



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Economía e Empresa

Traballo de
Fin de Grao

La doble imposición
jurídica
internacional

Y su tratamiento en la
Directiva comunitaria matriz-
filial

Pablo Neira Eiras

Titores: Ignacio Fernández
Fernández e María Milagros
Sieiro Constenla

Simultaneidade do Grao en Dereito e o Grao en ADE

Ano 2021

Resumen

Convenios bilaterales, modelos de convenio, legislación europea y multitud de publicaciones académicas prueban que la doble imposición jurídica internacional es un fenómeno digno de interés en los ámbitos fiscal y empresarial. Su importancia se debe, como veremos a lo largo de este trabajo, a la gravedad de sus efectos y al gran número de medidas pensadas para evitarlos. Muchos autores han tratado el tema a lo largo de los años; sin embargo, la proliferación de los grupos empresariales multinacionales y la crisis de los conceptos clásicos de residencia fiscal y establecimiento permanente causada por la globalización y los avances tecnológicos lo hacen de plena actualidad. En las páginas que siguen, trataremos los aspectos más relevantes de esta doble tributación y las maneras de corregirla, poniendo especial atención en la Directiva comunitaria matriz-filial, y aportaremos nuestro punto de vista sobre ellos.

Palabras clave: Doble imposición jurídica internacional; Directiva matriz-filial; Convenio de doble imposición; OCDE; Residencia fiscal; Establecimiento permanente.

Abstract

Bilateral conventions, model conventions, European legislation and a multitude of academic publications prove that international juridical double taxation is a phenomenon worthy of interest in the tax and business spheres. Its importance is due, as we will see throughout this paper, to the seriousness of its effects and the large number of measures designed to avoid them. Many authors have dealt with the subject over the years; however, the proliferation of multinational business groups and the crisis of the classic concepts of tax residence and permanent establishment caused by globalisation and technological advances make it highly topical. In the following pages, we will deal with the most relevant aspects of this double taxation and the ways to correct it, paying special attention to the EU parent-subsidiary Directive, and we will provide our point of view on them.

Keywords: International juridical double taxation; Parent-subsidiary Directive; Double taxation convention; OECD; Tax residence; Permanent establishment.

Índice

I. Abreviaturas empleadas	6
II. Introducción: objetivos y metodología	7
III. La doble imposición jurídica internacional en el plano societario.....	8
1. Concepto y supuestos en los que tiene lugar.....	8
1.1. La doble imposición jurídica internacional	8
1.2. Principales supuestos en el plano societario	9
2. Los conflictos causantes de la doble imposición jurídica internacional.....	10
2.1. Conflicto entre criterios de sujeción.....	10
2.1.1. Criterio de residencia	11
2.1.2. Criterio de la fuente.....	12
2.2. Conflicto de leyes tributarias	12
2.3. Conflicto de doble residencia	13
2.3.1. La residencia fiscal de las sociedades: concepto y obsolescencia	15
2.3.2. La resolución del conflicto en el Modelo de Convenio de la OCDE	17
3. La importancia de eliminar la doble imposición jurídica internacional.....	22
IV. Los convenios de doble imposición como medio clásico de solución	24
1. Aspectos fundamentales de los convenios.....	24
1.1. Naturaleza y funciones.....	24
1.2. Clases de convenios	26
1.3. Contenido típico	26
1.3.1. Corrección de la doble imposición internacional.....	26
1.3.2. Cláusulas favorables a los países en vías de desarrollo	27
1.3.3. Fórmulas para evitar el <i>tax treaty shopping</i>	28
2. El Modelo de la OCDE y sus Comentarios.....	29
2.1. Naturaleza jurídica	29
2.2. Los métodos correctores de la doble imposición jurídica internacional.....	30
2.2.1. Método de exención	30
2.2.2. Método de imputación o crédito fiscal.....	32
3. Inconvenientes de los convenios de doble imposición	34
V. Tratamiento, a nivel comunitario, en la Directiva matriz-filial (2011/96/UE)...	36
1. Introducción: antecedentes, naturaleza y objeto de la Directiva	36
1.1. El camino hacia la Directiva matriz-filial	36

1.2.	Naturaleza y objeto de la Directiva	38
2.	Sociedades afectadas.....	40
2.1.	La condición de “sociedad de un Estado miembro”	40
2.2.	La relación matriz-filial.....	42
2.3.	Los establecimientos permanentes	43
2.3.1.	Concepto de establecimiento permanente	44
2.3.2.	Problemática asociada al establecimiento permanente	47
3.	Rentas afectadas: el concepto de “distribución de beneficios”	54
4.	La eliminación de la doble imposición jurídica internacional.....	56
VI.	Conclusiones	59
VII.	Bibliografía.....	62
1.	Referencias consultadas.....	62
2.	Normativa citada	69

I. Abreviaturas empleadas

BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CDI	Convenio de doble imposición
ED	Economía digital
EP	Establecimiento permanente
MCOCDE	Modelo de Convenio de la OCDE
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
UE	Unión Europea

II. Introducción: objetivos y metodología

La doble imposición jurídica internacional se ha erigido tradicionalmente en un serio obstáculo a las transacciones entre empresas radicadas en Estados diferentes, perjudicando tanto a las sociedades sometidas a gravámenes injustos y excesivos como, en último término, a la economía mundial, por desincentivar este tipo de operaciones comerciales. Los efectos de este fenómeno se hacen si cabe más perniciosos si los contemplamos a través del prisma de la globalización que, junto con el desarrollo tecnológico, lleva años caracterizando y marcando el devenir del mundo empresarial.

Los distintos Estados, así como organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), conscientes de las graves consecuencias que supondría no combatir esta doble tributación, llevan décadas diseñando y poniendo en práctica diversas medidas destinadas a erradicarla. En este contexto, y toda vez que dichas medidas tienen sus respectivos pros y contras, el presente trabajo pretende cumplir –a juego con el tema que nos ocupa– un doble objetivo.

Así, en primer lugar, buscaremos comprender y plasmar de forma clara y concisa los aspectos fundamentales de la doble imposición jurídica internacional desde el punto de vista de la empresa, centrándonos especialmente en el análisis en profundidad de las causas que la desencadenan. Hecho esto, abordaremos la presentación y valoración de los principales instrumentos empleados a nivel global y en el marco de la Unión Europea (en adelante, UE) para eliminar esta doble tributación, empezando por la vía del convenio de doble imposición (en adelante, CDI) y estudiando finalmente el contenido de la Directiva comunitaria matriz-filial.

Para ello, recurriremos tanto a la revisión bibliográfica de publicaciones doctrinales firmadas por expertos en la materia como al análisis de la normativa al efecto, con destacada mención de los trabajos de la OCDE y de la propia Directiva matriz-filial.

III. La doble imposición jurídica internacional en el plano societario

1. Concepto y supuestos en los que tiene lugar

1.1. La doble imposición jurídica internacional

La distinción entre el concepto de doble imposición jurídica internacional y el de sus hermanas económica e interna resulta fundamental para acotar completamente el objeto de estudio de este trabajo. Así, aunque todos estos fenómenos derivan de la noción genérica de doble imposición y presentan notas comunes –como la concurrencia de tributos de igual o similar naturaleza y su coincidencia en el mismo período impositivo (Gómez de la Torre Del Arco, 2016, p. 406)–, es menester hacer hincapié en este punto en sus principales aspectos diferenciadores.

Comenzando por la dicotomía jurídica/económica, la doctrina viene tradicionalmente señalando que la doble tributación jurídica se caracteriza por la coincidencia del sujeto pasivo en los impuestos que concurren, no existiendo tal identidad en la doble imposición económica (como muestra, Borrás Rodríguez, 1974, p. 252). Sin embargo, este parecer no es unánime, habiendo autores como Simón Acosta (2017, p. 144) que defienden la apreciación de doble tributación jurídica en supuestos que, como veremos, afectan a más de un contribuyente. Por su parte, la distinción entre doble imposición interna e internacional sí que carece de controversia al radicar, simplemente, en el hecho de que concurren o no los sistemas tributarios de más de un Estado.

Vistas estas diferencias, y ante la necesidad de partir de una definición clara y sólida de lo que es la doble imposición jurídica internacional, resulta oportuno plasmar la enunciada por una voz más que autorizada en la materia como es Calderón Carrero (2005). Así, tal y como recoge Neira Regueiro (2017, p. 9), este fenómeno tiene lugar *“cuando dos (o más) entes jurídico-públicos autónomos dotados de poder tributario independiente a nivel internacional yuxtaponen impuestos idénticos o análogos sobre un mismo hecho imponible realizado en un mismo momento temporal, gravando al*

mismo contribuyente y objeto imponible, de manera que, a la postre, resulta una carga fiscal global superior a la que se originaría si dicho hecho imponible se hubiera realizado con sujeción a un solo sujeto activo". La expresión "o más", que puede resultar llamativa, hace simplemente referencia a la posibilidad de existencia de una triple imposición jurídica internacional, posibilidad también constatada por Simón Acosta (2017, p. 152).

1.2. Principales supuestos en el plano societario

Como vemos, la definición reseñada es notablemente clarificadora. No obstante, no se muestra completa a los efectos que nos ocupan si no va acompañada de la serie de casos en los que la doble imposición jurídica internacional afecta a las sociedades. Cubriremos este déficit recurriendo nuevamente a Simón Acosta (2017, p. 142). Según dicho autor, en términos generales, esta clase de doble tributación puede darse bien cuando colisionan dos Estados en virtud de cuya normativa la sociedad contribuyente es considerada residente en ellos; bien cuando existe un único Estado de residencia posible pero dicha sociedad obtiene rentas en otro Estado que –como fuente de las mismas– también pretende gravarlas; o bien cuando son dos los "Estados-fuente" que someten a gravamen las rentas obtenidas en sus respectivos territorios, sumándose esta tributación a la del Estado de residencia de la entidad. Este último supuesto sería el ya mencionado de triple imposición jurídica internacional.

Conviene destacar aquí que, como ya introdujimos al definir la doble tributación que nos concierne, el término "contribuyente" puede hacer referencia a más de una sociedad aunque la definición clásica hable de identidad de sujeto pasivo. Para Simón Acosta (2017, pp. 146-149), hay que seguir hablando de doble imposición jurídica internacional pese a la pluralidad de sujetos pasivos en situaciones concretas en las que *"son simples razones de técnica tributaria las que determinan la diversidad de sujetos sobre los que jurídicamente se impone la obligación tributaria"*. Más concretamente, nos referimos a los casos en los que el Estado donde una sociedad no residente obtiene rentas impone una retención (*withholding tax*) al pagador de las mismas o en los que las discordancias en la calificación jurídica de ciertas entidades por parte de los distintos Estados intervinientes en la doble imposición provocan que las rentas objeto de gravamen se imputen a sujetos distintos en cada territorio. Dicha

situación es la que se da cuando, en virtud de la legislación de un país, cierta entidad posee personalidad jurídica pero, para el otro, carece de ella.

2. Los conflictos causantes de la doble imposición jurídica internacional

Expuestos ya los principales casos en los que las sociedades pueden sufrir una doble imposición jurídica internacional, vemos que el motivo último subyacente a los mismos es un conflicto entre Estados que, dependiendo del supuesto concreto, puede ser de una naturaleza u otra. Así, existen dobles tributaciones originadas por la discordancia entre los diferentes criterios de sujeción de las rentas, dobles tributaciones causadas por las diferencias entre Estados a la hora de determinar las bases imponibles y dobles tributaciones debidas a la falta de una definición única de residencia, que da lugar a los denominados “conflictos de doble residencia”.

2.1. Conflicto entre criterios de sujeción

Como acabamos de apuntar, existen varios criterios aplicables para determinar qué rentas se gravan y cuáles no, y los distintos Estados son libres de decantarse por unos u otros. En concreto, tales criterios son el de residencia, el de la fuente y el de la nacionalidad, aunque este último tiene muy poco peso en comparación con los dos primeros. De este modo, y centrándonos ya en dichos dos primeros, tradicionalmente se ha hablado de una “*superposición en el espacio de dos ámbitos de imposición*” (Del Arco Ruete, 1977, p. 48) para referirse a los criterios de residencia y de la fuente, siendo más preciso definirlos –respectivamente– como un criterio de carácter personal frente a otro de carácter real (Zubimendi Cavia, 2018, p. 209).

Tal y como expone García De Pablos (2018, p. 120), la naturaleza de cada uno de los criterios se construye sobre el tipo de relación del contribuyente –en este caso, una sociedad– con el Estado que esté en disposición de gravar las rentas que éste obtenga. Así, el criterio personal o de residencia se basa en una relación de carácter estable y el criterio real o de territorialidad se asocia a una relación más esporádica. En todo caso, el hecho de que se sostenga esta variedad de criterios se debe a la lógica voluntad de los distintos Estados de obtener la mayor recaudación dentro de

sus posibilidades (Martínez Ferreiro, 2014, p. 24). La consecuencia última de ello es, como venimos apuntando, la controversia que se origina cuando una sociedad residente en un país en el que tributa, como ahora veremos, por su renta mundial, obtiene rentas en el extranjero que son también gravadas en el Estado en el que se generan (Sánchez García, 2000, p. 2).

2.1.1. Criterio de residencia

El sistema basado en la residencia es, recordemos, uno de los más habitualmente empleados por los distintos Estados para determinar qué entidades deberán tributar en ellos. Su funcionamiento se basa en la aplicación del principio de renta mundial o *worldwide income taxation* (Almonacid Larena, 2018, p. 9), en virtud del cual las sociedades consideradas contribuyentes por un Estado por ser residentes en él tributan allí por todas sus rentas, con independencia del lugar donde éstas se hubieran generado. En consecuencia, estamos ante el criterio predilecto de los países que exportan capital.

Siguiendo a Sánchez de Castro Martín-Luengo (2018, p. 230), podemos dividir el criterio de residencia entendido en sentido absoluto en tres subsistemas, operando cada uno de ellos en determinados Estados. Así, países como Estados Unidos o China optan por una tributación mundial plena, mientras que otros como Rusia o Japón excluyen de la misma los dividendos provenientes del extranjero y un último grupo –en el que se integra España– excluye además las rentas que se atribuyan a cualquier establecimiento permanente (en adelante, EP) sito en el extranjero. Estas exclusiones facilitan, precisamente, la evitación de la doble imposición en lo tocante a dichas rentas.

La aplicación de este sistema, en cualquiera de sus vertientes, encuentra justificación en el hecho de que, partiendo de la base de que la condición de residente de una sociedad en un determinado país se traduce en la práctica en una relación estable y continuada con él, dicha entidad se estará beneficiando de los servicios públicos proporcionados por tal Estado de residencia (García de Pablos, 2018, p. 120). Además, como bien indica Lucas Durán (2018, p. 15), también será en dicho Estado donde se localicen los principales gastos en los que la sociedad incurra durante el

ejercicio. Por tanto, que su renta mundial tribute allí facilita la adecuada compensación de gastos e ingresos.

2.1.2. Criterio de la fuente

El sistema basado en la fuente, por contra, consiste en el gravamen por un Estado de las rentas obtenidas por el contribuyente dentro de su territorio, con independencia de que dicho sujeto pasivo tenga su residencia en otro Estado distinto (Zubimendi Cavia, 2018, p. 210). Vemos, por tanto, que este criterio convierte a una sociedad en contribuyente a ojos del Estado que lo aplica en el momento en que tal sociedad obtiene rentas en él. Así, nos hallamos ante el sistema preferido por los países que importan capital y, en definitiva, ante la contraparte del criterio de residencia antes expuesto.

Al igual que en el caso anterior, Sánchez de Castro Martín-Luengo (2018, p. 231) constata las diferencias entre países; ahora entre los que aplican una territorialidad plena (como Hong Kong o Panamá), gravando única y exclusivamente las rentas generadas en sus respectivos territorios, y los que adoptan este sistema de un modo más laxo. En esta ocasión, para hallar la justificación del mismo hay que acudir a criterios más próximos a la justicia material. Así, se puede defender que es más justo que las sociedades tributen donde obtengan rentas y en la medida en que lo hagan, y no en función de dónde ubiquen su residencia –lo que, como veremos, puede tener un carácter mucho más formal–.

2.2. Conflicto de leyes tributarias

Una vez analizados los aspectos fundamentales del conflicto entre criterios de sujeción como causa de la doble imposición jurídica internacional de las rentas obtenidas por las sociedades, pasamos a la segunda clase de controversias generadoras de esta doble tributación: el conflicto de leyes tributarias. Éste se refiere, como ya hemos adelantado, a las diferencias entre países al establecer qué rentas han de integrarse en la base imponible a gravar y cuáles no.

Tales diferencias pueden manifestarse de diversas formas. Así, una posibilidad consiste en que varios Estados consideren que una determinada renta se ha generado

en su territorio y, por tanto, son ellos quienes tienen derecho a gravarla (Sánchez García, 2000, p. 3). Como se aprecia, en estos supuestos el problema no está en el concepto de renta o de base imponible que emplee cada país, sino en el plano propiamente territorial. En cambio, en otros casos, el núcleo de la cuestión sí que radicará en dichos conceptos. Así ocurre cuando la doble imposición deriva de la integración de una misma renta en la base imponible del impuesto societario de más de un Estado a causa, por ejemplo, de la respectiva aplicación a esa renta de varias de las múltiples definiciones del término “beneficios” que existen y se emplean al efecto a nivel internacional (Martínez Ferreiro, 2014, p. 25).

2.3. Conflicto de doble residencia

El último conflicto que trataremos y, a su vez, el que más espacio tendrá en este estudio, es el de doble residencia. Como su propio nombre indica, tiene lugar cuando dos Estados que aplican el criterio de sujeción basado en la residencia consideran residente y, por ende, sujeto pasivo, a una persona –jurídica, hablando de sociedades–; ello a pesar, por supuesto, de que la residencia fiscal sólo se pueda ubicar realmente en un único país (Almonacid Larena, 2018, p. 66).

El origen del problema está en la falta de un concepto unificado de residencia fiscal. Tanto la OCDE a nivel mundial como la UE en el plano comunitario remiten dicho concepto, en último término, a la legislación interna de cada Estado (Ferrerías Gutiérrez, 2018, p. 30). Si bien, y como veremos detalladamente más adelante, el Modelo de Convenio de la OCDE (en adelante, MCOCDE) dispone una serie de reglas de desempate, éstas sólo operan una vez nacida la controversia (Lucas Durán, 2018, p. 21). Así, solamente son de aplicación en caso de que la remisión a la normativa interna acabe por generar la atribución de la residencia fiscal de una sociedad por parte de más de un Estado, dando pie a la posibilidad de doble imposición (Soto Bernabeu, 2018, p. 341) en lugar de evitarla de entrada.

Es opinión extendida en la doctrina la consideración de que la doble imposición jurídica internacional que se origina en casos no resueltos de doble residencia reviste mayor gravedad que cualquier otra (por ejemplo, Sánchez García, 2000, p. 3), tanto en lo práctico como en lo teórico. En la práctica porque, como se extrae de lo ya explicado, la doble tributación afectaría en estos supuestos a la renta mundial de la

sociedad considerada contribuyente, que sería gravada por completo en más de un Estado (Lucas Durán, 2018, p. 21). En la teoría, a su vez, porque sería fruto de la errónea calificación de una sociedad como residente en un país con el que apenas mantuviese vínculos reales más allá de meros formalismos como el haber sido constituida allí, aunque no generase renta alguna en tal Estado (Zubimendi Cavia, 2018, pp. 219-220).

Como vemos, y como ya habíamos adelantado, la condición de residente en un país viene marcada en muchas ocasiones por criterios puramente formales. Ello, además de abrir la puerta a la doble imposición, puede suponer ciertos beneficios fiscales para determinadas sociedades. Estamos, pues, ante las dos caras de una misma moneda y, si bien el limitado espacio no permite que nos detengamos demasiado en ésta, resulta conveniente al menos mencionarla. Tal y como apunta Sánchez de Castro Martín-Luengo (2018, pp. 237-239), las sociedades pueden forzar su consideración de residentes fiscales en Estados que les vayan a proporcionar alguna ventaja, como puede ser una menor retención o el acceso a convenios fiscales favorables. Hablamos, en este último caso, de *tax treaty shopping*; esto es, del aprovechamiento de habilitaciones legales para alcanzar los beneficios propios de un convenio al que la sociedad en cuestión no tendría acceso de modo natural.

Cabe plantearse, llegados a este punto, si el hecho de forzar el traslado de la residencia fiscal a un Estado en el que la tributación sea más acorde a los intereses de la sociedad mediante, por ejemplo, la deslocalización de su sede de dirección efectiva (concepto en el que profundizaremos más adelante) es legal o no. Lo primero que hay que tener en cuenta a este respecto es que *“todo contribuyente tiene el derecho de gestionar su patrimonio de forma que se le permita minorar la carga tributaria”*. Así, hablar de planificación fiscal –en contra de la creencia popular– no es sinónimo de hablar de conducta ilícita. La clave está en la realidad o artificialidad de los supuestos hechos que integran esa planificación. En el caso, volviendo al ejemplo de la deslocalización de la sede, de que el traslado sea cierto y no una simple apariencia, no contravendrá normativa alguna. Sea como fuere, insistimos, ni la posible doble imposición ni las posibles ventajas ilícitas tendrían lugar si se adoptara una definición única de residencia fiscal para las sociedades que evitase la necesidad de acudir continuamente a los ordenamientos internos. No olvidemos que, como bien trae a colación Ferreras Gutiérrez (2018, p. 30), ya en la década de los 40 se incluyeron

definiciones autónomas del concepto de domicilio fiscal en los Modelos de la Liga de Naciones de México y Londres. Mientras tanto, deberemos seguir profundizando en los recovecos de la residencia fiscal de las sociedades.

2.3.1. La residencia fiscal de las sociedades: concepto y obsolescencia

Empezaremos, al hilo de lo que ya venimos tratando, por abordar el concepto de residencia fiscal. Con ello nos referimos a exponer los trazos fundamentales que configuran su esencia ya que, recordemos, los diversos Estados son libres de aplicar definiciones diferentes de la misma a falta de unos requisitos comunes a nivel internacional para su consideración. A este respecto, hay que destacar en primer lugar que, más allá de que la justificación subyacente a cualquier definición de residencia fiscal sea la determinación del Estado con el que la sociedad de que se trate esté más vinculada y en el que tenga, por tanto, el deber de contribuir a sufragar los servicios públicos (Lucas Durán, 2018, p. 19), la intención de los países que –siguiendo el criterio de sujeción basado en la residencia– aplican el principio de renta mundial siempre será regular dicha residencia de un modo que atraiga y comprenda al mayor número de sociedades posible (Vilches De Santos, 2018, p. 69).

En este sentido, el comportamiento de los Estados en su intento de atraer potenciales contribuyentes se asemeja al de las empresas que utilizan la planificación fiscal para, como ya hemos visto, obtener ventajas a la hora de tributar. Nos referimos con esto a que, en ambos tipos de conducta, los límites entre lo aceptable y lo ilícito se difuminan. Si bien, en principio, los Estados gozan de bastante discrecionalidad para configurar el régimen de residencia fiscal que más les convenga, se aprecia una degeneración en la tradicional competencia entre países que origina la denominada “competencia fiscal perniciosa”. Se generan así unos regímenes fiscales exageradamente beneficiosos para las empresas, regímenes que muchas veces se basan en criterios excesivamente formales a la hora de fijar la residencia de estas sociedades. Como apunta Sanz Gadea (2018, p. 38), regular el domicilio fiscal de las compañías sin asociarlo a elementos materiales supone una invitación a la creación de sociedades artificiales e instrumentales con el único objetivo de reducir la tributación de los grandes grupos. Vemos, pues, que en estos casos el ansia recaudatoria de algunos Estados conlleva una menor tributación societaria a nivel mundial, facilitando que las empresas incurran en *tax treaty shopping* y no siempre de forma lícita (Lucas Durán, 2018, p. 24).

La generación de conflictos de doble residencia no es, por tanto, el único problema derivado de la pluralidad de formas de definir la residencia fiscal según el Estado de que se trate. En consecuencia, como ya hemos comentado y siguiendo a la corriente doctrinal que aboga, cuanto menos, por la búsqueda de un consenso en el ámbito comunitario para homogeneizar el concepto de residencia fiscal en los Estados miembros de la UE –recuperando así la propuesta planteada por la Comisión Europea en 2011– (por ejemplo, Soto Bernabeu, 2018, p. 356), entendemos que sería conveniente llevar a cabo tal homogeneización al más amplio nivel posible. Es cierto que otra parte de la doctrina traslada el peso de la resolución de todos estos inconvenientes a las ya mencionadas reglas de desempate o *tie-breaker rules* (Gil García, 2018a, p. 379). Sin embargo, lo hace por considerar que el consenso necesario para adoptar una definición única de la residencia fiscal de las sociedades resulta inviable. A nuestro entender, que la idea sea difícil de materializar no implica que no sea la mejor opción, por lo que habría que buscar la consecución de tal consenso y sólo seguir acudiendo al desempate en caso de fracasar en el intento, aceptando en todo caso que no es la solución óptima.

La falta de un criterio unívoco para la determinación de la residencia fiscal, por si fuera poco, no es el único punto flaco del sistema basado en ella. Como bien constata Zubimendi Cavia (2018, p. 208), dicho sistema y su contraparte construida sobre la fuente de las rentas se extendieron en un momento histórico (los comienzos del siglo XX) en el que el contexto empresarial era muy diferente al actual. Así, frente a la confluencia en un mismo territorio de domicilio social, actividades económicas y accionariado que era habitual por aquel entonces, se han producido –*grosso modo*– dos cambios fundamentales.

En primer lugar, el fenómeno de la globalización ha tenido, como no podía ser de otra manera, una gran influencia en el modo de crecer de las empresas. A este respecto, García Novoa (2010, p. 12) define dicho fenómeno como “*la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales*”. Esta tendencia ha sido, es y será de tal calado que conlleva importantes consecuencias tanto en el plano público –ya en 2002, autores como Caamaño Anido y Calderón Carrero advirtieron de la posibilidad de una transformación profunda de los sistemas tributarios a raíz de la globalización (p. 179)– como en el privado. Centrándonos en este último, está claro que el fenómeno

globalizador ha generado ya un aumento de la competencia internacional entre empresas (Vallejo Chamorro, 2005, p. 148). Es en este contexto donde el papel tradicional de la residencia fiscal como elemento determinante de la sujeción tributaria se empieza a tambalear, eclipsado por la facilidad de constitución de filiales y EPs en territorios de fiscalidad más favorable para las sociedades y por el habitual desplazamiento de los factores productivos (Botella García-Lastra, 2018, p. 83).

En segundo lugar, la economía digital (en adelante, ED) viene provocando grandes cambios en los últimos años. Así, los avances tecnológicos en materia, principalmente, de comunicaciones y de almacenamiento de datos abren nuevas e importantes posibilidades al mundo empresarial. Autores como Sánchez-Archidona Hidalgo (2016, pp. 131-132) dan incluso por superada la internacionalización de las sociedades vía filial o EP que acabamos de exponer, dejándola ya en segundo plano frente a la centralización de funciones y la expansión exclusivamente digital. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que tanto este crecimiento de la ED como la globalización antes mencionada hacen necesaria una adecuación a los tiempos de los tradicionales criterios de sujeción y, por ende, de la forma de entender la residencia fiscal de las sociedades (Monreal Lasheras y Viejo Madrazo, 2018, p. 399). Respecto a esta última, Lucas Durán (2018, p. 37) hace hincapié en que, ahora más que nunca, debe estar fundada en circunstancias materiales y no meramente formales para así dificultar los comportamientos elusivos que globalización y digitalización tienden a facilitar sobremanera.

2.3.2. La resolución del conflicto en el Modelo de Convenio de la OCDE

Las páginas dedicadas a explicar los aspectos fundamentales de la residencia fiscal societaria –y las dudas que suscita, actualmente, la aplicación del criterio de sujeción basado en ella– no nos deben hacer olvidar que todo ello está supeditado, en este estudio, al análisis de los conflictos de doble residencia como causa de doble imposición jurídica internacional. Volviendo, pues, a centrarnos en ellos, pasamos ahora a tratar cómo la OCDE intenta solucionarlos por medio de su Modelo de Convenio. Si bien, recordemos, nuestro trabajo está más focalizado en el ámbito de la UE que en el mundial, es dicho MCOCDE el que recoge las fundamentales reglas de desempate que ya hemos mencionado con anterioridad.

Estas *tie-breaker rules*, en lo que a las sociedades se refiere, se hallan en el artículo 4.3 del citado Modelo. Dicho precepto establece que la forma de dirimir los conflictos de doble residencia es determinar dónde se encuentra la sede de dirección efectiva de la empresa en cuestión. Vemos, de este modo, que el concepto de “sede de dirección efectiva” que ya introdujimos al comentar la normativa española tiene también especial relevancia en el ámbito del *soft law* internacional. Sin embargo, hablamos de “reglas de desempate” (en plural) porque, como veremos, en los últimos años ha ido cobrando fuerza la resolución de conflictos vía procedimiento amistoso entre las partes como alternativa a la regla tradicional.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la determinación del Estado de residencia fiscal de una sociedad por medio del MCOCDE sólo afecta al contenido de los convenios que se suscriban siguiendo este Modelo, por lo que una sociedad podrá seguir siendo considerada contribuyente por más de un Estado a otros efectos (Álvarez Barbeito y Calderón Carrero, 2010, p. 40). Por tanto, que la OCDE aporte soluciones al conflicto no significa que otros entes –como, en nuestro caso, la UE– no deban moverse en su ámbito de actuación para contribuir a la eliminación de la controversia y, en último término, de la doble tributación que ésta conlleva (Herrera Molina, 2013, citado por Selma Penalva, 2017, p. 120).

Como acabamos de indicar, el artículo 4.3 MCOCDE dispone que, en caso de que una persona jurídica sea considerada residente por los dos –hablando de tratados bilaterales– Estados contratantes de un convenio de doble imposición, sólo lo será realmente en aquel país donde se halle su sede de dirección efectiva. Hay que destacar, llegados a este punto, que la definición adoptada por la OCDE de “sede de dirección efectiva” se halla recogida en los Comentarios a dicho precepto y se basa en el concepto de *key management*. Así, esta sede estará en “*el lugar donde se toman de hecho las decisiones comerciales clave y las decisiones de gestión necesarias para llevar a cabo el conjunto de las actividades empresariales o profesionales de la entidad*”, habiendo que considerar a estos efectos “*todos los hechos y circunstancias pertinentes*”.

El problema de esta definición, además del limitado alcance que ya hemos comentado, es que –al igual que la idea de residencia fiscal societaria en sentido amplio– se ha visto afectada por la globalización y el auge de la economía digital. Como

consecuencia de ello, no son pocos los autores que consideran que, en el contexto actual, la noción de sede de dirección efectiva está incluso “desvirtuada” (Lucas Durán, 2018, p. 25). Acudiendo nuevamente a los Comentarios al MCOCDE, vemos que entre los aspectos a tener en cuenta para ubicar el *key management* de las empresas se mencionan “*dónde se celebran habitualmente las reuniones de su consejo de administración u órgano similar, desde dónde realizan habitualmente sus funciones el consejero delegado y los altos ejecutivos, desde dónde se realiza la alta gestión cotidiana, dónde está situada su oficina central, qué legislación nacional rige su situación jurídica, dónde están archivados sus documentos contables (...)*”.

De acuerdo de nuevo con Lucas Durán (2018, p. 25), entendemos aquí que el progreso de la tecnología ya no sólo en lo referido a ED, sino también en cuanto a plataformas de información y comunicación, pone en jaque la correcta ubicación de las citadas situaciones. Como prueba de ello, no hay más que atender a lo que viene siendo habitual desde el inicio de la pandemia de COVID-19 y muy posiblemente lo siga siendo en el futuro; esto es, las reuniones vía videoconferencia y el teletrabajo, que dan lugar a que las actividades de muchas empresas, especialmente si hablamos de multinacionales, se repartan entre múltiples territorios a todos los niveles.

Considerando esta tendencia, cobra mucho sentido traer a colación el planteamiento de Ferreras Gutiérrez (2018, p. 27) de que puedan existir varias sedes de dirección efectiva dentro de una misma sociedad. Si a ello le sumamos la mayor facilidad que, a causa de la digitalización, se encuentran las empresas a la hora de alterar artificialmente la ubicación de dichas sedes, podemos concluir que ni su determinación es tan sencilla como cabría desear ni puede ser hoy día tan concluyente como antaño. A este respecto, Zubimendi Cavia (2018, p. 217) manifiesta incluso que “*es francamente difícil afirmar que la sede de dirección efectiva pueda manifestar un nexo real y personal lo suficientemente fuerte para legitimar al Estado en su pretensión de gravar la renta mundial*”.

Estas dudas en torno a la sede de dirección efectiva no se han quedado en el ámbito doctrinal, sino que han trascendido y tenido repercusión en el propio MCOCDE. Así, en la modificación del Modelo publicada en 2017, la OCDE aboga, como detallaremos más adelante, por la búsqueda del consenso entre los Estados para resolver los conflictos de doble residencia societaria, quitando peso de este modo a la

determinación de la sede de dirección efectiva (Almonacid Larena, 2018, p. 7). Dicho cambio de rumbo plasmado en el Modelo es acorde a la postura adoptada por la propia OCDE en su Plan de Acción *Base Erosion and Profit Shifting* (en adelante, BEPS), orientado –a muy grandes rasgos– a combatir la elusión fiscal por parte de las empresas. De hecho, el informe final de la Acción 6 BEPS (titulada “Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales”) establece una distinción entre el concepto de “sede principal de dirección o control” y el de “sede de dirección efectiva”, limitando este último al lugar donde se lleve a cabo la gestión cotidiana de una determinada sociedad (Sanz Gadea, 2018, p. 36). Vemos, en definitiva, que la determinación de la sede de dirección efectiva ha perdido fuerza a ojos de la OCDE en lo relativo a la resolución de conflictos de doble residencia societaria. Sin embargo, sí que mantiene su vigencia como elemento clave para definir la residencia antes de apreciar la concurrencia de conflicto (Sanz Gadea, 2018, p. 37).

El cambio de criterio que acabamos de exponer, no obstante, no ha sido incondicionalmente aceptado por todos los Estados que se guían por el MCOCDE. Estas reticencias se deben principalmente a las incertezas que, a su vez y como veremos, presenta el procedimiento amistoso ahora preferido por la OCDE. En consecuencia, estos países discrepantes defienden el mantenimiento del tradicional criterio basado en la ubicación de la sede de dirección efectiva, sosteniendo la posibilidad de interpretar tal concepto de un modo que dificulte las prácticas de elusión fiscal. Argumentan, además, que el recurso a la sede de dirección efectiva para resolver conflictos de doble residencia resulta más eficiente en la mayoría de los casos, siendo asimismo compatible con el procedimiento amistoso si fuera conveniente acudir también a él. Para no contrariar a dichos Estados, la OCDE ha optado por mantener el criterio original de resolución del conflicto como cláusula alternativa a la vía del consenso (Ferrerías Gutiérrez, 2018, p. 29).

Deteniéndonos ahora en esta “vía del consenso”, hay que apuntar en primer lugar que si bien, como ya hemos comentado, su actual posición de preeminencia como regla dirimente en casos de doble residencia fiscal deriva del Plan de Acción BEPS –siendo, de hecho, una de las pocas menciones a la residencia fiscal contenidas en dicho Plan (Sanz Gadea, 2018, p. 36)–, su origen es anterior a éste. Así, hay que remontarse al año 2008 para encontrar la primera referencia al procedimiento amistoso en el MCOCDE. En concreto, fue el comentario 24.1 al ya reiterado artículo 4 MCOCDE el

que recogió la posibilidad de resolver los conflictos de doble residencia mediante acuerdos entre Estados. Hemos de destacar, no obstante, que dicha posibilidad se introdujo entonces como cláusula alternativa al criterio imperante en aquel momento – la determinación de la sede de dirección efectiva de la empresa en cuestión– (Ferrerías Gutiérrez, 2018, p. 26).

Tal y como apunta también Ferrerías Gutiérrez (2018, p. 26), la introducción en 2008 del procedimiento amistoso, aunque por aquel entonces no tuviera el peso de hoy en día, respondió a la idea de algunos Estados de que los conflictos de doble residencia referidos a sociedades debían ser resueltos caso a caso. Como se puede apreciar, dicha idea ha terminado por imponerse de la mano de las debilidades propias del concepto de sede de dirección efectiva. Sin embargo, ello no quiere decir –como ya hemos adelantado– que el procedimiento amistoso no tenga defectos ni que goce de aceptación unánime en la doctrina. Prueba de esto último son opiniones como la de Soler Roch (2018, p. 52) que, aunque entiende que la vía consensuada pueda ponderar mejor los intereses en juego en cada caso concreto, no encuentra acertada la sustitución de un “*criterio automático*” como el recurso a la sede de dirección efectiva por un procedimiento amistoso incierto y poco regulado. Por su parte, Gil García (2018a, p. 380) critica que, de acudir al procedimiento amistoso y no alcanzarse acuerdo alguno, las sociedades consideradas contribuyentes por más de un Estado sufrirían la doble imposición jurídica que se pretende evitar.

Al igual que en su momento abogamos en este trabajo por la adopción de un concepto de residencia fiscal lo más global posible, nos sumamos ahora a estos puntos de vista. A nuestro juicio, la resolución de los conflictos de doble residencia resulta mucho más justa si se lleva a cabo en base a criterios objetivos, tasados y públicos que si se hace depender del arbitrio de los Estados intervinientes. Además, entendemos que el criterio de la sede de dirección efectiva aporta una mayor seguridad jurídica tanto a los distintos países como a las sociedades que son, en definitiva, los potenciales sujetos pasivos doblemente gravados en estos casos. Como posible solución a los problemas inherentes a este criterio, Soto Bernabeu (2018, p. 352) propone –también acertadamente, en nuestra opinión– “*la introducción de diversas normas de desempate cuya aplicación se realice jerárquicamente, tal y como se establece en el artículo 4.2 del MCOCDE respecto de las personas físicas*”.

3. La importancia de eliminar la doble imposición jurídica internacional

Hasta el momento, este trabajo ha versado sobre el concepto de doble imposición jurídica internacional centrado en las empresas y sobre las causas de que dicho fenómeno tenga lugar, con especial énfasis en lo relativo a la residencia fiscal de las sociedades. Cabe, pues, preguntarse cuál es la importancia de esta doble tributación y por qué siempre se habla de evitarla o eliminarla. A responder a estas cuestiones dedicaremos las siguientes líneas.

Los perniciosos efectos de la doble imposición –en cualquiera de sus manifestaciones– y, en consecuencia, lo crucial que resulta su eliminación, son ampliamente reconocidos por la doctrina. Como muestra, Sánchez García (2016), citado por Selma Penalva (2017, p. 119), considera que la doble imposición “*impide la equitativa distribución internacional del producto de los tributos, pues un mismo hecho imponible no debe someterse a tributación dos veces por el hecho de quedar vinculado a dos países distintos, ya sea por su origen o por la residencia de su titular*”.

Aunque lo natural es que una primera reflexión sobre las negativas consecuencias de la doble imposición nos lleve a ponernos en la piel del contribuyente –una sociedad, en lo que concierne a nuestro análisis– que ve cómo sus rentas son gravadas más de una vez de manera injusta, hay que tener muy presente que este fenómeno también supone graves perjuicios para los Estados (Gómez de la Torre Del Arco, 2016, p. 407). Dichos perjuicios sufridos por los países se manifiestan en distintos ámbitos de sus respectivas economías, como ya en 1964 constataba Manoliu (pp. 92-96). Para este autor, que calificaba la doble imposición de “*enriquecimiento sin causa*”, tal fenómeno provoca descensos en la inversión y el ahorro, el encarecimiento de la remuneración del mercado financiero y, especialmente, la aparición de “*verdaderas barreras aduaneras que entorpecen la normal y económica circulación internacional del capital privado*”.

Si ya en 1964 se apreciaba la gravedad de estas consecuencias, con más razón se apreciará en el contexto actual, en el que muchas más sociedades construyen vínculos con diversos Estados en el ejercicio de sus actividades empresariales

(Sánchez García, 2000, p. 1). Entrando ya –someramente– en el ámbito de la UE, al que dedicaremos plenamente nuestra atención más adelante, Medina Suárez (2019, p. 17) hace hincapié en la negativa incidencia de la doble tributación en las actividades económicas desarrolladas en el mercado interior comunitario. En su opinión, dicha incidencia es especialmente negativa cuando la doble imposición afecta a las distribuciones de beneficios por parte de los grupos internacionales de sociedades.

A este respecto, hay que destacar que, si bien el “factor fiscal” no es el único aspecto tenido en cuenta por los grandes grupos a la hora de situar sus sedes, sus filiales y sus EPs (en caso de haberlos), tampoco es una circunstancia que las compañías pasen por alto. Es más, los sectores más ligados a las nuevas tecnologías (con cada vez más peso en el plano económico mundial) tienden a valorar especialmente dicho “factor fiscal” frente a otros como el coste de la mano de obra (Caamaño Anido y Calderón Carrero, 2002, p. 183). Esta valoración choca con la tradicionalmente defendida idea de que la elección de un territorio u otro para desarrollar una actividad empresarial no debería responder a motivos tributarios. Vemos, en definitiva, que, como ya apuntaba Borrás Rodríguez en 1974 en relación con la política fiscal comunitaria, resulta fundamental evitar la doble imposición jurídica internacional y tender a la armonización fiscal en el seno de la UE (p. 249).

IV. Los convenios de doble imposición como medio clásico de solución

1. Aspectos fundamentales de los convenios

1.1. Naturaleza y funciones

Analizadas las claves del fenómeno de la doble imposición jurídica internacional –en lo que más nos interesa, de la sufrida por las empresas–, y especialmente la importancia de evitarla, es momento de centrarnos en los distintos marcos reguladores, a nivel internacional, de los principales métodos destinados a su corrección. A ello dedicaremos las páginas que siguen, comenzando por los CDIs por constituir éstos la forma más habitual y tradicionalmente exitosa de dar respaldo normativo a la eliminación de la doble tributación entre países (Sánchez García, 2000, p. 5).

Podemos definir los convenios de doble imposición como acuerdos sellados entre dos o más Estados con el fin de determinar claramente a quién corresponde el gravamen de las distintas rentas obtenidas por los contribuyentes vinculados simultáneamente a dichos Estados y evitar así una posible doble tributación –jurídica en lo que aquí nos concierne–. Como apunta García Prats (1994, p. 64), estos pactos son necesarios toda vez que la limitación del poder tributario estatal no es una costumbre arraigada en el plano internacional. Su naturaleza jurídica es dual, por ser tratados internacionales que se integran a su vez en los respectivos ordenamientos internos, teniendo prioridad de aplicación en la materia sobre el resto de normas nacionales (Neira Regueiro, 2017, p. 16). Dicha dualidad, según Machancoses García (2001, p. 180), “*es inherente en el momento en que forma parte del derecho interno*” de cada uno de los Estados parte.

Las reglas contenidas en los distintos convenios son fruto de las negociaciones entre los Estados firmantes de los mismos. En este sentido, hay que destacar que los intereses de cada país suelen depender de su nivel de desarrollo económico. Así, y

entrando ya en el terreno societario, los países desarrollados y exportadores de capital buscarán que sus empresas no sufran un gravamen exagerado que las perjudique en su actividad, mientras que los países en vías de desarrollo buscarán atraer la inversión extranjera y tener derecho a gravar los rendimientos generados en sus respectivos territorios (Sánchez García, 2000, p. 10). Esta contraposición de intereses, no obstante, no impide que los convenios resultantes sean de gran utilidad para promover la relación económica y los intercambios comerciales entre las empresas de los Estados parte (Martínez Ferreiro, 2014, pp. 41-42), lo que resulta fundamental en el contexto de globalización actual.

Además de por este fomento de las relaciones comerciales internacionales, la importancia práctica de los distintos CDIs está marcada por el cumplimiento de otras funciones. Entre ellas encontramos, siguiendo a González De Frutos (2016, p. 144), la creación de un “*entorno de seguridad jurídica*” que, de alcanzarse, redundaría en el incremento de la inversión extranjera directa (Castillo Murciego y López Laborda, 2016, p. 3). Asimismo, los distintos Estados buscan en los convenios un instrumento que contribuya a armonizar la normativa tributaria a nivel mundial, a garantizar la neutralidad en el trato a los contribuyentes (Martínez Ferreiro, 2014, p. 42) y a evitar las prácticas elusivas y de evasión fiscal por medio del intercambio de información tributaria. Paradójicamente, este intercambio de información (aspecto fundamental, por ejemplo, a la hora de catalogar un territorio como paraíso fiscal o no) puede reducir el mencionado crecimiento de la inversión extranjera directa al implicar un marcaje más estricto a las compañías multinacionales (Castillo Murciego y López Laborda, 2016, p. 4).

Sin perjuicio de la relevancia de todas estas funciones, eso sí, debemos tener presente que el fin último –y más destacado si cabe en lo que a nuestro análisis concierne– de los CDIs no deja de ser la eliminación de la doble imposición internacional, cuestión a la que volveremos más adelante. En todo caso, el hecho de que el número de convenios suscritos en los últimos años, especialmente por países en vías de desarrollo, venga experimentando un crecimiento exponencial es una clara muestra de que la fórmula del CDI cumple, en general, con las expectativas depositadas en ella (González De Frutos, 2016, p. 168).

1.2. Clases de convenios

Hasta ahora hemos hablado de convenios en general pero, si bien es cierto que no es necesario distinguir entre tipos de CDIs para definir sus objetivos, sí que existe y conviene tener en cuenta tal distinción, ampliamente apreciada por la doctrina. Más concretamente, podemos clasificar los diferentes convenios en función del número de Estados firmantes y del modo de corregir la doble tributación recogido en los mismos.

La primera clasificación permite hablar de convenios bilaterales, cuando éstos son suscritos por dos Estados; y de convenios multilaterales, cuando son más de dos Estados los que llegan a un acuerdo común. Estos últimos, menos habituales, suelen firmarse al amparo de organizaciones internacionales, lo que para algunos autores los convierte en “*normas originadas por un poder supranacional*” (Sánchez García, 2000, p. 4).

La segunda clasificación, por su parte, distingue entre CDIs de “tributación compartida” y de “tributación exclusiva en el Estado-fuente”. La diferencia entre ambas categorías radica en que, mientras que los de “tributación compartida” no corrigen expresamente la doble imposición económica de los dividendos –asemejándose mucho a lo establecido por el MCOCDE– (Machancoses García, 2001, pp. 279-280), los convenios de “tributación exclusiva en el Estado-fuente” exigen de modo expreso al Estado de residencia de la sociedad contribuyente la eliminación de dicha doble imposición económica –diferenciando así del MCOCDE y remitiéndose habitualmente a la normativa interna del Estado de residencia en cuestión– (Machancoses García, 2001, pp. 311-313).

1.3. Contenido típico

1.3.1. Corrección de la doble imposición internacional

Vistos los distintos tipos de convenios existentes, pasamos ahora a exponer las disposiciones más relevantes y habitualmente recogidas en estos tratados. Toda vez que cada convenio concreto presenta sus particularidades y que, por razones de espacio, no vamos a descender al estudio particular de ninguno, la exposición será de carácter general. En todo caso, el posterior análisis del MCOCDE servirá para tener una visión más completa de esta cuestión.

Empezando por el tratamiento como tal de la doble imposición, lo primero que hay que resaltar es la gran labor de, en palabras de Castillo Murciego y López Laborda (2016, pp. 3-4), “estandarización (generalmente siguiendo las disposiciones del modelo de Convenio de la OCDE) de las definiciones fiscales y la asignación de los derechos de gravamen entre las jurisdicciones para cada tipo de renta” que se plasma en los CDIs. Dicho de otro modo, la habitual existencia de intereses contrapuestos entre los Estados firmantes de un CDI suele dar lugar a que se pacten definiciones diferentes de las recogidas en los respectivos ordenamientos nacionales, definiciones además comúnmente basadas en las contenidas en el MCOCDE (González De Frutos, 2016, p. 143). Por tanto, la firma de convenios favorece el nacimiento de conceptos globales, lo que supone un punto fuerte de éstos frente a textos como la Directiva comunitaria matriz-filial –que, como veremos, arroja ciertas dudas a la hora de definir algunos términos importantes–.

En cuanto a los métodos correctores empleados, explicaremos más adelante –al hablar del MCOCDE– los contemplados por dicho Modelo, siendo éstos los más comunes sin perjuicio de que cada CDI pueda presentar sus particularidades y de que no haya obligación de ceñirse a modelo alguno. Cabe adelantar ya, eso sí, que por norma general encontramos que la mayor parte de estos tratados son de “tributación compartida” y emplean el método de imputación parcial o limitada para combatir la doble imposición internacional –jurídica y relativa a las sociedades, en lo que nos ocupa– (Castillo Murciego y López Laborda, 2016, pp. 7-8).

1.3.2. Cláusulas favorables a los países en vías de desarrollo

El hecho de que el método de imputación sea el más utilizado en los CDIs tiene, en ocasiones, repercusiones negativas en los Estados menos desarrollados. Ello se debe a que dicho método, como reiteraremos al profundizar en él, sólo permite por defecto la deducción en el Estado de residencia del impuesto efectivamente pagado en el Estado extranjero donde se hayan generado las rentas sujetas a gravamen, no siendo deducibles las posibles bonificaciones proporcionadas por tal Estado de la fuente. No es extraño que a los países en vías de desarrollo les interese ofrecer estas bonificaciones fiscales para atraer el mayor capital extranjero posible a sus respectivos territorios; sin embargo, tales ventajas quedan desvirtuadas y se vuelven ineficientes si las empresas beneficiarias acaban tributando en sus Estados de residencia sin poder

considerarlas importe deducible, siendo entonces dichos Estados de residencia los únicos beneficiados en último término (González De Frutos, 2016, p. 145).

La solución a este problema consiste en la inclusión en los convenios de las cláusulas *tax sparing* o del impuesto no pagado, en virtud de las cuales se permite deducir el impuesto nominal aunque no se haya abonado en su totalidad. Dicha inclusión permite que el “*sacrificio recaudatorio*” (Machancoses García, 2001, p. 136) de los Estados-fuente que opten por atraer la inversión extranjera por medio de bonificaciones beneficie a las empresas contribuyentes y no a sus respectivos países de residencia. Ello consigue, en definitiva, que tales ventajas fiscales tengan sentido y puedan funcionar.

1.3.3. Fórmulas para evitar el *tax treaty shopping*

Nos hemos referido ya al concepto de *tax treaty shopping* y a la idea de que la presencia del mismo no siempre tiene por qué suponer la realización de una práctica ilícita. Para los casos en que sí que se dé esta ilicitud, y teniendo en cuenta que forzar un punto de conexión con un Estado determinado para beneficiarse de los CDIs suscritos por él no es –y menos en el ámbito empresarial– especialmente complicado, se hace necesario introducir cláusulas al respecto en los propios convenios que tiendan a evitar dicha conducta. Surge así un dilema para los distintos países a la hora de negociar sus respectivos CDIs, pudiendo aquéllos inclinarse por promover este tipo de fórmulas contrarias al abuso de los tratados o, por contra, por abrir la mano al *tax treaty shopping* con vistas a atraer más inversores extranjeros (Martínez Ferreiro, 2014, p. 42). Lo habitual, en todo caso, es la inclusión en los convenios de las citadas cláusulas, que suelen estar destinadas –más concretamente– a dificultar el recurso a las sociedades instrumentales o interpuestas (constituidas por los contribuyentes con el único objetivo de acceder al beneficio fiscal deseado) y a dejar fuera del ámbito de aplicación de los CDIs a las empresas sometidas a algún tipo de régimen de tributación privilegiado (Martínez Ferreiro, 2014, pp. 45-46).

En el mismo sentido, el desarrollo del Plan de Acción BEPS por parte de la OCDE ha venido a reforzar, en especial por medio de su ya mencionada Acción 6, esta lucha contra el *tax treaty shopping*. Dicha Acción, tal y como señala Lucas Durán (2018, p. 30), se centra tanto en remarcar el papel de los CDIs como instrumentos

fundamentales para combatir la elusión fiscal como en promover reglas concretas al efecto. Así, la OCDE propone, para los casos en los que se demuestre que un sujeto pasivo –una empresa, en nuestro caso– intenta aprovecharse de “*montajes artificiales*” para tener acceso a determinadas ventajas fiscales, que sus beneficios estén limitados, llegando incluso a quedar fuera del ámbito de aplicación de los convenios en cuestión de no apreciarse en dichos “montajes” ninguna actividad económica real.

2. El Modelo de la OCDE y sus Comentarios

Al hilo de la labor que, como acabamos de comentar, desempeña la OCDE frente al *tax treaty shopping*, nos centraremos a continuación en otra cuestión propia de los CDIs con la que dicha Organización tiene mucho que ver. Abordaremos, pues, el análisis a grandes rasgos del modelo más habitualmente seguido por los distintos países en el proceso de elaboración de sus convenios: el MCOCDE.

2.1. Naturaleza jurídica

El MCOCDE ha sido elaborado –y revisado en múltiples ocasiones, la última en 2017– por el Comité de Asuntos Financieros de la OCDE. Toda vez que esta Organización cuenta con un amplio respaldo a nivel mundial, tanto por parte de sus treinta y ocho Estados miembros como de la comunidad internacional en general, el Modelo goza de gran aceptación y es tenido en cuenta por numerosos países a la hora de elaborar sus CDIs pese a no ser vinculante (Machancoses García, 2001, p. 150). González De Frutos (2016, p. 52) también hace hincapié en esta naturaleza de *soft law* del MCOCDE, apoyándose sin embargo en Avi-Yonah (2007) para afirmar que “*existen normas de derecho fiscal internacional que han alcanzado la calidad superior de normas consuetudinarias*” y explicando así la destacadísima influencia del Modelo a pesar de no ser éste una norma jurídica como tal.

Esta influencia del MCOCDE no se ciñe únicamente al Modelo en sí mismo, sino que abarca también sus Comentarios. Éstos constituyen una suerte de “interpretación oficial” del texto del Modelo aportada por el propio Comité de Asuntos Financieros de la OCDE (Machancoses García, 2001, p. 199). Si bien tampoco son normas jurídicas –debemos hacer, al igual que García Prats (1994, p. 125), especial énfasis en que sólo los distintos CDIs, basados o no en el MCOCDE, tienen carácter vinculante para los

Estados que los firman–, también son ampliamente tenidos en cuenta a nivel global. Por tanto, en la medida en que contribuyen a evitar la colisión entre diferentes interpretaciones del Modelo, resultan fundamentales para que los convenios basados en él cumplan la función de estandarización que expusimos *supra* (García Prats, 1994, p. 33).

2.2. Los métodos correctores de la doble imposición jurídica internacional

Recordando la importancia de evitar o eliminar la doble imposición jurídica internacional, pasamos a continuación a analizar los principales métodos empleados para su corrección. Por razones de espacio, nos centraremos aquí en los mecanismos recogidos en los Comentarios al MCOCDE –a los que, precisamente, nos acabamos de referir–, que son también los más utilizados: la exención y la imputación (Simón Acosta, 2017, p. 152). Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de mencionar que éstos no son los únicos métodos existentes al efecto. Así, existen otros menos extendidos como el de deducción o el de imputación con efectos de exención o “*imputación del doble gravamen en destino*” (Machancoses García, 2001, p. 126).

2.2.1. Método de exención

Entrando ya en el estudio de los dos métodos más comunes, comenzaremos hablando del de exención, también conocido como método de reparto. Este mecanismo que, como apunta Gómez de la Torre Del Arco (2016, pp. 411-413), es el más aplicado a las rentas societarias, consiste en que las obtenidas por el contribuyente en territorio extranjero son declaradas exentas –y, por tanto, no gravables– en el Estado donde dicho contribuyente tiene su residencia fiscal. De este modo, dichas rentas escapan del gravamen de la renta mundial propio del criterio de sujeción basado en la residencia. Nos encontramos, además –y aquí cita la autora a Marín Benítez (2005)–, ante un método caracterizado por la consecución de la “*neutralidad en la importación de capitales*”, lo que implica que promueve la inversión en el extranjero. Por tanto, la exención es la opción más favorable para los países aún subdesarrollados, muy interesados, como ya hemos comentado, en atraer inversores a sus respectivos territorios.

En términos generales, su aplicación exige la sujeción efectiva de las rentas en cuestión a un impuesto en el Estado de la fuente que sea igual o semejante al que estarían sometidas en el Estado de residencia. Dicho requisito crea la necesidad de determinar qué tributos se consideran asimilables y cuáles no. Además, según el Estado de residencia de que se trate, también puede ser necesario establecer la tributación mínima en el extranjero que da derecho a las sociedades contribuyentes a beneficiarse de la exención (Simón Acosta, 2017, p. 155).

Esta exención, como a continuación veremos, puede ser integral o con progresividad (Simón Acosta, 2017, p. 153), y presenta una serie de ventajas e inconvenientes. Siguiendo a Gómez de la Torre Del Arco (2016, p. 412), sus puntos fuertes son su sencilla aplicación –al consistir en una simple división entre Estados de la base imponible que, al menos en su modalidad integral, no necesita de un intercambio de información entre ellos– y la menor tributación que soporta la sociedad contribuyente cuando el tipo impositivo es menor en el Estado de la fuente. Por contra, sus principales puntos débiles son la invitación que esta última ventaja supone a que las empresas inviertan en jurisdicciones de baja tributación y el perjuicio que ello supone para el país de residencia, así como el agravio comparativo en términos de equidad horizontal que sufren los sujetos pasivos que obtienen sus rentas en territorios con tipos de gravamen superiores. Además, el sistema de exención impide la compensación de pérdidas con beneficios si ambos resultados se generan en Estados distintos.

En cuanto a las modalidades del método de exención, como ya avanzamos, la primera de ellas es la exención integral. Recogida en el artículo 23A 1 MCOODE, consiste simplemente en la total renuncia por parte de un Estado al gravamen de las rentas obtenidas en el extranjero por los contribuyentes –sociedades, en lo que nos concierne– residentes en él. De esta vertiente cabe destacar además que, tal y como apunta Sánchez García (2000, p. 8), es la más adecuada para los convenios suscritos entre Estados miembros de la UE por evitar las discriminaciones entre los sujetos pasivos que tributan en varios de ellos y los que no y, en definitiva, facilitar así el funcionamiento del mercado interior comunitario.

La modalidad con progresividad (artículo 23A 3 MCOODE), en cambio, se basa en la inclusión de las rentas exentas en la base imponible del Estado de residencia para así

tenerlas en cuenta en el cálculo del correspondiente tipo impositivo. Realizado dicho cálculo, tales rentas se vuelven a excluir y no resultan gravadas. Esta vertiente, por su naturaleza, resulta útil cuando se aplica a tributos progresivos. Si, por el contrario, el impuesto en cuestión no lo es, resulta indiferente la elección de una clase de exención u otra más allá de que la exención con progresividad sea “*el método más coherente con el principio de capacidad económica y progresividad y con la naturaleza personal de la imposición de la renta*” (Simón Acosta, 2017, p. 153). Conviene destacar, finalmente, que Sánchez García (2000, p. 9) aboga por el uso de esta modalidad en los convenios celebrados con Estados ajenos a la UE, con el objetivo de frenar la tendencia a invertir en territorios de baja o nula tributación atendiendo únicamente al “factor fiscal”.

2.2.2. Método de imputación o crédito fiscal

El otro gran mecanismo de corrección de la doble imposición es el método de imputación, también conocido como método de crédito fiscal. Recogido en el artículo 23B MCOEDE, consiste en la integración de la renta obtenida y sujeta a gravamen en el extranjero en la base imponible del Estado de residencia del sujeto pasivo. Una vez aplicado el correspondiente tipo impositivo a dicha base imponible y obtenida la cuota tributaria resultante, se lleva a cabo la deducción en la cuota del importe pagado en concepto de impuesto en el Estado extranjero.

Las particularidades de esta deducción dependerán, como veremos, de la modalidad de imputación (total o parcial) aplicada pero, en cualquier caso, el método de crédito fiscal “*no evita la doble imposición, sino que corrige sus efectos*” (Simón Acosta, 2017, p. 157). Debemos destacar también, ampliando la caracterización del mismo, que Gómez de la Torre Del Arco (2016, pp. 410-413) recurre nuevamente a Marín Benítez (2005) para afirmar en lo tocante a la imputación que ésta da lugar a la “*neutralidad en la exportación de capitales*”, desincentivando así la inversión en el extranjero por motivos estrictamente fiscales. En consecuencia, este mecanismo es el favorito de los Estados más desarrollados.

Hablando de modalidades, y antes de entrar en las ya mencionadas, es imprescindible recordar que, cuando hablamos de deducir el importe pagado en el extranjero, nos referimos en la mayoría de las ocasiones al impuesto efectivamente abonado. Sin

embargo, existen dos variantes del método de imputación a tener en cuenta a este respecto. Así, por un lado, tenemos las ya explicadas cláusulas *tax sparing* o del impuesto no pagado. Por otro, la *underlying tax credit* (imputación del impuesto subyacente) permite a las sociedades matriz la deducción en su Estado de residencia de la retención soportada por ellas mismas y del tributo soportado por sus filiales al distribuir estas últimas sus beneficios, siempre que tal deducción no exceda de lo que tributarían por estas operaciones en el citado Estado de residencia (Gómez de la Torre Del Arco, 2016, p. 411).

Finalmente, el hecho de que este método de imputación sea la contraparte del método de exención se hace notar en lo tocante a las ventajas e inconvenientes. Siguiendo una vez más a Gómez de la Torre Del Arco (2016, p. 410) vemos que, en el caso del crédito fiscal, su principal fortaleza reside en la preservación de la equidad horizontal, estando todos los contribuyentes sometidos a una tributación semejante independientemente del lugar de obtención de sus rentas. El mayor inconveniente, de nuevo a la inversa que en el otro método analizado, está en la necesidad de establecimiento de un flujo de información tributaria interestatal, con los costes que ello supone.

Entrando, ahora sí, en las dos modalidades propiamente dichas del método de imputación, la más sencilla de exponer es la vertiente total, integral o plena. Dicha modalidad se caracteriza por la ausencia de límites a la deducción y, por tanto, por que la sociedad contribuyente a la que se le aplique va a poder deducir de su cuota todo el impuesto pagado en territorio extranjero aunque sus rentas hayan tributado allí a un tipo superior al que les correspondería en su Estado de residencia. De darse tal caso, se daría también la paradoja de que dicho Estado de residencia “*devolviera*” al sujeto pasivo parte del impuesto pagado en el extranjero. Por tanto, no estamos ante un mecanismo de habitual aplicación (Gómez de la Torre Del Arco, 2016, pp. 409-410).

La modalidad más aplicada es, a raíz de lo que acabamos de explicar, la imputación parcial, limitada u ordinaria. Ésta se basa en la limitación de la deducción a la que el sujeto pasivo va a tener derecho en su Estado de residencia. Así, esta deducción no podrá exceder la cuantía del impuesto que la sociedad contribuyente debería pagar por las rentas de fuente extranjera si las mismas se hubieran generado en tal país de

residencia. En definitiva, se deduce el importe menor entre lo pagado en el extranjero y lo que se pagaría de haberse obtenido las rentas en el Estado donde se reside. De este modo, se evita la paradoja propia de la imputación total, lo que conlleva que la vertiente parcial sea la más utilizada en el plano internacional (Gómez de la Torre Del Arco, 2016, p. 410).

3. Inconvenientes de los convenios de doble imposición

Como hemos visto, los CDIs aportan sólidas soluciones al problema de la doble imposición jurídica internacional, siendo por ello y por el resto de funciones que suelen cumplir instrumentos útiles para favorecer las relaciones comerciales internacionales. Ello justifica y sirve de explicación a su gran implementación a nivel mundial. Sin embargo, los convenios también presentan ciertos puntos flacos que impiden que los podamos considerar la panacea en lo que a doble tributación respecta. Algunas de estas debilidades no son propias de los CDIs en sentido estricto, sino que emanan del bilateralismo que habitualmente caracteriza a este tipo de tratados; otras, en cambio, sí que derivan del propio concepto de CDI con independencia de su clase.

Comenzando por los inconvenientes de los convenios bilaterales, y de acuerdo con Sánchez García (2000, p. 14), éstos privilegian las relaciones comerciales entre los dos Estados firmantes, excluyendo a los demás de tal privilegio e impidiendo, en definitiva, la consecución de las condiciones igualitarias a las que aspiran los mercados comunes como el de la UE. A raíz de ello, la Comisión Europea ha considerado tradicionalmente que el recurso a los convenios bilaterales no es la mejor opción para combatir la doble imposición entre sus Estados miembros. Además, el bilateralismo no incentiva la colaboración entre los distintos sistemas fiscales, dificultando así el papel de garantes del cumplimiento de las normas que corresponde a los poderes públicos (González De Frutos, 2016, p. 179).

Estos defectos pueden ser evitados acudiendo a convenios multilaterales si se desea mantener la fórmula del CDI. No obstante, y como ya adelantamos, estos tratados presentan también otros inconvenientes inherentes a su condición. Nos referimos aquí, principalmente, a la falta de aplicación automática de los convenios, “*que requieren una demanda de aplicación por parte de los contribuyentes*” (Sánchez García, 2000, p. 14). Asimismo, algunos autores entienden que, dado que las normativas internas de

los distintos países recogen, cada vez en mayor medida, métodos correctores de la doble imposición y fórmulas que dificultan la elusión fiscal, los CDIs resultan de poca utilidad (Castillo Murciego y López Laborda, 2016, p. 22). Se ha llegado a sostener, incluso, que estos convenios tienen un “*carácter regresivo*”, reduciendo en gran medida la tributación sin proporcionar a cambio ventajas dignas de mención (Dagan, 2000, citada por González De Frutos, 2016, p. 201).

No compartimos aquí estas últimas opiniones. Sin embargo, sí que coincidimos con Machancoses García (2001, p. 96) en señalar que, como veremos más en profundidad en las páginas que siguen, el recurso a la Directiva por parte de la UE para tratar la doble imposición supone –aunque se limite a ámbitos concretos como el relativo a las sociedades matrices y filiales– un importante avance en la lucha contra este fenómeno en lo que a sus Estados miembros concierne.

V. Tratamiento, a nivel comunitario, en la Directiva matriz-filial (2011/96/UE)

1. Introducción: antecedentes, naturaleza y objeto de la Directiva

1.1. El camino hacia la Directiva matriz-filial

Hemos dedicado las últimas páginas de nuestro análisis a una revisión de las principales maneras de corregir la doble imposición jurídica internacional en el plano societario, poniendo el foco especialmente en el contenido del MCOCDE. No obstante, habida cuenta de que, como hemos visto, muchas cuestiones no han sido plenamente resueltas por la OCDE y, además, de que las propuestas emanadas de dicho organismo no son en ningún caso vinculantes para los Estados, se hace necesario poner ahora el punto de mira en el ámbito de la UE. Entendemos que la actuación comunitaria en lo relativo a la eliminación de la doble imposición jurídica internacional es el mejor objeto posible para continuar nuestro trabajo, siendo como es la UE un perfecto caldo de cultivo para el entendimiento entre sus Estados miembros.

Lo primero que hay que destacar a este respecto es que el buen funcionamiento del sistema fiscal no es en sí mismo un objetivo prioritario de la UE, sino que está supeditado a la buena marcha de la economía en general y, en concreto, del mercado interior (Chamorro y Zarza, 2012, p. 327). Sin perjuicio de ello, la tributación de los grupos societarios multinacionales se erige en uno de los mayores quebraderos de cabeza en el seno de la Unión, precisamente por su peso en el rumbo económico general (Machancoses García, 2001, p. IX). En consecuencia, y pese a que las competencias en materia de fiscalidad corresponden en principio a los respectivos Estados miembros (Contreras Núñez, 2017, p. 30), éstos llevan años cediendo parte de su soberanía fiscal a la Unión con la intención de conseguir un acercamiento de los

sistemas tributarios que ayude a combatir la doble imposición societaria (Chamorro y Zarza, 2012, p. 327).

Esta cesión de soberanía por parte de los Estados miembros se materializa en las políticas de armonización y coordinación puestas en marcha por la UE. De ellas hay que resaltar, en primer lugar, que –como bien aclara Contreras Núñez (2016, p. 45)– son conceptos diferentes que no se deben emplear sin distinguos. Así, la idea de armonización ya fue definida en 1960 por Zimmerman (citado por Borrás Rodríguez, 1974, p. 250) como el proceso consistente en “*ponerse de acuerdo sobre la eliminación de las disparidades entre las legislaciones fiscales que falsean la concurrencia y provocan una distorsión*”. La política de coordinación, si bien tiene su mismo objetivo, hace referencia específicamente al acercamiento buscado mediante las reuniones del Consejo de Ministros de la UE, siendo así un procedimiento menos formal que su homólogo armonizador (Contreras Núñez, 2017, p. 30).

La aplicación práctica y real de estas ideas de armonización y coordinación no se puede entender sin hacer mención del conflicto existente entre el principio de neutralidad fiscal y el principio de subsidiariedad sobre el que se basa el funcionamiento de la UE. Comenzando por la neutralidad fiscal, Machancoses García (2001, p. 20) recurre a Cossen (1994) para incidir en que “*los impuestos no deben obstaculizar la libre circulación ni interferir en el establecimiento de un régimen que garantice que la igualdad en la competencia no se vea distorsionada*”. Dicha meta choca, como decimos, con el citado principio de subsidiariedad de la actuación comunitaria, en virtud del cual la UE debería intervenir únicamente cuando los Estados miembros no pudieran cumplir los objetivos por sí mismos (Contreras Núñez, 2016, p. 43). El problema viene dado por el hecho de que, aunque la neutralidad fiscal optimiza el beneficio común, algunos Estados pueden resultar favorecidos si ésta no se alcanza. Por tanto, no parece sensato aplicar aquí el principio de subsidiariedad teniendo en cuenta que supone dejar en manos de cada país la decisión de armonizar los impuestos o no –al precisarse unanimidad para la actuación comunitaria– y sabiendo que ciertos Estados pueden anteponer su interés propio al de la Unión y decantarse por no armonizar (Machancoses García, 2001, p. 50).

A causa de este conflicto que acabamos de mencionar, los debates en torno a la armonización son aún habituales hoy día (Sánchez-Archidona Hidalgo, 2017, p. 108).

Sin embargo, ello no quiere decir que la conveniencia de su consecución no tenga un amplio respaldo doctrinal (como muestras, Cámara Barroso, 2016, p. 23; y Contreras Núñez, 2016, p. 44). Cabe destacar entre las causas de este apoyo el riesgo de que los impuestos societarios sean utilizados por los Estados miembros simplemente como instrumentos de política fiscal y el duro golpe al principio de neutralidad –siendo éste un elemento básico de cualquier sistema tributario– que supondría el prescindir de la armonización (Machancoses García, 2001, p. 31).

Tal y como constata también Sánchez-Archidona Hidalgo (2018, pp. 58-59), los continuos debates que acabamos de mencionar no han impedido que la UE lleve años abogando públicamente por el proceso armonizador, siendo pruebas de ello los sucesivos Informes Tinbergen (1953), Neumark (1962), Ruding (1992) y Bolkestein (2001). No obstante, la armonización ha resultado tradicionalmente más exitosa en impuestos indirectos que en tributos directos como los impuestos societarios en los que se centra este trabajo. En este contexto, es momento de traer ya a colación la Directiva comunitaria matriz-filial. Si bien en el presente estudio nos referimos en estos términos a la Directiva 2011/96/UE, del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, lo cierto es que ésta no deja de ser una refundición de la inicial Directiva 90/435/CEE. Fue dicha Directiva (del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes) la que supuso en su momento un gran avance en la armonización de la imposición directa y, en lo que más nos interesa, en la eliminación de la doble imposición jurídica internacional en el ámbito empresarial de la UE.

1.2. Naturaleza y objeto de la Directiva

Visto, por así decirlo, el “árbol genealógico” de la Directiva matriz-filial, pasamos ahora a detallar sus notas fundamentales, empezando por su naturaleza jurídica y el objeto al que está dirigida. Utilizaremos, para ello, algunas referencias anteriores a la entrada en vigor de la Directiva, pero éstas resultan totalmente válidas al referirse a aspectos compartidos con su antecesora de 1990.

En primer lugar, en lo tocante al carácter de la norma, es fundamental destacar que las directivas comunitarias se caracterizan por ser de obligado cumplimiento en cuanto al resultado, pero no en cuanto al procedimiento. Así, los Estados miembros deben

trasponerlas a sus respectivos ordenamientos de la forma que consideren más oportuna siempre y cuando se ajuste a Derecho y permita alcanzar las metas establecidas. Esta naturaleza inherente a las directivas las convierte, de acuerdo con Contreras Núñez (2016, p. 44) en el instrumento ideal para avanzar en la armonización fiscal. Ello se debe a que estos textos legales aúnan poder vinculante y un cierto nivel de libertad que respeta, al menos en parte, la soberanía fiscal propia de cada Estado miembro. Dicho respeto no implica, como apunta Sánchez García (2000, p. 9), que los mecanismos de eliminación de la doble imposición regulados en la Directiva carezcan de la fuerza necesaria. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea *“ha insistido con frecuencia en que la directiva supone para los Estados miembros una exigencia ineludible de inmediata obligatoriedad”*.

En segundo lugar, en cuanto al objeto de la Directiva, la propia norma enuncia su objetivo en su Considerando 3, siendo dicho fin *“eximir de retención en origen los dividendos y otros beneficios distribuidos por filiales a sus sociedades matrices, y eliminar la doble imposición de esas rentas en la sociedad matriz”*. Por su parte, el Considerando 6 adapta al texto refundido la justificación ya contenida en la Directiva de 1990 que –al igual que Sieiro Constenla (2002, p. 792)– vamos a recoger tal cual estaba dispuesta en el texto original. Según éste, el sentido de la Directiva radica en que *“las actuales disposiciones fiscales por las que se rigen las relaciones entre sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes varían sensiblemente de un Estado miembro a otro y son, por lo general, menos favorables que las que se aplican a las relaciones entre sociedades matrices y filiales de un mismo Estado miembro; que la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes queda por ello penalizada con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro; que es conveniente eliminar dicha penalización mediante el establecimiento de un régimen común, y facilitar de este modo los grupos de sociedades a escala comunitaria”*.

Tal y como indica la misma autora (p. 791), vemos que el tráfico normal entre las sociedades matrices y sus respectivas filiales se puede ver perturbado por la doble imposición cuando dichas empresas se ubican en Estados miembros diferentes. En este sentido, la doble imposición jurídica –que es la que nos ocupa– se produce cuando los dividendos distribuidos por una filial a su matriz se ven sujetos a retención

en el Estado de la filial y, posteriormente, se integran también en la base imponible del impuesto societario por el que tributa dicha matriz en su Estado de residencia fiscal.

Como detallaremos más adelante, la Directiva se enfrenta a este problema prohibiendo las retenciones en origen de tales dividendos (Simón Acosta, 2017, p. 144), dando forma así no a un “*régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes*”, sino a un “*régimen fiscal común aplicable a la distribución de beneficios entre sociedades de Estados diferentes sometidos al impuesto sobre sociedades*” (Sieiro Constenla, 2002, p. 793).

Realizada ya esta primera aproximación al contenido de la Directiva, pasaremos ahora al estudio pormenorizado de los requisitos que deberá presentar una sociedad para poder beneficiarse del régimen destinado a evitar la doble tributación recogido en ella. Como opinión sintética que cierre convenientemente estas líneas, entendemos que, si bien la Directiva presenta ciertas lagunas que ya se irán reflejando posteriormente, su sencillez y contundencia en la lucha contra la doble imposición la convierten en un instrumento muy útil que actúa como punta de lanza del proceso armonizador (en este sentido, Medina Suárez, 2019, pp. 19-20).

2. Sociedades afectadas

2.1. La condición de “sociedad de un Estado miembro”

El artículo 1.1 a) de la Directiva dispone que ésta será de aplicación, por parte de los respectivos Estados miembros, a “*sociedades de dicho Estado miembro*”. Los rasgos que una sociedad ha de presentar para ser considerada “de un Estado miembro” se hallan, a su vez, tasados en el artículo 2 a) del mismo texto legal. Así, para poder hablar de “sociedad de un Estado miembro” deberá darse la concurrencia de tres requisitos.

El primero de ellos, contenido en el apartado i) de dicho artículo, consiste en que la empresa en cuestión “*revista una de las formas enumeradas en la parte A del anexo I*”. La citada parte registra una serie de formas jurídicas propias de los diferentes Estados miembros, aunque para algunos de ellos –España incluida– se abre la puerta a entidades distintas de las expresamente tasadas en el anexo. De acuerdo con Medina Suárez (2019, pp. 31-32), de este matiz se extrae que todos los contribuyentes del

Impuesto sobre Sociedades español tendrán acceso a la Directiva siempre que cumplan los otros dos requisitos que expondremos a continuación. El hecho de que esta posibilidad no esté abierta para todos los Estados miembros constituye, a nuestro juicio y siguiendo nuevamente al mismo autor, una discriminación sin ningún sentido que supone a su vez una amenaza para la neutralidad fiscal. Sería conveniente, por tanto, que este posible aumento de los beneficiarios potenciales estuviera regulado en la Directiva para todos los países integrantes de la UE.

El segundo requisito es el del apartado ii) del artículo 2 a) de la Directiva. En virtud del mismo, sólo tendrán acceso al régimen las sociedades que tengan su domicilio fiscal en un Estado miembro y que, a su vez, no lo tengan en algún Estado ajeno a la UE en virtud de CDI. Cabe destacar al respecto que la Directiva no incluye definición alguna de “domicilio fiscal”, ni tampoco ningún sistema destinado a dirimir conflictos de doble residencia. Nos hallamos, pues, ante uno de los defectos de elaboración de la Directiva; por no incluir, no incluye siquiera una remisión al MCOUDE que contribuiría a clarificar la resolución de esta clase de controversias en caso de darse –recordemos, eso sí, que la aplicación del MCOUDE tampoco está libre de discusiones a efectos de determinar la residencia fiscal de las sociedades– (Medina Suárez, 2019, p. 34).

El tercer y último requisito, a tenor del apartado iii) del reiterado artículo 2 a), exige que, para que se le aplique la Directiva, la sociedad de que se trate “*esté sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a uno de los impuestos enumerados en la parte B del anexo I o a cualquier otro impuesto que sustituyere a uno de dichos impuestos*”. Dicha parte B contiene, al igual que pasaba con las formas societarias, un listado de tributos propios de los diferentes Estados miembros de la UE. Sin embargo, y al contrario de lo que ocurría en el caso del primer requisito, la ampliación del punto de mira incluyendo impuestos análogos está directamente contenida en el texto del propio precepto y afecta a todos esos Estados miembros, lo que sin duda es de valorar.

Finalmente, cabe destacar que, para autores como Medina Suárez (2019, p. 35), se debe realizar una “*interpretación sistemática de los objetivos y fundamentos*” de la Directiva; interpretación que en lo tocante a este tercer requisito nos lleva a concluir que podrán beneficiarse de su aplicación las entidades parcialmente sujetas a algún

impuesto societario en el ámbito de la UE, siempre y cuando también cumplan, por descontado, el resto de requisitos.

2.2. La relación matriz-filial

El segundo elemento clave para determinar que una sociedad, partiendo ya de la base de que sea “de un Estado miembro”, va a tener acceso al régimen de la Directiva es que tal sociedad sea cualquiera de las partes de una relación matriz-filial. Ello se extrae, nuevamente, del artículo 1 de dicha norma, que recoge en sus cuatro apartados las distintas operaciones societarias a las que la misma será de aplicación. Observando tales apartados, vemos que los cuatro incluyen referencia a la sociedad filial; la matriz, siendo su contraparte, está también presente en los distintos supuestos aunque no reciba mención expresa en el tenor literal del artículo.

Es menester, antes de proseguir, poner énfasis en que el rasgo que diferencia principalmente la constitución de una sociedad filial en el extranjero de otras fórmulas habituales a la hora de expandirse internacionalmente como sucursales o EPs es el nacimiento, en el caso de la filial, de una nueva persona jurídica. Así, la filial tendrá personalidad jurídica al margen de su sociedad matriz –independientemente de que sostenga una importante relación empresarial con ella–, mientras que en los otros ejemplos mencionados será la sociedad original la que pase a operar también en el extranjero. Acudiendo de nuevo a la neutralidad fiscal, apreciamos que la elección de un método de expansión u otro no debería depender de razones tributarias, lo que hace especialmente importante el papel de disposiciones como la Directiva que nos ocupa (Sieiro Constenla, 2002, p. 796).

Esta Directiva trata lo relativo a la relación matriz-filial necesaria para su aplicación en su artículo 3. En concreto, el artículo 3.1 a) i) otorga la condición de sociedad matriz a tales efectos a aquellas entidades que, además de cumplir los requisitos del artículo 2 ya mencionados, tengan una participación mínima de un 10% en el capital social de otra sociedad –la filial– que también los cumpla. Como apunta Medina Suárez (2019, p. 39), si comparamos dicha participación mínima con el 25% exigido inicialmente en la Directiva de 1990, vemos una importante reducción (progresiva, con las consecutivas modificaciones de la Directiva original) que va con el signo de los tiempos, aumentando las posibilidades de aplicación de la norma en un contexto

empresarial en el que las participaciones reducidas se han extendido considerablemente. Ello, lógicamente, en beneficio de las sociedades contribuyentes por ser la Directiva un medio de eliminación de la doble imposición.

Toda vez que en el citado artículo 3.1 a) no se especifica si cabe el acceso al régimen de la Directiva por la vía de la participación indirecta en la sociedad filial, surge a este respecto una cuestión susceptible de debate. Medina Suárez (2019, p. 40), tirando de nuevo de “interpretación sistemática”, entiende que sí que cabe o, al menos, que sí que debería caber. No obstante, el propio autor recurre a Calderón Carrero y Martín Jiménez (2010) para señalar que, al parecer, la –discutible– postura de la Comisión Europea es la de ceñir el precepto a la participación directa. Aquí nos situamos del lado de los autores citados, ya que consideramos que esta limitación no es acorde a la reducción del porcentaje de participación mínima y expone a una posible doble tributación a muchas sociedades –siendo como es la participación indirecta una fórmula habitual en la actualidad–.

Finalizando el análisis del artículo 3 de la Directiva, sólo resta por destacar que, en su segundo apartado (3.2), se confiere a los Estados miembros la facultad de alterar en ciertos aspectos lo establecido en el artículo 3.1. Así, los Estados tienen la opción “*mediante acuerdos bilaterales, de sustituir el criterio de participación en el capital por el de posesión de derechos de voto*” –artículo 3.2 a)– y de exigir la tenencia ininterrumpida del porcentaje de participación necesario durante al menos dos años para aplicar la Directiva –artículo 3.2 b)–. En ambos casos, parece que la intención del legislador comunitario es dar herramientas a los Estados miembros para que se aseguren como más les convenga de que las sociedades matrices tengan más intereses que el meramente fiscal en sus respectivas filiales.

2.3. Los establecimientos permanentes

No podemos dar por terminado el estudio de las sociedades susceptibles de beneficiarse del régimen recogido en la Directiva matriz-filial sin hacer especial mención del caso de los EPs –que, como en las próximas páginas mostraremos, merecen su propio análisis pormenorizado–. A este respecto, lo primero que hay que destacar es que la figura del EP no fue incluida en la original y hoy derogada Directiva 90/435/CEE. Así, no fue hasta el año 2003 cuando se modificó dicha Directiva de 1990

para extender la aplicación de su régimen a los establecimientos permanentes (Maroto Sáez, 2015, p. 38), que también han sido incluidos en la actual Directiva de 2011. Esta extensión resultó y resulta más que razonable si tenemos en cuenta la importancia del EP en el ámbito internacional –constituyendo “*la excepción al criterio de la residencia*” (Gildemeister Ruiz Huidobro, 1996, p. 73)–, importancia en la que nos detendremos más posteriormente.

Antes de centrarnos en el propio concepto de EP –y adelantamos ya que no es cuestión sencilla–, resulta interesante comentar que esta figura nace, como una solución al muchas veces complejo reparto de rentas en el plano internacional, sobre la idea de la ficción de la personalidad jurídica (Gorospe Oviedo, 2018, p. 369). Nos referimos con ello a que, aunque a los EPs se les atribuyan rentas y parezcan tener cierta “personalidad” a efectos tributarios (Cubero Truyo, 2018, p. 264), no hay que olvidar que la principal diferencia entre las sociedades filiales y dichos establecimientos permanentes reside en que, mientras que estos últimos carecen de personalidad jurídica propia, las filiales son formalmente independientes de sus matrices incluso si están totalmente controladas por ellas (García-Olías Jiménez, 2011, p. 234).

2.3.1. Concepto de establecimiento permanente

Pasamos, pues, a la enrevesada tarea de definir el concepto de establecimiento permanente. Para ello, recurriremos en las siguientes páginas a distintas fuentes institucionales autorizadas; primero, sin embargo, comenzaremos por mostrar alguna que otra pincelada muy útil proveniente del ámbito doctrinal. Así, resulta bastante gráfico el término empleado por Caamaño Anido (2016, p. 130) para referirse al concepto de EP, calificándolo de “*resbaladizo*”. Por su parte, Gorospe Oviedo (2018, p. 369) hace hincapié en la complejidad añadida que, como veremos, la globalización y la digitalización han aportado a dicho concepto. En consecuencia, y citando a Ritter (1977), llega a denominarlo “*ser desconocido*”. Respecto a estos cambios derivados del progreso de los tiempos, Calderón Carrero (2016, citado por González Aparicio, 2018, p. 276) apunta que “*la revisión del estándar del concepto de EP lo que hace es extender tal noción incluyendo en la misma esquemas o estructuras que venían quedando extramuros de tal umbral de actividad económica considerada como suficiente para generar nexo fiscal en el Estado de la fuente*”.

Al hilo de estas consideraciones, que no hacen más que reafirmar la dificultad de aportar una definición completa y actual al concepto de EP, la primera que entendemos conveniente comentar es la que ofrece la propia Directiva matriz-filial a efectos de su aplicación. En virtud de la misma, tal y como se recoge en su artículo 2 b), un EP es *“un centro de actividades fijo, situado en un Estado miembro, a través del cual se realice una parte o la totalidad de las actividades empresariales de una sociedad de otro Estado miembro, en la medida en que los beneficios del centro de actividades estén sujetos a imposición en el Estado miembro en el que está situado en virtud de un tratado bilateral en materia fiscal o, en su defecto, en virtud de la legislación nacional”*.

Este concepto es, como veremos a continuación, muy similar al genérico tradicionalmente empleado por la OCDE en su Modelo de Convenio –añadiendo al mismo, eso sí, el matiz relativo a la imposición comunitaria–. No obstante, resulta en realidad menos preciso que su homólogo del MCOCDE por no contar con las útiles aclaraciones y profundizaciones que aportan a este último los Comentarios al Modelo. Teniendo en cuenta que, al igual que los conflictos en torno a la ubicación de la residencia fiscal ya tratados, las controversias relativas a la existencia o no de EP pueden dar lugar, en lo que nos ocupa, a dobles imposiciones, resulta fundamental clarificar lo máximo posible en qué casos hay que hablar de establecimiento permanente y en qué casos no –más si cabe recordando los problemas que plantea, a su vez, el procedimiento amistoso recomendado por la OCDE para dirimir este tipo de conflictos–. Por tanto, entendemos que se hace necesario acudir a estos Comentarios al MCOCDE para completar la definición recogida en el artículo 2 b) de la Directiva y que, al igual que cuando hablábamos del domicilio fiscal, no estaría de más que el propio texto legal contemplara expresamente esta remisión al Modelo (Medina Suárez, 2019, pp. 37-38).

Entramos ahora, pues, en el terreno del MCOCDE; más concretamente, en el de su artículo 5, que es el que define el concepto de EP a lo largo de sus distintos apartados. La definición genérica antes mencionada, y similar a la posteriormente recogida por la Directiva matriz-filial, se halla en el primero de dichos apartados. Según éste, un EP es *“un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza todo o parte de su actividad”*. Siguiendo a Gildemeister Ruiz Huidobro (1996, p. 76), apreciamos varias importantes concreciones al respecto. Así, detrás de la sencillez del precepto se

encuentran una serie de exigencias apuntadas en los Comentarios para la consideración de la existencia de EP. En primer lugar, debe existir una instalación de negocios. Dicha instalación ha de ser fija, entendiendo fija como sita en un lugar concreto y con cierta permanencia en el tiempo. Además, aunque la actividad desarrollada en ella no tiene por qué ser estrictamente productiva (en el sentido de aportar beneficios a la empresa), debe implicar la presencia de personal trabajando allí.

El segundo apartado del citado artículo 5 MCOCDE contiene, por su parte, una lista – abierta, cabiendo siempre acudir a la definición genérica para valorar en cada caso la existencia de EP– de ejemplos de establecimientos permanentes. Dicha lista está integrada por “*las sedes de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, las minas, pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales*”; siempre y cuando, eso sí, dichas instalaciones cumplan los requisitos generales ya expuestos.

El tercer apartado del artículo 5 dispone, para el caso de las obras “*de construcción, instalación o montaje*” (actividades que son temporales y ocasionales por naturaleza), que se va a entender que existe EP si éstas duran más de doce meses. Hay que destacar aquí que dicha duración no siempre es seguida a rajatabla por los distintos Estados a la hora de celebrar sus respectivos CDIs. Así, tomando como ejemplo el caso de España, vemos cómo el período mínimo exigido oscila entre los seis meses estipulados en el CDI con Brasil y los veinticuatro que recoge el suscrito con Hungría (García-Olías Jiménez, 2011, pp. 231-232).

Finalmente, los dos últimos apartados del reiterado precepto recogen sendas cuestiones en las que nos enfocaremos más al detallar los problemas asociados al concepto de EP. Nos referimos, en lo relativo al artículo 5.4, a las excepciones a la condición de establecimiento permanente y, en lo tocante al artículo 5.5, a la actuación en el extranjero mediante agente dependiente. Cabe destacar ya ahora, eso sí, que ambas materias han sido recientemente tratadas por la OCDE en su cruzada contra la elusión fiscal materializada en el Plan de Acción BEPS (Gil García, 2018b, p. 337).

Vistos los aspectos fundamentales de la definición de EP plasmada en el artículo 5 MCOCDE, podemos concluir que ésta tiene un carácter sumamente genérico que

únicamente se ve colmado por el conjunto de ejemplos y exclusiones que la propia OCDE aporta, y especialmente por los fundamentales apuntes recogidos por la vía de los Comentarios. Estamos, en definitiva, de acuerdo con Calderón Carrero (2015) – citado por Duardo Sánchez (2018, p. 323)– cuando afirma que el MCOCDE no llega a definir como tal el establecimiento permanente, *“sino que tan sólo muestra determinados aspectos parciales para la elaboración del concepto de EP, que sólo puede extraerse del examen conjunto y sistemático de las distintas cláusulas recogidas en el art. 5 MCOCDE, a la luz de los distintos comentarios elaborados por el Comité Fiscal”*.

Hay que destacar, llegados a este punto, que, si bien muchos Estados adoptan la definición del MCOCDE excluyendo así cualquier controversia, dicho Modelo ni siquiera es el único existente, habiendo otros como el de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU). Este último se caracteriza por disponer un concepto de EP más favorable para los Estados de la fuente, ya que en él se entiende el establecimiento permanente de una forma más amplia. Dicha ampliación del concepto favorece a los Estados de la fuente, como decimos, en la medida en que será la apreciación de EP extranjero en sus respectivos territorios lo que les dé derecho a gravar las rentas por él obtenidas. En consecuencia, muchos conceptos internos de EP tienden a parecerse más al Modelo de la ONU que al de la OCDE (Vázquez del Rey Villanueva, 2015, p. 4).

2.3.2. Problemática asociada al establecimiento permanente

Al hilo de los, aunque similares, distintos conceptos de EP existentes según el ámbito que observemos –UE, OCDE o incluso otros modelos de convenio– que acabamos de exponer, pasamos ahora a analizar los principales problemas que afectan hoy por hoy al establecimiento permanente. Empezaremos, precisamente, por el relativo a la falta de una definición globalmente aceptada del concepto de EP.

Como ya hemos mencionado, y como también recuerda De Juan Ledesma (2018, p. 306), no son pocos los Estados que optan por adoptar la definición de EP recogida en el Modelo de la ONU en lugar de la del MCOCDE. Normalmente, son los países menos desarrollados los que se decantan por esta posibilidad dado que, recordemos, el Modelo de la ONU define el establecimiento permanente de una manera más

amplia, lo que permite a los Estados que lo aplican tener acceso al gravamen de un mayor número de rentas societarias. Ello, dada la habitual condición de este tipo de países de importadores de capital extranjero, tiene una importancia considerable a la hora de velar por la salud de sus respectivas arcas públicas (Gildemeister Ruiz Huidobro, 1996, p. 74).

Este interés de los Estados en vías de desarrollo por ampliar el concepto de EP choca, lógicamente, con las intenciones de los países desarrollados. Así, razonando a *contrario sensu*, vemos que estos últimos, en su habitual condición de exportadores de capital, preferirán limitar en mayor medida el alcance de la definición de establecimiento permanente para que así sus empresas no se vean obligadas a soportar una elevada tributación en los Estados extranjeros en los que obtengan rentas. Este choque, como apunta Gil García (2018b, p. 344), puede incluso dar lugar a los denominados “establecimientos permanentes híbridos”; esto es, considerados EPs por una de las partes pero no por la otra. Tal diferencia de consideración puede conllevar, en último término, casos tanto de doble imposición –lo que nos concierne en este trabajo– como de doble no tributación, siendo ambas consecuencias situaciones a evitar.

El segundo problema relativo a los EPs que abordaremos es el de la correcta determinación del número de establecimientos permanentes que una sociedad determinada posee en un mismo territorio extranjero. Dicha determinación cobra su importancia por el hecho de que es muy habitual, principalmente entre las grandes empresas, que cuando una sociedad opte por internacionalizarse y establecerse en diversos mercados, acabe por abrir varios establecimientos en cada nuevo país en el que haga negocio. Es menester, por tanto, distinguir cuáles van a constituir un EP en sentido estricto por sí mismos y cuáles no, para que así la empresa en cuestión tribute de la manera adecuada.

A este respecto, el aspecto clave marcado por los Comentarios al MCOUDE para dirimir si las distintas actividades separadas llevadas a cabo por una misma sociedad en la misma jurisdicción extranjera constituyen un único EP o una pluralidad de ellos reside en apreciar si dichas actividades forman “*un todo coherente desde el punto de vista comercial y geográfico*” (De Juan Ledesma, 2018, p. 314).

Sin perjuicio de que las leyes internas de los Estados intervinientes permitan la consolidación de los resultados de EPs diferentes en sus territorios, en lo que a la OCDE respecta hay que partir siempre de la base de que todo establecimiento que cumpla los requisitos –ya comentados– del artículo 5 MCOUDE ha de ser considerado EP. A partir, como decimos, de dicha base, tendrá que darse la concurrencia de las denominadas “*coherencia geográfica*” y “*coherencia comercial*” para poder considerar que dichos establecimientos forman en realidad un todo que ha de ser agregado a la hora de tributar. Tal y como también expone De Juan Ledesma (2018, p. 315), la dificultad de determinar si se da tal concurrencia cae del lado de la coherencia comercial, que obliga a comprobar un gran número de indicadores como, por ejemplo, que los consumidores de los bienes o servicios derivados de la actividad de los distintos lugares de negocio sean los mismos. En este sentido, y para despejar un poco el panorama, en los Comentarios al MCOUDE se recogen varios ejemplos donde se considera que coinciden ambos tipos de coherencia. Ello ocurre, por ejemplo, en las minas y en los distintos lugares dentro de un mercadillo en los que un mismo comerciante oferta sus productos.

Con independencia del número de EPs que se consideren en una jurisdicción, salta a la vista que el concepto de establecimiento permanente tiene mucho que ver con el de residencia fiscal. Pues bien, vamos a centrarnos ahora en uno de sus principales aspectos en común: lo mal que llevan, hablando en plata, el paso del tiempo. Ya vimos, al tratar las cuestiones relativas a la residencia fiscal de las sociedades, que su vigencia como criterio de sujeción de rentas –al menos, entendida en su sentido tradicional– se ha visto gravemente afectada por el inexorable avance de la globalización y de la economía digital. Lo mismo le ocurre –en lo tocante a la ED– al concepto de EP, como enuncia Cubero Truyo (2018, p. 252) de forma tan clara que consideramos conveniente recogerla textualmente: “*téngase en cuenta que el régimen fiscal actual del establecimiento permanente no representa sino una aplicación de facto de las pautas de la residencia como punto de conexión, prescindiendo del dato de la personalidad jurídica, pero con idénticas consecuencias en cuanto al alcance y la metodología de gravamen. Por tanto, revisar la hegemonía absoluta del principio de residencia, como está ocurriendo en los últimos años de manera sorda pero implacable según nuestra percepción, implica necesariamente revisar la vigencia del criterio del establecimiento permanente*”.

El citado autor (p. 255), desarrollando esta idea de revisión del criterio del EP, opta por suavizar las consecuencias de la determinación de si una sociedad ejerce sus actividades en el extranjero mediante EP o no antes que por intentar aumentar el alcance de la definición de establecimiento permanente. En su opinión, a la que nos sumamos, tiene más sentido desincentivar que las empresas busquen o escapen de la calificación de EP por motivos únicamente fiscales mediante dicho suavizado de las consecuencias de la misma que luchar continuamente por combatir todas las prácticas ilícitas yendo siempre un paso por detrás de las sociedades infractoras.

Entrados ya en materia, pondremos, pues, el foco en la problemática derivada del auge de la ED que, como decimos, es el principal causante de las dudas que se vienen suscitando en torno al establecimiento permanente en los últimos años. Así, el clásico recurso al “lugar fijo de negocios” como elemento determinante para poder hablar de EP debe dar paso al debate protagonizado por páginas *web* y servidores informáticos (Sánchez-Archidona Hidalgo, 2016, pp. 134-135). Dicho debate viene dado por el hecho de que, atendiendo a los criterios exigidos por el artículo 5 de su Modelo para determinar la existencia de establecimiento permanente, la OCDE no tiene problemas en admitir que los servidores informáticos ostenten tal condición, pero sí los tiene en el caso de los sitios *web*. Esta distinción se funda en las dos vertientes del requisito de fijeza que ya mencionamos en su momento. De este modo, como apunta Rodríguez Losada (2018, p. 450), mientras que una página *web* pertenece enteramente al mundo digital, siendo “*un bien intangible integrado únicamente por datos electrónicos y software*”, el servidor que la contiene necesita de un equipo informático físico que estará ubicado en un lugar determinado del planeta. Además, en cuanto a la vertiente temporal, dicho equipo informático puede situarse perfectamente en la misma ubicación durante un período estable de tiempo (Álamo Cerrillo, 2018, p. 276).

Frente a esta posición se colocan autores como Sánchez-Archidona Hidalgo (2016, p. 135), que alude a la clásica asimilación entre la participación activa en la vida económica de un Estado y el cumplimiento del requisito de fijeza para sostener que muchas *webs*, que participan sobradamente en la vida económica de otros tantos Estados, deberían tener reconocida en ellos la condición de EP. En el mismo sentido, Lucas Durán (2018, p. 37) afirma sin ambages que “*no resulta sostenible por más tiempo la exigencia de una presencia física en un país para determinar competencias*

de gravamen del mismo respecto de rentas pagadas desde su territorio”, defendiendo en consecuencia que, por la vía consensuada del MCOCDE, se sienten las bases para considerar la “*presencia económica o digital significativa*” como el elemento clave que marque la existencia de EP.

Gómez Requena y Moreno González (2018, pp. 355-363), por su parte, apuestan también por el uso de esta “*presencia virtual significativa*” como nexo impositivo, apoyándose a su vez en García Novoa (2001) para justificar lo acertado, en su opinión, de “*contemplar un nuevo vínculo acorde con la desmaterialización que sufre la economía actual*”. Hay que destacar, en este punto, que algunos países como Israel o Japón ya han dado pasos en esa dirección, llegando los nipones incluso a modificar ya sus propios criterios de conexión para gravar las rentas obtenidas en su territorio por multinacionales extranjeras de lo digital con gran volumen de consumidores sin necesidad de presencia física en suelo japonés (Jabalera Rodríguez, 2018, pp. 35-36).

Como se puede apreciar, el sector doctrinal ha entrado de lleno en el debate suscitado, lo que ha provocado que la propia OCDE haya tenido que considerar nuevamente cuál debe ser el criterio a seguir para determinar si estas nuevas figuras nacidas del progreso tecnológico han de tener cabida como EPs o no. Así, se plantean tres posibles soluciones: la primera, la sustitución del concepto clásico de establecimiento permanente por el simple reconocimiento de la “*presencia económica significativa*” (Gómez Requena y Moreno González, 2018, p. 355); la segunda, la actualización de dicho concepto de EP para que reconozca la “*presencia virtual y económica significativa*” como nexo válido supeditado a un criterio cuantitativo y objetivo (Gómez Requena y Moreno González, 2018, p. 363); y la tercera, la “*sustitución del concepto actual de EP por un nuevo criterio basado en la presencia virtual significativa, requiriendo a su vez cierta presencia física en el Estado de la fuente*” (Rodríguez Losada, 2018, p. 451).

La respuesta de la OCDE, por medio del Informe Final BEPS de octubre de 2015, consiste en trasladar la decisión a los respectivos Estados, no excluyendo ninguna de las opciones siempre que dichos Estados respeten los respectivos textos legales a los que estén sometidos (Sánchez-Archidona Hidalgo, 2016, p. 137). Aunque dicha solución (o no solución, realmente) era de esperar habida cuenta de que el Plan de Acción BEPS “*es el resultado de un consenso entre los intereses de los países*

clásicos, Estados miembros de la OCDE y, por lo tanto, no se puede asociar con idea revolucionaria alguna (Carbajo Vasco, 2018, p. 19), estamos de acuerdo con Rodríguez Losada (2018, p. 453) en cuanto a la “*suerte de sentimiento agridulce*” que provoca esta postura de la OCDE.

Vistos los problemas de vigencia que el auge de las nuevas tecnologías ha provocado en la idea tradicional de EP, nos referiremos a continuación a la problemática derivada del abuso del concepto de “actividades auxiliares” que, por suponer éstas una excepción a dicha idea de establecimiento permanente, buscan en ocasiones las empresas. Conviene pues, ahora sí, detallar que estas “actividades auxiliares” dan lugar a la exclusión de la definición de EP recogida en el artículo 5 MCOCDE, en virtud del cuarto apartado de dicho precepto. En consecuencia, las compañías pueden verse tentadas a dividir sus operaciones entre distintos lugares de negocio con la única finalidad de que esas “fracciones de actividad” sean consideradas como actividades exclusivamente auxiliares o preparatorias. Si esto ocurre, dichas empresas escaparán de la tributación en el Estado extranjero de la fuente por no contar formalmente con EP alguno allí (Gil García, 2018b, pp. 337-338). Hay que tener presente a estos efectos, sin embargo, que en caso de que un lugar de negocios aúne actividades preparatorias y actividades principales que no sean objeto de excepción, será considerado EP y tributará como tal en dicho Estado de la fuente (Vázquez del Rey Villanueva, 2015, p. 17).

Teniendo en cuenta tanto los posibles intentos de elusión fiscal que acabamos de mencionar como el hecho de que, en el contexto de la economía digital, actividades tradicionalmente auxiliares como es el caso de la publicidad han pasado a ser las actividades indudablemente principales de determinadas empresas (Álamo Cerrillo, 2018, p. 284), se hace necesario tomar medidas en lo relativo a esta excepción al concepto de EP. En este sentido, Rodríguez Losada (2018, p. 450) apunta a dos posibles vías. La primera consistiría en reformar profundamente las excepciones recogidas en el artículo 5.4 MCOCDE; la segunda, en cambio, se basaría simplemente en reconocer la posibilidad de que, según el caso, una actividad inicial o tradicionalmente entendida como preparatoria pase a ser la actividad esencial de una sociedad determinada. Desde aquí nos decantamos por esta segunda propuesta, entendiendo que resulta más razonable valorar la situación real de cada empresa que acometer una reforma, a nuestros ojos, innecesaria.

Por último, y siguiendo el hilo de las prácticas que en ocasiones realizan las empresas con fines elusivos, pasamos ahora a tratar el aprovechamiento del contrato de comisión para evitar la condición de EP en forma de agente autorizado. Para ello, en primer lugar, es necesario precisar en qué consiste la figura de dicho agente autorizado o dependiente, para lo que recurriremos de nuevo al MCOUDE y a sus Comentarios.

Tal y como dispone el artículo 5.5 MCOUDE, una sociedad tendrá un establecimiento permanente en un Estado extranjero, independientemente de si cuenta o no con un lugar fijo de negocios allí, cuando actúe en dicho Estado mediante un agente dependiente. Será agente dependiente y, por tanto, EP, toda persona (física o jurídica, pudiendo entonces recaer esta calificación sobre una sociedad filial) que esté facultada para la conclusión de contratos en nombre de la empresa no residente, teniendo pues la capacidad de vincular a dicha entidad en las actividades en las que participe en el Estado en cuestión (Gildemeister Ruiz Huidobro, 1996, p. 78).

Por su parte, los Comentarios aportan otros detalles que terminan de dibujar la figura de este agente autorizado. Así, encontramos que el factor que más define dicho perfil es su poder para comprometer a la empresa no residente, poder que deberá ser ejercido con habitualidad y en relación con la actividad propia de la sociedad, no sólo en cuestiones accesorias. En este sentido, y como destaca Vázquez del Rey Villanueva (2015, p. 21), no serán considerados EPs las personas que, incluso teniendo la facultad de vincular a la empresa, se limiten a operar en actividades auxiliares o preparatorias –suponiendo éstas, como acabamos de ver, una de las excepciones al concepto de EP recogidas en el artículo 5.4 MCOUDE–.

El artículo 5.6 del Modelo cierra la definición de agente dependiente al mencionar a su contraparte, el agente independiente, y especificar una serie de figuras a las que la independencia les es inherente, quedando por tanto excluidas de ser consideradas EPs. Cabe detenerse en dos aspectos del contenido de este precepto, que ahora detallaremos. En primer lugar, en cuanto a la referida independencia, ésta depende –fuera de los casos expresamente tasados– del grado de control que ejerza la sociedad no residente sobre la persona en cuestión. De este modo, si dicha persona se halla “*sometida a instrucciones detalladas o a un control global*” (Vázquez del Rey Villanueva, 2015, p. 27) no podrá ser calificada de agente independiente.

Por otra parte, en lo tocante a dichas figuras tasadas, es de destacar que entre ellas se halla la utilizada en ocasiones por las empresas para escapar del concepto de EP, la figura del comisionista. El problema aquí radica en que, con la intención mencionada de no tener establecimientos permanentes en un determinado territorio y, por ende, de evitar en la medida de lo posible la obligación de tributar en él, algunas sociedades optan por celebrar contratos de comisión en lugar de los tradicionales acuerdos en virtud de los cuales una filial desempeñaba el papel de distribuidor en el extranjero, adquiriendo así la condición de EP por convertirse en agente autorizado. Esta sustitución contractual implica que el Estado de la fuente pierde el derecho a gravar unas rentas que, en la práctica, siguen siendo generadas en su territorio de la misma manera que antes (Gil García, 2018b, p. 337).

Estas prácticas, como vemos, suponen un perjuicio para los Estados importadores de capital y, además, en la medida en que se llevan a cabo únicamente con finalidad de elusión tributaria, atentan contra el principio de neutralidad fiscal. Con el objetivo de evitarlas en la medida de lo posible, los Comentarios al MCOUDE intentan aportar una interpretación amplia del concepto de agente dependiente o autorizado, llegando a incluir en la categoría a personas que actúan en nombre propio siempre y cuando presenten las características propias de la figura antes referidas (Gorospe Oviedo, 2018, p. 372).

3. Rentas afectadas: el concepto de “distribución de beneficios”

Vistos ya los aspectos fundamentales para determinar qué sociedades se pueden beneficiar del régimen establecido por la Directiva matriz-filial y los rasgos más importantes de dichas sociedades a este respecto, pasamos a continuación al análisis de las rentas objeto de aplicación de la Directiva. Al igual que ocurría en lo relativo a las entidades afectadas –en especial, a los establecimientos permanentes–, un análisis pormenorizado de esta cuestión –sobre todo, del concepto de “dividendo”– precisaría de un espacio del que en este caso, habiendo priorizado el ámbito societario, no disponemos. Por tanto, nos ceñiremos a comentar de manera sucinta las claves de las “distribuciones de beneficios” que se ven afectadas por la Directiva.

Siguiendo a Medina Suárez (2019, p. 20), conviene remarcar en primer lugar que las únicas distribuciones de beneficios comprendidas por la norma son aquellas que tienen tanto su origen como su destino en sendos Estados miembros de la UE, tal y como se extrae de los cuatro subapartados del artículo 1.1 de la Directiva. Cada uno de dichos subapartados define uno de los cuatro posibles supuestos en los que, más concretamente, entra en juego el régimen de dicho texto legal.

El primero de ellos –subapartado a)– hace referencia a las distribuciones de beneficios recibidas por sociedades matrices y provenientes de sus filiales situadas en Estados miembros diferentes; el segundo –subapartado b)–, al caso inverso, esto es, a las distribuciones recibidas por las filiales situadas en Estados miembros diferentes y provenientes de sus respectivas matrices; el tercero –subapartado c)–, a las recibidas por EPs de una sociedad matriz situada en otro Estado miembro y provenientes de una filial de dicha matriz situada en un Estado miembro diferente al del EP en cuestión; y el cuarto –subapartado d)–, a las distribuciones de beneficios recibidas por EPs de una sociedad matriz situados en otro Estado miembro y provenientes de una filial de dicha matriz situada en el mismo Estado miembro que ésta.

El artículo 4.1 de la Directiva nos permite ser aún más precisos en la delimitación de las rentas afectadas al referirse, concretamente, a “*beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma*” –haciendo referencia, con “la misma”, a la sociedad filial–. Sin embargo, y siendo objeto de un error similar a otros que ya hemos ido destacando a lo largo de este trabajo en cuanto a falta de aclaraciones, remisiones e incluso definiciones necesarias, el texto de la Directiva no establece con claridad a qué se refiere el legislador comunitario con “distribución de beneficios” y “distribución de beneficios derivados de la liquidación de una sociedad”.

Si bien esta indefinición puede parecer baladí a primera vista, no lo es en absoluto habida cuenta de que, como ya hemos mencionado, nos encontramos ante conceptos jurídico-económicos discutidos a nivel internacional. En consecuencia, y como apunta Fernández Fernández (2015, p. 132), puede darse el caso, por ejemplo, de que el Estado miembro de residencia de una sociedad filial califique un pago realizado por ésta a su matriz como “distribución de beneficios” pero el Estado miembro de residencia de la matriz no lo haga así. Éste y otros supuestos conflictivos comprometen, en caso de darse, la eficacia del régimen destinado a eliminar la doble

imposición –jurídica en lo que nos interesa, pero también económica– que dispone la Directiva matriz-filial. En definitiva, y de acuerdo nuevamente con Medina Suárez (2019, pp. 24-25), entendemos que es necesaria una mayor claridad en la definición de las rentas que se ven afectadas por la Directiva para evitar completamente controversias como la ejemplificada y garantizar así tanto la eliminación de la doble tributación como la seguridad jurídica de las sociedades residentes en la UE.

4. La eliminación de la doble imposición jurídica internacional

Toda vez que, a lo largo de este análisis, ya hemos definido la doble tributación jurídica internacional aplicada al mundo empresarial; explicado sus causas, sus consecuencias y las maneras más habituales de corregirla con especial mención a los convenios de doble imposición y al MCOUDE; descrito y valorado la labor de la UE al respecto –que cristaliza, por el momento, en la Directiva matriz-filial–; y delimitado, en las últimas páginas, los condicionantes fundamentales para la aplicación de dicha Directiva; es momento, llegando ya al final del trabajo, de detallar el mecanismo de eliminación de la doble imposición jurídica internacional establecido en ella. Adelantamos ya, de acuerdo con nuestra explicación de los principales métodos correctores y con el apunte de Medina Suárez (2019, p. 52), que el mecanismo en cuestión es el de exención íntegra en el Estado de la fuente por medio de la erradicación de la retención en origen.

Esta erradicación, establecida originalmente en la Directiva de 1990, se hacía muy necesaria teniendo en cuenta que, a excepción del Reino Unido, los Estados integrados en el ámbito comunitario sometían a retención los dividendos pagados por las sociedades residentes en ellos a sus matrices o filiales no residentes, dando lugar de este modo a un serio problema de doble tributación jurídica. Si bien la medida, por lo habitual de estas retenciones en origen, no estuvo libre de polémica –generada especialmente por los Estados miembros que contemplaban un tipo impositivo menor para la distribución de beneficios societarios que para la no distribución, y que fueron por tanto los que más dejaron de recaudar en un principio–, lo cierto es que, como reiteraremos, su positiva incidencia en el funcionamiento del mercado interior es indudable (Sieiro Constenla, 2002, p. 797).

Entrando ya en el régimen en sí, es el artículo 5 de la Directiva el que estipula que “*los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen*”. Se evita así, como decimos, la doble imposición jurídica, puesto que sólo será el Estado de residencia de la matriz –es decir, el que exporta el capital–, el que grave las rentas en cuestión.

El artículo 7, por su parte, recoge una matización al citado artículo 5, disponiendo sobre la “*retención en origen*” que ésta “*no comprenderá el pago anticipado o previo (descuento previo) del impuesto de sociedades al Estado miembro en el que esté situada la filial, efectuado en relación con la distribución de beneficios a la sociedad matriz*”. Tal y como manifiesta Medina Suárez (2019, p. 52) a este respecto, dicha matización no es todo lo precisa que debiera si tenemos en cuenta que la retención en origen no se limita al impuesto societario en sentido estricto, sino que también afecta a “*cualquier tasa, derecho o exacción que comprenda una retención en origen sobre los beneficios distribuidos por las sociedades filiales y sus matrices, con independencia de la calificación que le atribuya el Derecho nacional*”.

Finalmente, el otro precepto que aporta su grano de arena a la construcción de este régimen es el artículo 6 de la Directiva, en virtud del cual “*el Estado miembro del que dependa la sociedad matriz no podrá percibir una retención en origen sobre los beneficios que dicha sociedad reciba de su filial*”. En palabras de Medina Suárez (2019, pp. 53-54), este precepto actúa como “*contrapeso*” del artículo 5 ya que, aunque regula un supuesto muy poco habitual, si dicho supuesto se diera y fuera el Estado de residencia de la matriz el que practicase la retención en origen, la eliminación dispuesta en el citado artículo 5 perdería su fuerza y su razón de ser.

Una vez expuestos y comentados los aspectos más técnicos de la eliminación de la retención en origen empleada en la Directiva matriz-filial para evitar la doble imposición jurídica internacional en su ámbito de aplicación, resta simplemente valorar si este método es acertado y proporciona resultados satisfactorios o no –aunque, *grosso modo*, ya hayamos mencionado que sí que es de gran utilidad en el camino hacia un mercado interior que funcione a pleno rendimiento–.

Empezando por valorar el recurso a la Directiva como medio legal al efecto, lo cierto es que ya hemos comentado con anterioridad que esta clase de norma comunitaria se

erige en el mejor de los instrumentos para llevar a cabo la tan debatida armonización fiscal, dado que compatibiliza el papel unificador de la UE con cierta libertad de actuación de los Estados miembros. Además, de acuerdo con Sánchez Jiménez (1995), citada por Fernández Fernández (2015, p. 141), entendemos que la Directiva resulta una vía más apropiada que la del convenio bilateral por comprender a más Estados en su ámbito de aplicación.

En el plano práctico, la elección del método de exención íntegra mediante la eliminación de la retención en origen también nos parece acertada por varios motivos. En primer lugar, y como apunta Medina Suárez (2019, p. 53), este mecanismo constituye una solución realmente equitativa al dar lugar a un reparto adecuado de las bases imponibles entre los Estados miembros en liza. En segundo lugar, y recurriendo de nuevo a Sánchez Jiménez (1995), citada por Fernández Fernández (2015, p. 141), la erradicación de esta retención acaba con la doble imposición jurídica antes incluso de que ésta llegue a producirse, lo que es de valorar toda vez que, como sabemos, no todos los métodos de corrección de la doble tributación lo consiguen.

En definitiva, y atendiendo a los argumentos expuestos, no cabe conclusión que no sea el reconocimiento de que el régimen de eliminación de la doble imposición jurídica internacional implementado en el seno de la UE con la Directiva de 1990 y vigente en la actualidad por medio de la Directiva matriz-filial de 2011 ha supuesto una gran mejora en la lucha contra esta doble tributación que ha redundado, a su vez, en un mayor y mejor desarrollo del mercado interior comunitario. Si bien, como también hemos ido comentando, quedan aspectos a mejorar –especialmente, en lo tocante a aclaración de términos– y, como apunta Fernández Fernández (2015, p. 142), sería conveniente la ampliación del régimen a sociedades que no pertenezcan al mismo grupo, estos detalles no tapan el buen papel que ha desempeñado y desempeña la Directiva matriz-filial en el terreno fiscal comunitario.

VI. Conclusiones

Como hemos mostrado a lo largo de este análisis, la doble imposición jurídica internacional es un fenómeno a evitar por sus perjudiciales consecuencias para los contribuyentes y para los mercados, especialmente cuando afecta a las empresas cuya actividad económica traspasa las fronteras de sus respectivos Estados de residencia. Es por ello que diversos entes, destacando la OCDE a nivel mundial y la UE en el ámbito comunitario, han ido desarrollando con el paso de los años numerosas medidas dirigidas a evitarla o corregirla. Esta corrección, si cabe, se ha vuelto más necesaria en los últimos tiempos a raíz del terremoto causado por la globalización y el auge de las nuevas tecnologías –sobre todo, de las relativas a la comunicación y el tratamiento de datos– en el mundo económico y empresarial.

Tanto la OCDE, con su Modelo de Convenio pensado para servir de base a los distintos CDIs interestatales; como la UE, con su Directiva matriz-filial, han logrado un considerable éxito en su propósito de combatir esta doble tributación. Sin embargo, no debemos ignorar que la raíz del problema –los conflictos entre Estados, principalmente a la hora de gravar las rentas aplicando el criterio de residencia y/o el de la fuente– sigue presente, y más vigente que nunca. Esto último porque, centrándonos en dicho criterio de residencia, apreciamos que su correcto funcionamiento se ha visto especialmente afectado por la globalización y el desarrollo tecnológico antes mencionados. Ambos factores provocan que el propio concepto de residencia fiscal – así como el de EP, muy vinculado a él– esté hoy día en entredicho en lo que a su clásico papel de eje de la imposición societaria se refiere. Es por ello que entendemos que el criterio de la fuente, en el contexto actual, se adapta mejor a dicho papel y determina esta tributación de forma más justa.

Sin perjuicio de lo anterior, y toda vez que la preeminencia del criterio de residencia hace inviable su paso a un segundo plano al menos a corto plazo, es menester preguntarse cómo mejorar su funcionamiento. La respuesta a dicha cuestión, a nuestro juicio, está en la consecución de un concepto lo más unificado y global posible de residencia fiscal societaria; concepto que deberá basarse en aspectos de carácter material para dificultar así las prácticas elusivas incentivadas por un excesivo formalismo. A falta, por lo menos de momento, de dicha definición consensuada,

entendemos que es necesario dar mayor claridad y objetividad a las reglas de desempate o *tie-breaker rules* empleadas para dirimir los conflictos de residencia. En nuestra opinión, el tradicional recurso a la “sede de dirección efectiva”, aunque mejorable en sus detalles, aporta más seguridad jurídica a las empresas que el procedimiento amistoso recomendado por la OCDE desde 2017, ya que este último siempre va a estar influenciado por el arbitrio y los intereses de diversas clases de los Estados implicados en la controversia en cuestión.

Entrando ahora en la valoración final de las formas de combatir la doble tributación jurídica internacional recogidas en el presente estudio –la vía del convenio de doble imposición, con el MCOUDE a la cabeza; y la de la legislación comunitaria, en la figura de la Directiva matriz-filial–, debemos resaltar, de entrada y en términos generales, que ambas vías funcionan razonablemente bien y son compatibles entre sí. Esta compatibilidad viene dada, como ahora remarcaremos, por la mutua compensación de sus respectivos defectos y por sus distintos ámbitos de aplicación.

En cuanto a los CDIs, éstos se erigen en instrumentos de gran utilidad pese a la contraposición de intereses que habitualmente se encuentran los distintos Estados a la hora de firmarlos y, paradójicamente, gracias en parte a dicha discordancia. Ello se debe a que la misma obliga a estos países firmantes a llegar a acuerdos a medio camino entre las diferentes formas de entender conceptos tributarios –como, por ejemplo, el de residencia fiscal societaria– recogidas en sus respectivas legislaciones internas. Así, y normalmente al abrigo del MCOUDE –pese a no ser éste vinculante–, se va desarrollando y extendiendo la fundamental estandarización conceptual a la que ya nos referimos en su momento. Sería conveniente, eso sí, tender al multilateralismo en lugar de mantener la clásica apuesta por los convenios bilaterales, evitando de este modo los inconvenientes del bilateralismo y consolidando, en definitiva, dicha estandarización.

La Directiva matriz-filial, por su parte, ha demostrado ser una eficaz respuesta a la doble imposición jurídica internacional tradicionalmente sufrida por las empresas beneficiarias de su régimen corrector en el seno de la UE. Tal afirmación encuentra su fundamento en el incontestable acierto que supone, a estos efectos, que el legislador comunitario se decantase en su momento –1990, con la Directiva original– por la vía de la exención íntegra en el Estado de la fuente por medio de la erradicación de la

retención en origen. La principal virtud de dicho método, como ya apuntamos con anterioridad, es que evita la doble tributación sin dejar que llegue a producirse, dando lugar además a un reparto notablemente equitativo del gravamen entre los Estados miembros implicados.

La fórmula de la Directiva, vinculante para los países integrantes de la UE en cuanto al resultado pero no en cuanto a los medios empleados para alcanzarlo, se revela también como la ideal para equilibrar el principio de subsidiariedad propio de la actuación comunitaria y la necesaria armonización fiscal, cuya ausencia supondría un duro golpe para la idea de mercado interior que marca la existencia de la Unión. En este sentido, la Directiva matriz-filial se muestra más eficaz que los CDIs teniendo en cuenta que los convenios multilaterales no están aún del todo desarrollados y que los bilaterales, por su propia condición, concilian los sistemas fiscales de un menor número de Estados.

A la vista de lo anterior, podemos apreciar que la Directiva matriz-filial está, en general, bien diseñada, contando con destacados puntos fuertes y teniendo, al contrario que el MCOCDE, fuerza jurídica vinculante. Ello no impide, en todo caso, que presente también algunos aspectos susceptibles de mejora en los que dicho Modelo y, en consecuencia, los CDIs basados en él, están mejor resueltos. Nos referimos, especialmente, a la falta de definiciones claras de conceptos importantes como el de “distribución de beneficios”. Además, y toda vez que la aplicación de la Directiva se limita a las operaciones entre sociedades matrices y filiales de distintos Estados miembros de la UE, los convenios siguen siendo imprescindibles para evitar la doble imposición jurídica internacional cuando algún Estado interviniente sea ajeno a la Unión.

En definitiva, considerando todo lo expuesto, podemos concluir que tanto los convenios de doble imposición como la Directiva matriz-filial son, más allá de ciertos detalles, instrumentos fundamentales y exitosos en la necesaria evitación de la doble imposición jurídica internacional en el plano societario. Que su éxito se mantenga en el tiempo e incluso se incremente en el futuro dependerá, a nuestro juicio, de que se busquen definiciones y soluciones comunes al más amplio nivel que permitan contrarrestar la crisis provocada por la globalización y los avances tecnológicos en algunos de los pilares tradicionales de la fiscalidad internacional.

VII. Bibliografía

1. Referencias consultadas

Álamo Cerrillo, R. (2018). La economía digital, el concepto de establecimiento permanente y la realización de actividades auxiliares o preparatorias. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 270-285. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>

Almonacid Larena, D. (2018). Residencia fiscal de las personas físicas y jurídicas: aspectos internacionales. *Documentos de Trabajo (IELAT, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos)*, n.º 116, 1-97. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6764273>

Álvarez Barbeito, P., y Calderón Carrero, J.M. (2010). *La tributación en el IRPF de los trabajadores expatriados e impatriados*. Netbiblo. <http://hdl.handle.net/2183/11832>

Borrás Rodríguez, A. (1974). La doble imposición fiscal y la Comunidad Económica Europea. *Anuario español de derecho internacional*, n.º 1, 223-247. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=1030605>

Botella García-Lastra, C. (2018). Las reglas de localización de la base imponible de la propuesta BICCIS como complemento o alternativa de las normas de residencia fiscal. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 83-99. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>

Caamaño Anido, M.A. (2016). *Actualidad fiscal comentada (vol. 4)*. Consejo General de Economistas (Colexio da Coruña) y REAF-REGAF.

Caamaño Anido, M.A., y Calderón Carrero, J.M. (2002). Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo Derecho tributario?. *Anuario da Facultade de*

Dereito da Universidade da Coruña, n.º 6, 179-210. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=1217633>

Cámara Barroso, M.C. (2016). Normativa doméstica y era *post-BEPS*: ¿hacia dónde vamos?. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 15, 21-28. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=5657403>

Carbajo Vasco, D. (2018). ¿El establecimiento permanente digital, un oxímoron?. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 11, 12-24. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6708551>

Castillo Murciego, A., y López Laborda, J. (2016). Efecto de los Tratados de Doble Imposición sobre la actividad de Inversión Extranjera Directa bilateral española. *XXIII Encuentro de Economía Pública*. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=5696587>

Chamorro y Zarza, J.A. (2012). Los principios constitucionales del Derecho Financiero y Tributario y su deseable implementación en el derecho de la Unión Europea. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 60, n.º 2, 323-338. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=4095047>

Contreras Núñez, M. (2016). ¿Es la cooperación reforzada una vía alternativa para avanzar en el proceso de armonización fiscal?. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 15, 39-48. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=5657403>

Contreras Núñez, M. (2017). Repercusiones políticas y límites del proceso de armonización en materia de imposición societaria en el nuevo marco internacional. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 13, 23-35. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6566064>

Cubero Truyo, A. (2018). Aplicabilidad de criterios característicos de la imposición indirecta a la regulación futura de los establecimientos permanentes y mejoras técnicas en su regulación actual. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*,

n.º 3, 252-269. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>

De Juan Ledesma, A. (2018). El concepto de EPs arrastrado por la marea BEPS: la aparición de múltiples EPs en el nuevo entorno de fiscalidad internacional. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 304-321. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>

Del Arco Ruete, L. (1977). *Doble imposición internacional y Derecho Tributario español*. Ministerio de Hacienda.

Duardo Sánchez, A. (2018). La exclusión fraudulenta del estatus de establecimiento permanente. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 322-335. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>

Fernández Fernández, I. (2015). *La intervención de la fiscalidad en el desplazamiento interjurisdiccional de las estructuras financieras de los grupos multinacionales*. Tese de Doutoramento, Universidade da Coruña. <http://hdl.handle.net/2183/16461>

Ferrerías Gutiérrez, J.A. (2018). Cambios en relación con la residencia fiscal en la próxima actualización del Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE). *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 22-32. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>

García De Pablos, J.F. (2018). La residencia como forma de distribución del poder tributario de los Estados y de las Comunidades Autónomas en la tributación de las adquisiciones gratuitas. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 118-136. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>

García Novoa, C. (2010). El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros. *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 19, n.º 2, 11-50. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=3617057>

- García-Olías Jiménez, C. (2011). El concepto tributario de “establecimiento permanente”. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º Extra 1, 229-235. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=3813830>
- García Prats, F.A. (1994). *El establecimiento permanente en la imposición societaria desde el punto de vista tributario internacional. El ordenamiento español como modelo*. Tesis Doctoral, Universitat de València. <https://roderic.uv.es/handle/10550/38616>
- Gildemeister Ruiz Huidobro, A. (1996). Los establecimientos permanentes como forma de inversión extranjera: Su concepto y tratamiento en los principales modelos internacionales de convenios para evitar la doble imposición. *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 33, 73-84. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=5109582>
- Gil García, E. (2018). La residencia como criterio de aplicación de los CDI. La cláusula del centro de intereses vitales y otros criterios para resolver la doble residencia. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 7, 357-380. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6533659>
- Gil García, E. (2018). Las últimas tendencias en el establecimiento permanente como punto de conexión: del asunto “McDonald’s” a las propuestas del grupo “Código de Conducta”. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 336-348. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>
- Gómez Requena, J.A., y Moreno González, S. (2018). La adaptación del concepto de establecimiento permanente al contexto comercial digital: de la fijeza a la presencia virtual y económica significativa. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 349-366. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>
- Gómez de la Torre Del Arco, M. (2016). El nuevo tratamiento de la doble imposición en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades. *Anuario jurídico y económico escurialense*, n.º 49, 403-424. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=5461261>

- González Aparicio, M. (2018). Convenios de doble imposición y normas de reparto exclusivas a favor del Estado de residencia: problemática actual. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 7, 260-292. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6533659>
- González De Frutos, U.J. (2016). *La equidad entre naciones en el sistema fiscal internacional*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints-ucm-es.accedys.udc.es/id/eprint/48112/1/T40047.pdf>
- Gorospe Oviedo, J.I. (2018). El concepto de establecimiento permanente en la imposición directa y su evolución jurisprudencial. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 367-382. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>
- Jabalera Rodríguez, A. (2018). Modelos de negocio en la economía digital y su imposición efectiva. Propuestas de la OCDE y la UE. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 11, 25-36. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6708551>
- Lucas Durán, M. (2018). Residencia y territorialidad: BEPS y la necesidad de revisar los principios tradicionales de la fiscalidad internacional. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 7, 14-38. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6533659>
- Machancoses García, E. (2001). *La tributación de las matrices españolas por los beneficios procedentes de las filiales en el extranjero*. Tesis Doctoral, Universitat de València. <https://roderic.uv.es/handle/10550/38596>
- Manoliu, F. (1964). La doble imposición. *Revista de Economía y Estadística, Tercera Época*, vol. 8, n.º 2, 79-151. <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/3574>
- Maroto Sáez, A. (2015). *El régimen fiscal de los establecimientos permanentes de entidades financieras en España*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints-ucm-es.accedys.udc.es/id/eprint/30183/1/T36071.pdf>

- Martínez Ferreiro, J.M. (2014). *Doble Imposición Jurídica Internacional: Convenios de Doble Imposición*. Trabajo de Fin de Grao, Universidade da Coruña. <http://hdl.handle.net/2183/13911>
- Medina Suárez, F. (2019). La doble imposición en la Directiva 2011/96/UE, del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. *Anuario jurídico y económico escurialense*, n.º 52, 13-62. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6883973>
- Monreal Lasheras, A., y Viejo Madrazo, A. (2018). Puntos de conexión y establecimiento permanente en el ámbito de la imposición indirecta (IVA) vs. La imposición directa-Encuentros y desencuentros. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 399-414. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>
- Neira Regueiro, L. (2017). *La Doble Imposición Internacional en el Sistema Fiscal Español: Mecanismos para eliminar la DII*. Trabajo de Fin de Grao, Universidade da Coruña. <http://hdl.handle.net/2183/19842>
- Rodríguez Losada, S. (2018). Reflexiones en torno a la economía digital: problemas de calificación de las rentas obtenidas por transacciones digitales e inconvenientes en el gravamen de las mismas a la luz del Informe Final de Acción BEPS. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 433-455. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>
- Sánchez-Archidona Hidalgo, G. (2016). La economía digital y su influencia en el entorno *post-BEPS*. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 15, 131-140. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=5657403>
- Sánchez-Archidona Hidalgo, G. (2017). La Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades o la eterna promesa de una armonización fiscal comunitaria. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 13, 108-117. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6566064>

- Sánchez-Archidona Hidalgo, G. (2018). Algunas alternativas a la actual configuración del Impuesto sobre Sociedades. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 11, 51-60. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6708551>
- Sánchez de Castro Martín-Luengo, E. (2018). Traslados artificiales de la residencia fiscal de las personas jurídicas a nivel internacional: la deslocalización de la sede de dirección efectiva. Cuestiones generales y soluciones potenciales. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 7, 229-259. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6533659>
- Sánchez García, N. (2000). La doble imposición internacional. *Revista de treball, economia i societat*, n.º 16, 25-40. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=2264975>
- Sanz Gadea, E. (2018). Residencia de las personas jurídicas: apuntes de futuro. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 33-46. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>
- Selma Penalva, V. (2017). Supresión de la doble imposición en la Unión Europea: una realidad cada vez más cerca. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 13, 118-126. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6566064>
- Sieiro Constenla, M.M. (2002). La relación matriz-filial. El régimen fiscal comunitario. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 6, 791-808. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=1217821>
- Simón Acosta, E.A. (2017). La doble imposición jurídica como obstáculo para la internacionalización de las empresas: El papel de las convenciones y las medidas fiscales nacionales. *Studi Tributari Europei*, n.º 7, 138-160. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=7568746>
- Soler Roch, M.T. (2018). La residencia como punto de conexión en los convenios de doble imposición. Algunas cuestiones a resolver en el futuro. *Documentos-*

Instituto de Estudios Fiscales, n.º 3, 47-54. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>

Soto Bernabeu, L. (2018). Conflictos de doble residencia, deslocalización de la residencia habitual y apátridas fiscales. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 7, 325-356. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6533659>

Vallejo Chamorro, J.M. (2005). La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 825, 147-160. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=1709449>

Vázquez del Rey Villanueva, A. (2015). Poder tributario y establecimiento permanente. Análisis de la reciente jurisprudencia española. *Revista Auctoritas Prudentium*, n.º 12, 5-17. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=5002033>

Vilches De Santos, D. (2018). Conflictos de doble residencia fiscal. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 55-70. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>

Zubimendi Cavia, A. (2018). La obsolescencia de la noción de residencia en la tributación de las empresas multinacionales. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 3, 208-223. <https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=6405503>

2. Normativa citada

Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Estado Español y la República Federativa del Brasil para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, hecho en Brasilia el 14 de noviembre de 1974. Boletín Oficial del Estado de 31 de diciembre de 1975.

Convenio entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Popular de Hungría para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y Protocolo, hecho en Madrid el 9 de julio de 1984. Boletín Oficial del Estado de 24 de noviembre de 1987.

Directiva 90/435/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 20 de agosto de 1990. (DISPOSICIÓN DEROGADA).

Directiva 2011/96/UE, del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes* (refundición). Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de diciembre de 2011.

Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, de la OCDE, de 21 de noviembre de 2017.