

E-commerce y el establecimiento permanente

La posibilidad de que dos personas, físicas o jurídicas, realicen transacciones a distancia a través de Internet -E-Commerce- ha descolocado algunos de los principios básicos de la fiscalidad internacional, por cuanto obliga a reconceptuar figuras tales como la residencia, la calificación de algunas rentas, los precios de transferencia, o incluso el establecimiento permanente.

El problema surge a tenor del actual redactado del artículo 5 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE al señalar que un “establecimiento permanente” significaría un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad. Sin embargo, no queda claro si un establecimiento permanente debe gestionarse por personas físicas o puede gestionarse automáticamente por medios informáticos.

El problema de calificar a una máquina o a un servidor como un establecimiento permanente no es pacífico. Existen distintos antecedentes, distinguiéndose la Sentencia del TJCE de 06/07/1985 y la Sentencia del BundesFinanzHof alemán de treinta de octubre de 1996. Finalmente, la OCDE publicó el año pasado un proyecto de revisión a los Comentarios del Art. 5 de su Modelo de Convenio, sobre servidores y páginas web.

El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, a través de un grupo de trabajo, ha aceptado de forma matizada pero inequívoca que los equipos automatizados podrían constituir un establecimiento permanente. Aun cuando un equipo automático fijo explotado por una empresa pueda constituir un establecimiento permanente en el país en el que este equipo esté situado, debe distinguirse entre equipos informáticos (p.e. servidores) y el software y datos utilizado en su funcionamiento (incluidas las páginas web). Normalmente la sociedad propietaria del servidor es distinta de la sociedad propietaria de la página web, pues ésta última únicamente arrienda el espacio necesario. Es habitual que la empresa que explota el servidor sea diferente de la que ejerce su actividad a través de la página Web.

Aunque el pago del titular de la página Web al servidor pueda calcularse en función de la cantidad del espacio que ocupa esta web, todo ello no da al titular de esta página un derecho de espacio o de control particular sobre el servidor. En este caso, el servidor y su emplazamiento no están a disposición de la empresa, por muy localizable que sea este servidor.

Por lo tanto, no puede considerarse que la empresa titular de la página Web haya adquirido un lugar de negocios en virtud de un

contrato de hospedaje de la página en el servidor. Sin embargo, si la empresa que ejerce una actividad a

■
Normalmente, la sociedad propietaria del servidor es distinta de la sociedad propietaria de la página web, quien sólo arrienda el espacio necesario en la red
■

través de una Web es titular igualmente del servidor en el que se sitúa la Web, esta empresa podría constituir –si se verifican todos los requisitos del artículo 5 del Modelo de Convenio- un establecimiento permanente.

Respecto a la necesidad de intervención humana para la consideración de un servidor como establecimiento permanente, se pueden dar dos opciones:

a)Un equipo automático puede constituir un establecimiento permanente, aunque no haya una intervención humana, si las actividades u operaciones efectuadas a través de éste representan la principal cifra de negocios de la empresa. Se asemejan las operaciones de comercio electrónico con aquellas actividades en las que un equipo funciona automáticamente (estaciones de bombeo automático utilizadas en determinadas explotaciones de recursos naturales).

b)Un equipo automático no puede ser un establecimiento permanente pues su existencia debe pasar necesariamente por una presencia humana. Esta presencia debe realizarse por personas que estén presentes en el país en el que esté ubicado el equipo informatizado. Únicamente en estas circunstancias se podrá considerar que la empresa participa en la vida económica del país, al igual que las empresas nacionales que utilizan el capital y el trabajo.

Cuando las operaciones de comercio electrónico efectuadas con la ayuda de un equipo informático situado en otro país se limiten a las actividades preparatorias o auxiliares (facilitar información, publicitar productos, obtener datos, ...), no se considerará que la empresa actúe mediante un establecimiento permanente.

Otra cuestión planteada por la OCDE es saber si un Prestador de Servicios en Internet puede constituir un establecimiento permanente. La respuesta parece muy clara: dado que la finalidad de los prestadores es la de facilitar un espacio físico a las empresas que “domicilien” su web, el prestador de servicios únicamente constituirá un establecimiento permanente de la empresa cuando éste pueda calificarse como un agente de la empresa titular de la Web. En la práctica, ningún prestador de servicios está habilitado para concluir contratos en nombre de la

empresa, ya que la finalidad del prestador es la de ubicar en su servidor cuantas más web sean posibles de muy distintas empresas.

Existe una opinión cada vez mayoritaria que trata de ver al comercio electrónico como una forma más de realizar negocios. En efecto, la finalidad última de la actividad comercial de la empresa que vende sus productos ya sea a través de los medios tradicionales o a través de la red es, precisamente, la venta del producto. Por lo tanto, los medios utilizados para la venta –por correo, por teléfono o a través de un servidor unido al ordenador de la empresa al comprador- no deberían influir en la calificación de dicha venta. Así, dicha interpretación estaría más acorde con los nuevos comentarios versados sobre el Artículo 12 del Modelo de Convenio que, en suma, vienen a decir que la forma en que un producto es suministrado o colocado en el mercado no debería influir en la forma en que éste tributa.

Por lo tanto, esta interpretación obliga a considerar que, únicamente, estaríamos ante un establecimiento permanente en aquellos casos en que la transacción –conclusión del contrato, pago y entrega del bien- se realiza completamente a través de Internet. ■

Guillem Domingo Pérez
Abogado
WILTON & PARTNERS