminal activities. The limits of the liability models may therefore undermine the certainty of the law, as it may be the case that agents, artificial or otherwise, may perform criminal acts or omissions without sufficient concurrence with the conditions of liability for a particular offence to constitute a (specifically) criminal offence”.*<sup>324</sup>

Lo que está claro es que la premisa fundacional del programa de minimización de impuesto es intencional.

El sistema de precios de transferencia apoyado en **pricing algorithms** es una conducta voluntaria de la organización con intencionalidad para conseguir su objetivo de minimización global del impuesto, aunque sus directivos o diseñadores se despeguen de la programación para eludir su responsabilidad, que siempre requiere la intervención humana en su creación y aplicación.

El control es complicado. Por un lado, porque desde el inicio se prevén mecanismos que dificulten la atribución a la persona o las personas encargadas de la actuación del sistema, que la velocidad de la tecnología impida la factibilidad de su seguimiento o que la auditoría fiscal no está aliada con la información mercantil, financiera, económica que puedan asistirle.

El área comercial, de los mercados financieros e insolvencia es el más próximo a la actuación de los precios de transferencia de las organizaciones multinacionales.

324. Th. King et al., cit. p. 7.

Es un ámbito que se centra en la manipulación de mercado, la fijación de precios y la colusión.

La nueva manipulación de mercado es cibernética:

*“...new market manipulation generally uses the electronic communications, information systems, and algorithmic platforms of the new, high-tech financial marketplace to unfairly distort information and prices relating to financial instruments or transactions. At its core, these distortive actions and effects tamper with the humans and computerized information and communications systems of the marketplace”.*<sup>325</sup>

Los *Exchange Trading Funds* o *High Frequency Funds* consagran la nueva manipulación en el mercado financiero. La negociación de instrumentos financieros en mercados bursátiles a alta frecuencia alude a los distintos algoritmos que se apoyan en superordenadores para la emisión de órdenes de compra o de venta a una elevada velocidad, no ya en minutos, segundos, sino en microsegundos. El comercio algorítmico –*algotrades*– está programado para emitir órdenes de compraventa en pequeñísimas fracciones de tiempo.

La colusión, como han demostrado *Ezrachi y Stucke*, puede, gracias al algoritmo, fijar los precios, sin necesidad de intención entre las partes o contratos formales.

Todos estos factores aparecen en el sistema de precios de transferencia.

**Pricing algorithms** puede ser el vehículo perfecto para alimentar señales de errores o engaño, autoaprendidas o fruto de su programa. La manipulación del mercado, mediante operaciones de renta fiscal, lleva a un comportamiento interesado del sujeto para reforzar su explotación por beneficios, localizando inclusive pérdidas en otras par-

---

325. T. C. W. Lin, *The New Market Manipulation*, Emory Law, 2017.

tes de su organización, para obtener el resultado de ganancias final o eliminar competencia adversa.

La velocidad tecnológica convierte los canales de comunicación y distribución de información en el modo de coordinación efectiva entre las partes. Exactamente, como en el *High Frequency Trading*, la opción fiscal es cuestión de milisegundos.

La fijación algorítmica de los precios de transferencia concede simetría a las operaciones, porque a un descenso del precio en una entidad del grupo sigue un aumento en otra. Asimismo, y esto es relevante, la naturaleza de la automatización facilita y estimula su réplica y extensión a toda la organización. El primer algoritmo en la primera entidad consiente su aplicación global cualquiera que sea la localización o la naturaleza jurídica del agente empeñado.

*"The lack of intentionality, the very short decision span, and the likelihood that collusion may emerge as a result of interactions among AAs also raises serious problems with respect to liability and monitoring".*<sup>326</sup>

No puede, en rigor, hablarse de falta de intencionalidad.

El BEPS y su desarrollo en Acciones es un fuerte índice de abuso del derecho y éste solo se perfecciona con intención. El estado mental de conciencia indebida (ilícita) está subyacente. La intención está en la premisa fundacional del programa de erosión de bases y desplazamiento de beneficios. Es lo que *S. W. Buell* distingue como *mental state of consciousness of wrongdoing*.

*"In common parlance, the evasive actor is one whose project is to get around the law. She seeks to avoid sanction while engaging, in substance, in the very sort of behavior that the law means to price or punish.*

---

326. Th. King et al., cit. p. 12.

*The loopholer consciously uses technical compliance with a legal regime as a means of producing the wrong the regime is meant to block or punish, while avoiding the legal consequences of that violation".*<sup>327</sup>

Podría argüirse, y es cierto, que los principios BEPS son *soft law*, lo cual no quita su eficacia programática y la preferencia de expectativas compartidas a sus conclusiones, por el G20 y los adherentes. Por si esto no fuera suficiente, hay jurisdicciones políticas, como la Unión Europea, que las han traspuesto en directivas. La declaración de la OCDE/BEPS obedece al desarrollo de las cadenas de valor global, que desarrollan estrategias globales tendentes a maximizar beneficios y minimizar gastos y costes, incluidos los gastos fiscales.<sup>328</sup>

La celeridad de las decisiones y la cambiante tecnología de las transacciones son un problema real para las Administraciones y aún más a nivel global. Por tanto, necesitan recursos e instrumentos que les permitan defender el interés fiscal propio y de otras jurisdicciones, que lleguen a su conocimiento. De lo contrario no tienen posibilidad alguna frente al desafío de las empresas multinacionales.

*"Without the proper resources and tools, asking regulators to detect and prevent new schemes of market manipulation is akin to asking them to find particular grains of sand during a sandstorm in the desert while partially blindfolded".*<sup>329</sup>

Antes, deben incorporar a su teoría, las Indicaciones que derivan del BEPS. Sería absurdo que prosigan en un camino ciego apoyado en métodos anacrónicos imposibles de aplicar, que demandan un esfuerzo humano y téc-

327. S. W. Buell, Good Faith and Law Evasion, 58 UCLA Law Review 2011, p. 622, 623.

328. OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, p. 29.

329. T. C. W. Lin, The New Market, cit.

nico del que carecen o que no lleva a ninguna parte. La teoría es la mejor práctica, en el momento actual, para no incurrir en equivocación.

La responsabilidad, por ejemplo, excluye otorgar al esquema de manipulación cibernética autonomía alguna del agente humano que decide, ejecuta la decisión, siguiendo la jerarquía de su posición de trabajo dentro de la organización, por lo que es indiferente que sea nula la intervención humana una vez instalado. Siempre hay un propietario, programador, controlador, tratador que toma la decisión algorítmica, conforme a sus atribuciones, y en la entidad legal las responsabilidades jurídicas son tradicionales y conocidas.

*“Tal interpretación cumple con la regla general que el jefe o director de una herramienta es responsable por los resultados obtenidos por el uso de tal herramienta desde que está carece de voluntad independiente propia”.*<sup>330</sup>

No es relevante, desde la perspectiva jurídica de la finalidad y propósito de la ley, en su caso, que la programación se interprete por sus efectos de manipulación cibernética en otra cabeza que en la de los dirigentes responsables de la entidad dentro de la organización, sin que se descarguen las eventuales consecuencias sobre el programador, que carece de iniciativa.

Es importante insistir en un marco preventivo de presunciones ordinarias e inversión de la carga de la prueba que permitan aquilatar hasta donde la capacidad de transacciones no genuinas o desviadas pueden justificarse y motivarse, en clara contradicción con la segregación artificial de los beneficios de las actividades que los generan o

---

330. P. Cerka, J. Grigiene, S. Sirbinkite, Liability for Damages caused by AI Computer, Law & Security review, 31, 3, 2015.

que sean conformes con la creación de valor por la actividad económica y una narrativa de reproche legal, sea o no penal, que modere o reprima los esquemas de erosión fiscal.

## Conclusión.

El Pilar Dos, Anti-base Global (GloBE que es un desarrollo del principio de protección de la base de imposición del BEPS. Establece el derecho de cualquier Estado a ejercitar su potestad de imposición ("*right to tax back*") cuando está no fuera ejercitada por la jurisdicción primaria o el pago del impuesto fuera nulo o de bajo nivel de imposición efectiva. Son cuatro principios: inclusión de renta, impuesto mínimo sobre gastos deducibles de erosión de la base; cambio de métodos en los tratados; sujeción al impuesto. La sujeción debe proveer la garantía que el grupo multinacional está sujeto a impuesto mínimo, para reducir el incentivo de asignar beneficios por razones fiscales a entidades en jurisdicciones no gravadas. El impuesto mínimo debe configurarse como otro impuesto específico sobre la protección de la base imponible de cada país, capaz de gravar toda la erosión de bases desviada como renta fiscal del Estado de residencia y del Estado de la fuente con criterios proporcionados y de reparto más o menos equitativo. La valoración de la base imponible, según el Pilar Dos, podría calcularse conforme a las normas contables y financieras empleadas por la sociedad matriz para la consolidación de sus estados financieros. Hay graves omisiones: sobre las *Special Purpose Vehicles*; la definición de *tax shelter*; manipulación cibernética mediante *pricing algorithms*. La propuesta de Pilar Dos está alejado de la Acción 11 del BEPS. Es más, ni siquiera menciona los Indicadores que le deben servir como punto de partida en la confección del hecho

imponible, base imponible, sujetos pasivos del impuesto denominado mínimo. Los Indicadores de la Acción 11 del BEPS son ilustrativos y elocuentes. Primero, se produce la acumulación de beneficio residual de actividades foráneas de su lugar de origen. Segundo, la transmisión del capital intelectual, fuente de la renta económica residual, a *Special Purposes Vehicles*, que de otro modo estarían sujetas en otros territorios y sobre otras entidades con actividad económica substantiva. Tercero, la estructura de medios financieros e híbridos sintéticos para generar gastos deducibles que diluyan beneficio económico real en distintas latitudes y, por último, la eliminación de impuesto en los flujos financieros y económicos por las operaciones intrafirma, explotando los precios de transferencia. Esto comprende tanto el comercio de bienes y servicios materiales o tangibles y, sobre todo, los esquemas de intangibles y, digitalización mediante, la amenaza de la manipulación cibernética, no solo en las plataformas, sino cualquiera de las cadenas de valor global. El precio de transferencia presupone la divergencia entre el precio estipulado en el seno del conjunto vinculado y el precio de competencia fijado por empresas independientes actuando en circunstancias similares. La gestión de los precios intrafirma es diverso al que resultaría si las partes no pertenecieran al grupo. Es una técnica tradicional desbordada por la aparición de los activos intangibles, sin comparación en el mercado, y nuevos intangibles, tales como los activos de información y, peor aún, por el *pricing algorithms*. El algoritmo da la posibilidad de fijar la maximización de beneficios del conjunto lo cual es el reverso de la minimización por obra de transacciones no genuinas, de gastos artificiales o pérdidas presuntas. La aptitud algorítmica de programar el aumento de beneficios también habilita a pensar lo mismo con la minimización del impuesto que, sabemos, es *otra* fuente de beneficio. Los precios de transferencia son un modo de desplaza-

miento de beneficios con el propósito de crear valor fiscal, segregado de la actividad económica a través de *pricing algorithms*: un medio de maximización de beneficios, a través de la creación de renta fiscal por la minimización del impuesto. El esquema es obra de la dirección y tecnoestructura de la organización donde residen la unidad, centralidad y jerarquía de las decisiones, a lo largo y ancho del espacio que se pretende. La geometría algorítmica variable puede hacer imposible descubrir la planificación fiscal agresiva, las prácticas lesivas, el arbitraje fiscal, los precios de transferencia. El recurso de *pricing algorithms* determina el final del método *at arm's length* porque en modo concluyente deja sin espacio cualquier defensa del valor normal de mercado entre empresas independientes con transacciones comparables.

**Pricing algorithms** juega una función esencial en el diseño del presupuesto de la manipulación cibernética, que no ocurriría sin la contribución de *machine learning*: un estado mental de abuso consciente o *mental state of consciousness of wrongdoing*. (S. W. Buell) del contribuyente o, peor aún, un delito de inteligencia artificial. No puede, en rigor, hablarse de falta de intencionalidad. El BEPS y su desarrollo en Acciones es un fuerte índice de abuso del derecho y esté solo se perfecciona con intención.

## CAPÍTULO VIII

**46. OCDE. Fiscalidad Digital. Pilar Uno.  
La aproximación unificada en 2020.**

La OCDE ha cambiado, entre 2018 y ahora desde sus posiciones iniciales, sobre la acción a llevar a cabo respecto a la digitalización. Probablemente las causas radican en los proyectos de fiscalidad digital de la Unión Europea y el Reino Unido, Francia, Italia, España, India y, asimismo, las ideas de imposición mínima global sugerido desde la aprobación de la última reforma tributaria por EEUU de 2017. Lo que sucede, al menos respecto a la economía digital, es que sus planteamientos primeros parecen en los últimos haberse encogido y los objetivos desviados de su dirección.<sup>331</sup>

En 2019 parecía que podría llegarse a una definición próxima al modelo afrontado en la Unión Europea basada en la calificación necesitada y necesaria sobre la función del usuario en la economía digital, el desarrollo de un nexo virtual, establecimiento permanente no físico ni material, para solventar el problema de las ventas remotas y la atribución del beneficio residual a las jurisdicciones de mercado.

---

331. Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD 2019; Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One, October 9th, 2019- November 12nd, 2019; T. Rosembuj, Inteligencia Artificial e Impuesto, 2º edición.

Bien es cierto que esa misma definición, que inclusive aludía a alternativas que iban más allá del principio *at arm's length* y del principio de entidad separada en el seno de la empresa multinacional tropezaba con su desarrollo, al introducir mecanismos adicionales de atribución de beneficios, que se despegaban del propósito teórico expuesto.<sup>332</sup>

En 2020, la OCDE apura su última referencia al Pilar Uno sobre los nuevos derechos de imposición de frente a los desafíos de la digitalización de la economía, donde las renuncias y las concesiones al BEPS son aún superiores y el resultado totalmente incierto.<sup>333</sup>

*"The unified approach outlined in this document is designed to adapt taxing rights by taking into account new businesses models and thereby expand the taxing rights of market jurisdictions (which, for some business models, is the jurisdiction where the user is located). This is intended to re-stabilize the international tax system, assisted by enhanced dispute prevention and resolution procedures".*<sup>334</sup>

Hay tres clases de beneficio imponible que debe asignarse a la jurisdicción de mercado.

**Importe A.** Una parte del beneficio residual atribuido a la jurisdicción de mercado usando un método formulario aplicado a un grupo multinacional.

El nuevo derecho de imposición se practica a favor de la jurisdicción de mercado, con independencia de su loca-

332. T. Rosembuj La fiscalità digitale nell'Unione europea e la strategia OCSE dei due pilastri, Rivista della Guardia di Finanza, 1, gennaio febbraio 2020.

333. OECD (2020), Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy – January 2020, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.

334. OECD (2020), Statement *cit. p. 8.*

lización o de cualquier indicación relativa a la presencia física, especialmente para servicios digitales automatizados.

*“It reflects profits associated with the active and sustained participation of a business in the economy of a market jurisdiction, through activities in, or remotely directed at that jurisdiction, and therefore constitutes the primary response of the unified approach to the tax challenges of the digitalization of the economy”.*<sup>335</sup>

La presencia digital o económica significativa supone el nexo de la empresa con la jurisdicción de mercado por el factor presencia, aunque carezca de una presencia física o material. El establecimiento permanente –nexo virtual– debe asumir los cambios producidos por la automatización habilitando a cada Estado a gravar la presencia económica del no residente en su territorio, aunque no posea presencia material.

**Importe B.** Una remuneración fija basada en el principio *at arm's length* de referencia básica para las funciones de marketing y distribución en la jurisdicción de mercado.

El segundo tipo de beneficio supone una retribución fija básica por actividades de marketing y distribución en el territorio, encauzado como beneficio de rutina y, por tanto, sometido a las convenciones aplicables en materia de precios de transferencia y *at arm's length*.

**Importe C.** El retorno cubre cualquier beneficio adicional cuando las funciones en el país exceden la referencia básica compensada de la actividad de marketing y distribución, bajo la aplicación de las normas tradicionales de precios de transferencia y *at arm's length*. Es un beneficio bajo condiciones de procedimientos obligatorios de resolución de conflictos. Cuando se den controversias entre el beneficio imponible defendido por la jurisdicción de mercado y la retribución fija protegida por la empresa multinacional.

335. OECD (2020), Statement *cit. p. 8*.

## 47. El nuevo derecho de imposición (Importe A)

El nuevo derecho de imposición se materializa en una parte de los beneficios residuales atribuibles a la jurisdicción de mercado usando una fórmula de reparto aplicado al grupo multinacional.

Los contribuyentes destinatarios son aquellos que pueden utilizar el mercado en modo sostenido y significativo, sin presencia física o material en la jurisdicción.

*“Such participation is attributable to the nature of what is being supplied, how it is being supplied and the nature of the active interaction or engagement with market jurisdictions”.*<sup>336</sup>

El *Importe A* destaca por tomar en consideración la organización única y unitaria antes que las relaciones entre entidades separadas *at arm's length* y la atribución de beneficios a jurisdicciones donde no están con presencia física o material, con establecimiento permanente clásico.

Se trata de empresas que proveen servicios digitales automatizados remotamente, aventajándose de los efectos de red y creando valor de la interacción con los usuarios. Se benefician de los datos y de las contribuciones de contenidos y del control de las actividades de los usuarios.

Asimismo, se dirige a empresas tradicionales en vía de digitalización cuyos beneficios derivan de las ventas a los consumidores y que profundizan en su relación de marketing en la recogida y explotación de los datos.

Las categorías de actividades contempladas son: servicios digitales automatizados y empresas de consumos especiales.

---

336. OECD (2020), Statement cit. p. 9.

Los primeros comprenden los motores búsqueda, plataformas de redes sociales, plataformas de intermediación, streaming, juegos online, servicios de nube, servicios publicitarios y los segundos están relacionados con consumo de ordenadores personales, móviles, software, aplicaciones; vestimenta, cosmética, alimentaciones y refrescos de marca, modelos de franquicia –hotel, restauración, automóviles–.

La nueva categoría cubre la venta de bienes y servicios de venta común a consumidores (*consumer-facing business*).

*“... there is an increasing use by these businesses of digital technologies to more heavily interact and engage with their customer base. That could be through building more sustained relationships with individual customers, through more targeted marketing and branding, and through the collection and exploitation of individual customer data. This is particularly true of businesses that are selling connected products and those using online platforms as a principal means of selling and marketing to consumers”.*<sup>337</sup>

Las personas son el ancla para el bien digital, para el bien virtual, para los productos predictivos. En particular, la datavigilancia confirma que no hay ni siquiera necesidad de compra, para una transacción, para generar ingresos al proveedor: acceso y entrega de datos personales es suficiente para la elaboración de los productos predictivos y su aprovechamiento económico posterior, conformando el comportamiento del consumidor o ciudadano. El usuario no es un consumidor porque no hay ni transacción ni contraprestación. El usuario es la materia prima gratuita.<sup>338</sup>

337. OECD (2020), Statement cit. p. 10.

338. T. Rosembuj, La Inteligencia Artificial e Impuesto, Barcelona, segunda edición, 2019, p. 158.

La integración de la categoría de venta de productos a consumidores es sustancialmente oportunista: la categoría es el resultado de la plataformización de la economía.

El consumidor vale como usuario por la explotación de los datos individuales. Es una prolongación de la primera categoría –servicios digitales automatizados– mediante la plataformización de su actividad económica tradicional. La fuente de valor no es tanto ni solo la venta del producto o servicio, sino la adquisición de datos personales que adelanten su conservación y/o la transmisión de los datos a terceros en un marco de interacción sostenida y continua. Es la misma categoría de provisión digital, ampliada a la digitalización de empresas convencionales, lo que previamente decíamos como migración de la economía tradicional a la digital.

El nexo para las multinacionales digitales o plataformizables debe establecerse sobre la premisa de un significativo y sostenido compromiso con las jurisdicciones de mercado.

La presencia significativa sería una equivalencia funcional a la presencia económica, que no a la presencia física. Esto supone la usabilidad del mercado mediante una forma de organización que no es material, aunque no la excluye, pero, que tiene como núcleo la obtención de beneficios del uso de los datos y los usuarios locales, que generan beneficios derivados de las ventas y las rentas remotas. La conexión intencional para aprovechar el mercado se revela como la condición suficiente para su imposición.

El nexus se fundaría solo si se supera un determinado límite de ingresos en la jurisdicción de mercado, para grupos cuya cifra de negocios global exceda de los 750 millones de euros.

Las ventas de bienes físicos no entrarían en el ámbito del nuevo nexo, salvo que exista *“una sostenida interacción*

con el mercado" a través de la tecnología digital automatizada. La condición es contradictoria en sí misma.

Su colocación en la categoría del *Importe A* presupone su plataformización, su economía de objeto en la forma de sus relaciones con los usuarios y marcas. Es obvio que si así no fuera su colocación deja de tener sentido. La venta de bienes tangibles desde fuera es un elemento predisposto para la captura digital de datos y su explotación, sea para los productos predictivos como para su aplicación publicitaria propia o por terceros. El nuevo nexo debiera aceptar también esta categoría porque su beneficio residual no es la venta del bien material al consumidor, sino la transformación del consumidor en usuario.

Al contrario de lo que dice la OCDE las conclusiones de ventas de bienes materiales en la jurisdicción de mercado debe propiciar su inclusión en el nuevo nexo virtual. Es un error no hacerlo, porque se trata de ventas físicas digitalizadas, o sea, apoyada en la predicción de la transformación del consumidor en usuario.<sup>339</sup>

La base imponible del *Importe A* se basa en una medida del beneficio residual derivado de las cuentas financieras consolidadas del grupo. Así se pone en práctica el cambio clásico del método de precios de transferencia de cálculo según entidades separadas. El beneficio consolidado del grupo recoge el principio de organización única y unitaria. Sería equivocado la adopción del criterio como un nuevo dogma sin discusión. Superar la entidad separada es sumamente importante; pero, no lo es menos, tener en cuenta la fragilidad de las cuentas consolidadas del grupo.

Las restricciones, en cualquier caso, tienen como referencia la diferencia existente entre las normas contables

---

339. OECD (2020), Statement cit. p. 22.

financieras entre países y que la disconformidad contabilidad-impuesto es un hecho aún no superado y la extraneidad de las *Special Purpose Vehicles* en su declaración. A esto se une la manipulación cibernética desregulada del precio de transferencia que trasciende la frontera teórica de la separación entre entidades del grupo.

Esto queda en claro, cuando sin matización, se ofrece la elección del beneficio antes de impuesto, en la convicción que es el que mejor refleja la medida de los beneficios con referencia al Impuesto sobre Sociedades; haciendo caso omiso a que una cantidad relevante de beneficio contable queda fuera de la contabilidad fiscal (brecha contabilidad-impuesto) y, entonces, también, reducen el beneficio consolidado.

Finalmente, el cálculo del *Importe A* reside en una fórmula de reparto dirigida a identificar la porción de los beneficios residuales que se deben atribuir a las jurisdicciones de mercado seleccionadas:

*“as Amount A applies only to the portion of profit exceeding a certain level of profitability”.*<sup>340</sup>

## **48. El beneficio de rutina y el beneficio residual.**

La creación de valor por actividad económica se verifica en beneficio de rutina y beneficio residual. Hay un retorno mínimo que debería generarse de la inversión corriente u ordinaria y otro cuando el retorno de la inversión es superior, en exceso, al promedio del coste del capital. El beneficio residual puede obedecer a circunstancias excepcionales, de mera oportunidad o producto de la innovación,

---

340. OECD (2020), Statement cit. p. 14.

tal es el caso que se decanta del valor intangible único y excepcional o del conjunto del capital intelectual.

El beneficio residual (*excess profit*) es lo que excede al beneficio de rutina.

El *profit split* es un modo de análisis del rendimiento particular del activo intangible, repartiendo el margen (neto), el beneficio o la pérdida atribuible a las transacciones vinculadas con referencia a la contribución de cada parte en términos de funciones, recursos, riesgos.

El método sirve para ilustrar el valor de los activos intangibles y las funciones que realiza cada parte en la operación y, en consecuencia, los retornos a que tienen derecho, conforme a los valores, funciones, riesgos.

En la legislación americana se conocen el método de *profit split* comparable y el del beneficio residual.<sup>341</sup>

La división del beneficio comparable consiste en comparar el margen operativo entre la empresa vinculada y otra u otras independientes que realizan actividades similares bajo circunstancias semejantes. La suerte del método está condicionada por el descubrimiento de intangibles similares comparables, lo cual indica su aplicación a intangibles conocidos, de empleo habitual y rutinario en distintas empresas. En otros términos, será difícil para la empresa sometida a comprobación justificar un elevado valor capital y tasa de retorno si el intangible no provee un margen operativo excepcional derivado del carácter único.

La división del beneficio residual es más útil a nuestro desarrollo, básicamente, porque se aplica cuando resulta imposible determinar el beneficio basado en el mercado por ausencia de comparables. Es el supuesto de la economía di-

---

341. Reg. 1. 482-9T (g); 1. 482-6T (3) (i) (B); 1. 482-5; 1. 482-1 (d).

gital puede decirse que esto se eleva a dogma porque el retorno de la contribución de rutina no es significativo.

La división del beneficio residual diferencia entre contribuciones de rutina y las que no lo son. Las primeras son las "*mismas o de similar clase que las realizadas por contribuyentes no vinculados implicados en actividades similares por lo que es posible identificar tasas de retorno de mercado*".<sup>342</sup> Las contribuciones no rutinarias son las que no se contabilizan como una contribución de rutina.<sup>343</sup>

El beneficio residual es lo que queda después que el beneficio es atribuido a las contribuciones de rutina porque la primera asignación no refleja los beneficios derivados del valor de los activos intangibles.

El problema es que si previamente era imposible establecer el beneficio basado en el mercado aun cuando se tratara de beneficios obtenidos por empresas independientes; ahora sucede es peor porque no hay ninguna referencia externa que lo establezca o sugiera. Cuanto más excepcional sea la intangible menos posibilidad hay de fijar un tipo de retorno de mercado, puesto que su carácter único, le convierte en fuente exclusiva de *excess profits*.

Además, no sabemos el beneficio de los intangibles, entre otras razones, porque la ventaja competitiva que se le supone no es ajena a las sinergias globales de la propia organización única, antes que al desarrollo del activo intangible en particular.

El beneficio de rutina corresponde a la retribución de contribuciones de ordinarias, normales, que pueden contrastarse con propiedad de bienes, servicios e intangibles comparables en el mercado. El beneficio residual se des-

---

342. Reg. 1. 482-6T (c) (3) (i) (B) (1).

343. Reg. 1. 482-6.

prende de intangibles de gran valor, incomparables, en el mercado. El dato personal del usuario contribuye al *excess profit*, un nuevo tipo de intangible que es exclusivo y excluyente de las actividades digitales sujetas al impuesto. Una renta no ganada que viene de la apropiación y uso gratuito de la primera materia y que se convierte en la palanca de la plataformización.

La plataformización digital complica aún más el panorama porque la creación de valor está fuera de la organización, en cabeza de los usuarios y complementadores, lo cual obliga a considerar el nuevo valor de nuevos intangibles: datos personales, aplicaciones, activos de información que carecen de precio de mercado.

La conexión entre la empresa y el usuario (y el complementador) es el lugar de creación de valor y obtención de valor. La cocreación de valor supone que no es solo la plataforma virtual, sus elementos esenciales y las interconexiones algorítmicas, sino, además, el utilizador de los bienes y servicios y el complementador que desarrolla y sirve contenidos diversos económicamente aprovechables (aplicaciones, *plug-in*, *add-on*, especificaciones, extensiones).

El Fondo Monetario Internacional expone una interpretación sobre la atribución del beneficio residual.

El beneficio de rutina corresponde al retorno normal de la inversión.

*“The common logic underlying them, given the absence of information on the value of intangible assets, is to attach a return to tangible inputs sufficiently high to encompass some broadly reasonable allowance for a normal return on all assets, tangible and intangible”*<sup>344</sup>

344. IMF Exploring Residual Profit Allocation, S. Beer, R. de Mooij, Sh. Hebous, M. Keen, L. Liu, Working Paper 2020/40. p. 15.

El beneficio de rutina parte de una aproximación que no se apoya en una información precisa y exacta del valor de los activos intangibles, por lo que eleva el retorno de los activos tangibles para llegar a una media a ciegas que permita cubrirlos. Por ejemplo, en el *GILTI*, se aplica un 10% sobre los activos materiales como atajo para comprender un retorno básico de intangibles, (cuyo valor se desconoce).

El beneficio residual se determina a nivel de la organización única y unitaria substrayendo el beneficio de rutina de los beneficios totales antes de intereses e impuestos.

La cuantificación del beneficio residual conforme al Departamento de Asuntos Fiscales del Fondo Monetario Internacional, asumiendo un retorno del 10% de los activos materiales es del 70% del beneficio total. El 70% del beneficio residual este concentrado en el 1% de las mayores empresas multinacionales. El 40% del beneficio residual está en las empresas residentes en los EEUU.

*“Residual profits, it appears, are, in aggregate, considerable, perhaps 70 percent or so of the total profits of the very largest multinational groups. They are also highly concentrated in companies headquartered in a handful of countries, notably the United States”*<sup>345</sup>

A. Cobham adjudica al modelo FMI la determinación de beneficios de rutina a un retorno nocional, digamos el 7.5%, extraído del coste global del capital aplicado a los activos localizados en cada país, tangibles e intangibles y el reparto del beneficio residual de todo el grupo en proporción a las ventas en cada jurisdicción.<sup>346</sup>

La orientación del FMI no se escinde de la división del beneficio tradicional entre beneficio de rutina y beneficio

345. IMF Exploring Residual Profit, cit.

346. A. Cobham, T. Faccio, V. FitzGerald, Global inequalities in taxing rights\_ An early evaluation of the OECD tax reform proposals.

residual. Sus dudas estriban en la dimensión cuantitativa de ambos tipos de beneficios en las empresas multinacionales y como están distribuidos entre ellas y los países. Esto se debe a que no se centra en el sector digital que es el gran creador de beneficio residual y la cocreación de valor por usuarios y complementadores.

La primera de las aproximaciones de la OCDE no era diferente a la línea emprendida por la Unión Europea; pero, que, desde entonces, se fue desdibujando. La lógica del reparto del beneficio residual digital en cabeza de las grandes organizaciones digitales no tiene justificación bajo el ámbito del principio *at arm's length* y la valoración imposible de los nuevos intangibles.<sup>347</sup>

*M. Devereux propone* la separación del beneficio total de una multinacional en dos partes: rutina y residual.

El beneficio de rutina toma como referencia las funciones y actividades ordinarias y es determinado por técnicas comunes de precios de transferencia. El derecho de imposición corresponde al lugar donde se realiza la actividad económica.

El beneficio residual es el que se obtiene en el mercado, o destino, donde se concretan las transacciones con terceros. El reparto se basa en su localización, antes que en las ventas. El derecho de imposición se asigna a la jurisdicción de mercado.<sup>348</sup>

El beneficio de rutina es equivalente al que una empresa independiente gana, dado que no participa del riesgo

347. T. Rosembuj, *Inteligencia Artificial e Impuesto*, Segunda edición, 2019, p. 309.

348. *Residual profit Allocation by Income*, M. P. Devereux, chair, A. J. Auerbach, M. Keen, P. Oosterhuis, W. Schon, Jh. Vella, University of Oxford, March 1919.

total de la actividad del grupo. La limitación del riesgo entre la actividad del tercero contratado y la filial es lo que funda el retorno ordinario, normal, de la inversión. El beneficio residual es el exceso que se gana por sobre el beneficio de rutina. Es un beneficio que se presenta donde las funciones y actividades se realizan.

La medida se verifica mediante los métodos aplicables del precio de transferencia. El retorno de rutina no se vincula necesariamente a la actividad de rutina.

*“While we label these profits “routine” they can in fact be quite significant and are not only related to “routine” functions in the sense of standardized functions performed on a low-cost or a low-technology basis. The key is that the profit to be allocated is based on what a third party would earn where that third party’s compensation is not dependent on the success of the specific products sold or services provided by the MNE.”<sup>349</sup>*

El beneficio residual se atribuye al país de mercado dada la relativa inmovilidad de los consumidores. La transparencia del beneficio de rutina y la inmovilidad de los consumidores dificultan el desplazamiento de beneficios.

La propuesta rechaza la atribución del beneficio residual a los países donde están localizados los usuarios de los servicios digitales porque no acepta que creen valor y es conceptual y prácticamente difícil definir usuarios y empresas digitales.

*Devereux* como el FMI, parten de la división del beneficio tradicional del intangible no comparable. La novedad es la atribución del beneficio residual al país de mercado donde está el factor inmóvil del consumo, los consumidores.

Lo que no se entiende es la resistencia por ambas posiciones de la figura del usuario en la creación de valor, lo

---

349. Residual profit Allocation, cit. p. 26.

cual es una verdadera restricción del concepto de plataforma digital. Las propuestas enunciadas tienen su vulnerabilidad en el desconocimiento del paradigma de la revolución tecnológica, la inteligencia artificial, protagonizada por las plataformas digitales. Es consecuencia de una realidad que ya no es la protagonista de la innovación industrial, aferrada a la edad del petróleo, del automóvil, de la producción de consumos de masa.

Finalmente, la atribución de la cantidad del *Importe A* procede de acuerdo con la fórmula de reparto entre las jurisdicciones de mercado basada en las ventas del tipo que genera nexo.

*“For MNEs in scope a new nexus rule will be created based on indicators of a significant and sustained engagement with market jurisdictions”.*<sup>350</sup>

La atribución del beneficio se basa en algo aproximado a una fórmula de reparto entre jurisdicciones, parecida a la *apportionment formula*, pero, en su literalidad porta el eco de la incerteza, porque se ignora si las ventas son el único indicador relativo, prescindiendo de activos, personal, datos de usuarios o no. Esta no sería la plena fórmula de reparto auspicial que debiera consistir en los cuatro factores: ventas, salarios, activos y la recogida y almacenamiento de datos en plataformas online y usuarios de servicios.

La participación del usuario es un criterio clave de creación de valor digital sea en la provisión de los datos personales y en la elaboración de productos predictivos (*profiling*) o mercancía informacional cuanto en las interacciones con otros usuarios.

El excedente de comportamiento (*behavioral surplus*) de la empresa, no solo altamente digitalizada sino también

350. OECD (2020), *Statement cit. p. 12.*

convencional, deriva de la captura regular, sistemática, habitual de los datos personales y los datos no personales. La participación activa del usuario capitaliza la *brand equity* y el poder de mercado del agente económico. En suma, más usuario significa más poder de mercado y economía de escala. La participación del usuario es una manifestación específica de capacidad contributiva.

Primero, *el comercio de datos no necesita para su realización de la apertura física de instalaciones en el exterior*. La propia estructura de la tecnología consiente exportar sin necesidad de instalaciones físicas, mediante web en diferentes países y lenguas. El dato es exportable sin que exija presencia o conexión física fuera de las fronteras. El vínculo al establecimiento permanente virtual serían los contribuyentes locales de datos informáticos personales.

Segundo, *el comercio de datos proporciona al menos dos "productos" al usuario*. Por un lado, el bien al que aspira –libro, película, ropa, etcétera–, pero, por otro lado, una serie de alternativas, desde la revisión del producto hasta la sugerencia de otras compras próximas a su gusto o hábito, el resultado de los productos predictivos, que suponen otro producto además del físico o material que se compra o aun sin comprar.

Dice *Mandel* que estos datos son valiosos para el usuario haga o no la compra en la web elegida. Esa información, aunque sea distinta de la compra, aunque la compra no se realice, tiene un valor propio autónomo a considerar y estimar. El bien o servicio digital no es equivalente al modo de compra del bien físico en forma directa y tradicional, el consumidor típico es el que paga por la compra del bien o servicio que ofrece la empresa; ya que implica otros servicios, que también, suponen valor, tanto para el que lo ofrece cuanto para el que lo recibe, pero, inclusive, por el sim-

ple hecho de entrar en la web, aun cuando no se efectúe ninguna transacción.<sup>351</sup>

Las consecuencias tributarias del concepto son extremadamente importantes. Por un lado, hay la cocreación de valor apunta a la localización material del valor allí donde se origina. La empresa global, sin conexión física en ningún territorio y sin embargo presente en cada uno de ellos, es susceptible de atribución de cada parte de renta local a través del núcleo o conjunto de usuarios de sus servicios. La idea de un establecimiento permanente, que no se base en organización doméstica, física o material, no impide la aplicación del impuesto si su actividad económica queda reflejada en dicho mercado. Finalmente, la referencia al establecimiento virtual señala la localización de la renta en la fuente conseguida mediante la cocreación de valor donde está localizado el recurso natural de la población.

Por otro, hay que señalar que los usuarios locales también son la referencia de los bienes públicos que cada país emplea para su educación, salud, infraestructura y que benefician a los que pueden aprovecharlos sin pago por su disfrute o goce.

La cocreación de valor digital mediante el usuario, elemento ajeno, al capital organizativo de la empresa, señala la diferencia con el tradicional concepto de cliente consumidor.

Por un lado, porque el reconocimiento de la participación del usuario establece una innovación radical del derecho de imposición del país de mercado, diferente a la del consumidor tradicional de bienes y servicios. El ISD tiene por

---

351. M. Mandel, *Beyond goods and services, The (unmeasured) rise of data-driven economy*, October 2012, Progressive Policy Institute, Washington, p. 4. cit.

objeto una parte de la superrenta digital íntegra o, en la versión americana, una parte del beneficio residual de las organizaciones fundadas en la cocreación de valor por el usuario.

Por otro, porque la presencia económica significativa desborda la exigencia de presencia física o material en las ventas remotas, apreciando la usabilidad directa e inmediata del mercado, aun sin aquella presencia. Esto no es cierto en el *market intangible* el cual exigiría beneficios básicos diferentes conforme a si se produce o no actividad remota, que es general, en la economía digital.

La individualización del beneficio residual con apoyo en el método de profit *split*, centrado en los nuevos intangibles –captura de datos personales, almacenamiento, tráfico– encauza el derecho de imposición entre los Estados Miembros en función de una fórmula de reparto con cuatro, que no tres, factores: ventas (consumidor) salarios, activos y datos.

La reticencia a la participación del usuario se traduce en el repetido error de confundirlo con el consumidor y, finalmente, la introducción del concepto de *marketing intangibles*, propiciada desde los EEUU, para establecer la parte atribuible a las jurisdicciones de mercado relacionadas, que es una huida adelante porque carecen de posibilidad alguna de comprobación.

La propuesta americana es congruente con su permanente propósito de tutela de los beneficios residuales de sus empresas globales. EEUU aspira a la exención global de la fiscalidad de la superrenta digital o no, de sus contribuyentes y solo acepta la imposición de los beneficios de rutina, comparables, vinculados estrictamente a funciones, riesgos, propios del ficticio valor normal de mercado, *at arm's length* y la separación y autonomía de partes de la empresa multinacional como si fueran independientes.

El sistema impide la atención al beneficio residual –la superrenta digital– y preserva de impuesto el capital intelectual intacto de la empresa multinacional, incluido el régimen de precios de transferencia, sometido a las reglas convencionales del valor normal de mercado. La simplificación del sistema supone la renuncia para los países de mercado de cualquier tentativa de desvelar la planificación fiscal agresiva de los grandes contribuyentes en su territorio, ni tanto menos la participación del usuario y de la presencia económica significativa.

*“It has been suggested, by myself and others, that this circumstance is generated not only by the substantial amounts of revenue potentially involved, but also by concerns about proprietary and other nonpublic corporate information. Concerns about proprietary and nonpublic information can be expected only to intensify in the coming years. Enterprises situated in developed countries have for many decades possessed valuable technological and other proprietary information protected by their home country laws and the laws of other developed countries with which they do business. The country of whose enterprises this is truest is the United States.”*<sup>352</sup>

El recurso al *market intangibles* hace técnicamente imposible la imposición de la superrenta digital o de cualquier otra naturaleza, porque ningún Estado posee el acceso a la información para apreciar el beneficio residual y el beneficio de rutina previa separación entre *market intangibles* y otros intangibles –*trade intangibles*– ni, tampoco, establecer el montante real de precios de transferencia dentro de la organización, en ausencia de la información requerida por fórmula automática de reparto y la aplicación del *at arm’s length*.

352. S. I. Langbein, United States Policy and the Taxation of International Intangible Income, 50 U. Miami Inter-Am L. Rev 1. p. 82, 2019.

## 49. Marketing Intangibles. (Importe B).

El Importe B comprende las remuneraciones de los distribuidores que compran productos del grupo para la reventa y cumplen con actividades básicas de marketing y distribución. La proposición es un retorno fijo de los distribuidores basados en *at arm's length*, que sería recibido por la jurisdicción de mercado.

Los distribuidores de la empresa multinacional son agentes de actividades de rutina, sin propiedad de intangibles y con riesgos limitados o inexistentes. Su beneficio es de rutina según se deriva de la aplicación del principio *at arm's length*. Aquí se aplicaría un impuesto mínimo sobre las ventas locales asignable al país donde ocurren.

El intangible sometido al *distribution approach* en sentido estricto, es la creación de valor asociada al consumidor, al cliente, con la actividad comercial.

El retorno mínimo imponible es un porcentaje fijo sobre las ventas del agente, que no exige la remisión a las cuentas consolidadas del grupo ni entra en el cálculo de los gastos necesarios para su producción y desarrollo unitario. Es un beneficio de rutina, que excluye, de entrada, cualquier tipo de beneficio residual.

*"The main variable that would determine this minimum market jurisdiction taxable amount globally would be a measure of global operating margin, either overall or by business line. A fixed return on sales would then be allocated to market jurisdictions in general. The fixed return percentage would vary based on operating margins. The minimum market profit amount deemed allocable to market jurisdictions would be calculated by multiplying the fixed return percentage by revenues and would then be appor-*

tioned among market jurisdictions on the basis of local revenues (sales) ".<sup>353</sup>

El *market intangibles* trae como consecuencia, de sus defensores "*the minimum tax architecture*" como un estricto porcentaje sobre las ventas en cada jurisdicción conforme al margen operativo global de la empresa multinacional. Es una estructura amplia, global, simple, de impuesto mínimo que toma como referencia distante y lejana el beneficio potencial de los intangibles, como en el modelo americano de *GILTI*.

La OCDE define como *marketing intangibles* las marcas, los nombres comerciales, la explotación comercial del producto o servicio, las listas de clientes, los canales de distribución, los nombres únicos, símbolos o dibujos que tienen valor promocional para el producto en cuestión. El valor depende del crédito de la marca, la distribución y "la extensión y éxito del gasto promocional de apoyo a los productos y servicios... y el valor del mercado al cual el marketing intangible facilitan la entrada".<sup>354</sup>

El Importe B tiene la pretensión automática, pero, so capa de simplicidad, brinda una solución atractiva, sobre todo, para las empresas multinacionales, porque obliga a los mercados locales a cerrar los ojos ante diferencias sustanciales: beneficio de rutina, que es en verdad beneficio residual; comparabilidad entre intangibles de rutina que no lo son; aplicación de precios de transferencia artificial, porque no distingue el valor de cada mercado y la *brand equity*, porque no es lo mismo la distribución de bienes y servicios con o sin inversión publicitaria. La producción de

353. I. Grinberg, Stabilizing "Pillar One": Corporate Profit Reallocation in an Uncertain Environment, July 26th, 2019, [ssrn.com/abstract=3429863](https://ssrn.com/abstract=3429863).

354. OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational enterprises and tax administrations, Paris, 1996, Cap. 6 (b), (i), 6. 4).

los rendimientos depende del gasto promocional empleado y la rentabilidad de escala. De todo esto se debe olvidar el país de mercado, para capturar el retorno mínimo fijo que se le propone.

GlaxoSmithKline es un ejemplo sintomático de la política de EEU que lleva al impuesto mínimo de *marketing intangibles*. La experiencia, a nuestro fin, es tan destacada como la de Enron: es un episodio que revela la puerta maestra de los precios de transferencia, de la tutela del beneficio residual, de la conservación a cualquier grado de la inmunidad del capital intelectual de la empresa multinacional. Paradójicamente, los EEUU toman conciencia de su importancia cuando resultan víctima de la planificación fiscal agresiva de la multinacional farmacéutica británica.

En ese momento la pregunta fue donde estaba la creación de valor. O ello sucedía en la sede de la matriz, Reino Unido, sede del I&D, según la empresa o, como era la opinión de la Administración tributaria americana, en los EEUU donde se practicaba la promoción y la venta directa de los medicamentos.

El beneficio residual no se consideraba generado en el Reino Unido sino en los EEUU por la *brand equity*, incluida la marca, derivada del *marketing intangible*.

La teoría de marketing indica que un *brand* representa distintos elementos más allá de la marca, que resumen el atractivo de la organización corporativa, asociada con el fondo de comercio o de sus productos o servicios. La valoración de la *brand equity* es: "el valor total acumulado o patrimonial de la *brand*, incluyendo sus activos financieros y **el fondo de comercio que la misma contribuye a la sociedad matriz**".<sup>355</sup>

---

355. L. B. Upshaw, *Building Brand Identity: A strategy for success in a hostile marketplace*, N. York, 1995, p. 15.

El retorno atribuible a la actividad de marketing en los EEUU se fundaba en el intangible de *brand equity* y consecuentemente la identificación de su titular fue la de quien la realizaba y, constatando, que su intervención llevaba a la mejora substancial del valor del intangible y de la contribución al fondo de comercio de la sociedad matriz. La mejora del producto la llevo a cabo el agente desarrollador en los EEUU. El super retorno estaba centrado en la capacidad de comercialización, que no de investigación y desarrollo del producto farmacéutico.

El beneficio residual era desplazado inapropiadamente al Reino Unido para satisfacer la propiedad industrial del titular, las primeras materias y drogas, comercializadas a precios excesivos o desproporcionados.

El IRS ajustó el beneficio residual en los EEUU a casi el doble del informado y aplico la división de beneficio entre la filial y el grupo. Se piense que la propuesta de la empresa fue de 30-70 entre EEUU y el conjunto vinculado; mientras que la Administración lo fijaba, al revés, en 80-20 a favor de los EEUU.

El caso GlaxoSmithKline es ilustrativo y el Estado de mercado víctima fue nada menos que los EEUU. *Marketing intangibles* fueron la fuente de beneficios extraordinarios, que se desviaban a la sede central en el Reino Unido, vía precios de transferencia en el alto valor reclamado por el precio de las drogas aplicado a la subsidiaria americana. El conflicto se resolvió mediante acuerdo entre las partes. El acuerdo en 2006 con la Administración tributaria le costó 3 mil millones de dólares al contribuyente.

El impuesto mínimo es una amnistía fiscal encubierta. Nada hubiera pasado si se hubiera adoptado a la época. No se hubiera discutido el beneficio residual, la razonabilidad del principio *at arm's length*, la correcta aplicación del pre-

cio de transferencia ni los gastos de I&D, a nivel del grupo para distraer beneficios de la filial. La creación de valor estaba radicada en la comercialización y venta del producto y, no menos importante, en el valor del mercado americano al cual se accede por los esfuerzos de *marketing intangibles*.

Ahora, la OCDE, de espaldas a su compromiso BEPS, facilita que la vía Glaxo SmithKline puede servir de guía a las multinacionales, para evitar el impuesto, en contradicción con los resultados que fueron denunciados, en ese momento, por los EEUU.

El Importe B es una solución falsificada que desarticula al Importe A y contribuye, a cambio de migajas, a desarbolar la construcción del BEPS. La restricción es tan evidente que el beneficio de rutina, el retorno fijo, sometido al impuesto mínimo no puede en ningún caso comprender otras actividades que no sean las básicas de marketing y distribución, particularmente respecto a la aplicación de los precios de transferencia y, en cualquier caso, la obligada sumisión a mecanismos de resolución de conflictos.

## **50. Retorno Adicional sobre Marketing Intangibles. (Importe C).**

El *Importe C* es un artificio inesperado en la construcción de la OCDE, que termina por enclaustrar el nuevo derecho de imposición digital bajo las reglas de *at arm's length* y lo hace a través de la creación de un mecanismo obligatorio de prevención y resolución de controversias.

El *Importe C* se aplica cuando hay discrepancias entre la actividad de marketing de la empresa y el Estado huésped, si da lugar a que va más allá de su actividad básica, sujeta al *Importe B*.

Esto comprende los supuestos en los que las actividades de la empresa superan la actividad básica y serían susceptibles de aumentar el retorno fijo del *Importe B* o directamente que su actividad no tiene nada que ver con las actividades básicas consentidas. El Estado podría exigir un impuesto adicional siempre que se ajuste a las reglas de precios de transferencia, *at arm's length*.

El *Importe C* es un recurso del todo posibilístico, porque está predispuesto como un medio obligatorio de prevención y resolución de conflictos y evitar la doble imposición. La jurisdicción de mercado queda en discusión porque su comprobación e investigación del beneficio residual oculto tras la fachada de beneficio de rutina conlleva la dilación, la postergación, la imposibilidad práctica de realización. Bajo estos parámetros los EEUU no hubieran conseguido nada de GlaxoSmithKline.

No sorprende que la propia OCDE aconseje la renuncia al impuesto adicional en otras palabras:

*"jurisdictions could explore limiting the time during which any adjustments with respect to Amount C could be made; and collection could be limited or suspended for the duration of any disputes related to Amount C subject to conditions to be agreed".*<sup>356</sup>

*Importe C* es un mero subterfugio, que no otro recurso, para establecer el mecanismo obligatorio de solución de conflictos. Su única función es crear la obligación de los Estados que lo acepten de subordinación a las reglas tradicionales de precios de transferencia *at arm's length*. Es un error considerar que es un tercer importe, porque su función estricta es la de condicionar la aplicación de los otros Importes mediante la resolución obligatoria de controversias. No es un instrumento recaudatorio.

356. OECD (2020), Statement *cit. p.* 19.

¿Por qué razón no se le concibe como una norma independiente de resolución obligatoria de conflictos?. Simplemente, porque sería rechazada por la gran mayoría de los Estados, exactamente, como sucedió con la pretensión de introducir el mecanismo de arbitraje obligatorio en el Plan de Acción del BEPS.

En cambio, se configura un *Importe C* figurativo y notional, para disimularlo e impedir que el *Importe A*, verdadero objetivo de las limitaciones y el *Importe B*, con toda irrelevancia, adquieran una dimensión cualitativa y cuantitativa destacada. No tiene razón quien sugiera que con este mecanismo que, en sí mismo es entorpecedor, las jurisdicciones de mercado accedan en su virtud a recaudar las cuantías no recaudadas en los otros dos Importes.<sup>357</sup>

## **51. La certeza fiscal. Los mecanismos de prevención y resolución de controversias en los Importes A, B y C.**

La certeza fiscal es un elemento esencial del diseño del Pilar Uno.

*“Agreement on tax certainty is considered to be critical to the overall agreement, noting that the scope of enhanced dispute resolution is a key component of Pillar One.”*<sup>358</sup>

La certeza fiscal es una preocupación, desde 2017, del FMI y de la OCDE, que no fue tomada en cuenta en el G20. Entonces, produjeron un informe banal, cuya finalidad política, aparecía evidente: desvalorizar el paradigma BEPS,

357. A. Harpaz, *The OECD’s Unified Approach: Nexus, Scope, and Coexistence with DSTs*, Tax Notes International, December 9th, 2019.

358. OECD (2020), *Statement cit. p. 17.*

que todo cambie para que todo siga igual. A los principios BEPS se oponía la certeza fiscal como un eventual cortafuegos que evite el riesgo de su aplicación e implementación, conforme a los valores que los inspiran. Ahora, la certeza fiscal comparece nuevamente con la cara de mecanismos de prevención y resolución de controversias y, otra vez, para empedrar el difícil camino del BEPS.<sup>359</sup>

La perspectiva se demuestra angosta y fuera de tema. No puede ser la empresa no residente la destinataria única y exclusiva del mensaje de certeza fiscal. Curiosamente, se pasa sin detalles por una de las preocupaciones esenciales del BEPS y de las Administraciones fiscales y ciudadanos cual es el comportamiento del gran contribuyente (multinacional) en términos de planificación fiscal agresiva, de renta fiscal de erosión, de superrenta digital no gravada, de beneficio residual del *marketing intangibles*.

La certeza fiscal que se dibuja es un instrumento más de seguridad a los grandes contribuyentes para diferir, postergar, inquirar, sus obligaciones tributarias sacrificando, al mismo tiempo, la potestad impositiva de los Estados a favor de paneles de expertos que ofrecerán su asistencia y consejo bajo el poder y la influencia directa e inmediata de las empresas multinacionales.

La solución unificada de la OCDE adopta como regla general la institución de mecanismos obligatorios de prevención y resolución de las controversias en cuanto a los Importes A, B, C.

La Acción 14 del BEPS pretende hacer más efectivos los mecanismos de resolución de conflictos, en particular, con atención al artículo 25 CDI Modelo OCDE. Su propósito es

---

359. IMF/OECD, Tax Certainty Report for the G20 Finance Ministers March 2017.

doble: eliminar los obstáculos que dificulten el recurso a los procedimientos amistosos convencionales, en especial relativos a precios de transferencia y allanar el camino hacia un objetivo polémico como es la introducción en los CDI de arbitraje obligatorio y vinculante, que aparece respaldado por los países más desarrollados. Esto se debe al esfuerzo de los EEUU a lo largo del BEPS para incorporar el arbitraje obligatorio como standard mínimo en el Modelo OCDE (artículo 25. 5). La mayoría de los Estados, con excepción de los países industrializados, rehusaron la declaración de apoyo.

La explicación no es muy complicada: el arbitraje obligatorio y vinculante sustrae a los Estados en vías de desarrollo su potestad de imposición, al albur de órganos terceros discrecionales sobre los que su influencia es mínima o inexistentes y de cara a los precios de transferencia puede ser catastrófico.

De esa batalla, tales frutos.

Así se afirma con respecto al *Importe A*.

*"It is agreed to explore an innovative approach under which tax administrations of the IF would provide early tax certainty for Amount A, for instance through the establishment of representative panels which would carry on a review function and provide tax certainty".<sup>360</sup>*

La prevención se defiere a paneles de revisión y certeza sobre la actuación de las Administraciones o, inclusive, la asistencia de los expertos sobre sus aspectos prácticos. No se entiende porque la Administración, sus estructuras, procedimientos e instancias, no pueden absolver la función. Los paneles, los expertos son elementos ajenos a la Administración y, por tanto, susceptibles de todo tipo de manipulación sobre sus opiniones y dictámenes. Si la preven-

360. OECD (2020), Statement *cit. p. 18*.

ción no llega a buen fin, se desarrollarán mecanismos obligatorios de resolución de las controversias.

El *Importe B* provee una solución semejante reducido a su ámbito y el *Importe C* es más pesado porque postula medidas limitativas de la potestad de imposición respecto al plazo de los ajustes o suspensión de la recaudación durante la duración de las controversias.

La asimetría es evidente. A hay exigencia alguna para el contribuyente, ninguna mención a que se trata de organizaciones multinacionales, frecuentemente oligopólicas, que, como sabemos, crean y modelan los regímenes reguladores a su complacencia. Por ejemplo, puede ser sujeto de una controversia una *shell company*, *Special Purpose Vehicles*, o quienes *a priori* incurrieron en erosión de rentas fiscales. (v. g. las empresas digitales que fueron objeto de procedimientos de ayuda pública prohibida en la Unión Europea, del tipo de Apple, Amazon, Google.

Tampoco se contempla la salvaguardia y protección de los Estados cuando están frente a poderes disímiles de negociación que los debilitan.

No puede plantearse la equidistancia entre Estado y multinacional en términos de precios de transferencia o de erosión de bases imponibles sin recuperar el aliento BEPS, sin asumir aquello que sirvió al G20 en la definición de la renta sin Estado o de la renta vagabunda.

Estamos hablando de lo mismo, de la renta fiscal de erosión, del desplazamiento de beneficios, de la supremacía económica sobre Estados más débiles, por lo que la obligatoriedad de prevención y resolución de controversias aparece como un escamotaje de ventaja a la empresa privada, o mejor, instrumento de favor para el gobierno fiscal de la multinacional.

## ¿Cómo gobierna la CVG de las multinacionales?

*“Sometimes corporations contribute through interpretations of or reactions to a legal rule scheme. Sometimes they supply rules where none exist. Sometimes they shape the rule scheme through direct political or economic pressure on regulators. Sometimes they shape it by evading the rule scheme and doing business elsewhere. Sometimes, to satisfy other business purposes, they adopt more stringent practices than the applicable rules require. Sometimes they act on their own to get a market edge or exploit an opportunity. Sometimes they act in groups to create a harmonized regulatory environment or to prevent regulation. These diverse forms of corporate actions and decisions are related to both the applicable legal rules and the acts and decisions of regulators, but they are not wholly determined by them. **When corporations create or shape the content, interpretation, efficacy, or enforcement of legal regimes and, in so doing, produce effects on social welfare similar to the effects resulting from rule-making and enforcement by governments, corporate actors are engaged in governance**”.*<sup>361</sup>

El mecanismo de prevención y solución de controversias transmite la discusión y decisión de los precios de transferencia a los actores económicos de mayor poder y recursos que los Estados en lugar de establecer medios aptos para redistribuir el poder en una forma más justa o equitativa. Una gobernanza sin interés colectivo es una concesión y una plena renuncia al BEPS.<sup>362</sup>

La OCDE no puede aspirar a convertirse en el centro de las respuestas comunes que solicitan a los Estados y a las

---

361. D. Danielsen, How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance, Harvard International Law Journal, June 2005.

362. D. Danielsen, Beyond corporate governance: why a new approach to the study of corporate law is needed to address global inequality and economic development, Research Handbook on Political Economy and Law, ed. U. Mattei, Jh. D. Haskell, E. Elgar, 2017.

empresas multinacionales, a menos que transforme el Foro de Administraciones Tributarias para procedimientos amistosos en una competencia inclusiva, independiente, con medios de selección de miembros que sea imparcial y neutral, ajena a los grandes Estados, a los despachos potentes, a los lobbies.

En suma, la certeza fiscal debe crecer en dos componentes, y no en uno solo como hasta ahora: el interés público del Estado y las expectativas de beneficios de las empresas multinacionales; pero, que tienen como límite absoluto la imposibilidad de subordinar la potestad impositiva a su conveniencia. No es fácil ni simple aceptar de entrada que el poder económico de las multinacionales deba prevalecer sobre los intereses públicos, la jurisdicción local del Estado o, aún, la jurisdicción política comunitaria de la clase de la Unión Europea.

Esta forma sesgada de la OCDE de plantear, tanto en el arbitraje como en los procedimientos de resolución transaccional de controversias, carece totalmente de garantías de salvaguardia para la mayor parte de los Estados, excepto algunos pocos que lo aceptan como artefacto para la protección de sus propios intereses supranacionales de favor a sus empresas. El artilugio significa lisa y llanamente la cesión del dominio legal del Estado hacia los que son los actores de la ocultación de la renta fiscal de erosión, de la renta digital, de la renta segregada de la actividad económica donde se crea.

Hubiera sido deseable la recuperación de una antigua idea de *M. Pugliese* relativa a una organización supranacional destinada a encargarse de la resolución de las disputas tributarias entre Estados o entre Estados y grandes contribuyentes.

*“...constitución de un Tribunal Fiscal Internacional destinado a dirimir las controversias que puedan surgir sea sobre los límites de aplicación*

*de la imposición internacional respecto a los contribuyentes. . . sea sobre las controversias que puedan surgir entre los distintos Estado por el reparto del impuesto percibido".*<sup>363</sup>

La Comisión Zedillo de junio de 2001 auspiciada por las Naciones Unidas propuso la creación de una Organización Fiscal Internacional, entre cuyos objetivos se señalan desarrollar procedimientos de arbitraje cuando haya conflictos entre los países por motivos fiscales y desarrollar, a su debido tiempo, un acuerdo internacional sobre una fórmula global de reparto de los beneficios de las empresas multinacionales. Curiosamente, pese a sus veinte años, es más actual y democrático que el informe de la OCDE.<sup>364</sup>

## **52. El Pilar Uno como régimen Safe-Harbour. La última vuelta de tuerca.**

No ha sido bastante, la renuncia al modelo europeo de fiscalidad digital, la aceptación de las reglas *at arm's length* y de precios de transferencia en *marketing intangibles* y la admisión de artificios de resolución de controversias. La debilidad de la propuesta unificada de la OCDE queda definitivamente de manifiesto ante las presiones de los EEUU para convertir su aplicación en un régimen optativo de la multinacional.

La alternativa americana decretaría el final de la propuesta porque quedaría desnuda de justificación. O, en otras palabras, quedaría como final que las multinaciona-

363. M. Pugliese, *L'imposizione delle imprese di carattere internazionale. Società, filiali, cartelli, trusts holdings and investment trusts*, Padova, 1930, p. 133.

364. NNUU, Comisión Zedillo, 2001, propuso la creación de una Organización Fiscal Internacional de carácter multilateral auspiciada por las NNUU.

les americanas deben gozar de plena inmunidad fiscal en el resto del mundo, a menos que reciban ventajas económicas que compensen el pago de impuestos.

El último documento de la OCDE acepta, en modo sorprendente, que esto pueda ocurrir.

*“In light of the safe harbor proposal referred to in the Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy, an alternative approach to Pillar One implementation will be considered. Under this alternative global safe harbor system, an electing MNE group would agree, on a global basis, to be subject to Pillar One”.*<sup>365</sup>

De este modo deja en entredicho la solidez de la actuación del BEPS ante las multinacionales, de todo el Plan de Acción en su conjunto, y perjudica a los Estados que han reaccionado singularmente a sus desafíos y a los ciudadanos que confiaron y confían en sus lecciones. Al contrario, debe afirmar la negativa más rotunda, y aprovechar la oportunidad para dar el paso atrás en las flagrantes concesiones a los EEUU en materia de economía digital, *marketing intangibles* y prevención y resolución de controversias.

*“The problem is that any consensus based approach on Pillar one is likely to give the source jurisdiction too little because Tranche A will be too small, while Tranches B and C are unlikely to give them anything because they are subject to the obsolete limits of the current system and to arbitration that will favor the residence countries”.*<sup>366</sup>

Tienen razón los que critican el denominado BEPS 2.0 de la OCDE sobre la base de su limitación de miras. Por un

365. OECD (2020), Statement *cit. p. 20*.

366. R. S. Avi-Yonah, Taxing the Digital economy: a Short Book Review, Tax Notes International, May 18th, 2020; R. S. Avi-Yonah, Taxation for a “New Deal” Short- Medium, and Long-Term Options, The University of Michigan, [ssrn.com/abstract=3603397](https://ssrn.com/abstract=3603397).

lado, porque el Pilar 1 restringe al máximo el denominado nuevo derecho de imposición de la jurisdicción de la fuente, apoyándose en criterios superados de fiscalidad internacional y, por otro, porque el Pilar 2 configura un impuesto mínimo de mínima entidad, finalmente, simbólico e irrelevante y crea procedimientos de resolución de conflicto que solo importan a los países industrializados.

La OCDE pierde credibilidad suficiente para imprimir un avance determinante, que fortalezca la adhesión de los países en su conjunto al plan BEPS.

El *Comité de Expertos fiscales de las NN UU* sostiene una posición crítica sobre la Aproximación Unificada de la OCDE en su documento del 30 de mayo de 2020, "*Las consecuencias fiscales de la economía digitalizada*".

En particular, expresa su preocupación sobre el añadido de ciertas empresas de consumo suntuario a la calificación de las empresas digitales sin presencia física; el umbral de facturación de los grupos de empresas debe ser más bajo que el propuesto; el nivel de los ingresos de 750 millones e. impide la aplicación de los tributos de los países en desarrollo que reciben servicios digitales, sugiriendo límites regionales aplicables a las multinacionales respecto a grupos particulares de países. Finalmente, es escéptico sobre las excepciones contempladas para las industrias extractivas y servicios financieros.<sup>367</sup>

El nexo, el establecimiento permanente virtual, debe fijar umbrales inferiores para permitir el gravamen sobre los beneficios substantivos atribuibles a sus mercados, teniendo en cuenta la dimensión de la economía del país.

---

367. UN Committee of Experts on International Corporation in Tax Matters, twentieth session, May 30th, 2020, Tax Consequences of the digitalized economy- issues of relevance for developing countries.

Las categorías de los importes A, B, C, de los derechos de imposición y atribución de beneficios son objeto de reprobación, con diversa intensidad.

El Importe A debería incluir una parte significativa de beneficio residual a favor de las jurisdicciones de mercado. Sugiere la posibilidad de aplicar un reparto fraccional de los beneficios de rutina. Esto implica la idea del nexo virtual como presencia económica significativa, que, se indica, no está incluida en la propuesta de la Aproximación Unificada de la OCDE.

El Importe B debería ser una compensación mínima de actividades de marketing y distribución, sin que implique una elección para los contribuyentes sujetarse o no a su aplicación.

El Importe C se refiere a cualquier importe que excede el retorno fijo mínimo fijado en el Importe B, que consiente a las jurisdicciones de mercado gravar las actividades superadoras del límite bajo el principio *at arm's length*, sometido a mecanismos obligatorios de resolución de controversias. La reprobación va dirigida a esto último:

*"to the fact that some developing countries, although aware of the importance of effective dispute avoidance and resolution mechanisms, will not be inclined to accept mandatory and binding arbitration as a matter of principle underpinned by sovereignty concerns"* Y, acentúa, que esto podría ser una cuestión mayúscula si el Importe C no solo cubre el Importe B, sino cualquier otro elemento de la propuesta.

En suma, el Comité entiende que la propuesta destaca por su complejidad y las dificultades para su implementación y administración de los países en desarrollo.

R. Bansal, de la India, miembro del Comité de Expertos, lleva su propia iniciativa.

Primero, sostiene que los beneficios de las multinacionales sometidos a impuesto deben comprender tanto los beneficios residuales como los de rutina, ya que todos los beneficios resultan de las actividades globales de la empresa.

*"It is not possible to distinguish conceptually between routine i. e. locally generated and residual i. e. internationally generated profits of a multinational enterprise, as all profits are essentially the result of global activities of the firm".*

Segundo, discrepa de la incorporación de empresas no digitales al arco de la digitalización, puesto que el problema reside en los agentes económicos digitales que derivan su renta directamente de la jurisdicción de mercado, sin presencia física o material; cosa que no sucede con las empresas convencionales.

Tercero, el nexo virtual de los servicios digitales debe considerarse sobre la base de la renta local que se obtiene, medida en proporción al tamaño del mercado.

Cuarto, el método del reparto fraccionado permite que los beneficios imponibles puedan determinarse por cada jurisdicción aplicando un tipo de beneficio global sobre las actividades de las plataformas digitales por las rentas de las ventas locales y atribuyendo un porcentaje a la misma jurisdicción de mercado, con carácter de significativa presencia económica (nexo virtual).

Quinto, los umbrales de facturación de los grupos planteados por la OCDE son arbitrarios. Lo que importa no es el ingreso global, sino los umbrales locales. Dos empresas multinacionales con idénticas rentas por ventas locales reciben tratamiento diferenciado solo porque su renta global es diferente.

*"If an MNE is engaged in in scope activities in a market jurisdiction there does not seem to be any reason for putting a minimum cap of 750*

*million euro on MNE group's global turnover or on in scope activity global revenue".*

Los documentos del Comité de Expertos observan algunas limitaciones que valdría la pena que la OCDE tomara en cuenta.

Es cierto que el umbral de 750 millones e. es, a nivel global, innecesario, porque lo que determina la capacidad contributiva del agente digital es su poder en el mercado local o próximos al local. Eso implica rechazar como medida del beneficio las cuentas financieras consolidadas del grupo. La extensión y profundidad que interesa es la presencia económica significativa en el país. En caso contrario, comporta resultados irrisorios del nuevo derecho de imposición y la atribución de renta, para los países en general y en desarrollo en particular.

No es convincente la renuncia a profundizar entre las nociones de beneficio residual y de rutina en el Importe A. La superrenta digital deriva de la creación de valor del usuario y de los complementadores, los nuevos intangibles, que provocan el máximo de los retornos de la inversión digital sin presencia física. El reparto fraccionado del beneficio residual, tomando ese elemento en consideración, propone la autonomía jurídica y económica del Importe A como el factor clave de la atribución del nuevo beneficio a cada país donde se consigue.

Tampoco es persuasivo defender la exclusión de los servicios de venta común a consumidores (servicios de carácter ordinariamente suntuario) de los servicios digitales automatizados. La razón es meramente intuitiva: son servicios de agentes de plataformización, que habitan o habitarán en breve tiempo el espacio digital. El consumo de *brand equity* es, en el fondo, equivalente, al uso del servicio digital.

La crítica al Importe B, *marketing intangibles*, es débil y a la postre irrelevante. No hay rechazo absoluto a una solución falsificada que deteriora la eficacia del Importe A, que es el factor clave del nuevo derecho de imposición. El denominado impuesto mínimo sobre el beneficio de rutina supone la concesión mayúscula a la aplicación del principio *at arm's length* y del régimen vigente de precios de transferencia y la obligada sumisión a mecanismos de resolución de conflictos. Una migaja a cambio de renunciar a la construcción del BEPS.

El Importe C es objeto de justo reproche por el claro objetivo de imponer la opinión de expertos para la solución de conflictos en la aplicación del Importe B (y aún del Importe A), menoscabando el poder de imposición de los Estados.

## Conclusión.

El último proyecto de Pilar Uno de la OCDE para afrontar los desafíos de la economía digital de 2020 es un fiasco. Las renunciadas y concesiones a los EEUU le convierten en lejano ejemplo del espíritu del BEPS. Aún más: contrario, en algunos de sus principales aspectos, a su finalidad. Aquello que hubiera debido ser una culminación del nuevo derecho de imposición digital para las jurisdicciones de mercado basado en la participación del usuario y el nexo virtual se diluye en compromisos que son verdaderas abdicaciones. El beneficio imponible se fracciona en tres partes: A, B, C., siendo el primero el único que verdaderamente hace a la cuestión digital. Podría discutirse si está expresado en su totalidad o no, pero, al menos, los temas vitales aparecen tratados o sugeridos, tales como el beneficio residual, el desasimiento del *at arm's length* y los precios de transferencia. En cambio, los denominados Importes B. y C., son una

dimisión del BEPS. El Importe B, *marketing intangibles*, se desprende del beneficio residual que, como demuestra el caso GlaxoSmithKline, es cuantioso y refuerza la vigencia incontrastada del *arm's length* y los precios de transferencia. Una solución falsificada que desarticula el Importe A y contribuye, a cambio de las migajas de un presunto impuesto mínimo, a desarbolar la construcción del BEPS. El Importe C, a su turno, recoge la creación de un mecanismo obligatorio de prevención y resolución de conflictos que acaba por enclaustrar definitivamente al Importe A. Se trata de un escamotaje para aventajar a la empresa multinacional, debilitando la potestad impositiva de los Estados y la garantía de equidad cívica. El mecanismo de prevención y solución de controversias transmite la discusión y decisión de los precios de transferencia a los actores económicos de mayor poder y recursos que los Estados en lugar de establecer medios aptos para redistribuir el poder en una forma más justa o equitativa. Una gobernanza sin interés colectivo es un dejamiento y una plena resignación al BEPS, donde ya se había registrado el fracaso de la adhesión de la mayoría de los Estados al arbitraje obligatorio y vinculante. (Acción 14). La vuelta de tuerca, de nuevo, es la exigencia de los EEUU para introducir una cláusula que permita convertir el Pilar Uno en un régimen optativo para las multinacionales. El *Comité de Expertos fiscales de las NN UU* sostiene una posición crítica sobre la Aproximación Unificada de la OCDE en su documento del 30 de mayo de 2020, "*Las consecuencias fiscales de la economía digitalizada*". El Comité entiende que la propuesta destaca por su complejidad y las dificultades para su implementación y administración de los países en desarrollo.



## CAPÍTULO IX

**53. Los datos personales como materia prima.**

*Tessa Morris-Suzuki* fue seguramente la primera en advertir la emergencia de una etapa distinta de la evolución del capitalismo. Y es de destacar que sus profecías resultan reveladoras, sobre todo, porque no existía Internet, la Web o el bien digital, que posteriormente las confirmarían.<sup>368</sup>

El núcleo de la reflexión es la apropiación privada del conocimiento social y su conversión en fuente de beneficio corporativo. El resultado del proceso es que el centro de gravedad de la economía se desplaza desde la producción de bienes a la producción de innovación, "*new knowledge for the making of goods*".

La reducción del número de trabajadores dedicados a la producción manufacturera se acompaña del crecimiento correlativo de los productores de conocimiento. La plusvalía no deriva de la explotación del trabajo industrial, sino de la explotación del productor de conocimiento que, aún intangible, puede comprarse y venderse a un precio (inventos, programas de automatización). Es otra forma de explotación que abre nuevas oportunidades de apropiación de la plusvalía económica. La nueva fuente de beneficio es la "*apropiación privada del conocimiento social*".

---

368. T. Morris-Suzuki, *Beyond Comp utopia. Information, Automation and Democracy in Japan*, Kegan Paul International, 1988, reedición in 2011 Routledge Abingdon Oxfordshire.

La apropiación privada de la materia prima es el conocimiento en sí mismo. Esta es la nueva etapa del capitalismo: la captura gratuita del conocimiento social para su apropiación privada como fuente de beneficio corporativo.

*"Whereas the knowledge which comes out of this commercial production process is the private property of the corporation, fenced around with monopoly barriers which endow it with market value, **the knowledge which goes in as raw material is mostly social knowledge**, produced and owned jointly by society as a whole. The process which uses social knowledge to create private knowledge can generate profits far larger than those which could be obtained from the simple exploitation by the corporation of its workforce".<sup>369</sup>*

La autora anticipa la fuente de *excess profits* de la economía digital, antes que esta tuviera existencia: el aprovechamiento gratuito de la materia prima social –los datos personales– que se transforman en fuente de beneficio por su apropiación privada bajo la protección industrial e intelectual. La transformación de dominio público en propiedad privada.

La innovación podría ser un decurso excepcional de beneficios sociales porque alimenta el deseo permanente de descubrimiento y nuevo conocimiento. Pero, aparece distorsionada por la vocación sistemática de lucro. Se trata de una innovación manipulada, *"that alters its structure and influences the patterns of the development of knowledge"*.

La actividad de innovación (digital) conduce a situaciones oligopólicas, de dominio de mercado, que crecen y se consolidan por mérito de la materia prima gratuita social para crear conocimiento privado, como fuente de plusvalía. El nuevo capitalismo no solo obtiene la plusvalía del tra-

---

369. T. Morris- Suzuki, cit. p. 80.

bajo de su plantilla, sino de todos los usuarios, a la sazón, identificables como trabajadores de datos.

*"on the indirect exploitation of the labour of everyone involved in the maintenance, transmission and expansion of social knowledge: parents, teachers, journalists- in the end, everybody".<sup>370</sup>*

A esto Zuboff denominaría capitalismo de vigilancia.

La apropiación privada del conocimiento social es la forma de renta económica digital y la materia prima es el conocimiento colectivo, general, de todos.

Los datos personales son el primer escalón del conocimiento colectivo, de cada uno.

La primera materia, los datos personales, se configuran como fragmentos, como fractales de la persona digital, resultado de la captura gratuita del conocimiento colectivo. "Data double" es la aspiración a la reproducción abstracta de la persona digital como si fuera una persona, de libre disposición en diferentes espacios físicos, intemporales, e integrados separadamente en series de discretos flujos de información, predisuestos para su utilización económica.

*"In a cybernetic world, surplus value increasingly refers to the profit that can be derived from the surplus information that different populations trail behind them in their daily lives."<sup>371</sup>*

La primera materia del dato es el fundamento del objeto de construcción algorítmica. Los datos personales cosechados evolucionan por obra del algoritmo en la producción y manufactura a una suerte de conocimiento artificioso dirigido a la obtención de *excess profits* o pura información con otros propósitos, sean de seguridad, control, vigilancia.

370. T. Morris-Suzuki, cit. p. 81.

371. K. D. Haggerty, R. V. Ericson, The surveillant assemblage, British journal of sociology, V. 51, December 4th, 2000, p. 616.

*"The data harvested from individuals and fed into commercial systems of predictive analytics are framed as raw streams of observation to be gathered and then processed and systematized".<sup>372</sup>*

Los datos personales preexisten al *double data*, son la persona esencial en estado puro. Ninguna de sus referencias es escindible de la persona que los ostenta y, en sí mismos, carecen de valor patrimonial y están fuera del comercio: el derecho a la intimidad; a la esfera corporal; a la libertad personal; el derecho al nombre; a la propia imagen, su lengua, que es a la vez de la sociedad donde se transmite y de la Nación que la hace suya.

La identidad es el derecho a la personalidad de la persona. Algo que, parafraseando a *Ferrara*, garantiza el goce de nosotros mismos, asegura a cada individuo el señorío sobre su persona y el disfrute de sus fuerzas físicas y espirituales.

Hay información que hace a cada persona y que no corresponde ceder a organizaciones de datos personales para que extraigan de su uso una utilidad infinita, sin que su titular lo sepa o, aunque lo sepa no puede hacer nada por evitarlo. La persona digital no es la persona y el dato personal es la escisión por partes de la totalidad de la persona.

La apropiación del conocimiento colectivo comienza por la de los datos personales.

La explotación comercial de los datos personales no parece compaginarse fácilmente con el derecho universal a la personalidad. Es como si, la datización (*datification*) promoviera un recurso calificable por su valor de reutilización, susceptible de eternidad, de reiteración, de repeti-

---

372. J. E. Cohen, *the Biopolitical Public Domain: The Legal Construction of the Surveillance Economy*, Philosophy & Technology, 2017, p. 12.

ción, aplicación continua y sistemática, que, habiendo pertenecido a alguno, pierde desde ese momento la huella de su identidad primera.

La trascendencia de la recogida de datos, por pequeños o incidentales que sea, propone una cadena de ida y vuelta en la que el protagonista es el usuario final.

La identidad prestada contribuye a la creación de otra persona, la persona digital que se reconstruye dividualmente, a fragmentos, por piezas de la persona verdadera y que, como bien dice *Rodotà* amenaza que la identidad de la persona sea construida algorítmicamente por los otros: una identidad hipotética e incluso distorsiva.<sup>373</sup>

Nosotros somos los datos. El petróleo, el maíz o el trigo, o cualquier otro recurso natural está en la superficie, y solo se necesita su extracción gratuita, el *data mining algorítmico*, para la apropiación del dominio público y comercialización como productos predictivos, bajo protección de la posesión privada.

Los datos personales no son un recurso no renovable, limitados en cantidad y sujetos a escasez. Su disponibilidad y reutilización asegura la permanencia durante largo tiempo y el acceso no está obstaculizado, hasta ahora, por ley o impuesto, o dificultades insuperables. El problema es que la acumulación de los datos personales –*data mining*– como materia prima gratuita de la renta digital no dejan de ser parte, al mismo tiempo, del derecho de la personalidad de cualquier ser humano, derecho esencial, inalienable, *extra commercium*, a la identidad personal.

La identidad digital se transforma en un recurso natural renovable, una materia prima basada en la persona, pero distinta.

---

373. S. Rodotà, *Perchè Internet ha bisogno di nuove regole*, La Repubblica, Novembre 27th, 2014.

El análisis de la industria del petróleo ofrece características que le aproximan al actual proceso de la digitalización de los datos y su transformación en productos predictivos o mercancías informacionales, territorialmente localizadas.

Siguiendo a *Bridge*, la industria del petróleo puede dividirse en seis procesos secuenciales de trabajo: exploración, extracción, refinación, distribución, consumo y captura de carbón. En la industria extractiva hay una apropiación de la naturaleza que tiene que ver con la producción de mercancías que modifican las relaciones sociales; la influencia de la materialidad de los recursos en la organización de la producción –cualidades físicas y químicas, cualidades del petróleo, el depósito de reserva y la facilidad de extracción– y, por último, la territorialidad del recurso, su localización (*embeddedness*). La creación de valor y la captura de las rentas se verifica por el cierre y la exclusión, vía los derechos propietarios.<sup>374</sup>

El capitalismo de vigilancia observa una estructura y función análoga a la industria extractiva. La exploración de los datos, la extracción, el *profiling* (refinación), distribución y uso y la institución de derechos propietarios para el cierre y la exclusión a los rivales. La apropiación gratuita y la desposesión de los datos; las condiciones materiales que condicionan la conducta de la persona a través la construcción de los productos predictivos sobre la base de concomitancias en la educación, hábitos sociales; la infraestructura de comunicaciones que les influyen y, finalmente, la localización territorial de los usuarios.

Otro tanto, igualmente, podría decirse con respecto a la cosecha de primeras materias dentro de un sistema in-

---

374. G. Bridge, *Global Production Networks, and the extractive sector: governing resource-based development*, *Journal of Economic Geography* 8, 2008.

dustrial de agricultura. Los datos, como las primeras materias, son a la vez naturales y cultivadas, reales y altamente artificiales. Después las refinerías originan subproductos estables de los molinos de maíz o trigo. Así ocurre con los datos y los *data doubles*.

*"After personal data have been cultivated and harvested, they are processed to generate patterns and predictions about consumer behavior and preferences".*<sup>375</sup>

La primera materia del ensamblaje de vigilancia es la persona digital:

*"Today, however, we are witnessing the formation and coalescence of a new type of body, a form of becoming which transcends human corporeality and reduces flesh to pure information. Culled from the tentacles of the surveillant assemblage, this new body is our 'data double'".*<sup>376</sup>

¿De qué hablamos cuando hablamos de persona digital?

La materia prima es la persona digital, los datos personales recogidos en masa para su tratamiento algorítmico. La persona digital no es la persona, sino una aproximación más o menos próxima, pero no idéntica, que se convierte en una abstracción para su utilización económica, política, social, económica. Es la persona humana despojada del señorío de identidad sobre sus señas y su cuerpo. Cada uno de los elementos que destacan lo humano son extraídos como datos, sean los de carácter identificatorio básico, anagráfico, genero, religión, nacionalidad, grupo social o psicológicos, sean intereses, influencias, inclinaciones, o meramente corporales, de pura información.

*"así la decisión completa sobre qué cosa es la identidad de una persona puede ser transferida a sistemas que ordenan según la pro-*

375. J. E. Cohen cit. p. 14.

376. K. D. Haggerty, R. V. Ericson, *The surveillant assemblage...* cit.

*pia lógica las informaciones recibidas y proyectan al exterior su "propia" representación de la persona...Tu eres lo que Google dice que eres: y sobre esta base la persona viene conocida y clasificada, se construyen proyecciones de sus futuras posibles decisiones, de modo que la persona arriesga ser valorada por sus propensiones y no por sus acciones".*<sup>377</sup>

La persona digital pierde su origen individual para integrarse en un concierto de masa, cuanto más colectivo mejor, apoyada en correlaciones, abstracciones, generalizaciones algorítmicas, que delatan proximidades, concomitancias o, al contrario, distancias, alejamiento.

*"Our big data-algorithmic identities are statistically ordained by correlation and nothing else".*<sup>378</sup>

La representación de la persona digital colectiva adquiere toda su significación en la abstracción algorítmica, la creación de modelos abstractos de los datos. Más allá de la generalización, la abstracción es todo un programa de intenciones en sí mismo, dirigido a obtener determinado tipo de resultados que no otros y sin sorpresa alguna en el propósito, v. g. **pricing algorithms**.

La persona digital colectiva y abstracta adopta un valor de futuro que supera su inicio, ya que puede valorarse en el modo que se quiera, para la finalidad que se estime oportuna, sin espacio ni tiempo que la contenga. A diferencia de la persona, la persona digital es eterna y operativa en diferentes espacios digitales y tiempos distintos. Es una materia prima renovable, de reutilización infinita. Carece de fecha de nacimiento y de muerte. La versatilidad de su composición le permite actuar en tantas modalidades como la imaginación del programador consienta.

377. S. Rodotà, *Vivere la Democrazia*, cit. p. 27, 136.

378. Jh. Cheney-Lippold, *We are Data*, cit. p. 58.

La persona digital colectiva y abstracta, imbuida de eternidad, puede, asimismo, estar y no estar en ningún lado y en todos a la vez. Es lo que *D. Quah* califica como *aespacial*. Pero, es susceptible de localización en el espacio digital donde sienta la base del poder de las plataformas: la aespacialidad no niega uno de sus elementos determinantes de utilidad cual es la de ser el ancla para la localización digital del beneficio.

La persona digital aespacial es, a la vez, el componente básico del mercado digital, del mercado donde reside la inmovilidad del usuario para su utilización. No es lo mismo la persona digital como componente de transacciones en un lugar que en otro, porque su eficacia depende de contemplar el efecto de red, de captación de los datos personales de los usuarios que lo encuentren conforme a su propensión. El mercado digital es un mercado nacional, por definición, donde se pueden aquilatar la homogeneidad y diversidad de la sociedad civil, sus inclinaciones y preferencias, sus intereses y comportamientos.

El talón de Aquiles de la persona digital es que sin datos personales no puede generar renta económica, lo cual se fuerza a su acumulación sin tregua. Los datos personales son siempre datos locales, domésticos, de mercados nacionales. Digamos, metafóricamente, que, si la persona digital no se nacionaliza, carece de presente y de futuro. Los datos personales exhiben el pasado de cada uno de nosotros en un territorio social específico.

## **54. La persona digital es un recurso natural.**

La persona digital es la materia prima del recurso natural digital localizado en cada uno de los países donde operan o pretenden hacerlo las personas reales.

## ¿Qué es un recurso natural? En la definición de la OMC

*“stocks of materials that exist in the natural environment that are both scarce and economically useful in production or consumption, either in their raw state or after a minimal amount of processing”.*<sup>379</sup>

Los recursos naturales pueden ser ubicuos, aire, agua, o no ubicuos, cobre, hierro. La persona digital es un recurso natural no ubicuo, porque se produce en territorios específicos y determinados como el Estado-Nación. Estos recursos no ubicuos son considerados como recursos localizados.

La fuente de origen es biótica, ya que son obtenidos desde la biosfera, tales como los bosques, animales, peces. La biosfera de la Tierra es la zona de vida que va desde lo más profundo dentro de la tierra a la atmósfera. Internet es la creación humana de una biosfera digital.<sup>380</sup>

*“The increasing importance of data warrants treating it at par with other resources on which a country would have sovereign right. It is said that data is the new oil. Therefore, just like oil or any other natural resource, it is important to protect data, prevent its misuse, regulate the use and processing of data and address the concerns related to privacy and security”.*<sup>381</sup>

La persona digital tiene su origen obviamente, en el ambiente humano natural social y es utilizable económicamente como materia prima de los productos predictivos, de la mercancía informacional. Es, a la vez, natural y artificial.

379. World Trade Report 2010, p. 45, World Trade Organization.

380. A. J. Cockfield, Designing tax policy for the digital biosphere: How the internet is changing tax laws, 34 Connecticut Law review, 2002.

381. Draft National E-commerce Policy India’s Data for India’s Development. February 2nd, 2019, p. 8. Department for Promotion of Industry and Internal Trade.

A diferencia del recurso natural, petróleo, hierro, minerales, no es un material de escasez. La persona digital postula una infinita expansión que puede utilizarse reiteradamente sin costes adicionales.

La persona digital tiene todos los atributos de la abundancia que los convierte en inagotables y rentables algorítmicamente para su aprovechamiento económico. La persona digital es una derivada de la persona, fruto del ambiente digital.

La persona digital es un activo de capital natural, diverso al capital físico o humano, cuya fuente es la persona y que promueve la economía de vigilancia mediante su tratamiento

La persona digital es un recurso natural basado en la apropiación y captura de los datos personales, de las personas, en cualquier tiempo y lugar y que deviene económicamente útil por su explotación y transformación en producto predictivo o mercancía transformacional.

La persona digital es un recurso renovable, idóneo para su reabastecimiento y recuperación que excede de lejos su tasa de consumo. Su permanencia no está amenazada por el agotamiento, como sucede con los recursos no renovables. Su cantidad es ilimitada y su versatilidad infinita. La persona digital no tiene fecha de nacimiento ni de defunción. Está para su utilización sin tiempo de caducidad. Si así no fuera, como recurso no renovable estaría condicionado en cantidad y renovación de sí mismo a lo largo del tiempo.

La mayoría de los recursos naturales están concentrados en un pequeño número de países. Este no es el problema de la persona digital. Su distribución a lo largo de los países sigue las señas sociales, políticas, culturales, económicas de la población local. A diferencia de otras materias primas, el petróleo, por ejemplo, no hay riesgo de dispari-

dad en su distribución global, salvo que sean la consecuencia de la división entre países industrializados y en vías de desarrollo. La persona digital es propiedad fiduciaria o real de cada jurisdicción nacional como ocurre con cualquier otro que se verifica en su territorio.

El efecto aespacial de la persona digital tiene la población local como factor de inmovilidad. La propiedad del dominio público de los datos corresponde a cada población en cada Estado-Nación. El espacio de localización de la persona digital es la principal fuente de beneficio de la industria digital.

La captura de datos y su manufactura, como otros recursos naturales, del tipo de minería o pesca, necesitan de la disciplina legal del Estado donde se hallan porque conllevan serias externalidades negativas, tales como la manipulación y la desinformación y el aumento de la desocupación tecnológica en los espacios donde se ejerce el poder digital.

La finalidad de la persona digital es su explotación económica, que no sería viable si los usuarios de cada país, de cada sector, de cada región, no lo utilizan porque de ello depende la propia supervivencia de los proveedores de la persona digital: no es suficiente la información que ya se dispone, sino que es necesario incrementarla en todas las direcciones posibles si lo que se pretende es aumentar el efecto de red.

El recurso natural de la persona digital posee un valor económico como mercancía informacional comercializable en los mercados. Es una mercancía ficticia, que se aproxima a otras que *Polanyi* en su momento calificara como tales: el trabajo, la tierra y la moneda.

Parafraseando a *Polanyi* puede decirse que la persona digital, como el trabajo, es solo otro nombre para una acti-

vidad humana que acompaña a la vida misma la cual a su vez no se produce para su venta, sino para razones completamente diversas, ni esta actividad puede separarse de la vida, acumularse o movilizarse.<sup>382</sup>

Los datos personales no son mercancías en sentido fiel, pero adquieren la virtud como tales de ser productos sujetos a precio, para su venta en el mercado. Mercancías informacionales o productos predictivos de carácter intangible, inmaterial que resultan de procesos de transformación de masa y cuya distribución en masa ocurre como si se tratara de bienes materiales, físicos.

*“Our algorithmics identities are made through data and only data. It is a process that gleans from databases; it reads our behaviors as data, our social ties as data and our bodies as data. And it conditions our present and futures on the basis of dynamic interpretation of that reading”.*<sup>383</sup>

La comercialización de los recursos naturales, la persona digital, suscita interrogantes sobre su contenido y alcance y si la contribución de la naturaleza a la persona es siempre positiva o puede ser negativa, en detrimento de su cualidad de vida, de su bienestar y, al límite, de la propia libertad para el ejercicio de sus creencias, opiniones, valores culturales y sociales.

La contribución de la naturaleza a las personas, incluida la digitalización de los comportamientos, puede incluir aspectos que pueden ser negativos para su buena calidad de vida o depredadoras de sus activos antropógenos.

Los recursos naturales son una apertura aproximada al valor de la persona y su aprovechamiento digital; pero, debe reconocerse que es insuficiente dada su limitación

382. K. Polanyi, La grande trasformazione, cit. p. 93.

383. Jh. Cheney-Lippold, cit. p. 30.

explicativa en términos económicos. El recurso natural es algo más que su explotación económica de mercado.

De los recursos naturales debemos considerar el capital natural y del capital natural su contribución a las personas, a los conocimientos, a la educación, a la dimensión inmaterial de su existencia: identidad cultural, relaciones sociales, libertad de elección y acción. El esquema completo ofrece una dimensión material e inmaterial de la persona que refleja el desarrollo de la ciencia ambiental y económica hacia territorios más completos donde la persona sintoniza en todos sus aspectos con la naturaleza.

## **55. Del recurso natural al capital natural. La contribución a la persona.**

El capital natural es un concepto relativo al inventario de los recursos renovables y no renovables, v. g. las plantas, animales, aire, agua, suelos, minerales que se combinan para generar un flujo de beneficios para las personas.<sup>384</sup>

El capital natural está compuesto por dos elementos:

- Abiótico, que comprende los activos del subsuelo, v. g. combustibles fósiles, metales, minerales) y flujos abióticos, v. g. energías renovables.
- Biótico, que consiste en los ecosistemas que satisfacen necesidades públicas.

---

384. A common framework of natural capital assets for use in public and private sector decision making Katie Leacha, Annelisa Grigga, Brian O'Connora, Claire Browna, James Vausea, Jonathan Gheysensb, Lauren Weatherdona, Martin Halleb, Neil D. Burgessa, Ruth Fletchera, Sebastian Bekkera, Steven Kinga, Matt Jon, Ecosysems Services 36, 2019.

El capital natural sigue la huella de los recursos naturales basado en una aproximación económica utilitaria de la naturaleza. La diferencia radica en aquellos aspectos de la misma que la persona usa o puede usar como fuente de beneficios derivados y que se describen como servicios de ecosistemas.

El análisis económico de la naturaleza origina dudas sobre la amplitud de la definición, porque, puede dar lugar a contaminar metodológicamente lo que supone el beneficio de la naturaleza y su obtención y a estrechar el campo del conocimiento a otros ámbitos tales como la sociedad, la cultura, la libertad de elección y acción. De hecho, es una definición que deja fuera todo lo que no es estrictamente medio ambiente y economía. El capital natural reproduce, en forma ordenada, la perspectiva ya enunciada de recurso natural.

La *Plataforma Intergubernamental Científico-Normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas (IP-BES)* produjo en 2019 un Informe que amplía en modo especial el punto de partida de capital natural.

El concepto básico es el de contribuciones de la naturaleza a las personas que da cabida a un conocimiento más amplio y versátil de las relaciones entre las personas, la naturaleza y la sociedad. Una fuente menos apegada a la economía de mercado y con clara vocación hacia las ciencias naturales y sociales, las humanidades y los conocimientos de los profesionales y de las comunidades indígenas y locales.<sup>385</sup>

*“Por **contribuciones de la naturaleza a las personas** se entienden todas las contribuciones que la humanidad obtiene de la naturaleza. Los*

---

385. IPBES, El Informe de la evaluación Mundial sobre la Diversidad Biológica y los Servicios de los Ecosistemas, Bonn, 2019.

*bienes y servicios de los ecosistemas, examinados por separado o en conjuntos, están incluidos en esta categoría. En el marco de otros sistemas de conocimientos, los dones de la naturaleza y otros conceptos similares hacen referencia a los beneficios de la naturaleza de los cuales las personas obtienen una buena calidad de vida. En esta categoría amplia también se incluyen aspectos de la naturaleza que pueden ser negativos para las personas (perjuicios), como las plagas, los patógenos o los depredadores.”<sup>386</sup>*

La palabra clave es cualidad de vida que puede sostenerse en las aportaciones de la naturaleza tangibles e intangibles; positivas o negativas, de la sociedad de la naturaleza, de la sociedad cívica y de la sociedad de mercado.

Las contribuciones de la naturaleza a las personas es la armadura de las preocupaciones humanas y sociales, encauzando valores públicos y colectivos, éticos, los beneficios y las pérdidas que moldea los intereses de la cualidad de vida.

En primer lugar, los *activos antropógenos*, beneficios que son de producción conjunta entre la naturaleza y la sociedad. En primer lugar, los conocimientos, la educación, los conocimientos técnicos o científicos, las relaciones de confianza, la lengua, las creencias, los valores espirituales.

La lengua es un activo antropógeno determinante para la consolidación de las dimensiones inmateriales de la contribución de la naturaleza a las personas porque alimenta el sentido de la identidad cultural.

### ***Sense of cultural identity***

*“Feeling of belonging to one or more social groups (as related for instance to locality, country, ethnicity, religion, activity, gender, generation) being respected for self-determination, practice of language, education*

---

386. IPBES, cit. Glosario.

*and transmission, activities related to intangible values and culturally-valued means of existence”.*<sup>387</sup>

La digitalización no es ajena a la exigencia de cimentar la calidad de vida que proporciona la naturaleza a la persona, en sentido amplio. Su aportación no se produce exclusivamente a través de procesos biofísicos, sino interactuando con activos antropógenos, como el lenguaje, el conocimiento, los valores culturales, espirituales y las instituciones que son fiduciariamente responsables de su conservación y reproducción.

La interacción puede ser positiva o negativa. La ofensiva depredadora de la plataforma digital, cuya base es la persona digital, actúa en detrimento de la contribución de la naturaleza a las personas.

A esto responde la configuración de un resultado de explotación económica que descarta cualquiera de las dimensiones inmateriales que indican la libertad de opción y acción de la persona, sus creencias, los valores culturales y sociales que le acompañan o el respeto a su lengua social. La persona digital, metafóricamente, es el árbol talado o el mineral extraído.

La cultura aparece, a diferencia del capital natural, como determinante en las relaciones entre la naturaleza y las personas. Las contribuciones de la naturaleza a las personas son todas aquellas que inciden en su calidad de vida, incluidas las dimensiones materiales e inmateriales. La persona en sociedad, ante sus pares, en un espacio institucional y que establece un modo de cooperación recíproca con la naturaleza. La tutela compete a la jurisdicción donde la naturaleza presta servicio a las personas.

---

387. IPBES, cit. Glosario.

## **56. Los datos personales pertenecen al Estado-Nación donde se reconocen y están localizados.**

La inmovilidad de la persona en cada país condiciona la aproximación de la persona digital a esas mismas personas reales de las cuales pretende extraer los datos que le sirven y de las cuales depende. Y, a su vez, permite a las plataformas alimentar su acumulación con más datos personales, para crear más personas digitales que sirvan para acumular más datos y así sucesivamente.

La persona digital es la materia prima del recurso natural y cuyo alimento inalienable viene de las personas del pueblo y del Estado-Nación desde donde recoge los datos personales y los transforma en mercancías.

La identidad de las personas es al mismo tiempo identidad de la comunidad e identidad del Estado-Nación. La apropiación y captura de la persona digital es desagregación y disgregación de la comunidad y del Estado-Nación. Los recursos naturales pertenecen a la soberanía fiduciaria. La identidad de las personas es al mismo tiempo identidad de la comunidad e identidad del Estado-Nación. La apropiación y captura de la persona digital es desagregación y disgregación de la comunidad y del Estado-Nación. Los recursos naturales pertenecen a la soberanía de cada Estado, exactamente como las materias primas dentro de su territorio.

*Jean L. Cohen, afirma que "la nación-estado todavía existe y permanece "soberano" en muchos aspectos. . . El Estado continúa ejerciendo la autoridad jurisdiccional, el poder sancionatorio y el uso de la coacción vis-a-vis aquellos en su territorio".<sup>388</sup>*

---

388. J. L. Cohen, Changing paradigms of citizenship and the exclusiveness of the Demos, *International Sociology*, 14, n. 3, 1999, p. 257.

El retorno del Estado-Nación es una evidencia de su resistencia a disolverse a favor de la inanidad global, que busca su debilitamiento. Hay fundamentos para defender que lo que caracteriza a los Estados, desde su fundación, se conserven en sus aspectos esenciales. Su territorio, su comunidad, su poder de coacción y jurisdicción, la preservación de los recursos naturales y ecosistemas naturales.

Y en igual línea de reflexión *Cohen* aspira a una lógica de articulación entre la nueva soberanía en acto y la creciente influencia de la política global. El encuentro entre la soberanía y la disciplina global solicita la compatibilidad entre la igualdad soberana entre los Estados y los principios y standards comunes, básicamente informales u oficiosos, del hecho global; pero en dirección a la constitucionalización de la norma global.<sup>389</sup>

El Estado no puede renunciar a la protección de sus bases en materia de trabajo, mercados, finanzas, fiscalidad, que puedan amenazar sus prácticas locales y democráticas. Finalmente, el BEPS nace para la protección de las bases de imposición nacionales. Y la globalización no puede dejar inerte al Estado de su marcha forzada por sobre su potestad, gobierno y gobernanza, rehusando su diferencia en necesidades y preferencias sociales, culturales, políticas, económicas, que tienen que ver con su identidad.

*"we need to accept the right of individual countries to safeguard their domestic institutional choices. The recognition of institutional diversity would be meaningless if nations were unable to "protect" domestic institutions- if they did not have the instruments available to shape and maintain their own institutions".*<sup>390</sup>

389. Jean L. Cohen, Whose Sovereignty? Empire versus international law, *Ethics e International Affairs* 18, 3, 2004, p. 24.

390. D. Rodrik, Who Needs the Nation State, V. 89 1, 2013, *Economic Geography*.

La India, en un reciente documento define y defiende su derecho soberano sobre la persona digital, sobre los datos de sus ciudadanos y lo hace de un modo claro y preciso, tal como ya lo hizo en la introducción de la *Equalization Levy*.

Los datos de un país es un recurso colectivo, un activo nacional, que el gobierno gestiona en confianza de sus ciudadanos. La mejor analogía es la de la mina como recurso natural o el espectro.

*“India and its citizens have a **sovereign right** to their data This understanding flow from the acknowledgement that data about an Indian, is his/her own. Data can, therefore, best be likened to **a societal common**. National data of various forms is a **national resource** that should be equitably accessed by all Indians. The same way that non-Indians do not have access to the national resources on the same footing as Indians, non-Indians do not have equal rights to access Indian data. Thus, the e-commerce policy is about how best to exploit this national resource”.*<sup>391</sup>

La libertad del ciudadano en su comunidad es un bien público que debe protegerse de la amenaza de terceros que la pongan en peligro. El bien público es un deber del gobierno y los ciudadanos son, en este sentido, el destino principal de la tutela, porque no hay otro recurso natural que sea más recurso nacional que la comunidad social de los comunes.

Los datos personales, la persona digital, es un recurso natural del Estado-Nación. Los Estados deben respetar estrictamente la soberanía de los pueblos y naciones sobre su riqueza natural y sus recursos de acuerdo con la Carta de

---

391. Draft National E-commerce Policy. India's Data for India's Development. 23, 2, 2019, p. 15. Department for Promotion of Industry and Internal Trade.

las Naciones Unidas: exploración, desarrollo y disposición de recursos naturales, nacionalización y expropiación, inversión extranjera y el reparto de los beneficios. (*Resolución 1803 (XVII) "Permanent Sovereignty over Natural Resources, December 14th, 1962).*

## **57. La renta de localización específica de los usuarios.**

La renta derivada de la explotación de los datos personales es un recurso natural de los pueblos que habitan en el Estado-Nación. Su tutela es propia de la jurisdicción donde está su fuente. Es una actuación concreta del derecho de cada Estado para proteger su base de imposición.

Es una renta que viene del *data mining*, nunca mejor expresado, bajo la gobernanza y el poder económico de las cadenas de valor global digital. La acumulación gratuita, reserva, tratamiento y manufactura de mercancías informacionales de la materia prima es condición básica de monopolio.

*Cui* identifica la creación de valor por el usuario como un modo de individualización de la localización específica de la plusvalía del productor o consumidor. El lugar donde está el usuario es el lugar donde el Estado que toca puede capturar las rentas de localización específica creadas por las plataformas digitales en su territorio que es donde se verifican.

Son las plataformas digitales que generan el poder de mercado mediante sus efectos de red; modelos de negocios de dos o más lados que implican complejas opciones de precios para la maximización de beneficios; costo marginal irrelevante; y movilidad geográfica en la localización de la realización del servicio y el reconocimiento del beneficio.

*“The idea is to allow the country where the rent is located to tax the rent. Research on the industrial organization of digital platforms has revealed a rich variety of ways in which platforms can earn supra-normal profits”.*<sup>392</sup>

La renta digital es una renta de localización específica que se origina en los países donde reside el usuario. Es una renta similar a los recursos naturales con localizaciones definidas. En la medida que el usuario permite obtener beneficios a la plataforma por el uso de los datos es fácil deducir que los beneficios originados deben atribuirse en parte a la localización de los usuarios.

*“The “mining” of data could be directly analogized to the mining of natural resources”.*<sup>393</sup>

El usuario crea el valor del servicio digital en el territorio donde está. Desde su localización procede la renta y la plusvalía de la cadena global digital. Los datos son un recurso natural situados y bajo la jurisdicción del Estado-Nación.

*“In the context of services provided by digital platforms, the applicable concept we advocate is the Ricardian definition of rent”.*<sup>394</sup>

La renta ricardiana define la renta que se transfiere desde el usuario a la plataforma: el importe ganado por un factor de producción o un recurso en exceso de la suma necesaria para la previsión del recurso. Lo que *para Hobson y*

---

392. Wei Cui, The Digital Services Tax: A Conceptual Defense, University of British Columbia, April 22nd, 2019. Tax Law Review, Forthcoming. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3273641>; Wei Cui, The Digital Services Tax on the Verge of Implementation, Canadian Tax Journal, 67: 4, 2019.

393. Wei Cui, Nigar Hashimzade The Digital Services Tax as a Tax on Location –Specific Rent, January 23rd, 2019 SSRN. [com/abstract=3321393](https://ssrn.com/abstract=3321393).

394. Wei Cui, Nigar Hashimzade, cit. p. 11.

*Griziotti* constituían los *excess profits*, renta no ganada de naturaleza monopólica.

Para *D. Ricardo*, la renta económica era una transferencia de beneficio a los propietarios agrícolas simplemente porque poseían el monopolio de un recurso escaso como la tierra. La renta era el pago del agricultor al propietario, consecuencia de la desigual distribución de la propiedad de la tierra.

*“The classical economists (such as Ricardo) argued that economic rent accrues on the basis of unequal ownership/access or control over an existing scarce resource (eg. lands).”*<sup>395</sup>

La renta ricardiana era una renta no ganada, una transferencia desde el sector productivo al improductivo, que no sirve a la reproducción, sino al parasitismo del sistema económico o a la emergencia de externalidades negativas que exceden el beneficio social, natural o de mercado, de la creación de valor por la actividad. Y su amplitud comprende no solo la tierra, sino también los recursos naturales extractivos –mineros, hidrocarburos, minerales, alimentación– y, asimismo, los datos poseídos gratuitamente en la economía digital.

*“This leads to a natural justification of the taxation of such rent by the jurisdiction where the users are located. If the right to tax is the sovereign right of the state over its residents, in exchange for provision of protection and access to public goods and institutions, then the state is within its rights to tax the rent appropriated by a (non- resident) platform whenever the value of this rent is created by that state’s resident individuals.”*<sup>396</sup>

Los factores determinantes del deber de contribuir están vinculados a las ventajas que el contribuyente se procura de

395. R. Kaplinsky, M. Morris, *A Handbook for Value Chain Research*, January 2001.

396. Cui-Hashimzade, cit. p. 12.

su pertenencia a la colectividad por medio de los bienes públicos que utiliza y lo tutelan que le permiten vivir y actuar en un territorio: como lugar donde reside o como lugar donde realiza hechos imponibles de los tributos.

Los factores fueron señalados por *B. Griziotti*.<sup>397</sup>

- Las ventajas generales derivadas de la pertenencia en un conjunto político, económico, social.
- Las ventajas particulares derivadas de la actividad social.
- La aptitud y la capacidad contributiva del particular para contribuir a la vida colectiva.

La relación entre el contribuyente y la potestad tributaria en un territorio determinado está en función de su pertenencia política, social económica a un Estado, que grava los resultados económicos, para sí o para terceros, en tanto manifestaciones de capacidad contributiva, como deber de contribución al gasto público, por las ventajas que le significan la "*vida económica colectiva*".<sup>398</sup>

La localización de los usuarios es una manifestación de capacidad contributiva en el Estado-Nación donde están. La creación de valor digital por el usuario configura un derecho de imposición del Estado sobre la renta extraída por las plataformas digitales no residentes.

Las rentas derivadas de la recogida y colección de datos (*data-input*) del usuario es el modo necesitado para la oportunidad de altos beneficios, por encima del que puede considerarse retorno normal. (*excess profits*). La manu-

---

397. B. Griziotti, *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*, Madrid, 1931, p. 107.

398. M. Pugliese, *L'imposizione delle imprese di carattere internazionale*, Padova, 1931, p. 41.

factura en producto predictivo, mercancía informacional, conduce a la renta o plusvalía de comportamiento (*behavioral surplus*).

Sostiene *F. Maffezzoni* que no es la territorialidad de un hecho la que confiere la calificación de índice de capacidad económica, sino que, por el contrario, es la capacidad contributiva la que otorga la territorialidad.<sup>399</sup>

La capacidad contributiva del usuario concede su territorialidad, una forma de renta de localización específica.

*"after all, the data is about users in particular locations".*<sup>400</sup>

La potestad tributaria del Estado se puede desplegar en su territorio porque lo faculta la manifestación de capacidad contributiva de creación de renta de localización específica del usuario digital, miembro de su comunidad.

*". . . and after analyzing the role and contribution made by the users by way of data, content creation and the networking benefits, considers that users are a significant indicator of both nexus and creation of value in the jurisdiction of source. In the view of the Committee, the presence of users of a digital or telecommunication network in a multi-dimensional business model signifies value creation and economic participation in that tax jurisdiction, and should give rise to the threshold nexus for taxing that enterprise in that jurisdiction, particularly, when such user contribution is relied upon for earning income from that jurisdiction".*<sup>401</sup>

La extracción de datos es una renta de recurso natural idónea para el establecimiento de un impuesto que captu-

399. F. Maffezzoni, *La capacità contributiva del diritto tributario*, Torino, 1970, p. 22.

400. Wei Cui, *The Digital Services Tax: A Conceptual Defense*, April 22nd, 2019. *Tax Law Review*, Forthcoming. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3273641>.

401. India, *Committee on Taxation of E-Commerce, Proposal for Equalization Levy on Specified Transactions*, February 2016, p. 54.

re el “beneficio puro”, sin costes, de la extracción. Las rentas de los recursos naturales son regalías que pertenecen al Estado, titular fiduciario de los datos personales del usuario en su territorio. El Estado puede recaudar la renta en forma impuestos diseñados para capturar el recurso renta, como es el caso de la extracción de petróleo o gas.

Los datos pertenecen a las personas; la Administración es fiduciaria, no propietaria real, de los datos personales, predispuesta para su defensa como fiduciaria de un bien público para beneficio de la comunidad. Su protección y tutela fiscal transita por la vía las regalías o impuestos sobre la renta digital que se apoyen, igualmente, en la naturaleza de recurso natural de las actividades del usuario en el territorio.

La regalía, el canon, es un pago fijo sobre el ingreso íntegro por el uso de un recurso natural. Es un ingreso público simple caracterizado, además, porque impide el desplazamiento de beneficios. El tipo de gravamen oscila en los tratados para evitar la doble imposición y pueden partir de un 5% hasta un 20%.

El impuesto sobre Servicios Digitales en el modelo europeo o la *Equalization Levy* de la India es un tributo análogo al canon o regalía, en el sentido que tienen como objetivo preciso el valor de los datos de los usuarios y el derecho a la contraprestación por su uso.

El Impuesto sobre Servicios Digitales, siguiendo a *Wei Cui*, interpretarse como un tributo sobre rentas específicas localizadas, como si fuera una regalía sobre la extracción de recursos naturales, rentas económicas obtenidas por las plataformas digitales en localizaciones particulares.

*“Taxes on LSR possess two highly desirable features. First, they generate tax revenue with minimal distortions to business decisions. Second, rent that can be attributed to specific locations permits a natural allocation*

*of taxing rights: the jurisdictions in which the rent is located can reasonably claim primary taxing rights, and this in turn implies natural solutions to coordination problems in mitigating the risk of excessive taxation".*<sup>402</sup>

La justificación del impuesto reside en que las plataformas digitales obtienen una renta substancial y que tal renta puede encontrarse en los usuarios de los países donde las plataformas operan internacionalmente.

Los datos de los usuarios poseen un valor económico significativo y pueden asimilarse a recursos naturales con localizaciones definidas. Pero, y esto es un error de los autores, limitan su importancia concediendo más renta a la que deriva de la publicidad o la intermediación de transacciones de consumo. En realidad, la fuente de la economía digital es el dato (personal y no personal) y solo así puede entenderse la analogía con el recurso natural.

La renta digital es en la expresión de *Bankman, Kane, y Sykes*, una verdadera renta económica basada en el poder de mercado de sus agentes, la inexistencia de competencia rival y su gobernanza poco menos que absoluta de la plataforma desde la cual operan. La renta ricardiana viene de la materia prima gratuita y las rentas exógenas derivadas de *location savings* en terceros países, del acceso a las personas con educación suficiente, o infraestructuras y telecomunicaciones que aprovechan a coste cero, por inmunidad fiscal.<sup>403</sup>

El ingreso o renta integra es razonable puesto que tiene un efecto próximo a un impuesto sobre el beneficio, ya que, *Cui y Shaviro* coinciden en que las plataformas digita-

402. Wei Cui, *The Digital Services Tax on the Verge of Implementation*, *Canadian Tax Journal*, 2019, 67. 4, p. 1137.

403. J. Bankman, M. A. Kane, A. Sykes, *Collecting the Rent: The Global Battle to Capture MNE Profits*, Law & Economics Research Paper Series Working Paper NO 18-38, November 2018.

les tienen un bajo o aún cero costes marginales operativos en la jurisdicción.<sup>404</sup>

La adaptación del canon o regalía a la figura del impuesto sobre ingresos brutos de las plataformas digitales puede ir más allá del tipo fijo de gravamen. Nada impide la progresividad de los tipos de gravamen en función de las dimensiones económicas y de mercado de las grandes plataformas.

El punto de partida, precisamente, es la denominada *price-based royalty* empleable para gravar las industrias extractivas. Un impuesto que aumenta conforme al aumento de los beneficios o de los precios. La idea es que la regalía o el canon basado en el ingreso íntegro varíe con los cambios en los precios de los productos.

*"A price-based royalty captures some of the desirable attributes of an income or resource rent tax, but in comparison to such taxes, it is easier to administer since revenues are much less sensitive to transfer price manipulation and tax avoidance efforts."*<sup>405</sup>

Del canon o regalía progresivo puede desprenderse la oportunidad análoga de gravar progresivamente la renta digital en la jurisdicción donde opera, mediante un impuesto sobre los ingresos íntegros en la dirección del modelo europeo de Impuesto sobre Servicios Digitales.

Por último, se justificaría un tipo de gravamen de excepción, diferenciado, en el Impuesto sobre Sociedades, siendo la persona digital un recurso natural que es fuente de *excess profits* (Hobson, Griziotti), vinculado a la obten-

404. D. Shaviro, Digital Services Taxes and the Broader Shift from Determining the Source of Income to Taxing Location-Specific Rents, September 3rd, 2019.

405. K. A. Clausing, M. C. Durst, A Price-Based Royalty Tax?. [ssrn.com/abstract=2732797](https://ssrn.com/abstract=2732797).

ción de elevados retornos residuales sobre la inversión practicada.

El impuesto digital, sobre el recurso natural de los datos de las personas, de la persona digital, debe respetar un punto importante: la contribución al gasto público debe compensar o reembolsarse como dividendo social a los propietarios reales del recurso natural: los ciudadanos de la comunidad.

La fiscalidad del capitalismo de vigilancia, a cargo del Estado, debería nutrir el dividendo social a cada ciudadano de la comunidad. Esto lleva a la creación de un Fondo Cívico *earmarked* que permita la devolución de los ingresos recaudados a los ciudadanos que crearon el valor digital.

El uso de recursos comunes y naturales por algunos debe consentir a cualquier ciudadano residente de una comunidad recibir una renta compartida en periodos regulares, con carácter general.

La participación de los usuarios en la riqueza que se origina de sus datos justifica la idea de California en 2019 de un *Data Dividend*.

*"But California's consumers should also be able to share in the wealth that is created from their data. And so, I have asked my team to develop a proposal for a new Data Dividend for Californians, because we recognize that your data has value and it belongs to you". (Gov. G. Newsom).*

La explotación económica del recurso natural y común de los datos de cada persona significa que una parte de su valor debe servir para retribuir a los que son sus legítimos propietarios, por el privilegio que ayudan a sostener para los beneficiarios de la explotación.

Los recursos naturales y comunes pueden servir para la constitución de un dividendo social para todos los miem-

bros de la comunidad. Nadie puede reprochar que la riqueza producida por un recurso natural común merece el reparto a los que de algún modo tienen derecho a su participación como propietarios y usuarios.

Este pago es un dividendo que se funda, por un lado, en que todos son propietarios de una parte en los recursos naturales y comunes, habilitados para acceder a una porción de los beneficios obtenidos y, por otra, que, sin su concreción, el valor del algoritmo no pasaría de una aproximación matemática.<sup>406</sup>

La extracción de datos equivale a la extracción de valor de la digitalización de los datos personales para la elaboración de productos predictivos. Exactamente, un recurso común natural, de la misma categoría que el petróleo o la minería.

No es una analogía novedosa. *G. Fransoni* compara la presencia material de un establecimiento permanente en la extracción de recursos naturales con la extracción inmaterial de datos, *data mining*.

La adquisición de datos, como lo fue el petróleo, los metales o las piedras preciosas para las industrias extractivas es la materia prima principal de valor que *"tiene como su fuente a los miembros de las colectividades residentes en cada Estado, los cuales constituyen su "mina"*.<sup>407</sup>

*A. Aslam y A. Shah* en un reciente documento del Fondo Monetario Internacional, aprecian los cambios Tectónicos que apareja la imposición digital a la Tecnología. (*Tec (h)*)

---

406. T. Rosembuj, Taxation and Capitalism of Surveillance, Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, LXXIII, 2, I, 2019.

407. G. Fransoni, La proposta estone di una web tax basata sul numero dei clienti: stabile organizzazione virtuale o reale?, rivista di Diritto Tributario, 21 settembre 2017.

*tonic Shifts: Taxing the “Digital Economy”, coincidentes con las posiciones que aquí se exponen.*<sup>408</sup>

El punto de partida es el claro reconocimiento de la participación del usuario en la creación de valor de los servicios digitales, la necesidad de formular un nexo virtual y la decrepitud del principio *at arm’s length*.

La nueva actividad económica se apoya en la recogida y procesamiento de los datos. Y su aproximación es a la categoría de recurso natural, como la exploración y extracción de petróleo de los depósitos nacionales autorizados.

*“And just as natural resource companies explore for and then extract crude oil from designated national deposits using exploration and extraction technology, user data is collected from individuals through the provision of ‘free’ digital services—the “digital barter”.*

La comparación sirve para fijar algunas perspectivas del tratamiento fiscal de la generación de datos.

Primero, la atribución de los derechos de imposición sobre las rentas derivadas de los recursos naturales es ampliamente aceptada y establecida. Segundo, la valoración de los datos extraídos puede apoyarse en los métodos de los recursos naturales en la medida que circula como otra mercancía (ficticia) informacional. Tercero, la práctica fiscal sobre las industrias extractivas puede inducir al diseño de un régimen apropiado para gravar elevadas rentas económicas derivadas de la extracción y procesamiento de los datos.

Los datos no son una mercancía tangible, ni siquiera es estrictamente mercancía verdadera, pero, su función mercantil la hace equivalente a otras mercancías en sectores

---

408. A. Aslam, A. Shah, Tec (h) tonic Shifts: Taxing the “Digital Economy”, WP/20/76, May 2020.

de referencia, en este caso, la explotación de las industrias extractivas. Los datos personales del usuario es un recurso natural.

La propiedad de los datos corresponde a cada persona; pero, su locación y pertenencia social, cultural, política, económica, la convierten en activo antropogénico del Estado-Nación donde se encuentra. La custodia de los datos personales, como la de cualquier otro recurso natural, está bajo la autoridad fiduciaria del Estado.

*“For example, in the case of natural resources, governments typically hold the resources in trust on behalf of their citizens and collect payment for extraction in the form of government revenues”.*

La identificación de los datos personales como recurso natural, como activo colectivo nacional obliga a que la soberanía no responde a la soberanía de cada persona, sino del Estado. Es la mejor de las atribuciones del bien público protegido para su tutela de la arbitrariedad de terceros que lo menoscaben.

*“In the case of digital services, data on the behavior and preferences of a country’s citizens would be seen as a **collective national asset** with compensation for its use payable to the government. Indeed, a government is better placed to exert collective power on behalf of individuals who cannot capture their rents by levying a tariff (for example, an export tax) on the extraction of data by foreign digital service providers”.*

El fundamento es evidente si la información proporciona un valor mercantil en sí misma, como si fuera otro recurso natural, surge el deber de contraprestación a la jurisdicción donde se recoge y se trata y ello puede producirse desde el Impuesto sobre Sociedades local o mediante establecimiento de impuestos específicos sobre los servicios digitales o royalties de naturaleza tributaria.

Recién ahora los Estados comienzan a pensar en la disciplina fiscal de los datos personales, de la persona digital. A la vanguardia figuran el proyecto de Impuesto de Servicios Digitales de la Unión Europea y la *Equalization Levy* de la India, o sus similares, entre otros, en el Reino Unido, España, Francia, Italia

*“However, governments are now exerting greater sovereignty over their citizens’ data and seeking a ‘fairer’ global distribution of tax revenues, both through the corporate tax system and through the application of new instruments.”*

El derecho a la imposición de la jurisdicción de residencia del usuario obliga a modificar la presencia física o material del establecimiento permanente por un nexo virtual, para permitir el gravamen de las ventas remotas y evitar la fragmentación o elusión mediante entidades comisionistas, que esconden el verdadero beneficio del grupo de la plataforma digital o de la plataformización.

Finalmente, el artículo señala la decadencia del principio *at arm’s length* en la medida que los datos personales como activos intangibles de información devienen la actividad dominante de la empresa y la fuente de su valor.

*“Frustrations with their abuse of the arm’s length principle and the growing shortcomings of current nexus requirements for permanent establishment highlight the inadequacies of this approach.”*

La posición de los EEUU ha hundido la propuesta de solución unificada de la OCDE, curiosamente, basada en su renuncia a los principios que ella mismo propuso de buen inicio. La cobardía intelectual normalmente no da frutos. Pese a ello, la creación de valor digital en la jurisdicción y por el usuario no parece refutable. El futuro de la imposición digital no puede seguir amparada en principios de los años 20. Los cambios son inevitables. Como bien dicen *A. Aslam* y *A. Shah*.

*“What this paper attempts to highlight is not only the value of the user to highly-digitalized businesses but also that the user is likely to become increasingly important for all businesses going forward. Therefore, it would seem increasingly impossible—even negligent—to deny their role in providing a basis for taxing rights and the attribution of profits. For this reason, shifts in the international tax system to reflect their worth not only seem inevitable but also tonic.”*

El modelo de negocio digital se funda en la recogida, análisis y venta de información personal.

Primero, las empresas oligopólicas digitales *Google, Facebook, Microsoft, Verizon Twitter, Amazon-*. Segundo, intermediarios de datos (*brokers data*), *por ejemplo*, Oficinas de Crédito, que adquieren datos personales de cualquier clase y nivel provenientes de cualquier clase de organizaciones y proceden a su tratamiento y elaboración. Tercero, las compañías de tarjetas de crédito y de asistencia médica y sanitaria. Cuarto, la información acumulada por aparatos de TV, vehículos o móviles, mecanismos de seguimiento inteligentes. Quinto, la distribución comercial mayorista; cadenas de supermercados, turismo, viajes, hoteles y empresas industriales en general. Sexto, las organizaciones públicas de información y los partidos políticos.

En un reciente informe desarrollado en los EEUU se desprende que los rendimientos derivados de estas operaciones suponen en total casi 52. 5 mil millones de dólares en 2016, 63. 8. en 2017 y 76. 0. en 2018.

*“Given how valuable and relatively inexpensive these data are to gather and use, it is virtually certain that in coming years, the capture of personal information will spread to more industries and businesses, the analyses of those data will be more detailed and sophisticated, and the commercial, social and political uses of the personal profiles drawn from those data and analyses will proliferate. It also seems likely that technologists will figure out how to sidestep or defeat any conventional regula-*

*tion aimed at controlling or discouraging these activities, as they have been already with regard to financial healthcare information.* <sup>409</sup>

La dimensión de la superrenta digital no tiene otro fundamento que el efecto digital de red, el número de usuarios y complementadores, que la nutren. La infraestructura que posibilita el almacenamiento, búsqueda, copia, filtro, manipulación, perfiles, transmisión y recepción de información no tendría recorrido sin sus activos intangible principales, los datos personales.

Alguna teoría sostiene, equívocamente, que el valor del dato recae en su proceso y análisis antes que, en su propia consistencia como materia prima, un modo como cualquier otro para depreciar su importancia.

*“One problem with any form of taxation based on the participation of digital users is the difficulty in quantifying the value they provide with any degree of accuracy. Although the existence of value seems unquestionable, many will argue that the true value lies not in the raw data but the extensive processing and analysis that allows it to be translated into commercial applications. If raw data isn’t directly usable, what good is it?”* <sup>410</sup>

El valor de la materia prima, del dato personal, es determinante en el *excess profit*. Y su insustituibilidad abre el camino para su uso, sea como tal, sin tratamiento, como mero activo de información o, al empleo de los algoritmos que abstraen sus elementos intrínsecos para la elaboración de segundos productos predictivos o fórmulas que sirven para incrementar su valor primario. Al día de hoy, lo que no puede sustentarse seriamente es la dificultad de valorar la participación del usuario en la creación del valor de renta digital. Y ello, porque los números lo son todo.

409. Who Owns Americans’ Personal Information and What Is It Worth?1 Robert Shapiro and Siddhartha Aneja Future Majority 2019.

410. Robert Goulder, Should Data Extraction Be Taxed as a Natural Resource? July 27th, 2020, TAXES NOTES.

Una plataforma digital, cualquiera que sea su naturaleza, vale cuanto la cantidad de usuarios que dispone y los datos personales de los que se apropia. La referencia apropiada es la consideración del resultado de la mercancía informacional, producto no físico ni material, de naturaleza intangible.

Los nuevos intangibles, los datos personales, nacen con vocación de uso universal, porque la multiplicación de usuarios no los deprecia ni excluyen a otros y el efecto de red proporciona, al mismo tiempo, el monopolio de su espacio digital. La superrenta digital tiene un diseño circular: nace de la materia prima que es la persona y retorna a la persona, igual o de otra forma, con un valor añadido superior.

Los nuevos intangibles, obviamente, no son un recurso natural físico o material, compartiendo la suerte de la mayor parte de los intangibles que no ofrecen mercados organizados donde se compran y venden.

La ausencia de mercados de intangibles, del tipo de las materias primas, industrias extractivas, metales preciosos, no impide su comercio a través de aproximaciones más o menos próximas y poco transparentes, como pueden ser las licencias de patentes, de know how, inversiones en Investigación y Desarrollo, gastos de publicidad, y, sobre todo, en las operaciones entre empresas relativas a fusiones, adquisiciones, joint ventures, alianzas estratégicas. Basta informarse sobre las transacciones de capital digital, para reparar que la expansión y/o eliminación de rivales, adquiere un valor económico contable y financieramente no justificado. O el intangible vale mucho más que lo que se piensa, o los precios de adquisición de otras empresas o de rivales, es un comportamiento irracional, lo cual no se lo cree nadie.<sup>411</sup>

---

411. Jh. R. M. Hand, *The Increasing Returns-to-Scale of Intangibles, en Intangibles Assets, Values, Measures and Risks*, ed. Jh. Hand, B. Lev, Oxford 2003.

Los datos personales son un recurso natural renovable, la materia prima desprendida de la persona, pero distinta. Un recurso natural que pertenece a la comunidad de las personas residentes en una jurisdicción determinada y bajo gestión fiduciaria del Estado. A la pregunta si se trata de recursos de la misma naturaleza genérica de los combustibles fósiles o la madera de los bosques la respuesta es claramente afirmativa. Es un recurso natural identificable con las personas convivenciales socialmente y que usan una cultura, una lengua, usos y costumbres similares.

Por añadidura es un recurso natural que no desaparece nunca, expuesto a utilización eterna o infinita. Los datos personales, paradójicamente, van más allá de la biología del titular. Religiosamente son una reencarnación de la persona.

## 58. El impuesto digital no es discriminatorio.

¿Es justificable desde el principio de capacidad contributiva la progresividad de un impuesto sobre el volumen de negocios o cifra de ventas?

Así lo confirma en una reciente sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en coincidencia con la Opinión de la Abogada General.<sup>412</sup>

La Opinión de la Abogada General *Kokott* parte de la premisa que la imposición fundada en el beneficio no es la única forma compatible con el principio de capacidad contributiva; este también incluye el impuesto sobre la cifra de negocios.

---

412. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020. Tesco-Global Áruházak, Zrt. Asunto C-323/18.

Primero, por el hecho que los altos beneficios no son posibles sin una alta cifra de negocios y segundo, por el hecho que el beneficio derivado de una cifra de negocios adicional (beneficio marginal) se incrementa con la caída de los costos fijos por unidad. La cifra de negocios no es una consideración irracional como reflexión del tamaño o posición de mercado y beneficios potenciales de la empresa, indicadores de capacidad contributiva susceptible de gravamen progresivo.

Es erróneo concebir como discriminatorio el gobierno de la diferencia tributaria entre los contribuyentes en base a la capacidad contributiva.

No hay una relación directa entre el gobierno de la diferencia y tratamiento desigual entre contribuyentes de tamaño o envergadura distinta. La discriminación depende del deber de contribución constitucional al gasto público de cada Estado Miembro, en base a su acogida del principio de capacidad contributiva. Si la disciplina sujeta a contribuyentes de diversa capacidad contributiva a diverso tratamiento no se vulnera ni la libertad de establecimiento ni, tampoco, la ayuda de Estado.

La línea divisoria entre el gobierno de la diferencia y la diferencia de gobierno entre la diferencia proporcional congruente imparcial y el distingo arbitrario caprichoso o encubierto estriba en el propósito y efecto discriminatorio que afectan las condiciones de competitividad. El fin y el propósito no es otro que el propósito y el efecto de la protección de la base imponible local.

La discriminación intencional debe ser legalmente relevante, y no una mera correlación de coincidencias. Ello exige que propósito primario fue el de crear desventajas a las empresas extranjeras y apoyadas por el Estado Miembro en tanto tal y que no existan otras razones objetivas que lo justifiquen.

La intención está en la forma que configura la medida y el propósito nunca es identificable con el intento subjetivo del legislador. El propósito discriminador no puede desgajarse de la mente del legislador o de su objetivo íntimo sino de la ratio objetiva que revela la medida y su contenido patente.<sup>413</sup>

El propósito primario es, obviamente, objetivo y el soporte del Estado está en la configuración, arquitectura, texto y contexto de la disposición adoptada y la motivación nace de las normas aprobadas. No cabe el propósito discriminatorio si esté no se infiere de la estructura, diseño, arquitectura visible de las medidas. Desde luego, gravar con distingo la distinta capacidad contributiva no conforma un supuesto de discriminación competitiva.

No hay distorsión de competición si el impuesto se paga por una cifra de negocios idéntica *"If a higher tax is payable for higher turnover, the same 'unequal treatment' exists as where higher tax is payable for higher profit"* (par. 168).<sup>414</sup>

La cifra de negocios puede asumirse como índice de capacidad contributiva. No es la ganancia neta el único indicador válido de capacidad contributiva y capacidad financiera. El volumen de negocios o la cifra de ventas es un plausible indicador de capacidad contributiva. El principio de capacidad contributiva aparece reconocido por la jurisprudencia europea al menos respecto a la coherencia del sistema tributario en conjunción con el principio del Estado de Bienestar. (art. 3 (3) TEU).

413. Opinion of Advocate General Kokott delivered on June 13rd, 2019, Case C-75/18, *Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt. v. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, ECLI: EU: C: 2019: 492, para. 84.

414. Opinión de la Abogada General Kokott de 4 de julio de 2019, 25 (**Case C-323/18 Tesco-Global Áruházak Zrt. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága**).

*“It would not therefore appear unreasonable to regard turnover, as a reflection of an undertaking’s size or market position and potential profits, also as a reflection of its financial capacity and to tax it on that basis. “. . . Consequently, the general presumption evidently made by the Hungarian legislature that, as a rule, larger (higher-turnover) undertakings also have more financial capacity than smaller undertakings (see also the preamble to the Law on the special tax) is in any case not manifestly incorrect. The (private) banking sector also differentiates in lending operations according to the volume of turnover of the borrower. **Even the planned EU digital services tax appears to be based on this presumption if only undertakings from a certain turnover limit are to be taxed (regardless of whether they actually generate profits).** Therefore, turnover is perhaps not an ideal indicator, but neither is it an irrelevant indicator of financial capacity. (par. 101, 102).*

La imposición sobre la cifra de negocios impide mejor que la que se aplica a los beneficios el uso de planificación fiscal agresiva para la erosión de las bases y el desplazamiento de las ganancias, citando uno de los motivos (23) de la Comisión para la introducción del Impuesto Europeo sobre Servicios Digitales, asegurando que la oportunidad de elusión y evasión reside en las grandes empresas. (Opinión, par. 103).

La Abogada General también hace una referencia al impuesto sobre servicios digitales proyectado dentro de la Unión Europea. No sería abuso de derecho aplicar un impuesto progresivo sobre la cifra de ventas de las grandes plataformas digitales para asegurar una fiscalidad equitativa respecto a las pequeñas empresas operativas solo dentro de la Unión Europea.

Es decir, no solo sostiene la propuesta de fiscalidad de los servicios digitales, sino que propende a la progresividad de tipos de gravamen, no contemplada en el proyecto europeo.

*“This is also consistent with the approach taken by the Commission in the planned EU-wide digital services tax. The Commission is also attempting to obtain a greater contribution to public costs from multinational undertakings (in that case primarily from certain non-member countries) if they generate profits within the EU, without being subject to income tax there. **If the Commission considers a turnover-based progressive tax for certain undertakings to be necessary in order to ensure fair taxation between larger, globally operating undertakings and smaller undertakings operating (only) throughout Europe, a comparable national tax which seeks to obtain a greater contribution to the public burden from larger undertakings than from smaller undertakings can hardly, in principle, constitute an abuse of rights.**” (Opinion par. 96).*

Y vuelve a insistir:

*“Accordingly, as the Commission itself shows with the proposal for a digital services tax, turnover can also be seen as a (slightly rougher) indicator of greater economic power, and thus greater financial capacity. (Opinion par. 169)*

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sienta una conclusión coincidente con la Opinión de la Abogada General Kokott:

*“La tributación progresiva puede basarse en el volumen de negocios, ya que, por un lado, el importe de este último constituye un criterio de distinción neutro y, por otro, es un indicador pertinente de la capacidad contributiva de los sujetos pasivos. Se desprende que, al aplicar un baremo marcadamente progresivo basado en el volumen de negocios, dicha Ley pretendía gravar a los sujetos pasivos con una capacidad contributiva «superior a la obligación tributaria general».”<sup>415</sup>*

La progresividad del impuesto no se agota en el beneficio o la ganancia. La cifra de negocios es un índice válido de capacidad contributiva para diferenciar legítimamente entre contribuyentes que poseen una aptitud contributiva superior a otros.

415. Sentencia cit. Par. 70 71.

No es contraria a la normativa comunitaria un Estado miembro que:

*“establece un impuesto de carácter marcadamente progresivo sobre el volumen de negocios cuya carga efectiva recae principalmente en empresas controladas directa o indirectamente por nacionales de otros Estados miembros o por sociedades que tienen su domicilio social en otro Estado miembro debido a que estas empresas realizan los mayores volúmenes de negocios en el mercado de que se trate”.*

La configuración del contribuyente en base a la talla o dimensión económica no constituye una discriminación nacional encubierta, porque es fácilmente constatable que la discriminación objetiva lo es con respecto a los operadores menores y conforme a los principios que guían el sistema tributario nacional. Es una aplicación de la tutela protectoria fiscal a la base de imposición del país.

La tutela protectoria fiscal del mercado interior forma parte del funcionamiento del mercado único europeo.

En consonancia, la diferencia del servicio semejante no equivale a la de su proveedor, en este caso, las plataformas digitales, que, como tal, puede ser objeto de tratamiento diferenciado, v. g. las medidas fiscales de protección. Los proveedores de servicios semejantes localizados en distintas jurisdicciones de la del Estado miembro pueden ser legítimamente tratados en forma diferente. NO puede establecerse la semejanza por el servicio sin ponderar las cualidades propias del proveedor.

En suma, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechaza la ideología conservadora que pretende ver en los impuestos digitales supuestos de discriminación por nacionalidad. El fondo de su razonamiento, auspiciado por la Opinión de la Abogada General, es que no hay discriminación cuando se confronta la diversidad por la diferencia entre capacidad contributiva de los contribuyentes

y el Estado reacciona en la protección de su base de imposición.<sup>416</sup>

## **59. La lengua como conexión territorial suficiente. El nexo virtual.**

La actividad de Google Irlanda que se realiza en Hungría está sujeta al Impuesto de Publicidad, cualquiera que sea su lugar de residencia. La actividad gravable comprende la publicidad digital si la propaganda o la web en la cual aparece están principalmente en lengua húngara.

La naturaleza del Impuesto de Publicidad es la de un impuesto directo sobre la renta.

*“Desde esta perspectiva, no resulta convincente la calificación del impuesto sobre la publicidad de impuesto sobre el consumo basado en el volumen de negocios. Por el contrario, según está concebido, el impuesto húngaro sobre la publicidad se aplica directamente a los prestadores de servicios. Pretende gravar la capacidad financiera de estas empresas, y no la de sus clientes, como evidencia, en particular, el hecho de que los clientes pueden cumplir con su obligación tributaria con la simple información sobre la empresa que realiza la publicidad, con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra b), de la Ley del Impuesto sobre la Publicidad. Por lo tanto, por sus características, el impuesto especial para las empresas publicitarias se asemeja a un impuesto directo especial sobre la renta cuya base imponible, en lugar del beneficio, la constituyen «simplemente» los ingresos obtenidos durante un determinado período de tiempo. Así pues, tiene el carácter de un impuesto directo sobre la renta...”*<sup>417</sup>

416. R. Mason, L. Parada, The Legality of Digital Taxes in Europe, University of Virginia School of Law, April 2020, Virginia Tax Review, 2020, forthcoming.

417. Conclusiones, Abogado General J. Kokott, 12 setiembre 2019, Google Ireland L. c/ Nemzeti Adó-és Vámhivatal Kiemelt Adó-és Vámigazgatósága, par. 33.

La potestad tributaria de Hungría no puede discutirse siempre que pueda justificarse una conexión razonable para la aplicación del impuesto. La conexión no es únicamente mediante la presencia física o material; sino, también, por vínculos personales que hacen a la persona colectiva localizada en un espacio determinado.

La lengua es la conexión territorial suficiente. La publicidad se dirige a personas residentes en territorio húngaro, a usuarios de lengua magiar.

*“Por lo tanto, Google genera ingresos con «ayuda» de la población de Hungría que sin embargo no tributan en dicho país. Sin la invención de Internet, probablemente la mayor parte de estos ingresos solo se podrían conseguir mediante un establecimiento situado en territorio húngaro, y Hungría hubiera podido percibir sin más el correspondiente impuesto sobre la renta. ¿Ha de perderse esta competencia únicamente porque el progreso técnico genere nuevas posibilidades de obtener ingresos sin la presencia en el Estado miembro de que se trate?”*<sup>418</sup>

La ausencia de presencia física o material, de establecimiento permanente, no obsta para que la plataforma digital obtenga ingresos con la ayuda de los usuarios en Hungría, sin que ello deba suponer que el Estado pierda su competencia de percepción del respectivo impuesto sobre la renta.

La utilización de la lengua oficial es una conexión territorial suficientemente razonable, porque permite la obtención de renta digital a través de Internet.

*“Nadie puede discutir que la lengua constituye un elemento importante de la identidad de una nación y, por tanto, guarda una estrecha relación con un Estado y su territorio.... Ello implica que el uso de la lengua húngara puede ser indicio de una orientación de la actividad de Google al territorio húngaro.”*<sup>419</sup>

---

418. *Ibidem*, par. 49.

419. *Ibidem*, par. 50, 51.

La participación del usuario es un recurso natural del Estado-Nación y su lengua oficial, dato personal de singular relevancia, se puede configurar como elemento de identidad de una nación en estrecha relación con el territorio y la organización del Estado. La lengua es un perfil inmaterial de la contribución de la naturaleza a la identidad cultural de la gente.

El uso del mercado por parte de Google se asienta en que la publicidad húngara en Internet es normalmente empleada por nacionales húngaros. La lengua es el establecimiento permanente virtual que legitima la sujeción al Impuesto de Publicidad. Google debe registrarse como contribuyente.

La opinión de la Abogada General es realmente preciosa porque contribuye a ratificar la convicción que la persona digital es parte de los recursos naturales de cada Estado-Nación y que la lengua es constitutiva de la localización del dato personal para su captura, acumulación y tratamiento, susceptible de gravarse como manifestación de capacidad contributiva de un impuesto directo sobre la renta.

La lengua inspira una renovada aproximación al nexo virtual, que, hasta ahora, no se tomaba en consideración.

La economía de la lengua es una disciplina en formación, de carácter pluridisciplinario, que apura algunos presupuestos de la lengua que nos sirven de referencia específica.

La lengua es como tecnología o herramienta social de comunicación, es un bien público. Su uso no excluye a ninguno y el uso de muchos no agota el de otros. La lengua es un instrumento que aventaja a todos y ninguno puede ser excluido de su beneficio, de carácter indivisible, de goce plural o colectivo. La lengua como bien público impide su

apropiación por parte de ningún agente económico para su aprovechamiento.<sup>420</sup>

La lengua es un recurso natural de una comunidad que mantiene integrados a sus partícipes en sus valores, normas morales de comportamiento, y las redes sociales; esencial para las emociones y sentimientos individuales que devienen sociales. Es el ejemplo de valor intangible creado de la cooperación entre naturaleza y sociedad.

*“A través de la lengua se comunican, por tanto, algo más que ideas: se transfieren también emociones, valores, modos de vida y referentes compartidos.”*<sup>421</sup>

Se le llama capital social para destacar sus adjetivos de cooperación y confianza recíproca comunitaria. Sin embargo, la definición de capital social no es la adecuada. Es una forma de capital natural que se traduce en la producción de beneficios para los que la cultivan. La lengua es de cada individuo en su relación con los otros.

Es un recurso natural de la persona en sociedad cuyo origen y pertenencia es estrictamente de la persona como tal y que se impone en la relación e interconexión con otras personas en circunstancias iguales. Un recurso natural como puede ser un yacimiento o un río. La naturaleza económica de la lengua está próxima a la de los recursos extractivos.

*“... No se produce hierro o bauxita: lo que se hace es “extraer” hierro o bauxita de las correspondientes minas: condición necesaria para la posterior utilización productiva de esos minerales.”*<sup>422</sup>

---

420. J. C. Jiménez, La Economía de la lengua: una visión de conjunto, Universidad de Alcalá, 2006, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, fundación Telefónica.

421. J. Alonso, Naturaleza económica de la lengua, 2006, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Fundación Telefónica, p. 5.

422. J. Alonso, cit. p. 6, 7. La lengua es un recurso natural renovable inagotable por su uso.

Efectivamente, *J. Alonso* tiene razón: el lenguaje es una mina renovable, como las personas, cuya extracción es esencial para su posterior aprovechamiento económico, con la particularidad, que su valor de uso es gratuito, a coste cero. Su valor económico aumenta en la medida que se amplía su consumo.

La lengua es un desprendimiento de la necesidad de coexistencia en común y de la coexistencia de necesidades comunes de las personas en la sociedad. Es una contribución de la naturaleza a las personas, un activo antropógeno, y un bien público susceptible de salvaguardia por los poderes públicos frente a la pretensión de su debilitamiento, postergación o extinción por parte de terceros ajenos a la comunidad. El bien público de la lengua es signo de identidad colectiva y cultural.

La lengua de cada uno en común es un capital natural que identifica un elemento de identidad colectiva. El intangible lingüístico dice del conjunto, del conocimiento compartido, de la comunicación y vínculo de una sociedad ante terceros u otras sociedades.

*“Uno de los elementos identificadores de ese colectivo, acaso uno de los más visibles, es la lengua, que opera entonces como un factor de vínculo y de reconocimiento de este conjunto de elementos de identidad”.*<sup>423</sup>

Finalmente, la lengua es portadora de externalidades de red, *network effect*, como las redes digitales, en cuya virtud su valor potencial está críticamente vinculado al número de los que la practican o a la multiplicación de los beneficios de los usuarios actuales.

*“La presencia de externalidades de red confiere a la lengua (equivalente, en este caso, a un software de comunicación) el carácter de bien*

---

423. J. Alonso, cit. p. 20.

«supercolectivo»; esto es, que cuantos más individuos participen del consumo del bien, mayor será su valor”.<sup>424</sup>

La lengua es “*red metafórica*”, que provee interrelaciones en las cuales no hay conexión física y destaca porque no puede ser objeto de apropiación privada.<sup>425</sup>

El uso de la tecnología de comunicación lingüística por parte de la actividad de las plataformas digitales en los distintos países es clave para su acceso al mercado con los fines que les son propios. Por un lado, ampliar su efecto de red y por otra obtener una renta (ricardiana) diferencial.

El uso abierto de las lenguas locales es un instrumento decisivo para la captura de la renta digital del recurso natural que denominamos lengua. No puede accederse a ningún mercado sin el uso de la capacidad de comunicación que ofrece la lengua. O, también, sin la lengua no hay transacciones económicas posibles. De ello es fácil comprender la causa de la lengua como nexo de conexión virtual.<sup>426</sup>

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea coincide a grandes rasgos con la opinión de la Abogada General o, al menos, no motiva su diferencia ni confronta su Opinión sobre la lengua. En la sentencia conviene en señalar como contrario al artículo 56 TFEU el sistema de multas establecidas por el volumen y la celeridad de su acumulación en caso de incumplimiento del deber de información al Impuesto sobre Publicidad. El tiempo requerido para su cumplimiento se considera desproporcionado y el conjunto total de las multas sobre los proveedores extranjeros de

424. J. C. Jimenez, cit. p. 11.

425. S. J. Liebowitz, St. E. Margolis, Network Externality: An Uncommon Tragedy, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 8, 2, 1994, p. 136.

426. J. Alonso, cit. “...sin transacciones no existe vida económica; y sin la capacidad de comunicación que proporciona una lengua, cualquiera que ésta sea, las transacciones serían imposibles.”, p. 4.

servicios fue calificado de discriminatorio e injustificado en comparación con la obligación similar de los proveedores de servicios domésticos.

Los ciudadanos de una sociedad son seres sociales, en un marco espacial y político particular identificable e insustituible, por lo que las personas llevan a cabo sus actividades de comunicación y de conexión por medio de la lengua. Es una lengua y no otra la que da valor a la convivencia y esta exclusividad no tiene carácter reduccionista o discriminatorio, sino de pertenencia, de lugar. El contexto de la lengua es el texto de la localización. El texto es un recurso natural, sometido a de los usos sociales, de la educación, de la promoción cultural, social y económica de los sujetos parlantes. Su explotación económica ofrece beneficios desproporcionados a las plataformas digitales y, aún, posibilidades de empobrecimiento a los niveles lingüísticos propiciarles de la sociedad. La conservación y continuidad de la lengua forma parte de los recursos naturales primarios de la comunidad.

No se equivoca quien valorando las Conclusiones de *Kokott* y la sentencia sostiene que se trata de una expansión de la doctrina del establecimiento permanente, partiendo de la vinculación territorial entre una nación y su lengua (rectius: entre una nación y su comunidad en un territorio determinado).

*"If Italy were to enact an identical Google tax, without the overbearing penalties, would it pass muster? What about Germany or Spain? We can only speculate as to the outer limits of language-as-nexus, but it seems those boundaries are there".*<sup>427</sup>

427. R. Goulder, *Language as Nexus: The Shape of Future Google Taxes*, *Tax Notes Int.*, 6/1/2020; R. Finley, *Language Can Create Nexus for Hungary's Advertising Tax, AG Says*, *Tax Notes Int.*, September 16th, 2019.

Hungría obtuvo el nexo virtual desde la lengua, desde el dato personal más íntimo de la persona digital, Nada impide que otros Estados Miembros de la Unión Europea pretendan lo mismo que Hungría mediante impuestos sobre la renta digital, que se consiguen de la usabilidad económica del mercado local.

La lengua como establecimiento permanente.

## 60. El inglés como lingua franca.

Hay una tendencia subyacente orientada a la imposición del inglés como *lingua franca* en la fiscalidad internacional, Es una expresión sincera de colonialismo cultural y económico de los principales países de lengua inglesa. Los argumentos son finalmente pedestres y utilitarios. Se afirma que el inglés es la lengua global del comercio y de la empresa.

*"It is the language of globalization – of international business, politics and diplomacy".*<sup>428</sup>

El punto reductivo de partida lleva a propiciar que los países de lengua inglesa deben abandonar su política de conclusión de tratados fiscales multilingüísticos, sin el texto inglés prevalente y negociar esa superioridad toda vez que sea factible.<sup>429</sup>

*"tax treaties are not works of philosophy, poetry, or literature, essential for defining cultural identity, but international legal tools to facilitate cross-border trade, business, and investment".*<sup>430</sup>

428. R. X. Resch, Why Can't the Germans...? English as Lingua Franca for Tax Treaties, Intertax, vol. 47, 11, 2019.

429. J. F. Avery Jones, Why Can't the English. . . ? 73 (6/7) Bull. Int'l Tax'n, s. 5, 2019.

430. R. X. Resch, cit.

El tratado internacional es una de las manifestaciones superiores de identidad cultural y jurídica de cada país y conlleva una esencia de representación que reúne a la vez Estado, sociedad, derecho. La lengua asume una jerarquía similar y su estatura no puede plegarse a preferencias utilitarias inevitablemente contaminantes.

Estamos en el ámbito estricto de la soberanía fiscal. El tratado para evitar la doble imposición es una expresión de la máxima jerarquía de cada jurisdicción respecto a su ordenamiento jurídico. El abandono de la lengua propia a favor del inglés deja sin tutela cualquier discrepancia sobre el alcance y efectos normativos del convenio internacional, en la medida que los órganos judiciales, la Administración y los expertos locales se comunican en su propia lengua. El nacionalismo lingüístico es meramente una cuestión de supervivencia.

¿Por qué debe un país defender su interés fiscal con la lengua del otro signatario, cuyos matices y aplicaciones normalmente ignora? La renuncia a la propia lengua confiere al otro Estado una ventaja lingüística porque deja el control del sentido, las asociaciones y referencias de interpretación y aplicación del tratado al dominio de la lengua ajena. A esto se suma que lleva implícita la sumisión de la soberanía fiscal a la jurisdicción anglosajona del *Common Law*, que no de su propio ámbito de derecho internacional.

La concepción de base es el lenguaje como mero instrumento de contratación económica, de facilitador de transacciones entre empresas dedicadas al comercio global. No es esto lo que depara la lengua, como recurso natural, a cada país y a sus habitantes. Hay una riqueza social e identitaria que no puede quedar a merced de la empresa global, so pena de extinción económica y empobrecimiento cultural.

La expansión digital convierte el problema en un nudo gordiano. El inglés es, sobre todo, la *lingua franca* de las plataformas digitales y de las empresas multinacionales en general. Su promoción y expansión implica la privatización de las lenguas locales, de los recursos naturales de los países, de la renuncia a su cultura e identidad básica de los habitantes.

Véase la paradoja resultante: si no se atiende a la lengua como conexión virtual; se deja expedito el camino para la invasión y conquista de cada espacio autónomo de comunicación lingüística, país por país. La *lingua franca* es una torpe tentativa para borrar los elementos de particularidad que enriquecen la cualidad de vida de cada pueblo en cualquier lugar del planeta.

## 61. El favor digital en el comercio mundial.

La cadena de valor global aspira a la gobernanza digital global para lo cual necesita la libre circulación del flujo de datos personales, de la persona digital, en todos los ámbitos y direcciones que se propone, sin interferencias o restricciones legales, fiscales, aduaneras.

La sociedad algorítmica transnacional es la principal de las amenazas para la soberanía de cada Estado sobre los datos de su gente por cada. Aquello que se da por descontado en la definición de Estado-Nación resulta cuestionado por la ideología de la persona digital, la sustracción de su recurso natural por excelencia, la identidad de la comunidad estable en su territorio.

La cadena global digital necesita los datos personales para su éxito, en cualquier lugar y momento. Su colección y tratamiento concierne a los Estados. El recurso está en su territorio y la renta potencial tiene la localización inmóvil de la gente.

La reiterada mención en los documentos internacionales de la OMC, de la Unión Europea e inclusive de la UNCTAD a la actividad positiva de las cadenas de valor global ensombrece su calificación, porque, solamente en materia digital, representan un agente negativo para los Estados en particular, como se está demostrando en materia fiscal, ambiental, derechos de trabajo, vida y salud. Es uno de los supuestos, como el de la competencia virtual, en la que el legislador está a años luz de la realidad a la que se afronta en la sociedad algorítmica transnacional. Si el mismo concepto elogioso sobre las características de la cadena de valor global: fragmentación, deslocalización, subcontratación, desregulación, erosión fiscal, daño ambiental, lo encontráramos en la criminalidad organizada o en el terrorismo antes que, en la empresa multinacional, estaríamos ante una amenaza global.

Desde 1998 la OMC incluye una moratoria a favor de la aplicación de tarifas cero sobre las transmisiones electrónicas, que, algunos Estados defienden sea permanente.

*“Estimating the shares of countries in the cross-border e-commerce market, it is found that only three countries, namely China, USA and UK have captured around 70% of the cross-border e-commerce market”*<sup>431</sup>

La mayor parte de los Estados son importadores netos a tarifa cero. No solo no obtienen recursos aduaneros, sino que facilitan la captura de la persona digital en su territorio, sin contraprestación alguna, reduciendo su recurso natural a la nada y perdiendo, en la emergencia, toda su potestad tributaria y aduanera, sea para fijar tarifas o impuestos locales.

*“The rising control of the advanced countries over the future manufacturing processes through AM becomes a matter of greater concern*

---

431. UNCTAD, *Rising Product Digitalization and Losing Trade Competitiveness*, 2017, United Nations, p. 18.

*when seen along with the rising monopolistic power of GAFAA (Google, Apple, Facebook, Amazon and Alibaba). GAFAA is gaining power through artificial intelligence, cloud computing, augmented reality and other such advance technologies which will make developing countries fast lose their competitive edge in manufactured products”*<sup>432</sup>

La doctrina de la Organización Mundial de Comercio interpreta que la soberanía sobre los recursos naturales no puede poner en entredicho la adhesión de los Estados a los acuerdos asumidos de comercio multilateral.

Los Estados Miembros pueden dictar medidas de excepción a los principios inspiradores del Acuerdo, siempre que cumplan con los valores o principios del sistema OMC en su globalidad por un solo convenio.

Las medidas restrictivas pueden integrarse siempre que presuman la preservación y explotación del desarrollo sostenible, sobre la base de una soberanía relativa que entienda la proporcionalidad entre los medios y objetivos en el ámbito de la salud, la vida, el ambiente, los derechos humanos y la protección y tutela fiscal de la base de imposición.

El Estado tiene derecho a la tutela de su riqueza natural si está ordenada hacia su desarrollo sostenible social y económico, si presta debida atención que su regulación no vaya en contra de los intereses comerciales de los otros Estados.

El interrogante que ahora se discute es si la soberanía limitada en el marco del sistema OMC sobre los recursos naturales es suficiente para proteger a la gente –la persona digital– de cada Estado, las empresas locales en inferioridad ante el oligopolio digital y la pérdida de ingresos públicos y aduaneros.

---

432. UNCTAD, *Rising Product*, cit. p. 17.

*“The moratorium currently leads to de facto discrimination against domestic suppliers and can be detrimental to infant digital firms. Domestic digital products and service providers pay domestic consumption taxes, while the foreign suppliers pay neither tariffs nor domestic consumption taxes for similar products and services where they are imported and consumed. Due to this tax disadvantage for domestic firms, the moratorium has resulted in the offshoring of domestic digital firms, which drains domestic tax revenues and jobs.”*<sup>433</sup>

La soberanía limitada en el sistema OMC no prejuzga el pleno uso de la potestad tributaria. Es una noción que no está ausente de los principales acuerdos. El artículo XX d) del GATT; el artículo XIV y la nota 5 a pie de página del GATS y, básicamente los artículos 7 y 8 del TRIPs. Reflejan una aproximación diferenciada, pero sustancialmente igual, al equilibrio entre la tutela proteccionista de los valores comerciales y de los valores no comerciales.; lo cual es evidente en la tutela protectoria fiscal (BEPS).<sup>434</sup>

La protección prohibida es legítima cuando sirve a la protección de la salud, vida, medio ambiente, derechos humanos o leyes imperativas de aplicación necesaria para la conservación de los intereses colectivos (blanqueo de capitales, fraude fiscal organizado, criminalidad organizada. Esto es válido, sea para el comercio de mercancías, de servicios, derechos de propiedad intelectual.

La igualdad competitiva es básica en el sistema OMC siempre que sea lícita y no lesiva. Nada obsta para que la reacción jurídica del orden público local impida sus efectos; siempre que no sea a través de medidas arbitrarias, in-

433. W. Cheng, C. Brandi, Governing Digital Trade- A New Role for the WTO, German Development Institute, 6/2019.

434. T. Rosembuj, Medio Ambiente y Comercio Mundial. Los Impuestos, Barcelona, 2005; T. Rosembuj, Los Impuestos y la Organización Mundial de Comercio, Barcelona, 2007.

justificadas o que supongan restricciones encubiertas. Hablamos de igualdad competitiva lícita y no lesiva.

Hay competencia comercial ilícita o lesiva toda vez que el sacrificio de los ingresos públicos de casi todos los Estados se vea mermados por otros Estados, sea por moratoria permanente de tarifas aduaneras o por reproche al ejercicio de la potestad impositiva sobre rentas localizadas de recursos naturales (la persona digital) obtenidas por empresas digitales en condiciones oligopólicas.

*“concerns about tax avoidance and unfair competition by foreign suppliers of digital products and services are so substantial that over 40 WTO Members have already taken measures to respond”.*<sup>435</sup>

En 2015 la Unión Europea produjo un documento relevante: *Comercio para todo. Hacia un comercio más responsable y política de inversión.*<sup>436</sup>

Es un programa correcto de comercio multilateral justo. La Comunicación defiende que el comercio no es un fin en sí mismo, sino una herramienta en beneficio de la gente. Esto significa asegurar que el comercio y la política de inversión es efectiva, v. g. la revolución digital está transformando la economía internacional y, al mismo tiempo, promueve valores no comerciales: derechos humanos, derechos del trabajo, ambiente, salud y protección al consumidor, expulsión de la corrupción. Y, por último, un decidido soporte al sistema multilateral de la OMC, defendiendo su papel esencial en las normas del comercio mundial desde la propiedad intelectual a aduanas, desde el comercio digital a las buenas prácticas de regulación legal.<sup>437</sup>

435. W. Cheng, C. Brandi, *Governing Digital Trade*, cit.

436. E. Commission, Brussels, 14. 10. 2015, Com (2015) 497, Trade for All. Towards a more responsible trade and investment policy.

437. E. Commission, Brussels, 14. 10. 2015, cit. p. 21.

Un asunto pendiente de enorme trascendencia es el acuerdo sobre la naturaleza jurídica de los bienes digitales. Mientras los EEUU exhibe una posición vecina a la de concebir los bienes digitales como mercancías; la Unión Europea entiende que son provisión de servicios.

Según se adopte una u otra clase queda determinada la sujeción al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros Comercio (GATT) o al Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS). Las mercancías físicas y los servicios quedan sometidos a una diferencia de disciplina sustancial.<sup>438</sup>

No existe consenso para establecer si el producto digital tiene característica de mercancía o servicio. En otros términos, la OMC no aclara la identificación del objeto de la información digitalizada transmitida por medios electrónicos.

La organización del mercado autorregulado pretende que los datos personales sean ordenados en la forma de compraventa, para su venta en el mercado. Por eso la denominamos mercancía informacional o producto predictivo. Pero, siguiendo a *Polanyi*, no es una verdadera mercancía, sino una mercancía ficticia, como el trabajo, la tierra y la moneda. Una mercancía que se define subordinada al mercado y el *“postulado por el cual todo lo que se compra y vende debe ser un producto para la venta es para estos manifiestamente falso”*.<sup>439</sup>

La mercancía informacional tiene un claro componente de (bien) de información, cuyo *“valor se basa en la información que contiene”*<sup>440</sup>. A su vez, la información como servicio postula la información como bien.<sup>441</sup>

438. T. Rosembuj, *El Impuesto Digital*, Barcelona, 2015, p. 46.

439. K. Polanyi, *La grande Trasformazione*, cit. p. 93.

440. V. Ledhonvirta, E. Castronova, *Virtual Economies. Design and Analysis*, 2014, MIT. p. 41.

441. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, secondo il sistema italo comunitario delle fonti, T. 2, 2006, Roma, p. 907.

A efectos del sistema OMC el comercio electrónico, el bien digital, cae dentro de la finalidad del GATS, o sea, es comercio de servicios, cualquiera que sea su modo de realización. Por tanto, todos los principios y criterios del GATS, (cláusula de la nación más favorecida, transparencia, regulación doméstica, competencia) y los compromisos específicos (acceso a los mercados, tratamiento nacional) se aplican a la provisión de servicios mediante medios electrónicos.

El GATS distingue entre obligaciones generales, entre las que destaca la obligación de la nación más favorecida (art II), vinculantes para todos los Estados, salvo recurso a la exclusión en el momento de adherirse; y las obligaciones específicas, entre las que se destacan las de acceso al mercado y la del tratamiento nacional (arts. XVI y XVII), que solo vinculan a los Estados que explícitamente asuman compromisos específicos resultantes de su decisión y en los sectores que desean con las condiciones y calificaciones a las que aspiran.

La obligación de tratamiento nacional, entonces, no es un principio de aplicación general sino en el marco de los compromisos específicos adoptados por cada Estado en su lista de concesión, al momento de la adhesión. Es en estas listas en la que se reflejan los deberes del Estado respecto al acceso a su mercado y el tratamiento nacional y las excepciones y condiciones establecidas. No obstante, la finalidad de las listas no es permanente, sino que son susceptibles de mejora y ampliación mediante sucesivas negociaciones. Los compromisos específicos se aplican, entonces, a los sectores de servicios catalogados por los Estados, sujetos a cualquier calificación, condiciones y limitaciones fijadas por los mismos.

Las medidas fiscales de cada Estado pueden justificarse como excepción legítima a la obligación del Tratamiento Nacional cuando tienen el propósito (aimed) de garantizar la imposición o recaudación equitativa o eficaz de los im-

puestos directos sobre los servicios o proveedores de servicios de otros Estados. (art. XIV d. ).

La nota 6 a pie de página relativa al art. XIV d. ) ilustra, a título ejemplificativo y no taxativo, las medidas cubiertas por la excepción adoptadas por el Estado en su sistema tributario.

- Medidas aplicables a prestadores de servicios no residentes a la luz de la circunstancia que la obligación tributaria de los no residentes está determinada con referencia a supuestos de hecho gravados cuya fuente o localización es el territorio del Estado.
- Medidas aplicables a los no residentes para garantizar o asegurar la imposición o recaudación de los tributos en el territorio del Estado.
- Medidas aplicables a los no residentes y a los residentes a fin de impedir la elusión o evasión fiscal, comprendidas las que aseguran el cumplimiento y la observancia de los deberes legales.
- Medidas aplicables a los consumidores de servicios suministrados en o desde el territorio de otro Estado para asegurar la imposición o recaudación fiscal sobre tales consumidores con relación a las fuentes localizadas en el territorio del Estado.
- Medidas aplicables que distinguen entre prestadores de servicios sujetos a imposición a nivel mundial y otros prestadores de servicios, frente a la diferente naturaleza de la base imponible entre ambos.
- Medidas que determinan, atribuyen o subdividen renta, beneficios, ganancias, pérdidas, deducciones o créditos fiscales de personas residentes o sucursales o sucursales de la misma persona, para salvaguardar la base imponible entre ambos.

La interpretación del artículo XIV y de la nota a pie de página se verifica de conformidad a los conceptos y definiciones tributarias propias del Estado que adopta las medidas o conceptos o definiciones similares o equivalentes. El fundamento de la excepción fiscal, que no puede resultar en discriminación arbitraria o restricción encubierta al comercio de servicios, estriba en impedir la falsificación de la igualdad competitiva mediante la elusión o evasión fiscal por causa de la no residencia, lo cual significaría una ventaja indebida o ilícita en las condiciones de competencia respecto a los servicios y proveedores de servicios locales semejantes. Pero, no es solo el propósito comercial el que inspira la excepción. Hay elementos que parecen dignos de relieve porque internalizan conceptos propios de valores no comerciales, que son antecedente del BEPS.

Si esto fuera correcto, los servicios de comercio electrónico no obstaculizan la elaboración de proveedores de contenidos digitales sometidos a la *excepción tributaria en el GATS*, cosa que no sucedería en el GATT, y ello cuando los supuestos de hecho gravados tienen su fuente en el territorio del Estado donde se prestan; se verifique elusión o evasión fiscal; imposición sobre los usuarios en relación a las fuentes localizadas en el territorio del Estado; tutela de la base imponible y su reparto entre distintas jurisdicciones.

La transformación de la moratoria temporal aduanera de las transmisiones electrónicas puede provocar fuertes pérdidas en los ingresos públicos de los países en vía de desarrollo si se convierte en permanente. Y, el riesgo inminente que agudiza la situación son los productos de la *additive manufacturing (manufactura aditiva)*.<sup>442</sup>

---

442. UNCTAD, *Rising Product*, cit. p. 15.

La manufactura aditiva es la producción industrial conocida como impresión 3D, que consiste en la creación de objetos tridimensionales mediante procesos controlados por ordenador, aplicando capas de un material especial sobre una superficie plana.

*“The true value of additive manufacturing is that it can create unique products without changing out equipment—a 3D printer is not a single-purpose device. This is exactly why additive manufacturing is known as “3D printing”.*<sup>443</sup>

El proceso usa un tipo de archivo denominado CAD (*Computer-Aided Design*), que puede transmitirse vía Internet a todo el mundo. El problema legal que el *3D printing* da lugar es que la impresora es una mercancía, sujeta al GATT; pero, el archivo enviado por transmisión electrónica no es una mercancía, sino un servicio, por tanto, susceptible de ser sometido al GATS.

La impresora 3D es una mercancía física, material; pero, los archivos CAD son servicios, que producen mercancías. Se trata de mercancía informacional idónea para producir mercancía física, material.

El cambio que provoca la nueva tecnología es disruptivo. Los archivos pueden enviarse electrónicamente a cualquier parte donde haya impresoras 3D para la manufactura de productos. Su uso industrial es poco menos que universal. Sirve para microbacterias de litio, riñón humano y puede imprimir sobre plástico, metal, cerámica, cemento, madera, alimentación y células humanas.

*“The industrial uses of additive manufacturing are nearly endless. General Electric uses additive manufacturing for jet engines and medical*

---

443. S. Fleuter, *The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification*, *Chicago Journal of International Law*, V. 17, 1, 2016, p. 160.

devices; Lockheed Martin and Boeing 3D print aerospace equipment; a Chinese company developed a system to 3D print entire homes".<sup>444</sup>

La UNCTAD señala la amenaza para los países en vías de desarrollo, ya que se trata de una tecnología que deja obsoleta el volumen de manufacturas de bajo coste a favor de los que poseen amplias redes de consumidores. La previsión de la industria impresión 3D es que puede capturar el 5% de la capacidad de manufactura global, lo cual supone una facturación de 640 mil millones de dólares.<sup>445</sup>

La moratoria permanente de tarifas aduaneras puede conducir al derrumbe de países que recibieron de las cadenas de valor global la ventaja de la producción manufacturera de bajo valor añadido –deslocalización– y ahora la perderán por mor de la nueva tecnología digital de las mismas cadenas de valor global.

## Conclusión.

La apropiación privada del conocimiento social es la forma de renta económica digital y la materia prima es el conocimiento colectivo, general, de todos. Los datos personales son el primer escalón del conocimiento colectivo, de cada uno. La primera materia del dato es el fundamento del objeto de construcción algorítmica. Los datos personales cosechados evolucionan por obra del algoritmo en la producción y manufactura a una suerte de conocimiento artificioso dirigido a la obtención de *excess profits* o pura información con otros propósitos, sean de seguridad, control, vigilancia. Nosotros somos los datos. El petróleo, el maíz o el trigo, o cualquier otro recurso natural está en la

---

444. S. Fleuter, cit. p. 159.

445. UNCTAD, *Rising Product*, cit. p. 15.

superficie, y solo se necesita su extracción gratuita, el *data mining algorithmic*, para la apropiación del dominio público y comercialización como productos predictivos, bajo protección de la posesión privada. La materia prima es la persona digital, los datos personales recogidos en masa para su tratamiento algorítmico. La persona digital no es la persona, sino una aproximación más o menos próxima, pero no idéntica, que se convierte en una abstracción para su utilización económica, política, social, económica. La persona digital es la materia prima del recurso natural digital localizado en cada uno de los países donde operan o pretenden hacerlo las personas reales. El recurso natural de la persona digital posee un valor económico como mercancía informacional comercializable en los mercados. Es una mercancía ficticia, que se aproxima a otras que *Polanyi* en su momento calificara como tales: el trabajo, la tierra y la moneda. La identidad de las personas es al mismo tiempo identidad de la comunidad e identidad del Estado-Nación. La apropiación y captura de la persona digital es desagregación y disgregación de la comunidad y del Estado-Nación. Los recursos naturales pertenecen a la soberanía fiduciaria de cada Estado, exactamente como las materias primas dentro de su territorio. La renta derivada de la explotación de los datos personales es un recurso natural de los pueblos que habitan en el Estado-Nación. Su tutela es propia de la jurisdicción donde está su fuente. Es una actuación concreta del derecho de cada Estado para proteger su base de imposición. La renta digital es una renta de localización específica que se origina en los países donde reside el usuario. Es una renta similar a los recursos naturales con localizaciones definidas. En la medida que el usuario permite obtener beneficios a la plataforma por el uso de los datos es fácil deducir que los beneficios originados deben atribuirse en parte a la localización de los usuarios. La localización de los usuarios es una manifestación de ca-

pacidad contributiva en el Estado-Nación donde están. La creación de valor digital por el usuario configura un derecho de imposición del Estado sobre la renta extraída por las plataformas digitales no residentes. Los datos pertenecen a las personas; la Administración es fiduciaria, no propietaria real, de los datos personales, predispuesta para su defensa como fiduciaria de un bien público para beneficio de la comunidad. Su protección y tutela fiscal transita por la vía las regalías o impuestos sobre la renta digital que se apoyen, igualmente, en la naturaleza de recurso natural de las actividades del usuario en el territorio. La adaptación del canon o regalía a la figura del impuesto sobre ingresos brutos de las plataformas digitales puede ir más allá del tipo fijo de gravamen. Nada impide la progresividad de los tipos de gravamen en función de las dimensiones económicas y de mercado de las grandes plataformas. La reforma del Impuesto de Sociedades acompaña la propuesta de la sujeción del *excess profit digital* a un tipo excepcional sobre los beneficios extraordinarios. La fiscalidad del capitalismo de vigilancia, a cargo del Estado, debería nutrir el dividendo social a cada ciudadano de la comunidad. Esto lleva a la creación de un Fondo Cívico *earmarked* que permita la devolución de los ingresos recaudados a los ciudadanos que crearon el valor digital. Desde 1998 la OMC incluye una moratoria a favor de la aplicación de tarifas cero sobre las transmisiones electrónicas, que, algunos Estados defienden sea permanente. La transformación de la moratoria temporal aduanera de las transmisiones electrónicas puede provocar fuertes pérdidas en los ingresos públicos de los países en vía de desarrollo si se convierte en permanente. Y, el riesgo inminente que agudiza la situación son los productos de la *additive manufacturing* (*manufactura aditiva*).

## EPÍLOGO

La creación y captura de valor integra la estrategia limitar de las cadenas de valor global y digital. La empresa multinacional, convencional o como plataforma digital, construye su estrategia en torno a la maximización de beneficios en todos y cada uno de los países. La eliminación de las trabas en el comercio multilateral y la aplicación de las nuevas tecnologías consienten un escenario de aprovechamiento que carece de limitaciones perceptibles, legales o fiscales.

La globalización ha servido, desde los años noventa, para desarmar cualquier tentativa de construcción jurídica de la resistencia o reticencia del Estado ante el poder supranacional de las organizaciones privadas. Por lo tanto, a partir de ello, la primera proposición es el retorno del Estado. La última y única valla de la transaccionalidad sin fronteras es el Estado. Esto no llega a ser suficiente, pero, es el punto de partida para que cada Estado resistente y reticente se aproxime a otros con iguales objetivos, para establecer modalidades de soberanía cooperativa compartida.

El G20 tuvo la inspiración en el BEPS. Lamentablemente, la potencia del adversario amenaza con vaciar su contenido. Paradójicamente, la empresa transnacional gana la batalla de su preeminencia legal y fiscal ante enemigos superiores.

Esto quiere decir que debe renunciarse a considerar la sujeción de la creación y captura de valor fiscal donde se obtiene. No, al contrario. Esto significa que el único modo de afrontar la evasión y elusión fiscal multinacional consiste en

establecer un marco legal y fiscal, Estado por Estado, dirigido a neutralizar su sistemática vulneración local e internacional.

No es la OCDE la organización adecuada para dar la respuesta necesitada. Su fracaso en el BEPS autoriza a culminar un proyecto de vieja data, pero vigente, cual es la constitución de una Organización Fiscal Internacional en el cuadro de las Naciones Unidas, con competencias legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales.

Ese es el primer resultado que debiera producir el actual derrumbe del BEPS, por obra y gracia del poder de mercado de las cadenas de valor global y a iniciativa de los propios Estados, la mayor parte de los cuales, están fuera de la OCDE, que no de las NNUU.

La situación es seria y urgente. Se ve en materia de plataformas digitales y de la adopción de la plataformización como método de hacer dinero por las empresas multinacionales convencionales. El campo tributario y la normativa antimonopolio son los principales damnificados.

La recuperación de la renta sin Estado, de la erosión de bases imponibles, de inmunidad de los servicios digitales esquivan todas las buenas intenciones atribuibles al G20. Son los Estados los que deben recuperar el acento y el pulso de la reactivación del BEPS ante la debilidad y la flaqueza de la OCDE en el cumplimiento de lo que hubieran debido ser sus propios compromisos.

Mientras tanto toca rechazar el cinismo ideológico.

*D. Elkins* es un buen ejemplo de ello.<sup>446</sup> El poder de imposición no debería seguir la creación de riqueza en su territorio.

---

446. D. Elkins, *The Right and the Good: Taxing Rights, Value Creation and The Rhetoric of International Taxation* ssrn. com/abstract=3615648.

El poder tributario no es una reliquia del pasado. Ha sido y es víctima de vectores privilegiados de la globalización; entre los cuales destacan las empresas multinacionales. El argumento que les inspira es único y universal: el Estado desarmado y la sumisión a la lógica de la neutralidad y de la superioridad del mercado.

La cadena de valor global ofrece un soporte irremplazable para el acceso, control y presencia en cualquier mercado, a cambio de inmunidad legal, reglamentaria y jurisdiccional. La *lex mercatoria* sufraga el predominio del contrato de adhesión en cada país y cualquiera que sea la jurisdicción política asociada. Y el fundamento es convertir en necesidad lo que ordinariamente debiera ser una decisión de empresa. Y así, desde la localización en un territorio hasta lo opuesto, el abandono y la deslocalización, en el momento puntual que se agotan las ventajas ilimitadas de la maximización de los beneficios y la captura del valor.

Todas las decisiones relevantes de empresa contemplan opciones reales de inversión. Y ello supone estar, permanecer, continuar o irse, en razón de la pura conveniencia de los resultados económicos previstos. Son los resultados que se programan desde el máximo del aprovechamiento como nivel mínimo de establecimiento.

La superrenta no es reprochable en sí misma, siempre que vaya acompañada de la excepcionalidad y de la consecuente sumisión a la carga compensatoria fiscal que debe acompañarla. La responsabilidad social corporativa impone, también, las obligaciones laborales, ambientales, de cumplimiento de la ley antimonopolio.

La presencia de la empresa multinacional no implica la concesión de una preferencia irrestricta colonial apta para que haga de su propia decisión la ley del lugar donde se halla. Si esto sucede, como pasa, no es culpa del Estado

huésped, sino de la constelación de intereses que rodean la inversión extranjera, desde despachos profesionales, grandes, auditorías, y, parcialmente, la propia Administración pública que teme el ejercicio del control que la ley le consiente.

Dice Elkins: *"The good that countries seek is the parochial good of maximizing the welfare of their own constituents. Taxing MNEs serves that good because countries can thereby provide for the needs of their constituents without having to impose upon them the cost of doing so. In other words, countries need tax revenues and MNE have the capacity to help meet that need".*

La premisa es correcta, así como es falsa la consecuencia. Cualquier Estado tiene como prioridad la satisfacción de su comunidad. Otra cosa es la política, metodología y propósitos que le inspiran. Pero, no hay Estado que pueda renunciar a la pretensión de maximizar el bienestar de su sociedad.

Las EM puede satisfacer esa pretensión, aunque ello no implica, por definición, eludir la imposición sobre los propios ciudadanos. Al contrario, la experiencia es que son los ciudadanos los que soportan una fiscalidad superior respecto a la de las EM.

La EM debe contribuir a la Hacienda Pública en función de la creación y captura de valor que le proporciona su actividad económica en el territorio. No es una servidumbre que se traslada como ventaja para la comunidad; sino que es una obligación que le corresponde por la riqueza que consigue por su estancia en el país, por el aprovechamiento de los recursos naturales, de la infraestructura, de la formación y educación laboral, de la protección y seguridad jurídica. De otra forma, se justifica la inmunidad fiscal en nombre de beneficios innominados que obtiene sin cargo, en el país de acogida.

La EM necesita más al Estado que el Estado a la EM. La primera está forzada por su cuenta de resultados y sus accionistas; mientras que el segundo puede restringir sus ingresos públicos al límite de la supervivencia social, económica, cultural, si cuenta con el respaldo democrático suficiente.

¿Cuántos de los países más pobres o en desarrollo desaparecieron en las últimas décadas comparados con las cadenas globales de valor que ya no existen?.

Todo ello hace que el poder tributario del Estado y el poder legal y jurisdiccional encuentre obstáculos que lógicamente no deben ser insuperables. El Estado más débil, es superior a cualquier gran empresa, en la medida que defiende a capa y espada su derecho a la protección de su base de imposición.

Es un error pensar que la empresa multinacional puede con respecto al poder del que el Estado es titular. Esto sucede cuando el Estado no acepta el desafío o se retira del envite por temor a las consecuencias. La gran empresa, a la postre, es localmente prescindible, con mayor o menor sacrificio, porque, desde buen principio, consideran la participación en la actividad local como insignificante o prescindible, salvo el caso de monopolio de los recursos naturales, que tampoco debiera consentirse gratuitamente, sin contraprestación cuidadosa, con vistas a su conservación.

El Estado es el titular de la potestad de imposición y tiene el pleno derecho para gravar la riqueza que se crea en su territorio, como cualquier otra manifestación de capacidad contributiva. El corolario es claro; el país de acogida de la EM tiene un derecho primario de imposición sobre la riqueza o renta que se procura la EM en su territorio y al cumplimiento pleno de sus deberes por el contribuyente.

La obra del BEPS si para algo sirve es para demostrar que el incumplimiento fiscal, la evasión y elusión de la EM

es pública, notoria y acreditada. Ignorarlo supone una complicidad intelectual de bajísimo nivel. Es cierto que el Estado huésped puede dotarse en la actualidad de todos los instrumentos que le sean adecuados para combatirlo. La administración tributaria tiene toda la aptitud para confrontar el poder de mercado que la MNE ostenta. Cambiar la ley fiscal no es suficiente. Es imprescindible una clara sensibilidad política frente a su influencia en los estamentos legales, jurisdiccionales y de opinión pública que usan.

*Dice Elkins "The reason that they refrain from such measures is their fear that doing so would deter international investment as MNEs seek more lenient tax regimes elsewhere".*

Es posible que el Estado huésped esté dominado por un cierto temor, alimentado por las propias EM para asegurar su incolumidad fiscal. La respuesta no obstante depende de el mismo, con la demostración de lo que aporta la EM a la economía del país, a su organización social y lo que obtiene a cambio y, sobre todo, sancionando la deslocalización como una ruptura del contrato que permitió su establecimiento en el país y la liquidación de la sociedad mercantil que encauzaba su actividad hasta ese momento.

Los abandonos de la EM son medidas disuasorias que esperan el consentimiento del Estado huésped, cuando carece de la suficiente lucidez para defender objetivamente su parte del contrato con el inversor. Ni siquiera su renuncia le asegura la permanencia. Todo aquello que es opción real de inversión se adopta antes que el Estado lo sospeche. Hay deslocalizaciones escritas antes que se produzca la localización que, cuando ocurren, deben justificarse de algún modo, v. g. los beneficios fiscales.

La búsqueda de mejores oportunidades por la EM no es infinita. Hay países y países donde encontrar la tutela legal y fiscal que se pretende. El problema es lo que se deja

atrás en el camino. La decisión de invertir no es solo función del beneficio tributario. Es una decisión que tiene relación con el mercado, la educación social, las infraestructuras, la seguridad jurídica, la cultura local. El retorno del Estado debe escribir sus páginas desde lo que tiene y lo que pierde si no lo protege. Mirar hacia dentro. Siempre habrá otra EM que sustituya a la que no viene o se va de improviso. Lo peor es la renuncia a *“the parochial good of maximizing the welfare of their own constituents”*, porque su pérdida suele ser definitiva.



## BIBLIOGRAFIA

### Artículos.

- J. Alm, J. Beebe, M. Kirsch, O. Marian, J. Soled**, New Technologies and the Evolution of Tax Compliance, Legal Studies Research Paper Series 2020-21, School of Law University of California-Irvine, Virginia Tax Review, Vol. 39. 3, 2020.
- L. Andrews**, Algorithms, Regulation and Governance Readiness en **K. Yeung, M. Lodge, Algorithmic Regulation**.
- J. Alonso**, Naturaleza económica de la lengua, 2006, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Fundación Telefónica.
- A. Aslam, A. Shah**, Tec (h) tonic Shifts: Taxing the “Digital Economy”, WP/20/76, May 2020, IMF.
- H. Ph. Aust**, The system only dreams in total darkness, The future of Human Rights Law in the Light of Algorithmic Authority, German Yearbook of International Law, 60, 2017.
- J. F. Avery Jones**, Why Can’t the English. . . ? 73 (6/7) Bull. Int’l Tax’s, s. 5, 2019.
- R. S. Avi-Yonah**, Corporations, Society, and the State: A Defense of the Corporate Tax, 2004, University of Michigan Law School Scholarship Repository.

- , Taxation for a New “New Deal”: Short, Medium, and Long-Term Options., 5/1720, The University of Michigan.
- , Constructive Dialogue: BEPS and the TCJA, The University of Michigan, February 24th, 2020, [ssrn.com/Abstract=3544065](https://ssrn.com/abstract=3544065).
- , Antitrust and the Corporate Tax: A Missed Opportunity? The University of Michigan, May 3rd, 2020.
- , Taxing the Digital economy: A Short Book Review, Tax Notes International, May 18th, 2020.
- L. Badger, T. Grance, R. Patt-Corner, J. Voas**, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology, May 2012, NIST special publication 800-146.
- J. Bair, D. Danielsen** et al, The role of law in global value chains: a research manifesto, *London Review of International Law*, Vol. 4, 1, 2016.
- C. Y. Baldwin, C. J. Woodward**, The architecture of innovation platforms. A view, in *Platforms, Markets and Innovation*, ed. **A. Gawer, E. Elgar**, 2009.
- J. M. Balkin**, The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data, 78 *Ohio St. L. J.*, 2017.
- K. A. Bamberger, O. Lobel**, Platform Market Power, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 32, 2017.
- J. Bankman, M. A. Kane, A. Sykes**, Collecting the Rent: The Global Battle to Capture MNE Profits, November 2018, New York University School of Law. NYU Center for Law, Economics and Organization. [Ssrn.com=3273112](https://ssrn.com=3273112).
- D. C. Barnet**, When Compliance is not the Solution but the Problem: From Changes in Law to Changes in Attitude,

Taxing Democracy, ed. V. Braithwaite, Ashgate, London, 2002.

- Basel Committee on Banking Supervision.** Report on Special Purpose Entities, September 2009.
- G. Bridge,** Global Production Networks, and the extractive sector: governing resource-based development, *Journal of Economy Geography* 8, 2008.
- S. W. Buell,** Good Faith and Law Evasion, 58 *UCLA Law Review* 2011.
- P. Cerka, J. Grigiene, S. Sirbinkite,** Liability for Damages caused by AI Computer, *Law & Security review*, 31, 3, 2015.
- W. Cheng, C. Brandi,** Governing Digital Trade- A New Role for the WTO, German Development Institute, 6/2019.
- K. A. Clausing, M. C. Durst,** A Price-Based Royalty Tax? [ssrn.com/abstract=2732797](http://ssrn.com/abstract=2732797).
- A. J. Cockfield,** Designing tax policy for the digital biosphere: How the internet is changing tax laws, 34 *Connecticut Law review*, 2002.
- A. Cobham, T. Faccio, V. FitzGerald,** Global inequalities in taxing rights an early evaluation of the OECD tax reform proposals.
- A. Cobham, P. Jansky,** Measuring misalignment: The location of US multinationals' economic activity versus the location of their profits, November 2015, Working Paper 42, ICTD.
- J. L. Cohen,** Changing paradigms of citizenship and the exclusiveness of the Demos, *International Sociology*, March 14th, 1999.
- , Whose Sovereignty? Empire versus international law, *Ethics e International Affairs*, March 18th, 2004.

**J. E. Cohen**, *The Regulatory State in the Information Age, Theoretical Inquiries in Law*, Vol 2, 2016.

—, *The Biopolitical Public Domain: The Legal Construction of the Surveillance Economy*, *Philosophy & Technology*, 2017.

—, *Law for the Platform Economy*, 51 *U. C. Davis L. Rev.*, 2017.

—, *Networks, and Network-and-Standard-Based Governance*, en K. Werbach ed. *After the Digital Tornado*, Cambridge University Press, forthcoming.

**A. J. Cohen**. *On Law and Value*, December 20th, 2019; *Negotiating the Value Chain: A Study of Surplus and Distribution in Indian Markets for Food*, July 11st, 2019. [ssrn.com/abstract=3418174](https://ssrn.com/abstract=3418174).

**Arthur J. Cordell**, *New taxes for a new economy, Government Information in Canada*, Vol 2, 4, 1996.

—, *Taxing the Internet: The Proposal for a Bit Tax, International Tax Program at the Harvard Law School*, February 14th, 1997.

**T. Dagan**, *Pay as you wish: the global market for Tax & Legal Rules*, June 10th, 2014, [ssrn.com 250 6041](https://ssrn.com/abstract=2506041).

—, *International Tax and Global Justice*, 2016, p. 22, [ssrn.com 2762110](https://ssrn.com/abstract=2762110).

**J. Damgard, Th. Elkjaer, N. Johannesen**, *What is Real and What is Not in the Global FDI Network?*, IMF Working Paper, WP/19/274, December 2019.

—, *The rise of phantom investments. Empty corporate shells in tax havens undermine tax collection in advanced, emerging market and developing economies*, *Finance & Development*, September 2019, 56, 3. IMF.

- D. Danielsen**, How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance, *Harvard International Law Journal*, Vol. 46, 2, 2005.
- D. Danielsen, J. Bair**, The Role of Law in Global Value Chains: A Window into Law and Global Political Economy, December 16th, 2019.
- D. Davis, R. Kaplinsky, M. Morris**, Rents, Power and Governing Global Value Chains, *Journal of World Systems Research*, Vol. 24, I, 2018, University of Pittsburgh.
- P. Demere, M. Donohoe, P. Lisowsky**, The Economic Effects of Special Purpose Entities on Corporate Tax Avoidance, January 2015, [ssrn/abstract=2557752](https://ssrn.com/abstract=2557752).

**Description of revenue provisions contained in the President's fiscal year 2010 budget proposal.** Part three, provisions related to the taxation of cross border income and investment.

**M. P. Devereux, chair, A. J. Auerbach, M. Keen, P. Oosterhuis, W. Schon, Jh. Vella**, Residual profit Allocation by Income University of Oxford, March 1919.

**Draft National E-commerce Policy.** India Data for India Development. 23 2 2019, p. 8. Department for Promotion of Industry and Internal Trade.

**L. Eden, N. Srinivasan, S. Lalapet**, Transfer Pricing Challenges in the Digital Economy: Hic Sunt Dracones? (Part I or II; A Case Study of Internet of Things (Part II of II)), *Tax Management International Journal*, 48 TMIJ 256 06/14/2019.

**L. Eden**, The Arm's Length Standard: Making it work in a 21st Century World of Multinationals and Nation States, en **Th. Pogge, K. Mehta editors, Global Tax Fairness, Oxford University Press, 2015.**

- N. Elkin-Koren, M. Perel**, Algorithmic Governance by On-line Intermediaries, *Oxford Handbook of International Economic Governance and Market Regulation*, Eds. **E. Brousseau, J. M. Glachant, J. Sgard**, Oxford University Press, 2018.
- D. Elkins**, The Right and the Good: Taxing Rights, Value Creation and The Rhetoric of International Taxation [ssrn.com/abstract=3615648](https://ssrn.com/abstract=3615648).
- A. Ezrachi, M. E. Stucke**, Virtual Competition, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, Vol. 7, 9. 585.
- , Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition, *University of Illinois Law Review*, 10/3/2017.
- D. S. Evans, R. Schmalensee**, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, *Competition Policy International*, V. 3, 1, 2007.
- FMI**, Issues in International Taxation and the role of the IMF, June 28th, 2013.
- FMI Exploring Residual Profit Allocation**, S. Beer, R. de Mooij, Sh. Hebous, M. Keen, L. Liu, Working Paper 2020/40.
- FMI/OECD**, Tax Certainty Report for the G20 Finance Ministers March 2017.
- R. Finley**, Language Can Create Nexus for Hungary's Advertising Tax, *AG Says, Tax Notes Int.*, September 16th, 2019.
- S. Fleuter**, The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification, *Chicago Journal of International Law*, V. 17, 1, 2016.

- G. Franski**, La proposta estone di una web tax basata sul numero dei clienti: stabile organizzazione virtuale o reale?, rivista di Diritto Tributario, 21 settembre 2017.
- J. Furman**, Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel, U. Kingdom, March 2019.
- J. Furman**, Testimony for the Hearing Online Platforms and Market Power, Part 3, US House of Representatives, October 18<sup>th</sup>, 2019, Committee on the Judiciary, subcommittee on Antitrust Commercial and Administrative Law.
- F. Gallo**, Ratio e struttura dell'IRAP, Rassegna Tributaria, 3, mayo 1998.
- A. Gawer, M. Cusumano**, Industry Platforms and Ecosystem Innovation, paper Druid 2012, June 19th, June 21st, CBS Copenhagen, Denmark.
- R. Gorwa**, What is Platform Governance? Information, Communication & Society, 2019.
- D. Gosh & B. Scott**, Digital Deceit. The Technologies Behind Precision Propaganda on the Internet, January 2018, Harvard Kennedy School, Shorestein Center on Media, Politics and Public Policy.
- R. Goulder**, Language as Nexus: The Shape of Future Google Taxes, Tax Notes Int., 6/1/2020.
- , Should Data Extraction Be Taxed as a Natural Resource? July 27th, 2020, Tax Notes.
- J. G. Gravelle**, Tax Havens: international tax avoidance and evasion, June 4th, 2010, Congressional Research Service.
- I. Grinberg**, Stabilizing "Pillar One": Corporate Profit Reallocation in an Uncertain Environment, July 26th, 2019, [ssrn.com/abstract=3429863](https://ssrn.com/abstract=3429863).

- Group, Data 61, CSIRO.** School of Computer Science and Engineering, University of New South Wales, Sidney, Australia.
- Ch. Gustafson,** Treaties, rules, and regulations: some U. S. perspectives on International Tax Cooperation, en A vision of taxes within and outside European borders, Eds. **L. Hinnekens-Ph. Hinnekens,** Netherlands, 2008.
- G 20** Declaration June 18th-19th, 2012, Los Cabos México, 48.  
 —, Declaration September 6th, 2013, St. Petersburg, 50, 51.  
 —, Communiqué Antalya, Turkey, November 16th, 2015, 15.
- J. S. Hacker,** The Institutional Foundations of Middle-Class Democracy, May 6th, 2011, Policy Network.
- K. D. Haggerty, R. V. Ericson,** The surveillant assemblage, British journal of sociology, V. 51, 4, December 4th, 2000.
- Jh. R. M. Hand,** The Increasing Returns-to-Scale of Intangibles, en Intangibles Assets, Values, Measures and Risks, ed. Jh. Hand, B. Lev, Oxford 2003.
- A. Harpaz,** The OECD's Unified Approach: Nexus, Scope, and Coexistence with DSTs, Tax Notes International, December 9th, 2019.
- N. Hashai,** Platform End Users as free "data Labor"- Redistributing the ValueCreated in Double Sided Markets, [ssrn.com/abstract 3093683](https://ssrn.com/abstract/3093683), 2018.
- Written Testimony of **D. Heinemeier Hansson,** Base Cam, hearing on Online Platforms and Market Power, Part 5 Competitors in the Digital Economy, January 17th, 2020. US House of Representatives.
- A. Helmond,** The Platformization of the Web: Making Web Data Platform Ready, Social Media +Society, July-December 2015, 1-11.

**J. Henderson, P. Dicken, M. Hess, N. Coe, H. Wai-Chung Yeung**, Global Production networks and the analysis of economic development,

Review of International Political Economy 9: August 3rd, 2002.

**M. Herzfeld**, US Tax Reform: A Multilateral Success, Levin College of Law University of Florida, British Tax Review, 4, 2019.

**Hong Xue, Anita Chan**, The Global Value Chain, Critical Asian Studies, January 28th, 2013.

**H. Hovenkamp**, The Warren Campaign's Antitrust Proposals, The Regulatory Review, March 25th, 2019.

**A. Hughes**, Three Transfer Pricing Strategies for the Covid-19 Recession, Tax Notes Int., June 1st, 2020.

**JH. Humphrey**, Value chain governance in the age of platforms, School of Business, University of Sussex, Brighton, UK, 2018, Institute of Developing Economies, Japan External Trade Organization.

**PBES**, El Informe de la Evaluación Mundial sobre la Diversidad Biológica y los Servicios de los Ecosistemas, Bonn, 2019.

**India, Committee** on Taxation of E-Commerce, Proposal for Equalization Levy on Specified Transactions, February 2016, p. 54.

**Internal Revenue Manual**, Internal Revenue Service.

**J. C. Jimenez**, La Economía de la lengua: una visión de conjunto, Universidad de Alcalá, 2006, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Fundación Telefónica.

**Joint Committee on Taxation**, Report of Investigation of Enron Corporation and related entities regarding Fed-

ral Tax and Compensation Issues, and Policy Recommendations (JCS-3-03), February 2003.

**N. Johannesen, Th. Torslov, L. Wier**, Are Less developed countries more exposed to multinational tax avoidance? United Nations University UNU-Wider, March 2016. Working Paper 2016/10.

**Raphael Kaplinsky**, Globalization and unequalization: What can be learned from value chain analysis. *The Journal of Development Studies*, December 2006.

**R. Kaplinsky**, Global value chains, where they came from, where they are going and why this is important, Innovation Knowledge Development Working Paper 68, November 2013.

**R. Kaplinsky, D. Davis, M. Morris, Rents**, Power and Governance in Global Value Chains, *Journal of World Systems Research*, 24, 1, 2018, University of Pittsburgh.

**C. Katzenbach & L. Ulbricht**. Algorithmic governance. *Internet Policy Review*, 8 (4). 2019.

**M. P. Keightley, J. M. Stupak**, Corporate Tax Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): An Examination of the Data, Congressional Research Service, April 30rd, 2015; Treasury, 2016, General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2016 Revenue Proposals 20-2.

**L. M. Khan**, Amazon's Antitrust Paradox, *The Yale Law Journal*, 126, 2017.

**V. Khatri, C. V. Brown**, Designing Data Governance, *Magazines, Decade*, January 2010 Vol. 53, 1.

**T. Karppi, K. Crawford**, Social Media, Financial Algorithms and the Hack Crash, *Theory, Culture, Society*, 2016, Vol. 33, 1.

- M. Kenney, Jh. Zysman**, *The Rise of the Platform Economy*, Issues in Science and Technology, Vol. XXXII, 3, 2016.
- Kevin, B. Sobel-Read**, *Global Value Chains. A framework for Analysis*, Transnational legal Theory, Vol 5, Issue 3, 2014.
- Th. King, N. Aggarwal, MR. Taddeo, L. Floridi**, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, Oxford Internet Institute, University of Oxford, [ssrn.com/abstract=3183238](https://ssrn.com/abstract=3183238).
- Rebecca M. Kysar**, *Judging the New International Tax Regime*, Testimony Before the US Senate Committee on Finance, April 24th, 2018.
- Edward D. Kleinbard**, *Stateless income*, University of Southern California Law School, Research paper n. 11-6 de 21-3-2011.
- K. Knorr Cetina, A. Preda**, *The Temporalization of Financial Markets: From Network to Flow*, Theory, Culture, Society, December 2007.
- S. I. Langbein**, *United States Policy and the Taxation of International Intangible Income*, 50 U. Miami Inter-Am L. Rev 1, 2019.
- Stanley Langbein**, *The unitary method, and the myth of arm's length*, Tax Notes Today, 18-2-1986.
- Katie Leacha, Annelisa Grigga, Brian O'Connora, Claire Browna, James Vausea, Jonathan Gheysensb, Lauren Weatherdona, Martin Halleb, Neil D. Burgessa, c, Ruth Fletcher, Sebastian Bekkera, Steven Kinga, Matt Jon**, *A common framework of natural capital assets for use in public and private sector decision making Ecosystems Services* 36, 2019.

- M. Lennard**, Act of creation: The OECD/G20 test of “Value Creation” as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries. *Transnational Corporations* Vol. 25, 2018.
- L. Lessig**, Code is Law. On liberty in Cyberspace, January-February 2000, *Harvard Magazine*; Code. Version 2. 0, 2006, New York.
- S. J. Liebowitz, St. E. Margolis**, Network Externality: An Uncommon Tragedy, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 8, 2, 1994.
- Z. Liscow**, Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate Equity as Well as Efficiency, 2014, Faculty Scholarship Series, 5018 Yale Law School.
- M. Mandel**, Beyond goods and services, The (unmeasured) rise of data-driven economy, October 2012, Progressive Policy Institute, Washington.
- R. Mason, L. Parada**, The Legality of Digital Taxes in Europe, University of Virginia School of Law, April 2020, *Virginia Tax Review*, 2020, forthcoming.
- P. Mell, T. Grance**, The NIST definition of cloud computing, NIST special publication 800-145, September 2011, National Institute of Standards and Technology, US Department of Commerce.
- W. Milberg**, Shifting sources and uses of profits: sustaining US financialization with global value chains, *Economy and Society*, V. 37, 3, 2008.
- S. Morton**, Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Market Subcommittee, Stigler Center for the Study of the Economy and the State. University of Chicago Booth School of Business. F. Scott

Morton (chair), P. Bouvier, A. Ezrachi, B. Jullien, R. Katz, G. Kimmelman, D. Melamed, J. Morgenstern.

**M. Nadja-Janoszka**, Towards Platform Defined Business Complementarity at the Spotlight, Jagiellonian University in Krakow, 2018.

**N. Newman, Search**, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 31. 2. 2014.

**OECD**, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013.

—, Measuring and Monitoring BEPS, Action 11 - 2015 Final Report.

—, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, July 2017.

—, Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements-Background Note by the Secretariat, 3-4- December 3rd-4th, 2019.

—, Secretariat proposal for a “Unified Approach”, Under Pillar One, October 2019.

**OECD/G20** Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

—, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10, 2015 Final Report, Paris.

—, Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy, **OECD/G20** Inclusive Framework on BEPS, OECD 2019; Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One, October 9th, 2019-November 12th, 2019.

—, OECD (2020), Statement by the **OECD/G20** Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization

of the Economy – January 2020, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris.

**Office of Tax Policy U. S. Treasury**, Approaches to improve the competitiveness of the US business tax system for the 21st. Century, 20-diciembre-2007.

**S. Olhoft Rego**, Tax avoidance Activities of US multinational corporations, Contemporary accounting research, University of Iowa 20, 4. 2003.

**F. Palpacuer**, Governance and Wealth Distribution in Global Value Chains, Economy and Society Vol 37, 3, 2008.

**Parker, Van Alstyne, Choudary**, Platform Revolution, citado en **J. Crémer, Y-A de Montjoye, H. Schweitzer**, Competition policy for the digital era, European Commission. Directorate General for Competition, 2019.

**G. Plesko**, Evidence and Theory on corporate tax shelters, National Tax Association Proceedings, p. 371, 2000.

**Th. Poell, D. Nieborg, J. van Dijck**, Platformisation, Internet Policy Review, Vol. 8, 4, 29 November 2019.

**Pricing Algorithms**, Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalized pricing. Competition and Market Authority, October 8th, 2018.

**D. Quah**, Digital Goods and the New Economy, 2003, CEP Discussion paper s 563, London School of Economics.

**R. X. Resch**, Why Can't the Germans...? English as Lingua Franca for Tax Treaties, Intertax, vol. 47, 11, 2019.

**W. F. Richter**, Aligning profit taxation with value creation, CESIFO, Working Papers, April 2019.

**D. Robertson, K. Ulrich**, Planning for Product Platforms, Sloan Management Rev, 39, 4. 1998.

- J. Ch. Rochet & J. Tirole**, Two-Sided Markets: A Progress Report, RAND J. Econ, 2006.
- S. Rodotà**, Perché Internet ha bisogno di nuove regole, La Repubblica, Novembre 27th, 2014.
- D. Rodrik**, Who Needs the Nation State, V. 89 1, 2013, Economic Geography.
- T. Rosembuj**, La Erosión de la Base Imponible y el Desplazamiento de Beneficios, elfisco. com, enero 2014.
- , Taxation and Capitalism of Surveillance, Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, LXXIII, 2, I, 2019.
- , El principio distributivo y el impuesto, elfisco. com, 11/12/2019.
- , La fiscalità digitale nell'Unione europea e la strategia OCSE dei due pilastri, Rivista della Guardia di Finanza, 1, gennaio febbraio 2020.
- K. Sabeel Rahman**, Artificial Sovereigns: A Quasi Constitutional Moment for Tech? June 15, 2018, Political Economy of Technology.
- E. Saèz, G. Zucman**, University of California, Berkeley, April 8th, 2019.
- B. Salcedo**, Pricing Algorithms and Tacit Collusion, Pennsylvania State University, 1-11-2016.
- Ch. W. Sanchirico**, Earnings Stripping under the BEAT, University of Pennsylvania, Research Paper 19-25, May 28th, 2019, SSRN, [ssrn.com/abstract=3395416](https://ssrn.com/abstract=3395416).
- J. Sax**, The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention, 68 Mich L. Rev., 1970.
- M. Schrieck, M. Wiesche, H. Krcmar**, How Platform Governance changes when Customers become Develo-

pers, Academy of Management Annual Meeting Proceedings, August 2019.

**L. Seaboote, D. Wigan**, The governance of global wealth chains, *Review of International Political Economy*, 2017, Vol. 24, 1.

**C. Shapiro**, Antitrust in a time of populism, 2018, [ssrn.com/abstract=3058345](https://ssrn.com/abstract=3058345).

**Robert Shapiro and Siddhartha Aneja**, Who Owns American's Personal Information and What Is It Worth?, *Future Majority* 2019.

**D. Shaviro**, The New Non-Territorial U. S. International Tax System, Part 1, *Tax Notes*, July 2nd, 2018.

—, The New Non-Territorial U. S. International Tax System, Part 2, *Tax Notes*, Vol. 160, 2, July 9th, 2018.

—, Digital Services Taxes and the Broader Shift from Determining the source of income to taxation location-specific-rents, September 3rd, 2019.

—, What Are Minimum Taxes, and Why Might One Favor or Disfavor Them? March 4th, 2020, [ssrn.com/abstract=3604328](https://ssrn.com/abstract=3604328).

**L. A. Sheppard**, Is Transfer Pricing Worth Salvaging?, *Tax Notes*, July 30rd, 2012.

**A. Smedlund, H. Faghankhani**, Platform Orchestration for Efficiency, Development and Innovation, 2015, 48th Hawaii International Conference on System Sciences.

**M. E. Stucke, A. Ezrachi**, Platforms and Market Power, Part. III: The Role of Data and Privacy in Competition, US House Judiciary Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, D. Ciccilline, chair, October 18th, 2019.

- Tarleton Gillespie**, *The Relevance of Algorithms, Media Technologies*, ed. **Tarleton Gillespie, P. Boczkowski, K. Foot**, Cambridge, MIT Press, 2014.
- T. C. W. Lin**, *The New Market Manipulation*, Emory Law, 2017.
- A. Tiwana**, *Evolutionary Competition in Platform Ecosystem*, *Information Systems Research*, Vol. 26, June 2015.
- J. Tobin**, "A General equilibrium approach to monetary theory", *Journal of Money, Credit and Banking*, 1, 15-29-1969.
- Treasury**, **The problem of Corporate Tax Shelters**. Discussion, analysis and legislative proposals, July 1999.
- UN Committee of Experts on International Corporation in Tax Matters**, twentieth session, May 30th, 2020, *Tax Consequences of the digitalized economy- issues of relevance for developing countries*.
- S. Une Lee, L. Zhu, R. Jeffery**, *Data Governance for Platform Ecosystems: Critical Factors and the State of Practice, Architecture and Analytics Platforms*.
- Unión Europea** COM (2015) 302.
- , Com. Staff Working Document, *Corporate Income Taxation in the European Union*, SWD (2015) 121, anejo a la Comunicación (2015) 302.
- , D. 2016/1164, DOUE, 19. 7. 2016.
- , COM (2016) 682, *Building a Fair Competitive and Stable Corporate Tax System in the UE*.
- , DG Competition Working Paper on *State Aid and tax Rulings*, June 3rd, 2016.
- , COM (2017) 335, 017/0138 (CNS).

Tribunal de Justicia de la **Unión Europea** (Gran Sala) Sentencia de 3 de marzo de 2020. Tesco-Global Áruházak Zrt. Asunto C-323/18.

Tribunal de Justicia de la **UE** Sentencia **Asunto C482/18** de **4 marzo 2020**.

—, Opiniones de Abogado General. Juliane Kokott UE Google **Ireland Limited contra Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vámigazgatósága**, 12 de septiembre de 2019; July 4th, 2019.

**Unión Europea. European Commission**, Brussels, 14. 10. 2015, Com (2015) 497, Trade for All. Towards a more responsible trade and investment policy.

**L. B. Upshaw**, Building Brand Identity: A strategy for success in a hostile marketplace, N. York, 1995.

**D. Wakabayashi, M. Phillips**, the Gap Between the Haves and Have-Nots of Tech Widens, The New York Times, February 3rd, 2020.

**D. Wakabashi, M. Phillips**, As tech giants grow, smallest are squeezed, The New York Times International Edition, February 5th, 2020.

**Wei Cui**, The Digital Services Tax: A Conceptual Defense, University of British Columbia, October 26th, 2018.

—, The Digital Services Tax on the Verge of Implementation, Canadian Tax Journal, 67: 4, 2019.

—, The Digital Services Tax: A Conceptual Defense, University of British Columbia, April 22nd, 2019. Tax Law Review, Forthcoming. SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=3273641>.

**Wei Cui, Nigar Hashimzade**, The Digital Services Tax as a Tax on Location –Specific Rent, January 23rd, 2019, SSRN. 3321393.

- B. Wells**, Territorial" Tax Reform: Homeless Income is the Achilles Heel, University of Houston, Houston Business and Tax Law Journal, 2012.
- , Testimony before US Senate Committee on Finance, Hearing on International Tax Reform, October 3rd, 2017.
- , Get with the Beat, Tax Notes, February 19th, 2018.
- , "Territorial" Tax Reform: Homeless Income is the Achilles Heel, University of Houston, Houston Business and Tax Law Journal, 2012.
- B. Wells & C. Lowell**, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, 65 TAX L. REV. 535, 2012, 7.
- Vestager**, Competition Policy for the digital era. Final Report. J. Crémer, Y-A de Montjoye, H. Schweitzer, 2019.
- Sh. Zuboff**, The Secrets of Surveillance Capitalism, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 05/03/2016.

## Libros.

- Jh. Braithwaite**, Markets in Vice, Markets in Virtue, Oxford University, Oxford, 2005.
- Byung-Chul Han**, Che cosé il potere, Milano, 2019.
- Jh. Cheney-Lippold**, We are Data. Algorithms and the making of our digital selves, New York University Press, 2017.
- P. Collin-N. Colin**, Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, janvier 2013, Ministère de L'Économie et des Finances, Ministère du Redressement Productif.

- A. Ezrachi, M. E. Stucke**, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm –Driven Economy*, Harvard Press University, 2016, reprint. November 2019.
- F. Forte**, *Scienza delle finanze*, Milano, 2002.
- G. Gereffi & K. Fernandez –Stark** *Global Value Chain Analysis: A Primer*, Duke University, May 31st, 2011.
- B. Griziotti**, *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*, Madrid, 1931.
- A. Hensel**, *Diritto Tributario*, Milano, 1956.
- P. Hertenstein**, *Multinationals Global Value Chains and governance. The mechanics of power in interfirm relations*, Routledge, 2020.
- J. A. Hobson**, 1919, *Taxation in the New State*, Routledge, 2013.
- D. Jarach**, *Finanza Públicas y Derecho Tributario*, Buenos Aires, 1983.
- M. Kalecki**, *Teoría de la dinámica económica*, México, 1956.
- R. Kaplinsky, M. Morris, A.** *Handbook for Value Chain Research*, January 2001.
- K. Kelly**, *L'inevitabile. Le tendenze tecnologiche che rivoluzioneranno il nostro futuro*. Milano, 2016.
- M. Kenney, P. Rouvinen, T. Seppala, Jh. Zysman**, *Platforms and industrial change*, Industrial Innovation Routledge, 2019.
- V. Ledhonvirta, E. Castronova**, *Virtual Economies. Design and Analysis*, 2014, MIT.
- L. Lessig**, *Code*, versión 2. 0, Perseus Book Group, New York, 2006.

- B. Lev**, *Intangibles. Management. Measurement and reporting*, Brookings, 2001.
- F. Maffezoni**, *La capacità contributiva del diritto tributario*, Torino, 1970.
- V. Mayer-Schönberger, K. Cukier**, *Big Data*, 2013, Garzanti, ed. Italia.
- M. Mazzucato**, *The Value of Everything. Making and Taking in the Global Economy*, Allen Lane, 2018.
- T. Morris- Suzuki, Beyond** *Computopia, Information, Automation and Democracy in Japan*, Kegan Paul International, 1988, reedition in 2011 Routledge Abingdon Oxfordshire.
- L. Murphy, Th. Nagel**, *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, 2002.
- R. A. Musgrave, P. B. Musgrave**, *Hacienda Pública Teórica y Aplicada*, Madrid, 1981, p. 533.
- OECD**, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational enterprises and tax administrations*, Paris, 1996.
- , *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris, 2013.
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**, *Measuring and Monitoring BEPS. Action 11 -2015 Final Report*, Paris, 2015, p. 82.
- M. E. Parker**, *The competitive advantage of Nations*, N. York, 1990.
- F. Partnoy**, *Infectious Greed*, Public Affairs, 2009.
- P. Perlingieri**, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, T. 2, 2006, Roma.

- K. Pistor**, *The Code of Capital. How the Law creates wealth and inequality*, Princeton University Press, 2019.
- K. Polanyi**, *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 2010.
- M. Pugliese**, *L'imposizione delle imprese di carattere internazionale*, Padova, 1931.
- R. Reich**, *Saving Capitalism. For the many. Not for the few*, New York, 2016.
- Arthur Ripstein**, *Force and Freedom*, Cambridge, Harvard University Press 2009.
- S. Rodotà**, *Vivere la democrazia*, 2018, Laterza.
- S. Romano**, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962.
- T. Rosembuj**, *Intangibles. La fiscalidad del capital intelectual*, Barcelona, El Fisco 2003.
- , *Medio Ambiente y Comercio Mundial. Los Impuestos*, Barcelona, El Fisco 2005.
- , *Los Impuestos y la Organización Mundial de Comercio*, Barcelona, El Fisco 2007.
- , *La Crisis Financiera y el Arbitraje Fiscal Internacional*, Barcelona, El Fisco 2012.
- , *El Impuesto Ambiental*, Barcelona, El Fisco 2013.
- , *Principios Globales de Fiscalidad Internacional*, Barcelona, El Fisco 2013.
- , *El Impuesto Digital*, Barcelona, El Fisco 2015.
- , *Tax Governance. Los principios de la Unión Europea y del G20*, Barcelona, El Fisco 2017.
- , *Inteligencia Artificial e Impuesto*, Barcelona, El Fisco, segunda edición, 2019.

- E. Saez, G. Zucman**, *The Triumph of Injustice. How the Rich Dodge Taxes and How to Make Them Pay*, W. W. Norton & Company, 2019, p. 78.
- J. Schumpeter**, *Théorie de l'évolution économique*, Paris, 1999.
- M. S. Scholes-M. Wolfson-M. Erickson-E. L. Maydew-T. Shevlin**, *Taxes and business strategy. A planning approach*, New Jersey, 2002.
- P. H Sullivan**, *Value-Driven Intellectual Capital*, New York, 2000.
- Tavakoli J. M.** *Collateralized debt obligations & structured finance: New developments in cash and synthetic securitization*, London, Willey, 2003.
- J. Tirole**, *Economics for the Common Good*, Princeton University Press, 2017.
- A. Tiwana**, *Platform Ecosystems. Aligning Architecture, Governance, and Strategy*, Elsevier, 2014.
- World Trade Report 2010** World Trade Organization.
- UNCTAD**, *World Investment Report*, 2013.
- , *FDI, Tax and Development. The fiscal role of multinational enterprises: towards guidelines for Coherent International Tax and Investment Policies*, working paper, 3/26/2015.
- , *Rising Product Digitalization and Losing Trade Competitiveness*, 2017, United Nations.
- UN Practical manual on Transfer Pricing for Developing Countries**, October 2012.
- Tim Wu**, *The Curse of Bigness. How Corporate Giants Came to Rule the World*, 2020.

- K. Yeung, M. Lodge**, *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019.
- G. Zucman**, *The Hidden Wealth of Nations. The scourge of Tax Havens*, The University of Chicago Press, 2015, p. 106.
- Sh. Zuboff, The** *Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*, 2019, Hachette Book Group.

**VALUE CREATION.  
The Global Value Chain. Erosion of Tax  
Rent. Digital Rent.  
Tulio Rosembuj  
SUMMARY.**

The creation of value is a concept that has recently appeared in the tax literature. The understanding requests the collaboration of previous contributions. The nature of new value and the capture of real value need reference to the global value chain and the global digital value chain. The creation of tax value is appreciated if you import the mode of operation of the MNE, from corporate culture, management, and expansion of international trade. These different knowledge areas ignored their conclusions, which both improve their reciprocal outcomes.

A value chain is a management approach that attends the analysis of added value in each of the production stages, from the beginning to the final consumption.

The global projection arises when the company goes beyond its border and operates in different territories, fragmenting directly with its production chain suppliers or subcontracting locals. Their recognition is explicit by the World Trade Organization or the OECD, which attributes them between 70 and 80% of world trade. The essential elements to evaluate a global chain are the exercise of the government of the company, the nature of its economic rents, the location or relocation of its activities.

The findings are illustrative of how the MNE works. There is a leading company whose rents come from different sources, including oligopoly, which establishes, from the outset, several criteria of government and hierarchy with all those who participate in the development of its economic activity.

There was a misunderstanding, from the very beginning, on the consequences of the absolute elimination of protection in multilateral trade in the opinion that would be the bearer of global wealth, for countries, whatever their situation. The pervasiveness of transnational power caused the creation of value for its protagonists and the capture of wealth created. The effects were destructive and translated into oligopolistic structures, the concentration of wealth, and the transfer of political power to the leading companies' economic power. The emergence of super digital platforms accelerates the weakness of countries and the danger for local decision-making systems.

The concentration of global economic power leaves bare any alternative of competitive equity and its indefinite accumulation of oligopoly profits. The challenge calls for the law in its two aspects: antitrust and tax. No answer should not be interested in breaking the oligopolistic economic power and the taxation of its excess profits.

The first lesson for tax matters is that the multinational company is a unique and unitary organization under centralized management. From the management point of view, there are no singular parts of the multinational organization, as a mosaic of Separate entities, with their own and autonomous life -affiliates, branches, agents, commercial presence-.

The second lesson is that it declares the uselessness of the principle at arm's length. The instrument used to serve

as the dominant line of action in the verification of transfer prices of the single and unitary organization. It is a failure the reference to illusory comparability with similar prices, practiced between independent companies in the market.

The global value chain doctrine has contributed to the extinction of the foundations of international taxation's conservative ideology. Thanks to it, it is indefensible to refute that the multinational company is what it is and has never ceased to be: a unique and unitary organization under centralized management, with the non-negotiable objective of maximizing benefits and, at the same time, minimizing tax., wherever they operate.

What is surprising is that, with few exceptions, the global value chain doctrine would have omitted the creation of tax value, without economic activity, as one of the essential sources of its profit maximization strategy.

This trend is quicker with the emergence of digital platforms because they make authority, hierarchy, the capture of economic income, and the relocation of the whole process of global value creation more evident from the center.

The digital platform does not need fragmentation, outsourcing, location, or delocalization. The technological architecture allows it to capture excessive rents from users and complementors participation, including tax base erosion, with a shift from algorithmic architecture.

Value creation is the global creation of new value or capture of actual value. The ongoing challenge is the process of creating and capturing value in the ecosystem of the digital platform and the global economy platformization. The finding is the value of the digital person, of personal data, as free raw material, by any multinational company, whether digital or not-the data as a new natural resource.

It is not risky to think that the lessons of digital platforms will extend to all multinationals. The current use of data from users of its goods or services will be equal or superior to that of their goods or services value. The influence of the migration of traditional business to the platform's ecosystem has just begun.

The digital market means virtual competition between platforms under algorithmic authority. The pricing algorithm declares the futility of the usual methods of transfer pricing, which can be practiced back and regardless of the knowledge of the respective tax administrations.

The virtual competition puts the need for antitrust and tax regulation first.

Super platforms' global economic power does not leave a gap for the correction of their oligopolistic structure by themselves. Regulation is required, especially anti-monopoly aimed at eliminating their concentration in the market, the abuse of a dominant position, the extinction of rival competition, and damage to users and complementors data. The reports of experts from the UK, US, the European Union show the way to continue. The recognition of digital expansion causes the weakening of competition, rights users, and complementors.

The antitrust law pathway is a teaching program for tax policy. The tax is the only way to restrict excess profits and tax immunity to culminate in tax resources for the States. The tax reform of Corporation Tax needs to expand its taxable event to the accounting and financial benefit gap, which today escapes from its scope and the digital taxation on location-specific rents or even the introduction of a BIT Tax.

BEPS was an essential initiative for introducing a new international tax paradigm based on the protection by each State's tax base.

Its development suffers from the persistence of the ideological dogmatism of the century past. The best expression is the frustrated OECD effort when facing the digital taxation and taxation of tax base erosion.

What are we talking about when we talk about value creation?

There is a new Schumpeterian value; there is an existing value of a traditional nature, and, finally, there is a capture of tax value, without economic activity.

Tax base erosion –the value of the tax as a source of profit– has nothing to envy, either qualitatively or quantitatively, to the economic rent of innovation or conventional.

The importance of stateless income or homeless income is the first indicator of rent from tax base erosion. G20 BEPS Plan was a complete approach to their confrontation because it hurts all States, including those who have benefited for more than a century, since the 1920s.

Unfortunately, the start of the new paradigm appears paralyzed by ideological conservatives. The 40% of foreign direct investment moves between forwarders States –Netherlands, Ireland, Luxembourg– and tax havens. There is a vast tax value creation, and BEPS Action 11 illustrates this in its Indicators of profit shifting and tax base erosion.

These Indicators are a complete program of taxable events that should integrate any anti-erosion tax from the different States and that as a differentiated tax, in the style of the original Diverted Profits Tax of the United Kingdom.

The OECD's position on tax base erosion and digital income is a concession to symbolic taxation devoid of the content set in the BEPS. It is the most obvious example of the OECD's resignation from complying with the BEPS commitments to which she contributed.

On the one hand, the minimum tax is a pointless instrument, suggested by the United States, that does not attend to the particularity of value creation, without economic activity. A tool that should reasonably never be used (Shavivro). The Indicators of Action 11 are not adopted, which would have led to a differentiated tax whose taxable events must mostly reflect the avoidance in its various forms as the object of the tax. Something like the first definition of Diverted Profits Tax in the United Kingdom in an updated and improved version.

Digital rent does not follow the appropriate tax profile inspired by the European Digital Services Tax model based on user participation and the virtual nexus or significant economic presence.

It reduces digital income to its minimum through options that are not of interest to most states. That is the case of a possible amount derived from intangible marketing. Already has been demonstrated in the USA. in the Glaxo Smith Kline case, it leaves out of the tax resources of each State, most of the tax value of the commercial activity, of propaganda, of sale. This happens for the failed methods of measurement of intangibles through transfer pricing at arm's length.

Finally, it sets up a binding conflict resolution mechanism, subjecting the decision of the taxing power of each State to the mercy of expert, discretionary, and arbitrary judgments. What was a failure in the BEPS Plan, binding arbitration; enter through the window.

Digital rent derives from a natural resource of each State. The digital person, personal data, is a renewable natural resource of the community under the State's fiduciary responsibility. Language is the expression of the virtual nexus. There are no possible economic transactions without lan-

guage as a means of communication and interconnection. The new free natural resource is us anywhere.

The first digital permanent establishment is the language of the people of each country.

The creation of value is of recent appearance in the tax literature. The understanding requests the collaboration of previous contributions. The nature of new value and the capture of actual value regards knowledge about the global value chain and the global value digital. The creation of tax value comes from how the multinational company works according to the management culture and the expansion of international trade. They are indeed areas of knowledge that did not coincide in theirs.

On the contrary, they ignored each other, without noticing that taking them into account improves their mutual conclusions. The value chain is a business management approach, attending to the analysis of added value in each of the production stages, from the beginning to the final consumption. The global projection arises when the multinational company overflows its border and operates in different territories, either directly fragmenting its production chain or subcontracting with local suppliers. Its recognition is explicit by the World Trade Organization or the OECD, which attributes 70 and 80% of world trade. The doctrine is in charge of examining its essential elements: the company's governance, the nature of its economic rents, the location or relocation of its activities. The results are illustrative of the mode of operation of the multinational company. There is a leading company, whose rents have various sources, including oligopoly, which establishes, from the outset, multiple criteria of government and hierarchy with all those who participate in the development of its economic activity. The first lesson for tax matters is that there is no doubt that it is a unique and unitary organization under

centralized management. From the management point of view, the thorough defense of the parts of the multinational organization as a mosaic is invalidated. There are not separate entities with their own and autonomous will -affiliates, branches, agents, commercial presence-, but elements under a single organization command. The second lesson is that they declare the uselessness of the principle at arm's length. Intended and intends to serve as the dominant line of action in verifying transfer prices, intra-firm prices, of the single and unitary organization, taking as reference an illusory comparison with the comparable prices practiced between independent business in the market. It is the global value chain doctrine that has contributed to the extinction of the foundations of the conservative ideology of international taxation. It is indefensible to refute that the multinational company is what it is and has never ceased to be.

A unique and unitary organization under centralized management, dominated by profit maximization and, at the same time, tax minimization, wherever it operates. What is not surprising is that, with few exceptions, the global value chain doctrine would have omitted the creation of tax value, without economic activity, as one of the essential sources of its profit maximization strategy. The trend accelerates with the emergence of digital platforms. First, they make authority and hierarchy, the capture economic income, and relocate the whole process of global value creation more evident from the center. It is the beginning of the new stage that we are living in. The digital platform does not need fragmentation, outsourcing, localization, or delocalization. The technological architecture allows you to move without capturing excessive rents from the participation of users and complementors, including erosion tax income. Value creation is the global creation of new value or capture of actual value. The challenge is the process

of creating and capturing value in the ecosystem of the digital platform. It is the beginning of global platformization, thanks to the discovery of the digital person's value, personal data, and free raw material. The lessons of digital platforms are consistent with the evolution of all multinational companies. They will take advantage of the data of the users of their goods or services, which, undoubtedly, will be of value equal to or higher than that of their products or services. The influence of the traditional company's migration towards the platform's ecosystem has only just begun. The virtual competence means virtual competition between platforms under algorithmic authority. Understanding the change alters the consideration of the creation of tax value. The pricing algorithm declares the uselessness of the usual methods of checking prices intra firm, of a transfer price.

Understanding the change alters the consideration of the creation of tax value. The pricing algorithm declares the uselessness of the usual methods of checking prices intra firm, of price transfer, which can be practiced back and regardless of the respective tax administrations. The global economic power of super platforms does not leave a gap for the correction of their oligopolistic structure. Regulation is required, especially antitrust aimed at eliminating their concentration in the market, the abuse of a dominant position, the extinction of rival competition, and the damages to users and complementary users. And, likewise, the tax is essential so that its excess profits and tax immunity culminate in no tax resources for the States. It imposes the tax reform of the Corporation Tax and the taxation on digital locational specific rent or even the Bit Tax. The new free natural resource is us anywhere. The BEPS was an essential initiative for introducing a new international fiscal paradigm based on the protection by each State of its tax base. Its main obstacle is the persistence of the dogmatism of

the last century. The best expression is the frustrating effort of the OECD when faced with digital taxation and tax erosion taxation, an important source of tax value capture. What are we talking about when we talk about value creation? There is a new Schumpeterian value; there is an existing value of a traditional nature, and, finally, there is a capture of tax value, without economic activity. Tax erosion income –the value of the tax as a source of profit– has nothing to envy, qualitatively or quantitatively, to the economic rent of innovation or conventional. The importance of stateless income or homeless income is the first indicator of income from fiscal erosion. But it is not enough. The G20 BEPS Plan was a complete approach to their confrontation, above all, because it hurts all States, including those that for more than a century, since the 1920s, benefited. Unfortunately, the beginning of the new paradigm appears paralyzed by conservative ideological resistance. It is sufficient to state that 40% of foreign direct investment moves between transitory states –The Netherlands, Ireland, Luxembourg– and the final destinations to tax havens.

Tax value is unlimited, and BEPS Action 11 illustrated this in its Indicators of Profits Shifting and Base Erosion. These Indicators are a complete program of factual taxable events that should integrate any anti-erosion tax from the different States and that as a differentiated tax. In the way of the original Diverted Profits Tax of the United Kingdom, it would have been a final warning against the creation of tax erosion value. The OECD's position on tax erosion income and digital income is a concession to symbolic taxation devoid of the content set in the BEPS. It is the most obvious example of the OECD's resignation from complying with the BEPS commitments to which she contributed. The minimum tax, on the one hand, is a useless instrument, suggested by the United States, that does not attend to the particularity of value creation, without economic activity.

The Indicators of Action 11 are not adopted. It would have led to a differentiated tax whose taxable event must primarily reflect avoidance in its various forms as the levy subject, somewhat like the prime definition of the UK's Diverted Profits Tax. Digital rent does not follow the appropriate tax profile inspired by the European Digital Services Tax model based on user participation and the virtual nexus.

On the contrary, it reduces digital income to its minimum through options that are not of interest to most of the States, as is the case of a possible amount derived from intangible marketing. As has already been demonstrated in the USA. in the Glaxo Smith Kline case, it leaves out of the tax resources of each State, most of the tax value of the commercial activity, of propaganda, of sale, conditioned by the failed methods of measuring transfer prices at arm's length. Finally, if that were not enough, it sets up a mandatory conflict resolution mechanism, subjecting the decision of the taxing power of each State to the mercy of expert, discretionary, and arbitrary judgments. What was a failure in the BEPS Plan, compulsory arbitration; enter through the window. Digital income derives from a natural resource of each State. The digital person, personal data, is a renewable resource of the community, under the fiduciary responsibility. The language is the expression of the virtual nexus. There are no economic transactions without the language as a means of communication. The permanent digital establishment in the language of the country.

**I.** Value creation is the production of new goods or services. The capture of value implies unearned income, a transfer from the productive to the unproductive sector. The value chain, in its first version, indicates a system or network of activities connected by links that affect or harm the cost or effectiveness of other links of the chain, its total added value. The global value chain links the phases of the company's

economic activity with other actors in the worldwide market and adding intangible elements to the final result.

The four dimensions of the global merchandise chain include the transformation from raw material to the final product, the geographical consideration of the activity; the governance of the value chain in the hands of the leading company; the institutional context. The next step is the global value chain focused on value creation, economic income, and distribution. Finally, the latest evolution is based on the concept of a network, not a chain of global production, subject to the influence of technology and geography, and the law's use as a source of unearned benefits.

The essential elements of the VGC are the economic rents, where they come and who gets the substantial part; the government (governance); the topographical location or insertion; and the protection of the law. The economic rents can originate from innovation, of the gratuitous access and appropriation of natural resources, including data, the synergies of the organization, exogenous rents, location, or location. The governance (the government) of the leading company determines the origin and destination of the value and its extraction: the business activity location or delocalization. The extraterritoriality is the occupation of the global stateless space.

The tax reason is one of the specific goals, whether for installation in countries with an ordinary tax system, but, even more so, for its offshore investment in non-tax territories. It is what is known as stateless income or homeless income. The tax reason is a source of value creation because the tax becomes a source of benefits, not of compliance with the law, in the search for cross-border non-subjection.

Capital is such, only by and under the law. There is no wealth whose origin is not due to anything other than the

code of law. Capital is the legal quality of the asset, from which the privileges of the digital capital is the only exception because the code, the algorithm, itself is the information asset. If there is no law, the algorithm replaces it. The digital legal world is built from platforms, in a space without legal norm, except the de facto virtual standard of the algorithm.

II. The platform, in its first idea, was a business planning technique consisting of common assets for the production of differentiated goods and services, with a specific orientation towards the valuation of the intangible assets of the activity, something like this, as an approximate expression of the Intellectual capital of the organization. Subsequently, the internal platform version emerged, where the emphasis is on the standard structure focused on the reuse of shared parts and modular designs for the development of a stream of derived products. Now, the accent is on the external platform whose function is to support a business ecosystem for the technological innovation of products, goods, and services. The external platform is the algorithm factory (Kenney, Zysman), a technical precipitate of intangible intellectual capital. A digital platform is indivisible from cloud computing, Big Data, computer power, and algorithmic power. The platform appears as the virtual establishment of organizational capital, design, and coordination architecture, the summary of central and hierarchical digital governance. It is the structure that shapes the storage of data ownership and manufacturing of predictive products. Value creation comes from outside the system, from the users and complementors. The ecosystem of the platform has as its fundamental value the data and the co-creation of the users and the complementors. Strictly speaking, the platform is a software system with the applications that interact and the interfaces through which they do so. The core of the platform's shared functionality is the algorithm.

The two-sided platform means getting data for free on one side: for transmission on the other, e. g. advertising, financial system, transport companies, health care, letters of credit. The user creates the primary source of value, but also the complementary ones. The latter are victims of the difference in economic power within the platforms, where their applications or are copied, purchased, or eliminated, at the pure platform convenience.

**III.** The VGC is not the same in the traditional transnational company and the digital platform. The differences, according to Jh. Humphrey, are related to market governance and its permanent claim to preserve and increase economic power over the competition, regardless of any commitment to other participants that may put their leadership at risk. The owner of the platform's owner dominates the assembled ecosystem based on the central technical architecture and the economic resources it possesses. The setting of the rules of the game and the control over the activity of the complementors, restricts their entry or prevents their autonomous continuity through absorption, imitation, or liquidation. The foundations of the platform's influence are the accumulation of data, the reorganization of activities around the platform, the exercise of algorithmic of interactions with users, and complementors. The ultimate purpose is the commercialization of user data, the construction of informational merchandise, or predictive product for sale in the market. Competition is not between products or services; it becomes virtual because it is between platforms and their practices: cartelization, collusion, or abuse of dominant power. The traditional company either transforms or disappears. The digital platform has a VGC different from the transnational company: for its raw material, for its technical infrastructure, for the modular, reprogrammable architecture and, because it does not share the value created with any and captures any of its fractions

generated outside. The value is in the data of the users and the applications of the complementors. The platform materializes the dream of the self-regulated market. The key is short: the platform achieves unlimited disciplinary power in global markets, over people, other companies, governments, and institutions. The digital curve is more linear and direct than the conventional smile curve. In short, it has all the attributes of the traditional transnational company, but, in its way, directing, controlling, without offering any concession to wealth or its intellectual capital to third parties, States or international organizations, with the invaluable help of the creation of tax value –immunity from super benefits– through low or no-tax jurisdictions.

**IV.** The digital platform encourages the market's dominance in data accumulation, network effects, and servitude to its programming of the complementors. Finally, an equally important element is the algorithmic authority's opacity to hide benefits derived from its intangibles central, which makes the claim of fiscal administrative audit messianic. Likewise, the antitrust law exhibits shortcomings in the face of the cartelization of the economy, collusions, and the abuse of dominant power. Self-regulation becomes inevitable, and the invisible hand that disciplines competition is that of the oligopolies themselves. The intermediation of the two-way platforms is an insurmountable wall for the interconnection between users and new competitors. Users belong, by definition, to those who collect, treat, analyze, and exploit them. It is the leading natural resource of the digital industry.

The surplus-value is in the number and the manufacturing of marketing and sale of predictive products. The creation of value by interested, complementary third parties is subject to expropriation. And its global presence, aimed at data capture, totally ignores what was and is a public con-

tribution of each jurisdiction in the field of education, infrastructure, telecommunications, consented by its null contribution to the general tax revenues of the countries where they operate. Digital governance meets all the attributes of virtual government: it sets standards like any legislator; it makes and executes its unilateral decisions, as executive and judges, through positive or negative sanctions, to those who want access to their ecosystem. A dictatorship that only by default can be classified as benevolent. The platform is the regulator and enforcer of compliance with its law, which is power under lock and key and in a black box from algorithmic authority. From digital self-regulation derives the dependence of society and institutions to its ends. It is and interests. Personal data make up the category of fictitious merchandise drawn by Polanyi: work, land, and currency. The direction of the process lies in algorithmic authority as a source of de facto rights, obligations, rewards, and sanctions. Law privatized by the digital platform: a legal world in itself (Santi Romano). The platform is a "legal world in itself", with its territory, population, and virtual space. Cyberspace is not a real space. The Algorithmic Society goes through all kinds of social, political, economic activities and imposes its will on persons, populations, and states. A functional sovereign power under the algorithmic authority.

Recent and qualified reports assess the digital economic concentration, the persistence of killer acquisitions, the precise propaganda manipulation, and the harm of the users' data. All of them, with subtle differences, ask for regulations, open systems of data movement, and data openness, and nobody thinks that the self-regulation is possible. For example, it is the case of Furman Report or Scott Morton Report. But a more nuanced position is exhibited by Vestager Report from the European Commission. In particular, this last report ignores the essential concept of Sin-

gle Digital Market and the waive to the direct regulation of the big platforms, leaving intact their ability to self-correction.

**V.** The digital challenge put in crisis the whole legal order, public or private, under the dogma of the self-regulation. The self-regulation by the data polis is not credible. This is the is position argued against the intervention of antitrust law, abuse of economic power, unfair competition. The self-regulated market is an idea that belongs to the big digital platforms. We need urgent regulations because it is necessary to face the market concentration, collusion practices, close the rival's competition under the accumulation of Big Data. This landscape suggests the possibility, like the Sherman Act, of significant digital platforms reduction by separation. And, for sure, their qualification as public utilities. The regulations inspire taxation. First, the introduction of a Digital Services Tax on the localization of digital rents due to users' participation; and a Bit Tax, which would serve as a Pigouvian tax to change behaviors and get public resources. Second, the Corporate Tax should be changed, trying through three taxable events: regular rent, excess profits, and profits derived from accountability and financial statements. The taxable base must exams and eliminate all kinds of deductions, exemptions that don't serve for saving and productive investments. Finally, the rates should be progressives according to the different taxable events.

**VI.** The tax value creation and capture are defined by aggressive tax planning and the application to the tax environment of financial arbitrage techniques. The primary purpose is the tax minimization through schemes addressed to the tax deferral, elimination, or extinction, to get benefits that otherwise should not get. The tax rent is an essential source of value creation, similar to a Ricardian

differential rent because the digital platforms and, in general, the MNE's are oligopolistic structures. There is a value without economic activity due to aggressive tax planning. The BEPS is the catalog of unaccepted rents sources, from the State's taxation right to the protection of its imposable base, and against the international tax avoidance. The Tax Cuts & Jobs Act from the USA introduced the Global Intangible Low Taxed Income (GILTI) and the Base Erosion Anti-abuse (BEAT). GILTI attributes to the parent company the income obtained by an affiliated. The rate is a reduction of 50% of the general rate in the Corporate Tax. The percentage of the 10. 5% pretends disincentive the profit shifting to low or non-tax jurisdictions, through the taxation of residual foreign income derived from intangibles. BEAT is a minimum tax on the USA concerning their deductible payments to foreign subsidiaries in low or no-tax jurisdictions related to earnings stripping (royalties, dividends, fees, insurance premiums). Both are minimum taxes that don't reach the actual real taxpayer benefits. A better solution should have been another differentiated tax from Corporate Tax, separate and autonomous, addressed to taxable events, oriented to fight against tax avoidance like de Diverted Profit Tax in the UK. The differentiated tax is a tax constructed against the law's circumvention. It uses a subrogated taxable event related but distinct from another and first taxable event in another tax, e. g., Corporate Tax and Diverted Profit Tax in the UK. Under the German doctrine, it is a child tax, because it depends on the essential elements of the first taxable event, taxpayers, taxable base.

**VII.** Pillar Two, Global Anti-base (GloBE is a development of the principle of protection of the BEPS tax base. It provides for the right of any State to exercise its power of taxation ("right to "tax back") when the primary jurisdiction does not use it, or the tax payment was a null or low level of effective taxation. There are four principles: inclusion of

income, a minimum tax on deductible expenses of erosion of the base; change of methods in the treaties; subjection to the tax. The taxation must guarantee that the multinational group is subject to a minimum tax, to reduce the incentive to assign benefits for tax motivation to entities in non-taxable jurisdictions. The minimum tax is a wrong solution because it is not a specific tax on the protection of each country's tax base. The purpose might be taxing all base erosion. It deviated as tax revenue from the State of residence by the organization and the State of the source with criteria provided and more or less equitable distribution. The assessment of the tax base, according to Pillar Two, could be calculated under the accounting and financial standards used by the parent company to consolidate its financial statements. There are serious omissions: regarding the Special Purpose Vehicles, the definition of tax shelter, cybernetic manipulation of transfer prices using pricing algorithms. Pillar Two's proposal is far from BEPS Action 11.

Moreover, it does not mention the Indicators that should serve as a starting point in the preparation of the taxable event, tax base, taxpayers of the so-called minimum tax. The BEPS Action 11 Indicators are illustrative and eloquent. There is a useful explanation for the accumulation of residual benefit from different activities from their place of origin in low tax jurisdictions. First, through the transfer of intellectual capital, source of residual economic income, to Special Purposes Vehicles, shell companies would otherwise be subject to other territories and on other entities with substantive economic activity. Second, the structure of financial means and synthetic hybrids to generate deductible expenses that dilute real economic benefit in different latitudes and, lastly, the elimination of the tax on business and economic flows by intra-firm operations, exploiting transfer prices. That happens through

trade-in material or tangible goods and services and, above all, intangible schemes, and digitization, which increases the threat of cyber manipulation, not only on platforms but also on any of the global value chains. The transfer price presupposes the divergence between the price stipulated within the associated group and the competition price set by independent companies acting in similar circumstances. The management of intra-firm prices is different from what it would be if the parties did not belong to the group. It is a traditional technique overwhelmed by the appearance of intangible assets, without comparison in the market, and new intangibles, such as information assets and, even worse, by pricing algorithms. The algorithm gives the possibility of setting the maximization of benefits. This is the opposite of the tax minimization by work of non-genuine transactions, artificial expenses, or presumed losses. The algorithmic ability to program the increase of benefits also enables us to think what same with the minimization of the tax that, we know, is another source of profit. Transfer prices are a mode of shifting of benefits to create tax value, segregated from economic activity—a scheme of maximizing benefits, through the creation of tax value by minimizing the tax subjection. The plan of the program born where the direction and technostructure reside and where we can find the unity, centrality, hierarchy of decisions decided, and carried out throughout the space that it intends. Variable algorithmic geometry can make it impossible to discover aggressive tax planning, harmful practices, tax arbitrage, transfer pricing. The pricing algorithms resource determines the end of the arm's length method because it conclusively leaves no defense of average market value between independent companies with comparable transactions. Pricing algorithms play an essential role in the design of the cyber manipulation, which would not occur without the contribution of machine lear-

ning: a taxpayer's State of conscious abuse or mental state of consciousness of wrongdoing (SWBuell) or, worse still, an artificial intelligence crime. The BEPS is the evidence of abuse of law.

**VIII.** The OECD's latest Pillar One project to tackle the challenges of the 2020 digital economy is a failure. The resignations and concessions to the United States make it a distant example of the spirit of BEPS. Even more: contrary, in some of its main aspects, to its purpose. What should have been a culmination of the new digital taxation right for market jurisdictions based on user participation and the virtual nexus is diluted in commitments that are true abdications. There are three parts of the taxable benefit: A, B, C., the first being the only one that genuinely addresses the digital issue. It is not explained thoroughly and clearly. At least, the vital problems appear slightly mention, such as the residual benefit, the disengagement of the at arm's length, and the transfer price.

In contrast, the so-called Amounts B. and C. are the resignation of the BEPS. Amount B, marketing intangible, is far from the residual benefit. As the GlaxoSmithKline case shows, it is substantial and reinforces the uncontested validity of them at arm's length and transfer prices.

A counterfeit solution that breaks down Amount A and contributes, in exchange for the crumbs of a presumed minimum tax, to undo the construction of the BEPS. Amount C, in turn, includes creating mandatory dispute prevention and resolution mechanism that ends up definitively cloistering Amount A. It is an escamotage to advantage the multinational company, weakening the States taxing power and the guarantee of common equity. The mechanism for the prevention and resolution of controversies transmits the discussion and decision of transfer prices to economic actors with more power and resources than the

States, instead of establishing suitable means to redistribute power more fairly or equitably. Governance without collective interest, it is abandonment and full resignation to the BEPS. The failure of compulsory and binding arbitration was already in the BEPS. (Action 14) rejected by the country's majority. Again, the twist is the US demand to introduce a safe harbor clause that allows turning Pillar One into an optional regime for multinationals. A complete return to the past.

**IX.** The private appropriation of common knowledge is the form of digital economic rent, and the raw material is the collective, general knowledge of everyone. Personal data is the first step of the collective knowledge of everyone. The personal data collected evolve by the algorithm in production and manufacturing to a kind of artificial knowledge aimed at obtaining excess profits or pure information for other purposes, such as security, control, surveillance.

We are the data. Oil, corn, or wheat, or any other natural resource, is on the surface, and only its free extraction is needed. It is algorithmic data mining, for the appropriation of the public domain and commercialization as predictive products, under the protection of private possession. The raw material is the digital person, the personal data collected for its algorithmic treatment. The digital person is the raw material of the digital natural resource in each of the countries where real people operate. The natural resource of the digital person has an economic value as informational merchandise marketable. It is fictitious merchandise. The identity of people is, at the same time, the identity of the community and the identity of the nation-state. The appropriation and capture of the digital person is a disaggregation of the community and the nation-state. Natural resources belong to the fiduciary sovereignty of each Sta-

te, precisely like the raw materials within its territory. The rent derived from the exploitation of personal data is a natural resource of the peoples that inhabit the Nation-State. The use of user's language has public value.

The digital rent is a specific location rent that originates in the countries where the user resides. It is a rent similar to natural resources with defined locations. To the extent that the user allows to obtain benefits to the platform for the use of data, it is easy to deduce that the benefits derived belongs in part to the users' location. The location of users is a manifestation of the ability to pay in the State-Nation where they are. The creation of digital value by the user configures a right of State taxation on the rent extracted by non-resident digital platforms. The data belongs to the people; the Administration is fiduciary, not real owner, of the personal data, for its defense as fiduciary of public good for the benefit of the community. Its protection and tax protection passes through royalties or taxes on digital rent in the territory. Nothing prevents the progressive rate of charge based on the economic and market dimensions of large platforms. Since 1998 the WTO includes a moratorium in favor of the application of zero tariffs on electronic transmissions. The transformation of the temporary customs moratorium on electronic communications can cause severe losses in public revenues in developing countries if it becomes permanent. And the imminent risk that exacerbates the situation is the products of additive manufacturing.

The creation and capture of value integrate is the liminal strategy of global and digital value chains. The multinational, conventional or a digital platform, builds its strategy around maximizing benefits in every country. The elimination of obstacles in multilateral trade and the application of new technologies allow for an exploitation scenario lacking perceptible, legal, or fiscal limitations.

Since the 1990s, globalization has served to disarm any attempt at the legal resistance of the State to the supranational power of private organizations. Therefore, based on this, the first proposition is the return of the State. The last and only fence of transnationality without borders is the State. It is not enough, but it is the starting point for each resistant and reluctant State to approach others with the same objectives and establish modalities of shared cooperative sovereignty.

BEPS inspired the G20. Unfortunately, the winning power threatens to empty its content. Paradoxically, the transnational wins the battle of its legal and fiscal preeminence before superior enemies.

The foreign multinational presence does not imply the privilege to self-correct and regulate its decision as it was the law of the place where it is.

If that happens, we cannot blame the host state. There is an interest constellation around the foreign investment, from big legal offices, audits, and, partially, the local administration, frightened for the exercise of the public control.

It does not mean that one must renounce to consider the subjection of the creation and capture of tax value in the place where it gets it. No, on the contrary. The only way to deal with multinational tax evasion and avoidance is to establish a legal and fiscal framework, State by State, to neutralize its systematic local and international violation.

The OECD is not the right organization to give the needed response. Its failure in the BEPS authorizes the constitution of a new International Fiscal Organization within the United Nations framework, with legislative, executive, and jurisdictional powers.

It is the first result that the current collapse of the BEPS should produce, due to the market power of global value

chains and at the States' initiative, most of which are outside the OECD, but not from the UN.

The situation is complicated and urgent. We can see in the matter of digital platforms and the adoption of the platformization as a method of making money by ordinary multinational companies. The tax field and antitrust regulations are the primary victims.

The recovery of stateless income, the erosion of tax bases, immunity from digital services avoid all the good intentions attributable to the G20. Are the States that must recover the accent and the pulse of the reactivation of the BEPS in the face of OECD's weakness in fulfilling what its commitments should have been.

Meanwhile, it is time to reject ideological cynicism.

D. Elkins is an excellent example of this. The taxation power should not follow the creation of wealth in its territory.<sup>447</sup>

Taxation power is not a relic of the past. It has been and is a victim of vectors of globalization, among which multinational stand out. The argument that inspires them is unique and universal: the unarmed State and submission to the logic of neutrality and market superiority.

The global value chain offers invaluable support for access, control, and presence in any market, in exchange for legal, regulatory, and jurisdictional immunity.

All relevant business decisions are real options. Furthermore, this means being, staying, continuing, or leaving, due to the pure convenience of the expected economic re-

---

447. D. Elkins, *The Right and the Good: Taxing Rights, Value Creation and The Rhetoric of International Taxation* [ssrn.com/abstract=3615648](https://ssrn.com/abstract=3615648).

sults. They respond to the will from the maximum of the use as the minimum level of establishment.

The purpose is to turn into necessity what should ordinarily be a business decision. From the location in a territory to the delocalization, at the moment when the advantages of maximizing profits and capturing value are exhausted.

Excess profits are not reprehensible, provided that it is exceptional, and the consequent submission to the tax burden that must accompany it. Corporate social responsibility also imposes labor, environmental, and antitrust compliance obligations.

Elkins says: "The good that countries seek is the parochial good of maximizing the welfare of their own constituents. Taxing MNEs serves that good because countries can thereby provide for the needs of their constituents without having to impose upon them the cost of doing so. In other words, countries need tax revenues and MNE have the capacity to help meet that need."

The premise is correct, just consequently is false. Any State prioritizes the satisfaction of its community. Another thing is the policy, methodology, and purposes that inspire him. No State can renounce the claim to maximize the welfare of its society.

The MNE can satisfy this claim, although this does not imply, by definition, the reduction of taxation on citizens themselves. On the contrary, the experience is that it is citizens who bear higher taxation than MNE.

The MNE must contribute to the Treasury based on the creation and capture of value provided by its economic activity in the territory. It is not an aid transferred as an advantage for the community. It is an obligation that corresponds to him because of the wealth he gets for his

permanence in the country, the use of natural resources, infrastructure, job training and education, and protection and legal security.

The MNE needs the State more than the State needs the MNE. The first is forced by its profits statement and its shareholders, while the second can restrict its public resources to the limit of social, economic, and cultural survival if it has sufficient democratic support.

How many of the poor or developing countries disappeared in recent decades compared to global value chains that no longer exist?

All this causes the taxing power of the State and the legal and jurisdictional power to find obstacles that logically should not be insurmountable. The weakest State; it is superior to any large company.

It is a mistake to think that the multinational can concerning the power of which the State owns. It happens when the State does not accept the challenge or withdraws from the stake to fear the consequences. The large company, ultimately, is locally non-essential, with more or less sacrifice, because, from the beginning, they consider participation in the local activity as insignificant or expendable, except in the case of a monopoly on natural resources, which should also not be consented free of charge, without careful consideration, with a view to its conservation.

The State is the holder of the power of taxation and has the full right to tax the wealth in its territory, like any other manifestation of the ability to pay. The corollary is clear; the MNE's host country has a primary right of taxation on the wealth or income that the MNE procures in its territory and to the full fulfillment of tax compliance.

The work of the BEPS, if it serves any purpose, is to demonstrate that the tax non-compliance, evasion, and avoi-

dance of the MNE is public, well-known, and accredited. Ignoring it supposes a deficient level of intellectual complicity. Indeed, the host State can now equip itself with all the instruments adequate to combat it. The tax administration has all the ability to confront the market power that the MNE holds. Changing the tax law is not enough. A precise political sensitivity to their influence on the legal, jurisdictional, and public opinion sectors they use is essential.

Elkins says, "The reason that they refrain from such measures is their fear that doing so would deter international investment as MNEs seek more lenient tax regimes elsewhere".

It is possible that the host State this dominated by a particular fear, fueled by MS to ensure their tax immunity. The answer, however, depends on it. It needs to demonstrate what the MNE contributes to the country's economy, social organization, and what it gets in return. Above all, sanctioning relocation allowed its establishment in the country and liquidation of the company that channeled its activity up to that moment.

Abandonments of the MNE are dissuasive measures that await the host State's consent when it lacks sufficient lucidity to defend its part of the contract with the investor objectively. Even her resignation does not ensure her permanence. Everything that is a real option is adopted before the State suspects it. There are relocations before localization occurs that, when they do occur, must be somehow justified, e. g., tax benefits.

The search for better opportunities by MNE is not infinite. There are countries and countries where they can find the intended legal and fiscal protection. The problem is what is left behind on the road. The decision to invest is not only a function of the tax benefit. It is a decision related to the mar-

ket, social education, infrastructure, legal certainty, and local culture. The State's return must write its pages from what it has and what it loses if it does not protect it. There will always be another MNE to replace the one that does not come or leaves unexpectedly. The worst is the refraining of "the parochial good of maximizing the welfare of their own constituents", because their loss is usually final.

June 2020.