

PROPUESTA DE BORRADOR
PARA DEBATE

**SEGUIMIENTO DEL
TRABAJO SOBRE LA
ACCIÓN 6 DEL
PROYECTO BEPS:
PREVENCIÓN DEL
ABUSO DE LOS
TRATADOS FISCALES**

21 noviembre 2014 – 9 enero 2015

Índice

PROPUESTA DE BORRADOR PARA DEBATE: TRABAJO DE SEGUIMIENTO DE LA ACCIÓN 6 DEL PLAN BEPS.....	4
.....	5
CUESTIONES A TRATAR COMO PARTE DEL TRABAJO DE SEGUIMIENTO DE LA ACCIÓN 6.....	6
1. Instituciones de inversión colectiva: aplicación de la cláusula de limitación de beneficios y acceso al convenio	6
2. Otros fondos diferentes a las instituciones de inversión colectiva: aplicación de la cláusula de limitación de beneficios y acceso a los convenios.	6
3. Comentario sobre la norma de concesión discrecional de la cláusula de limitación de beneficios	10
4. Cláusula de limitación de beneficios alternativa para los países de la Unión Europea.....	10
5. Requisito de que cada propietario interpuesto sea residente de cualquiera de los Estados contratantes	11
6. Cuestiones relacionadas con la cláusula de beneficio derivado	11
7. Normas sobre sociedades que cotizan en dos mercados de valores	12
8. Aspectos temporales de las normas de la cláusula de limitación de beneficios	12
9. Condiciones para la aplicación de la cláusula de cotización en bolsa.....	13
10. Clarificación sobre la cláusula de actividad empresarial	13
11. Aplicación de la norma de propósito principal cuando se obtienen beneficios conforme a varios convenios	14
12. Inclusión en el Comentario de la sugerencia de que los países consideren establecer algún tipo de procedimiento administrativo garantizando que la norma de propósito principal sea de aplicación únicamente tras la aprobación de un comité de alto nivel.	14
13. Posibilidad de que la aplicación de la norma de propósito principal sea excluida de las cuestiones sobre las que la cláusula de arbitraje del párrafo 5 del artículo 25 pueda intervenir	14
14. Alineamiento de la parte de los Comentarios sobre la norma de propósito principal la de los Comentario sobre la norma de concesión discrecional dentro de la cláusula de limitación de beneficios, que incorporan un test de propósito principal	14
15. Posibilidad de ofrecer algún tipo de concesión discrecional del beneficio del convenio en virtud de la norma de propósito principal	15
16. Redacción de la norma alternativa de test del propósito principal para “sociedades canalizadoras de rentas” (conduit rule)	15
17. Lista de ejemplos en el Comentario sobre la norma de propósito principal.....	16
Otras cuestiones	16
18. Aplicación de la nueva norma de desempate (tie-breaker rule) del convenio	16
19. El diseño y la redacción de la norma aplicable a establecimientos permanentes situados en terceros Estados	17
20. Comentario propuesto sobre la interacción entre convenios y normas internas anti-abuso	17

PROPUESTA DE BORRADOR PARA DEBATE: TRABAJO DE SEGUIMIENTO DE LA ACCIÓN 6 DEL PLAN BEPS.

21 de noviembre de 2014

TRABAJO DE SEGUIMIENTO SOBRE EL INFORME DE LA ACCIÓN 6 (IMPEDIR LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONVENIO)

El párrafo 5 del informe de la acción 6 (“Impedir la concesión de beneficios del convenio en circunstancias inapropiadas”) del Plan de acción BEPS (a partir de ahora el “informe”) indica la iniciación de un trabajo de seguimiento sobre determinados aspectos contemplados en dicho informe:

... resulta necesario continuar trabajando en el contenido concreto de las cláusulas del modelo y sus correspondientes Comentarios incluidos en la sección A de este informe, en particular la cláusula de limitación de beneficios (LOB en inglés). También han de continuarse los trabajos sobre la implementación del estándar mínimo o las consideraciones políticas relativas al acceso al convenio por parte de instituciones de inversión colectiva o de otros fondos. Las cláusulas del modelo y sus Comentarios correspondientes incluidos en la sección A de este informe deben ser considerados como borradores que pueden ser objeto de mejoras hasta el lanzamiento de su versión final en septiembre de 2015...

Este borrador aborda el trabajo de seguimiento relativo al contenido de las cláusulas del convenio y los Comentarios incluidos en la sección A del informe, en particular la cláusula de limitación de beneficios, así como las cuestiones relacionadas con el acceso a los convenios por parte de instituciones de inversión colectiva o de otros fondos (el resultado de las discusiones sobre cómo los países tienen la intención de implementar el estándar mínimo descrito en el informe será incorporado en la versión revisada del informe que se publicará en 2015).

El borrador identifica varias cuestiones que serán objeto de seguimiento, incluyendo, en recuadros sombreados, preguntas concretas donde se invitará a realizar comentarios.

Como parte del proceso transparente e inclusivo de consultas establecido por el Plan de Acción, el Comité de Asuntos Fiscales (CAF) invita a las partes interesadas a enviar comentarios sobre este borrador, que contiene una serie de preguntas y propuestas concernientes a varios aspectos del informe de la acción 6 sobre los cuales se prosiguen los trabajos.

Las opiniones y propuestas incluidas en el presente borrador no representan la opinión consensuada del Comité de Asuntos Fiscales o sus órganos subsidiarios, sino que están encaminadas a proporcionar a las partes interesadas propuestas sustantivas para su análisis y comentario.

Los comentarios deberán enviarse a más tardar el 9 de enero de 2015 (no se concederán prórrogas) por correo electrónico a taxtreaties@oecd.org en formato Word (para facilitar así su distribución entre los delegados gubernamentales). Dichos comentarios deberán dirigirse a Marlies de Ruitter, Directora de la División de Convenios Fiscales, Precios de

Transferencia y Transacciones Financieras, OCDE/CTPA.

Les rogamos que tengan en cuenta que todos los comentarios recibidos sobre este documento se harán públicos. Los comentarios presentados en nombre de una “agrupación” o una “coalición”, o aquellos presentados por una persona en nombre de otra o de un grupo de personas, deben identificar a todas las empresas o individuos que pertenecen a dicho colectivo, o a la persona o personas en cuyo nombre se actúa.

Reunión de consulta pública

Se invita a las personas y organizaciones que vayan a enviar comentarios a que indiquen si desean intervenir para defender sus comentarios en la reunión de consulta pública sobre la acción 6 que se celebrará en el Centro de Conferencias de París el 22 de enero de 2015. Las personas que sean seleccionadas para intervenir en la reunión serán informadas por correo electrónico no más tarde del 16 de enero.

Esta reunión estará abierta al público y a la prensa.

Debido a las limitaciones de espacio, se dará prioridad a las personas y organizaciones que se registren en primer lugar (nos reservamos el derecho a limitar el número de participantes de una misma organización).

Aquellos interesados en asistir a la reunión de consulta pública deben cumplimentar la solicitud de inscripción en línea lo antes posible, a más tardar el 9 de enero de 2015. Los participantes recibirán por correo electrónico la confirmación de asistencia junto con información sobre el acceso al lugar de celebración el 16 de enero a más tardar.

La reunión también será retransmitida en directo a través de Internet, pudiendo accederse a ella en línea. No será necesario registrarse con antelación para poder acceder a la retransmisión por Internet

CUESTIONES A TRATAR COMO PARTE DEL TRABAJO DE SEGUIMIENTO DE LA ACCIÓN 6

A. Cuestiones relacionadas con la cláusula de limitación de beneficios.

1. Instituciones de inversión colectiva: aplicación de la cláusula de limitación de beneficios y acceso al convenio

Cuestión

1. El párrafo 6 del informe señala la necesidad de continuar el trabajo “relativo a las consideraciones políticas relevantes sobre el acceso al convenio por parte de instituciones de inversión colectiva y otros fondos”

2. El subpárrafo 2 f) de la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe) prevé la inclusión, dentro de la lista de “personas cualificadas”, de una cláusula relativa a las instituciones de inversión colectiva. Una nota al pie indica que dicho subpárrafo puede ser redactado u omitido de acuerdo al tratamiento que estas instituciones vayan a recibir en los convenios y por parte de cada Estado contratante; la nota al pie también se refiere a los párrafos 6.4 a 6.38 de los Comentarios al artículo 1. El Comentario sobre la cláusula de limitación de beneficios incorpora el debate sobre el tratamiento que pueden recibir estas instituciones, así como una serie de cláusulas alternativas que responden a los diferentes enfoques propuestos por el informe de la OCDE de 2010 “La concesión de beneficios del convenio en relación a las instituciones de inversión colectiva”.

3. Como parte del trabajo de seguimiento del informe sobre la acción 6, se pretende revisar estos enfoques alternativos y examinar la posibilidad de sugerir alguno de ellos como preferente, no sólo en relación a la aplicación de la cláusula de limitación de beneficios a estas instituciones sino también en relación a la cuestión más general de su acceso a los convenios, teniendo en cuenta los cambios desde 2010 y, en especial, los resultados del trabajo en el proyecto TRACE (siglas en inglés de “Treaty Relief and Compliance Enhancement Project”, Beneficios del convenio y mejora del cumplimiento).

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se invita a las partes interesadas a hacer comentarios sobre si las recomendaciones hechas en el informe de 2010 sobre instituciones de inversión colectiva siguen siendo adecuadas o pueden introducirse mejoras en las conclusiones de dicho informe. Se esperan comentarios, por ejemplo, sobre la conveniencia de sugerir un enfoque preferente en relación al acceso a los convenios y a la aplicación de las cláusulas de limitación de beneficios a las instituciones de inversión colectiva y, en caso positivo, cuál debería ser dicho enfoque.

2. Otros fondos diferentes a las instituciones de inversión colectiva: aplicación de la cláusula de limitación de beneficios y acceso a los convenios.

Cuestión

4. Como mencionaba más arriba el párrafo 1, el párrafo 6 del informe señala la necesidad de proseguir el trabajo en relación a las consideraciones políticas relevantes sobre el acceso a los convenios por parte de otros fondos diferentes a las instituciones de inversión colectiva.

5. Aunque se introdujeron cambios a la versión final del informe en relación a las instituciones de inversión colectivas, no se hizo lo propio en relación a fondos de inversión inmobiliaria (REITs)¹, fondos soberanos, fondos de pensiones y fondos de inversión alternativa (incluyendo los fondos de capital riesgo), como sugerían los comentarios recibidos tras la publicación del borrador en marzo de 2014.

6. Aunque la mayoría de estos comentarios se centraban en la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe), algunos sugerían que el test del propósito principal (párrafo 17 del informe) podría afectar negativamente a estos fondos de inversión (aunque, en gran medida, la manifestación de dichas preocupaciones forma parte de una objeción más general sobre la conveniencia de dicho test). En algunos casos (en especial respecto de los fondos de gestión alternativa), los comentarios recibidos iban más allá del alcance de la acción 6, planteando cuestiones de carácter más general sobre el acceso a los convenios de los fondos de inversión.

7. Los siguientes subapartados describen algunas de las cuestiones que han sido objeto de debate en relación a fondos soberanos, fondos de pensiones y fondos de gestión alternativa /de capital riesgo.

i) Fondos soberanos

8. Estos fondos son de titularidad estatal y están dirigidos por los propios Estados. Su estatus jurídico y tratamiento fiscal difieren en función del país, pero en muchos casos los fondos soberanos extranjeros tienen derecho a una exención fiscal sobre sus rentas de inversión en cartera bajo la doctrina de la inmunidad soberana. Los párrafos 6.35 a 6.39 del Comentario al artículo 1, que fueron añadidos al Modelo de Convenio en 2010, explican cómo se aplican los convenios a dichos fondos. Estos párrafos introducen el debate sobre la aplicación de la doctrina de la inmunidad soberana a la fiscalidad, cuestión meramente interna de cada Estado, así como la aplicación de la definición de “residente” a la luz de los diferentes enfoques contemplados en los párrafos 8.6 y 8.7 del Comentario al artículo 4.

9. Se entiende que la cláusula de limitación de beneficios incluida en el informe sobre la acción 6 puede generar dificultades en relación a los fondos soberanos. Cuando uno de estos fondos invierte directamente en un país, la definición de “persona cualificada” incluida en la cláusula, no obstante, sería de aplicación a un residente que sea “*un Estado contratante o una subdivisión política o autoridad local del mismo, o bien una persona que esté completamente participada por dicho Estado, subdivisión política o autoridad local* (subpárrafo 2 b) de la cláusula de limitación de beneficios), lo cual cubriría un fondo soberano que sea residente del Estado contratante y esté completamente participada por dicho Estado o sus subdivisiones políticas. Asimismo, aquellas inversiones que un fondo soberano residente en uno de los Estados contratantes haga a través de una filial establecida en el mismo Estado, quedarían normalmente cubiertas por la cláusula de “propiedad /erosión de la base” (subpárrafo 2 e) de la cláusula de limitación de beneficios). Podrían

1. El informe de 2010 sobre instituciones de inversión colectiva cubre igualmente los fondos de inversión inmobiliaria pero sólo en la medida en que estén regulados y tengan un amplio número de partícipes. Cuando éste no sea el caso, se plantearían los mismos problemas que en relación a los fondos de inversión alternativa /de capital riesgo, que se verán a continuación (ver subapartado iii).

surgir problemas, sin embargo, en el caso de inversiones realizadas a través de entidades residentes en terceros Estados (por ejemplo, un fondo soberano del Estado R que utiliza una sociedad en el Estado T para invertir en el Estado S). Además, los fondos soberanos están generalmente entre los inversores institucionales que invierten en fondos de gestión alternativa o de capital riesgo y éstos pueden estar constituidos en otros países (ver subapartado iii).

ii) Fondos de pensiones

10. La cláusula de limitación de beneficios incluida en el informe sobre la acción 6 no deniega los beneficios del convenio en los casos en que una entidad residente “se ha constituido y opera exclusivamente para gestionar u ofrecer pensiones o beneficios similares, siempre que personas físicas residentes de cualquiera de los Estados contratantes sean titulares de más del 50 por ciento de sus beneficios”. La cláusula de limitación de beneficios no impide el acceso a los beneficios del convenio en el caso de una entidad que se ha constituido para invertir en beneficio de estos fondos de pensiones, “siempre y cuando prácticamente toda la renta de la entidad se origine a partir de inversiones realizadas para el beneficio de tales fondos de pensiones”. Asimismo, las inversiones realizadas por un fondo de pensiones residente de uno de los Estados contratantes a través de una filial establecida en ese mismo Estado, quedarían normalmente cubiertas por la cláusula de “propiedad / erosión de la base” (subpárrafo 2 e) de la cláusula de limitación de beneficios)

11. Al igual que en el caso de los fondos soberanos, pueden surgir problemas cuando se emplea una entidad de un tercer Estado, por ejemplo, un fondo de pensiones del Estado R constituye una entidad en el Estado T para invertir en el Estado S. En este caso, la cláusula de limitación de beneficios del convenio entre T y S podría denegar los beneficios a la entidad a pesar de que todos los participantes en el fondo sean residentes de R (en tal caso, no obstante, el acceso al convenio y a sus beneficios por parte del fondo de pensiones de acuerdo al convenio R-S sería diferente de los correspondientes al convenio T-S, lo que generaría problemas de treaty-shopping o búsqueda del convenio más favorable). Además, los fondos de pensiones, al igual que los fondos soberanos, se encuentran generalmente entre los inversores institucionales que invierten en fondos de gestión alternativa y de capital riesgo que pueden estar constituidos en terceros Estados (ver subapartado iii).

12. Otro problema que surge en torno a los fondos de pensiones y su relación con la cláusula de limitación de beneficios se refiere al requisito de que personas físicas de cualquiera de los Estados contratantes sean titulares de más del 50% de los beneficios del fondo. Este requisito puede generar problemas para algunos fondos de pensiones de la Unión Europea (cuestión a tratar en el trabajo de seguimiento sobre una cláusula de limitación de beneficios alternativa para la Unión Europea; ver apartado 4).

13. Se ha sugerido que, como parte del trabajo en el acceso a los convenios por parte de fondos diferentes a las instituciones de inversión colectiva, la OCDE debería considerar cómo la definición convencional de “residente” aplica a los fondos de pensiones a la luz de los distintos puntos de vista reflejados en los párrafos 8.6 y 8.7 de los Comentarios al artículo 4.

14. También se ha recomendado abordar muchas de las problemáticas arriba mencionadas en relación a los fondos de pensiones a través de una cláusula alternativa prevista en el párrafo 69 del Comentario al artículo 18 del Modelo de Convenio de la OCDE, que se ocupa del gravamen en fuente de rentas obtenidas por fondos de pensiones no residentes. No obstante, tal y como se reconoce en el preámbulo de dicho párrafo, debería recurrirse a tal cláusula cuando sea mutuamente beneficiosa, por lo que puede haber razones políticas válidas para no incluirla en un convenio.

iii) Fondos de gestión alternativa / fondos de capital riesgo

15. De acuerdo al informe de 2010, las “instituciones de inversión colectiva” se definen como “fondos que tienen un amplio número de inversores, mantienen una cartera diversificada de títulos y están sujetos a la regulación de protección del inversor en el país donde se establecen”. Los fondos de gestión alternativa o de capital riesgo generalmente no cumplen dichas condiciones porque suelen tener un número limitado de inversores institucionales, pueden no tener una cartera diversificada y no se sujetan a la regulación protectora del inversor.

16. Los problemas que la cláusula de limitación de beneficios generan en referencia a las instituciones de inversión colectiva pueden encontrarse igualmente en relación a los fondos de capital riesgo/fondos de gestión alternativa (por ejemplo, como su base de inversores no queda restringida a un solo país, se les denegarían los beneficios del convenio en aplicación de la cláusula de limitación de beneficios sin que probablemente les pueda ser aplicable la excepción de la cláusula de actividad empresarial; cualquier cláusula que trate expresamente de instituciones de inversión colectiva no les sería aplicable). Además, estos fondos se enfrentan a muchos de los problemas en su relación con los convenios que fueron abordados en el informe de 2010 sobre instituciones de inversión colectiva (por ejemplo, si cumplen los requisitos para ser considerados residentes).

17. Se pretende estudiar cómo estas cuestiones relacionadas con el acceso a los convenios de fondos soberanos, fondos de pensiones y fondos de gestión alternativa /de capital riesgo pueden abordarse para no generar oportunidades de treaty-shopping (búsqueda del convenio más favorable).

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se espera recibir comentarios sobre si los párrafos previos describen con exactitud la problemática del acceso a los convenios por parte de fondos soberanos, fondos de pensiones y fondos de gestión alternativa / capital riesgo. También se buscan comentarios sobre cómo tratar estas cuestiones sin generar oportunidades de treaty-shopping (búsqueda del convenio más favorable).

En relación a la situación de los fondos de pensiones, se buscan comentarios en torno a:

- Si debería tratarse, o no, la cuestión de la residencia a efectos del convenio de los fondos de pensiones.
- Si deberían introducirse cambios al párrafo 69 de los Comentarios al artículo 18, que se ocupa de la tributación en fuente de rentas de fondos de pensiones no residentes, con el objeto de asegurar que dos Estados que sigan enfoques similares en relación al gravamen de ahorros para la jubilación consideren con mayor atención la conveniencia de incluir en sus convenios bilaterales una cláusula eximiendo a tales rentas de tributación en la fuente en busca de una mayor neutralidad en la tributación del capital.
- Si debería cambiarse la redacción de la cláusula alternativa prevista en el párrafo 69 del Comentario al artículo 18 (por ejemplo, la restricción de su aplicación a rentas de inversión en cartera).
- Cómo podría modificarse el test del 50% de titularidad en relación a los fondos de pensiones para evitar resultados inapropiados (por ejemplo, en el caso de un fondo de ahorro para la jubilación de un pensionista que cambia su residencia a otro país) sin crear

oportunidades de treaty-shopping (búsqueda del convenio más favorable).

- Cómo podría clarificarse la descripción de los fondos de pensiones en el subpárrafo 2 d) de la cláusula de limitación de beneficios (“persona que... se constituye y se dedica en exclusiva a la gestión y provisión de pensiones o beneficios similares”).

3. Comentario sobre la norma de concesión discrecional de la cláusula de limitación de beneficios

Cuestión

18. El párrafo 5 de la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe) permite a la autoridad competente de un Estado contratante conceder a su discreción los beneficios del convenio en determinadas situaciones cuando, de otra manera, el residente de un Estado contratante no tendría acceso a dichos beneficios en aplicación de la cláusula de limitación de beneficios (norma de “concesión discrecional”)

19. El párrafo 63 del Comentario a la cláusula de limitación de beneficios explica que la persona que solicite dicha concesión discrecional debe demostrar, a satisfacción de la autoridad competente que “había razones claras, no relacionadas con la obtención de beneficios del convenio, para su formación, adquisición o mantenimiento...”. Dicho párrafo debería clarificar que, en el caso de una filial residente propiedad de una matriz en un tercer Estado, aunque pueda ser relevante que el tipo de retención correspondiente en el convenio no sea inferior al que le correspondería de acuerdo al convenio entre el Estado de la fuente y el tercer Estado, esto no sería suficiente por sí solo para establecer que se han cumplido las condiciones para la concesión discrecional. Además, podría añadirse otros factores relevantes o ejemplos con ánimo de aclarar las circunstancias en las que se tiene pensado aplicar la concesión discrecional.

20. También se ha propuesto incluir en los Comentarios a la cláusula de concesión discrecional la petición dirigida a las autoridades competentes para que tramiten la solicitud con la mayor celeridad posible.

21. Por último, se propone modificar los Comentarios para disipar dudas, aclarando que, en los casos en que la autoridad competente ejerza adecuadamente su derecho de acuerdo a la norma de concesión discrecional del párrafo 5, haya de entenderse que dicha norma ha sido cumplida y por ende no pueda discutirse que el gravamen sea contrario a las provisiones del Convenio.

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se solicitan propuestas para incorporar factores o ejemplos en el Comentario a la norma de concesión discrecional del párrafo 5 de la cláusula de limitación de beneficios para clarificar en qué casos debe ser aplicable dicha norma.

4. Cláusula de limitación de beneficios alternativa para los países de la Unión Europea

Cuestión

22. El párrafo 13 del informe reconoce que la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe) requiere una adaptación para reflejar las especialidades propias de la normativa comunitaria. En consecuencia, es preciso redactar cláusulas alternativas que se acomoden a la situación de los países de la Unión Europea.

5. Requisito de que cada propietario interpuesto sea residente de cualquiera de los Estados contratantes

Cuestión

23. El subapartado 2 c) (ii) de la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe) incluye una norma sobre la propiedad indirecta, exigiendo que cada propietario interpuesto sea residente de cualquiera de los Estados contratantes. Al final del subapartado 2 e) (i) encontramos una condición similar que exige que cada propietario interpuesto sea residente del mismo Estado contratante que la sociedad que busca el estatus de persona cualificada. En ambos casos, la condición aparece entre paréntesis, indicando el Comentario que algunos Estados consideraron el requisito exageradamente restrictivo y prefirieron omitirlo.

24. Es preciso proseguir el trabajo para determinar si conviene, y en su caso de qué manera, relajar el requisito sin generar oportunidades de treaty-shopping (búsqueda del convenio más favorable); dicho trabajo se llevará a cabo junto a los trabajos sobre la cláusula de beneficio derivado y la definición de beneficiario equivalente, que están descritos en el apartado 6.

6. Cuestiones relacionadas con la cláusula de beneficio derivado

Cuestión.

25. Como indica el párrafo 5 del informe:

... la redacción de la cláusula de limitación de beneficios del apartado A.1 asume que las acciones 5 (combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia) y 8 (intangibles) abordarán los problemas BEPS que puedan originarse a partir de la cláusula de beneficio derivado; se puede requerir una revisión de dicha provisión, o bien de otros instrumentos para atajar los problemas BEPS, en función de los resultados alcanzados en ambas acciones...

26. Todavía quedan cuestiones sin resolver que necesitarán ser abordadas antes de poder alcanzar una decisión relativa a la cláusula del beneficio derivado que se incorporará en la versión final de la cláusula de limitación de beneficios y sus Comentarios correspondientes. La norma del párrafo 4 de la cláusula de limitación de beneficios será revisada a la luz del progreso alcanzado por el plan de acción, en especial por las acciones 5 y 8. De esta manera, se tratará de evaluar si la introducción de otros cambios al Modelo de Convenio podría evitar que la inclusión de la norma del beneficio derivado generase problemas BEPS, y así contribuir al trabajo en otras áreas del plan de acción. También se contemplará la posibilidad de ampliar el alcance de la norma de beneficio derivado sin crear oportunidades para el treaty shopping (búsqueda del convenio más favorable). Uno de los posibles cambios se refiere al requisito, en el subpárrafo 4 a) de la cláusula de limitación de beneficios, de que en casos de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sean un beneficiario equivalente.

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se solicitan sugerencias sobre posibles cambios que puedan realizarse en la cláusula de beneficio derivado (párrafo 4 de la cláusula de limitación de beneficios), la definición de beneficiario equivalente (párrafo 6 de la cláusula) u otros artículos del Modelo de Convenio con el objeto de contribuir al trabajo en otras áreas del plan de acción BEPS, garantizando que la inclusión de la cláusula de beneficio derivado no genere problemas BEPS, y que al mismo tiempo no deje fuera del acceso a los beneficios del convenio a sociedades intermedias que son utilizadas por motivos económicos válidos.

7. Normas sobre sociedades que cotizan en dos mercados de valores

Cuestión

27. Como resultado de la consulta pública de marzo de 2014 sobre el borrador, se añadieron nuevas cláusulas a las definiciones del párrafo 6 de la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe) para tratar las situaciones en que una sociedad cotiza en dos mercados de valores. Dichas cláusulas serán examinadas en mayor detalle, en particular para comprobar si están convenientemente redactadas para cubrir aquellas situaciones para que las que fueron diseñadas, al mismo tiempo que no crean oportunidades de treaty-shopping (búsqueda del convenio más favorable),

8. Aspectos temporales de las normas de la cláusula de limitación de beneficios

Cuestión

28. Los aspectos temporales reciben un trato diferente en cada una de las provisiones que integran la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe). Por ejemplo, la definición de “persona cualificada” del párrafo 2 de la cláusula resulta de aplicación “en el momento en el que el beneficio sería acordado por el Convenio si, en ese momento” se cumplen las condiciones del subpárrafo correspondiente. En el caso del subpárrafo c) (la cláusula de cotización en bolsa), los requisitos han de cumplirse también “a lo largo del periodo impositivo correspondiente”, lo que implica que una sociedad que empieza a cotizar en bolsa a mitad del periodo impositivo, no pasaría dicho test. Se requiere seguir trabajando para asegurar que las normas que regulan los aspectos temporales de las diferentes provisiones de la cláusula de limitación de beneficios sean apropiadas.

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se esperan comentarios acerca de las normas que regulan los aspectos temporales de las provisiones de la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe). En particular, se pregunta si sería posible que una entidad empiece a cotizar en bolsa o deje de hacerlo sin que este hecho provoque el inicio de un nuevo periodo impositivo, y si, en caso positivo, ello supondría un problema en la aplicación de la cláusula de limitación de beneficios.

9. Condiciones para la aplicación de la cláusula de cotización en bolsa

Cuestión

29. Se ha sugerido que los requisitos alternativos previstos en el 2 c) i) A) y B) (la cláusula de cotización en bolsa) de la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe) podrían ser excesivamente restrictivos para países pequeños que no tienen bolsas de valores importantes y cuyas sociedades cotizan, en consecuencia, en bolsas extranjeras. Existe el riesgo de que las condiciones alternativas no se satisfagan si las acciones de tal sociedad se cotizan en una bolsa extranjera y las filiales de dicha sociedad están dirigidas desde fuera. No está claro, sin embargo, cómo podrían estas provisiones abordar dichos problemas y al mismo tiempo garantizar que una sociedad cotizada tenga un nexo suficiente con un país para así justificar la aplicación de dicha provisión.

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se esperan comentarios sobre si el subpárrafo 2 c) de la cláusula de limitación de beneficios (cláusula de cotización en bolsa) debería sufrir alguna modificación para tener en cuenta las preocupaciones surgidas entre los países pequeños que carecen de bolsas de cotización importantes, al mismo tiempo que se asegura que una sociedad cotizada tiene una vinculación suficiente con un país como para justificar la aplicación de la provisión.

10. Clarificación sobre la cláusula de actividad empresarial

Cuestión

30. Se ha sugerido que el párrafo 3 de la cláusula de limitación de beneficios (la cláusula de actividad) genera dudas interpretativas que deberían ser abordadas mediante cambios en la propia cláusula y/o en sus Comentarios correspondientes (por ejemplo, cuál es el alcance exacto de la última frase del párrafo 48 del Comentario, que se refiere a las operaciones de la sede central, y cuál es el efecto de la presunción del subpárrafo c) en aquellos casos en que las filiales del mismo país llevan a cabo actividades diferentes como manufactura o inversión).

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se esperan comentarios sobre posibles clarificaciones que puedan hacerse en relación a la interpretación y aplicación de la cláusula de actividad del párrafo 3 de la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe)

B. Cuestiones relacionadas con la norma de propósito principal

11. Aplicación de la norma de propósito principal cuando se obtienen beneficios conforme a varios convenios

Cuestión

31. El párrafo 13 del Comentario sobre la norma de propósito principal (párrafo 17 del informe) estipula que, cuando se realiza una transacción con el objeto de obtener los beneficios previstos en varios convenios o bien en un convenio y en la legislación interna de un país, ello no debería llevarnos a concluir que la obtención de uno de los beneficios conforme a uno de los convenios no fue el propósito principal de dicha transacción. Se sugiere que, para evitar dudas, la redacción de la norma del propósito principal debería ofrecer alguna clarificación en esta línea.

12. Inclusión en el Comentario de la sugerencia de que los países consideren establecer algún tipo de procedimiento administrativo garantizando que la norma de propósito principal sea de aplicación únicamente tras la aprobación de un comité de alto nivel.

Cuestión

32. En varios países, la aplicación de la norma general anti-abuso prevista en su legislación interna se sujeta a la aprobación previa de un comité compuesto por expertos de cierto nivel. En algunos casos, dicho comité incluye profesores universitarios y/o expertos fiscalistas del sector privado. El Comentario sobre la norma de propósito principal podría incluir la sugerencia de que los países consideren establecer un procedimiento administrativo que asegure que la aplicación de dicha norma exija una aprobación previa por parte un comité de alto nivel.

13. Posibilidad de que la aplicación de la norma de propósito principal sea excluida de las cuestiones sobre las que la cláusula de arbitraje del párrafo 5 del artículo 25 pueda intervenir

Cuestión

33. Algunos países opinan que la aplicación de la norma de propósito principal no es una cuestión apropiada para ser resuelta a través del mecanismo de arbitraje del párrafo 5 del artículo 25. No obstante, la mayoría de los países disientan de esta opinión. Es preciso determinar si la opinión de esta minoría de países debe tener un reflejo en la versión final de la norma de propósito principal y sus Comentario correspondiente en el Modelo de Convenio.

14. Alineamiento de la parte de los Comentarios sobre la norma de propósito principal la de los Comentario sobre la norma de concesión discrecional dentro de la cláusula de limitación de beneficios, que incorporan un test de propósito principal

Cuestión

34. Tanto la norma de propósito principal (párrafo 17 del informe) como la norma de concesión discrecional dentro de la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe) incluyen un test basado en el hecho de si uno de los principales propósitos de realizar un acuerdo o transacción es la obtención de los beneficios de un convenio. Los Comentarios sobre ambas provisiones, no obstante, tuvieron un desarrollo separado y de ahí la necesidad de garantizar que ambos Comentarios ofrecen explicaciones coherentes sobre cómo el test del propósito principal debe aplicar en ambas provisiones.



Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se esperan comentarios sobre las posibles inconsistencias en los Comentarios sobre cómo ha de interpretarse la provisión “no tenía como uno de sus principales propósitos la obtención de beneficios de este convenio” en el contexto de la norma de concesión discrecional de la cláusula de limitación de beneficios (párrafo 16 del informe) y cómo habría de hacerlo la frase “la obtención de dicho beneficio fue uno de los principales propósitos del acuerdo o transacción que resultaba de manera directa o indirecta en dicho beneficio” en el contexto de la norma de propósito principal (párrafo 17 del informe).

15. Posibilidad de ofrecer algún tipo de concesión discrecional del beneficio del convenio en virtud de la norma de propósito principal

Cuestión

35. La aplicación de la norma de propósito principal lleva a denegar el acceso a las provisiones del convenio, lo que implica que la renta correspondiente sería gravada de acuerdo a las provisiones relevantes de la legislación interna. En algunos casos, no obstante, podría ser apropiada la concesión del beneficio del convenio. Asuma, por ejemplo, que un contribuyente realiza una transacción elusiva con el propósito de transformar lo que normalmente serían dividendos transfronterizos (gravables en fuente de acuerdo al artículo 10(2)) en una ganancia de capital sobre acciones (exentas de gravamen en fuente de acuerdo al artículo 13(5) del Modelo de Convenio). En tal caso, la aplicación de la norma de propósito principal llevaría a denegar los beneficios del artículo 13(5) pero la administración tributaria podría considerar apropiado aplicar el beneficio del artículo 10(2), lo cual podría hacerse de la misma manera que en la norma de concesión discrecional de la cláusula de limitación de beneficios.

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se espera la sugerencia de ejemplos en los que la concesión discrecional del beneficio del convenio podría estar justificada a la hora de aplicar la norma de propósito principal.

16. Redacción de la norma alternativa de test del propósito principal para “sociedades canalizadoras de rentas” (conduit rule)

Cuestión

36. El párrafo 15 del Comentario sobre la norma de propósito principal (párrafo 17 del informe) incluye una alternativa a dicha norma que los Estados pueden emplear para hacer frente a las estrategias de treaty-shopping (búsqueda del convenio más favorable) comúnmente conocidas como “acuerdos de canalización de rentas”, que no quedarían cubiertas por la cláusula de limitación de beneficios. Se han planteado preguntas en torno a las características de dicha norma (por ejemplo, si el umbral de “todo o prácticamente todo” puede ser demasiado alto, o si la referencia al pago realizado “directa o indirectamente” y “en cualquier momento” puede ser excesivamente amplia). También se sugiere la introducción de ejemplos que ilustren la aplicación de la norma alternativa, en particular para explicar que la norma no está diseñada para aplicarse a una sociedad únicamente porque su política consista en distribuir la mayoría de sus beneficios en forma de dividendos

(pueden encontrarse algunos ejemplos en el anexo al intercambio de notas entre Estados Unidos y Reino Unido en relación a la interpretación de las normas sobre acuerdos de canalización de rentas del convenio de 2001 entre ambos Estados).

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se esperan comentarios sobre las características de la norma “anti-canalización” del párrafo 15 del Comentario sobre la norma de propósito principal (párrafo 17 del informe)

Igualmente se invita a los comentaristas a ofrecer posibles ejemplos para incluir en el Comentario con objeto de ilustrar la aplicación de dicha norma.

17. Lista de ejemplos en el Comentario sobre la norma de propósito principal

Cuestión

37. El párrafo 14 del Comentario sobre la norma de propósito principal (párrafo 17 del informe) ilustra cómo dicha norma sería de aplicación a través de cinco ejemplos. La justificación del resultado en algunos de estos ejemplos puede articularse mejor; además podrían añadirse ejemplos adicionales al Comentario para ofrecer una mayor certeza a los contribuyentes y administraciones tributarias.

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

Se invita a los comentaristas a sugerir ejemplos adicionales que puedan incluirse en el párrafo 14 del Comentario sobre la norma de propósito principal (párrafo 17 del informe). Por ejemplo, se invita a representantes de fondos de inversión a sugerir un ejemplo adicional relativo al uso - no motivado fiscalmente - de las sociedades con propósitos específicos (special purpose vehicle o SPV en inglés) que acumulan inversiones de varios inversores institucionales de diferentes países.

C. Otras cuestiones

18. Aplicación de la nueva norma de desempate (tie-breaker rule) del convenio

Cuestión

38. La nueva norma de desempate que propone el párrafo 39 del informe establece que, en ausencia de acuerdo entre las autoridades competentes, una persona jurídica residente en ambos Estados contratantes conforme al artículo 4(1) “no tendrá derecho a ninguna exención o beneficio fiscal previsto en este convenio salvo en la medida en que pueda quedar acordado por las autoridades competentes de los Estados contratantes”. Será preciso aclarar que, el hecho de que la persona no tenga derecho a los beneficios y exenciones previstos en el convenio no impedirá que la persona

pueda ser considerada residente en cada uno de los Estados contratantes a los efectos del resto de normas del convenio que no ofrecen beneficios o exenciones a dicha persona (por ejemplo, el artículo 15 (2) b)). Podría igualmente ser útil fomentar que las autoridades competentes resuelvan lo antes posible las solicitudes que se hagan de conformidad a la nueva norma.

19. El diseño y la redacción de la norma aplicable a establecimientos permanentes situados en terceros Estados

Cuestión

39. El subapartado A.1 (b)(vii) del informe (en el párrafo 42) incluye una nueva norma anti-abuso en relación a los establecimientos permanentes situados en terceros Estados. Tal y como se encuentra ahora redactada, la norma podría ser demasiado incluyente o excluyente en algunos casos. Se pretende revisar la redacción de dicha norma para abordar tales casos.

Cuestiones donde se invita a realizar comentarios

La norma anti-abuso incluida en el párrafo 42 del informe está actualmente restringida a aquellos casos en que los beneficios del establecimiento permanente están exentos en el Estado de la empresa a la que dicho establecimiento permanente pertenece. ¿Existen otros casos donde la norma debería ser igualmente aplicable?

¿Las excepciones previstas en los subpárrafos e) y f) de la norma anti-abuso son suficientes para abordar los casos en los que la norma, de otra manera, afectaría a transacciones que no están fiscalmente motivadas?

¿Estas excepciones hacen surgir potenciales preocupaciones BEPS?

20. Comentario propuesto sobre la interacción entre convenios y normas internas anti-abuso

Cuestión

40. El subapartado A.2 del informe (párrafo 49) incorpora cambios al Comentario al artículo 1 con intención de clarificar que la inclusión en los convenios de la nueva norma general anti-abuso propuesta por el informe no afectará a las conclusiones reflejadas en el Comentario al artículo 1 en lo que respecta a la interacción entre convenios y normas generales anti-abuso. Dichas conclusiones seguirán siendo aplicables, en particular en relación a los convenios que no incorporen la nueva norma general anti-abuso, y se prevé revisar los cambios propuestos en el párrafo 49 para aclarar este hecho y para cubrir de manera más general la cuestión de los potenciales conflictos entre convenios y legislación interna.

41. Además, como menciona el párrafo 5 del informe, los cambios al Comentario propuesto en el párrafo 49 del informe requerirán ser revisados para “tener en cuenta las recomendaciones para el diseño de nuevas normas internas que puedan resultar de los trabajos en otras acciones del plan BEPS, en particular de la acción 2 (neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos), 3 (refuerzo de la normativa CFC), 4 (limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros) y 8, 9 y 10 relativas a precios de transferencia.

42. También serán necesarios cambios adicionales en el Comentario al artículo 1 y a otros artículos para reflejar la inclusión de las diferentes normas anti-abuso previstas en el informe (por ejemplo, el ejemplo de cláusula de limitación de beneficios que ahora se encuentra en el párrafo 20 del Comentario al artículo 1 será eliminada como resultado de la inclusión de la cláusula de limitación de beneficios del subapartado A.1(a)(i) del informe).

Cuestión donde se invita a realizar comentarios

Además de los cambios descritos arriba, ¿hay otras clarificaciones o adiciones que deban hacerse a los Comentarios propuestos en el párrafo 49 del informe?