

## LA CORRECCIÓN DE LA DOBLE RESIDENCIA FISCAL DE ENTIDADES EN LA RED ESPAÑOLA DE CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN<sup>1</sup>:

*El dilema entre el criterio de sede de dirección efectiva y la propuesta (abortada) de BEPS*

## THE RESOLUTION OF DOUBLE TAX RESIDENCE IN LEGAL ENTITIES IN THE SPANISH NETWORK OF TAX TREATIES:

*The dilemma between the criterion of place of effective management and the (failed) BEPS proposal*

Escribano, Eva<sup>2</sup>. Profesora ayudante doctora de Derecho financiero y tributario de Universidad Carlos III de Madrid.

### Resumen.

Tras explicar brevemente las causas y efectos del fenómeno de la doble residencia fiscal (apartado I), el trabajo se centra en analizar las reglas hoy vigentes en la red española de convenios de doble imposición en materia de residencia fiscal a efectos convencionales (cláusula de “criterio análogo” y de sujeción) y de resolución de la doble residencia fiscal de entidades jurídicas (regla de desempate) (apartado II). A partir de ahí, se plantea la disyuntiva entre mantener el actual *status quo* normativo, caracterizado por el uso masivo de la regla de sede de dirección efectiva como regla de desempate, o bien adoptar la propuesta normativa de BEPS consistente en resolver la doble residencia fiscal por medio de un procedimiento amistoso y en función de una serie de factores predeterminados. Mientras que España ha decidido optar por la primera vía, a nosotros nos corresponde analizar críticamente ambas alternativas a fin de dilucidar cuál era la opción más adecuada para España (apartado III). Con ese fin, trataremos de dar respuesta a algunas de las siguientes preguntas: ¿cuál es el racional de cada una de estas reglas? ¿Cómo se interpretan y aplican? ¿Cuáles son las principales ventajas e inconvenientes que presentan? ¿Existe alguna forma de poner solución a las debilidades y limitaciones de las que adolecen? Finalmente, concluiremos con una reflexión final (apartado IV).

Palabras clave: residencia fiscal, doble residencia, sede de dirección efectiva, lugar de constitución, procedimiento amistoso, instrumento multilateral, erosión de bases imponibles y traslado de beneficios

### Abstract.

After a brief explanation of the causes and effects of the double tax residence phenomenon (section I), the paper will focus on the analysis of the rules currently in force in the Spanish tax treaty network concerning tax residence at the treaty level (“analogous criterion” and “liable to tax” clauses) and correction of double residence in entities (tie-breaker rule) (section II). Henceforth, the dichotomy between maintaining the current legal status quo, characterized by the massive use of the place of effective management criterion as tie-breaker rule, and adopting the BEPS proposal consisting on resolving double tax residence by means of mutual agreement procedure and on the basis of a number of predetermined factors will be exposed. While Spain has opted for the first path, it is our task to critically analyze both alternatives in order to elucidate which option was more appropriate for Spain (section III). To this end, we will seek to provide answers to the following questions: what is the rationale behind both alternatives? How can they be interpreted and applied? Which are the main advantages and disadvantages deriving from their adoption? Is there any way to remedy their respective shortcomings and weaknesses? Finally, we will conclude with some final remarks (section IV).

Keywords: tax residence, double residence, place of effective management, place of incorporation, mutual agreement procedure, multilateral instrument, base erosion and profit shifting

---

<sup>1</sup> Este trabajo se integra en el proyecto DER2017-85333-P (“La fiscalidad internacional tras BEPS: ¿son las nuevas reglas y propuestas adecuadas para todos los Estados”) concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

<sup>2</sup> [eva.escribano@uc3m.es](mailto:eva.escribano@uc3m.es)

## ÍNDICE

I.	La doble residencia fiscal de las entidades: causas y efectos potenciales .....	2
II.	La corrección de la doble residencia fiscal de entidades en los convenios de doble imposición con particular énfasis en la práctica española.....	3
1.	Cláusula del “criterio análogo” .....	4
2.	Cláusula de “sujeción a imposición” ( <i>liable to tax</i> ) .....	6
3.	Regla de desempate: las alternativas .....	8
III.	El dilema español ante la regla de desempate del artículo 4.3 de los convenios .....	9
1.	La regla clásica de sede de dirección efectiva .....	10
1.1.	El racional de esta regla .....	10
1.2.	El significado de sede de dirección efectiva .....	11
1.3.	La crisis de la regla de sede de dirección efectiva en tres actos .....	13
2.	La resolución por acuerdo amistoso con referencia a una serie de criterios de desempate .....	14
2.1.	El racional de esta regla .....	15
2.2.	La aplicación del acuerdo amistoso como forma de resolver la doble residencia: principales retos y posibles soluciones.....	16
IV.	Reflexión final.....	19
V.	Anexo: tabla sobre la corrección de la doble residencia fiscal corporativa en la red española de convenios de doble imposición .....	20
VI.	Bibliografía .....	24

### I. La doble residencia fiscal de las entidades: causas y efectos potenciales

La doble residencia fiscal surge cuando dos o más Estados consideran que el mismo contribuyente ostenta la condición de residente fiscal en sus respectivos territorios, motivo por el cual éste puede quedar potencialmente sujeto a gravamen de forma personal por su renta mundial en todos ellos.

Las situaciones de doble residencia fiscal en personas jurídicas pueden ser relativamente comunes por dos motivos fundamentales.

El primer y fundamental motivo es la libertad que disfruta cada Estado soberano para definir sus reglas internas de residencia fiscal corporativa de la forma que desee, sin que exista coordinación alguna entre ellos. El hecho de que los Estados adopten reglas de residencia divergentes<sup>3</sup> o interpreten reglas aparentemente homogéneas de forma distinta hace que, potencialmente, una misma entidad pueda considerarse residente fiscalmente en dos o más Estados y, por extensión, pueda quedar sujeta a gravamen por su renta mundial al menos dos veces.

El segundo motivo reside en la debilidad que presentan en términos generales las reglas de residencia fiscal corporativa. El hecho de que una sociedad pueda ser considerada como residente fiscal de varios Estados de manera simultánea en virtud de sus respectivas reglas es también consecuencia de lo poco exigentes que suelen ser tales reglas. Precisamente por no exigir un vínculo mínimamente sustantivo, tales reglas suelen pecar de “invasivas”, atrayendo a su jurisdicción a entidades que verdaderamente “no les pertenecen”<sup>4</sup>. Si los ordenamientos viraran hacia reglas que exigieran un vínculo sustantivo y fuerte entre la entidad y el

<sup>3</sup> Un estudio exhaustivo de las reglas de residencia fiscal corporativa seguidas por la comunidad internacional puede consultarse en ESCRIBANO, E., *Jurisdiction to tax corporate income pursuant to the presumptive benefit principle*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2019, p. 81-85.

<sup>4</sup> COUZIN, R., *Corporate residence and international taxation*, IBFD, Amsterdam, 2002, p. 266.

Estado correspondiente, éstas no serían desde luego tan susceptibles de generar un solapamiento en la atribución de residencia fiscal.

La doble residencia fiscal corporativa puede generar potencialmente una doble imposición jurídica en su grado más grave, pues dos o más Estados podrían tener la pretensión de gravar, simultáneamente, la renta mundial atribuible a una misma persona. Este riesgo se podría materializar toda vez que los Estados involucrados sean universalistas y sujeten a gravamen la renta mundial de su residente con independencia de su origen y procedencia (local o extranjera). Situación, por cierto, altamente probable habida cuenta del limitado número de Estados con sistemas fiscales puramente territoriales<sup>5</sup>.

Llegados a este punto, será esencial indagar en las medidas para aliviar y/o corregir la doble imposición que los Estados involucrados puedan tener vigentes. Sin perjuicio de las medidas de carácter interno que cada uno de ellos pueda tener a su disposición, el instrumento idóneo para encarar un problema de doble residencia fiscal es sin lugar a dudas el convenio de doble imposición.

## II. La corrección de la doble residencia fiscal de entidades en los convenios de doble imposición con particular énfasis en la práctica española

Los convenios han tenido y siguen teniendo<sup>6</sup> como principal objetivo la prevención y/o corrección de la doble imposición y, como no puede ser de otro modo, establecen reglas específicas que buscan poner remedio dicho problema.

Conviene recordar que todo contribuyente, para poder acceder a los beneficios del convenio, ha de ser considerado residente fiscal en al menos uno de los dos Estados contratantes de acuerdo a su normativa interna<sup>7</sup>. No existe, por tanto ninguna suerte de concepto convencional de residencia fiscal, al menos hasta la fecha, y en ninguno de los modelos de convenio más seguidos<sup>8</sup>. No obstante, si bien el convenio realiza una remisión a la normativa de cada Estado, ésta está lejos de ser una carta blanca, pues se encuentra condicionada de manera implícita (incluso por doble partida en función del tipo de convenio):

- a) Cláusula del criterio análogo. Algunos convenios de doble imposición parecen restringir el catálogo posible de criterios en función de los cuales los Estados contratantes pueden conferir el estatus de residente fiscal a un contribuyente, individual o societario. Veremos su contenido y posibles efectos en el apartado 1.
- b) Cláusula de sujeción a imposición no sólo por las rentas territoriales. Los convenios de doble imposición suelen exigir al Estado de la residencia la tributación de su residente por rentas que vayan más allá de aquellas conectadas con su territorio (interpretado normalmente como renta

---

<sup>5</sup> Los Estados territorialistas son aquellos que únicamente gravan las rentas conectadas con su territorio y son de lejos minoría. Algunos ejemplos son Bolivia, Costa Rica, Francia, Hong Kong, Namibia y Singapur, véase BECKER, A., “The principle of territoriality and corporate income taxation - part 1”, *Bulletin for international taxation* vol. 70 n. 4, 2016, p. 12-13 y BECKER, A., “The principle of territoriality and corporate income taxation - part 2”, *Bulletin for international taxation* vol. 70 n. 5, 2016, p. 255-256.

<sup>6</sup> El matiz viene porque en las últimas décadas los convenios de doble imposición han ido sumando nuevos objetivos distintos de la eliminación de la doble imposición. Sin ir más lejos, el MCOCDE de 2017 ha añadido nuevos apellidos al título del convenio, que actualmente reza así: “*Convenio entre (Estado A) y (Estado B) para la eliminación de la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para la prevención de la elusión y evasión fiscales*”, indicando a renglón seguido en su preámbulo que los Estados concluyen el convenio “*con la intención de (...) eliminar la doble imposición en relación con los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio sin generar oportunidades de no imposición o de imposición reducida mediante evasión o elusión fiscales (incluidas las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros)*”.

<sup>7</sup> Artículos 1 y 4 de los Modelos de Convenio de OCDE, ONU y EEUU.

<sup>8</sup> Párrafo 4 de los Comentarios al artículo 4 del MCOCDE: “*Los convenios para evitar la doble imposición no se ocupan, por lo general, de las normas internas de los Estados contratantes que tienen por objeto definir los requisitos para que una persona tenga la consideración fiscal de “residente” y, en consecuencia, se someta íntegramente a la imposición de ese Estado. Dichos convenios no establecen los criterios que deben seguir las legislaciones internas al definir la residencia para que los Estados contratantes reconozcan el derecho de uno de ellos a la sujeción plena. En este aspecto, los Estados basan su posición exclusivamente en su legislación interna*”.

mundial) para así reconocer el estatus de residente fiscal a efectos del convenio. Analizaremos esta cláusula en el apartado 2.

Así pues, un contribuyente que sobre el papel cumpla los requisitos para ser considerado residente fiscal de ambos Estados de acuerdo a sus respectivas legislaciones internas, bien puede no ser considerado como doble residente a efectos convencionales cuando no se cumplan algunas de estas condiciones previas. Por ejemplo, cuando sea residente de uno de los dos Estados de acuerdo a criterios que no sean “análogos” a los específicamente enumerados en el convenio o cuando uno de los dos Estados le declare residente fiscal pero únicamente le someta a tributación por las rentas obtenidas en su territorio. Ante tal situación, no llegaremos a una situación de doble residencia convencional, pues sólo el Estado de la residencia que cumpla con el/los condicionante(s) marcado(s) por el convenio podrá ser considerado como tal a efectos de aplicar el convenio.

Si, con todo, el contribuyente es considerado residente fiscal en ambos Estados aun cumpliendo estas condiciones, la doble residencia habría de resolverse por medio (normalmente) de su artículo 4.3. Esto debe ser así fundamentalmente porque todo convenio opera bajo una premisa básica:

- a) Uno de los Estados contratantes debe actuar como Estado de la residencia, cuya potestad tributaria apenas se ve limitada<sup>9</sup> más allá del deber de corregir la doble imposición resultante de acuerdo al artículo 23 del convenio.
- b) El otro Estado contratante actuará, en su caso, como Estado de la fuente, pudiendo gravar la renta y/o el patrimonio del contribuyente cuando se cumplan los requisitos establecidos por el convenio y dentro de los límites por él marcados.

A partir de ahí, la regla de desempate, normalmente prevista en el artículo 4.3 del convenio, arrojará un Estado ganador, que actuará como Estado de la residencia a efectos convencionales, y un Estado perdedor, que sólo podría gravar, en su caso, como Estado de la fuente cuando así lo permita el convenio. Las reglas de desempate bien pueden variar según el convenio, pues ni tan siquiera los modelos de convenio más influyentes a nivel mundial proporcionan un criterio único al respecto. De ello hablaremos en el apartado 3.

A continuación, analizaremos estas tres cláusulas de manera separada en los próximos apartados. En cada uno de ellos explicaremos la cláusula correspondiente, analizaremos la tendencia seguida al respecto por cada uno de los tres modelos de convenio más influyentes (OCDE, ONU y EEUU) y haremos una mención especial a la práctica seguida por España en su red de convenios<sup>10</sup> respecto de cada una de estas cláusulas. Para ello, debemos partir de la premisa de que España suele seguir de manera mayoritaria el Modelo de Convenio de la OCDE (en adelante MCOCDE) pero existen desviaciones y excepciones que meritan análisis. El detalle del análisis de la red española de convenios puede consultarse en el apartado V (anexo).

## 1. Cláusula del “criterio análogo”

Los tres modelos de convenio coinciden en incorporar una remisión directa a la legislación interna de ambos Estados contratantes a los efectos de establecer si el contribuyente puede ser considerado residente fiscal de uno o ambos Estados de acuerdo a sus reglas internas. También coinciden los tres modelos en incorporar

---

<sup>9</sup> Los convenios de doble imposición no suelen limitar la potestad tributaria del Estado de residencia, que normalmente ejercer su potestad de manera ilimitada con la salvedad de la obligación de corregir la doble imposición. No obstante, en el MCOCDE existen dos reglas que excepcionalmente sí tienen como efecto la prohibición de gravar del Estado de residencia. Por un lado, el artículo 8 sobre beneficios derivados de la explotación de buques y aeronaves en el tráfico internacional confiere la potestad tributaria exclusiva al Estado donde esta empresa tiene situada su SDE con independencia de que éste sea coincidente o no con su Estado de residencia. Por otro lado, el artículo 19 sobre sueldos y pensiones públicas confiere potestad tributaria exclusiva al Estado de la fuente (Estado que paga la renta/pensión al empleado -o ex empleado- público) con absoluta independencia del Estado de residencia del contribuyente salvo que se cumplan los requisitos del artículo 19.1.b o 19.2.b respectivamente.

<sup>10</sup> Analizamos los 95 convenios cuyo texto está publicado en el BOE y aparece disponible en <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/cdi.aspx> El detalle de las conclusiones del análisis puede consultarse en el anexo del apartado V.

una suerte de lista ejemplificativa (ni exhaustiva ni vinculante) de posibles criterios que tales Estados pueden emplear a tal fin.

OCDE (2014 Y 2017)	ONU (2011 y 2017)	EEUU (2006-2016)
la expresión “residente de un Estado contratante” significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su		
domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga	domicilio, residencia, <b>lugar de constitución</b> , sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga	domicilio, residencia, <b>ciudadanía</b> , sede de dirección, <b>lugar de constitución</b> o cualquier otro criterio de naturaleza análoga

El análisis de esta cláusula en la red española de convenios nos permite arrojar las siguientes conclusiones:

- a) El 64% de los convenios (61) replican esta cláusula del artículo 4 del MCOCDE.
- b) El 30% de los convenios (28) siguen la cláusula del Modelo de convenio de la Organización de Naciones Unidas (en adelante MCONU), incorporando así en la lista ejemplificativa algunos criterios formales como lugar de constitución (en adelante LC) o domicilio social (en adelante DS).
- c) El 4% de los convenios (4) siguen la cláusula del artículo 4 del MCOCDE pero sólo respecto de España, utilizando fórmulas distintas respecto del otro Estado contratante: o bien una fórmula abierta sin condicionar el criterio seguido por tal Estado o bien una réplica de los criterios vigentes en la legislación del otro Estado al momento de suscribir el convenio.
- d) El 2% de los convenios (2) hacen una remisión incondicionada a los criterios internos que sigue cada uno de los dos Estados contratantes.

La pregunta fundamental que cabe plantearse a la luz de esta cláusula es si la expresión “*o cualquier otro criterio de naturaleza análoga*” que sigue a la enumeración de criterios debería ser interpretada en el sentido de restringir la admisibilidad de ciertos criterios internos de residencia a efectos del convenio. En otras palabras, ¿confiere el artículo 4.1 una carta blanca incondicional a los Estados contratantes aceptando cualquier tipo de regla interna de residencia con independencia de su contenido y naturaleza siempre y cuando dispere una tributación ilimitada, o sólo reconoce a efectos convencionales la residencia resultante de aquellos criterios internos que se puedan considerar sustancialmente equivalentes a aquellos enumerados?

Si bien es cierto que los comentarios al artículo 4 del MCOCDE<sup>11</sup>, algunos autores<sup>12</sup> y la propia administración española<sup>13</sup> parecen apuntar al primer escenario, lo cierto es que la literalidad de la cláusula nos da alas para colocarnos en el segundo de ellos<sup>14</sup>. Nosotros nos adherimos a esta segunda tendencia, al igual que otros tantos autores<sup>15</sup>, por entender que dos Estados que acuerdan incluir la cláusula de “*cualquier otro criterio de naturaleza análoga*” verdaderamente buscan condicionar la validez del criterio a su

<sup>11</sup> Véase nota al pie 8.

<sup>12</sup> Couzin entiende que esta expresión permite cubrir cualquier tipo de criterio bajo la asunción de que la OCDE incluyó esta cláusula abierta para asegurarse de que cualquier criterio seleccionado por los Estados contratantes sería reconocido a efectos convencionales en la medida en que diera lugar a una tributación de carácter ilimitado. Véase COUZIN, R., *Corporate residence and international taxation*, cit., p. 143.

<sup>13</sup> Respuesta a la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 7 de mayo de 2002.

<sup>14</sup> VOGEL, K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Third Edition, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, 1997, p. 233 (y otros autores citados en esta obra) y KALYAGIN, M., STRNAD, R., “The importance and limits of the tie-breaker rule for dual resident companies”, en SUTTER, F.P., ZEHENTER, U., *Triangular tax cases*, Linde, Viena, 2004, p. 132 (estos autores entienden que ésta es una regla de desempate implícita que se puede derivar de la literalidad del artículo 4.1 del MCOCDE).

<sup>15</sup> Dentro de la doctrina española también ha prosperado esta tesis, véase MARTÍNEZ GINER, L.M., “Spain”, en MAISTO, G. (ed), *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, IBFD, Amsterdam, 2009, p. 780-784 y VEGA BORREGO, F.A., “Artículo 4: Residencia”, en RUIZ GARCÍA, J.R., CALDERÓN CARRERO, J.M., *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2004, p. 225-228.

condición de análogo a aquellos enumerados, pudiendo perfectamente haber optado por una cláusula más abierta (“o cualquier otro criterio”) si hubieran preferido admitir de forma incondicional cualquier tipo de criterio interno.

Esta conclusión es particularmente significativa en todos aquellos convenios que siguen de forma literal el artículo 4.1 del MCOCDE. Esto es, el 64%<sup>16</sup> de los convenios de la red española. Este modelo de norma hace referencia explícita a tres concretas reglas de residencia: dos individuales (domicilio y residencia) y una corporativa (sede de dirección efectiva, en adelante SDE). Todas ellas tienen algo en común: las tres exigen un vínculo sustantivo y cercano entre el contribuyente y el territorio del supuesto Estado de residencia<sup>17</sup>. Así las cosas, la cláusula “de naturaleza análoga” exigiría en consecuencia la aplicación de un criterio interno de residencia que del mismo modo garantizara un vínculo material y fáctico de carácter equivalente, pudiendo invalidar las reglas puramente formales o burocráticas (como LC o DS) a efectos de dar acceso al convenio<sup>18</sup>. Esta vía interpretativa podría llevarnos a: a) denegar el acceso a los beneficios del convenio a aquellas entidades que sean residentes de uno de los Estados contratantes únicamente por motivo de su LC o DS; y b) rechazar la condición de doble residente a una entidad que sea considerada como residente fiscal de ambos Estados contratantes, en uno por razón de un criterio sustantivo y en el otro por razón de un criterio formal (LC o DS). Sea como fuere, la administración española ha preferido no interpretar esta cláusula en sentido excluyente<sup>19</sup> si bien nosotros no podemos compartir tal posicionamiento por lo arriba explicado.

Por último, la conclusión es mucho más clara en el caso del 36% restante de convenios, que zanján esta discusión aceptando la admisibilidad de todo tipo de reglas de residencia interna (también las formales) a efectos de aplicar el convenio.

## 2. Cláusula de “sujeción a imposición” (*liable to tax*)

Los convenios de doble imposición, de manera casi invariable, aceptan la condición interna de residente fiscal del contribuyente sólo en la medida en que ésta desemboque en una tributación de su renta y/o patrimonio que vaya más allá de aquellas situadas en el territorio del Estado en cuestión, regla que se ha mantenido invariable en los tres principales modelos de convenio (OCDE, ONU y EEUU)<sup>20</sup> en las últimas décadas y que no se ha visto alterada como consecuencia del proyecto BEPS. No sorprende por tanto que la red española de convenios siga de manera ampliamente mayoritaria dicha cláusula:

- a) El 70% de los convenios (75) replican de forma literal la provisión de los MCOCDE y MCONU.
- b) El 17% de los convenios (16) excluyen esta cláusula.

---

<sup>16</sup> El 68% de convenios si tenemos en cuenta aquellos que replican esta cláusula pero sólo respecto de España, no respecto del otro Estado contratante.

<sup>17</sup> Como explica Shannon: “los criterios expresamente listados en el Modelo de la OCDE se basan todos ellos en una relación física entre el contribuyente el Estado. Todos ellos se refieren al lugar donde el contribuyente se encuentra de algún modo” (SHANNON, H.A., “The general definition of residence under United States income tax treaties”, *Intertax*, vol. 16, n. 8-9, 1988, p. 206). En el mismo sentido, véase también WIDRIG, M., “The expression ‘by reasons of his domicile, residence, place of management...’ as applied to companies”, en MAISTO, G. (ed), *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, IBFD, Amsterdam, 2009, p. 280-281.

<sup>18</sup> Widrig, Vogel, Vega y Shannon, en sus respectivos trabajos arriba citados, están de acuerdo en que ni el criterio de nacionalidad en el caso de las personas físicas ni el criterio de LC en el marco de las entidades serían criterios válidos a efectos convencionales como consecuencia de esta cláusula.

<sup>19</sup> Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos V0011-02, V-0106-08, V0654-14, V0962-14 y V3538-16.

<sup>20</sup> MCOCDE y MCONU dicen así: “Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo”. El modelo estadounidense varía ligeramente su redacción sin desviarse de manera significativa.

- c) El 4% de los convenios (4) establecen una asimetría entre ambos Estados contratantes, de forma tal que la cláusula sería de aplicación en relación a España pero no respecto del Estado contraparte.

A continuación, conviene hacer una serie de precisiones en torno a los efectos que se derivan de la presencia (o ausencia) de dicha cláusula en los convenios suscritos por España.

En primer lugar, se entiende que estas cláusulas, presentes en el 70%<sup>21</sup> de los convenios firmados por España, exigen una sujeción a imposición de carácter pleno o ilimitado, esto es, por la renta o patrimonio mundial del contribuyente residente<sup>22</sup>. Esta exigencia dejaría fuera, por ejemplo, a los contribuyentes desplazados a España por razón de trabajo que se acojan al régimen del artículo 93 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas y, en virtud de él, opten por tributar por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes durante el periodo impositivo del cambio de residencia y los 5 siguientes.

En segundo lugar, se entiende igualmente que esta cláusula requiere una sujeción teórica pero no necesariamente un gravamen efectivo de la renta mundial del residente<sup>23</sup>. Esto es, el hecho de que el contribuyente se beneficie de alguna exención objetiva o subjetiva, quede sujeto a un tipo de gravamen reducido<sup>24</sup>, o simplemente no tribute por encontrarse en situación de pérdidas, no impediría el cumplimiento de este requisito del convenio. Existen, no obstante, pronunciamientos de la administración española que apuntan en sentido contrario<sup>25</sup>.

En tercer lugar, la literalidad de la cláusula parece excluir a los residentes de Estados territorialistas que sólo gravan las rentas vinculadas con su territorio. Los comentarios al MCOCDE introducen matices que buscan evitar este resultado indeseado<sup>26</sup> pero la realidad es que nada impide que el tenor literal de la cláusula pueda generar el efecto contrario (así lo ha asumido, de hecho, la administración española)<sup>27</sup>. Ante tales riesgos, conviene indicar qué posición se ha tomado en los convenios suscritos por España con Estados de tradición territorialista:

- a) La mayoría de estos convenios se incardinan, paradójicamente, dentro de la primera categoría arriba señalada, incluyendo por ende la cláusula literal del MCOCDE y MCONU. Es el caso de Arabia Saudí, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Francia o Nigeria. No obstante, algunos de estos convenios<sup>28</sup> introducen un matiz: cuando el Estado de la residencia, con potestad tributaria exclusiva de acuerdo al convenio, sólo grave rentas territoriales, ésta podrá someterse a imposición en el otro Estado contratante “*como si el convenio no hubiera entrado en vigor*”<sup>29</sup>.

---

<sup>21</sup> 74% si tenemos en cuenta los convenios en los que la cláusula sólo es de aplicación a España pero no al otro Estado contratante.

<sup>22</sup> Como señala Zornoza: “*el artículo 4.1 del Modelo de Convenio de la OCDE (...) define residencia no por referencia a las circunstancias que la determinan (...) sino por el efecto que produce, esto es, la sujeción a gravamen por renta mundial*” (ZORNOZA PÉREZ, J.J., “Changing residence as tax planning”, *Pricewaterhouse Coopers Chair on International Corporate Taxation Working paper series*, n. 2/2013, 2013, p. 4-5. Tanto la doctrina académica como la administración española interpretan estas cláusulas en el sentido de exigir gravamen por renta mundial, véase las respuestas a las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos de 26 de mayo de 1998, 29 de febrero de 2000 y de 25 de mayo de 2003 así como BÁEZ MORENO, A.; ZORNOZA PÉREZ, J., “Chapter 22: Spain”, en TRAVERSA, E. (ed.), *Corporate tax residence and mobility: EATLP Annual Congress Lódz*, IBFD, Amsterdam, 2018, p. 559.

<sup>23</sup> MARTÍNEZ GINER, L.A., “Spain”, cit., p. 779-780.

<sup>24</sup> Por ejemplo, las instituciones de inversión colectiva que en España tributan a un tipo del 1% no pierden su potencial consideración como residentes fiscales a efectos convencionales.

<sup>25</sup> Pronunciamientos que han sido muy criticados por la doctrina. Véase BÁEZ MORENO, A.; ZORNOZA PÉREZ, J., “Chapter 22: Spain”, cit., p. 559.

<sup>26</sup> Párrafo 8.3 del Comentario al artículo 4 del MCOCDE: “*Sin embargo, la aplicación de la segunda frase conlleva dificultades y limitaciones. Debe interpretarse teniendo en cuenta su objeto y propósito, que es el de excluir a las personas no sujetas integralmente a imposición en un Estado (sujeción plena), ya que, en otro caso, podría excluir del ámbito del Convenio a todos los residentes de países que apliquen el principio de tributación territorial, resultado que evidentemente no se pretende*”.

<sup>27</sup> Respuesta a la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 30 de junio de 1994. Véase también MARTÍNEZ GINER, L.A., “Spain”, cit., p. 784-785.

<sup>28</sup> En particular los convenios con Arabia Saudí y Costa Rica. Sucede lo mismo en convenios suscritos con jurisdicciones no territorialistas como Andorra u Omán.

<sup>29</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., “Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos, interpretación e impacto el proyecto OCDE/G20 BEPS a la luz del convenio multilateral frente a la erosión de bases imponibles y las transferencia de beneficios”, en

- b) Una minoría de estos convenios opta por excluir directamente esta cláusula (convenio con Singapur) o excluirla en relación a dicho Estado (no tanto a España) (convenio con Hong Kong). Una posición sin duda más garantista que despeja todas las dudas sobre el posible acceso al convenio por parte de los residentes de tales Estados.

### 3. Regla de desempate: las alternativas

Una vez se constata la condición de doble residente de un contribuyente a efectos del convenio por cumplir con los requisitos internos de residencia de ambos Estados contratantes así como con los condicionantes arriba indicados marcados por el propio convenio, corresponde resolver la doble residencia en favor de uno de los dos Estados contratantes.

A continuación podemos comprobar que los distintos Modelos han seguido criterios dispares<sup>30</sup> que, a mayor abundamiento, han variado recientemente por influencia del proyecto BEPS.

OCDE (2014 Y 2017)	ONU (2011 y 2017)	EEUU (2006-2016)
2014 Sede de dirección efectiva <sup>31</sup>	2011 Sede de dirección efectiva	2006 Lugar de constitución <sup>32</sup> . En su defecto → acuerdo amistoso para determinar la forma en la que aplicará el CDI al contribuyente
2017 Acuerdo amistoso <sup>33</sup> → se determinará el Estado de residencia en función de su sede de dirección efectiva, lugar de constitución o cualquier otro factor pertinente. Falta de acuerdo → no acceso a los beneficios del convenio salvo en la forma y medida que puedan acordar las autoridades competentes		2016 El contribuyente no se considerará residente de ninguno de los Estados a efectos del convenio a los efectos de acceder a sus beneficios <sup>34</sup> .

Ante tal abanico de posibilidades, España siempre ha mostrado una preferencia clara por la regla *tie-breaker* históricamente promovida por la OCDE, con una minoría de convenios que han optado por el procedimiento amistoso. Así las cosas:

- a) El 86% de los convenios (82) siguen la cláusula de SDE. No obstante, tres de ellos lo hacen con ciertos matices. Por su lado, los convenios con Méjico y Turquía siguen un enfoque híbrido: confían en la SDE como factor de desempate pero, a renglón seguido, y en los casos en los que

CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios de doble imposición. El impacto BEPS. Análisis y evolución de la red española de tratados fiscales*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2019, p. 144 y BÁEZ MORENO, A.; ZORNOZA PÉREZ, J., “Chapter 22: Spain”, cit., p. 560.

<sup>30</sup> Este estudio de 2355 convenios de la red de convenios de los Estados miembros de la OCDE permite ver las reglas de desempate más seguidas en el entorno OCDE, véase GERLACH, C.; NIEMEYER, N., “The new tie-breaker rule for companies according BEPS Action point 6: a (too) radical change?”, *Intertax* vol. 46 n. 10, 2018, p. 756-758.

<sup>31</sup> Regla que veremos en detalle en el apartado III.1.

<sup>32</sup> Alternativa preferida hasta hace poco por el Modelo estadounidense, al menos hasta sus versiones de 1996 y 2006, y seguida habitualmente no sólo por este país pero también por Estonia y Letonia. Las explicaciones técnicas al modelo, al contrario que los Comentarios al MCOCDE, no proporcionaban racional alguno para sustentar tal decisión, si bien cabe sospechar que ello puede obedecer al hecho de que EEUU sigue este criterio a nivel interno para conferir el estatus de residente fiscal a las personas jurídicas (PLAKHIN, Y., “The place of effective management as a tie-breaker criterion”, en HOFSTÄTTER, M., PLANSKY, P. (eds.), *Dual residence in tax treaty law and EC law*, Viena, Linde, 2009, pp. 93).

<sup>33</sup> Regla que veremos en detalle en el apartado III.2.

<sup>34</sup> El modelo estadounidense aboga por denegar la consideración de residente a efectos convencionales a toda entidad que tenga la condición de residente en ambos Estados contratantes, lo que supone la denegación del acceso al convenio y a sus beneficios. El motivo, según apunta Marian, puede encontrarse en la sospecha de que el contribuyente ha podido provocar la doble residencia con el ánimo de eludir impuestos, si bien la consecuencia prevista por el nuevo modelo de convenio parece a todas luces desproporcionada. Véase MARIAN, O., “Chapter 28: United States”, en TRAVERSA. E. (ed.), *Corporate tax residence and mobility: EATLP Annual Congress Łódź*, IBFD, Amsterdam, 2018, p. 712.

ésta no pueda determinarse, se explicita el recurso subsidiario al acuerdo amistoso para resolver la doble residencia. Por otro lado, el convenio con Austria establece una regla *tie-breaker* en escalera al estilo de la prevista por el artículo 4.2 para las personas físicas: en primer lugar se aplicará SDE y en caso de que ésta no pueda determinarse, se recurrirá de forma subsidiaria a LC.

- b) El 14% de los convenios (13) establecen que la doble residencia se resolverá directamente mediante acuerdo de las autoridades competentes por medio de un procedimiento amistoso. De estos 13 convenios, 4 no hacen referencia a criterio alguno mientras que los 9 restantes hacen referencia a uno o varios simultáneamente (SDE, LC, sede social y/o otros factores económicos y/o materiales)<sup>35</sup>. Cabe preguntarse por último cómo reaccionan los convenios suscritos por España ante la posible falta de acuerdo entre las autoridades competentes: 7 de ellos prevén dejar al contribuyente sin acceso a los beneficios del convenio<sup>36</sup>, 5 de ellos no establecen ninguna consecuencia explícita ante tal escenario y, por último, tenemos el convenio con Canadá que prevé el recurso al procedimiento amistoso para consensuar la forma en que el convenio se podría aplicar al doble residente.

### III. El dilema español ante la regla de desempate del artículo 4.3 de los convenios

El advenimiento del Instrumento Multilateral<sup>37</sup> dio la oportunidad a España de adherirse a la nueva tendencia, promovida por la OCDE tras el proyecto BEPS, consistente en resolver la doble residencia corporativa por medio de un acuerdo amistoso entre las autoridades competentes de ambos Estados contratantes y de acuerdo a criterios predeterminados.

Sumarse a esta tendencia no fue nunca tan sencillo. Bastaba con ratificar el instrumento multilateral incorporando en el documento de posición nacional su adhesión al artículo 4 de dicho instrumento. Con ello, la entrada en vigor del instrumento multilateral en España habría supuesto no la enmienda directa del texto de los convenios preexistentes ratificados por España pero sí la modificación de su aplicación a tenor del nuevo artículo<sup>38</sup>, lo que en la práctica habría supuesto sustituir la regla de desempate hoy prevista por la nueva regla derivada del proyecto BEPS. Tal alteración habría operado en los convenios donde se cumplieran cumulativamente los siguientes requisitos:

- a) Ambos Estados contratantes (esto es, España y la contraparte) debían haber firmado y ratificado el instrumento multilateral.
- b) Ambos Estados contratantes debían haber incluido recíprocamente su respectivo convenio en su lista de convenios cubiertos por el instrumento multilateral<sup>39</sup>.
- c) Ambos Estados contratantes debían haberse abstenido de presentar su reserva al artículo 4 del instrumento multilateral.

Con todo, ante tal dilema, España decidió introducir reserva a tal artículo<sup>40</sup> y con ello mantener intacto el artículo 4.3 de todos los convenios que conforman su red, preservando así la redacción de tal artículo que acabamos de analizar en el apartado II y que está convenientemente desarrollado en el anexo del apartado V. ¿Por qué razón toma España esta decisión? Ribes apunta entre otras razones que, en primer lugar, España

---

<sup>35</sup> 3 convenios marcan como criterios de desempate SDE y/u otro factor económico (o “material” en el particular caso del convenio con Armenia). 3 convenios se refieren a los siguientes criterios: SDE, LC y “otros factores económicos/materiales pertinentes” 2 convenios señalan que el desempate se guiará por los criterios de SDE, LC o SS y “otros factores pertinentes”, estrategia similar a la arriba descrita con la salvedad de que ese “otro factor” no tiene por qué ser de índole económica. Estos convenios siguen de manera fiel la propuesta normativa derivada del proyecto BEPS que se ha materializado en los MCOCDE y MCONU. 1 convenio se refiere únicamente al criterio de SDE. Para más información véase el anexo en el apartado V.

<sup>36</sup> En el caso concreto del convenio suscrito con EEUU, tal efecto no alcanzaría a los artículos relativos a rentas pasivas (esto es, artículos 10, 11 y 12 sobre dividendos, intereses y cánones respectivamente).

<sup>37</sup> <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-spanish.pdf>

<sup>38</sup> ZORNOZA PÉREZ, J.J., “El convenio multilateral: un análisis preliminar”, en ALMUDÍ CID, J.M., FERRERAS GUTIÉRREZ, J.A., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, P.A., *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS) : G-20, OCDE y Unión Europea, Aranzadi*, Cizur Menor, p. 496.

<sup>39</sup> España ha incorporado en su lista de convenios cubiertos 89 de los 103 que a día de hoy tiene ratificados.

<sup>40</sup> [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CORT/BOCG/A/BOCG-14-CG-A-38.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CORT/BOCG/A/BOCG-14-CG-A-38.PDF) “A tenor del artículo 4.3.a) del Convenio, el Reino de España se reserva el derecho a no aplicar nada de lo dispuesto en el artículo 4 a sus convenios fiscales comprendidos en el Convenio”.

cuenta con experiencia aplicando e interpretando el criterio de SDE dado que es uno de sus criterios internos de residencia en la Ley del impuesto sobre sociedades, que el criterio está funcionando bien en España, que el recurso al procedimiento amistoso supone un coste añadido y que no se debería dejar al albur de la voluntad de las partes la resolución de una cuestión tan relevante<sup>41</sup>.

La valoración de la decisión española ante el dilema planteado exige plantearse las siguientes preguntas. Primero, ¿en qué difieren ambas alternativas? ¿Cuál es la interpretación de cada una de ellas? ¿Y su racional? ¿Cuáles son las ventajas e inconvenientes que presentan ambas alternativas? Una vez hayamos intentado proporcionar una respuesta a estas preguntas, terminaremos con una reflexión final en el apartado IV.

## 1. La regla clásica de sede de dirección efectiva

La regla de SDE ha sido el criterio históricamente seguido por el MCOCDE y MCONU y ha gozado de un alto seguimiento en la red mundial de convenios<sup>42</sup>. Como hemos explicado con anterioridad, el 86% de los convenios suscritos por España mantiene este criterio y así seguirán haciéndolo aún tras la entrada en vigor del instrumento multilateral<sup>43</sup> como consecuencia de la reserva formulada.

A continuación, explicaremos brevemente el racional, contenido y efectos de esta regla y trataremos de identificar algunos de los grandes retos que en los últimas décadas la han llegado a poner en tela de juicio.

### 1.1. El racional de esta regla

La decisión de optar por la SDE como regla de desempate podría venir desencadenada por el hecho de que ya existía experiencia en su uso como regla interna de residencia fiscal corporativa<sup>44</sup>. Si bien, como veremos, tal aparente ventaja no ha funcionado en la práctica como tal<sup>45</sup>.

Por su lado, la OCDE no dedicó especial esfuerzo en justificar su decisión. Así, los Comentarios se limitaban a afirmar lo siguiente: “*no parece adecuado dar importancia a un criterio puramente formal como es la inscripción en un registro. Por tanto, el apartado 3 tiene en cuenta el lugar desde donde la sociedad o entidad se dirige efectivamente*”<sup>46</sup>. El argumento de que SDE es “mejor” que los criterios formalistas resulta un tanto simplista pero es innegable que guarda cierta coherencia con el *leit motiv* del proyecto BEPS, consistente en contribuir a alinear la potestad tributaria con el lugar donde se desarrollan efectivamente las actividades económicas.

---

<sup>41</sup> RIBES RIBES, A., “La posición española ante el convenio multilateral de la OCDE para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios”, *Quincena fiscal*, n. 6, 2018.

<sup>42</sup> Un estudio de 2355 convenios conducido por Gerlach y Niemeyer en 2018 en el entorno de los países miembros de la OCDE demostraba que la SDE era la regla *tie-breaker* preferida por el 56% de los convenios (65% si tenemos en cuenta aquellos convenios que a continuación prevén el acuerdo amistoso en caso de que no pueda determinarse la SDE), si bien se preveía un pequeño descenso en su uso tras la entrada en vigor del instrumento multilateral de BEPS (52%). Véase GERLACH, C.; NIEMEYER, N., “The new tie-breaker rule for companies according BEPS Action point 6: a (too) radical change?”, cit., pp. 757.

<sup>43</sup> El nuevo pár. 24.5 de los Comentarios al MCOCDE 2017 indicaba que algunos Estados preferirán seguir abordando los supuestos de doble residencia con la regla clásica de SDE en lugar de por medio de un procedimiento amistoso como invita a hacer el nuevo modelo: “*estos Estados consideran también que es posible interpretar esta norma de forma que se evite el abuso de la misma*”

<sup>44</sup> A día de hoy, el 73.6% de los Estados tienen sus normativas internas una regla de residencia fiscal corporativa basada en el lugar de dirección y/o gestión de la entidad. Este dato deriva del análisis de la normativa de 82 jurisdicciones tal y como se encuentra registrada en <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/tax-residency/> (datos a fecha de 30 de junio de 2021).

<sup>45</sup> Apartado III.1.3.

<sup>46</sup> Párrafo 22 del Comentario al artículo 4 del MCOCDE.

## 1.2. El significado de sede de dirección efectiva

Si bien parece existir un consenso teórico en que el concepto convencional de SDE como regla de desempate y el concepto interno de SDE como requisito de residencia fiscal no deben ser interpretados y/o aplicados como expresiones intercambiables por encontrarse en normas distintas y cumplir funciones dispares, la realidad es que administración y tribunales españoles no han dudado en hacerlo. Además, lo han hecho, en ambos casos, abrazando de manera generalizada los postulados de los Comentarios al MCOCDE<sup>47</sup>.

No es el objetivo esencial del presente trabajo arrojar luz sobre la interpretación de esta regla, pues esto ya lo han hecho de manera exhaustiva otros autores<sup>48</sup>. Sí expondremos algunas ideas básicas sobre cómo se ha aplicado históricamente esta cláusula en España sobre la base de tres pasos<sup>49</sup>:

### A. Identificación de las actividades relevantes de dirección

Se podría decir que existen hasta tres niveles distintos de dirección<sup>50</sup>: dirección estratégica, dirección rutinaria o cotidiana (*day-to-day management*) o gestión de la actividad productiva (*shop-floor management*). El primero se refiere a la toma de decisiones de política general que influyen sobre el curso de la empresa a largo plazo. El segundo alude a las decisiones que tratan de implementar estas directrices estratégicas y gestionan el progreso diario de la empresa. Por último, el tercero apela a la supervisión inmediata de las operaciones del día a día. En este primer paso del análisis es donde es común encontrar más disparidad entre los diferentes posicionamientos de los Estados<sup>51</sup>. Por su lado, España opta por la dirección estratégica de más alto nivel seguramente como consecuencia de la influencia ejercida por los Comentarios al MCOCDE<sup>52</sup>, seguidos fielmente por nuestro país en este y otros múltiples puntos de los convenios.

### B. Identificación de las personas que realizan las actividades relevantes de dirección

Se observa una tendencia general a partir de la asunción de que las personas u órganos a quienes la normativa mercantil (o los estatutos societarios) confían la dirección o gestión de la sociedad son aquellos que efectivamente la ejercen<sup>53</sup>. Siendo así, conviene indicar que la legislación mercantil casi

---

<sup>47</sup> Véase por ejemplo la respuesta a la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 7 de mayo de 2002 (V0011/2002), que razona su decisión argumentando que al no haber una definición de SDE en el convenio se hace necesario recurrir a los Comentarios. Del mismo modo, los Comentarios son empleados de forma masiva a la hora de interpretar la cláusula interna de SDE del artículo 8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (véase MARTÍNEZ GINER, L.A., “Spain”, cit., p. 771 y 790). En nuestra opinión, sin embargo, el valor interpretativo privilegiado que tradicionalmente se le confieren a los Comentarios al MCOCDE es más que discutible, compartiendo los argumentos y conclusiones que proporciona al respecto Aitor Navarro en NAVARRO, A., “International tax soft law instruments : the futility of the static v. dynamic interpretation debate”, *Intertax* vol. 48 n. 10, 2020, pp. 848-860.

<sup>48</sup> Por ejemplo, véase PLAKHIN, Y., “The place of effective management as a tie-breaker criterion”, cit., pp. 81-98, AVERY JONES, J.F., “Place of effective management as a residence tie-breaker”, *Bulletin for international fiscal documentation* n.1, 2005, pp. 20-24, y PLANSKY, P. (eds.), *Dual residence in tax treaty law and EC law*, Viena, Linde, 2009, pp. 81-98 PLESSIS, I., “Place of effective management: finding guidelines in case law”, *Intertax* vol. 48 n. 2, 2020, pp. 195-217.

<sup>49</sup> Nos basaremos, de hecho, en un esquema elaborado por De Broe tras analizar la forma en que esta expresión se había interpretado en 8 jurisdicciones de Derecho civil: Bélgica, Francia, Alemania, Italia, España y Suiza. Véase DE BROE, L., “Corporate tax residence in civil law jurisdictions”, en MAISTO, G. (ed.): *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, IBFD, Amsterdam, 2009, pp. 102-119

<sup>50</sup> DE BROE, L., “Corporate tax residence in civil law jurisdictions”, cit., pp. 102-107.

<sup>51</sup> Por ejemplo, Países Bajos, Bélgica, España y Francia optan por el primer enfoque mientras que Alemania y Suiza lo hacen por el segundo. Otros Estados como Austria e Italia no siguen un mismo enfoque de manera consistente.

<sup>52</sup> Párrafo 24 del Comentario al artículo 4 del MCOCDE del 2014 (párrafo eliminado en la versión de 2017): “La sede de dirección efectiva es 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”.

<sup>53</sup> DE BROE, L., “Corporate tax residence in civil law jurisdictions”, cit., p. 107-114.

invariablemente coloca al consejo de administración como el órgano responsable de tomar las decisiones estratégicas de mayor relevancia, habiendo escasas excepciones<sup>54</sup>. Sea como sea, las administraciones tributarias y los tribunales no deberían desaprovechar la oportunidad de comprobar si efectivamente el órgano indicado por la legislación o los estatutos ha ejercido *de facto* las funciones que se le atribuían<sup>55</sup>. Por ejemplo, si los miembros del consejo se limitan a aprobar de manera rutinaria decisiones que han sido tomadas en otro lugar por otras personas u órganos, naturalmente la presunción quedaría rota. En el caso español, sin embargo, no es habitual demandar prueba que justifique la naturaleza “clave” de las decisiones tomadas por el consejo o el órgano de gestión de la sociedad, asumiéndose por tanto de manera natural que las decisiones procedentes de este tipo de órganos tienen la relevancia requerida<sup>56</sup>.

No es descartable que el análisis arriba referido pueda dar lugar a la conclusión de que los accionistas toman, *de facto*, decisiones de dirección. Conviene en todo caso recordar que no cabe confundir las facultades propias e inherentes a los accionistas (por ejemplo, la potestad de nombrar y cesar a los directores) con el poder de dirección. Este ejercicio se hace aún más intrincado en el caso de filiales que pertenecen a grupos societarios. En estos casos, administraciones y tribunales parten del reconocimiento de la filial como una entidad separada de sus accionistas y sujetas a una dirección autónoma y separada. El hecho de que el consejo de la filial tome decisiones que guardan coherencia con los intereses y objetivos generales del grupo, además de normal, no deberá interpretarse en el sentido de que el consejo está renunciando a su poder de dirección en favor del socio (la matriz). Sí se podría llegar a esta conclusión cuando los socios llegan a usurpar las facultades de dirección del consejo de administración y de manera frecuente y constante ejercen la dirección a su propia discreción.

### C. Localización de las actividades de dirección

El último paso del análisis requiere determinar el lugar donde se produce la toma de las decisiones relevantes, con independencia de dónde se preparan, implementan, ejecutan o comunican<sup>57</sup>.

Como norma general, administraciones y tribunales parten de una asunción: las decisiones relevantes de dirección *a priori* se entenderán tomadas en las reuniones celebradas por el órgano señalado con tal responsabilidad (por ejemplo, el consejo de administración). En algunos casos, como el español, se presume igualmente que el lugar de residencia de sus integrantes (por ejemplo, los directores) será coincidente con el lugar donde éstos se reunirían para tomar sus decisiones<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Por ejemplo, algunos Estados (Alemania, Austria, Países Bajos, Francia, Italia) prevén que algunas sociedades tengan una estructura de dirección en dos niveles (consejo de administración y un consejo supervisor por encima) mientras que otros (Francia, Bélgica, Alemania, Austria) incluso permiten que los accionistas ostenten cierto poder en la dirección de la sociedad. Véase DE BROE, L., “Corporate tax residence in civil law jurisdictions”, cit., p. 107-108.

<sup>55</sup> PLESSIS, I., “Place of effective management: finding guidelines in case law”, cit., pp. 214.

<sup>56</sup> Por ejemplo la respuesta de la Dirección General de Tributos en la respuesta a la consulta vinculante CV0106-08 de 18 de enero. Este enfoque automatista viene heredado de una mala interpretación de los Comentarios al artículo 4 del MCOCDE que estuvieron vigentes del año 2000 al 2008, pues éstos hacían referencia explícita al consejo de administración como órgano normalmente responsable de tomar las decisiones a las que hacía referencia la regla de SDE.

<sup>57</sup> A menos que nos encontremos en un Estado que sigue el enfoque de la dirección rutinaria, en cuyo caso el foco estará en el lugar donde se implementan en el día a día las grandes decisiones estratégicas de la sociedad. Véase DE BROE, L., “Corporate tax residence in civil law jurisdictions”, cit., p. 115.

<sup>58</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2005. La Audiencia deduce de manera automática que la residencia de los consejeros se corresponde con el lugar de reunión del consejo de administración, en este caso en Liechtenstein. Repite el mismo argumento la Dirección General de Tributos en la respuesta a la consulta vinculante V0011-02 de 7 de mayo de 2002. En el caso de Grecia, véase <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/tax-residency/Greece-Tax-Residency.pdf>. Por su lado, Pinto propone reemplazar la actual regla de desempate de los convenios de doble imposición basadas en la SDE por una regla que haga referencia a la residencia de los directores o, subsidiariamente, la residencia del director principal, véase PINTO, D., “A new three-tier proposal for determining corporate residence based principally on individual residence”, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, vol. 11, n. 1, 2005, pp. p. 18-19.

### 1.3. La crisis de la regla de sede de dirección efectiva en tres actos

Decía Avery Jones que la experiencia ha demostrado que uno de los problemas principales que aquejan a esta regla es la tendencia generalizada de los Estados a interpretar la regla convencional de desempate de la misma forma que lo hacen con sus reglas internas dado que no es apropiado extrapolar la interpretación de una regla interna de atribución de residencia fiscal a una regla convencional de desempate que cumple un fin muy distinto<sup>59</sup>. Para poner remedio a tal irregular tendencia y asegurar que la regla convencional disfrute de una interpretación autónoma y consensuada por ambos Estados contratantes, convendría proporcionar una definición de SDE lo más precisa y clara posible en el propio convenio<sup>60</sup>, opción, por cierto, no seguida por ninguno de los convenios de nuestra red nacional<sup>61</sup>.

Por otro lado, la aplicación de esta regla y los efectos de su aplicación se ha visto gravemente alterada como consecuencia del auge y del acceso masivo a las nuevas tecnologías, que en los últimos años han generado un triple impacto sobre el proceso de toma de decisiones: desterritorialización, descentralización y automatización. A continuación analizaremos de manera separada estos tres procesos.

#### A. Desterritorialización

En primer lugar, el avance de la tecnología (y, muy en particular, el auge de las videoconferencias y del resto de medios de comunicación por remoto como correo electrónico, *software* de mensajería, nube, etc.) ha posibilitado la desterritorialización en el proceso de toma de decisiones<sup>62</sup>. Los órganos colegiados de decisión tienen ahora el poder de compartir y acceder a documentación clave para el devenir de la compañía por vía remota (por ejemplo, haciendo uso de la nube), poner en común sus ideas e incluso tomar las decisiones pertinentes sobre la gobernanza de la empresa desde la distancia, sin necesidad de reunirse físicamente en ningún punto geográfico, riesgo ya advertido por la propia OCDE en 2001. Hoy, veinte años después de dicho informe, los confinamientos y las subsiguientes medidas sanitarias preventivas que se adoptaron tras la irrupción de la pandemia ocasionada por el COVID-19, han supuesto una explosión sin precedentes en el uso masivo de la tecnología para conectar a directivos y empleados en el día a día, apuntando además un cambio de tendencia que presumiblemente puede llegar a consolidarse aún en países como España donde el teletrabajo estaba poco implantado hasta la fecha.

Esta situación genera irremediablemente múltiples problemas a la hora de aplicar la regla de SDE, ya sea como regla interna o como regla de desempate del convenio de doble imposición. Cuando las decisiones las toman directores situados en distintas jurisdicciones que se reúnen mediante videoconferencia, puede suceder que ninguno de estos Estados reclame para sí la residencia fiscal de la entidad (situación de “apatridia fiscal”) o, por el contrario, puede ocurrir que dos o más de ellos de manera simultánea reivindiquen ser los Estados de residencia de la misma entidad (doble residencia fiscal) sin que sea sencillo establecer una única sede de dirección dominante<sup>63</sup> que deba prevalecer sobre las demás<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> AVERY JONES, J.F., “2008 OECD Model : place of effective management - what one can learn from the history”, *Bulletin for international fiscal documentation* vol. 63 n.5-6, 2009, p. 186.

<sup>60</sup> MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J., INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., “Dual residence of companies under tax treaties”, *International Tax Studies* vol. 1 n. 1, 2018, p.78.

<sup>61</sup> Lamentablemente, ninguno de los convenios ratificados por España que siguen este criterio de desempate lo acompañan de definición alguna.

<sup>62</sup> BURGSTALLER, E., HASLINGER, K., “Place of effective management as a tie-breaker-rule : concept, developments and prospects”, *Intertax* vol. 32 n. 8/9, 2004, p. 382.

<sup>63</sup> Chan proporciona una vista general de todos los retos y riesgos que la tecnología supone en lo que respecta a la interpretación del test australiano de dirección y control central. Véase CHAN, C., “Corporate residence: has Esquire Nominees stood the test of time?”, *Taxation in Australia*, vol. 49 n. 5, 2014, p. 253-257.

<sup>64</sup> PINTO, D., “A new three-tier proposal for determining corporate residence based principally on individual residence”, cit., p. 14.

## B. Descentralización

En segundo lugar, la economía digital ha disparado un segundo proceso que igualmente ha alterado (o tiene la potencialidad de hacerlo) los paradigmas clásicos de la organización empresarial. Nos estamos refiriendo a la desjerarquización o descentralización del poder, según los cuales las relaciones de jerarquía en las organizaciones tienden a desdibujarse y “horizontalizarse”<sup>65</sup>. Este proceso es a día de hoy más alcanzable gracias al recurso a dos herramientas tecnológicas. La primera, la nube, que permite un acceso extendido y transparente a la información y documentación de una entidad, antaño custodiada en los cajones de los responsables. La segunda, las aplicaciones de trabajo colaborativo, que permiten la creación y edición colaborativa de documentos en línea y de manera simultánea. Estas herramientas han permitido a las empresas que así lo han querido revolucionar su esquema organizativo en línea con los denominados sistemas “holacráticos”<sup>66</sup> o “teal” en los que la autoridad y la toma de decisiones se distribuyen entre distintos equipos autónomos y autoorganizados (denominados “círculos”) que asumen plena responsabilidad a todos los niveles sobre los proyectos de su cartera, prescindiendo así de la clásica capa superior de gestión y dirección. Este nuevo enfoque basado en el liderazgo compartido y la cooperación puede generar una dispersión notable en el ejercicio del poder de dirección y gestión de la empresa y dificultar de sobremanera la aplicación del concepto clásico de SDE<sup>67</sup>.

## C. Automatización

Por último, la inteligencia artificial está posibilitando la toma de decisiones de manera automatizada (o semi automatizada) a través de algoritmos, convirtiendo en innecesaria o accesoria la intervención humana más allá por supuesto de la previa programación de tales algoritmos<sup>68</sup>. Ya existen experiencias de fondos de inversión de alto riesgo (*hedge funds*) que otorgan plenos poderes a la inteligencia artificial para la toma de decisiones, con éxito notable, por cierto<sup>69</sup>.

### 2. La resolución por acuerdo amistoso con referencia a una serie de criterios de desempate

La apuesta del proyecto BEPS<sup>70</sup> ha logrado hacerse hueco en las últimas versiones de los modelos de OCDE y ONU, si bien ya se encontraba prevista como alternativa normativa en los Comentarios al MCOCDE desde su versión de 2008 y en los Comentarios al MCONU desde 2011<sup>71</sup>. La red mundial de convenios ya ha empezado a acoger esta nueva regla de manera creciente: un amplio estudio demostraba que, a fecha de 2018, el 25% de los convenios ya integraban la regla de BEPS, porcentaje que se esperaba incrementar en, al menos, 5 puntos porcentuales con la entrada en vigor del instrumento multilateral<sup>72</sup>. Por su lado, España ya integra una regla parecida en el 14% de los convenios de su red, si bien ha renunciado a generalizarla como consecuencia de la reserva formulada al artículo 4 del instrumento multilateral, cuya redacción exacta es la siguiente:

Cuando por razón de las disposiciones de un Convenio fiscal comprendido una persona, distinta de una persona física, sea residente de más de una Jurisdicción contratante, las autoridades competentes de las Jurisdicciones contratantes harán lo posible por determinar, mediante acuerdo mutuo, aquella de la que

<sup>65</sup> LIPNIEWICZ, R., “Place of effective management in the digital economy”, *Intertax*, vol. 48, n. 6/7, 2020, p. 604.

<sup>66</sup> RADOJEVIC, I.; KRASULJA, N.; JANJUSIC, D., “Holacracy: the new management system”, Conference paper ([https://www.researchgate.net/publication/325050175\\_HOLACRACY\\_-\\_THE\\_NEW\\_MANAGEMENT\\_SYSTEM](https://www.researchgate.net/publication/325050175_HOLACRACY_-_THE_NEW_MANAGEMENT_SYSTEM)), 2016.

<sup>67</sup> LIPNIEWICZ, R., “Place of effective management in the digital economy”, cit., p. 614.

<sup>68</sup> LIPNIEWICZ, R., “Place of effective management in the digital economy”, cit., p. 614.

<sup>69</sup> LIPNIEWICZ, R., “Place of effective management in the digital economy”, cit., p. 605.

<sup>70</sup> OCDE, Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, acción 6, informe final 2015, OECD Publishing, 2015, p. 76-80.

<sup>71</sup> Concretamente en los párrafos 24 y 24.1 del Comentario al artículo 4 del MCOCDE y en el párrafo 10 del Comentario al artículo 4 del MCONU.

<sup>72</sup> Gerlach y Niemiery realizaron un exhaustivo estudio de 2377 convenios de doble imposición en el año 2018. Véase GERLACH, C.; NIEMEYER, N., “The new tie-breaker rule for companies according BEPS Action point 6: a (too) radical change?”, cit..

deba considerársela residente a los efectos del Convenio fiscal comprendido, teniendo en cuenta su sede de dirección efectiva, el lugar de su constitución o de creación, y cualquier otro factor relevante. En ausencia de ese acuerdo, dicha persona no tendrá derecho a las desgravaciones o exenciones previstas en el Convenio fiscal comprendido, salvo en la medida y en la forma que puedan acordar las autoridades competentes de las Jurisdicciones contratantes.

A continuación vamos a tratar de explicar cuáles son los motivos que hay detrás de este giro, cuáles son los efectos esperables de aplicar la nueva regla, qué retos plantea su aplicación y cómo éstos pueden ser mitigados con cambios normativos.

## 2.1. El racional de esta regla

La primera pregunta que cabe hacerse es qué motivos han llevado a la OCDE y a un buen número de países a virar su política fiscal en los últimos años en el sentido de recurrir al procedimiento amistoso en este contexto.

El primer argumento para justificar el cambio parecía ser la dificultad creciente de aplicar la regla de SDE en la práctica<sup>73</sup>. De hecho, los antiguos comentarios reconocían que el análisis casuístico de la doble residencia era el idóneo para solventar las dificultades que planteaba la utilización de las tecnologías de la comunicación a la hora de identificar la SDE de una entidad<sup>74</sup>, una razón de peso si consideramos los riesgos descritos en el apartado III.1.3.

El segundo argumento reside en el hecho de que ya era común el recurso al procedimiento amistoso para desencallar los problemas de doble residencia habida cuenta de la forma asimétrica en que podría ser interpretada la regla de SDE por parte de ambos Estados. No obstante, este hecho no puede justificar por sí solo la necesidad de reformar el artículo 4.3 de los convenios, puesto que el artículo 25.1 ya permitía al contribuyente el acceso al procedimiento amistoso toda vez que fuera objeto de una imposición “no acorde” a las disposiciones del convenio<sup>75</sup>. Por ejemplo, toda vez que fuera sometido a tributación por su renta mundial por los dos Estados contratantes de un convenio por razón de su residencia fiscal y como consecuencia de una interpretación/aplicación asimétrica de la regla de SDE que pudiera llevar a considerar que el contribuyente mantenía una SDE en ambos Estados. En tales situaciones, el acuerdo amistoso ya era un recurso accesible al contribuyente con el antiguo modelo de convenio en la mano.

Por último, la razón última que explícitamente proporciona la OCDE para promover el cambio en el artículo 4.3, no tiene sin embargo nada que ver con lo arriba dicho. Así, los nuevos Comentarios introducidos tras el proyecto BEPS reconocían que era adecuado resolver los casos de doble residencia caso por caso por la necesidad de “*encarar los supuestos de abuso fiscal vinculados a las entidades con doble residencia*”<sup>76</sup>. En nuestra opinión, resulta más que discutible asumir de manera natural que un contribuyente doble residente ha buscado y provocado tal condición y, más aún, que lo ha hecho necesariamente con ánimo de eludir impuestos<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> GERLACH, C.; NIEMEYER, N., “The new tie-breaker rule for companies according BEPS Action point 6: a (too) radical change?”, cit., pp. 755.

<sup>74</sup> Párrafo 24.1 de los comentarios al artículo 4 del MCOCDE de 2014.

<sup>75</sup> Si bien no siempre la situación de doble residencia generará tal imposición “no acorde” al convenio y por ende el acceso al artículo 25, véase MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J., INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., “Dual residence of companies under tax treaties”, cit., p. 52-54.

<sup>76</sup> Nuevo párrafo 23 del Comentario al artículo 4 del MCOCDE de 2017: “*el Comité de Asuntos Fiscales reconocía que, aunque los supuestos de doble residencia de personas distintas de las personas físicas eran relativamente poco frecuentes, se habían dado casos de elusión fiscal que involucraban a sociedades con doble residencia. Por esta razón, llegó a la conclusión de que la mejor manera de resolver los casos de doble residencia de personas distintas de las personas físicas era hacerlo caso por caso*”.

<sup>77</sup> Volvemos sobre este punto en el apartado III.2.2.B.

## 2.2. La aplicación del acuerdo amistoso como forma de resolver la doble residencia: principales retos y posibles soluciones

### A. Los criterios a ponderar

El nuevo 4.3 no sólo introduce como novedad que la resolución de la doble residencia deba hacerse necesariamente mediante acuerdo bilateral *ad hoc* y caso por caso sino que además amplía el catálogo de criterios de desempate: a SDE se suman LC y “*otros factores pertinentes*”. Sorprende volver a ver a SDE entre los criterios dados los motivos que han llevado a la OCDE a rechazarlo<sup>78</sup> y sorprende todavía más la ponderación del LC dentro de los factores relevantes habida cuenta del rechazo histórico de la OCDE a confiar en reglas tan formalistas<sup>79</sup>. Sea como sea, el hecho de que el nuevo 4.3 no lo fíe todo a un criterio, que puede llevarnos a un callejón sin salida, debe ser como tal bienvenido. Además, la nueva norma, al predeterminar de alguna manera las pautas que deberían guiar las negociaciones, se asegura de restringir - aunque sólo moderadamente- el poder discrecional de las autoridades competentes<sup>80</sup>.

La referencia abierta a “*otros factores pertinentes*” encuentra su concreción en los nuevos comentarios<sup>81</sup> al artículo 4 del MCOCDE de 2017, que enumera los siguientes factores a tener en cuenta: el lugar donde se celebran habitualmente las reuniones del consejo de administración u órgano similar de la entidad, el lugar donde el consejero delegado y los altos ejecutivos desempeñan habitualmente sus funciones, el lugar donde se realiza la alta gestión cotidiana, el lugar donde está localizada su oficina central, la legislación nacional que rige a la entidad o el lugar donde se lleva su contabilidad<sup>82</sup>. Nótese que la OCDE, ni en el articulado ni el Comentario, hace referencia alguna al vínculo económico que pueda mantener la entidad con el Estado, al contrario de lo que apuntaban informes previos<sup>83</sup> y de lo que *de facto* ya hacen Estados como el español<sup>84</sup>. No se puede decir que una cláusula así esté exenta de una justificación sólida, dado que se puede asumir con facilidad que el Estado con el que la entidad mantenga unos lazos económicos más sólidos será seguramente el Estado que comúnmente le estará proporcionando un mayor nivel de servicios e infraestructuras al contribuyente, lo que por ende justificaría una tributación ilimitada por renta mundial por parte de aquél<sup>85</sup>. Con todo, tal opción se descartó quizás como consecuencia de las dificultades que previsiblemente se derivarían de la aplicación de una regla así en la práctica<sup>86</sup>.

---

<sup>78</sup> Apartado III.2.1. De hecho, paradójicamente se han eliminado las directrices para la interpretación de SDE de los Comentarios al MCOCDE en su última versión (2017), lo que se antoja absurdo teniendo en cuenta que SDE sigue siendo un factor a considerar en el marco del procedimiento amistoso y que sigue siendo clave para la aplicación del artículo 8 del MCOCDE.

<sup>79</sup> Apartado III.1.1.

<sup>80</sup> Existen sin embargo convenios que se remiten al procedimiento amistoso pero sin hacer referencia alguna a los factores a tener en cuenta, como es el caso de los convenios que España ha suscrito con Chile, EEUU, Filipinas y Tailandia. Véase el anexo del apartado V.

<sup>81</sup> Si bien tales criterios tienen *per se* un valor limitado, pues entendemos que los Comentarios al MCOCDE no han de tener un valor interpretativo privilegiado a la hora de interpretar un convenio, como hemos indicado arriba en nota al pie 47.

<sup>82</sup> Pár. 24.1 del Comentario al artículo 4 del MCOCDE 2017.

<sup>83</sup> La OCDE exploró la posibilidad de incluir una jerarquía de reglas de desempate entre las que se encontraría “el Estado con el que tenga unas relaciones económicas más fuertes”. Los comentarios que hubieran acompañado a la nueva reglan afirmaban los siguiente: “*la aplicación de este test conllevaría analizar varios factores por ejemplo en qué Estado tiene la entidad la mayoría de sus empleados y activos, dónde realiza la mayor parte de sus actividades, de dónde derivan sus ingresos, dónde está su sede, dónde se realizan las funciones de gestión (...)*”. Véase OECD, *Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD model convention*, OECD Publishing, 2003.

<sup>84</sup> Existen en particular 6 convenios de doble imposición ratificados por España que remiten al procedimiento amistoso para la resolución de la doble residencia exigiendo a las autoridades competentes tener en cuenta “factores económicos” entre otros. Es el caso de los convenios con Armenia, El Salvador, Estonia, Letonia, Lituania y República Dominicana. Véase el apartado V para una información más detallada.

<sup>85</sup> Así lo indica expresamente el borrador de nuevo comentario al artículo 4 en OECD, *Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD model convention*, cit., p. 5.

<sup>86</sup> La redacción de la propuesta normativa de la OCDE era extraordinariamente vaga, no concretaba de qué forma debían medirse las relaciones económicas entre el contribuyente y los dos Estados y qué criterios debían prevalecer

Este abanico de factores, más amplio y de carácter abierto, permite medir desde un punto de vista cualitativo los lazos que el contribuyente societario mantiene con cada Estado vis-à-vis a efectos de identificar cuál de ellos merece la condición de Estado de la residencia en términos convencionales.

No obstante, la nueva cláusula genera un nivel inusitado de inseguridad jurídica, resultado de la inexplicable decisión de no dar prioridad a ningún criterio sobre el otro y de introducir una cláusula indeterminada y abierta *in fine*<sup>87</sup>. Así, quedan en el aire, en definitiva, un número no poco importante de preguntas sin respuesta: ¿qué sucede en aquellos casos en que la entidad doble residente está constituida conforme a la normativa mercantil de un Estado pero mantiene su SDE en el otro? ¿Qué sucede cuando la entidad se constituyó en un tercer Estado y su SDE se encuentra a caballo entre ambos Estados contratantes? ¿Qué deberá entenderse por “otros factores pertinentes”? ¿El volumen de ingresos derivados de cada Estado? ¿El de trabajadores? ¿El lugar donde se conserva la contabilidad de la empresa? ¿La residencia de sus accionistas? ¿De sus consejeros? ¿De sus directores ejecutivos?

A la vista de todas estas preguntas, se hace difícil entender por qué la OCDE ha promovido una regla modelo capaz de conferir un poder de discrecionalidad altísimo a las administraciones<sup>88</sup> y en consecuencia una ausencia grave de certeza a los contribuyentes. Tales riesgos podrían haberse mitigado con cierta facilidad de dos formas.

En primer lugar, instaurando una cadena de reglas de desempate al estilo de la regla del artículo 4.2 del MCOE en relación a personas físicas, como en su momento sugirió la propia OCDE<sup>89</sup> o autores como Pinto<sup>90</sup> o Burgstaller/Haslinger<sup>91</sup>, constituyendo el convenio entre España y Austria, un buen ejemplo de ello<sup>92</sup>. Una jerarquía de reglas de desempate contribuiría indudablemente a acotar el poder de las autoridades competentes y a proporcionar mayor certeza al contribuyente, ofreciendo una variedad de reglas de distinta naturaleza ante el riesgo de que una regla basada en un único factor pueda conducir a un callejón sin salida. Tal opción es deseable pero no perfecta, pues impediría valorar de manera conjunta todos los criterios y podría generar riesgo de manipulación<sup>93</sup>. En segundo lugar, y no menos importante, convendría

---

sobre los demás. Véase BURGSTALLER, E., HASLINGER, K., “Place of effective management as a tie-breaker-rule : concept, developments and prospects”, cit., pp. 385-386.

<sup>87</sup> Preocupaciones igualmente compartidas por GERLACH, C.; NIEMEYER, N., “The new tie-breaker rule for companies according BEPS Action point 6: a (too) radical change?”, cit., p. 761 y 763.

<sup>88</sup> Lo que genera un riesgo alto de que factores extrajurídicos como el poder político y económico de cada Estado negociador sean realmente los determinantes en la negociación, véase GERLACH, C.; NIEMEYER, N., “The new tie-breaker rule for companies according BEPS Action point 6: a (too) radical change?”, cit., p. 761. El análisis de los convenios hoy vigentes con tal regla nos lleva a la conclusión de que los Estados desean mantener una alta cuota de discrecionalidad a la hora de negociar tales acuerdos, dado que pocos convenios incorporan criterios adicionales más concretos (MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J., INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., “Dual residence of companies under tax treaties”, cit., p. 51).

<sup>89</sup> En efecto, la OCDE exploró la posibilidad de introducir una cadena de reglas de desempate en el 4.3 de su modelo con el siguiente orden: a) SDE, b) relaciones económicas más fuertes / realización de su actividad económica / toma de decisiones ejecutivas; c) LC y d) acuerdo amistoso. Véase OECD, *Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD model convention*, cit.. Por desgracia, la OCDE terminó descartando esta alternativa por oposición de la mayoría de los Estados, que entendían que el número de casos de doble residencia no justificaba reemplazar la regla aplicable en ese momento (SDE) por una jerarquía de test. Véase PLAKHIN, Y., “The place of effective management as a tie-breaker criterion”, cit., p. 95.

<sup>90</sup> Pinto proponía la siguiente jerarquía de test: a) residencia de las personas físicas que son responsables de tomar las decisiones fundamentales de la entidad, b) residencia del director general y c) Estado en el que el contribuyente tiene una mayor conexión en términos económicos. Véase PINTO, D., “A new three-tier proposal for determining corporate residence based principally on individual residence”, cit., p. 14-15.

<sup>91</sup> Burgstaller y Haslinger entienden que la jerarquía de test son una solución idónea para el artículo 4.3 del futuro, si bien argumentan que la concreta propuesta planteada por la OCDE en 2003 al respecto es excesivamente ambigua e imprecisa. Véase BURGSTALLER, E., HASLINGER, K., “Place of effective management as a tie-breaker-rule : concept, developments and prospects”, cit., pp. 384-387.

<sup>92</sup> Sigue una jerarquía de test: SDE y, en caso de que ésta no pueda determinarse, se recurrirá subsidiariamente al LC para resolver el problema de doble residencia.

<sup>93</sup> MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J., INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., “Dual residence of companies under tax treaties”, cit., p. 56.

eliminar de plano cláusulas abiertas al estilo de “*otros factores pertinentes*”, cláusulas que, lamentablemente, también están muy presentes en la red española de convenios<sup>94</sup>.

### B. Consecuencias de la falta de acuerdo

El nuevo 4.3, tras encomendar a las autoridades competentes “*hacer lo posible*” por resolver el caso “*sin demora*”<sup>95</sup> y mediante acuerdo no asegura de ningún modo su resolución, y mucho menos que éste se dé dentro de un plazo de tiempo razonable<sup>96</sup>. La nueva norma reconoce además explícitamente la posibilidad de que no se alcance el acuerdo y que ello lleve como consecuencia la denegación de los beneficios del convenio del doble residente<sup>97</sup>. Si analizamos los 13 convenios de la red española que a día de hoy apuntan al procedimiento amistoso para resolver la doble residencia: 7 de ellos prevén explícitamente dejar al contribuyente sin acceso a los beneficios del convenio<sup>98</sup>, 5 de ellos no establecen consecuencia expresa alguna mientras que uno (el canadiense) prevé el recurso al procedimiento amistoso para consensuar la forma en que el convenio se podría aplicar al doble residente.

Denegar el acceso al convenio y sus beneficios a la entidad doble residente toda vez que las autoridades competentes no logren llegar a un acuerdo constituye una sobrerreacción con consecuencias desproporcionadamente negativas para el contribuyente, máxime teniendo en cuenta las siguientes dos consideraciones.

La primera, que la condición de doble residente no tiene por qué haber sido deliberadamente buscada por el contribuyente, y mucho menos con fines abusivos como parece asumir de manera natural la OCDE<sup>99</sup>. Esto es así por varios motivos. En primer lugar porque a menudo los casos de doble residencia no son intencionados habida cuenta de la variedad de reglas de residencia fiscal corporativa hoy en día en vigor y a la falta de coordinación de los Estados a la hora de seleccionarlas<sup>100</sup>. En segundo lugar, porque tal situación, *a priori*, dista de resultar deseable para el contribuyente toda vez que le expone a un riesgo alto de doble imposición jurídica. Siendo así, se antoja desproporcionado presumir de manera automática, sin tener en cuenta en absoluto las circunstancias del caso, que la consecución de la doble residencia es abusiva<sup>101</sup> y por ende denegar el acceso a los beneficios del convenio sin más disquisiciones, máxime cuando existe la posibilidad de recurrir a medidas quirúrgicas como normas anti-abuso para poner remedio a tales situaciones<sup>102</sup>.

---

<sup>94</sup> En particular, existen 2 convenios que hacen una referencia genérica a “*otros factores pertinentes*” como sugiere la nueva regla modelo de la OCDE, es el caso de los convenios suscritos con Canadá y Japón. Otros convenios, por su lado, hablan de “*otros factores*” materiales y/o económicos (convenios con Armenia, El Salvador, Estonia, Letonia, Lituania y República Dominicana) en los que la cláusula pierde, al menos, cierto nivel de indeterminación en comparación con la previamente citada.

<sup>95</sup> Párrafo 24.2 del Comentario al artículo 4 del MCOCDE 2017.

<sup>96</sup> Se barajó la posibilidad de incluir un plazo máximo de entre 1 y 6 meses para resolver las situaciones de doble residencia pero la redacción final del nuevo artículo 4.3 no lo incluyó. Véase OECD, *Revised discussion draft. BEPS action 6: prevent treaty abuse*, OECD Publishing, 2015, par. 100. En tanto no se resuelve, el contribuyente queda inevitablemente expuesto al riesgo de doble imposición. Maisto y otros autores proponían tomar medidas ante la tardanza en resolver, por ejemplo, la suspensión de la recaudación o bien la protección frente a sanciones y devengo de intereses por los impuestos que resultaran del acuerdo, véase MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J., INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., “Dual residence of companies under tax treaties”, cit., p. 52.

<sup>97</sup> PLAKHIN, Y., “The place of effective management as a tie-breaker criterion”, cit., pp. 91-92.

<sup>98</sup> En el caso concreto del convenio suscrito con EEUU, tal efecto no alcanzaría a los artículos relativos a rentas pasivas (esto es, artículos 10, 11 y 12 sobre dividendos, intereses y cánones respectivamente).

<sup>99</sup> Apartado II.2.1.

<sup>100</sup> Apartado I.

<sup>101</sup> Este trabajo proporciona multitud de ejemplos en los que la doble residencia, ya sea deliberada o no, no puede ser calificada como abusiva: MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J., INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., “Dual residence of companies under tax treaties”, cit., p. 43-44.

<sup>102</sup> Maisto et al. sugieren una batería de normas anti-abuso generales y/o especiales, internas y/o convencionales que resultan más aptas para abordar los casos en los que la doble residencia efectivamente merezca ser calificada como abusiva, además de hacer un repaso por algunas reglas hoy vigentes que cumplen esta función, véase MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J.,

La segunda, que el fracaso del procedimiento amistoso no es en absoluto responsabilidad del contribuyente, cuya participación en el procedimiento amistoso es entre mínima e inexistente<sup>103</sup>, sino que será normalmente atribuible a la actitud intransigente de alguna de las autoridades competentes en el proceso de negociación<sup>104</sup>, quizás debida a sus propios intereses recaudatorios<sup>105</sup>.

Dicho esto, estamos de acuerdo con Hortalà i Valvé en que esta consecuencia debía haber quedado expresamente reservada a los casos en que pudiera probarse que la doble residencia había sido deliberadamente buscada por el contribuyente con fines elusivos<sup>106</sup>.

La posibilidad de que el acuerdo amistoso no fructifere y, con ello, se niegue el acceso al convenio al contribuyente, quedaría sin embargo minimizada en la medida en que los Estados firmantes del instrumento multilateral no hubieran formulado reserva a la inclusión de la nueva cláusula de arbitraje (que sí asegura una salida a la discrepancia) y se entienda, a su vez, que tal cláusula es accesible desde el artículo 4.3 (discutible)<sup>107</sup>. La nueva cláusula de arbitraje establece que, una vez pasados 2 años sin que las autoridades competentes hayan llegado a un acuerdo en el seno del procedimiento amistoso, la controversia se resolverá por medio de la decisión vinculante de un árbitro.

España ha optado por incorporar arbitraje a los convenios cubiertos por el instrumento multilateral sin excluir expresamente de su ámbito de aplicación la resolución de la doble residencia de entidades al revés de lo que han hecho otros Estados<sup>108</sup>. Así, cabe preguntarse lo siguiente: de los 13 convenios suscritos por España<sup>109</sup> que resuelven la doble residencia mediante procedimiento amistoso, ¿cuántos de ellos se podrían beneficiar potencialmente del mecanismo de arbitraje para así asegurar una salida a la disputa?<sup>110</sup> Por desgracia sólo son dos (Canadá y Japón)<sup>111</sup> de modo que en los casos restantes se podrían materializar los riesgos aquí advertidos ante la no resolución del procedimiento.

#### IV. Reflexión final

---

INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., “Dual residence of companies under tax treaties”, cit., p. 44.47 y 48-50

<sup>103</sup> El contribuyente tiene una participación muy limitada en el procedimiento amistoso, se mantiene ajeno a las negociaciones entre las autoridades competentes y no tiene siquiera opción de recurrir judicialmente su inacción o mala praxis. Véase al respecto GERLACH, C.; NIEMEYER, N., “The new tie-breaker rule for companies according BEPS Action point 6: a (too) radical change?”, cit., p. 760 y MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J., INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., “Dual residence of companies under tax treaties”, cit., p. 51.

<sup>104</sup> HORTALÀ i VALVÉ, J., *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 149.

<sup>105</sup> Maisto y otros autores demuestran con varios ejemplos que el Estado de la fuente puede tener un conflicto de intereses y puede verse desincentivado a resolver satisfactoriamente el procedimiento porque la falta de acuerdo le permitiría ejercer su potestad tributaria sin restricciones. Véase MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J., INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., “Dual residence of companies under tax treaties”, cit., p. 57-60.

<sup>106</sup> HORTALÀ i VALVÉ, J., *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*, cit., p. 149.

<sup>107</sup> No queda claro que el convenio permita el acceso al arbitraje en caso de que no se alcance un acuerdo amistoso en virtud del artículo 4.3 dada la interpretación sugerida por los Comentarios si bien nosotros nos adherimos a la posición expuesta por Maisto y otros autores para concluir lo contrario, aunque sería muy conveniente explicitarlo en el convenio, véase MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J., INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., “Dual residence of companies under tax treaties”, cit., p. 54-55.

<sup>108</sup> Por ejemplo, Italia, Japón, Eslovenia y Suecia, que han abogado por la exclusión bajo la premisa de que la doble residencia es *per se* abusiva. Por su lado, España se ha limitado a reservarse el derecho a excluir del ámbito de aplicación del arbitraje los casos “*que conlleven la aplicación de normas antiabuso*”.

<sup>109</sup> Como señala el anexo del apartado V estos convenios son los firmados con Armenia, Canadá, Chile, EEUU, El Salvador, Estonia, Filipinas, Japón, Letonia, Lituania, Malasia, República Dominicana y Tailandia.

<sup>110</sup> Información recogida en la herramienta publicada por la OCDE para identificar “matching positions” en los convenios cubiertos por el instrumento multilateral: <https://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm>

<sup>111</sup> El convenio con EEUU contiene cláusula de arbitraje pero ésta excluye expresamente la resolución de la doble residencia de personas jurídicas.

El dilema al que se ha enfrentado España entre el mantenimiento de las reglas actualmente vigentes para la resolución de la doble residencia fiscal de entidades en su red de convenios (apartado II), caracterizadas por el uso masivo de SDE como regla de desempate (III.1) y el salto a la propuesta normativa que le brindaba el instrumento multilateral (apartado III.2) no era fácil por la sencilla razón de que ambas vías presentan importantes debilidades que, por encima de todo, convendría analizar y tratar de mitigar.

Por su lado, la SDE es una regla *tie-breaker* que ha gozado de un seguimiento masivo en la red mundial de convenios, no siendo España excepción, dado que el 86% de sus convenios la integran. Entre las ventajas que presenta se encuentran la amplia experiencia en su uso y el hecho de que es una regla material que busca situar la potestad de gravamen allá donde suceden cosas y no meramente donde indica un papel. No obstante, si como parece ser el caso, España desea seguir guardando fidelidad a esta regla en su red de convenios, entendemos que sería conveniente introducir modificaciones en la cláusula en sus futuras negociaciones de convenios. Así, y con el ánimo de asegurar una interpretación autónoma, consensuada y predecible de la expresión “SDE” sería imprescindible proporcionar una definición clara y precisa en el propio convenio en el sentido que acuerden los Estados involucrados (apartado III.1.3). De esta forma, se pondría fin a la indeseada tendencia de extrapolar la interpretación de la regla interna de SDE al entorno bilateral. Sea como fuere, aquellos Estados que, como España, decidan mantenerse fieles esta regla, han de ser muy conscientes de que su fecha de caducidad puede ser relativamente próxima habida cuenta del impacto que la tecnología está teniendo en el proceso de toma de decisiones de las empresas (apartado III.1.3) y que está ejerciendo una presión cada vez más insoportable sobre esta regla.

Por otro lado, tenemos sobre la mesa la alternativa del procedimiento amistoso con referencia a determinados factores como modo de resolución de la doble residencia en entidades. Es decir, el nuevo artículo 4.3 resultante del proyecto BEPS que España renunció a incorporar a su red de convenios por medio del instrumento multilateral. Dicha alternativa tiene la ventaja de que permite valorar cualitativamente los lazos que ambos Estados contratantes mantienen con una entidad desde distintos puntos de vista y hacerlo *ad hoc* teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso. No obstante, entendemos que la concreta redacción proporcionada por el instrumento multilateral dista de ser idónea por múltiples motivos (apartado III.2.2). En primer lugar, la nueva regla genera un alto nivel de inseguridad jurídica al no proporcionar directrices precisas capaces de guiar el proceso de negociación de manera solvente: no se jerarquizan los criterios a tener en cuenta y se incorpora una cláusula excesivamente abierta (“otros factores pertinentes”). En segundo lugar, la nueva regla no garantiza la resolución satisfactoria del procedimiento amistoso y, ante la eventualidad de la ausencia de acuerdo, prevé la denegación de los beneficios del convenio a la entidad doble residente bajo la premisa (errónea) de que la doble residencia está normalmente vinculada con el abuso fiscal. Si España deseara virar su política fiscal en esta dirección, entendemos que debería desviarse de la concreta propuesta de la OCDE para mitigar estos riesgos. En primer lugar, incorporando criterios explícitos, precisos y ordenados por prioridad que proporcionen un nivel apropiado de certidumbre al contribuyente y acoten el poder discrecional de la administración. En segundo lugar, adoptando el mecanismo de arbitraje (como ya ha hecho) y garantizando el acceso al mismo desde el procedimiento amistoso activado desde el artículo 4.3 para así asegurar una salida al contribuyente y evitar la doble imposición que de otra manera sufriría.

## V. Anexo

Este anexo recoge las reglas de los convenios (normalmente recogidas en el artículo 4) de la red española<sup>112</sup> que tienen que ver con la residencia fiscal a efectos convencionales y la resolución de la doble residencia fiscal corporativa. La información fue extraída el 30 de junio de 2021. No se prevé cambio alguno en estas reglas como consecuencia de la inminente entrada en vigor del instrumento multilateral en España.

---

<sup>112</sup> <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/cdi.aspx>

País	4.1. Análogo	4.1 Sujeción	4.3. Tie-breaker	Criterios MAP	Falta acuerdo	Arbitraje
Albania	S	S	SDE			
Alemania	S	S	SDE			
Andorra	S	S	SDE			
A. Saudí	S	S	SDE			
Argelia	S	N (excluye cl.)	SDE			
Argentina	S	S	SDE			
Armenia	N (incl LC)	S	MAP	SDE y/u otro factor económico/material	No beneficios CDI	No
Australia	N (remisión incondicionada crits. internos)	S	SDE			
Austria	S	N (excluye cl.)	SDE y si no pudiera determinarse LC por defecto			
Azerbaiyán	N (incl LC)	S	SDE			
Barbados	S	S	SDE			
Bélgica	S	S	SDE			
Bielorrusia	N (incl LC)	S	SDE			
Bolivia	S	S	SDE			
Bosnia	N (incl LC)	S	SDE			
Brasil	S	N (excluye cl.)	SDE			
Bulgaria	N (remisión incondicionada crits. internos)	N (excluye cl.)	SDE			
Cabo Verde	S	S	SDE			
Canadá	S	N (excluye cl.)	MAP	SDE, LC/SS y otros factores pertinentes	Se buscará mediante MAP cómo se podrá aplicar el CDI al contribuyente	Sí

Catar		S (Ñ) - N (EC, excl. cl)	SDE			
R. Checa	S	S	SDE			
Chile	N (incl LC)	S	MAP	Sin criterios	No beneficios CDI	No
China	N (incl LC)	S	SDE			
Chipre	S	S	SDE			
Colombia	S	S	SDE			
Corea	N (incl DS)	S	SDE			
Costa Rica	S	S	SDE			
Croacia	S	S	SDE			
Cuba	S	S	SDE			
Dinamarca	S	N (excluye cl.)	SDE			
Ecuador	S	N (excluye cl.)	SDE			
EEUU	N (incl LC)	S	MAP	Sin criterios	No beneficios CDI (salvo arts. 10-11-12)	Sí pero excl doble residencia
Egipto	S	S	SDE			
El Salvador	S	S	MAP	SDE y/u otro factor económico/material	No previsión consecuencias	No
Emiratos	S (Ñ) - N (EC, crits. Internos)	S (Ñ) - N (EC, excl. cl)	SDE			
Eslovaquia	S	S	SDE			
Eslovenia	S	S	SDE			
Estonia	N (incl LC)	S	MAP	SDE, LC y otros factores económicos/materiales pertinentes	No beneficios CDI	No
Filipinas	S	S	MAP	Sin criterios	No previsión consecuencias	No
Finlandia	N (incl LC)	S	SDE			
Francia	S	S	SDE			
Georgia	S	S	SDE			
Grecia	S	S	SDE			
Hong Kong	S (Ñ) - N (EC, crits. Internos)	S (Ñ) - N (EC, excl. cl)	SDE			
Hungría	S	S	SDE			
India	S	S	SDE			
Indonesia	S	N (excluye cl.)	SDE			
Irán	S	S	SDE			
Irlanda	S	S	SDE			
Islandia	S	S	SDE			
Israel	S	S	SDE			

Italia	S	S	SDE			
Jamaica	N (incl LC)	S	SDE			
Japón	N (incl DS)	S	MAP	SDE, LC/SS y otros factores pertinentes	No beneficios CDI	Sí
Kazajstán	N (incl LC)	S	SDE			
Kuwait	S (Ñ) - N (EC, crits. Internos)	S (Ñ) - N (EC, excl. cl.)	SDE			
Letonia	N (incl LC)	S	MAP	SDE, LC y otros factores económicos/materiales pertinentes	No beneficios CDI	No
Lituania	N (incl LC)	S	MAP	SDE, LC y otros factores económicos/materiales pertinentes	No beneficios CDI	No
Luxemburgo	S	S	SDE			
Macedonia	S	S	SDE			
Malasia	S	N (excluye cl.)	MAP	SDE	No previsión consecuencias	No
Malta	S	S	SDE			
Marruecos	S	N (excluye cl.)	SDE			
Méjico	S	S	SDE --> MAP subsidiariamente	Si 2 SDE --> MAP según dónde realiza funciones el consejero delegado y altos ejecutivos, alta gestión cotidiana y otro factor equivalente		
Moldavia	N (incl LC)	S	SDE			
Nigeria	N (incl LC)	S	SDE			
Noruega	S	S	SDE			
N. Zelanda	S	S	SDE			
Omán	N (incl LC)	S	SDE			
Países Bajos	S	N (excluye cl.)	SDE			
Pakistán	S	S	SDE			
Panamá	N (incl LC)	S	SDE			
Polonia	S	S	SDE			
Portugal	S	S	SDE			
R. Unido	N (incl LC)	S	SDE			
R. Dominicana	N (incl LC)	N (excluye cl.)	MAP	SDE y/u otro factor económico/material	No previsión consecuencias	No
Rumanía	N (incl LC)	S	SDE			
Rusia	N (incl LC)	S	SDE			
Senegal	S	S	SDE			
Serbia	S	S	SDE			
Singapur	S	N (excluye cl.)	SDE			
Sudáfrica	S	S	SDE			

Suecia	S	S	SDE			
Suiza	S	N (excluye cl.)	SDE			
Tailandia	N (incl LC)	S	MAP	Sin criterios	No previsión consecuencias	No
Timor Oriental	S	N (excluye cl.)	SDE			
Trinidad y Tobago	S	S	SDE			
Túnez	S	S	SDE			
Turquía	N (incl DS)	S	SDE/MAP --> MAP subsidiariamente	Si SDE en uno y domicilio social en otro --> MAP para ver si DS puede considerarse SDE		
Ucrania	S	S	SDE			
URSS	N (incl LC)	N (excluye cl.)	SDE			
Uruguay	S	S	SDE			
Uzbekistán	S	S	SDE			
Venezuela	N (incl LC)	S	SDE			
Vietnam	N (incl LC)	S	SDE			

LEYENDA:

4.1. Cláusula de “criterio análogo”	
S	Sigue fielmente la cláusula de “criterio análogo” del artículo 4.1 del MCOCDE.
N	No sigue la cláusula del MCOCDE por incorporar referencia a alguna regla formal (ej. lugar de constitución o domicilio social)
N (remisión incondicionada internos)	No sigue la cláusula del MCOCDE por realizar una remisión no condicionada a los criterios internos de residencia fiscal de cada Estado
S (Ñ) - N (EC, crits. internos)	En relación a España, sigue fielmente la cláusula del artículo 4.1 del MCOCDE mientras que en relación al otro Estado contratante, se realiza una remisión incondicionada a sus criterios internos de residencia fiscal

4.1. Cláusula de sujeción	
S	Sigue fielmente la cláusula de sujeción del artículo 4.1 del MCOCDE.
N (excl. Cl.)	Excluye la cláusula de sujeción del artículo 4.1 del MCOCDE
S (Ñ) - N (EC, excl. cl)	En relación a España, sigue fielmente la cláusula de sujeción del artículo 4.1 del MCOCDE mientras que en relación al otro Estado contratante, queda excluida

## VI. Bibliografía

AVERY JONES, J.F., “Place of effective management as a residence tie-breaker”, Bulletin for international fiscal documentation n.1, 2005, pp. 20-24.

AVERY JONES, J.F., “2008 OECD Model : place of effective management - what one can learn from the history”, Bulletin for international fiscal documentation vol. 63 n.5-6, pp. 183-186, 2009

BÁEZ MORENO, A.; ZORNOZA PÉREZ, J., “Chapter 22: Spain”, en TRAVERSA. E. (ed.), Corporate tax residence and mobility: EATLP Annual Congress Łódź, IBFD, Amsterdam, 2018.

BECKER, A., “The principle of territoriality and corporate income taxation - part 1”, Bulletin for international taxation vol. 70 n. 4, 2016, p. 190-201

BECKER, A., "The principle of territoriality and corporate income taxation - part 2", *Bulletin for international taxation* vol. 70 n. 5, 2016, p. 246-258

BURGSTALLER, E., HASLINGER, K., "Place of effective management as a tie-breaker-rule : concept, developments and prospects", *Intertax* vol. 32 n. 8/9, 2004, pp. 376-387

CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos, interpretación e impacto el proyecto OCDE/G20 BEPS a la luz del convenio multilateral frente a la erosión de bases imponibles y las transferencia de beneficios", en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios de doble imposición. El impacto BEPS . Análisis y evolución de la red española de tratados fiscales*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2019, pp. 31-130

CHAN, C., "Corporate residence: has Esquire Nominees stood the test of time?", *Taxation in Australia*, vol. 49 n. 5, 2014, p. 253-257

COUZIN, R., *Corporate residence and international taxation*, IBFD, Amsterdam, 2002

DE BROE, L., "Corporate tax residence in civil law jurisdictions", en MAISTO, G. (ed.): *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, IBFD, Amsterdam, 2009, pp. 95-119

ESCRIBANO, E., *Jurisdiction to tax corporate income pursuant to the presumptive benefit principle*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2019

GERLACH, C.; NIEMEYER, N., "The new tie-breaker rule for companies according BEPS Action point 6: a (too) radical change?", *Intertax* vol. 46 n. 10, 2018, pp. 753-765

HORTALÀ i VALVÉ, J., *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

KALYAGIN, M., STRNAD, R., "The importance and limits of the tie-breaker rule for dual resident companies", en SUTTER, F.P., ZEHENTER, U., *Triangular tax cases*, Linde, Viena, 2004

LIPNIEWICZ, R., "Place of effective management in the digital economy", *Intertax*, vol. 48, n. 6/7, 2020, p. 602-615.

MAISTO, G., AUSTRY, S., AVERY JONES, J.F., BAKER, P., BLESSING, P.H., DANON, R.J., GORADIA, S., HATTINGH, P.J., INOUE, K., LÜDICKE, J., MIYATAKE, T., NIKOLAKAKIS, A., PÖTGENS, F.P.G., RAAD, C. van, VANN, R.J., WIMAN, B., "Dual residence of companies under tax treaties", *International Tax Studies* vol. 1 n. 1, 2018, pp. 1-84

MARIAN, O., "Chapter 28: United States", en TRAVERSA, E. (ed.), *Corporate tax residence and mobility: EATLP Annual Congress Łódź*, IBFD, Amsterdam, 2018.

MARTÍNEZ GINER, L.A., "Spain", en MAISTO, G. (ed), *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, IBFD, Amsterdam, 2009, pp. 753-793.

NAVARRO, A., "International tax soft law instruments: the futility of the static v. dynamic interpretation debate", *Intertax* vol. 48 n. 10, 2020, pp. 848-860.

OCDE, *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, acción 6, informe final 2015*, OECD Publishing, 2015.

OECD, *Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD model convention*, OECD Publishing, 2003

OECD, *Revised discussion draft. BEPS action 6: prevent treaty abuse*, OECD Publishing, 2015

PINTO, D., "A new three-tier proposal for determining corporate residence based principally on individual residence", *Asia-Pacific Tax Bulletin*, vol. 11, n. 1, 2005, pp. 14-22

PLAKHIN, Y., "The place of effective management as a tie-breaker criterion", en HOFSTÄTTER, M., PLANSKY, P. (eds.), *Dual residence in tax treaty law and EC law*, Viena, Linde, 2009, pp. 81-98

PLESSIS, I., Place of effective management: finding guidelines in case law, *Intertax* vol. 48 n. 2, 2020, pp. 195-217.

RADOJEVIC, I.; KRASULJA, N.; JANJUSIC, D., “Holacracy: the new management system”, Conference paper ([https://www.researchgate.net/publication/325050175\\_HOLACRACY\\_-\\_THE\\_NEW\\_MANAGEMENT\\_SYSTEM](https://www.researchgate.net/publication/325050175_HOLACRACY_-_THE_NEW_MANAGEMENT_SYSTEM)), 2016

RIBES RIBES, A., La posición española ante el convenio multilateral de la OCDE para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, *Quincena fiscal*, n. 6, 2018, pp. 79-114

SHANNON, H.A., “The general definition of residence under United States income tax treaties”, *Intertax*, vol. 16, n. 8-9, 1988, pp. 204-215

VEGA BORREGO, F.A., “Artículo 4: Residencia”, en RUIZ GARCÍA, J.R., CALDERÓN CARRERO, J.M. (coords.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2004

VOGEL, K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Third Edition*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, 1997

WIDRIG, M., “The expression ‘by reasons of his domicile, residence, place of management...’ as applied to companies”, en MAISTO, G. (ed), *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, IBFD, Amsterdam, 2009

ZORNOZA PÉREZ, J.J., “Changing residence as tax planning”, *Pricewaterhouse Coopers Chair on International Corporate Taxation Working paper series*, n. 2/2013, 2013.

ZORNOZA PÉREZ, J.J., “El convenio multilateral: un análisis preliminar”, en ALMUDÍ CID, J.M., FERRERAS GUTIÉRREZ, J.A., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P.A., *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS) : G-20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 475-512