

PLAN DE ACCIÓN BEPS - ACCIÓN 6: IMPEDIR LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El mandato de la Acción 6 consiste en *“desarrollar disposiciones convencionales y recomendaciones relativas al diseño de normas internas que impidan la concesión de los beneficios del Convenio en circunstancias inapropiadas. Se realizarán también trabajos para clarificar que los Convenios fiscales no se destinan a ser empleados para generar la doble no imposición e identificar las consideraciones de política fiscal que, en general, los países deben tener en cuenta antes de decirse a entrar en un Convenio fiscal con otro país. El trabajo se coordinará con el trabajo sobre híbridos”*.

Como puede observarse, la Acción 6 tiene dos objetivos:

- a) Limitar las situaciones en las que se accede a los beneficios de un Convenio, impidiendo que tal acceso se produzca en circunstancias inapropiadas.
- b) Proclamar que los Convenios no amparan las situaciones en que se produce doble “no imposición”.

Para ello, los Estados deberán instrumentar medidas concretas cuando resulte procedente, así como seguir determinadas directrices de que deberán tenerse en cuenta a la hora de firmar, modificar o denunciar un Convenio y que se expondrán en este documento.

El informe final de la Acción 6 sustituye a la versión preliminar del mismo publicada en septiembre de 2014, e incluye cambios tanto al Modelo de Convenio de la OCDE como a los Comentarios, todo ello con el fin de erradicar la utilización de Convenios en situaciones de abuso. Sin embargo, quedan tareas pendientes con respecto a la Acción 6:

- Por un lado, tanto la cláusula de Limitación de Beneficios como los Comentarios para su interpretación no son definitivos y se deberán revisar a la luz de las modificaciones propuestas al Modelo de Convenio de los EEUU, publicado en febrero de 2016.
- Por otro lado, quedan pendientes de realizar trabajos adicionales respecto de la aplicación de los beneficios del Convenio a los fondos de inversión (quedando descartada la aplicación de los beneficios a fondos distintos de

las Instituciones de Inversión Colectiva), fondos de pensiones y REITs, los cuales serán objeto de consulta pública.

2. CONTENIDO Y MODO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN 6

Contenido

El Informe BEPS relativo a la Acción 6 se divide en tres apartados claramente diferenciados, lo que permite identificar sin lugar a dudas el fin perseguido por la acción:

- a) El apartado A incluye disposiciones anti-abuso que proporcionan medidas para frenar la utilización indebida de los Convenios. Dichas medidas, que serán expuestas a continuación, constituyen un estándar mínimo contra la lucha del *treaty shopping*. Adicionalmente, el Informe incluye otras normas específicas dirigidas a evitar situaciones de abuso en supuestos de sociedades con doble residencia o de aplicación del Convenio por un establecimiento permanente situado en un tercer Estado con baja o nula tributación.
- b) El apartado B contiene una nueva redacción del Preámbulo, de la introducción al Modelo de Convenio, así como del título de los Convenios recogiendo una declaración expresa de que la finalidad de los Convenios es evitar la doble imposición sin crear oportunidades de doble no imposición o imposición a tipo reducido mediante la evasión o elusión fiscal.
- c) El apartado C identifica recomendaciones de medidas de política fiscal que los países deberán tener en cuenta a la hora de firmar/renegociar/denunciar un Convenio.

Implementación

En cuanto al modo de implantación de la Acción, el Informe contempla que deberá realizarse mediante una combinación de las medidas siguientes:

- a) Introducción de cambios al Modelo de Convenio de la OCDE y a los Comentarios, en los términos comentados anteriormente.
- b) Desarrollo de un instrumento multilateral que produciría los mismos efectos que una renegociación simultánea de los instrumentos bilaterales, con el fin de agilizar y simplificar la implementación de medidas BEPS previstas en los Convenios.
- c) Compromiso de los Estados para introducir estas cláusulas en futuros Convenios o para modificar los vigentes, jugando este punto un papel

esencial de cara a conseguir la efectiva aplicación de las medidas recogidas en la Acción 6.

3. El apartado A de la Acción 6: cláusulas convencionales y/o internas para impedir la concesión de los beneficios del convenio en circunstancias inapropiadas

Con el fin de frenar la utilización indebida de los Convenios para evitar la doble imposición, el apartado A de la Acción 6 identifica dos tipos de situaciones de abuso:

- a) Casos en que un contribuyente trata de eludir las limitaciones previstas en el propio Convenio, es decir, situaciones que tienen que ver con la aplicación del Convenio en sí mismo; y
- b) Situaciones de elusión de la normativa interna mediante la utilización de los beneficios del Convenio.

3.1 Casos en los que una persona intenta eludir las limitaciones previstas en el propio Convenio

La Acción 6 vincula las estrategias de *treaty shopping* con el concepto de residencia fiscal, es decir, con el intento por parte del contribuyente de alcanzar una situación en la que, como residente en un Estado contratante, acceda a las ventajas que proporciona algún o algunos de los Convenios suscritos por dicho Estado.

No es la primera vez que la OCDE aborda este problema, como el propio Informe se ocupa de recordar. Ya analizó estas prácticas en el pasado implementando, simultáneamente, medidas para frenar su expansión.

Así, desde 1977 hasta 2014, la OCDE ha ido modificando el Modelo de Convenio y ha publicado distintos informes con el fin de (i) incluir el concepto de beneficiario efectivo en el Modelo de Convenio, concepto que ha ido matizando a lo largo de los años mediante la inclusión de comentarios aclarativos en los Comentarios al Modelo de Convenio; (ii) poner de manifiesto el papel de las sociedades instrumentales en relación con las estrategias de *treaty shopping*; e (iii) incluir, en relación con el uso indebido de Convenios, ejemplos adicionales de normas anti-abuso, así como una cláusula de limitación de beneficios inspirada en la recogida en el Modelo de Convenio de Estados Unidos de 1966.

En la actualidad, mediante la Acción 6, son tres las propuestas que se plantean para combatir el *treaty shopping*:

- a) Introducir una mención expresa en los Convenios de que los Estados contratantes desean evitar la elusión fiscal y la generación de oportunidades de *treaty shopping*.
- b) Introducir también por vez primera en el Modelo de Convenio la cláusula LOB (“Limitation On Benefits”), inspirada en las ya incluidas en los Convenios de Estado Unidos y de otros países, que busca limitar el acceso a las ventajas otorgadas en virtud del Convenio a aquellos contribuyentes que tengan la consideración de residentes cualificados; es decir, residentes que cumplan los requisitos establecidos en la propia cláusula basados, entre otros, en la propiedad, la actividad económica o la propia naturaleza jurídica del residente.
- c) Introducir en el Modelo de Convenio por vez primera un test del propósito principal (“Principal Purposes Test”, o “PPT”), concebido como una norma anti-abuso general, que rechaza la aplicación de los beneficios del Convenio a operaciones realizadas con la finalidad primordial de aprovecharse del mismo.

Pero no todas las medidas deberán introducirse por todos los Estados obligatoriamente. Lo importante, según el Informe, es que todos los Estados dispongan de unos mecanismos para combatir el abuso de los convenios y que dichos mecanismos se inspiren en las líneas que marca el Informe. Así pues, lo importante es que exista un “standard mínimo”, consistente en declarar que los convenios no amparan la doble no imposición junto con una de las tres siguientes alternativas:

- Adopción conjunta tanto del PPT como de la cláusula LOB, permitiéndose en este caso adoptar una versión simplificada de la cláusula LOB; o
- Adopción únicamente de la cláusula PPT; o
- Incluir únicamente de la cláusula LOB, junto con otras normas específicas para evitar la utilización de sociedades instrumentales en acuerdos financieros (“*anti-conduit arrangement rules*”).

Ahora bien, dado que lo importante es el cumplimiento de un “standard mínimo”, entendemos que la implantación de alguna de las medidas anteriores deberá ser analizada por cada país, debiendo modularse en aquellos países que cuenten ya con normas anti-abuso internas o con doctrina jurisprudencial (por ejemplo, relativa a la sustancia económica o a la sustancia sobre la forma) con entidad suficiente para hacer frente a diversas formas de abuso de Convenios o de normas fiscales internas.

Por tanto, en estos supuestos y desde un punto de vista conceptual, a los efectos de cumplir efectivamente con el “standard mínimo” que impone BEPS, en nuestra opinión podría resultar suficiente que un Estado aplicase de manera coordinada con la postura OCDE las medidas anti-abuso previstas en su normativa interna o en su jurisprudencia. Cabe prever, no obstante, que en esos casos los Estados puedan preferir en cualquier caso adherirse al convenio multilateral y optar por alguna de las medidas o combinaciones de medidas que se incluirán en él.

3.1.a.(i) La lucha contra el treaty shopping: Limitation On Benefits

En primer lugar, resulta necesario recordar que ni la redacción de esta cláusula ni los comentarios recogidos en el informe son definitivos, ya que deben revisarse a la luz de las modificaciones propuestas al MC de EEUU, cuya emisión se produjo en febrero de 2016.

Pues bien, aun con carácter provisional, en su afán por delimitar la aplicación de los Convenios fiscales, la OCDE ha incluido en su plan de Acción 6 esta cláusula en la negociación y renegociación de Convenios. Pero, ¿qué es una cláusula LOB? Como su propio nombre indica, es una limitación a la aplicación de los beneficios de un Convenio; es decir, se trata de una cláusula específica que exige que se cumplan ciertos requisitos para que un contribuyente pueda aplicar los beneficios de un determinado Convenio y evitar, así, el *treaty shopping*.

Por tanto, la aplicación de un Convenio queda supeditada a que el Estado en cuestión analice una serie de elementos de hecho al objeto de comprobar que, efectivamente, el contribuyente que solicita la aplicación del Convenio tiene derecho a su aplicación.

Nótese que un análisis de los hechos de cada caso resultaría útil en aquellos supuestos en que las prácticas de *treaty shopping* puedan identificarse a partir de estos criterios objetivos. Sin embargo, un análisis de este tipo no cubriría todo el abanico de posibilidades que podría darse en este sentido, ni tendría en consideración, por ejemplo, que un Estado contratante pudiese modificar sus medidas de política fiscal o que su normativa interna previese la aplicación de ciertas restricciones normativas (impuestas por su Constitución o por el ordenamiento comunitario¹).

Por ello, la cláusula LOB propuesta se “flexibiliza” en algunos supuestos en los que se habilita la aplicación del convenio en situaciones que, por aplicación de los

¹ Los países integrantes de la UE mostraron una preocupación común: la aplicación de la cláusula LOB podía requerir una adaptación para reflejar las especialidades propias de la normativa comunitaria o de las particularidades de cada caso concreto. Con el fin de dar respuesta a estas inquietudes, el Informe final de la Acción 6 contempla la posibilidad de introducir alternativas en los comentarios para tratar estas cuestiones.

criterios objetivos de esta cláusula, hubieran quedado en principio fuera de éste. En este sentido, además de provisiones relativas a la efectiva realización de actividades económicas o vinculadas al análisis del beneficiario último de las rentas, destaca la siguiente provisión:

“Si un residente de un Estado contratante no pudiera acogerse a todos los beneficios del Convenio en virtud de las disposiciones previas de este artículo, la autoridad competente del Estado contratante que, en su caso, le hubiera tenido que conceder los beneficios, tratará sin embargo al residente como si tuviera derecho a estos beneficios o a los beneficios respecto de un particular elemento de renta o patrimonio si dicha autoridad competente, previa solicitud del residente y después de valorar todos los hechos y circunstancias pertinentes, determina que el establecimiento, adquisición o mantenimiento de dicho residente y el desarrollo de sus operaciones no tenía como uno de sus propósitos principales la obtención de los beneficios de este Convenio”.

El “*discretionary relief*” permitiría “salvar” situaciones injustas que podrían generarse como consecuencia de la aplicación de la cláusula LOB. Este resultaría ser el caso, por ejemplo, de una entidad residente de un Estado contratante que ejerce activamente una actividad económica en dicho Estado y obtenga rentas procedentes del otro Estado contratante en relación con esa actividad. En ese sentido se orienta el párrafo 69 de los Comentarios propuestos en el que se mencionan algunos factores que deberían tener en cuenta las autoridades competentes a la hora de valorar estas solicitudes: Historia, estructura, titularidad y operaciones que realiza el residente que formula la solicitud; si el solicitante es una entidad con un historial de operaciones que ha sido adquirida recientemente por razones no fiscales; si los beneficios del solicitante sufren efectivamente doble imposición.

Es decir, en base a este test alternativo, el análisis de los hechos permitiría aplicar los beneficios de un Convenio en supuestos en que no resulte probable que se generen problemas desde la perspectiva del *treaty shopping* y se salvaría, por tanto, el trato injusto que una aplicación del criterio objetivo previsto en la cláusula LOB podría generar.

El modelo de cláusula LOB propuesto tiene la estructura siguiente:

- i. Disposición que denegaría los beneficios del convenio a un residente de un Estado contratante que no sea una “persona calificada” de acuerdo con el apartado 2 siguiente;
- ii. Definición de las situaciones en que un residente de un Estado contratante sería una “persona calificada”, que incluiría a :

- Personas físicas;
 - Un Estado contratante, sus subdivisiones políticas y entidades totalmente participadas por aquéllas;
 - Ciertas entidades que cotizan en bolsa y sus filiales;
 - Ciertas entidades sin ánimo de lucro y fondos de pensiones;
 - Otras entidades que cumplan determinados requisitos de propiedad;
 - Ciertos instrumentos de inversión colectiva;
 - Entidades dedicadas a actividades empresariales en su país de residencia;
 - Entidades que cumplan un test de beneficios; y
 - Entidades a las que se haya otorgado la aplicación de los beneficios por parte de la autoridad competente.
- iii. En virtud del apartado 3 del artículo se otorgarían los beneficios del Convenio a aquellos contribuyentes que, si bien no cumplen con la definición de persona cualificada, ejerza activamente una actividad económica² en su Estado de residencia y la renta en cuestión se obtenga en relación con esa actividad o sea incidental a la misma.
- iv. El apartado 4 concedería los beneficios del Convenio a una persona no cualificada si, al menos, más de un determinado porcentaje de la entidad es propiedad de determinadas personas con derecho a beneficios equivalentes.
- v. Conforme al apartado 5 del artículo se permitiría a las autoridades competentes de un Estado contratante conceder determinados beneficios del Convenio a una persona a la que se le denegarían, en aplicación de los apartados anteriores.
- vi. En el apartado 6 se incluirían definiciones aplicables a los párrafos 1 a 5 anteriores.

² Con carácter previo a la emisión del Informe definitivo de la Acción 6, surgieron dudas interpretativas sobre la cláusula de actividad empresarial en aquellos casos en que, por ejemplo, filiales situadas en un mismo país lleven a cabo actividades diferentes. Aunque los cambios que se propusieron en este sentido eran similares a los recogidos en el MC EEUU para modificar el test de actividad empresarial (i.e., “*active trade or business*”), este trabajo está pendiente de finalizar en línea con el nuevo MC.

Puesto que el modelo de cláusula LOB sigue el Modelo americano y algunos conceptos a los que la misma se remite sólo están previstos en la legislación americana, se ha propuesto incluir una definición de estos conceptos en la propia cláusula.

Otras cuestiones que, a nuestro juicio, resultan de especial interés en relación con la aplicación la cláusula LOB, podrían resumirse del siguiente modo:

- Requisito de que cada accionista interpuesto sea residente en alguno de los Estados contratantes.

La cláusula LOB contiene una regla especial sobre participación indirecta que exige que cada propietario interpuesto de la entidad en cuestión sea residente de alguno de los Estados contratantes. En concreto, dicha regla se refiere a supuestos (i) de filiales de entidades cotizadas; (ii) de titularidad/erosión de la base imponible y (iii) beneficios derivados.

Sin embargo, el propio Informe incluye la regla de participación indirecta de los dos primeros supuestos entre paréntesis, al entender que los Estados podrían considerar este requisito muy restrictivo y podrían decidir no aplicarlo. Como se explicará en el apartado siguiente, los trabajos de aplicación de esta regla en supuestos de beneficios derivados están todavía pendientes de finalizar.

- Cuestiones relacionadas con la cláusula de “beneficios derivados”.

En esencia, el test de “beneficios derivados” legitima a las sociedades residentes en un Estado a aplicar los beneficios de un Convenio siempre y cuando el titular de la sociedad hubiera estado legitimado, al menos, al mismo beneficio de haber recibido directamente la renta.

Como se anticipaba anteriormente, la Acción 6 incluye una versión de la cláusula de “beneficios derivados” entre paréntesis, ya que la efectiva implementación de la misma dependerá de los trabajos que se realicen en otras Acciones BEPS (como podrían ser, por ejemplo, la Acciones 5 y 8).

En lo referente a la implementación por parte de España de la cláusula LOB en sus Convenios, nos remitimos a los comentarios que en este sentido realizaremos en el último apartado, relativo a la valoración de la acción.

3.1.a.(ii) La lucha contra el treaty shopping: el Principal Purposes Test

La Acción 6 propone incluir la cláusula siguiente como párrafo 7³ del artículo sobre Limitación de Beneficios del Modelo de Convenio:

“No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, no se concederá un beneficio en virtud de este Convenio respecto de un elemento de renta o patrimonio si resulta razonable concluir, a la vista de todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de ese beneficio era uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo u operación que tuviera como resultado, directa o indirectamente, la obtención de ese beneficio, a menos que se determine que la concesión de dicho beneficio en tales circunstancias sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones en cuestión del presente Convenio”.

Esta cláusula (i) tiene por finalidad denegar la aplicación de los beneficios de un Convenio en aquellos supuestos en que uno de los principales objetivos sea, precisamente, beneficiarse de dicho Convenio, a menos que la concesión de los citados beneficios esté en línea con las previsiones del Convenio; (ii) opera, en su caso, de manera complementaria con la cláusula LOB⁴; y (iii) para determinar si uno de los principales motivos es obtener los beneficios de un Convenio, debe realizarse un análisis objetivo caso por caso.

Según se ha comentado, la relevancia de algunos de los términos incluidos en la redacción de la cláusula ha supuesto que la OCDE haya considerado importante detenerse en los mismos y proporcionar unos criterios interpretativos de cara a la futura inclusión de la PPT rule en los Convenios:

- El término “*beneficios*” incluye las limitaciones a la potestad de gravamen previstas en los artículos 6-22 del Modelo de Convenio, la deducción para evitar la doble imposición (artículo 23) y la cláusula de no discriminación recogida en el artículo 24.

³ Es posible que algunos Estados, por diversas razones, no puedan aceptar la norma recogida en el apartado 7. Estos Estados, para poder combatir de manera efectiva todas las formas de *treaty shopping*, necesitarán complementar la cláusula LOB de los apartados 1 a 6 con normas capaces de hacer frente a las estrategias de *treaty shopping* comúnmente conocidas como “*estrategias de canalización de rentas a través de sociedades instrumentales*” (*conduit arrangements*). El Informe contiene ejemplos que muestran algunos tipos de estrategias de canalización de rentas a través de sociedades instrumentales y que requieren ser abordadas por dichas normas, así como ciertos tipos de operaciones que no deberían recibir dicha consideración a estos efectos.

⁴ Es decir, si de conformidad con lo previsto en los párrafos 1-6 (relativos a la cláusula LOB) un contribuyente no puede beneficiarse de la aplicación de un Convenio, esto no implica que, automáticamente, el párrafo 7 determine automáticamente su inaplicación bajo el PPT (y vice-versa).

- La frase “*que tuviera como resultado, directa o indirectamente*” es deliberadamente amplia, al ser su fin primordial determinar que una operación amparada en motivos económicos válidos no protege de una posible situación posterior de abuso de Convenio.
- La inclusión de la mención “*uno de los propósitos principales*” implica que no es necesario que el único/principal motivo de la operación sea obtener la protección de un determinado Convenio, sino que basta con que éste sea uno de los principales motivos, tal y como consta reflejado en el ejemplo incluido en el Informe de la Acción 6:

“Por ejemplo, una persona puede vender una propiedad por diversas razones pero, si antes de la venta, dicha persona se convierte en residente de uno de los Estados contratantes y uno de los propósitos principales de este cambio de residencia es la obtención de un beneficio del convenio, el apartado 7 podría ser de aplicación a pesar de que pueda haber más razones que motiven el cambio de residencia, como la facilitación de la venta o la reinversión de las ganancias derivadas de ésta”.

Llama la atención en este ejemplo, no tanto la mención a “uno de los propósitos principales”, sino que se identifique un cambio de residencia con supuesto de abuso cuando, tradicionalmente, se ha venido defendiendo esta alternativa como economía de opción y deberá tenerse en cuenta de cara a futuro.

Tomando como punto de partida las consideraciones descritas anteriormente para la interpretación de la cláusula PPT se plantea una cuestión obvia: ¿basta, por tanto, con afirmar que una transacción ha sido realizada para beneficiarse de un Convenio, para que esta cláusula aplique automáticamente?

Para dar respuesta a esta pregunta, es necesario recordar que la aplicación de la cláusula PPT exige la realización de un análisis objetivo e individualizado de cada caso, por lo que la respuesta a la pregunta planteada debe ser negativa. Es decir, es necesario realizar un análisis razonable de las circunstancias de cada supuesto para poder concluir sobre el verdadero objeto de la misma.

Podría darse el caso de que, de manera similar a como ocurre en la cláusula LOB, los Estados pudiesen conceder algún tipo de beneficio discrecional en aquellos casos en que la aplicación de las disposiciones de un Convenio sean denegadas por aplicación de la cláusula PPT. En este sentido, el Informe final de la Acción 6 contempla que la inclusión de una cláusula de naturaleza discrecional es opcional, proponiendo su inclusión en un nuevo párrafo a continuación de la cláusula LOB.

Es decir, el hecho de que la inclusión de una cláusula discrecional tenga carácter opcional implica conceder a las autoridades fiscales de un país la potestad de otorgar o no los beneficios de un Convenio a un contribuyente que, en principio, no podría beneficiarse de los mismos por aplicación de la cláusula PPT.

Siendo este el enfoque que debe darse a la cláusula PPT, de carácter eminentemente práctico y casuístico, resultan de especial interés los ejemplos que han sido desarrollados en la propia Acción 6, tanto por los supuestos de hecho analizados como las conclusiones que se alcanzan en su análisis. A continuación se comentan algunas de las consecuencias que se extraen de su revisión:

- Se recuerda que la intención de los convenios es estimular la inversión transfronteriza. El hecho de que con esta inversión se logre una tributación beneficiosa gracias a los convenios no implica automáticamente la aplicación de la cláusula PPT, sino que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias bajo las que se realiza una inversión.

Así, se admite que la inversión a través de una IIC situada en un país con una amplia red de convenios no implicaría un abuso a estos efectos, aunque los inversores fueran residentes en un país con acceso a una red más limitada.

Asimismo, se reconoce que no deberían denegarse los beneficios del convenio cuando la sociedad en cuestión realiza una actividad económica sustancial, que incluya activos reales y asunción de riesgos o cuando los acuerdos responden a una verdadera lógica empresarial en términos de eficiencia.

Se admite también que, en la compra de un grupo empresarial, los propósitos principales para adquirir las acciones están más vinculados con la expansión del negocio que con la obtención de los beneficios del convenio entre los Estados donde radican las sociedades adquiridas. Se menciona expresamente que el hecho de que la sociedad compradora actúe principalmente como holding no altera la conclusión.

- El tradicional supuesto de “lavado de dividendos” (vía sociedad interpuesta o vía transmisión del derecho de usufructo sobre acciones a favor de una entidad intermedia, de manera que en ambos casos se permita la aplicación de un convenio más beneficioso en la repatriación de dividendos), se aborda desde la perspectiva BEPS como un supuesto de *treaty shopping*.
- El fraccionamiento de contratos se señala como otro ámbito en el que, en ausencia de otros argumentos de peso, la obtención de una ventaja fiscal

contraria al objetivo del convenio puede ser uno de los motivos principales para su utilización, dando lugar a la aplicación de la cláusula PPT toda vez que dejaría sin contenido la definición del establecimiento permanente⁵.

- En algunas ocasiones, aunque el propósito de una transacción sea la obtención de una ventaja fiscal, esto no implica que resulte de aplicación la cláusula PPT, siempre que dicho beneficio sea acorde con el propósito del convenio. Así, un ligero incremento en la participación con el objetivo de aplicar el tipo reducido de retención no se considera un abuso sino una actuación acorde con la finalidad del convenio.

El informe recoge, asimismo, otros ejemplos de aplicación de la cláusula PPT en los que se analiza el papel de las *conduit companies* (o sociedades canalizadoras de renta) en determinados supuestos de hecho cuyo análisis resulta clarificador de la opinión de la OCDE al respecto. En particular:

- Se analizan supuestos de suscripción de acciones preferentes y de cesión de préstamos, respectivamente, en los que el principal motivo de interponer una *conduit company* en la estructura existente es obtener la aplicación del tipo reducido de retención sobre dividendos/exención en la fuente en pagos de intereses, previstos en los beneficios de los Convenios aplicables, dando lugar por lo tanto a la aplicación de la cláusula PPT.
- Se admite que, bajo una estructura corporativa de sociedades operativas, la distribución de dividendos es una práctica habitual, que debería dar lugar a la aplicación de los beneficios del convenio en cuestión pese a que la matriz última se encuentre en un Estado que no haya firmado un convenio con el Estado de la entidad pagadora.
- Se reconoce también que estructuras de licencia y sub-licencia de cánones dentro de un grupo son propias de la realidad empresarial y no persiguen *per se* la obtención de tipos de retención en la fuente más reducidas. Por lo tanto, si la red de convenios del Estado de residencia de la entidad que centraliza estos pagos dentro del grupo permite una fiscalidad más eficiente respecto a las retenciones en la fuente, ello no debe interpretarse en principio como un abuso a los efectos de la cláusula PPT.

⁵ Se puede identificar la cuestión relativa al fraccionamiento de contratos como un tema recurrente dentro del Plan BEPS, ya que se aborda posteriormente en este misma Acción 6 así como en la Acción 7.

Por último, resultaría necesario valorar la posibilidad de que la cláusula PPT no resulte de aplicación en aquellos supuestos en los que aplique la cláusula de arbitraje prevista en el artículo 25 del MC OCDE, párrafo 5.

Tal y como se ha expuesto, la cláusula PPT ha sido diseñada para resultar de aplicación en aquellas situaciones en las que sea razonable concluir que la obtención de los beneficios del Convenio es uno de los principales motivos de un acuerdo o una transacción. Puesto que la aplicación de la citada cláusula puede ser objeto de arbitraje, la existencia de la Acción 14 de BEPS (*“Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias”*) determinó que esta cuestión se incluyese en los trabajos a la realizar por la misma.

Así, el Informe final de la Acción 14 señala que la interpretación y/o aplicación de la cláusula PPT desarrollada en la Acción 6 puede encontrar amparo en el procedimiento de acuerdo amistoso (“MAP”) del artículo 25 del MC OCDE, por lo que el cumplimiento o no de la cláusula PPT, en supuestos de desacuerdo entre los contribuyentes y la autoridad competente, tendrá acceso al MAP en la medida en que se cumplan los requisitos procedimentales previstos en el artículo 25.1 del Modelo OCDE.

Sin perjuicio de lo anterior, el Informe de la Acción 14 pone de manifiesto que en el supuesto de que un Estado desee limitar o denegar las situaciones de acceso al MAP, deberá acordarlo específica y expresamente con el resto de Estados.

3.1.b) Otras situaciones en las que los contribuyentes tratan de evitar las limitaciones del convenio

Como se ha expuesto, el *treaty shopping* y los mecanismos que se establecen el efecto (cláusulas LOB y PPT) centran el análisis en el concepto de residencia como llave que permite la aplicación (abusiva) de los convenios. Ahora bien, aunque de manera menos pormenorizada, la Acción 6 también dirige la atención a otras situaciones específicas donde las limitaciones para la aplicación de los beneficios del convenio establecidas en dichos convenios tratan de ser evitadas por los contribuyentes.

En este sentido, si bien se admite que con carácter general estas situaciones pueden ser neutralizadas mediante la aplicación de la cláusula PPT, en algunos casos se ha acordado la incorporación de algunas previsiones específicas en el Modelo de Convenio de la OCDE así como en los Comentarios. Las situaciones específicas y el análisis recogido en la Acción 6 en relación con cada una de ellas son los siguientes:

- Fraccionamiento de contratos, que puede dar lugar a casos de abusos en relación con el umbral (12 meses según el Modelo de Convenio) del concepto de establecimiento permanente. Ahora bien, no se propone ninguna acción concreta pues se entiende que la cláusula PPT y los trabajos recogidos en la Acción 7 son suficientes a estos efectos.
- Casos de arrendamiento de mano de obra y posible aplicación abusiva del apartado 2 del artículo 15 Modelo de Convenio (es decir, exención de rentas calificadas como provenientes del trabajo dependiente en casos de traslado inferior a 6 meses, cuando el coste del personal no es soportado por entidades sujetas a imposición en el Estado de la fuente), respecto de los que se considera suficiente la actual redacción de los Comentarios.
- Transacciones que pretender evitar la caracterización de la renta como dividendos, tratando así de privar de potestad tributaria al Estado de la fuente. Dado que este ámbito puede tener relevancia también en relación con la Acción 2, se decide no abordarlo en esta Acción 6.
- Introducción de un criterio de cómputo anual a los efectos de analizar (i) la tenencia de un porcentaje mínimo de participación que habilite la aplicación del tipo reducido de retención para dividendos (artículo 10.2.a) del Modelo de Convenio); y (ii) la composición del activo de una sociedad y su calificación como inmobiliaria en caso de transmisión de participaciones (artículo 13.4 del Modelo de Convenio).

Con ello se pretende evitar que los contribuyentes realicen operaciones previas con anterioridad a la transacción principal que puedan desvirtuar la verdadera naturaleza de ésta. Nótese que nuestra norma interna ya incluye preceptos con una filosofía similar, como por ejemplo en los artículos 21 y 5.2 de la Ley de Impuesto sobre Sociedades.

- Modificación de las normas de desempate en caso de doble residencia de personas jurídicas. Se abandona definitivamente el criterio de la sede de dirección efectiva y se opta por un sistema basado únicamente en el procedimiento de resolución amistosa⁶, en el que cada supuesto es analizado “caso por caso” teniendo en cuenta diversos factores (muchos de ellos relativos a la dirección y gestión de la entidad).

⁶ Con carácter general, durante la tramitación de procedimiento la entidad en cuestión no deja de ser residente pero no puede aplicar los beneficios del convenio.

La OCDE justifica este cambio en la excepcionalidad de los supuestos de doble residencia de personas jurídicas y en su identificación como focos de posible elusión fiscal, aunque ello implique abandonar un criterio normativo y hacer depender la solución del conflicto a la fluidez y eficacia del procedimiento amistoso competente.

- Privación de los beneficios del convenio en determinadas estructuras. Por un lado, se identifica a las IIC como entidades intermedias que, sin estar sometidas a imposición efectiva en su Estado de residencia, pueden permitir a los inversores mantener una participación sustancial en ellas y con ello aplicar en su caso el tipo reducido de retención para dividendos (artículo 10.2.a) del Modelo de Convenio). Por ello, se establece que este tipo reducido no sea de aplicación cuando la pagadora sea una IIC.
- Por otro lado, se recomienda incluir en el ámbito de la cláusula inmobiliaria anteriormente mencionada (artículo 13.4 del Modelo de Convenio) no solo la transmisión de participaciones en entidades, sino también la transmisión de la participación en otro tipo de entidades (como *trust* o *partnerships*) cuya naturaleza también sea inmobiliaria.
- Por último, se establece una norma anti-abuso específica para casos triangulares, y en particular, para aquellos en los que un establecimiento permanente soporta una reducida tributación en el Estado donde radica⁷, mientras que el Estado de residencia de la casa central permite aplicar una exención a las rentas que provengan del mismo.

Para estos supuestos, en vez de cuestionar la mencionada exención, la Acción 6 establece que el tercer Estado del que provengan los rendimientos atribuidos al establecimiento permanente pueda aplicar un tipo de retención en la fuente superior al que correspondería en el caso habitual (no se recoge cuál es este tipo superior). Se excepcionan de esta norma los casos de realización de actividades económicas por parte del establecimiento permanente y de obtención de cánones por intangibles creados por éste.

Como se ha indicado, la OCDE no cuestiona la procedencia de la exención de las rentas procedentes del establecimiento permanente (aun cuando pueda no existir doble imposición, en caso de que el establecimiento permanente no haya quedado sometido efectivamente a imposición), sino

⁷ Se entiende que concurre esta inferior tributación cuando el establecimiento permanente tribute por la renta obtenida menos del 60% de lo que hubiera procedido en caso de que dicha renta hubiera sido imputada a la casa central.

que pretende proteger al Estado de la fuente para que no se vea obligado a reconocer los beneficios fiscales del convenio con la casa central, toda vez que el perceptor de la renta (el establecimiento permanente) no queda sometido a un “gravamen normal”.

3.2 Casos donde los beneficios del convenio permiten evitar las disposiciones domésticas.

El segundo apartado de la sección A se centra en aquellos casos en los que, en vez de evitar las limitaciones establecidas expresamente en el convenio, el contribuyente se sirve del propio convenio para evitar la aplicación de las normas anti-abuso domésticas.

Se trata por lo tanto de impedir que los convenios no sean utilizados como “escudos” para que estas normas internas sean de aplicación; es decir, asegurar que la interacción entre las normas aplicables (doméstica y convencional) resulte acorde con el objetivo, compartido por ambas, de evitar las situaciones abusivas. Para ello, se revisa completamente el apartado “Uso indebido del convenio” de los Comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio.

A estos efectos, se reconoce que el enfoque de los Estados puede no ser coincidente, pues para algunos los abusos del convenio suponen un abuso del mismo exclusivamente, mientras que para otros los abusos de convenio son también abusos de la norma interna. Ahora bien, en ambos casos, a través de la correcta interpretación de los convenios o de la adecuada interacción entre normas convencionales y domésticas respectivamente, el objetivo básico es que no se deben reconocer los beneficios de un convenio en situaciones abusivas (definidas estas a la luz de la cláusula PPT y prestando atención a las circunstancias concretas de cada caso).

La Acción 6 presta especial atención al análisis de la mencionada interacción entre normas convencionales y domésticas. Por un lado, se admite la posible incidencia de las normas anti-abuso generales y la jurisprudencia domésticas en el ámbito de los convenios como instrumentos hábiles para evitar la aplicación de los beneficios a situaciones abusivas. Ahora bien, las reflexiones más interesantes se incluyen en torno al posible conflicto entre las normas anti-abuso específicas de la norma doméstica y los beneficios recogidos en el convenio, teniendo en cuenta que, con carácter general, la norma convencional debe prevalecer frente a la doméstica⁸

⁸ La prevalencia de la norma convencional frente a la doméstica, recogida en nuestra Constitución, resulta acorde con la Convención de Viena sobre la interpretación de los Tratados y el Derecho Público Internacional que se mencionan en la Acción 6. Ahora bien, conviene no olvidar que esta no es la visión compartida por todos los países, motivo que puede explicar que la OCDE en este punto incluya sus comentarios “con carácter general” (“*generally*” en la versión en inglés) en la redacción propuesta al párrafo 23 de los Comentarios al artículo 1.

pero no debe habilitar la aplicación de los beneficios del convenio a situaciones abusivas.

A estos efectos, se reconoce la existencia de varios mecanismos que podrían evitar la existencia de este conflicto, tales como posibles habilitaciones específicas en el convenio para la aplicación de la norma anti-abuso doméstica, las constantes remisiones del convenio a la norma doméstica, la aplicación de la cláusula PPT (o, en su ausencia, de los Comentarios al artículo 1) así como la jurisprudencia o los principios aplicables en la interpretación de los tratados. En todos estos casos, los beneficios del convenio decaerían a favor de la aplicación de la norma anti-abuso. Ahora bien, en los casos en los que la norma anti-abuso doméstica se haya redactado en términos objetivos⁹ que no conduzcan a situaciones abusivas bajo el prisma de la cláusula PPT, los beneficios del convenio deberán prevalecer frente a la norma anti-abuso doméstica.

Por lo tanto, la conclusión parece clara: no se trata de que las normas anti-abuso prevalezcan siempre y en cualquier caso; al contrario, y de acuerdo con la máxima del Derecho Público Internacional, lo que prevalece es el convenio sobre la norma doméstica. Así, puede ocurrir que la norma anti-abuso doméstica sea acorde con los principios del convenio en materia anti-abuso, en cuyo caso no procede la aplicación de los beneficios de éste. Ahora bien, si la norma anti-abuso doméstica se aparta del concepto convencional de abuso, los beneficios del convenio prevalecerán sobre aquella.

Por último, se recogen dos cuestiones de naturaleza más particular. Por un lado, se propone modificar el artículo 1 de Modelo de Convenio para recoger expresamente que las disposiciones del mismo no afectan a la capacidad del Estado para gravar a sus residentes, excepto en aquellos casos expresamente mencionados en el apartado. Uno de los preceptos que puede modificar esta capacidad es la obligación de corregir la doble imposición (artículo 23 del Modelo de Convenio), respecto del cual se aclara que el Estado de residencia únicamente se verá afectado por esta disposición cuando el Estado de la fuente pueda gravar la renta según el convenio (es decir, sin que se exija la existencia de un efectivo gravamen).

Por otro lado, se mantiene el procedimiento de autoridad competente como mecanismo para corregir la potencial doble imposición en relación con los impuestos de salida o “exit tax”, frente a otras posibles alternativas como una interpretación más dinámica del artículo 23 del Modelo de Convenio (es decir, de

⁹ Entendemos que este supuesto será más común en casos de normas anti-abuso específicas y no tanto en relación con normas anti-abuso generales.

manera que éste resultara de aplicación cuando una misma renta sea objeto de imposición en la misma persona pero en diferentes momentos). En relación con el procedimiento de autoridad competente, se propone que sea el nuevo Estado de residencia el que corrija la doble imposición excepto en el caso de que hubiera tenido potestad tributaria para gravar la renta en el momento en el que se produjo la pérdida de la residencia fiscal. Esta solución es coherente con la filosofía de reparto de potestades tributarias que pretenden perseguir los impuestos de salida.

4. Consideraciones de política fiscal que, en general, los Estados deben tener en cuenta antes de formar un Convenio con otro Estado.

El Informe final de la Acción 6 reconoce que hay muchos factores no tributarios que pueden llevar a la firma/modificación/denuncia de un Convenio entre Estados (entre ellos, el derecho a decidir con qué otro Estado se firma un Convenio).

Junto con las consideraciones más generales, el Informe incluye en su apartado C dos propuestas que tratan algunas de estas preocupaciones relativas a la legislación interna del otro Estado:

- Una primera propuesta de modificación del artículo 3 del Modelo de Convenio de la OCDE con el fin de incluir una definición de “régimen fiscal especial”. Adicionalmente, y en línea con lo anterior, se propone incluir nuevas disposiciones en los artículos 11 (intereses), 12 (cánones) y 21 (otras rentas) del Modelo de Convenio de la OCDE al objeto de denegar la aplicación de los beneficios del Convenio en aquellos casos en que el beneficiario efectivo de intereses, cánones u otros ingresos haya gozado de un “régimen fiscal especial” en su Estado de residencia, en cualquier momento del año en que se pagó la renta en cuestión.
- En segundo lugar, se propone incluir una nueva cláusula general en el Convenio por la que se permita al Estado de la fuente inaplicar las disposiciones del mismo relativas a dividendos, intereses, cánones y otras rentas si, en el futuro, se introducen ciertos cambios en la normativa interna del otro Estado contratante.

El Informe aclara que estas propuestas deberán revisarse en línea con las modificaciones propuestas por EEUU a su Modelo de Convenio.

5. Valoración de la medida

La Acción 6 es sin duda una de las más complejas y sugerentes del Plan BEPS. La utilización abusiva de los Convenios ha sido uno de los principales focos de conflicto en el ámbito de la fiscalidad internacional en los últimos tiempos, lo cual

consideramos que justifica de forma clara su inclusión individualizada dentro del Plan BEPS.

La figura de los Convenios para evitar la doble imposición se ha mostrado durante las últimas décadas como un instrumento muy útil para el fomento de la inversión exterior y, con ello, de la dinamización de la economía mundial. Como es lógico, su utilización debe venir acompañada de unas normas claras que establezcan cuál debe ser su ámbito de aplicación y en qué casos ésta se entiende justificada. Al fin y al cabo, no puede perderse de vista que, entre otras cuestiones, la aplicación de un Convenio supone la renuncia del Estado de la fuente a su potestad tributaria, lo cual únicamente debe admitirse cuando quede suficientemente justificado.

Si bien esta labor de delimitación en la aplicación de los Convenios es necesaria, no se trata de una labor sencilla. Evitar que se lleve a cabo una utilización abusiva de los Convenios (opción relativamente factible teniendo en cuenta la globalización de la economía y las mejoras tecnológicas), supone abordar conceptos complejos y abstractos, lo cual da una idea de su dificultad.

Sobre esta base, en primer lugar, el esfuerzo llevado a cabo por la OCDE con esta Acción 6 debe aplaudirse por cuanto, como se ha indicado, supone una labor realmente compleja.

Sobre la introducción de una cláusula LOB

Respecto de las novedades incluidas, destaca en primer lugar la cláusula LOB. La introducción de una cláusula como esta con un contenido estandarizado y unos comentarios que unifiquen su interpretación es una mejora frente a la situación precedente, donde cada cláusula ha seguido su propio patrón, con la consiguiente dificultad en su interpretación.

Ahora bien su mayor virtud, la objetividad, puede convertirse en su mayor defecto, por cuanto puede suponer la denegación de los beneficios del convenio en situaciones en las que éstos deberían otorgarse (por razones materiales o de política fiscal). Los remedios propuestos (en especial, el *discretionary relief*) arrojan algunas dudas sobre su capacidad para dar certeza a los contribuyentes, especialmente teniendo en cuenta que la inmediatez que caracteriza las transacciones internacionales no suele concurrir en las experiencias prácticas con las administraciones tributarias.

El tratamiento tan restrictivo que la cláusula LOB otorga sobre el papel a las sociedades holding también debe ser objeto de crítica, especialmente sobre la base de (i) la utilización común de este tipo de sociedades (piénsese por ejemplo en el ámbito del *private equity*), (ii) la comparación con otros ámbitos (la propia

cláusula PPT), donde el tratamiento recibido es más benévolo, y (iii) el hecho de que en el ámbito comunitario la utilización de sociedades holding no parece descartarse automáticamente por el hecho de no realizar estrictamente una actividad empresarial. Si bien un análisis más detallado del papel de las sociedades holding estaría pendiente de desarrollo en la Acción 6¹⁰, no pueden obviarse las consecuencias nefastas que la introducción de la cláusula LOB tendría para este tipo de sociedades.

Por otro lado, debe resaltarse que la cláusula LOB no ha sido la solución comúnmente empleada ni en la normativa comunitaria ni en nuestra norma doméstica (más alineadas tradicionalmente con planteamientos similares a la cláusula PPT), por lo que cabe plantearse si resulta oportuno introducir en este momento una cláusula que no ha sido generalmente aceptada en el pasado. Y ello teniendo en cuenta que el principal promotor de esta cláusula LOB, Estados Unidos, no ha compartido todavía sus comentarios definitivos al respecto.

Sobre esta base, cobran vital importancia las diferentes modalidades que recoge la Acción 6 en su implementación, y que permiten la combinación y/o elección entre las cláusulas y comentarios propuestos. Desde este punto de vista, parece que la cláusula PPT se amolda mejor a nuestra tradición legislativa, y en particular, al enfoque empleado en lucha contra las prácticas abusivas, aunque su naturaleza esencialmente subjetiva pueda dificultar su aplicación práctica¹¹.

Sobre la introducción de una cláusula PPT

En primer lugar, en nuestra opinión, las similitudes entre la cláusula PPT y el conflicto en aplicación de la norma tributaria (artículo 15 de la Ley General Tributaria) son reseñables, en el sentido de tratar de objetivizar la voluntad de fraude fiscal de los contribuyentes sin perder de vista un análisis del caso concreto y no la mera concurrencia de determinadas circunstancias objetivas (tal y como hace la cláusula LOB). Entendemos que ambas normas anti-abuso deberían considerarse alineadas desde el punto de vista conceptual, especialmente teniendo en cuenta que el concepto de “*all relevant facts and circumstances*” al que se hace referencia en la cláusula PPT es precisamente el que puede conducir, en su caso, a la existencia de un conflicto en aplicación de la norma, en ambos casos, a la luz de la supuesta motivación fiscal de la actuación del contribuyente.

¹⁰ Crítica que también puede hacerse extensible a la Acción 5, donde pese a incluir un apartado propio de sociedades holding, las conclusiones alcanzadas no arrojan mucha luz sobre el criterio de la OCDE al respecto.

¹¹ BÁEZ MORENO, A. (2016): “*La cláusula del propósito principal (Principal Purpose Test). Un análisis crítico de la Acción 6 del Proyecto BEPS*”. Centro de Estudios Fiscales, Revista Contabilidad y Tributación, número 404 (noviembre 2016).

Lo anterior tiene como consecuencia varias reflexiones. Por un lado, puede plantearse la posibilidad de que un Estado cumpla el “standard mínimo” que establece la Acción 6 en caso de que sus propias medidas anti-abuso (normativa interna y jurisprudencia) hayan construido conceptos que permitan luchar efectivamente contra situaciones abusivas en el mismo plano que BEPS pretende hacer. En este sentido, la existencia de normas en nuestra legislación doméstica (el conflicto en aplicación de la norma tributaria complementado con el concepto de simulación del artículo 16 de la Ley General Tributaria), junto con el criterio jurisprudencial, nos llevan a pensar que España ya pueda estar alineada con este “standard mínimo”. Ahora bien, es cierto que la implementación de esta Acción puede determinar en cualquier caso la efectiva introducción de los mecanismos expuestos (LOB/PPT) en los convenios suscritos por España.

Este planteamiento, de acuerdo con la propia Acción 6, parte de la base de que efectivamente la cláusula PPT se encuentra alineada con las medidas anti-abuso domésticas. Como se ha indicado, desde el punto de vista conceptual y estructural, entendemos que el conflicto en aplicación de la norma tributaria puede entenderse alineado a rasgos generales con el enfoque de la cláusula PPT y con la normativa anti-abuso comunitaria¹². Si bien existen diferencias en su redacción, entendemos que el espíritu de las tres es similar.

Asumiendo lo anterior, la siguiente cuestión hace referencia a la intensidad de ese abuso. En este sentido, debe repararse en el hecho de que el artículo 15 de la Ley General Tributaria hace referencia a actos o negocios que sean “*notoriamente artificiosos o impropios*”, que recuerda a la conocida visión del Derecho comunitario del “*wholly artificial arrangement*” ahora evolucionada en el concepto de “*genuine arrangement*”, en principio más restrictivo.

Ahora bien, en cualquier caso, debe tenerse presente que la existencia de fraude en este ámbito ha requerido a nuestros efectos un nivel cualificado de artificiosidad, que consideramos que casa con el prisma que debe emplearse en la implementación práctica de la cláusula PPT y el análisis de si la obtención de un beneficio fiscal es uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo u operación.

Sin perjuicio de lo anterior, y siguiendo el razonamiento incluido en la Acción 6, debe tenerse en cuenta qué medidas anti-abuso específicas de la legislación nacional deberían decaer en beneficio de las disposiciones del convenio. En principio consideramos que no existe ningún ejemplo claro de norma anti-abuso

¹² GÓMEZ JIMÉNEZ, C. (2015): “*El conflicto en la aplicación de la norma en el ámbito de la fiscalidad internacional*”. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

doméstica que se oponga al enfoque expuesto en la Acción 6 y que pueda tener incidencia a nivel convencional. Ahora bien, aunque limitado al ámbito comunitario, puede resultar interesante a estos efectos la respuesta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dé a la cuestión prejudicial planteada en el caso *Holcim*, por la similitud entre las cláusulas anti-abuso francesa y española en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial, y que definen el abuso en términos objetivos potencialmente contrarios al enfoque de abuso “caso por caso” que parece imponerse.

En relación con este análisis casuístico de la existencia de abuso, merecen mención aparte los ejemplos incluidos en la Acción 6. Si bien la práctica demostrará con el tiempo hasta qué punto el criterio de la OCDE recogido en estos ejemplos resulta relevante, a día de hoy pueden extraerse algunas conclusiones. Por un lado, la efectiva realización de una actividad económica se suele considerar un argumento relevante a estos efectos, de manera acorde con el “enfoque del nexo” que impregna todo el plan BEPS. De esta manera, supuestos en los que la transacción no se acompaña de una sustancia relevante (por ejemplo, el “lavado de dividendos”) son constitutivos de situaciones abusivas.

Resto de medidas

Respecto del resto de medidas propuestas, el abandono del concepto de sede de dirección efectiva como criterio de desempate en supuestos de doble residencia de personas jurídicas, dando lugar a un procedimiento de resolución amistosa, genera una limitación en el contribuyente (que no puede decidir por sí mismo el resultado del “desempate” con arreglo a las reglas previstas en el convenio, sino que deberá esperar al acuerdo entre Administraciones). En nuestra opinión, este nuevo procedimiento puede generar problemas en la aplicación práctica de los convenios.

Por otro lado, la propuesta relativa a los casos triangulares, además de pretender atajar supuestos relativamente concretos y asimétricos (“renuncia” a gravar por parte del Estado donde reside el establecimiento permanente y reconocimiento de la exención en el Estado de residencia de la casa central), parece haberse concebido desde un análisis objetivo de la existencia de fraude, y que incluso puede recordar a planteamientos similares a los *diverted profits tax* por cuanto trata de garantizar a toda costa la imposición de gravamen en situaciones donde el “tratamiento habitual” conduciría a desimposición o a una imposición reducida.

Como conclusión final, la Acción 6 representa de manera clara la preocupación de los Estados por la lucha contra las prácticas abusivas, situación a la que sin duda han conducido algunos ejemplos flagrantes. En nuestra opinión, sin embargo, el Plan BEPS en general, y esta Acción 6 en particular, no deberían conducir al extremo opuesto en el que se determine la existencia de abuso bajo criterios

excesivamente laxos, discrecionales y no claros, tal y como ya ha apuntado algún autor¹³.

¹³ En este sentido, SANZ GADEA, E. (2016): “*La Directiva Antiabuso*”. Revista Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, número 403 (octubre 2016).