

LA CLÁUSULA DEL PROPÓSITO PRINCIPAL (*PRINCIPAL PURPOSE TEST*). UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ACCIÓN 6 DEL PROYECTO BEPS

Andrés Báez Moreno

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad Carlos III de Madrid

Postdoctoral Research Fellow.

IBFD. Ámsterdam (Países Bajos)

Este trabajo ha obtenido un **Accésit** del **Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Álvaro ANTÓN BASANTA, don Diego MARÍN BARNUEVO, don Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, don Alberto MONREAL LASHERAS, don Javier SEIJO PÉREZ y don Fernando DE VICENTE BENITO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

El trabajo analiza críticamente la cláusula del propósito comercial cuya incorporación al Modelo de Convenio de la OCDE se derivará previsiblemente como consecuencia de la acción 6 del Plan BEPS. En el trabajo se analiza críticamente el diseño jurídico positivo de la cláusula y algunas otras cuestiones que la misma plantea en relación particularmente con otros conjuntos normativos (LOB y derecho comunitario europeo).

Palabras claves: convenios de doble imposición, cláusulas generales antiabuso y test del propósito principal.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 03-10-2016

THE PRINCIPLE PURPOSE TEST. A CRITICAL APPROACH TO BEPS ACTION 6

Andrés Báez Moreno

ABSTRACT

This article makes a critical analysis of the Principal Purpose Test which will be likely incorporated to the OECD Model Tax Convention on Income and Capital as a consequence of BEPS Action 6. The article critically considers the very legal design of this clause also considering certain aspects related to other clauses or legal regimes (Limitation on Benefits Clauses and European Law).

Keywords: double taxation conventions, general anti-avoidance rules and Principal Purpose Test.

Sumario

- I. Introducción y ámbito del trabajo
- II. El test del propósito principal (PPT) en el informe final de la acción 6. ¿Qué es abuso de tratado y cuáles son las consecuencias tributarias de que un negocio sea considerado abusivo?
 - II.1. El concepto de abuso de tratado en la PPT. El doble test subjetivo y objetivo
 - II.2. La consecuencia jurídica de la PPT
- III. Algunas cuestiones al margen del diseño legal de la PPT
 - III.1. La PPT y las cláusulas de limitación de beneficios
 - III.2. La PPT y el problema de la compatibilidad de las normas internas antiabuso con los CDI
 - III.3. La PPT y el derecho comunitario
- IV. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN Y ÁMBITO DEL TRABAJO

Los tres últimos años han resultado ciertamente convulsos para la fiscalidad internacional. En un sector del ordenamiento altamente tecnificado, y cuyas discusiones prácticas han sido patrimonio tradicional de profesionales extraordinariamente especializados, los constantes titulares periodísticos, las manifestaciones públicas más o menos espontáneas y la intervención de actores poco habituales –nos referimos en concreto a la participación activa de las organizaciones no gubernamentales– han supuesto ciertamente una novedad. Sin desdeñar la importancia de estos fenómenos y sin dejar de valorar muy positivamente la implicación de la «sociedad civil» en un sector del ordenamiento respecto del que tradicionalmente no había mostrado interés alguno, parece llegado el momento de analizar sosegadamente, y desde una perspectiva técnica libre de todo sesgo, los resultados del Proyecto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE en adelante) en relación con el ya célebre fenómeno de la erosión en la base y el traslado de beneficios (BEPS en adelante, conforme al acrónimo inglés).

Desde la adopción de los primeros informes de la OCDE sobre el problema¹, no han faltado valiosísimos análisis sobre el fenómeno en términos generales. Análisis que, más allá de las 15 acciones concretas que recoge el plan de acción, enfocaban el fenómeno BEPS desde una óptica global poniendo el acento en los problemas estructurales de las reglas de tributación internacional –tanto en el ámbito doméstico como en el convencional– que son los que, a la postre, han generado los fenómenos llamativos de «desimposición» internacional que el propio plan pretende abordar². No obstante, pronto fue evidente que la OCDE no pretendía alterar los pilares básicos sobre los que se asienta la fiscalidad internacional desde principios del pasado siglo, sino solo enmendar algunas de sus fallas más sobresalientes. Sin que dejaran de publicarse trabajos que insistían en un necesario cambio global de paradigma, la atención empezó a centrarse en cada una de las 15 acciones que integran el plan. Obviamente, la publicación, en octubre de 2015, de los informes definitivos referidos a cada una de estas acciones acentuó esta tendencia³.

¹ OECD: *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. París: OECD, 2013 (BEPS, informe inicial en adelante); OECD: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. París: OECD, 2013 (plan de acción en adelante).

² Entre otros muchos, merecen destacarse: BRAUNER, Y.: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, núm. 6, 2014, págs. 10-39. BRAUNER, Y.: «What the BEPS?», *Florida Tax Review*, núm. 2, vol. 16, 2014, págs. 55-115.

³ Pueden consultarse en <http://www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm> (consulta: 20 de febrero de 2016).

Uno de los informes que ha merecido particular atención es el referido a la acción 6 del plan –Prevención de la concesión de beneficios convencionales en circunstancias inapropiadas⁴–, seguramente por tratarse de una cuestión muy llamativa a la que, además, la OCDE había tenido ocasión de referirse en múltiples ocasiones antes de emprender el Proyecto BEPS⁵. El informe final pretende afrontar el fenómeno del abuso de convenio en sus dos modalidades esenciales –el *Treaty Shopping* (compra de tratados) y el *Rule Shopping* (compra de reglas de distribución)– a través de tres cambios fundamentales en el Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE en adelante) respecto de los instrumentos normativos y soluciones existentes hasta el momento:

- La incorporación al MCOCDE de una «cláusula de limitación de beneficios» al estilo de la que existe hace años en el modelo de Estados Unidos (conocida como *Limitation of Benefits Clause*, LOB en adelante).
- La incorporación al MCOCDE de una cláusula general antiabuso (conocida como *Principal Purpose Test*, PPT en adelante).
- La clarificación explícita, en el título y el preámbulo del MCOCDE, de que los convenios de doble imposición (CDI en adelante) no tienen como finalidad la generación de «doble no imposición».

No han faltado últimamente trabajos muy meritorios en torno a la acción 6 de BEPS en los últimos tiempos⁶. Sin embargo, creemos llegado el momento de analizar con mayor detalle cada uno de los informes finales de BEPS y, en particular, el correspondiente a la acción 6. Y ello es así porque cada uno de los tres grandes bloques temáticos que conforman el informe final (LOB, PPT y cambio en la finalidad declarada de los convenios) encierra cuestiones de enorme trascendencia que merecen, sin duda, atención separada si es que quiere avanzarse en su completo entendimiento. No queremos decir con esto que dichas cuestiones no estén relacionadas entre sí y, desde luego, en el desarrollo de este trabajo, multitud de cuestiones precisarán referencias concretas a cada una de las tres partes del informe. Se trata solo de reconocer la enorme complejidad de cada una de esas cuestiones y la necesidad de analizarlas por separado con detenimiento.

⁴ OECD: *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6, 2015 Final Report*. París: OECD, 2015, 101 págs. (informe final en adelante).

⁵ En efecto, los trabajos de la OCDE en materia de abuso de convenios ya habían empezado en 1977. Será, no obstante, en 2003 cuando los mismos se reflejen de una forma más contundente en los comentarios al modelo de convenio.

⁶ BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse», *Intertax*, vol. 43, 2015. DOURADO, A. P.: «Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Action 2 and 6», *Intertax*, núm. 1, vol. 43, 2015, págs. 42-57. JIAN, Q.: «Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project», *Bulletin for International Taxation*, núm. 3, vol. 69, 2015, págs. 139-148. PINETZ, E.: «Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse», *Bulletin for International Taxation*, núms. 1-2, vol. 70, 2016, págs. 113-120.

De entre las tres grandes medidas que derivan del informe final de BEPS este trabajo pretende centrarse, de forma exclusiva, en el análisis de la PPT. Nos encontramos ante la primera cláusula general antiabuso estandarizada en el MCOCDE⁷. Por ese motivo, y a diferencia de lo que ocurre respecto de la otra medida estrella del informe –la LOB⁸–, su estudio detenido se encuentra prácticamente en barbecho.

El trabajo analiza, en primer lugar, el diseño jurídico positivo de la PPT (epígrafe II) distinguiendo su presupuesto de hecho y su consecuencia jurídica. Posteriormente se analizan otras cuestiones relacionadas con la PPT (epígrafe III). El trabajo se cierra con unas breves conclusiones (epígrafe IV).

II. EL TEST DEL PROPÓSITO PRINCIPAL (PPT) EN EL INFORME FINAL DE LA ACCIÓN 6. ¿QUÉ ES ABUSO DE TRATADO Y CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS DE QUE UN NEGOCIO SEA CONSIDERADO ABUSIVO?

Como no podía ser de otra manera, el análisis de la nueva cláusula general antiabuso propuesta en el informe final de la acción 6 de BEPS debe empezar precisamente por su dicción literal. En este sentido, el informe final propone la introducción de un nuevo precepto en el MCOCDE (art. X), cuyo párrafo 7⁹ incorpora precisamente la nueva regla general que este trabajo trata de analizar y cuyo texto conviene reproducir literalmente como punto de partida de nuestras reflexiones:

«Artículo X. Derecho a los beneficios del convenio.

[...]

7. Sin perjuicio del resto de disposiciones de este convenio, no se concederá un beneficio del mismo respecto de una renta o un elemento patrimonial si puede concluirse, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias relevantes, que la obtención de tal beneficio fue uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción que resultó en dicha obtención, a menos que pueda establecerse que la concesión de

⁷ Y (conviene también decirlo) en cualquiera de los otros modelos que, hoy por hoy, condicionan en mayor o menor medida el contenido de los casi 3.000 CDI bilaterales que existen. Nos referimos al Modelo de la Organización de las Naciones Unidas y al modelo norteamericano.

⁸ En efecto, al hilo del análisis del modelo norteamericano y de los CDI concretos que, siguiendo el mismo, recogen una cláusula de limitación de beneficios, existen trabajos notabilísimos sobre estas últimas. Por todos: VEGA BORRERO, F.: *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Den Haag: Kluwer, 2006, 320 págs.

⁹ Los párrafos 1 a 6 de este nuevo artículo incorporan las cláusulas de limitación de beneficios a las que se ha hecho referencia en la introducción de este trabajo y sobre las que tendremos ocasión de volver más adelante para realizar algunas precisiones al hilo de su relación con la PPT.

tal beneficio en tales circunstancias sería conforme al objeto y propósito de las disposiciones correspondientes de este convenio»¹⁰.

En este texto se condensan el presupuesto de hecho de la nueva norma y sus consecuencias jurídicas que, por motivos sistemáticos, analizaremos por separado¹¹.

II.1. EL CONCEPTO DE ABUSO DE TRATADO EN LA PPT. EL DOBLE TEST SUBJETIVO Y OBJETIVO

Realmente puede decirse que el informe final de la acción 6 de BEPS no ha inventado nada nuevo por lo que se refiere al diseño legal del presupuesto de aplicación de las normas generales antiabuso y, en particular, de la PPT. En efecto, los ordenamientos internos de gran cantidad de países (miembros y no miembros de la OCDE) cuentan, desde hace años, con normas generales antiabuso de la más variada naturaleza¹². Por ello, el informe, más que edificar sobre la nada dicho presupuesto, esto es, el estándar de lo que constituye o no abuso, tenía ante sí la difícil tarea de elegir la opción técnicamente más consistente. Y, como tendremos ocasión de comprobar a continuación, el diseño final deja mucho que desear. En todo caso, y sin querer anticipar más conclusiones, conviene dejar claro que la calificación de una operación como abuso de tratado, de acuerdo con la dicción literal de la PPT reproducida más arriba, requiere la concurrencia de dos elementos: uno de ellos de carácter esencialmente subjetivo, al menos *prima facie*, y que se identifica con que la obtención de tal beneficio sea uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción; el segundo, de carácter objetivo, requiere que la concesión de tal beneficio no sea conforme al objeto y propósito de las disposiciones correspondientes del convenio¹³. El correcto entendimiento de la cláusula y, sobre todo, de sus notabilísimos problemas prácticos, requiere analizar por separado ambos elementos.

¹⁰ Informe final, pág. 55.

¹¹ Como es frecuente respecto de cualquier regla que pretende incorporarse al MCOEDE, el texto de la misma viene acompañado por unos comentarios que pueden encontrarse en las páginas 55 a 69 del informe final. A lo largo del análisis que sigue, haremos referencia a esta propuesta de comentarios cuando proceda sin que consideremos necesario, por su larguísima extensión, reproducirlos aquí literalmente.

¹² Sobre esta cuestión, con información muy valiosa aunque ciertamente desfasada en el tiempo: ZIMMER, F.: «General Report», *IFA Cahiers 2002*, vol. 87 A, *Form and Substance in Tax Law*. The Hague: SdU, 2002, págs. 43-50. Con información más actualizada: KREVER, R.: «General Report: GAARs», en M. Lang *et al.* (eds.), *GAARs. A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World?*, vol. 3, Institute for Austrian and International Tax Law European and International Tax Law and Policy Series. Amsterdam: IBFD, 2016, págs. 1-20.

¹³ En el texto de la PPT este requisito se formula de manera distinta, pues parece aportar una vía de escape para el contribuyente. Así, un negocio que tenga como uno de sus propósitos esenciales la obtención de un beneficio convencional podrá considerarse no abusivo, y no merecer corrección alguna, si su obtención es conforme al objeto y propósito de la norma correspondiente del CDI. Más tarde tendremos ocasión de volver sobre esta cuestión que encierra algunos matices que no resultan quizá visibles a simple vista. En este momento, y por motivos de claridad explicativa, hemos preferido formular este segundo requisito en la forma en la que aparece descrito en el texto.

a) La obtención de un beneficio del convenio como uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción

La pura literalidad de la PPT parece requerir la concurrencia de un elemento esencialmente subjetivo como primer requisito para concluir que se está ante un abuso del convenio. En efecto, el uso del término propósito (*purpose*) remite más a la intención subjetiva del contribuyente que a los efectos objetivos del negocio¹⁴. Los pocos trabajos que, hasta el momento, se han ocupado de analizar detalladamente la PPT parecen también moverse en esta misma línea¹⁵, al igual que las «aclaraciones» contenidas en los comentarios que acompañan al texto de la norma en el informe final¹⁶. Tanto la selección de un test subjetivo por parte del informe final, como su muy particular configuración en el texto de la PPT, plantean problemas teóricos y prácticos de muy hondo calado que trataremos de analizar a continuación.

En primer lugar, sorprende que el informe final configure la PPT sobre un requisito de carácter esencialmente subjetivo. En efecto, desde hace años, se discute la conveniencia de introducir elementos de este tipo (propósitos, motivos o intenciones) en el presupuesto de hecho de las normas antiabuso¹⁷. La crítica tradicional frente a este tipo de requisitos –al igual que la que se viene formulando en relación con su reconocimiento explícito en la PPT¹⁸– estriba en que la prueba de una intención –en este caso, de cuál sea el propósito esencial del negocio– resulta sencillamente imposible. A nuestro entender, no es este el problema esencial de los test subjetivos contenidos en las cláusulas antiabuso, pues la intención de los contribuyentes podrá, y de hecho deberá, inducirse a partir de circunstancias objetivas referidas a los negocios realizados¹⁹. Esta

¹⁴ A diferencia, por poner solo un ejemplo, del artículo 15.1 b) de la Ley general tributaria (LGT) española de 2003 que, con mayor acierto técnico a nuestro juicio, se refiere a los «efectos jurídicos o económicos del negocio» distintos del ahorro fiscal.

¹⁵ BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, págs. 131-132. LANG, M.: «BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties», *Tax Notes International*, núm. 655, 2014, págs. 655-664. PINETZ, E.: «Final Report on Action 6...», *op. cit.*, pág. 116. PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse», en M. Lang *et al.* (eds.), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). The Proposals to Revise the OECD Model Convention*. Viena: Linde, 2016, pág. 284.

¹⁶ En efecto, el párrafo 10 de los comentarios que acompañan al texto de la PPT indica: «Para determinar si el propósito de una persona por lo que se refiere a un negocio es o no la obtención de un beneficio del convenio [...]».

¹⁷ Para una discusión de estas cuestiones en términos comparativos: ZIMMER, F.: «General Report...», *op. cit.*, págs. 45-46. KREVER, R.: «General Report...», *op. cit.*, págs. 7-11. Sobre estas cuestiones, en la doctrina española, resultan especialmente meritorios los trabajos del profesor CARLOS PALAO (PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2009, pág. 153).

¹⁸ En este sentido, frente al elemento subjetivo de la PPT: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 658. PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test...», *op. cit.*, pág. 284.

¹⁹ De hecho, a esta misma conclusión llegan los críticos de la PPT en relación con este extremo: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *ibid.*, pág. 658. En sentido semejante se han pronunciado otros autores, incluso partidarios de esta concepción subjetiva, para las cláusulas antiabuso domésticas: ZIMMER, F.: «General Report...», *op. cit.*, pág. 46. KREVER, R.: «General Report...», *op. cit.*, págs. 7-8.

es una cuestión que, por cierto, los propios comentarios que acompañan al texto de la PPT han sabido reconocer dándole una respuesta satisfactoria en términos generales al señalar:

«Para determinar si el propósito de una persona por lo que se refiere a un negocio es o no la obtención de un beneficio del convenio, resulta importante realizar un análisis objetivo de las finalidades y objetivos de todas las personas involucradas en la realización del negocio o que sean parte del mismo. [...] No es necesario encontrar una prueba concluyente de la intención de las personas involucradas en el negocio, pero debe poder concluirse razonablemente, tras un análisis objetivo de los hechos y circunstancias relevantes, que uno de los principales propósitos del negocio era obtener los beneficios del tratado»²⁰.

Siendo cierto lo anterior, a nuestro juicio, los test antiabuso de carácter subjetivo plantean cuestiones jurídicas de mayor calado:

- Las normas fiscales, particularmente las reguladoras del ámbito sujeto a gravamen, anudan una consecuencia jurídica (el nacimiento de la obligación tributaria) al cumplimiento de determinados requisitos legales de carácter objetivo que, en términos generales, resultan expresivos de la capacidad contributiva que pretende someterse a tributación. El nacimiento de la obligación tributaria y, en su caso, el importe de la misma, depende exclusivamente de la verificación de dicho presupuesto y de la intensidad con la que el mismo se realice, sin que las intenciones del contribuyente resulten ni puedan resultar determinantes a estos efectos²¹. El hecho de que el contribuyente eluda la realización del hecho imponible o, en el ámbito que aquí nos ocupa, consiga de forma abusiva la aplicación de un CDI o la aplicación de una regla de distribución de un CDI más favorable a sus intereses, no cambia esta realidad incluso aunque el ordenamiento reaccione frente a dicho intento de abuso aplicando una regla como la PPT. Cualquier cláusula general antiabuso debe definir, de manera objetiva, cuándo esos negocios merecen ser corregidos. Una cláusula general antiabuso, como la PPT, que hace depender su aplicación de un requisito de carácter subjetivo, puede desembocar en un gravamen distinto de dos negocios objetivamente idénticos desde la perspectiva de la capacidad económica que los mismos demuestran. Llevando este argumento al extremo, una cláusula

²⁰ Informe final, págs. 57-58.

²¹ El profesor SAINZ DE BUJANDA insistió una y otra vez en esta idea. Por su claridad expositiva quizá convenga recuperar una vez más sus palabras: «De todo lo expuesto interesa, por tanto, retener dos consideraciones esenciales, a saber: 1.ª Que la fuente de la obligación tributaria es la ley, aunque esta decreta el nacimiento del vínculo obligacional tan solo en aquellos casos en los que se realice el hecho presupuesto, que no deja de ser tal –es decir, un hecho– aun cuando, a otros efectos, consista en un acto o negocio jurídico; y 2.ª Que en el supuesto de que el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico, **la voluntad que lo anima será irrelevante para el nacimiento de la obligación tributaria**» (la negrita es nuestra). SAINZ DE BUJANDA, F.: «Concepto del hecho imponible», *Hacienda y derecho: estudios de derecho financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, pág. 298.

general antiabuso construida sobre la base de un presupuesto de hecho de carácter subjetivo podría resultar contraria a los principios constitucionales de igualdad y capacidad económica pues, como antes indicamos, puede desembocar en que dos contribuyentes que manifiestan exactamente la misma riqueza sean gravados de forma diametralmente distinta por el simple hecho de que solo respecto a uno de ellos la Administración ha logrado probar que la obtención de un ahorro fiscal (beneficio de un convenio) constituía uno de los principales propósitos del negocio realizado. Esta reflexión puede ilustrarse con un ejemplo práctico:

EJEMPLO 1

A y B son personas físicas residentes en el Estado R. Las dos son personas acaudaladas (con circunstancias personales, familiares y económicas idénticas) y ostentan una importante participación en una entidad residente en el Estado R. A y B encuentran un comprador dispuesto a pagar un importe relevante por la adquisición de la participación anterior y ambas deciden también trasladar su residencia al Estado F, con el que R ha suscrito un CDI que sigue el MCOCDE, para posteriormente proceder a transmitir la participación. El traslado de residencia implica que la plusvalía generada no pueda ser gravada por el Estado R (art. 13.5 del MCOCDE) y, en circunstancias normales, ambos contribuyentes, si están bien asesorados, habrán elegido un país de destino en el que el gravamen de las plusvalías de fuente extranjera sea nulo o muy bajo. Ambos son personajes públicos y solo les diferencia que A es mucho menos discreto y más mediático. Por eso, antes de trasladar su residencia, repite hasta la saciedad en los medios que, aunque ama a su país y la vida que allí lleva, se ve obligado a emigrar por motivos fiscales pues el gravamen de las plusvalías en su amado país de nacimiento es confiscatorio. B no realiza manifestación alguna. En este caso, y recurriendo a la PPT del CDI entre R y F –si es que la contiene–, la Administración de R podría dar por probado que el único propósito o uno de los principales propósitos del negocio (el cambio de residencia de A y la ulterior transmisión de la participación) era, precisamente, realizar la plusvalía sin tributación alguna en R. Respecto de B, la prueba de tal propósito podría resultar más complicada.

Este sencillo ejemplo demuestra que la PPT, tal y como está configurada, puede conducir a que dos sujetos en las mismas circunstancias económicas reciban dos tratamientos fiscales diametralmente opuestos sobre la base, exclusivamente, de meros motivos psicológicos revelados o inducidos²².

²² Estos hechos ya se calificaban como abusivos en los comentarios al MCOCDE desde 2003 (al art. 1, párr. 9). Los nuevos comentarios al texto de la PPT (informe final, pág. 58) parecen seguir la misma línea, al afirmar: «[...] una persona puede vender un bien por varias razones pero, si antes de la venta, esa persona se convierte en residente de un Estado

- Una cláusula general antiabuso como la PPT, construida sobre la base de un test puramente subjetivo, puede conducir a considerar abusivos, y por lo tanto privarles de los beneficios convencionales correspondientes, a negocios o grupos de negocios que despliegan efectos jurídicos o económicos relevantes al margen del propio ahorro fiscal. Para ello basta con analizar los hechos descritos en el ejemplo 1. En efecto, si la Administración tributaria del Estado en el que la persona física tenía su residencia consigue probar que dicha persona trasladó su residencia a otro Estado con la única finalidad de eludir la tributación de las correspondientes plusvalías –en virtud de la aplicación del art. 13.5 del correspondiente CDI– será totalmente intrascendente que el cambio efectivo de residencia tenga importantes efectos jurídicos o económicos distintos del ahorro fiscal obtenido. Y lo cierto es que, en este caso, esos efectos serán incuestionables tanto en el ámbito puramente fiscal (la persona física dejará de ser residente de su Estado de origen y de tributar en el mismo por su renta mundial), como en el ámbito legal (impacto sobre aspectos diversos referidos al derecho matrimonial, de menores o sucesorio) y personal (traslado efectivo de la persona física e, incluso, de su familia al Estado de destino)²³. Y, como ha afirmado la doctrina con buen criterio, asumiendo que el traslado de residencia no sea meramente simulado –por ejemplo, porque no exista un desplazamiento físico real conforme a los criterios legales requeridos por la legislación del Estado de destino–, esos cambios de residencia deberían resultar legalmente inatacables²⁴. Pues bien, la PPT, tal y como está diseñada, viene a cuestionar esta realidad, pues, con total independencia de esos efectos, la prueba de que el traslado de residencia tuvo como principal propósito la obtención de un beneficio convencional supone, de forma automática, la posibilidad de privar al contribuyente del mismo²⁵.
- Ciertas Administraciones tributarias, y nos referimos en particular a las autoridades fiscales españolas, han emprendido una agresiva política de lucha contra los fenómenos de elusión fiscal internacional. En tiempos recientes, viene observán-

contratante y una de las principales razones para ese cambio de residencia es obtener un beneficio del convenio, el párrafo 7 [la PPT] puede aplicarse sin perjuicio de que puedan existir otros propósitos principales para el cambio de residencia, como facilitar la propia transmisión de la propiedad o la reinversión de las plusvalías obtenidas con la venta».

²³ ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «Changing Residence as Tax Planning», en *Pricewaterhouse Coopers Chair on International Corporate Taxation*, Working Papers, núm. 2, 2013, pág. 10, en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18175/changing_Zornoza_PWC_2013.pdf?sequence=1 (consulta: 4 de marzo de 2016).

²⁴ ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «Changing Residence...», *ibid.*, pág. 11.

²⁵ Adviértase la enorme diferencia con otras cláusulas generales antiabuso como la actualmente vigente en España. En efecto, de acuerdo con el artículo 15 de la LGT española, la calificación de un negocio como abusivo exige que «[...] de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal». Y esta parecía ser, al menos hace algunos años, la visión general de gran cantidad de Estados. El Informe General del Congreso de IFA 2002 sobre los cambios de residencia por parte de personas físicas indicaba: «Siendo cierto que tal emigración explota la falta de armonización de los sistemas tributarios de distintos países, se cree que una emigración de buena fe es algo distinto de una construcción artificial» (BROE, L. DE: «General Report», *IFA Cahiers 2002*, vol. 87 B, *The Tax treatment of Transfer of Residence by Individuals*. The Hague: IFA, 2002, pág. 28).

dose en la práctica que, más allá de las exigencias impuestas por las normas antiabuso –en concreto, las que derivan de la cláusula de conflicto en la aplicación de la norma tributaria del art. 15 de la LGT–, se da un valor preeminente a ciertos documentos de carácter estrictamente interno (correos electrónicos, presentaciones elaboradas por asesores fiscales o *memoranda* empresariales referidas a operaciones de planificación fiscal) en los que los contribuyentes o sus asesores se refieren, de forma explícita, a las ventajas fiscales que una determinada operación o conjunto de operaciones pudieran reportar. En principio, una aplicación seria de las normas antiabuso conllevaría que dichas afirmaciones fueran intrascendentes a la hora de decidir si la operación debe o no corregirse pues, en todo caso, la Administración tendría la carga de probar que el negocio o los negocios resultan notoriamente artificiosos y que de su utilización no resultan efectos jurídicos o económicos distintos del ahorro fiscal. Sin embargo, la realidad resulta más tozuda y lo cierto es que la trascendencia de tales documentos –en los que en la mayor parte de las ocasiones el contribuyente se limita a afirmar que una operación puede ser fiscalmente ventajosa– viene resultando crucial. Si esto es ya así cuando la Administración aplica cláusulas, como la española, que no se fundamentan en requisitos subjetivos²⁶, ni que decir tiene que la PPT multiplicará exponencialmente esta forma de proceder.

Más allá de los problemas intrínsecos a cualquier configuración subjetiva de las reglas generales antiabuso, la muy particular regulación de dicho elemento en el texto de la PPT no deja de plantear muy serios inconvenientes. En efecto, debe recordarse que el informe final requiere que «la obtención de un beneficio del convenio sea uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción». Lo cierto es que esta regla no parece encontrar parangón, ni en la formulación de las cláusulas antiabuso internas de diversos Estados (de la OCDE), ni tampoco en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo (TJ europeo en adelante)²⁷. Por el contrario, la práctica totalidad de los antecedentes mencionados²⁸ suele referirse a que la obtención de un ahorro fis-

²⁶ La doctrina ya ha tenido ocasión de pronunciarse críticamente sobre la forma irregular de aplicación de la cláusula española antiabuso haciendo referencia también al extremo que se describe en el texto: ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «Chapter 33. Spain», en M. Lang *et al.* (eds.), *GAARs. A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World?*, vol. 3, Institute for Austrian and International Tax Law European and International Tax Law and Policy Series. Amsterdam: IBFD, 2016, págs. 659-665.

²⁷ En más detalle, en relación con la comparación de la PPT y estos antecedentes legislativos o jurisprudenciales: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 659. PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule», *Bulletin for International Taxation*, núm. 10, vol. 69, 2015, pág. 604.

²⁸ No obstante, conviene reconocer que el derecho comunitario parece estar relativizando esta realidad en los últimos tiempos. En efecto, la regla general antiabuso introducida en la directiva matriz-filial como consecuencia de las reformas operadas por la Directiva (UE) 2015/121 del Consejo se refiere al «propósito principal o uno de sus propósitos principales» de las transacciones. Sin embargo, a nuestro juicio, conviene no exacerbar la importancia de esta expresión, pues sus efectos pueden verse notablemente relajados por la definición de negocios no genuinos contenida en el artículo 1.2 de la directiva y que se refiere a aquellos «que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica». Lo mismo puede decirse de la más reciente propuesta de directiva comunitaria por la que se es-

cal constituya el único propósito o el propósito esencial o principal de la transacción o del contribuyente. Y lo cierto es que esta diferencia no resulta exclusivamente nominal ni su alcance es exclusivamente académico. Al contrario, que la norma se refiera a que la obtención de los beneficios del convenio sea uno de los propósitos principales del negocio implica que, aunque el contribuyente logre probar la existencia de un propósito (no fiscal) relevante para su transacción, la Administración siga pudiendo aplicar la PPT y denegar el acceso a los beneficios convencionales. Y, en efecto, como ha sostenido cierto sector de la doctrina, el hecho de que se pueda denegar el acceso a los beneficios de un convenio por el simple hecho de que dichos beneficios fueran uno de los propósitos o motivos esenciales de la operación resulta simplemente inaceptable²⁹. En efecto, los CDI son instrumentos que pretenden eliminar los perniciosos efectos de la doble imposición jurídica internacional favoreciendo el intercambio de bienes y servicios, la circulación de las personas y las transferencias de tecnología³⁰, y por ese motivo, muchas inversiones transnacionales sencillamente no se harían en ausencia de tales convenios. Aun cuando los propios comentarios que acompañan al texto de la PPT parecen defender esta peculiar forma de definir el elemento subjetivo de la PPT³¹, lo cierto es que, en algunos pasajes de los mismos, parece atisbarse una cierta relajación del estándar subjetivo descrito más arriba. En efecto, uno de los ejemplos que los comentarios al MCOCDE trae a colación para explicar la aplicación práctica de la PPT niega la posibilidad de aplicar la cláusula antiabuso en un supuesto en el que la obtención de los beneficios de un tratado es, con toda claridad, uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción³². Por su importancia, quizá convenga reproducir el ejemplo literalmente³³:

tablecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior [Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016], que introduce una nueva norma general antiabuso en su artículo 6 refiriéndose a que «el propósito principal o uno de (los) propósitos principales» de los negocios analizados sea la obtención de una ventaja fiscal. Algo semejante, por lo que se refiere a las cláusulas generales antiabuso internas, ocurre con la regla introducida en el Reino Unido en 2013 y que, aunque hace referencia explícita al «principal o uno de los principales propósitos de los negocios», compensa los rigores de este elemento subjetivo con otras exigencias para que el negocio pueda ser considerado abusivo (en este mismo sentido puede consultarse: FREEDMAN, J.: «Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance», *Asia-Pacific Tax Bulletin*, mayo-junio, 2014, pág. 170).

²⁹ BROE, L. DE Y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 132.

³⁰ Como reconoce la propia introducción al MCOCDE (párr. 1).

³¹ En efecto, el párrafo 12 de los comentarios señala de forma rotunda: «La referencia a "uno de los principales propósitos" en el párrafo 7 significa que la obtención de un beneficio convencional no precisa ser el propósito único o dominante del negocio. Es suficiente con que, al menos, la obtención de tal beneficio fuese uno de los principales propósitos de la transacción».

³² Al margen del ejemplo que se menciona a continuación, esta interpretación relajada del estándar subjetivo de la PPT también puede entreverse en algunas afirmaciones generales realizadas por los comentarios. En este sentido, el párrafo 10 *in fine* de los comentarios establece: «Sin embargo, cuando un negocio **solo puede explicarse racionalmente** [la negrita es nuestra] por el beneficio que pueda surgir de la aplicación de un convenio, puede concluirse que uno de los propósitos esenciales del mismo era precisamente obtener ese beneficio». En efecto, algunos sectores de la doctrina han entendido este inciso como una relajación del estándar antiabuso de la PPT: BROE, L. DE Y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 132. PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test...», *op. cit.*, pág. 285.

³³ Informe final, pág. 60.

EJEMPLO 2

RCo, una compañía residente del Estado R, se dedica a la producción de utensilios electrónicos y su negocio se está expandiendo rápidamente. La compañía está barajando la posibilidad de establecer una planta de producción en un país en vías de desarrollo para beneficiarse de los costos más bajos de manufactura. Tras un análisis preliminar, se manejan tres localizaciones en tres jurisdicciones distintas. Los tres países ofrecen entornos políticos y económicos similares. Tras tener en cuenta que S es el único de los tres países que ha suscrito un CDI con R, RCo decide instalar la planta en ese país.

A pesar de que la decisión de invertir en S se fundamenta en la existencia de un CDI, los comentarios que acompañan al texto de la nueva cláusula consideran imposible aplicar la PPT y denegar los beneficios del CDI entre R y S aduciendo que los propósitos principales para realizar la inversión se identifican con la expansión del negocio de R y con los costes más bajos de manufactura en el Estado en el que finalmente se invierte³⁴. Lo cierto es que esta forma de atemperar los rigores del test subjetivo de la PPT, tal y como este se ha diseñado legalmente en el informe final de la OCDE, merece algunos comentarios críticos:

- Por mucho que pueda compartirse el resultado final de la resolución del ejemplo antes descrito –no parece tener sentido negar la aplicación de los beneficios de un convenio cuando la decisión de inversión depende en gran medida de la existencia de tales beneficios–, lo cierto es que el texto de la PPT y la solución del ejemplo resultan manifiestamente contradictorios. De acuerdo con el texto de la norma, si uno de los principales propósitos de la inversión es obtener los beneficios de un convenio, el hecho de que existan otros propósitos (la expansión del negocio o el ahorro sustancial de costes de manufactura) debería resultar intrascendente. Este proceder, en el que se diseña una norma muy estricta para después diluir sus rigores mediante los comentarios a la misma, no hace sino generar una notable inseguridad jurídica, pues el contribuyente termina por no saber si el estándar antiabuso es el que se deriva claramente del texto de la norma o el que se deduce de los ejemplos contenidos en el comentario.
- Las garantías que puede ofrecer al contribuyente la relajación de los estándares de la norma que se derivan de los comentarios a la misma resultan más bien precarios. Las Administraciones tributarias y los tribunales internos aplicarán en el futuro la norma misma, y no los comentarios a la misma³⁵, y es muy probable que la impor-

³⁴ Informe final, pág. 60.

³⁵ BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 132. LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 660.

tancia crucial que algunas Administraciones atribuyen hoy por hoy a los comentarios al MCOE³⁶ se desvanezca cuando estos contemplan una interpretación favorable a los intereses del contribuyente. En todo caso, conviene recordar una vez más que lo pactado por los Estados contratantes en un CDI es el texto mismo del convenio y no las interpretaciones que puedan resultar de los comentarios al MCOE.

- En todo caso, el ejemplo que traen a colación los comentarios al texto de la PPT para relajar las exigencias del estándar subjetivo antiabuso resulta muy poco revelador. Hubiera resultado escandaloso que, una vez planteado el ejemplo, los comentarios hubieran concluido de forma diferente. Parece bastante obvio que decidir invertir en una jurisdicción dando una importancia, incluso determinante, a su fiscalidad (incluida su red de convenios) no solo no puede reputarse abusivo, sino que entra dentro de los deberes de diligencia mínimos de la dirección de la empresa³⁷. Pero, precisamente porque el ejemplo seleccionado por los comentarios resulta obvio en su solución, la capacidad del mismo para influir en la decisión de otros casos más complejos, relajando las exigencias del estándar subjetivo de la PPT, parece más que cuestionable. La inoperatividad de las consecuencias del ejemplo mencionado se hace muy evidente a la vista de otro caso más complejo:

EJEMPLO 3

El Estado A somete a gravamen, de acuerdo con su derecho interno, las plusvalías obtenidas por no residentes en la transmisión de participaciones superiores al 50 % del capital de sociedades residentes en dicho Estado. Para preservar sus poderes de imposición, el Estado A incluye en su red de CDI un párrafo 5 en el artículo 13, conforme al cual: «Las ganancias que no sean las enumeradas en el párrafo 4, percibidas por un residente de un Estado contratante a raíz de la enajenación de las acciones de una sociedad que sea residente del otro Estado contratante, podrán gravarse en ese otro Estado si el enajenante, en cualquier momento durante el periodo de 12 meses anteriores a dicha enajenación, tuvo una participación directa o indirecta de al menos el 50 % en el capital de esa sociedad»¹. B, una sociedad residente del Estado B, ostenta el 100 % del capital de una sociedad residen-

¹ Un precepto similar se recoge en el artículo 13.5 del Convenio Modelo de la Organización de las Naciones Unidas. Se trata de una regla de distribución no contenida en el MCOE.

.../...

³⁶ Una tendencia muy marcada en España. Véase la durísima y muy justificada crítica formulada por el profesor ZORNOZA: ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «Interpretación y aplicación de las normas en el contexto del derecho tributario internacional», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 800, 2010, págs. 1-2.

³⁷ En este mismo sentido, en términos generales: PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test...», *op. cit.*, pág. 285.

.../...

te en el Estado A y pretende transmitir su participación a un adquirente residente en un tercer Estado. En lugar de transmitir la participación de forma directa, incorpora una entidad B', totalmente participada por ella en el Estado B, a la que atribuye la participación en A. Finalmente, enajena la totalidad de la participación en B' al comprador sin pagar impuesto alguno en A, pues la plusvalía no procede, en puridad, de la transmisión de sociedades residentes en dicho Estado. Además, de acuerdo con el CDI, tampoco A podría gravar, pues el artículo 13.6 del convenio entre A y B establece que: «Las ganancias procedentes de la enajenación de bienes que no sean los descritos en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 5 solo serán gravables en el Estado contratante donde resida el enajenante». El Estado A somete la transmisión de participaciones en sociedades residentes a un rígido control administrativo y condiciona la validez de la transmisión a la previa aprobación administrativa. Además, su derecho de fusiones y adquisiciones es extraordinariamente anticuado y burocrático. A y B tienen suscrito un CDI que recoge el citado artículo 13.5 y una cláusula general antiabuso con una dicción literal idéntica a la PPT.

Cuando la Administración del Estado se plantee la posibilidad de aplicar la PPT a este negocio negando la aplicación de los beneficios previstos por el artículo 13.6 del convenio –no sujeción de la plusvalía en el Estado de la fuente– tratará de alegar que el negocio (la incorporación de una entidad intermedia no residente y la transmisión de la participación en esta, en lugar de la participación en la filial de segundo nivel) tenía como uno de sus propósitos esenciales obtener los beneficios del convenio derivados de ese artículo 13.6, eludiendo así la tributación de la plusvalía en el Estado de la fuente. La aplicación, sin mayores averiguaciones, del puro texto de la PPT debería dar la razón a la Administración de dicho Estado. Sin embargo, y a partir de los matices introducidos en los comentarios al texto de la PPT, el contribuyente podría alegar que la incorporación de B' y la realización de la plusvalía mediante la transmisión de la misma (transmisión indirecta de la participación de A) podría explicarse racionalmente al margen de los ahorros fiscales obtenidos, pues la única pretensión del negocio, tal y como este se llevó a cabo, sería eludir una autorización administrativa costosa por parte de las autoridades de A que, eventualmente, podría haber llegado incluso a frustrar la realización del negocio, pues la experiencia demuestra la extraordinaria demora de las autoridades de dicho Estado en otorgar la oportuna autorización³⁸. Los contribuyentes que hayan desarrollado estos esquemas

³⁸ Este viene siendo el argumento que los contribuyentes y sus asesores ofrecen a la Administración tributaria china para justificar los esquemas de transmisión indirecta de sociedades residentes. Sobre este particular: KELLY, B. T.: «Taxation of Indirect Equity Transfers», *Asia-Pacific Tax Bulletin*, núm. 2, vol. 17, apdo. 3.1, 2011 (acceso vía web sin indicación de páginas). CUI, W.: «Taxing indirect transfers: improving an instrument for stemming Tax and Legal Base Erosion», *Virginia Tax Review*, núm. 4, vol. 33, 2014, págs. 667-670. Esta justificación también fue aceptada por el Tribunal Supremo indio en el célebre caso Vodafone (LEVEY, M. *et al.*: «Vodafone: An Analysis under Internationally Recognized Tax Principle», *Intertax*, núms. 8-9, vol. 40, 2012, pág. 478).

de transmisión indirecta de sociedades residentes no sabrán siquiera si la Administración llegará a tomar en cuenta los motivos (no fiscales) aducidos pues, bien podría ser que, incluso reconociendo tales motivos y su eventual trascendencia, decida simplemente denegar la aplicación del convenio considerando que uno de los propósitos esenciales del negocio era obtener los beneficios del convenio derivados de su artículo 13.6. En este contexto parece bastante evidente que las flexibilizaciones introducidas en los comentarios y las ideas generales reflejadas en el ejemplo 2 anterior aportarán poca información sobre el modo de aplicar la PPT a casos tan complejos como el que aquí se ha presentado. En ese contexto, y aunque la configuración del elemento subjetivo de la PPT conlleve consecuencias inaceptables, lo más razonable sería no introducir en los comentarios al MCOCDE afirmaciones que contradicen frontalmente el texto de la PPT (del convenio en definitiva³⁹) y que lo único que hacen es generar expectativas en los contribuyentes que las autoridades fiscales pueden ignorar arbitrariamente aplicando sin más, y con razón, el puro el texto del convenio.

Las reflexiones anteriores solo pueden conducir a una conclusión: el elemento subjetivo de la PPT no debería incorporarse al MCOCDE tal y como se encuentra redactado actualmente de acuerdo con el informe final de la acción 6 de BEPS; y en caso de que así fuera, mal harían los Estados que, al negociar sus nuevos CDI, incorporen ese elemento subjetivo. Si finalmente el elemento subjetivo se incorpora al modelo y, sobre todo, a CDI específicos, solo una (re)interpretación en términos objetivos de dicho elemento podrá salvar las graves dificultades que el mismo plantea. En todo caso, y como hemos tenido ocasión de señalar, dicha (re)interpretación no deja de plantear muy serios problemas.

b) Que la obtención del beneficio convencional no sea conforme al objeto y finalidad de la disposición correspondiente del convenio

Al igual que sucede en otras cláusulas generales antiabuso, la PPT incluye un segundo test, este pretendidamente objetivo, conforme al cual la regla no se aplicará, concediéndose los beneficios del convenio correspondientes, si puede establecerse (concluirse) que la obtención del citado beneficio es conforme al objeto y finalidad de las disposiciones correspondientes del convenio. Al igual que sucedía con el elemento subjetivo antes comentado, este segundo test de la cláusula general requiere algunos comentarios esencialmente críticos.

Antes de analizar el problema concreto de los test antiabuso de corte objetivo, basados en la finalidad de las normas convencionales correspondientes, debemos ocuparnos de un problema de orden más general al que la doctrina referida a la PPT ha prestado cierta atención. Desde que se hicieran públicas las primeras versiones de la PPT, gran parte de la doctrina ha querido ver un diseño asimétrico de los dos elementos –subjetivo y objetivo– de los que depende la aplicación de la cláusula. En efecto, y como antes señalamos, de acuerdo con el texto propuesto, la

³⁹ En este mismo sentido: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 660.

Administración debe probar que «resulta razonable concluir que la obtención de un beneficio del convenio es uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción». Por el contrario, y por lo que atañe al elemento objetivo que ahora nos ocupa, la inaplicación de la cláusula pasa por el «establecimiento» (conclusión) de que «la obtención del citado beneficio es conforme al objeto y finalidad de las disposiciones correspondientes del convenio». Como señalábamos, la doctrina ha denunciado la asimetría con la que el texto de la PPT se refiere a los dos elementos citados, y lo ha hecho en un doble sentido: de un lado, se sostiene que la prueba del elemento subjetivo corresponde a la Administración, mientras que la formulación del elemento objetivo sugiere que es el contribuyente quien debe probar, para bloquear la aplicación de la cláusula, el elemento objetivo antes mencionado⁴⁰. Por otro lado, se denuncia también una notable asimetría respecto de la intensidad de la prueba referida a cada uno de esos elementos pues, mientras que el elemento subjetivo requiere, exclusivamente, que sea razonable concluir la finalidad de obtención de un beneficio fiscal, la inaplicación de la cláusula antiabuso pasa por el establecimiento (conclusión) de que la obtención del citado beneficio es conforme al objeto y finalidad de las disposiciones correspondientes del convenio⁴¹. Esta doble asimetría merece algunos comentarios críticos.

Empezando por la cuestión que creemos menos trascendente, en nuestra opinión, no puede darse un excesivo peso al diferente estándar probatorio que la doctrina pretende ver en la dicción literal de la PPT. Aunque es muy probable que ese doble rasero –razonable concluir versus establecer– estuviera en la intención de quienes elaboraron la PPT, pues no debe olvidarse a qué obedece el Plan BEPS en su conjunto y quiénes elaboran estas propuestas en el seno de la OCDE, lo cierto es que es difícil prever que del mismo vayan a derivarse consecuencias prácticas relevantes. En efecto, ambos elementos, el subjetivo y el objetivo, resultan extraordinariamente ambiguos y difíciles de traducir a conceptos jurídicos claros y, por lo tanto, respecto de ambos la prueba de su concurrencia o no difícilmente podrá pasar de una conclusión razonable conforme a todos los hechos y circunstancias del caso. Además, quienes critican este doble estándar tampoco son capaces de trazar con claridad una línea que distinga el esfuerzo probatorio requerido por cada uno de los dos elementos de la cláusula.

Mayor enjundia presenta la cuestión de la carga de la prueba en relación con cada uno de los dos elementos, sobre todo porque los propios comentarios a la PPT sugieren, con toda claridad, que es al contribuyente a quien le corresponde probar que el beneficio obtenido es conforme a las disposiciones del convenio (frente a la carga de la prueba del elemento subjetivo, que corresponde a la Administración)⁴². Esta pretendida asimetría respecto a la carga de la prueba merece algunos comentarios críticos:

⁴⁰ En este sentido: BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 132. LANG, M.: «BEPS Action 6...», *ibid.*, pág. 660. PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test...», *op. cit.*, pág. 288.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² En efecto, el informe final, en su página 55 (párr. 2 del comentario al art. X.7), señala: «[...] la última parte del párrafo permite a la persona a la que, en otras circunstancias, le habría sido denegado el beneficio del convenio, la posibili-

- En primer lugar, constituye, a nuestro entender, un error jurídico de primer orden que el texto de la PPT, o su interpretación, hagan referencia a la carga de la prueba referida al objeto y finalidad de la disposición relevante del convenio. Constituye casi un lugar común, en el derecho procesal y la teoría general del derecho, que solo las cuestiones de hecho deben ser probadas y, por lo tanto, solo respecto a las mismas puede hablarse en puridad de «carga de la prueba»⁴³. Las disposiciones jurídicas, incluida su existencia, su dicción literal y, creemos también, su objeto y finalidad, no son objeto de prueba y no admiten, por ese mismo motivo, la aplicación de las reglas de carga de la prueba al uso.
- Por ese mismo motivo, cualquiera que sea la formulación del elemento objetivo (como un requisito más del test antiabuso o, como en la PPT, como una posibilidad para contrarrestar la concurrencia del elemento subjetivo antes descrito), corresponde a la Administración y, en su actividad revisora, a los tribunales, determinar si la obtención de un beneficio convencional es o no conforme a la finalidad de las normas relevantes del CDI. En resumidas cuentas, la Administración cuenta con la potestad (y con el deber) de determinar si la obtención de un beneficio convencional como consecuencia de un negocio realizado con el propósito esencial de obtener tales beneficios es o no conforme a la finalidad de la disposición que recoge tal beneficio. No tendría sentido, y la Administración vulneraría su deber de sometimiento a la ley, si negara la aplicación de un beneficio cuya obtención es conforme a la finalidad de la norma.
- Tampoco la dicción literal de la PPT parece sugerir necesariamente que tenga que ser el contribuyente quien haga valer la conformidad del beneficio obtenido con el objeto y finalidad de la disposición que confiere tal beneficio⁴⁴.

Sin perjuicio de las anteriores cuestiones, lo cierto es que el elemento objetivo de la PPT presenta muy notables problemas jurídicos. Aun cuando la determinación en torno a si un beneficio fiscal resulta o no conforme a la disposición del convenio que lo confiere parece, *prima facie*,

dad de establecer [concluir] que la obtención del beneficio en estas circunstancias es conforme al objeto y finalidad de las disposiciones relevantes de esta convención».

⁴³ En efecto, hace ya años señalaba LARENZ con total acierto: «Sobre la "cuestión de hecho" el juez juzga con base en las alegaciones de las partes y en la práctica de la prueba; la cuestión de derecho la resuelve, sin depender de las alegaciones de las partes, con base en su propio conocimiento del derecho y de la ley, que él ha de procurarse (*iura novit curia*). Solo hechos, es decir, situaciones y sucesos reales, son capaces de y necesitan prueba; el enjuiciamiento jurídico de los hechos no es objeto de la prueba aportable por las partes, sino solo de la ponderación y resolución judiciales» [LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. y rev. de M. Rodríguez Molinero). Barcelona: Ariel, 1994, pág. 304].

⁴⁴ Hasta donde conocemos, solo el profesor PALAO ha defendido que la carga de la prueba (de cualquiera de los dos elementos) corresponde incontestablemente a las autoridades fiscales (PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *op. cit.*, pág. 605).

una tarea sencilla, lo cierto es que entraña notables dificultades que, si ya son muy evidentes en el derecho tributario en general, se hacen mucho más patentes cuando se trata de denegar beneficios contenidos en un CDI. A continuación analizaremos dichos problemas para más tarde comprobar el riesgo que entraña el mencionado test objetivo y sus posibles consecuencias prácticas.

b) 1. *La determinación del objeto y finalidad de la disposición convencional relevante. La dificultad de un análisis de finalidades en los casos de Treaty Shopping y Rule Shopping*

A la hora de formular el elemento objetivo de la PPT, el informe final ha optado por una redacción relativamente estricta del mismo, refiriéndose al objeto y finalidad de la disposición convencional eludida o captada⁴⁵ y no a las finalidades generales de los CDI. Como luego tendremos ocasión de comprobar, esta elección puede, en principio, ser acertada pero, a la postre, convierte el elemento objetivo en un test de muy difícil aplicación práctica. Para comprobar esta afirmación deben distinguirse las dos estrategias básicas que pueden implicar un abuso de convenio.

- *Treaty Shopping* o compra de tratados. Se habla de *Treaty Shopping* respecto de aquellos negocios a través de los cuales una persona, que no es residente de uno de los Estados contratantes, intenta acceder a los beneficios de un tratado que el mismo concede exclusivamente a los residentes de dicho Estado⁴⁶. De acuerdo con esta definición, parece bastante claro que las disposiciones concretas del convenio cuya aplicación provoca un contribuyente que acomete una estrategia de *Treaty Shopping* son los artículos 1 y 4 del mismo, esto es, los que definen las «personas comprendidas» y el concepto de «residente». En este contexto, el análisis de una estrategia de *Treaty Shopping*, de acuerdo con el elemento objetivo de la PPT, requeriría analizar si la obtención de los beneficios del tratado resultaría o no conforme al objeto y finalidad del propio concepto convencional de residencia. Y es aquí, precisamente, donde comienzan los problemas.

⁴⁵ En puridad, la PPT se refiere al objeto y finalidad de las «disposiciones relevantes de este convenio». La referencia a la disposición convencional «eludida o captada» obedece a una construcción doctrinal que traemos a colación, pues simplifica notablemente el entendimiento de estos problemas. En efecto, en los negocios abusivos, en general, los contribuyentes realizan determinados hechos de modo que, o bien una regla no sea aplicable (abuso por elusión), o bien se provoque la aplicación de una regla favorable a los intereses del contribuyente (abuso por captación). En el ámbito de los CDI, el fenómeno del abuso por captación es más frecuente, aunque no faltan, en las estrategias de *Rule Shopping*, casos de abuso por elusión. Sobre esta distinción en la doctrina alemana: KRUSE, H.-W.: «Steuerungsgang zwischen Steuervermeidung und Steuerhinterziehung», *Steuerberater-Jahrbuch, 1978-1979*, págs. 454-455. En el mismo sentido, en la doctrina española: BÁEZ MORENO, A. y LÓPEZ LÓPEZ, H.: «Nuevas perspectivas generales sobre la elusión fiscal y sus consecuencias en la derivación de responsabilidades penales (comentario a la Sentencia del TS de 30 de abril de 2003, rec. núm. 3435/2001)», *Revista de Contabilidad y Tributación (legislación, consultas, jurisprudencia)*, núm. 251, CEF, 2004, pág. 124. BÁEZ MORENO, A.: *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2009, pág. 191.

⁴⁶ Usamos una definición neutral como la que se contiene en el informe final (pág. 17).

De acuerdo con los comentarios al artículo 1 del MCOCDE⁴⁷, el concepto de residencia en el modelo cumple variadas funciones: determina el ámbito personal de aplicación del convenio y resuelve casos en los que la doble imposición internacional se genera como consecuencia de una doble residencia del contribuyente o de la imposición concurrente por parte de los Estados de residencia y de fuente. Desde este punto de vista, parece evidente que la aplicación de los beneficios de un convenio, incluso a la sociedad intermedia⁴⁸ con menor sustancia económica, sería conforme a la función del concepto⁴⁹ de residencia, al menos tal y como esta se define de acuerdo con los comentarios al MCOCDE. Sin embargo, esta simple reflexión puede llegar a complicarse si la referencia contenida en el artículo 4.1 del MCOCDE al derecho interno de los Estados contratantes⁵⁰ se interpreta como algo más que una «remisión ciega» a dicho derecho, incorporando la exigencia implícita de que dichos criterios supongan un vínculo material o económico con el Estado en el que se pretende ser residente⁵¹. Si este fuera el caso, la obtención de los beneficios de un convenio por una «sociedad pantalla»⁵² carente de toda sustancia económica bien podría considerarse contraria al objeto y finalidad del citado precepto (art. 4.1 del MCOCDE). Sin embargo, esta segunda interpretación tampoco está exenta de problemas. En primer lugar, porque la interpretación en clave sus-

⁴⁷ Comentarios al MCOCDE (art. 4, párr. 1).

⁴⁸ Utilizamos el término «sociedad intermedia» para referirnos a la sociedad constituida, en el Estado que sí cuenta con un CDI con aquel en el que se pretende realizar la inversión, a efectos precisamente de obtener los beneficios de un convenio a cuya aplicación, en principio, no se tenía acceso por ser residente fiscal en un tercer Estado. En este sentido creemos que el término «sociedad intermedia» es la mejor traducción para el término *conduit* que viene manejando la OCDE desde sus primeros informes sobre el particular: OECD: *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*. París: OCDE, 1986, 25 págs.

⁴⁹ Asumiendo que lo que los comentarios al MCOCDE denominan «función del concepto de residencia» sea equivalente al objeto y finalidad de la disposición al que se refiere la PPT.

⁵⁰ El artículo 4.1 del MCOCDE establece: «A los efectos de este convenio, la expresión "residente de un Estado contratante" significa toda persona que, **bajo la legislación de ese Estado**, esté sujeta a la imposición en el mismo en razón de su **domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga**» (el subrayado y la negrita son nuestros).

⁵¹ En favor de esta interpretación sustancialista de la remisión: REIMER, E. y RUST, A.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3.ª ed. Londres-The Hague-Boston: Kluwer Law International, 1997, pág. 233 (y la bibliografía allí citada). VEGA BORREGO, F. A.: «Comentarios al artículo 4 (Residencia) MC OCDE (2000)», en J. R. Ruiz García y J. M. Calderón Carrero (eds.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. Fundación Pedro Barrié de la Maza, págs. 225-227. WIDRIG, W.: «The Expression "by Reason of his Domicile, Residence, Place of Management..." as Applied to Companies», en G. Maisto (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*. Ámsterdam: IBFD, 2009, pág. 281. Todos estos autores consideran que el criterio de residencia consistente en la constitución conforme a las leyes de un Estado no es un criterio similar a los que aparecen referenciados en el artículo 4.1 del MCOCDE.

⁵² Aunque no es un término preciso, utilizamos la denominación de «sociedad pantalla» para referirnos a lo que en la jerga de la fiscalidad internacional se denomina *Letterbox Company*.

tancial del artículo 4.1 del MCOCDE dista de ser unánime⁵³. Pero aunque no fuera así, y esta posición resultase mayoritaria o incluso unánime, el elemento objetivo de la PPT encontraría serias dificultades para ser aplicado en el contexto del artículo 4.1 del MCOCDE. La pretendida finalidad implícita del citado precepto —esto es, restringir el acceso a los beneficios del convenio que derivarían de una definición puramente formal de la residencia en el derecho interno de los Estados contratantes— no permitiría determinar con la suficiente precisión cuál es exactamente el grado de vinculación material o económica con el pretendido Estado de la residencia que requeriría el artículo 4.1 del MCOCDE. En este contexto, lo más lógico sería dotar de contenido a dicha conexión de acuerdo con el elemento subjetivo de la PPT de modo que la concesión de los beneficios del convenio no sería conforme a la finalidad del artículo 4.1 si la sociedad intermedia tiene como una de sus principales finalidades la obtención de los beneficios del convenio. Sin embargo, conforme a esta interpretación, la aplicación de la PPT se convertiría en una suerte de razonamiento circular, fusionando *de facto* los elementos objetivo y subjetivo y privando al segundo de ellos de contenido. Además, si de acuerdo con las propias recomendaciones de la acción 6 de BEPS, se pretende incorporar al modelo de convenio una cláusula de limitación de beneficios (LOB⁵⁴), el papel del elemento objetivo de la PPT deviene aún más complicado. La introducción de una cláusula LOB en el modelo tiene como intención conceder la protección del tratado exclusivamente a aquellos contribuyentes que ostentan un nexo suficiente (más que el meramente formal) con el Estado de la residencia⁵⁵. En ese sentido, podría resultar inconsecuente que un contribuyente obtuviera la condición de residente cualificado conforme a la LOB, precisamente por mostrar un vínculo suficientemente

⁵³ VEGA BORREGO, F. A.: «Comentarios al artículo 4...», *op. cit.*, págs. 226-227. Además, los propios comentarios al MCOCDE parecen moverse en una dirección bien distinta al señalar: «Los CDI normalmente no se preocupan por los criterios que fija el derecho interno de los Estados contratantes en el que se establecen las condiciones para que una persona sea tratada como residente a efectos fiscales y, consecuentemente, sujeta a tributación plena en ese Estado. Estos convenios no establecen estándares que las normas del derecho interno sobre residencia deban seguir de modo que las pretensiones de tributación plena por renta mundial de un Estado contratante puedan considerarse conformes al convenio. En este sentido, los Estados toman sus decisiones exclusivamente en su derecho interno» (art. 4, párr. 4).

⁵⁴ En efecto, la acción 6 de BEPS (págs. 20-55 del informe final) propone la incorporación al MCOCDE de una cláusula de limitación de beneficios (*Limitation on Benefits Clause*) a imagen de la que existe desde hace años en el Convenio Modelo de Estados Unidos. Nos encontramos ante una serie de reglas muy precisas que exigen, junto a la condición de persona residente, el cumplimiento de toda una serie de requisitos adicionales de cotización, participación y no erosión de la base imponible del Estado de residencia —de las que se deriva la adquisición de la condición de residente cualificado— para acceder a los beneficios del convenio, acompañadas de unas cláusulas de escape que permiten, en determinadas circunstancias, la aplicación de tales beneficios a pesar de carecer de la condición de residente cualificado. Sobre estas cláusulas, con un enorme grado de detalle: VEGA BORREGO, F.: *Las medidas contra el Treaty Shopping*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2003, págs. 195-343.

⁵⁵ DOERNBERG, R. L. y VAN RAAD, K.: *The 1996 United States Income Tax Convention. Analysis, Commentary and Comparison*. The Hague: Kluwer Law International, 1997, pág. 172.

intenso con el Estado de residencia y, a la vez, verse privado de los beneficios del convenio por el hecho de no mostrar un vínculo suficiente de acuerdo con el elemento objetivo de la PPT⁵⁶. Todo lo dicho hasta el momento puede ilustrarse con facilidad mediante un sencillo ejemplo:

EJEMPLO 4

La sociedad A es residente del Estado A y pretende invertir mediante una filial en el Estado B. Puesto que A y B no han suscrito ningún CDI, A incorpora una entidad intermedia en el Estado C, que define la residencia de sociedades exclusivamente conforme al criterio de incorporación de acuerdo a las normas locales. C constituye una filial en el Estado B, que sí tiene suscrito un CDI con B y que además incorpora una cláusula PPT como la analizada en este trabajo. Cuando B reparte dividendos a su matriz, en lugar de aplicarse los tipos de retención en la fuente recogidos en el derecho interno de B (por ejemplo, al 35 %), se aplica el tope máximo de retención previsto en el artículo 10 del CDI entre B y C (5 %). Imagínese que A no ha tenido la precaución de dotar a su filial C de sustancia económica: no existen empleados, ni activos, ni actividad alguna de esa entidad en el Estado C. Es obvio que si se atribuye al artículo 4.1 del convenio entre B y C exclusivamente la función de determinar el ámbito personal de aplicación del convenio y resolver casos en los que la doble imposición internacional se genera como consecuencia de una doble residencia del contribuyente o de la imposición concurrente por parte de los Estados de residencia y de fuente, la obtención por parte de C de los beneficios previstos en el convenio no resultaría contraria a la finalidad del artículo 4.1 y, por tanto, no sería posible privar a esta entidad de los beneficios del convenio aplicando la PPT. Obviamente, el resultado sería muy distinto si se atribuyera al artículo 4.1 la finalidad de garantizar un vínculo material del residente con el territorio (un vínculo más intenso que la mera incorporación en C). En este contexto, parece que la obtención de los beneficios del convenio por C sería contraria a la finalidad del citado artículo 4.1, pues los vínculos de la entidad con el Estado C son extraordinariamente débiles al no contar en el mismo ni con empleados ni con activos ni ejercer en este territorio actividad alguna.

Vemos que, incluso en este sencillísimo ejemplo, el elemento objetivo no deja de plantear problemas pues, a la postre, su modo de aplicación depende de una interpretación –la del art. 4.1– cuya finalidad no es nada clara. Como veremos en el ejemplo siguiente, la dificultad del elemento objetivo se agrava en cuanto los hechos se complican mínimamente.

⁵⁶ Esta cuestión entronca directamente con las difíciles relaciones jurídicas entre la LOB y la PPT, que será objeto de análisis en un epígrafe ulterior de este trabajo.

EJEMPLO 5

A es una sociedad residente en el Estado A que pretende invertir en títulos de renta fija emitidos por una sociedad residente en el Estado B. A y B no han suscrito un CDI. C es una entidad financiera que cotiza en un mercado regulado del Estado C, que sí tiene suscrito un CDI con el Estado B, convenio que además incorpora una cláusula PPT como la analizada en este trabajo. El banco suscribe un contrato financiero con A, en virtud del cual invertirá en los títulos de renta fija emitidos por la entidad residente en B, pagando posteriormente los intereses cobrados a A, deducida la correspondiente comisión. Como consecuencia de ello, los intereses satisfechos por B al banco no se verán sujetos a los tipos de retención recogidos en el derecho doméstico de B (del 21 %), sino al tope máximo de retención previsto en el artículo 11 del CDI entre B y C (10 %). Dando por hecho que las autoridades fiscales de B interpretan el artículo 4.1 del MCOUDE en la opción sustancialista antes descrita, existen notables dificultades para determinar si esas autoridades fiscales podrán o no denegar los beneficios del convenio al banco aplicando la PPT. En efecto, la duda gira en torno a cuáles son las exigencias de conexión con el Estado de la residencia que derivan del artículo 4.1, agravadas además, en este caso, porque siendo el banco una entidad cotizada en un mercado secundario del Estado A, su grado de vinculación con dicho territorio se presume notable. Siempre podrá recurrirse a la idea de que la estructura del contrato (el contrato de financiación entre A y el banco) tiene como uno de sus principales propósitos acceder a los beneficios del convenio pero, como ya dijimos, eso supondría identificar totalmente los elementos subjetivo y objetivo de la PPT, privando al segundo de cualquier efecto práctico. A ello cabe añadir que, si el CDI entre C y B ha incorporado la cláusula LOB referida a la cotización en un mercado secundario de uno de los Estados contratantes, el banco, de acuerdo con el convenio, será un residente cualificado conforme al mismo y, en principio, tendrá acceso pleno a los beneficios que el convenio pueda conferirle. En este sentido, que el mismo CDI otorgue la condición de residente cualificado y pueda denegar los beneficios del convenio mediante la aplicación de la PPT, aduciendo que el otorgamiento de los mismos sería contrario a la finalidad del artículo 4.1, no deja de ser enormemente contradictorio¹.

¹ El informe final de BEPS (pág. 56) no ve inconveniente alguno para aplicar la PPT en un caso como el descrito. A estos efectos, señalan los comentarios que acompañan al texto de la PPT: «En la medida en que esa compañía [se refiere a la entidad financiera] es una "persona cualificada", tal y como se define en el párrafo 2, es claro que los beneficios del convenio no podrán denegarse exclusivamente sobre la base de la estructura de propiedad de esa compañía, esto, por ejemplo, porque la mayor parte de los accionistas de esa compañía no sean residentes de ese mismo Estado. El objeto y finalidad del subpárrafo 2 c) [el que atribuye la condición de residente cualificado a una entidad cotizada en un mercado secundario de uno de los Estados contratantes] es establecer un umbral para el disfrute de beneficios del convenio por parte de compañías cotizadas cuyas acciones son titularidad de socios residentes de diferentes Estados. Sin embargo, el hecho de que esa compañía sea un residente cualificado no significa que los beneficios del convenio no puedan ser denegados de acuerdo con el párrafo 7 [la PPT] por motivos no relacionados con la estructura de propiedad de las acciones de esa compañía. [...] En ese caso [se refiere al descrito en el ejemplo 5] se podría aplicar el párrafo 7 [la PPT] para denegar el acceso a los beneficios del convenio, pues el subpárrafo 2 c), leído en el contexto del resto de la convención, y particularmente de su preámbulo,

.../...

.../...

no puede considerarse que tenga como finalidad compartida por ambos Estados contratantes autorizar operaciones de *Treaty Shopping* realizadas por compañías cotizadas». El comentario aborda el difícil problema de las relaciones entre las cláusulas LOB y la PPT, del que nos ocuparemos en un epígrafe posterior de este trabajo. En este momento conviene llamar la atención sobre otra cuestión y es que el comentario trata de justificar la aplicación de la PPT a una compañía que satisface los requisitos para ser considerada residente cualificada de acuerdo con la LOB. Y lo hace con el cuestionable argumento de que la finalidad de la cláusula de cotización no puede ser la de habilitar estructuras de *Treaty Shopping*; en definitiva, el comentario trata de solventar los obstáculos relevantes que el elemento objetivo de la PPT pueda plantear. Pero, conviene advertirlo, lo hace recurriendo a un argumento capcioso, pues la PPT se refiere al objeto y finalidad de la norma correspondiente del convenio (la norma eludida o la norma cuya aplicación se provoca). Es obvio, como ya dijimos, que en un caso de *Treaty Shopping* esta norma es el artículo 4.1 del MCOCDE y no la cláusula de cotización en bolsa.

En resumidas cuentas, incluso aceptando una interpretación en clave sustancial del concepto de residencia recogido en el artículo 4.1 del MCOCDE, la aplicación del elemento objetivo de la PPT para hacer frente a estructuras de *Treaty Shopping* resulta enormemente complicada e imprevisible. Prueba de ello es quizá que, como ha sostenido la doctrina, la lucha contra este tipo de estructuras mediante el recurso a normas generales antiabuso (domésticas o convencionales) haya resultado muy compleja y, en muchos casos, no exitosa para las Administraciones tributarias que han optado por esta vía⁵⁷.

- *Rule Shopping* o compra de reglas distributivas del poder tributario. La doctrina más autorizada⁵⁸ entiende por *Rule Shopping* la realización de negocios por parte de personas que, cayendo bajo el ámbito de aplicación subjetiva de un CDI, pretenden obtener los beneficios de una regla de distribución de la potestad tributaria más favorable a la que en principio resultaría aplicable⁵⁹. En una estructura de *Rule Shopping*, por tanto, el contribuyente normalmente elude una regla distributiva de competencia de un convenio para obtener la aplicación de otra regla de distribución que proporciona beneficios adicionales. En este contexto, el análisis de una estructura de *Rule Shopping*, de acuerdo con el elemento objetivo de la PPT, requeriría comprobar si la obtención del beneficio es o no conforme al objeto y finalidad de

⁵⁷ En este sentido, en términos generales: WEEGHEL, S. VAN: «General Report», *IFA Cahiers 2010*, vol. 95 A, *Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*. The Hague: IFA, 2010, pág. 49.

⁵⁸ Mientras que el informe final de BEPS se refiere reiteradamente al concepto de *Treaty Shopping*, no hay referencias, como tal, al concepto de *Rule Shopping*. El informe final parece agrupar estas estrategias de abuso de tratado bajo el poco revelador título de «Otras situaciones en las que una persona trata de eludir limitaciones de un tratado» (Informe final, págs. 69-78).

⁵⁹ BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 125.

la norma eludida y/o captada. Y este análisis también puede resultar extraordinariamente complejo en la práctica, como veremos a continuación.

La aplicación del elemento objetivo de la PPT a negocios de *Rule Shopping* requeriría la existencia de una efectiva finalidad en las reglas distributivas de la competencia tributaria contenidas en los CDI. Ello significa que si el contribuyente eludió una norma distributiva para provocar la aplicación de otra más beneficiosa a sus intereses, la PPT solo podría aplicarse si se demuestra que, o bien la elusión de la primera fue contraria a su objeto y finalidad, o bien que la obtención de los beneficios del tratado conforme a la segunda regla es contraria al objeto y finalidad de esta. Y precisamente el problema que se plantea aquí es que las reglas distributivas de la competencia tributaria en los CDI carecen de una lógica inmanente (de una finalidad apta a estos efectos), pues son el mero fruto de una negociación circunstancial entre los dos Estados contratantes⁶⁰. En resumidas cuentas, no existe ningún tipo de renta que, por naturaleza, deba ser gravada o no gravada en el Estado de la fuente (o en el de la residencia)⁶¹. Esta cruda realidad se pone de manifiesto de forma muy clara con un sencillo ejemplo de lo que en la jerga ha dado en llamarse operaciones de *strip* de dividendos:

EJEMPLO 6

A, residente en el Estado A, es propietario de acciones de la entidad B, residente en el Estado B. A y B han suscrito un CDI que incorpora una cláusula PPT como la analizada en este trabajo. De acuerdo con el artículo 13.5 de dicho convenio, A puede transmitir las acciones de B sin tributar por la ganancia patrimonial obtenida en el Estado B. A vende la totalidad de las acciones de B a C, que es residente en el Estado B, algunos días antes de que B proceda a distribuir dividendos. Inmediatamente después de la distribución de dividendos, A recompra las acciones por un precio fijado de antemano que tiene en cuenta el importe del dividendo distribuido¹. El contribuyente convierte un dividendo –que, conforme al art. 10.2 del conve-

¹ Esta es la estructura básica del *strip* de dividendos, aunque normalmente los hechos se plantean de forma más compleja, particularmente por lo que se refiere a los negocios que permiten la (re)compra de las acciones. Sobre estas estructuras, con mayor detalle: BÁEZ MORENO, A.: *Los negocios fiduciarios...*, op. cit., págs. 57-58.

.../...

⁶⁰ En este sentido: ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model on Tax Treaties and GAARs: A Mistaken Starting Point», en M. Lang et al. (eds.), *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Ámsterdam: IBFD, 2010, pág. 157.

⁶¹ Como indica con su habitual acierto el profesor SCHÖN: «El resultado de este juego se presenta realmente abierto y uno no debería buscar el "santo grial" de la atribución natural de potestades tributarias. En palabras de BIRD y WILKIE, la norma fundamental en tributación internacional es que no hay normas en tributación internacional» [SCHÖN, W.: «International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)», *World Tax Journal*, núm. 1, sec. 3.3.1.4, 2009].

.../...

nio, puede gravarse en el Estado de la fuente– en una ganancia de capital que, conforme al artículo 13.5, solo puede gravar el Estado de la residencia. Para aplicar a un caso como el presente la PPT habría que demostrar que la obtención del beneficio del convenio (no tributación en la fuente) es contrario a la finalidad del artículo 10.2 y/o 13.5 del mismo. Como ya señalamos antes, el objeto y finalidad de estas, y de cualesquiera otras reglas distributivas, dista de ser clara. Adicionalmente en este caso, como en muchas otras estructuras de *Rule Shopping*, la construcción abusiva se ve facilitada por el hecho de que es el propio tratado el que propicia diferentes grados de tributación para transacciones que son económicamente idénticas aunque jurídicamente muy distintas. De hecho, las estructuras de *strip* de dividendos se originan por el hecho de que el artículo 13 del MCOCDE no sigue, en términos estrictos, el llamado «principio de simetría», conforme al cual, la potestad de gravamen sobre una renta derivada de un determinado elemento patrimonial y sobre la ganancia patrimonial que la enajenación de dicho elemento pueda generar se deben distribuir entre los dos Estados contratantes de acuerdo con las mismas reglas². Esta asimetría, que solo puede explicarse por las diversas posiciones negociadoras de los Estados contratantes³, teniendo en cuenta la capacidad del accionista para controlar la política de dividendos de la compañía en la que participa, facilita a este transformar dividendos sometidos a tributación en el Estado de la fuente en ganancias de capital que solo pueden ser gravadas en el Estado de la residencia. Cualquier experto fiscal sabe que muchas normas tributarias carecen de una finalidad precisa que permita interpretarlas teleológicamente. Este fenómeno no deriva solo del diseño frecuentemente caótico, oportunista y contradictorio del sistema fiscal, sino del hecho de que determinadas normas simplemente son insusceptibles de ser interpretadas conforme a su finalidad, pues la misma conduciría a resultados absurdos⁴. En nuestra opinión, este es el caso de las reglas distributivas de competencia en los CDI y eso es lo que provoca que la PPT sea un instrumento particularmente inadecuado para hacer frente a las estructuras de *Rule Shopping*.

² Sobre este principio, que el artículo 13 del MCOCDE respeta para todos los elementos patrimoniales excepto para las acciones: LI, J. y AVELLA, F.: «Article 13: Capital Gains», *Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD, en 1.1.2.2 (documento electrónico sin indicación de páginas).

³ De hecho, el Convenio Modelo de doble imposición de la Organización de las Naciones Unidas se atribuye potestades de imposición al Estado de la fuente en relación con determinadas ganancias de capital generadas en la transmisión de acciones de sociedad residentes en dicho Estado.

⁴ En relación con este fenómeno en general: ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «Chapter 33...», *op. cit.*, pág. 660. En relación con las exenciones limitadas en el impuesto sobre el valor añadido: BÁEZ, A.: «Bad Laws Make Hard Cases: Halifax and the avoidance of inconsistent tax rules», en http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18830/bad_baez_2008.pdf?sequence=1 (consulta: 25 de abril de 2015).

Las dificultades para aplicar el elemento objetivo de la PPT a las estructuras de *Rule Shopping* se pone de manifiesto, precisamente, en uno de los ejemplos traídos a colación por los comentarios que acompañan a la nueva PPT, para explicar su modo de funcionamiento:

EJEMPLO 7

RCo es una compañía residente en el Estado R que ha participado, durante los últimos cinco años, en el 24 % del capital de la compañía SCo, residente del Estado S. Tras la entrada en vigor de un CDI entre R y S, que incorpora un artículo 10 en los términos del MCOCDE, RCo decide incrementar su participación en SCo al 25 %. Los hechos y circunstancias del caso revelan que la decisión de incrementar el porcentaje de participación se ha tomado principalmente con la finalidad de obtener el tipo reducido de gravamen sobre dividendos intercompañías recogido en el artículo 10.2 a) del convenio. Según el informe final de BEPS, aunque en este caso se verifica plenamente el elemento subjetivo de la PPT (una de las principales finalidades del negocio era acceder a los beneficios del convenio), la regla antiabuso no resultaría de aplicación, pues la obtención del tipo de gravamen especial sería conforme a la finalidad del artículo 10.2 del convenio. Ese precepto viene a usar un umbral arbitrario para acceder al tipo de gravamen privilegiado de los dividendos y es conforme, pues, a la finalidad del mismo que el contribuyente que incrementa su participación genuinamente obtenga tales beneficios¹. La pobreza argumental del informe final para resolver este supuesto parece muy evidente pues, además, en ningún momento se identifica cuál es la finalidad del precepto más allá de enunciar su contenido. Además, resulta tan evidente que no nos encontramos ante un negocio abusivo que todo el razonamiento sobra. Esa debilidad se hace especialmente patente si el ejemplo se complica mínimamente. En efecto, es difícil determinar cómo operaría la PPT si RCo adquiriera su participación del 25 % inmediatamente antes del reparto del dividendo para deshacerse de esa participación adicional inmediatamente después. Obsérvese que si la finalidad del precepto (tal y como la presenta el informe final) es garantizar un tipo privilegiado para participaciones significativas sería difícil sostener que la concesión de este tipo reducido en un caso como el propuesto es contraria a la finalidad del mismo. Pero como contrapunto a este argumento, las autoridades fiscales siempre podrían defender que la finalidad de la regla especial es conceder el tipo privilegiado a participaciones sustanciales «mantenidas de forma estable en el tiempo». De hecho, ya en la actualidad, los comentarios al artículo 10 del MCOCDE (párr. 17) indican que la reducción no debería disfrutarse en casos de abuso de la norma como, por ejemplo, cuando una compañía adquiere la participación sustancial muy poco antes del reparto. La solución que da, hoy por hoy, el comentario es añadir una cláusula especial antiabuso que declare inaplicable el tipo privilegiado cuando la participación sustancial «se haya adquirido principalmente para disfrutar de la ventaja prevista en el precepto». Estos comentarios demuestran con claridad cuanto hemos dicho hasta ahora. Adviértase que la solución propuesta por los comentarios hoy por hoy estriba en desechar el elemento objetivo y recurrir exclusivamente al elemento subjetivo (hoy de la PPT) para determinar si el negocio es o no abusivo. Estas reflexiones demuestran de igual manera que determinar la finalidad de las normas distributivas es una misión abocada al fracaso. En resumidas cuentas, ¿cuál

¹ Informe final, pág. 61.

.../...

.../...

es la finalidad de que una participación del 24,99 % afronte una retención en la fuente del 15 % para los dividendos pagados y una del 25 % solo del 5 %? Y aun asumiendo que esa finalidad pudiera encontrarse, ¿cuál es el periodo de tenencia de la participación que resulta acorde con esa finalidad?². Adviértase, en todo caso, que nuestra crítica no se dirige a la existencia, inevitable podríamos decir, de estos umbrales arbitrarios, sino al hecho de que los mismos puedan tener una finalidad precisa que permita aplicar el elemento objetivo de la PPT.

² El informe final de BEPS (pág. 70) parece recomendar la introducción de un periodo mínimo de tenencia para acceder al tipo reducido.

b) 2. *La posible sustitución de la finalidad de la norma eludida por la finalidad general del CDI como criterio para aplicar el elemento objetivo de la PPT*

Los problemas de una interpretación estricta del elemento objetivo de la PPT a los que se ha hecho alusión anteriormente pueden conducir en la práctica de la Administración tributaria a una interpretación más flexible que sustituya «el objeto y finalidad de las normas correspondientes del convenio por la finalidad general de los CDI». Esta posible nueva interpretación, lejos de ser una mera profecía académica, puede convertirse en una realidad práctica generalizada, si se tiene en cuenta que la segunda parte del informe final de BEPS⁶² se dedica precisamente a clarificar que los CDI no tienen como finalidad generar situaciones de «doble no imposición». Como resultado de esta segunda parte, la acción 6 de BEPS pretende reemplazar el título y el preámbulo del MCOCDE para afirmar, rotundamente, que los convenios se dirigen a la prevención de la evasión y la elusión fiscal⁶³ sin crear oportunidades para la no imposición o para una imposición reducida a través de estrategias de elusión o evasión fiscal⁶⁴. Estos cambios se acompañan de un nuevo párrafo 16.2 en la introducción al MCOCDE que, por su importancia, merecen una cita literal:

«Puesto que el título y el preámbulo forman parte del contexto de la convención y encarnan reflexiones generales sobre el objeto y finalidad de la convención, pueden jugar un papel relevante en la interpretación de las disposiciones concretas de la misma»⁶⁵.

⁶² Informe final, págs. 91-94.

⁶³ De acuerdo con el informe final (pág. 91), el actual título del modelo será reemplazado por el siguiente: «Convención entre el (Estado A) y el (Estado B) para la eliminación de la doble imposición en relación con los impuestos sobre la renta y el patrimonio y la prevención de la evasión y la elusión fiscal».

⁶⁴ Esta afirmación se ha incorporado al preámbulo del modelo de acuerdo con el informe final, pág. 92.

⁶⁵ Informe final, pág. 93.

No está nada claro, y es además este un extremo sobre el que el informe final no se pronuncia, si estos cambios afectarán a la propia interpretación de la PPT. No obstante, el riesgo de que eso ocurra –teniendo en cuenta las dificultades ya analizadas en relación con la interpretación estricta del elemento objetivo– es muy elevado y un trabajo de estas características debe ocuparse con detenimiento de este posible riesgo.

Dejando al margen el hecho de que esta interpretación amplia forzaría la propia dicción literal de la PPT⁶⁶ –que se refiere, como hemos visto, a la finalidad de la norma específica del convenio–, la sustitución de este último referente por el objeto y finalidad general del convenio (que se alega que es la prevención de la elusión fiscal) implica un problema de más hondo calado. Como ya se ha dicho en la doctrina, este planteamiento, que tiene en cuenta la finalidad general de los convenios, resulta contradictorio y circular⁶⁷. En efecto, en esta aproximación, una vez que se ha concluido que una de las principales finalidades para la realización de determinados negocios era la obtención de los beneficios del convenio (elemento subjetivo), se debe determinar si la obtención de esos beneficios sería contraria al objeto y finalidad del convenio que, a la postre, se identifica con la prevención de la elusión fiscal. No debe olvidarse que la finalidad de la PPT es determinar qué tipo de negocios deben considerarse elusivos y reaccionar frente a ellos. En este sentido, y continuando el razonamiento, se llega a la conclusión de que para decidir si un negocio es abusivo, debe determinarse previamente ¡que el negocio en efecto es abusivo! Al margen de la evidente inconsistencia lógica, el riesgo más evidente de esta tesis al aplicar la PPT es que una vez que se ha verificado que una de las principales finalidades para la realización de determinados negocios era la obtención de los beneficios del convenio, el carácter abusivo del negocio se deduzca de forma automática. De hecho, el riesgo del elemento objetivo, entendido de esta forma, estribaría en su falta de trascendencia práctica permitiendo con facilidad la exclusión de los beneficios del convenio para operaciones de planificación fiscal perfectamente lícitas. Esta interpretación de la PPT podría conducir a una suerte de «justicia de caja», de acuerdo con la cual, la interpretación correcta de una disposición convencional es precisamente aquella que conduce a una mayor recaudación⁶⁸. Este riesgo podría ilustrarse al hilo de todos los ejemplos mencionados hasta ahora en este trabajo. No obstante, nos centraremos particularmente en el ejemplo 1, ya analizado, para demostrar que el riesgo que se anuncia es ya una realidad en los propios comentarios que acompañan al texto de la PPT.

Recuérdese el ejemplo 1 de este trabajo, en el que un residente de un Estado contratante trasladaba su residencia al otro Estado contratante antes de realizar una importante plusvalía re-

⁶⁶ Por esta razón no sería conforme a las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

⁶⁷ ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «The 2003 Revisions...», *op. cit.*, pág. 157.

⁶⁸ Sobre este problema: SCHÖN, W.: «Legalität, Gestaltungsfreiheit und Belastungsgleichheit als Grundlage des Steuerrechts», en R. Hüttermann (ed.), *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht*. Dr. Otto Schmidt, 2010, págs. 60-61.

sultado de la transmisión de una participación mayoritaria en una sociedad residente en su antiguo Estado de la residencia. De acuerdo con el artículo 13.5 del MCOUDE, esa plusvalía no podría ser gravada por el (nuevo) Estado de la fuente (antiguo Estado de la residencia) y, normalmente, el contribuyente se habrá trasladado a un Estado en el que tales plusvalías no sean gravadas. Si el Estado de la fuente se plantea la posible aplicación de la PPT a este caso, parece bastante obvio, como ya se dijo, que la verificación del elemento subjetivo de la PPT resultará bastante sencilla y siempre podrá defenderse que uno de los principales propósitos del cambio de residencia fue la obtención del beneficio del convenio. Sin embargo, surgirán mayores dificultades a la hora de aplicar el test objetivo, pues no parece claro en absoluto si la concesión del beneficio del artículo 13.5 del convenio es o no conforme a la finalidad del mismo, entre otras cosas porque la finalidad de esa regla distributiva es más que cuestionable. En ese contexto, parece que la tentación de acudir a la supuesta finalidad global de los convenios resultará irremediable. En estas circunstancias, el Estado de la fuente siempre podría alegar que si la finalidad del convenio es la prevención de la elusión y, particularmente, atajar situaciones de (doble) no imposición, el cambio de residencia frustraría tal objetivo –pues la renta no se grava ni en el Estado de la fuente ni en el Estado de la residencia– y el beneficio debería denegarse por aplicación de la PPT. Y debe advertirse que esta conclusión –que por cierto el propio comentario a la PPT ya contiene⁶⁹– materializa todos los riesgos de los que hemos advertido anteriormente. En efecto, esta interpretación reduce el elemento objetivo a la nada y hace gravitar la aplicación de la PPT exclusivamente sobre la verificación del elemento subjetivo. Por otro lado, de acuerdo con esta tesis, lo determinante es exclusivamente la existencia de un ahorro fiscal (doble no imposición) independientemente de que el mismo se haya obtenido mediante una planificación fiscal perfectamente lícita o recurriendo a una construcción artificiosa.

En resumidas cuentas, la acción 6 de BEPS ha supuesto una oportunidad perdida para arrojar cierta luz sobre los estándares antiabuso que deben utilizarse a efectos convencionales para distinguir adecuadamente operaciones de planificación fiscal lícita y supuestos de verdadero abuso de convenio. La OCDE ha decidido, obcecadamente, construir la PPT sobre la base de paradigmas tradicionales equivocados. Unos paradigmas (el análisis subjetivo y objetivo) que, por cierto, muchas legislaciones internas ya habían abandonado a la hora de diseñar sus cláusulas domésticas antiabuso. Si en lugar de recurrir a un confuso doble test, fundamentado en conceptos jurídicamente irrelevantes o simplemente ilógicos, la PPT se hubiera construido sobre un umbral antiabuso moderno y coherente, el resultado final hubiera sido muy distinto y hubiera generado con toda seguridad un mayor consenso internacional o conseguido, al menos, una regla más clara y, por tanto, más fácil de aplicar. Y lo más sorprendente es que ese nuevo estándar antiabuso no necesitaba ser inventado de la nada pues, como ya señalamos anteriormente, muchas jurisdicciones cuentan, desde antiguo, con normas más refinadas que son fruto, precisamente, de la experiencia fracasada con umbrales antiabuso basados en los estándares subjetivo y objetivo que ahora la OCDE utiliza. Nos referimos en concreto al concepto de negocio artificioso o ina-

⁶⁹ Informe final, pág. 58.

propiado para la consecución del resultado, un concepto recogido en numerosos ordenamientos internos⁷⁰ y muy bien conocido por académicos y prácticos⁷¹ y que hubiera ayudado de forma eficaz a descartar las intenciones del contribuyente y el siempre difícil y peligroso argumento teológico para decidir si una operación debe o no reputarse abusiva.

II.2. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA PPT

La dicción literal de la PPT describe las consecuencias de su propia aplicación de una forma relativamente simplista afirmando, sin más, que, de cumplirse su presupuesto de hecho, los beneficios de la convención no se concederán. Esta configuración legal es la que, de ahora en adelante, denominaremos «cláusula de efectos limitados» para evitar circunloquios innecesarios. Esta configuración, aparentemente lógica y de extraordinaria simplicidad, esconde problemas jurídicos de muy hondo calado que, de hecho, se plantean en relación con cualquier cláusula general antiabuso.

Es claro que el efecto primario y esencial de cualquier cláusula general antiabuso debe ser la retirada del ahorro fiscal que pretendía obtenerse mediante el esquema abusivo. Más allá de esta afirmación tautológica todo son problemas. ¿Debe sustituirse la pauta fáctica abusiva diseñada por el contribuyente por otra pauta distinta (no abusiva)? Y si este es el caso, ¿cuáles son los parámetros para construir esa pauta? ¿Qué ocurre cuando el resultado económico puede obtenerse de acuerdo a diversas pautas fácticas, todas ellas apropiadas? Y, especialmente en el ámbito de una cláusula convencional como la PPT, ¿qué efecto, en caso de que haya alguno, debe tener la aplicación de la cláusula para el otro Estado contratante? Todas estas preguntas reciben una respuesta, más o menos precisa, en cláusulas antiabuso cuya consecuencia se identifica con la construcción de una pauta de hechos (no abusiva) y apropiada al resultado pretendido con la consiguiente aplicación de las normas fiscales que correspondan. Esta configuración legal es la que, de ahora en adelante, denominaremos «cláusula de efectos ilimitados», entre las cuales, y a título de ejemplo, puede mencionarse el artículo 15 de la LGT española, conforme al cual (apdo. 3):

«En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas⁷² [...]».

⁷⁰ En este sentido, valgan como ejemplos el artículo 15 de la LGT española o el párrafo 42 de la Ordenanza tributaria alemana.

⁷¹ En este sentido, las excelentes y clarísimas reflexiones del profesor SCHÖN: SCHÖN, W.: «Legalität, Gestaltungsfreiheit und Belastungsgleichheit...», *op. cit.*, págs. 59-61. En la misma línea: ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «The 2003 Revisions...», *op. cit.*, págs. 157-158.

⁷² La negrita es nuestra.

Las diferencias radicales entre una cláusula de efectos limitados o ilimitados se ilustran fácilmente al hilo de un ejemplo, el *strip* de dividendos ya analizado en este trabajo:

EJEMPLO 8

A, residente en el Estado A, es propietario de acciones de la entidad B, residente en el Estado B. A y B han suscrito un CDI que incorpora una cláusula PPT como la analizada en este trabajo. De acuerdo con el artículo 13.5 de dicho convenio, A puede transmitir las acciones de B sin tributar por la ganancia patrimonial obtenida en el Estado B. A vende la totalidad de las acciones de B a C, que es residente en el Estado B, algunos días antes de que B proceda a distribuir dividendos. Inmediatamente después de la distribución de dividendos, A compra las acciones por un precio fijado de antemano que tiene en cuenta el importe del dividendo distribuido. Si el Estado B reacciona frente a este esquema de *Rule Shopping* aplicando una cláusula de efectos ilimitados, denegaría los beneficios del convenio, al menos, los previstos para las ganancias de capital. Sin embargo, procedería gravar las rentas obtenidas por A aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios que, conforme a la configuración del negocio, serían los de un dividendo. El Estado B gravaría tales rentas como si fueran un dividendo y aplicaría los beneficios previstos en el artículo 10 del mismo (tope máximo de tributación en el Estado de la fuente). Si, por el contrario, la cláusula aplicada por el Estado B tuviera efectos limitados, la Administración se limitaría a denegar cualquier beneficio del convenio y gravaría la renta a los tipos previstos en su ordenamiento interno¹.

¹ Obviamente, si los tipos de gravamen son distintos de acuerdo con la legislación interna para los dividendos y las ganancias de capital, el Estado de la fuente se vería obligado, al menos, a determinar cuál es la naturaleza jurídica de esa renta.

La PPT ha sido duramente criticada por no dar respuesta a los interrogantes planteados anteriormente⁷³. Algunos de estos críticos han llegado incluso a proponer una interpretación correctiva del texto de la PPT alegando que la consecuencia «natural» de cualquier cláusula general antiabuso debe ser la reconfiguración del tratamiento fiscal del negocio, de acuerdo con su sustancia económica o, dicho de otro modo, de acuerdo con una pauta fáctica alternativa (no abusiva)⁷⁴. En

⁷³ LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 661. BROE, L. DE Y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, págs. 133-134. PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *op. cit.*, pág. 606. PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test...», *op. cit.*, págs. 292-293.

⁷⁴ Explícitamente en: PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *ibid.*, pág. 606, cuando se afirma: «La aplicación de una cláusula general antiabuso, internacional o interna, requiere la reconfiguración

resumen, la propuesta implica la interpretación de una cláusula general antiabuso de efectos limitados (como la PPT) de acuerdo con los parámetros de una cláusula general antiabuso de efectos ilimitados. Consideramos esta interpretación radicalmente errónea, al menos *de lege lata*, como trataremos de demostrar a continuación.

En nuestra opinión, no existe una configuración «natural» de las cláusulas generales antiabuso, al menos por lo que se refiere a sus consecuencias jurídicas. Desde luego, no puede negarse que un análisis comparado de las cláusulas internas antiabuso en diversas jurisdicciones demuestra que la configuración de las mismas como de efectos ilimitados es predominante⁷⁵. Sin embargo, no es menos cierto que otras cláusulas generales antiabuso solo contemplan efectos limitados demostrando que la configuración de la PPT no es un mero descuido del informe final, sino una decisión consciente del mismo⁷⁶. Pero quizá la prueba más evidente de lo que decimos es que el propio informe final de la acción 6, consciente del problema, propone la posibilidad de introducir una regla especial en los convenios que acerque los efectos de la PPT a los de una cláusula de efectos ilimitados⁷⁷. Esa previsión alternativa al texto oficial de la PPT demuestra que la opción primera del informe final es precisamente la de recoger una cláusula de efectos limitados que, ni mucho menos, puede interpretarse de acuerdo con una pretendida configuración natural de los efectos de las cláusulas generales antiabuso.

Cualquier interpretación (correctiva) de la PPT respecto de esta cuestión conduciría a un resultado no conforme con los propios términos del convenio, que solo se refiere (al menos en su

del tratamiento fiscal del negocio, de acuerdo con su sustancia económica [...]). Menos claro en LANG, M.: «BEPS Action 6...», *ibid.*, pág. 663, mostrando las dos alternativas para la interpretación de la PPT.

⁷⁵ Esta cuestión no estaba clara en estudios antiguos de derecho comparado: ZIMMER, F.: «General Report...», *op. cit.*, págs. 50-54. Sin embargo, estudios más recientes parecen apuntar en esta línea: KREVER, R.: «General Report...», *op. cit.*, págs. 11-12.

⁷⁶ En este sentido destaca la cláusula general antiabuso introducida en el artículo 1.2 de la directiva matriz-filial por la Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y de acuerdo con la cual: «Los Estados miembros no acordarán los beneficios contemplados en la presente directiva a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente directiva». La traducción oficial al castellano no puede ser más desafortunada pero, en todo caso, se pone de manifiesto que esta cláusula ostenta efectos puramente limitados. De hecho, algunos sectores de la doctrina ya han detectado las similitudes entre esta cláusula y la PPT por lo que se refiere a sus consecuencias jurídicas (BAKER, P.: «The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse», *British Tax Review*, núm. 3, 2015, pág. 414).

⁷⁷ En efecto, el informe final (págs. 64-65) se refiere a la posibilidad de incorporar un párrafo adicional a la PPT con la siguiente dicción literal: «Cuando se deniegue un beneficio de esta convención a una persona de acuerdo con el párrafo 7 [la PPT], la autoridad competente del Estado contratante que en otras circunstancias hubiera concedido tal beneficio podrá conferir al contribuyente ese mismo beneficio u otros beneficios con respecto a un tipo específico de renta o elemento patrimonial, si dicha autoridad competente, a requerimiento del contribuyente y tras considerar los hechos y circunstancias relevantes, determina que esos beneficios se hubieran concedido a ese contribuyente en ausencia del negocio al que se refiere el párrafo 7 [del negocio abusivo] [...]».

versión principal) a la retirada de los beneficios como consecuencia de la aplicación de la PPT. Por ese solo motivo esa interpretación correctiva no sería conforme con las reglas sobre interpretación de tratados recogidas en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Pero, incluso aunque estuviéramos radicalmente equivocados en la anterior conclusión, resultaría extraordinariamente complejo defender esa interpretación de acuerdo con la propia finalidad de la PPT o de los CDI en general. En resumidas cuentas, como trataremos de demostrar a continuación, no es solo que la interpretación correctiva de la PPT no sea conforme con los propios términos de la misma, sino que, a mayor abundamiento, ni siquiera puede defenderse que su interpretación teleológica conduzca al resultado que se pretende.

Es más que evidente que la finalidad de la PPT, como la de cualquier cláusula general antiabuso, es la prevención y corrección de la elusión fiscal. Y también es evidente que tanto las cláusulas generales antiabuso con efectos limitados como las que cuentan con efectos ilimitados previenen y corrigen tal abuso. Pero incluso podría defenderse que una cláusula con efectos limitados corrige la elusión en mayor medida, pues sus consecuencias son más gravosas para el contribuyente. Desde esta perspectiva, una interpretación correctiva de la PPT como la propuesta podría resultar cuestionable desde la propia finalidad de la regla.

Se pueden plantear problemas similares si la interpretación correctiva de la PPT pretende fundarse en las finalidades generales de los CDI. Desde luego, una PPT de efectos limitados (simple eliminación de beneficios convencionales en el Estado de la fuente) puede resultar contraria a la finalidad tradicional de los convenios que, como es bien sabido, no es otra que la corrección de la doble imposición jurídica internacional⁷⁸. Este será el caso si el Estado de la fuente no aplica el convenio rechazando no solo la aplicación de la regla de distribución buscada por el contribuyente, sino de cualquier otra regla distributiva que pudiera resultar aplicable. Para que surgiera esa doble imposición sería necesario, además, que el Estado de la residencia rechazara corregir la doble imposición generada, denegando la aplicación del método de corrección (crédito o exención) pactado en el artículo 23 del convenio. Y es muy probable que el Estado de la residencia rechazara la corrección de la doble imposición, o bien defendiendo que la PPT no se aplicó correctamente por el Estado de la fuente, o bien aplicando él mismo la PPT para fundamentar tal negativa⁷⁹. Más complejo sería aún determinar si el Estado de la residencia aplicaría la corrección de la doble imposición prevista en su derecho interno. A primera vista debería hacerlo, pues la PPT no jugaría aquí papel alguno. Sin embargo, es muy probable que el Estado de la residencia negara también la aplicación de sus mecanismos internos de corrección de la doble imposición recurriendo, quizá, a su propia cláusula antiabuso doméstica⁸⁰. Como se ha señalado en la doc-

⁷⁸ LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 663. PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *op. cit.*, pág. 606.

⁷⁹ Esta conclusión parece conforme a la dicción literal de la PPT. Sin embargo, no parece conclusivo a este respecto: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *ibid.*, pág. 662.

⁸⁰ Esta aproximación podría resultar problemática al menos en los casos de *Rule Shopping*.

trina, el problema podría llegar a ser incluso más grave en situaciones que afectaran a más de dos Estados⁸¹. Por lo tanto, la generación de situaciones de doble imposición jurídica podría amparar la interpretación correctiva de la PPT que se critica en este trabajo.

No obstante, conviene no olvidar, como ya señalamos, que la acción 6 de BEPS también ha propuesto reemplazar el título y el preámbulo del MCOUDE para dejar claro que los convenios tienen como finalidad «prevenir la evasión y la elusión fiscal sin crear oportunidades para la no tributación o para una tributación reducida como consecuencia de la evasión o la elusión fiscal». Y, como ya señalamos anteriormente, esta finalidad (de las disposiciones del convenio o del convenio mismo) parecería amparar una cláusula antiabuso de efectos limitados. A menos que se demuestre una jerarquía de finalidades del convenio (resultando la corrección de la doble imposición como finalidad principal y la prevención de la elusión fiscal como finalidad secundaria⁸²), también parece difícil defender que las finalidades generales de los CDI amparan la interpretación correctiva de los efectos de la PPT.

Por descontado, todos los argumentos anteriores deben entenderse *de lege data*. *De lege ferenda*, el diseño legal actual de las consecuencias de la PPT (efecto limitado) será un semillero de problemas. En primer lugar, ese diseño parece manifiestamente contradictorio con el espíritu de los CDI. No es ya solo el problema, ya mencionado, de que los convenios tienen también como finalidad la corrección de la doble imposición, sino además el hecho de que otras cláusulas antiabuso contenidas en los convenios presentan una configuración muy distinta⁸³. En segundo lugar, y todavía más importante, una PPT con efectos limitados puede presentar serios problemas desde la perspectiva del derecho constitucional y/o comunitario.

En efecto, una PPT con efectos limitados genera cargas tributarias adicionales, a las que hubieran correspondido de haberse acometido negocios no abusivos, para los contribuyentes a los que la regla les resulte de aplicación. La no corrección de la doble imposición jurídica internacional sitúa a estos contribuyentes en una situación de desventaja respecto de aquellos otros que no configuraron sus negocios de forma abusiva. De nuevo, esta situación puede entenderse a la perfección trayendo a colación el ejemplo ya referido de los negocios de *strip* de dividendos. Si las autoridades del Estado de la fuente reaccionan frente a estos negocios aplicando la PPT, se denegarán los beneficios contenidos en el artículo 13.5 del convenio pero, también, los que pudieran

⁸¹ Véase el caso hipotético descrito en: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, págs. 662-663. Si como pretende la acción 6 de BEPS, la PPT podría usarse también para hacer frente a supuestos de *Treaty Shopping* no cubiertos por las LOB, las situaciones que afectaran a más de dos Estados podrían ser muy frecuentes.

⁸² Sin embargo, la existencia de esta jerarquía se defiende en: BROE, L. DE: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Ámsterdam: IBFD, 2008, pág. 329. BROE, L. DE Y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 144.

⁸³ En efecto, es muy difícil explicar por qué la PPT tiene efectos limitados, pudiendo generar doble imposición jurídica internacional, mientras que otras reglas (antiabuso) contenidas o permitidas por los convenios, como las reglas de precios de transferencia, imponen un ajuste correlativo para corregir la doble imposición económica que el ajuste primario pudiera generar (art. 9.2 del MCOUDE).

resultar eventualmente de la aplicación de su artículo 10.2; adicionalmente, es poco probable que el Estado de la residencia corrija la doble imposición. Por el contrario, si el contribuyente no hubiera configurado un negocio abusivo y hubiera procedido simplemente a cobrar los dividendos que le pudieran corresponder, se habría aplicado el artículo 10.2 y la doble imposición se habría corregido por el Estado de la residencia, aplicando sin mayor problema el artículo 23 del convenio. Esto es lo que algunos autores han dado en llamar el «efecto penalizador de la PPT»⁸⁴. Cualquiera que sea la denominación de este efecto, lo cierto es que un contribuyente que participa en un esquema abusivo recibe un tratamiento más gravoso que si simplemente hubiera realizado el negocio propio para alcanzar la finalidad económica pretendida. Y lo cierto es que este efecto de penalización resulta difícil de justificar cualquiera que sea el fundamento de la imposición sobre los no residentes. En efecto, un contribuyente que acomete negocios abusivos no muestra una mayor capacidad económica o un mayor consumo de servicios públicos en el Estado de la fuente. Por ello, una PPT de efectos limitados bien podría considerarse contraria al principio de igualdad y de capacidad económica⁸⁵. Además, si se trata de justificar esta desigualdad como un efecto penalizador para las transacciones abusivas realizadas en el ámbito internacional, ello generaría nuevos problemas constitucionales de compatibilidad con las exigencias constitucionales del Estado de la fuente para la imposición de sanciones tributarias⁸⁶. En resumidas cuentas, una PPT de efectos limitados pierde de vista que la finalidad de cualquier cláusula antiabuso no puede ser la imposición de cargas tributarias adicionales a los contribuyentes que acometen negocios abusivos sino, exclusivamente, la imposición de un nivel de tributación igual al que se hubiera producido de no haberse acometido tales negocios abusivos.

Adicionalmente, un buen número de decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) podrían llegar a cuestionar la compatibilidad con el derecho comunitario de una cláusula general antiabuso como la PPT. Algunos autores enumeran una larga lista de pronunciamientos en este sentido⁸⁷, pero, en nuestra opinión, la decisión del caso Halifax sigue siendo el más claro exponente de esta línea jurisprudencial. Por su claridad conviene citar algunos de sus fundamentos literalmente:

«93. Además, procede recordar que la comprobación de que existe una práctica abusiva **no debe llevar a una sanción**, para la cual sería necesaria una base legal clara

⁸⁴ LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 662.

⁸⁵ No creemos que el Estado de la fuente pueda culpar al Estado de la residencia por la generación de ese trato desigual y tratar así de justificarlo en términos constitucionales. Ambos Estados acuerdan y aplican la PPT y, por lo tanto, generan conjuntamente la doble imposición jurídica internacional.

⁸⁶ Adicionalmente, aquellos Estados que, como España recientemente, han introducido consecuencias sancionadoras (o penales) para las conductas abusivas, pudieran llegar a incurrir en un *bis in idem*.

⁸⁷ WEBER cita, al margen de Halifax, también las decisiones del TJUE en Emsland-Stärke, Test Claimants in the Thin Cap Litigation y Weald Leasing (WEBER, D. M.: «Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ. Part 1», *European Taxation*, núm. 6, 2013, pág. 7). BAKER se limita a citar SIAT como «un buen ejemplo» (BAKER, P.: «The BEPS Action Plan...», *op. cit.*, pág. 414).

y exenta de ambigüedad, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación, haciendo que las deducciones del impuesto sobre el valor añadido soportado sean, en parte o en su totalidad, indebidas (véase, en este sentido, la S. Emsland-Stärke, antes citada, apdo. 56).

94. De lo anterior se desprende que operaciones realizadas en el marco de una práctica abusiva deben ser redefinidas para restablecer la situación a **como habría sido de no haber existido operaciones constitutivas de esta práctica abusiva**.

95. A este respecto, la Administración tributaria está facultada para solicitar, con efecto retroactivo, la devolución de las cantidades deducidas respecto a cada operación de la que compruebe que el derecho a deducción se ejercitó de forma abusiva (S. Fini H, antes citada, apdo. 33).

96. Sin embargo, la Administración tributaria **también debe restar de tales cantidades todo impuesto que haya gravado una operación con impuesto sobre el valor añadido repercutido**, impuesto que el sujeto pasivo afectado estaba obligado a pagar artificialmente en el marco del plan de reducción de la carga fiscal y, en su caso, debe devolver cualquier excedente.

97. Del mismo modo, la Administración tributaria debe permitir al sujeto pasivo, que a falta de operaciones constitutivas de una práctica abusiva habría sido el beneficiario de la primera operación no constitutiva de tal práctica, que deduzca, de conformidad con las disposiciones del régimen de deducciones de la Sexta Directiva, el impuesto sobre el valor añadido que grave dicha operación.

98. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión, letra b), que, cuando se comprueba la existencia de una práctica abusiva, **las operaciones implicadas deben ser redefinidas para restablecer la situación a como habría sido de no haber existido operaciones constitutivas de esta práctica abusiva**»⁸⁸.

No hay ninguna razón que permita concluir que esta prohibición jurídico-comunitaria de cláusulas generales antiabuso de efectos limitados no sea aplicable también a otros impuestos distintos del impuesto sobre el valor añadido. El fundamento de la prohibición sería exactamente el mismo –las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad– y, de hecho, algún pronunciamiento del TJ europeo⁸⁹ y algunos sectores doctrinales⁹⁰ defienden que dicha prohibición debe aplicarse regularmente en el ámbito de los impuestos directos y, por tanto, también a la PPT.

⁸⁸ Toda la negrita es nuestra.

⁸⁹ Véase *Test Claimants in the Thin Cap Litigation*, párrafo 83.

⁹⁰ WEBER, D. M.: «Abuse of Law in European...», *op. cit.*, pág. 7, sin hacer ninguna distinción entre imposición directa e indirecta. BAKER, P.: «The BEPS Action Plan...», *op. cit.*, pág. 414, refiriéndose tanto a la cláusula general antiabuso de la directiva matriz-filial como a la PPT.

En resumidas cuentas, tampoco el diseño legal de las consecuencias jurídicas de la PPT resulta satisfactorio, al menos de acuerdo con el informe final de BEPS. Su incuestionable configuración como una cláusula de efectos limitados plantea muy serios problemas lógicos, jurídico-constitucionales y también de compatibilidad con el derecho comunitario.

III. ALGUNAS CUESTIONES AL MARGEN DEL DISEÑO LEGAL DE LA PPT

Sin duda, las cuestiones más trascendentes de la PPT se han analizado en el epígrafe anterior y se corresponden precisamente con los problemas que plantea su diseño jurídico-positivo. Sin embargo, la introducción, por primera vez en el MCOCDE, de una cláusula general plantea algunos problemas adicionales que analizaremos a continuación. Por supuesto, no son estos los únicos problemas que planteará en el futuro la PPT, al margen de los ya analizados, pero sí que nos atrevemos a vaticinar que serán aquellos con los que la práctica, a diferentes niveles, deberá enfrentarse de manera más inmediata. De hecho, y como se verá, algunos de ellos ya han sido mencionados, siquiera sea de forma tangencial, en el informe final de la acción 6.

III.1. LA PPT Y LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS

Como ya se ha indicado en epígrafes anteriores, la lucha contra el *Treaty Shopping* bajo la acción 6 de BEPS no pretende bascular exclusivamente sobre la base de introducir una cláusula general antiabuso en el modelo; por el contrario, una parte importante de la propia acción se dirige a diseñar, describir e interpretar las cláusulas de limitación de beneficios que, a imagen y semejanza de lo que lleva haciéndose hace años en el modelo de Estados Unidos, se pretenden ahora incorporar al MCOCDE. La incorporación conjunta de ambos tipos de reglas anti-*Treaty Shopping* plantea la cuestión clásica de las relaciones entre normas generales y normas especiales antiabuso⁹¹. Los comentarios que acompañan a la PPT se encargan de forma explícita de esta cuestión⁹² y llegan a unas conclusiones que merecen algunos comentarios críticos.

⁹¹ En el ámbito del modelo de Estados Unidos, esta cuestión no ha llegado a plantearse en ningún momento, pues dicho modelo nunca ha contado, y nos atrevemos a vaticinar que nunca contará, al menos a medio plazo, con una cláusula general antiabuso como la PPT. Sin embargo, en el ámbito del MCOCDE, este problema general siempre existió desde que los comentarios empezaron a defender que las cláusulas generales antiabuso son compatibles con los CDI. Sobre esta última cuestión volveremos más adelante, pues lo que ahora interesa resaltar es que la aplicación conjunta de esas cláusulas generales y las diversas cláusulas especiales recogidas en el modelo –por ejemplo, los arts. 13.4 o 17.2 del mismo– se lleva produciendo desde hace tiempo. En otros casos, la relación entre cláusulas generales internas y cláusulas especiales convencionales (el concepto de beneficiario efectivo de los arts. 10, 11, y 12 del MCOCDE) puede resultar incluso más problemática.

⁹² Informe final, págs. 55-56.

El informe final afirma, correctamente, que un beneficio cuya concesión se deniega de acuerdo con las cláusulas LOB no es un beneficio que pueda también denegarse de acuerdo con la PPT. Sin perjuicio de la muy extraña redacción, lo que debe concluirse de esta reflexión es que, cuando ambas normas puedan resultar de aplicación de forma concurrente, nos encontramos ante una típica situación en la que entraría en juego el principio *lex specialis derogat generali* y la regla especial antiabuso (la LOB) debería resultar de aplicación⁹³. En efecto, imagínese una compañía, residente en un Estado contratante, pero participada exclusivamente por otra compañía residente en un tercer Estado que carece de CDI con el Estado de la fuente (Estado destinatario final de la inversión); en efecto, si conforme a la denominada cláusula de propiedad⁹⁴, procede denegar los beneficios del convenio, no tiene ningún sentido plantearse la posible aplicación de la PPT. Sin embargo, este es solo el capítulo sencillo de las relaciones entre cláusulas especiales y cláusulas generales antiabuso. La situación se vuelve más complicada cuando el contribuyente supera los test de la LOB y puede ser considerado un «residente cualificado». Y respecto de esta segunda situación, el informe final realiza una afirmación categórica:

«[...] el hecho de que un contribuyente tenga derecho a los beneficios del convenio de acuerdo con los párrafos 1 a 6 [se refiere a las cláusulas LOB] no significa que esos beneficios no puedan denegarse de acuerdo con el párrafo 7 [la PPT]. Los párrafos 1 a 6 son reglas que se centran principalmente en la naturaleza jurídica, la estructura de propiedad y en las actividades de un residente en un Estado contratante. [...] Estas reglas no implican que una transacción realizada por uno de esos residentes no pueda constituir un uso indebido del convenio»⁹⁵.

En estos casos, es evidente que el principio *lex specialis* no resulta de aplicación, pues no nos enfrentamos a un caso en el que dos normas (la LOB y la PPT) puedan resultar de aplicación a los mismos hechos; antes al contrario, solo la PPT sería eventualmente aplicable para denegar los beneficios del convenio⁹⁶. No obstante, deducir solo de la inaplicabilidad de la LOB –el contribuyente es un residente cualificado– que la cláusula general antiabuso –la PPT– debe resultar de aplicación resulta, a nuestro juicio, aventurado. Esta conclusión supondría un entendimiento algo sesgado de la doble naturaleza que caracteriza a las cláusulas especiales antiabuso; unas normas que definen, de un lado, qué es abusivo según el parecer del legislador pero que, de otro lado, también pueden clarificar *a sensu contrario* qué tipo de negocios no pueden considerarse abusivos desde una perspectiva estrictamente legal. Aplicar una cláusula general antiabuso, como

⁹³ En este mismo sentido: ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «Chapter 33...», *op. cit.*

⁹⁴ Que deniega los beneficios del convenio a un residente de un Estado contratante participado por residentes de terceros Estados en un determinado porcentaje de su capital.

⁹⁵ Informe final (págs. 55-56). El informe final usa, de hecho, un ejemplo que coincide con el analizado en este trabajo con el número 5.

⁹⁶ En sentido contrario y, a nuestro juicio, equivocado: BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 133.

la PPT, en este contexto resultaría difícilmente conciliable con el principio de seguridad jurídica y con una aplicación de buena fe de las normas fiscales⁹⁷. Por ser más precisos, podría concluirse que, en un caso como el anterior, la PPT sería aplicable en términos generales pero solo para concluir de inmediato que cuando el contribuyente se mueve dentro de los límites precisos marcados por las LOB el negocio nunca puede considerarse abusivo.

Quizá podría llegar a pensarse que la dicción literal de la PPT no avala la interpretación propuesta anteriormente en la medida en que su propio encabezamiento –que señala «Sin perjuicio de otras disposiciones de esta convención [...]»– parece dar a entender que un negocio acometido por una «persona cualificada» puede entrañar también un uso indebido del convenio. Como ya indicamos anteriormente, el resultado al que puede conducir esta interpretación –la posible aplicación de la PPT a supuestos no abusivos conforme a las LOB– puede resultar contrario a las exigencias constitucionales de seguridad jurídica existentes en muchos Estados e, incluso, a las exigencias que, cada vez con más frecuencia, se vienen derivando, en el ámbito tributario, de algunos instrumentos legales de carácter internacional y, señaladamente, de los derechos y principios contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero es que, más allá de estos problemas, el encabezamiento antes transcrito admite una interpretación más respetuosa con los citados principios y derechos. En efecto, podría interpretarse que la mención a otros preceptos del convenio sin perjuicio de los cuales se aplicaría la PPT no sería a las cláusulas LOB sino, precisamente, a las reglas de distribución de competencias que el contribuyente ha conseguido captar gracias a su conducta abusiva. Piénsese en un contribuyente que acomete un negocio de *strip* de dividendos como el anteriormente descrito. En principio, y desde un punto de vista formal, dicho contribuyente tendría derecho a la aplicación del artículo 13.5 del convenio y, por lo tanto, a la obtención de sus beneficios. Pues bien, «sin perjuicio de ese precepto» podría denegarse la aplicación de sus beneficios a través de la aplicación de la PPT. Esta sencilla interpretación alternativa no solo es conforme con la dicción literal de la PPT, permitiendo proteger mejor las exigencias de la seguridad jurídica, sino que, además, es coherente con algunos convenios ya existentes que incorporan una cláusula general antiabuso y que, sin contar con cláusulas de limitación de beneficios, también comienzan su texto de la misma manera, esto es, refiriéndose al resto de disposiciones del convenio⁹⁸. En efecto, si como pretende el informe final ese «sin perjuicio de otras disposiciones» se refiere a las LOB, no tendría sentido alguno que un convenio que carece de tales cláusulas encabezara también una regla general antiabuso con dicha referencia.

En conclusión, a pesar de las claras afirmaciones de los comentarios que acompañan a la PPT, esta regla debería resultar aplicable solo a los casos de *Rule Shopping*, mientras que las con-

⁹⁷ En la misma línea: HEY, J.: «Spezialgesetzgebung und Typologie zum Gestaltungsmissbrauch», en R. Hüttermann (ed.), *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2010, págs. 145-146.

⁹⁸ Este es el caso, por ejemplo, del artículo 27 del modelo belga de CDI. Esta dicción literal se encuentra también en otras cláusulas generales antiabuso de carácter convencional (véase WEEGHEL, S. VAN: «General Report...», *op. cit.*, págs. 46-47).

ductas de *Treaty Shopping* deberían entenderse cubiertas por las cláusulas de limitación de beneficios. Esta interpretación no solo resulta más coherente con las exigencias de certeza del derecho tributario, sino perfectamente conforme con la propia dicción literal de la PPT.

III.2. LA PPT Y EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD DE LAS NORMAS INTERNAS ANTIABUSO CON LOS CDI

La compatibilidad de las cláusulas generales antiabuso recogidas en el derecho interno de los Estados contratantes con los CDI es un problema que lleva siendo objeto de discusión desde hace décadas. Los comentarios al MCOCD⁹⁹, al menos desde 2003, tratan de dar una respuesta a este interrogante, en el sentido de que, como regla general, dichas cláusulas domésticas son compatibles con las obligaciones convencionales de los Estados contratantes. Sin embargo, ni la comunidad académica internacional¹⁰⁰, ni las Administraciones y tribunales de diversos Estados de la OCDE¹⁰¹ han aceptado estas conclusiones de forma pacífica. No es este el problema al que pretendemos hacer referencia aquí y en este momento nos limitamos a mostrar nuestra más absoluta conformidad con las críticas a la denominada «aproximación fáctica» que es la construcción teórica que, según los comentarios al MCOCD, permite concluir tal conformidad. Nos limitamos, pues, a poner de manifiesto que, salvo muy contadas excepciones, las cláusulas generales antiabuso del derecho doméstico no pueden reputarse compatibles con los CDI.

En este contexto parece, pues, muy evidente que la codificación de una cláusula general antiabuso convencional, como la PPT, debe saludarse como un avance en la medida en que solventa de forma definitiva el problema, eliminando la necesidad de acudir a unos comentarios técnicamente inconsistentes para salvaguardar la aplicación por parte de los Estados contratantes de sus técnicas antiabuso domésticas en un contexto convencional. Sin embargo, esto no significa que, de ahora en adelante, el problema haya desaparecido, entre otras cosas porque el éxito de la PPT, como el de muchas de las medidas que derivan del Proyecto BEPS, dependerá, en gran medida, de cómo funcione el instrumento multilateral recogido en la acción 15 del plan¹⁰². Pero, incluso aunque el instrumento multilateral fuese un éxito –algo que está por ver–,

⁹⁹ Comentarios al MCOCD (art. 1, párrs. 9.1-9.6).

¹⁰⁰ Esta posición de los comentarios al modelo ha sido duramente criticada por diversos sectores de la doctrina: ARNOLD, B. J. y WEEGHEL, S. VAN: «Chapter 5. The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures» (apdo. 5.4), en G. Maisto (ed.), *Tax Treaties and Domestic Law*. Ámsterdam: IBFD, 2006. BROE, L. DE: *International Tax Planning...* (apdo. 4.1.2), *op. cit.* ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «The 2003 Revisions...», *op. cit.*, págs. 132-138.

¹⁰¹ Muy relevantes a estos efectos las observaciones al comentario registradas por seis Estados miembros de la OCDE.

¹⁰² OECD: *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15, 2015 Final Report*. París: OECD, 2015, 58 págs.

seguirían existiendo convenios bilaterales antiguos (o nuevos) que no incorporaran la PPT respecto de los que el problema seguiría planteándose en los mismos términos. Y la prueba más evidente de lo anterior es que el informe final de la acción 6 dedica una atención notable a esta cuestión¹⁰³. Y, lo que es más importante, dicha parte del informe final –que pretende incorporarse a los nuevos comentarios al art. 1 del MCOCDE¹⁰⁴– cambia, de forma muy significativa, los argumentos sobre los que pretende sustentarse la compatibilidad de las cláusulas internas antiabuso y los CDI.

Esta nueva aproximación tiene algunos méritos. En nuestra opinión, se identifican correctamente algunos escenarios de compatibilidad. Sería el caso, por ejemplo, de aquellos convenios que autorizan, de forma explícita, la aplicación de cláusulas internas antiabuso¹⁰⁵ o de aquellos otros supuestos en los que el convenio se refiere de forma directa al derecho interno de los Estados contratantes¹⁰⁶. Estas afirmaciones muestran una clara aproximación legal, en contraposición a la aproximación fáctica que, como señalamos, caracterizaba a los comentarios al modelo desde 2003. Sin embargo, los nuevos comentarios incorporan un caso adicional de compatibilidad que, por su importancia sobresaliente, merecen una cita literal:

«Adicionalmente, cuando los aspectos fundamentales de las cláusulas internas antiabuso coinciden con el principio del párrafo 14 anterior y son, por lo tanto, similares a los aspectos centrales del nuevo párrafo 7 [la PPT] [...] es claro que no hay conflicto posible con las obligaciones convencionales, pues dicha cláusula interna se aplicará en las mismas circunstancias en las que pueden denegarse los beneficios del convenio conforme al párrafo 7 [...]».¹⁰⁷

Frente a estas afirmaciones no resulta claro en absoluto que la existencia o la introducción de una cláusula general antiabuso en el derecho doméstico de un Estado contratante pueda ser equivalente, en términos jurídicos, a su codificación expresa en el convenio. Esta afirmación adicional de los comentarios conlleva una vulneración frontal de las reglas de interpretación de los CDI y por ello, además, el informe final no aporta ni un solo argumento que sustente la compatibilidad que defiende. Pero, incluso aunque la posición de los nuevos comentarios fuera correcta en términos jurídicos, existiría el problema, nada desdeñable, de determinar cuándo los aspectos fundamentales de la cláusula general antiabuso interna coinciden con los de la PPT. Incluso aunque pudiera llegar a afirmarse que la filosofía de todas estas cláusulas es la misma, las diferen-

¹⁰³ Informe final, párrafo 59, págs. 82-85.

¹⁰⁴ Como nuevos párrafos 21 a 26.7 del comentario al artículo 1.

¹⁰⁵ Informe final, págs. 82-84.

¹⁰⁶ Informe final, págs. 83-84.

¹⁰⁷ Informe final, pág. 84.

cias, más o menos sutiles¹⁰⁸, entre dichas cláusulas y la PPT convertirían esta comparación en una tarea difícil y, lo que es peor, de consecuencias imprevisibles.

III.3. LA PPT Y EL DERECHO COMUNITARIO

La acción 6 de BEPS en general y el particular diseño de la PPT han levantado muy serias sospechas de una eventual vulneración del derecho comunitario, en particular por lo que se refiere a la jurisprudencia del TJCE en materia de imposición directa y libertades fundamentales del tratado. La referencia de la PPT, ya analizada en epígrafes anteriores, a «uno de los principales propósitos de la operación», que puede conducir a la aplicación de la cláusula a operaciones de lícita planificación fiscal, se ha llevado la mayor parte de las críticas¹⁰⁹. Qué debe entenderse por finalidad «esencial, principal o única» de un negocio constituye sin duda una cuestión problemática¹¹⁰, pero lo que sí es obvio es que la referencia en la PPT a «una de las principales finalidades del negocio» reduce significativamente el umbral antiabuso que el TJ europeo ha fijado en diversos pronunciamientos.

Más allá de esta cuestión, la introducción de la PPT ha añadido un nuevo elemento a esta discusión. El hecho de que la mayor parte de los Estados miembros cuenten con cláusulas generales antiabuso domésticas puede provocar una disparidad de respuestas frente a las operaciones abusivas dependiendo de que estas sean puramente domésticas o cuenten con un elemento transnacional (comunitario). Aunque es cierto, como se ha dicho, que la PPT se ha diseñado a imagen y semejanza de algunas cláusulas existentes en el ordenamiento de algunos Estados miembros¹¹¹, también es cierto que: 1) no son idénticas y pueden mostrar diferencias sutiles aunque relevantes; y 2) en la mayor parte de las ocasiones son radicalmente distintas. En efecto, y sin ánimo de exhaustividad, la PPT y estas cláusulas internas pueden divergir en la propia definición de lo que es abuso¹¹² y en las consecuencias de aplicar la cláusula¹¹³. En efecto, el ámbito de aplicación de

¹⁰⁸ Como creemos haber demostrado en el párrafo segundo de este trabajo, las diferencias entre la PPT y las cláusulas generales antiabuso tradicionales –al menos en los ordenamientos europeos– son más que notables.

¹⁰⁹ KEMMEREN, E.: «Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?», *EC Tax Review*, núm. 4, vol. 23, 2004, págs. 191-192. DOURADO, A. P.: «Aggressive Tax Planning...», *op. cit.*, pág. 56. PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *op. cit.*, pág. 607, siguiendo de cerca las afirmaciones de DOURADO. BROE, L. DE Y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 132, aunque sin mencionar directamente el problema de derecho comunitario. LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 659.

¹¹⁰ Véase el análisis de esas diferentes expresiones en: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *ibid.*, pág. 659.

¹¹¹ El parecido con la cláusula recientemente introducida en el Reino Unido ha sido puesto de manifiesto en la doctrina: PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *op. cit.*, pág. 607. BAKER, P.: «The BEPS Action Plan...», *op. cit.*, pág. 412.

¹¹² Esto es evidente en aquellas cláusulas, como la española o la alemana, que pivotan en torno al concepto de negocio artificioso y menos evidente en aquellas otras que se basan en un test de propósito único principal o esencial.

¹¹³ Teniendo en cuenta que, como ya se ha analizado, la mayor parte de las cláusulas internas se diseñan con efectos ilimitados.

la PPT y sus consecuencias más perjudiciales para el obligado tributario, en comparación con las cláusulas domésticas, implican un tratamiento diferente para las operaciones transfronterizas, lo que constituye, de hecho, el primer elemento estructural al que se refiere el TJ europeo para detectar una vulneración de las libertades fundamentales del tratado.

Estos tratamientos dispares conducirán seguramente a una vulneración del derecho comunitario en la medida en que, además, es muy posible que pudieran ser reputados como desproporcionados. Sin embargo, conviene no olvidar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJ europeo, no cualquier tratamiento desigual de situaciones domésticas y transfronterizas debe reputarse contrario al ordenamiento tributario sino, única y exclusivamente, aquellos tratamientos desiguales que se refieran a situaciones objetivamente comparables. Y en este contexto, debe tenerse en cuenta que la PPT solo se aplica a situaciones transfronterizas pudiendo resultar eventualmente en la denegación de los beneficios del convenio. El problema es, por supuesto, en qué medida un contribuyente al que se le deniega una ventaja fiscal en virtud de la aplicación de una cláusula interna antiabuso se encuentra en una situación comparable a la de otro contribuyente a cuyas transacciones se aplica la PPT. Algunos autores se han referido a situaciones transfronterizas que, por definición, no resultan comparables a situaciones domésticas, sencillamente porque tal situación, en el ámbito interno, nunca puede llegar a plantearse (reglas de operaciones vinculadas¹¹⁴, reglas de transparencia fiscal internacional o reglas de subcapitalización)¹¹⁵. En qué medida la PPT puede incluirse en este grupo de reglas y qué consecuencias se derivarían de ello es algo que consideramos sucintamente a continuación.

Aunque solo de forma implícita, el TJ europeo parece haber admitido la comparabilidad para este tipo de reglas dirigidas a operaciones transfronterizas, siguiendo así con su tradicional análisis en torno a si los tratamientos dispares estaban o no justificados y, en su caso, si eran o no proporcionales¹¹⁶. A pesar de las críticas¹¹⁷ (¿justificadas?) a esta aproximación, lo cierto es que, al menos en el estado actual de la jurisprudencia del TJ europeo, sería difícil inmunizar a la PPT de un análisis conforme a las libertades comunitarias, exclusivamente sobre la base de que no existe comparabilidad entre situaciones domésticas y transfronterizas. Sin embargo, y adicionalmente, debería considerarse si la situación de un contribuyente al que se

¹¹⁴ Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en España, es muy común que las reglas de precios de transferencia solo se apliquen a operaciones internacionales.

¹¹⁵ WATTEL, P.: «Non-Discrimination à la Cour: The ECJ's (Lack of) Comparability Analysis in Direct Tax Cases», *European Taxation*, núm. 12, vol. 55, 2015, págs. 552-553.

¹¹⁶ Véanse las referencias a Cadbury Schweppes, Lankhorst-Hohorst y Société de Gestion Industrielle (WATTEL, P.: «Non-Discrimination...», *ibid.*, págs. 552-553).

¹¹⁷ Como señala WATTEL: «[...] en Société de Gestion Industrielle (caso C-311/08), el tribunal aceptó la normativa belga de precios de transferencia, que solo era aplicable a situaciones transfronterizas, no sobre la base de que no existiera un comparable doméstico, sino fundándose en que la diferencia de trato estaba justificada por la necesidad de luchar contra la elusión fiscal y de conseguir una atribución equilibrada de potestades tributarias». Véanse también las reflexiones del abogado general Geelhoed en *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (párr. 68).

le deniegan los beneficios de un convenio por aplicación de la PPT puede o no encontrar un comparable puramente doméstico. Si el análisis se realiza a un nivel estricto de beneficios del convenio, la respuesta negativa será obvia en la medida en que un residente no puede gozar de los beneficios de un convenio (para las rentas obtenidas en su Estado de residencia). Pero si se analizan las estrategias abusivas de un residente en detalle, puede concluirse que, particularmente en el ámbito de los impuestos analíticos sobre la renta¹¹⁸, estos contribuyentes acometen negocios muy similares en su naturaleza a los casos de *Rule Shopping* ya analizados¹¹⁹. Si, en el derecho doméstico, estas estrategias se enfrentan a través de cláusulas menos exigentes que la PPT bien podría concluirse que dichas estrategias se combaten en el ámbito doméstico con normas más tolerantes que las situaciones comparables en el ámbito transfronterizo (comunitario). En resumen, la existencia de una cláusula doméstica más favorable a los intereses del contribuyente que la PPT podría conducir a un trato dispar de situaciones comparables que si, además, se considera injustificado o desproporcionado, conduciría sin duda a una vulneración del derecho comunitario.

Existe un último problema al que conviene hacer referencia: ¿qué ocurriría si la cláusula interna y la PPT son idénticas o extraordinariamente semejantes? Este fenómeno podría adquirir cierta trascendencia si los Estados miembros deciden simplificar sus distintas cláusulas (fusionándolas en una sola conforme a la dicción literal de la PPT) o si Estados miembros que no contaban con una cláusula interna deciden introducir una con la misma dicción que la PPT aplicable también a casos puramente nacionales. Respecto de la trascendencia comunitaria de este fenómeno, una primera respuesta intuitiva llevaría a afirmar que al no existir un tratamiento dispar para supuestos domésticos y transfronterizos no puede vulnerarse el derecho comunitario (en particular, las libertades fundamentales del tratado). El hecho de que, como se defendió anteriormente, el umbral antiabuso y las consecuencias de la PPT resulten desproporcionados, sería intrascendente a los ojos del derecho europeo y adquiriría importancia solo, y eventualmente, a efectos del derecho constitucional interno. La existencia de un principio general de proporcionalidad en el derecho comunitario (desvinculado de la forma de operar del tribunal en el ámbito de las libertades comunitarias) es una cuestión aún no aclarada¹²⁰. Tal principio podría deducirse de la jurisprudencia antes mencionada del TJ europeo en relación con el impuesto sobre el valor añadido y ello podría conducir a considerar vulnerado el derecho comunitario aunque no exista diferencia alguna entre la PPT y la cláusula interna antiabuso. No obstante, en qué medida ese principio se refiere solo al impuesto

¹¹⁸ Este tipo de estrategias también son comunes en impuestos no analíticos sobre la renta, como el impuesto sobre sociedades, cuando respecto de estos últimos se introducen regímenes especiales o tratamientos específicos para fuentes de renta particulares.

¹¹⁹ Encontrar casos comparables para estrategias de *Treaty Shopping* parece más complicado. En todo caso, y como ya se señaló, la lucha contra el *Rule Shopping* parece el lugar natural de aplicación de la PPT.

¹²⁰ MARTÍN JIMÉNEZ parece defender esa posición en relación con las normas de precios de transferencia, pero sus argumentos parecen aplicables igualmente a las normas generales antiabuso (MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Transfer Pricing and EU Law Following the ECJ Judgement in SGI: Some Thoughts on Controversial Issues», *Bulletin for International Taxation*, núm. 5, vol. 64, 2010, pág. 275).

sobre el valor añadido, por ser un impuesto armonizado, es una cuestión controvertida que dejamos para ulteriores trabajos.

IV. CONCLUSIONES¹²¹

1. El diseño jurídico positivo de la PPT resulta totalmente desafortunado (págs. 10-42). El desacierto de la cláusula afecta tanto a su presupuesto de hecho (págs. 10-36) como a su consecuencia jurídica (págs. 36-42):
 - 1.1. Los dos criterios que componen el test de la PPT para determinar si una operación es o no abusiva plantean problemas prácticos muy serios. Los test antiabuso de carácter subjetivo resultan siempre problemáticos (págs. 12-15) y la particular configuración del test subjetivo en la PPT, referido a «una de las principales finalidades de la operación», puede conducir a resultados inaceptables (págs. 16-21). El test objetivo de la PPT puede resultar inmanejable si se refiere a la finalidad de la norma convencional eludida o cuya aplicación provoca artificialmente el contribuyente (págs. 22-33). Si, por el contrario, se interpreta el elemento objetivo de manera amplia, referido a las finalidades globales de los CDI, su funcionamiento será circular, fusionará *de facto* los elementos subjetivo y objetivo de la PPT conduciendo, además, a reputar abusivas operaciones de lícita planificación fiscal internacional (págs. 33-35).
 - 1.2. Por lo que se refiere a sus consecuencias jurídicas, la PPT debe considerarse como una cláusula general antiabuso de efectos limitados (págs. 36-40). Ese tipo de cláusulas plantean serios problemas lógicos, constitucionales y de compatibilidad con el derecho comunitario (págs. 40-42).
2. La PPT debería reservarse para afrontar estrategias de *Rule Shopping*, pues, si el CDI incorpora cláusulas LOB, las estrategias de *Treaty Shopping* solo pueden afrontarse mediante la aplicación de dichas cláusulas (págs. 43-46).
3. La introducción de la PPT convierte en intrascendente la cuestión de la compatibilidad de las cláusulas internas antiabuso con los CDI. No obstante, para aquellos tratados que no la incorporen, la acción 6 de BEPS recoge una serie de argumentos en favor de tal compatibilidad que resultan inaceptables en términos jurídicos (págs. 46-47).

¹²¹ Este epígrafe contiene puras conclusiones, sin referirse en ningún momento a los argumentos expuestos en el texto y que permiten alcanzar las mismas. Por ello, junto a cada conclusión se hace referencia a las páginas del texto donde se encuentran tales argumentos.

4. Las diferencias entre la PPT y las cláusulas antiabuso que ya existen en determinados Estados miembros de la Unión Europea pueden provocar que la primera vulnere las libertades comunitarias recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Aunque algún Estado miembro codificara la PPT como su única cláusula antiabuso (para cualquier supuesto doméstico o internacional), la misma podrá resultar contraria al principio general de proporcionalidad de las cláusulas antiabuso que deriva de la jurisprudencia del TJ europeo en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (págs. 47-50).