

TESIS DOCTORAL

LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL ARTÍCULO 7 MCOCDE

Autor:

José Carlos Pedrosa López

Directores:

Prof. Dr. Juan José Zornoza Pérez

Prof. Dr. Francisco Alfredo García Prats

Tutor:

Prof. Dr. Juan José Zornoza Pérez

DOCTORADO EN DERECHO

Getafe, mayo de 2018

The law is the strongest school of imagination. A poet has never interpreted nature as freely as a jurist interprets reality.

Jean GIRAUDOUX "La guerre de Troie n'aura pas lieu"

Resumen.

Este trabajo de tesis trata de analizar el régimen jurídico-tributario convencional para atribuir los ingresos y gastos al establecimiento permanente de acuerdo con el método directo. Desde la perspectiva de las distintas versiones del artículo 7 del Modelo de Convenio OCDE, este estudio trata de demostrar que la asimilación del establecimiento permanente a una empresa separada o a una empresa independiente no es un sinónimo. La asunción de una ficción u otra repercute en la asignación de ingresos y gastos a dicha parte de la empresa, y por ende, en la determinación de sus beneficios o pérdidas empresariales.

A fin de valorar la adecuación de ambas ficciones, este trabajo de investigación intenta explicar que la asunción del establecimiento permanente como una empresa distinta e independiente no es conforme a la finalidad del artículo 7 MCOEDE y al objetivo de este instituto jurídico. En este sentido, el autor también trata de enfatizar su opinión intentando demostrando que la metodología del denominado Criterio Autorizado de la OCDE, establecida en un documento soft law, ni está en consonancia con la ficción de empresa independiente ni con la redacción e interpretación que se infiere de este precepto

Abstract.

This thesis tries to analyze how the conventional legal-tax regime attributes income and expenses to the permanent establishment (PE) according to the direct method. From the perspective of the different versions of Article 7 of the OECD Model Tax Convention, this essay tries to explain how the assimilation of the permanent establishment to a separate company or to an independent company are not synonym. The assumption of a fiction or the other affects the allocation of income and expenses to that part of the company and therefore, the determination of their business profits and losses.

In order to assess the adequacy of both fictions, this research tries to explain that the assumption of the permanent establishment as a separate and independent company is not in accordance with the purpose of article 7 MCOECD and the objective of this legal institute. In this sense, the author tries to emphasize his opinion by trying to demonstrate that the methodology of the so-called Authorized OECD Approach, established in a soft law document, is neither is in line with the fiction of an independent company nor with the drafting and interpretation that is inferred from this article.

LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL ARTÍCULO 7 MCOCDE.

INTRODUCTION

1. GENERAL APPROACH.....	9
2. PURPOSE OF THE STUDY.....	13
3. METHOD OF THE STUDY AND SOURCES.....	16
4. STRUCTURE OF THE STUDY.....	17

CAPÍTULO 1: ANÁLISIS DE LA HIPÓTESIS DE TRABAJO DE LA OCDE DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE 1977.

1. EL PROBLEMA DE LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS EMPRESARIALES AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.....	25
2. INTERPRETACIÓN DE LA REGLA DEL ARTÍCULO 7.1 MCOCDE.....	30
2.1. Preferencia del enfoque de entidad funcionalmente separada.....	32
2.2. Rechazo de la cláusula de fuerza de atracción.....	34
2.3. Delimitación del término “beneficio empresarial”.....	36
2.4. Problemas derivados de una delimitación distinta de los beneficios empresariales entre el Estado de la entidad no residente y el Estado de situación del EP.....	41
2.5. Conclusiones.....	44
3. RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 5 Y 7 MCOCDE: EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE COMO NEXO FISCAL.....	46
4. LOS TRABAJOS DE LA SOCIEDAD DE NACIONES EN MATERIA DE TRIBUTACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.....	51
4.1. Los primeros trabajos de la Sociedad de Naciones (1920-1925).....	51
4.2. Los borradores del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional (1927-1928).....	52
4.3. El Informe Mitchell B. Carroll (1933).....	55
4.4. Los Modelos de Convenio de México y Londres (1943-1946).....	60
4.5. La disolución de la Sociedad de Naciones, la constitución de la OECE y el paso a la OCDE (1946-1961).....	61
5. MÉTODOS Y CRITERIOS DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE 1977 PARA ATRIBUIR INGRESOS Y GASTOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.....	63
5.1. El artículo 7 MCOCDE 1977.....	63
5.2. Rechazo del método indirecto por no ser el objeto de estudio.....	65
5.3. El método directo basado en el criterio de empresa separada y el estándar de plena competencia.....	67

6.	ANÁLISIS DE LOS BORRADORES E INFORMES PUBLICADOS POR LA OCDE AL HILO DE SU HIPÓTESIS DE TRABAJO Y SU INCLUSIÓN EN LOS COMENTARIOS DEL MCOCDE.....	72
6.1.	Etapa previa: Los Comentarios al MCOCDE 1977-1979.....	75
6.2.	Primera etapa: Informes elaborados entre 1994-2007 y su inclusión en los Comentarios del artículo 7 MCOCDE 1977-2008.	78
6.2.1.	El Informe predecesor al planteamiento de la Hipótesis de Trabajo de la OCDE (1994).....	80
6.2.2.	Borradores de la OCDE de Atribución de Beneficios al Establecimiento Permanente (2001-2007).....	87
6.2.3.	Valoración crítica de las modificaciones en los Comentarios del artículo 7 MCOCDE 1994-2005.	97
6.3.	Segunda etapa: El informe de la OCDE sobre atribución de beneficios al EP 2008 y los Comentarios introducidos en el artículo 7.2. MCOCDE 2008.....	99
6.4.	Tercera etapa: El Criterio Autorizado de la OCDE y la nueva versión del artículo 7 MCOCDE 2010.....	103
6.5.	Conclusiones.	105
7.	CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO.	107

CAPÍTULO 2: ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CRITERIOS RECTORES DEL MÉTODO DIRECTO EN LAS DISTINTAS VERSIONES DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE.

1.	PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO COMPARADO ENTRE AMBAS VERSIONES DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE.....	119
2.	EL MÉTODO DIRECTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 7.2 MCOCDE 2010 Y EL CRITERIO AUTORIZADO DE LA OCDE.....	121
2.1.	Primera fase del Criterio Autorizado de la OCDE.	123
2.2.	Segunda fase del Criterio Autorizado de la OCDE.....	126
2.3.	Primeros comentarios de la consonancia de la metodología del Criterio Autorizado de la OCDE con el artículo 7.2 MCOCDE 2010.	127
3.	SIMILITUDES Y DIFERENCIAS RESULTANTES DE LAS DISTINTAS VERSIONES DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE.....	129
3.1.	El problema derivado de la atribución de ingresos y gastos asimétricos al establecimiento permanente.	129
3.1.1.	La inclusión de los mecanismos propuestos en el artículo 7.3 MCOCDE 2010 no supone una novedad.	132
3.2.	Los métodos estipulados en ambas versiones son distintos.	135
3.2.1.	El artículo 7 MCOCDE 2010 ha eliminado el método indirecto.	135
3.2.2.	El artículo 7 MCOCDE 2010 establece un método directo distinto al de la versión anterior.	139

4. ANÁLISIS COMPARADO DEL MÉTODO DIRECTO EN AMBAS VERSIONES DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE.....	141
4.1. El método directo queda condicionado por la finalidad del artículo 7 MCOCDE y el objetivo del establecimiento permanente.	141
4.2. Los criterios rectores de la metodología del método directo son distintos en ambas versiones del artículo 7.2 MCOCDE.....	142
4.2.1. Diferencias jurídicas entre el criterio de empresa separada y el criterio de empresa independiente.	143
4.2.2. Extensión y alcance jurídico de la ficción absoluta contra la ficción restringida.....	146
4.2.2.1. La ficción queda condicionada por el objetivo del establecimiento permanente.....	146
4.2.2.2. La asimilación del establecimiento permanente a una empresa independiente o separada responde a una extensión de la independencia restringida o absoluta, respectivamente.....	148
4.3. Conclusiones: Ambas ficciones conllevan implicaciones jurídico-tributarias distintas.....	153
5. ANÁLISIS COMPARADO DE OPERACIONES INTERNAS Y TRANSACCIONES TRANSNACIONALES DESDE LA PERSPECTIVA DE AMBAS FICCIONES DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.....	155
5.1. Delimitación de los <i>dealings</i> objeto de análisis y explicación de la metodología aplicada.	159
5.1.1. 1º Tipo: Operaciones Internas casa central y establecimiento permanente.	161
5.1.1.1. Prestación de servicios.	161
5.1.1.2. Materia prima.	164
5.1.1.3. Activo.....	168
5.1.1.4. Capital.....	172
5.1.2. 2º Tipo: Operaciones Internas establecimiento permanente que operó con casa central – otro establecimiento permanente de la misma empresa.	176
5.1.2.1. La misma operación interna deriva en resultados distintos.....	176
5.1.3. 3º Tipo: Transacciones establecimiento permanente – empresa.	180
5.1.3.1. Venta o arrendamiento del producto final.....	180
5.1.3.2. Prestación de un servicio.....	181
5.2. Conclusiones.	184
6. EL RÉGIMEN CONVENCIONAL DE ASIGNACIÓN DE INGRESOS Y GASTOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE: ¿SISTEMA ÚNICO, DUAL O TRIPLE?	186
6.1. El método directo es un sistema dual.	186
6.2. ¿Implica una vulneración a los principios de capacidad económica y no discriminación?.....	190
7. CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CAPÍTULO.....	194

CAPÍTULO 3: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA METODOLOGÍA DEL CRITERIO AUTORIZADO DE LA OCDE DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARTÍCULO 7.2 MCOCDE 2010.

1. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES AL HILO DE LA METODOLOGÍA DEL CRITERIO AUTORIZADO DE LA OCDE.....	205
2. LAS FUNCIONES REALIZADAS POR EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 209	
2.1. Interpretación del término “funciones” ante la ausencia de una definición.	209
2.2. Las funciones humanas sustantivas.....	212
2.3. Valoración crítica (negativa) de las funciones humanas sustantivas.....	215
2.3.1. Las funciones humanas sustantivas no abarcan las funciones de control.....	223
2.4. Las funciones auxiliares o preparatorias también deben tenerse en cuenta.	226
2.4.1. Relación de las funciones auxiliares y preparatorias con el artículo 5.4 MCOCDE 2017.....	227
2.5. Conclusiones.	230
3. LOS ACTIVOS UTILIZADOS POR EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE Y SUS IMPLICACIONES FISCALES.....	231
3.1. Interpretación del término activo desde la perspectiva del artículo 7.2 MCOCDE 2010.....	231
3.2. Consideraciones generales del Informe OCDE 2010 en materia de asignación de activos al EP. 235	
3.2.1. Distinción entre activos tangibles e intangibles propuesta en el Informe OCDE 2010.....	235
3.2.2. El criterio de utilización está en consonancia con el artículo 7.2 MCOCDE 2010.....	237
3.2.2.1. El tratamiento del EP como propietario económico o arrendatario no está en consonancia con el criterio de empresa independiente.....	240
3.3. Análisis detallado de la metodología del Criterio Autorizado OCDE para asignar los activos al establecimiento permanente.....	241
3.4. Activos tangibles: Valoración de los criterios propuestos en el Informe OCDE 2010.....	244
3.5. Activos Intangibles: Valoración de los criterios propuestos en el Informe OCDE 2010.....	247
3.5.1. Activos intangibles comerciales o mercantiles.....	249
3.5.2. Activos intangibles de comercialización o de mercadotecnia.....	252
3.6. Conclusiones.	253
4. IMPUTACIÓN DE RIESGOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.....	256
4.1. Indicación explícita del artículo 7.2 MCOCDE 2010.	256
4.1.1. Distinción entre riesgos operativos y financieros.....	258

4.2.	Crítica a la metodología del Criterio Autorizado de la OCDE en materia de asignación de riesgos al EP.	261
4.2.1.	El riesgo no sólo depende de las funciones humanas sustantivas.	261
4.2.2.	La asunción del riesgo es separable de las funciones.	263
4.3.	Conclusiones.	264
5.	ASIGNACIÓN DE CAPITAL AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.	266
5.1.	Conceptualización del capital libre.	266
5.1.1.	El capital libre es innecesario e inadecuado.	267
5.1.2.	El capital libre no está en consonancia con la ficción del EP.	268
5.2.	Problemas derivados de la diversidad de métodos propuestos en el Informe OCDE 2010.	271
5.3.	Excepción en la asignación del capital a los EPs de bancos.	274
5.4.	Conclusiones.	276
6.	ASUNCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS DIRECTRICES DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA PARA VALORAR LAS OPERACIONES INTERNAS.	278
7.	CONCLUSIONES DEL TERCER CAPÍTULO.	278

FINAL CONCLUSIONS.

BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS.

INTRODUCTION.

1. GENERAL APPROACH.

The allocation of income and expenses to the permanent establishment is one of the main issues in the context of international taxation. The transition of domestic companies into multinationals, as well as the phenomenon of economic globalization¹, have pushed the expansion of business activities of a company beyond the borders of its State of residence. Thus, the permanent establishment, as a link between the State of the source and business profits to be attributed to that part of the company, allows the State where it is located to subject them into taxation if it is contemplated by its internal and agreed rules.

The acceptance of this legal figure in international tax law has taken place for more than a century. However, the imputation of business profits derived from their participation in the economic life of a State entails controversial relations. The complexity of how the source State is able to demand and claim taxation on the benefit derived from a settled, stable and transcendent business activity in its territory does not result solely from the difficulty of clarifying the assumptions in which the foreign entity is acting through a permanent establishment, but also its substantive regime. That is, of the determination of the income that the State of the source can subject to tax.

The topicality of this issue is due to a doubtful effectiveness of the international consensus reached regarding the guiding criteria that governs the imputation of benefits to the said legal institute.

Although this issue has been the object of study for decades by different International Organizations, which have published many documents and have put forward a plethora of proposals, the internal regulations of the States have not reached a harmonized practice. There are differences in the Model Conventions and their different versions, and this leads to a number economic, legal and tax problems.

The first works of the League of Nations already included the legal-tax treatment of the attribution of business benefits to the permanent establishment. From 1920 to 1936, the League of Nations tried to establish the principles that govern the determination of

¹ *OECD 2013 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p.7.

The official document can be found at the following link:

<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

business profits that a company resident in one State obtains through its permanent establishment in another State.

After preparing a cluster of reports within the League of Nations, the separate accounting method was consolidated in line with the theory of separate companies, as the main alternative to determine the benefits corresponding to the permanent establishment that the State where located could subject to tax.

This method started from the assumption of a separate character from the permanent establishment that was the essential element of this methodology, and used accounting or annual accounts as if they were an autonomous and individualized entity from the rest of the business unit to which they legally belong.

Finally, the Reports published by M.B.Carroll² consolidated this method using the Arm's Length Standard (hereinafter, ALS), which entailed the independence clause to assess the dealings carried out between parts of the same company as if they had been made between independent parties.

Notwithstanding, taking into account the legal nature of the permanent establishment, these reports viewed at the possibility of understanding the company as a single entity, taking into account the tax on the part of the total net income of the company (in accordance with the law of the country that applies the tax) related to the relative economic importance of the local establishment. Although the fractional apportionment method, based on a series of distribution factors or coefficients (assets, gross income, number of workers, among others), should only be applied with residual or alternative and exceptional character.

In any case, these first works already showed the existence of different alternatives to achieve the same objective. It was forged thus, a scenario that with the step of the time not only would be varying but that every time was more heterogeneous.

Years later, the OECD³ drafted its first Model Convention setting aside Article 7 to the distribution of taxation rights and legal-tax treatment of business profits. Its wording

² The drafts and reports of the League of Nations are cited in the first chapter of this paper. The source for obtaining the documents of the League of Nations has been the web: "*History of Tax Treaties*" www.taxtreaties.org

³ For more information on the Organization for Economic Cooperation and Development <http://www.oecd.org/>

coincides with that of the later UN Model Convention⁴, remained virtually unchanged until the updated 2010 OECD Model Convention, with the exception of a few minor changes in the 1977 OECDMC.

Following the line of work of the League of Nations, article 7, under the concept "business benefits", conditioned the submission to taxation of the non-resident entity to the fact that the business activities exceeded the minimum threshold required to prove the constitution of the permanent establishment.

Methodologically, the lack of an international agreement is evidenced by the different alternatives that it contemplates to determine the business profits or losses attributable to the permanent establishment. Alternatives that have led to a division in international doctrine regarding the adequacy and viability of both methods⁵.

On the one hand, the second section introduces the separate accounting method in accordance with the criterion of a separate company. For the most part, it transposed the criteria governing the taxation of the permanent establishment proposed by the League of Nations, in such a way that it accepted the theories that up to them were dealing with this practice but restricted the proposed approach; that, while the PE was conceived under the theory of the separate company whose consequence reflected the accounting method, the Arm's Length Standard did not extend beyond the valuation of dealings.

On the other hand, the fourth section, looks at the method of distribution of benefits. An approach that takes as reference the true legal nature of the permanent establishment and is based on the unitary consideration of the company for the attribution and distribution of its returns. Thus, the profits or patrimonial losses that derive from the actions carried out by each of the parties had a direct impact on the rest of the company.

However, the OECD considered that the fact that this wording of Article 7 OECDMC offered different methods and interpretations of the precept to determine the business

⁴ United Nations Model Convention on double taxation between developed and developing countries, can be obtained at the following link:

http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf

⁵Part of the international tax doctrine that defends the indirect method, among others: KOBETSKY (2011). KOBETSKY (2006). AVI-YONAH (2007). CLAUSING, y AVI-YOHAN (2008). On the contrary, among others: VANN (2006). COTTANI (2016).

benefits attributable to the permanent establishment, posed an uncertainty for the both the taxpayer and the tax administrations.

Therefore, in order to achieve an international criterion in this matter, the OECD developed in 1994⁶ and, above all, during the years 2001 to 2010⁷, a set of reports on the attribution of benefits to the permanent establishment.

These reports were prepared in accordance with the Working Hypothesis proposed by this Organization, whose objective was to examine to what extent the scope and extension of the PE as a hypothetically distinct and separate company reached and how the OECD Transfer Pricing Guidelines could be applied by analogy to attribute the benefits to the PE in line with the Arm's Length Standard⁸.

The final result was the writing of a new version of article 7 that was incorporated in the update of the 2010 OECDMC⁹. In its second section, the methodology proposed by this International Organization, entitled Authorized OECD Approach, developed 2010 OECD in the Report on Attribution of Profits to PE.

The confluence of the different versions entails the need to analyze both redactions from a comparative point of view. Well, the new version has not only rejected the indirect method, but in relation to the direct method, no longer part of the fictitious assumption of the permanent establishment assimilated to a separate company, but, in line with the Work Hypothesis proposed by The OECD, as previously stated, assumes a fiction in which this part of the company is considered as an independent company.

If so, the differences between both versions of the direct method would imply that, far from the initial OECD aims, this last version of article 7 OECDMC did not imply an improvement or qualification of the previous one, but on the contrary, it would provoke a greater complexity and confusion regarding the imputation of business benefits to the permanent establishment. In this case, it would result in a scenario characterized by the

⁶ *OECD 1994, Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: No.5.*

⁷ *OECD 2010 Report on Attribution of Profits to Permanent Establishments.*

⁸ *OECD 2001 Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment.*

⁹ *OECD 2010 Model Tax Convention.*

The official document can be found at the following link:

<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2310084e.pdf?expires=1480441938&id=id&accname=ocid177128&checksum=453C830B7216D83F6A11B50607527415>

existence of a dual approach to allocate the profits or losses to the permanent establishment, characterized by a direct method composed of two modalities, depending on whether the double tax convention signed between two States follows the version of article 7 MCODE 1977 until the 2010 OECDMC , or if it is governed by article 7 2010 OECDMC and later.

In sum, the scenario is even more confusing in view of the fact that it involves assessing whether the methodology on the Authorized OECD Approach, proposed in the Report on attribution of profits to the permanent establishment, is, or is not, in keeping with the interpretation that is inferred from the diction of article 7.2 2010 OECDMC . Well, in no case, soft law documents imply an extension of the meaning of the legal precept or an introduction of new concepts.

However, this general approach contextualizes and gives meaning to the object of study of this work.

2. PURPOSE OF THE STUDY.

My hypothesis tries to show that, from the perspective of the direct method, the fiction that assimilates the permanent establishment to a separate company and the fiction that this legal institute considers as an independent company are not synonymous, and this has a direct impact on income and expenses attributed to this part of the company, and therefore in its business profits and losses.

My hypothesis tries to show that the fiction that assimilates the permanent establishment to an independent company is not in accordance with the purpose of article 7 OECD and the objective of this legal institute. In addition, the methodology proposed in accordance with the so-called Authorized OECD Approach is neither in keeping with this fiction nor with the wording and interpretation that is inferred from the latest version of this precept.

However, my hypothesis tries to demonstrate that the assumption of a fiction with respect to the permanent establishment must be limited to the term of separate company, since the term independent company is another different fiction that is not in accordance with the interpretation that is inferred from the diction of the Article 7 OECDMC and the purpose of the PE.

To verify the concurrence of my hypothesis, this paper studies the conventional legal-tax regime of imputation of profit and business losses to the permanent establishment stipulated in the direct method of the different versions of article 7 OECD. Analyze their similarities and differences with the intention to show the equivalence or distinction of them to assess the adequacy and viability of each of them. For this, this analysis also judges the consonance of the interpretation that is inferred from each of these precepts with the Commentaries of the OECD Model Convention and other soft law documents of the OECD.

It is advisable to make some clarifications of a purely formal nature. This work makes successive references to the different versions of Article 7 of the OECD Model Convention. In order to simplify and not explain in each and every one of the references that the previous version of the article is presented from the OECDMC 1977 to the 2010 OECDMC , the work refers to "article 7 1977 OECD". Similarly, when the work refers to the new wording of article 7, present from the 2010 OECDMC to the present, the work refers to "article 7 2010 OECD".

This general idea, gives meaning to the approach of my hypothesis. The confluence of multiple methods and modalities on how to determine the business profits or losses attributable to the permanent establishment, which are the product of a failed process that tried to make the last one happen completely and definitively to the previous ones, have caused a scenario opposed to any uniformity or homogenization.

Far clarifying, qualifying or improving it, this practice is increasingly complex and confusing, and therefore, implies greater uncertainty for both the taxpayer and the tax administrations of the States.

From the perspective of the direct method, the alternatives and choosing one modality over another to determine the business profits or losses attributable to the permanent establishment derives in a dual approach. This, characterized by the possibility that divergent results are achieved in the face of identical situations, far from assuming a scenario with a consensus approach at international level, entails a heterogeneous practice that generates conflicts of economic and legal-tax nature.

In addition to the Commentaries of the Model Conventions, the multiple soft law documents, prepared by the OECD, makes way to an interpretation of the wording of the

precept, and develop a methodology for each of the methods whose application is, at least, questionable.

Therefore, in accordance with my hypothesis, composed of other questions of various kinds, this work tries to clarify the adequacy and viability of the criteria established in the different versions of the direct method to assign the income and expenses to the permanent establishment.

In accordance with the objective that constitutes the rationale of the permanent establishment and the purpose of article 7 OECD, this thesis analyzes in detail the different versions of the method and assesses its adequacy and viability from a legal-tax perspective.

However, by way of a conclusion, it proposes a set of general considerations derived from the study with the intention of establishing an international consensus regarding the conventional legal-tax regime of imputation of profits or business losses to the permanent establishment.

The conclusions do not accept the proposal of any method and methodology to assign the income and expenses to the permanent establishment, but, according to the objective of this legal institute and the purpose of article 7 of the Model Convention, the fictions characteristic of the direct method remain delimited and restricted.

According to the explanations related to the object of study, this work is concerned with studying, reasoning and responding to the questions that arise along the lines of my hypothesis. So, in order not to deviate from the purpose of the investigation, we consider it convenient to restrict the subject of study. From the perspective of the negative delimitation, below we reason why certain concepts are not treated in detail in this work.

First, the proposed research is carried out from the perspective of the articles of the OECD Model Convention, taking into account its Commentaries and its different versions. Any reference to an agreement to avoid international double taxation signed between two Contracting States is understood as if it presented a wording of its articles identical to that of the OECD Model Convention, regardless of whether we refer to one version or another.

Second, the investigation is based on a double assumption. On the one hand, it assumes the appropriate application of the Arm's Length Standard to assess the dealings carried out between the permanent establishment and another part of the company. On the other

hand, it accepts that the so-called OECD Transfer Pricing Guidelines reflect the at Arm's Length Standard and establish a set of applicable guidelines to corroborate the satisfactory application of the Arm's Length Standard.

Third, in the view of the problems detected that make up the approach that gives meaning to this study, my hypothesis is formulated according to a general concept of the permanent establishment, and not based on a specific character or typology of it. The research approach does not require the study of a specific type of permanent establishment to argue legally and try to prove my hypothesis.

3. METHOD OF THE STUDY AND SOURCES.

The method used in this work is conditioned by the hypothesis and perspective from which the object of the study has been addressed. The work is reserved to the scope of the double tax conventions, and therefore, is part of international tax law.

At a normative level, this study is limited to conventional regulations, for this, part of the assumption that the articles of the double tax conventions, signed between jurisdictions, is identical to the OECDMC, regardless of the version to which it refers.

The soft law documents also represent an important weight in this work. Its contents are questioned from the perspective of a legal interpretation that arise from an applicable standard, in order to analyze whether its content is, or not, in line with it and assess the capacity of its proposals from the point of view legal.

When it comes to soft law, we talk about the Commentaries to the OECDMC, the Reports of the OECD about attribution of benefits to the permanent establishment and some of the reports that result from the Action Plan on BEPS.

In addition to these primary sources used in the elaboration of this thesis, we must also include the case law of both Spanish and foreign Courts, including the Cases of the Court of Justice of the European Union. This work did not select a group of countries but, rather, the judgments have been included in order to refer to the issues that are of interest here. In this sense also refers to the Spanish and foreign administrative doctrine.

The development of this thesis has also required the use of materials from secondary sources. The analysis of the scientific works produced by the Spanish and international

doctrine has been a fundamental element for the construction of this investigation. Study and analysis of a multitude of scientific works whose date of elaboration is comprised in a period of time of more than a century has been an essential pillar for the development of this research work. Likewise, newsletters of international firms focused on tax law and official documents of supranational organizations have also been useful.

In the work of compiling this bibliographical collection, which we expose in detail in the section "Bibliography", it has been essential to use the resources provided by Institutions, R & D Centers and Universities in which I have worked and have carried during research stays in, namely, the Legal Research Institute of the National Autonomous University of Mexico (Mexico City, Mexico), the Institute of Fiscal Studies (Madrid, Spain), the International Bureau of Tax Documentation (Amsterdam, The Netherlands), the University of València (Valencia, Spain) and the Carlos III University of Madrid (Madrid, Spain).

Finally, with regard to the way of citation, this thesis has used the Harvard-APA model. The citation of the doctrinal works in a footnote refers to the author's surname and the year of the work, in addition to the page number relevant to the effect. The reader also has a bibliographic list at the end of the work in which you can find the reference of the complete work.

Citations of jurisprudence in footnotes are carried out by indicating the name of the party litigating in front of the administration, the name of the Court, if appropriate in parentheses its translation into Spanish, the name of the country of the Court and the year of the decision.

4. STRUCTURE OF THE STUDY.

In accordance with the delimitation of the object of study, the structure of this work is divided in three parts.

The first part justifies this work by exposing the problems that characterize the conventional tax-legal regime of the allocation of income and expenses to the permanent establishment.

As a result of the rule of distribution of the taxation right over business benefits stipulated in the first section of article 7 of the Model Convention, it analyzes the normative

relationship between the concept of permanent establishment, regulated in article 5 OECDMC, and the stipulated methods in article 7 OECDMC so that the State of the resident of the entity and the State where said part of the company is located determine the business profits or losses attributable to it.

After the assumption of a concept of permanent establishment, from the perspective of the distribution of the tax authority, it concludes that in view of the need to attribute returns to it, it is preferable, as indicated by the OECD, to conceptualize the permanent establishment as a functionally separate entity, instead of adopting the relevant economic activity approach. In this sense, it also concludes against the opinion of the UN, denying the force-of-attraction clause due to the necessary economic linkage that must exist between said legal institute and the assigned business income.

The distribution clause of the tax authority gives meaning to the legal figure of the permanent establishment but does not stipulate the methods that quantify the business profits or losses of the same. To this end, the study goes back to the work of the League of Nations and, in response to this historical reference, demonstrates the residual or alternative nature of the indirect method, over the direct method. In reference to these first works, it addresses the separate accounting method, based on the separate company theory and the Arm's Length Standard, which were subsequently consolidated in the OECD and UN Model Conventions.

After explaining that the object of study is not about the indirect method or the distribution of benefits, this part of the work focuses on analyzing the governing criteria that governs the allocation of income and expenses of the direct method, stipulated in the second and third sections of Article 7 of the OECDMC 1977.

Readings on this methodology analyze two fictions, the first being the assimilation of the permanent establishment to a separate company, and the second the application of the approach of full competence in the valuation of dealings between the permanent establishment and other parts of the company.

This part of the work exposes the first conclusions on the legal-tax implications derived from both fictions, although it is in the next chapter that the similarities and differences between both versions of Article 7 of the Model are analyzed in detail, under a comparative analysis of conventions.

However, taking into account that the previous version of the precept was present from the first OECD Model Convention until its update in 2010, these first observations are necessary to assess whether the content of the OECD Reports on attribution of profits to the PE that were developed successively, is or is not in consonance with the interpretation that is inferred from the precept in question.

In 1994, the OECD produced its first report on attribution of profits to the permanent establishment, and its conclusions were introduced in the framework of the Commentaries to the OECD Model Convention. Years later, in the period between 2001 and 2010, the OECD followed the same practice, until it finally concluded proposing the so-called Authorized OECD Approach, which led to a new draft a new version of article 7 in the 2010 OECDMC .

This part of the study, divided into four stages, concludes that the content of these non-binding documents is not consistent with the interpretation that is inferred from the wording of the previous version of article 7.2 OECDMC, governed by the separate accounting method and the criteria of the separate company and the Arm's Length Standard. It shows that these reports imply an interpretation of the precept agreed upon by assuming an accumulation of fictions that do not emanate from the meaning of the same. It does not accept the overreaching of the terms that coin the fiction of the permanent establishment and shows that it increases the problems in this matter. Therefore, it exposes the problem involved in hardening soft law and the need to limit itself to the legal interpretations that derive from the norm.

The second part of this research work consists of a comparative study between both articles of article 7 of the OECD Model Convention. The purpose is to try to show that the similarities and differences between both versions, and above all, try to expose that the new version of the direct method, stipulated in the second section of that precept, implies a new approach of imputation of business returns to the permanent establishment.

From a general analysis of both versions reveals the rejection of the indirect method by the last draft. This novelty seems to be aligned with the purpose that motivates the working hypothesis of the OECD, but the fact is that the attempt of this Organization to reach an international consensus in this practice has been frustrated, and this is demonstrated in view of the new version of the direct method, which despite being the same method is a new modality.

The methodology of the so-called Authorized OECD Approach, developed in the 2010 OECD Report on attribution of profits to the permanent establishment, also rests on the assumption of two fictions. In line with this report, the Commentaries of article 7.2 2010 OECDMC incorporate the process that composes these two fictions, however this part concludes that these should not be taken into account insofar as they overflow the meaning of the precept from the legal perspective.

Although, the detailed analysis of the relationship between the writing of the article and the content of soft law documents is reserved to the next chapter.

Regarding the comparative analysis of both direct method writing, this part of the work assesses the adequacy and viability of each of the modalities. Bearing in mind that the purpose of article 7 OECDMC is to distribute the taxation right between the State of residence of the entity and the State where the permanent establishment is located, establishes a set of guidelines to assign income and expenses to that part of the company.

Under these premises, distinguishes the fiction stipulated by the version of the 1977 OECDMC that assimilates the permanent establishment to a separate and separate company and the version of the 2010 OECDMC that considers that this part of the company should be assimilated to an independent company.

From a theoretical perspective, it tries to demonstrate that the context of the permanent establishment considered as a separate company implies an independence restricted to the tax sphere, while the fiction that assimilates the PE as an independent company is of an absolute nature and implies an absolute extension.

Thus, it concludes that in the context of the first fiction the internal relations between two parts of the company are distinguished, which must be valued at cost prices, of the dealings, which are valued at Arm's Length prices. While the second fiction any relationship between the PE and another part of the company should be considered as an dealing whose valuation must meet the Arm's Length Standard.

From the practical point of view, it tries to show that these distinctions have a direct impact on the determination of the business profits or losses of the permanent establishment. This is justified through an analysis of dealings and transnational transactions. It shows that while under the PE's fiction as a separate company only the functions performed by the PE are rewarded at Arm's Length prices, the fiction derived

from assimilating the PE to an independent company implies the creation of new and successive fictions that assimilate said part of the company as lessor and lessee or seller and buyer of assets, or even as a lender and borrower of economic funds, and all of them must be valued in compliance with the Arm's Length Standard.

On a uniform basis, this analysis of dealings and transnational transactions has followed the following system of graphic representation:

-  Head Office of a Permanent Establishment.
-  Permanent Establishment assimilated to a different and separate company.
-  Permanent Establishment assimilated to a different and independent company.
-  Company resident in a State.
-  Delivery of a good or service provision.
-  Payment for the delivery of a good or provision of service.

This part of the work, concludes by exposing the multiple problems that arise from the fact that in the same operation or scenario the final result is divergent in attention to the fiction assumed with respect to the permanent establishment. He concludes that, far from the harmonizing intention that justified the OECD Working Hypothesis, the Authorized OECD Approach has provided a new modality to determine the business profits or losses of the permanent establishment.

Taking into account the ideas and arguments that justify the answers to the questions addressed so far, the third chapter of this study deals with the Authorized OECD Approach proposed by the International Organization and the wording of Article 7 of the Model Convention 2010. This part analyzes and assesses the adequacy and feasibility of the methodology proposed in the OECD Report on attribution of profits to the permanent establishment with respect to the interpretation that is inferred from the direct method stipulated in article 7.2 2010 OECDMC .

In addition to the above considerations regarding the process based on two fictions, this part of the work assumes the second phase of the same regarding the application of the criterion at Arm's Length in the assessment of dealings, and focuses on assessing whether the functional analysis and factual proposed by the OECD is, or not, applicable from the

perspective of the wording of article 7.2 2010 OECDMC , and whether it is consistent, or not, with the extension of the permanent establishment that implies the assumed fiction.

The functional and factual analysis proposed by the OECD takes as a reference element the so-called substantive human functions, which respond to functions of a certain nature and do not take into account all the functions performed by the permanent establishment, even though the The wording of the precept refers to the << ... functions developed...>>.

This first consideration allows us to conclude that the approach adopted by the OECD is arbitrary and / or agreed, or at least, is not in keeping with the meaning that emanates from the assumed fiction with respect to that part of the company.

In line with the functions of this kind, the OECD methodology stipulates the need to take into account the assets used by the OECD, and omitting completely the legal-tax nature of the PE and the objective of this legal figure is to assimilate it. to an independent company. However, this chapter concludes that, in addition to the fact that the wording of the precept refers to << ... assets used ... >>, this proposal is not in line with the criterion of an independent company because it is not capable of stipulating a mechanism for cover the different alternatives, and also creates new fictitious scenarios exceeding the purpose of article 7 OECDMC that is limited to the tax area, and in no case expands to the legal context.

It also analyzes the risks assumed by the PE and concludes that according to the wording of the article in question, << ... assumed risks ... >>, the methodology proposed by the OECD is inaccurate because these functions are not the only ones that assume risks and, in addition, these can even be disconnected from the function.

This chapter concludes by stating that the aforementioned non-binding document is exceeded by requiring the allocation of free capital in favor of the permanent establishment.

It explains that this element is not inferred from the legal interpretation of the precept and that the purpose of the permanent establishment, restricted to the tax area, does not require this element. In addition, it explains that this concept is unknown to the legal field and that, in any case, from the fiction of absolute independence in any case the capital would be considered as a free.

CAPÍTULO 1

ANÁLISIS DE LA HIPÓTESIS DE TRABAJO DE LA OCDE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE 1977.

1. EL PROBLEMA DE LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS EMPRESARIALES AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

Cada vez son más las empresas de orden doméstico que se convierten en multinacionales¹⁰ mediante la expansión de su negocio y el desarrollo de sus actividades empresariales en el extranjero¹¹.

La realización de estas operaciones internacionales se llevan a cabo de dos modos: como un negocio directo –*direct business*–, cuando las actividades no implican un alto de grado de conexión con el Estado de la fuente, por ello no tiene derecho a gravar los beneficios¹²; o mediante una inversión directa de actividades –*direct business activities*–, cuando la empresa constituye en dicho Estado una entidad filial o subsidiaria¹³, o existe un nexo con el territorio de la inversión¹⁴ que da lugar a un establecimiento permanente (en adelante, EP).

Ambas figuras legales, son formas jurídicas diferentes al servicio y elección de las empresas multinacionales¹⁵ que permiten que una entidad pueda invertir en otra jurisdicción¹⁶, pero no por ello deben ser equiparadas¹⁷. La entidad subsidiaria es una persona jurídica distinta e independiente, mientras que el establecimiento permanente

¹⁰OECD 2013 *Addressing Base Erosion and Profit Shifting. OECD 2013 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.

¹¹ LEVOUCHKINA (2003), p.15.

¹² SASSEVILLE; VANN (2014), p.3. Contra BRAUNER (2015a).

¹³ VANN (2010a), p.316.

¹⁴ SKAAR (1991), p.539. ENDRES; SPENGEL (2015), p.281; SASSEVILLE; VANN (2014), p.3.

¹⁵ En el contexto de la Unión Europea y las Libertades Fundamentales el profesor SHÖN (2001), pp. 339-364 expone detalladamente y con un muy alto nivel técnico la evolución de la libertad de establecimiento en el contexto de las inversiones transfronterizas en la Unión Europea. El autor comienza analizando el Caso *Avoir Fiscal*, asunto 270/83, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, discusión respecto a la libertad de elección de forma de establecimiento en las operaciones transfronterizas. A este le siguieron otros Casos entre los que se destaca: caso *Saint Gobain*, asunto C-307/97 TJUE, caso *Commerzbank*, asunto C-330/91 TJUE; *Futura Participations Singer*, asunto C-250/95 TJUE; *The Royal Bank of Scotland* asunto C-311/97 TJUE, entre muchos otros.

¹⁶ SKAAR (1991), p.539.

¹⁷ BURGERS (2009), pp.51-76; YONG, S.Y. (2012), p.424.

forma parte integrante del inversor extranjero¹⁸. La distinción entre la figura del EP y la entidad subsidiaria o filial resulta evidente¹⁹, de modo que es coherente que la atribución de beneficios a estas figuras legales no asume un tratamiento neutro²⁰. Ambas figuras no son sinónimos, por lo que, no es de extrañar que incluso ante situaciones similares sus resultados sean distintos²¹.

El establecimiento permanente, con más de un siglo de historia²², es uno de los elementos relevantes, en los convenios para evitar la doble imposición, para demostrar la presencia de una empresa en la vida económica de un Estado²³. Sin embargo, este instituto jurídico presenta un problema doble; primero, su constitución está a expensas de que la empresa no residente, que realiza negocios en otro territorio, supere el umbral mínimo establecido por la norma convenida e interna²⁴. Segundo, hay que atribuirle los ingresos y gastos que constituyen su base imponible.

¹⁸ WALTRICH, A (2016), p.1.

¹⁹ En relación a la diferencia entre la empresa subsidiaria o filial y el establecimiento permanente, sin querer analizar al detalle este punto a fin de no extralimitarnos en el objeto de este apartado simplemente llamamos la atención al debate que ha surgido respecto a la consideración de entidades filiales como establecimientos permanentes. Esta polémica reside en las Administraciones tributarias de los Estados y elevadas al nivel de los Tribunales ha suscitado mucha polémica tanto en el ámbito nacional como internacional de la jurisprudencia y la doctrina. Desde la perspectiva administrativa y jurisprudencial nacional destacamos, entre otros: SAN 9 febrero 2011, caso *Borax* (2011, Audiencia Nacional, España); STS 12 marzo 2012 caso *Roche Vitamins Europe* (2012, Tribunal Supremo, España); TEAC 15 marzo 2012, caso *Dell* (2012, Tribunal Económico Administrativo Central, España).

Desde el punto de vista de la práctica administrativa y jurisprudencia internacional destacamos: *Zimmer* (2010, Tribunal Supremo, Francia); *Dell Noruega* (2012, Tribunal Supremo, Noruega); *Boston Scientific* (2012, Tribunal supremo, Italia).

Asimismo, varios son los autores que ha escrito sobre este debate, y los problemas que suscita, algunos de los autores de la doctrina española son: GARCÍA PRATS (1996); MARTÍN JIMÉNEZ (2016), pp.458-473; CARMONA FERNÁNDEZ (2012), pp.39-57. Entre los autores de la doctrina internacional están: SCHOUERI (2011), pp.69-74; LE GALL (2007), pp.179-213.

²⁰ BURGERS (2009), p. 72.

²¹ YUAN YONG (2012), p. 424. MALHERBE; DAENEN (2010), p.361.

²² CARMONA FERNÁNDEZ (2013), p.1; SERRANO ANTÓN (2010a), p.181; SKAAR (1991), p.72.

²³ ARNOLD (2014), p.3. CALDERÓN CARRERO (2015), p.139. VOGEL (2012), p.363

²⁴ BETTEN; NAOU (2016), p.43. SCHOUERI; GÜNTHER (2011), p.74 analizan 4 casos: *Société Zimmer Limited v. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* (2010, Tribunal Supremo, Francia); *Roll Royce Plc v. Deputy Director of Income Tax* (2007, Tribunal de Apelación de Delhi, India); *Philp Morris* (2002, Tribunal Supremo, India); *InverWorld Inc et. Al. v. Commissioner, T.C.* (1997, Tribunal Fiscal, Estados Unidos).

En el plano internacional, ambas cuestiones no sólo han sido objeto de resoluciones de las Administraciones tributarias²⁵ y sentencias de los Tribunales²⁶, sino también de elaboración de informes por parte de Organizaciones Internacionales²⁷, es especial, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), también conocida por su término en inglés *Organization for Economic Co-operation and Development* (en adelante, OECD) El problema no queda restringido a la delimitación de los supuestos en los que la entidad extranjera está actuando a través de un establecimiento permanente²⁸ sino también se extiende a su régimen sustantivo, esto es la determinación de la renta que el Estado de la fuente puede someter a tributación²⁹.

Sin perjuicio de las controversias que suscita la superación del umbral mínimo para acreditar la presencia de un EP, este trabajo asume como punto de partida la existencia de un establecimiento permanente derivado del conjunto de circunstancias que denotan la presencia de una actividad sustancial³⁰, y se centra en el estudio de las reglas de atribución de beneficios o pérdidas empresariales³¹.

El problema se suscita como consecuencia de la ausencia de pautas específicas de carácter vinculante, y que ha derivado en la elaboración de numerosos documentos de carácter *soft law*³². En ocasiones, estos documentos proponen interpretaciones de la norma basadas en un conjunto de conceptos de difícil entendimiento y aplicación desde la perspectiva jurídica, o incluso directamente no se infieren de la dicción del precepto. Ello

²⁵ Consultas DGT: V2191-08 y V2192-08 (20 de noviembre de 2008); V1305-09 (3 de junio de 2009); V2454-12 y V2457-12 (17 de noviembre de 2012).

²⁶ Sentencias de Tribunales Españoles: STS 12 enero 2012, caso *Roche Vitamins Europe LTD* (2012, Sentencia Tribunal Supremo, España); SAN 20 mayo 2010, caso *M-Real* (2010, Sentencia Audiencia Nacional, España); STS 20 junio 2016, caso *Dell España* (2016, Sentencia Tribunal Supremo, España); STS 18 junio 2014, caso *Borax Europe* (2014, Sentencia Tribunal Supremo, España). Sentencias de Tribunales extranjeros son: Francia: *Société Zimmer Limited v. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* (2010, Tribunal Supremo, Francia); Dell Noruega (2011, Tribunal Supremo, Noruega); *Boston Scientific* (2012, Sentencia Tribunal Supremo, Italia).

²⁷ DE GOEDE; KAUR; KOSTER, B (2012), p.313.

²⁸ SCHOUERI; GÜNTHER (2011), p.69.

²⁹ CALDERÓN CARRERO (2015), p.139.

³⁰ CARMONA FERNÁNDEZ (2012), p.40.

³¹ GARCÍA-OLIAS JIMÉNEZ (2011), p.232.

³² MAZUELOS BELLIDO (2004), p.1. ZORNOZA PÉREZ (2011), p3. GARCÍA PRATS (2009), p.30 y p.35. DELGADO PACHECO (2010), pp. 420-ss. ALARCÓN GARCÍA (2010), p.278. SERRANO ANTÓN (2010c), p.300. SERRANO ANTÓN (2011). Parcialmente en contra VOGEL; PROKISCH (1993), p.64. SARMIENTO (2006), p.224.

ha provocado que la aplicación correcta de las reglas para calcular los beneficios y pérdidas empresariales del EP sea compleja e incierta para el contribuyente y las Administraciones tributarias de las diversas jurisdicciones.

Este capítulo defiende la idea de que la brevedad de la norma tributaria convencional no es una razón para aceptar cualquier interpretación propuesta por los Comentarios de los Modelos de Convenio (en adelante, MC) u otros textos no vinculantes³³. El objeto de estudio de esta parte del trabajo se contextualiza en el Modelo de Convenio de la OCDE (en adelante, MCOCDE). En concreto, se basa en la redacción del artículo 7 (en adelante, art.7) que permaneció prácticamente inalterada desde el de MCOCDE 1977 hasta el MCOCDE 2010 (en adelante, MCOCDE 1977). Ello significa que el MCOCDE 2010 introdujo una nueva redacción de dicho precepto. Esta fue la segunda y última versión del art.7 MCOCDE.

El primer apartado de este art.7 MCOCDE 1977, establece un reparto de la potestad tributaria de los beneficios empresariales. Este artículo, corolario del art.5 MCOCDE³⁴, habilita al Estado donde se localiza el EP a someter a tributación los beneficios atribuidos al mismo³⁵, como si fuese una empresa doméstica a efectos fiscales³⁶.

El derecho del Estado de la fuente a gravar los beneficios atribuidos al establecimiento permanente dota de sentido a esta figura jurídica³⁷, que actúa como nexo de unión entre esta jurisdicción y los beneficios empresariales que son atribuibles a dicha parte de la empresa³⁸. Así, la determinación de los ingresos y gastos imputables al EP es una cuestión que repercute sobre ambas jurisdicciones, aunque de forma distinta: el Estado de la residencia de la entidad y el Estado de la fuente donde se localiza el EP.

La determinación de los beneficios o pérdidas empresariales del EP es una cuestión compleja³⁹. Este problema, de índole jurídico-tributario, no sólo reside en la existencia de distintos métodos para determinar los beneficios o pérdidas empresariales atribuibles al

³³ FALCÓN Y TELLA; PULIDO GUERRA (2010), p.20. PIJL (2006b), p.219.

³⁴ VOGEL (2012), p.360. CALDERÓN CARRERO (2015), p.139.

³⁵ LANG (2002), p.17.

³⁶ SOKOLOV (2011), p.5. Contra VOGEL (2012), p.360.

³⁷ REIMER (2015a), p.330.

³⁸ REIMER (2015b), p.501.

³⁹ BENNET; RUSSO (2007), p.279. IFA (2006).

EP, sino también en la falta de una interpretación unánime de los criterios que rigen cada uno de los métodos.

En este sentido, este capítulo toma como punto de partida el método de contabilidad y empresa separada para determinar los beneficios atribuibles al EP, regulado en el apartado segundo del art.7 MCOCDE 1977. Esta parte del trabajo delimita los criterios rectores de este método, con la finalidad de aceptar o rechazar la metodología e interpretación propuesta en los documentos *soft law*⁴⁰ de la OCDE. En concreto, cuestiona si los Comentarios del art.7 de los MCOCDE (en adelante CMCOE) desde el 1977 hasta 2010 y los borradores e informes de la OCDE de atribución de beneficios empresariales al EP (en adelante borrador o informe OCDE) desde 1994 hasta 2008, están, o no, en consonancia con la interpretación que se infiere del precepto.

Tras la publicación del informe OCDE 1994 en esta materia, en 2001, la OCDE formuló la denominada Hipótesis de Trabajo, también conocida por su término en inglés *Working Hypothesis* (en adelante, HT), con la finalidad de establecer una metodología para determinar los ingresos y gastos al EP, que finalmente denominó como Criterio Autorizado de la OCDE, conocido por su término inglés como *Authorized OCDE Approach* (en adelante, AOA). Al hilo de la HT OCDE, esta Organización redactó una serie de borradores e informes que propusieron una nueva metodología para atribuir los beneficios a dicha parte de la empresa. Finalmente, la OCDE publicó el último de estos informes en 2010, y junto a éste, incorporó una nueva redacción del artículo 7 en el MCOCDE 2010.

Durante este periodo de tiempo, la OCDE introdujo en los Comentarios de las distintas actualizaciones del MCOCDE las propuestas formuladas en estos borradores e informes. Hasta el punto en que los Comentarios del MCOCDE 2008 se remitían por completo a la metodología del AOA desarrollada en el informe de atribución de beneficios al EP 2008.

La cuestión que se analiza en este capítulo es si desde el punto de vista de la redacción del art.7 MCOCDE 1977, en atención al método de contabilidad y empresa separada, la metodología propuesta por el AOA es aplicable. O si por el contrario, las pautas establecidas en los Informes de la OCDE, elaborados al hilo de la HT propuesta por esta

⁴⁰ Parte de la doctrina tributaria española utiliza de manera similar el término en español “derecho en agraz”: SERRANO ANTÓN (2010c), p.300. GARCÍA PRATS (2009), p.106. PEDROSA LOPEZ (2015a), p.704. VEGA GARCÍA (2014), p.158.

Organización, no están en consonancia con la interpretación que se infiere de la dicción del art.7.2 MCOCDE 1977.

En este caso, no sería extraño concluir afirmando que el planteamiento de la HT OCDE y la intención de aplicar una nueva metodología ha incrementado los problemas en esta materia entre contribuyentes y Administraciones tributarias. Puesto que, hasta la propia OCDE consideró que la redacción del art.7 MCOCDE 1977 suscitaba múltiples dudas y cuestiones sobre su compatibilidad, y por ello propuso la redacción de la nueva versión del art.7⁴¹.

2. INTERPRETACIÓN DE LA REGLA DEL ARTÍCULO 7.1 MCOCDE.

El art.7 MCOCDE contiene un conjunto de reglas materiales de tributación que conforman la imposición del EP conforme a los beneficios empresariales que le resultan atribuibles⁴². Estas reglas tienen sentido gracias a la cláusula general que dicho precepto establece a fin de repartir la potestad tributaria de los beneficios empresariales entre las jurisdicciones contratantes.

Esta cláusula general, establecida en el apartado primero del art.7 MCOCDE⁴³ ha permanecido prácticamente inalterada desde el primer MCOCDE⁴⁴. Considerada por parte de la doctrina como un principio a nivel de Tratado para asignar los beneficios de una entidad multinacional cuando actúa por medio de un EP⁴⁵, permite a la jurisdicción

⁴¹ BAKER; COLLIER (2006), p.31 distinguen ambas versiones como “Old Thinking” y “New Thinking”.

⁴² KOBETSKY (2011), p.431.

Redacción actual del art. 7.1 MCOCDE:

*“Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado.”*⁴³

⁴⁴ El único cambio fue el que introdujo el MCOCDE 2010 “... de conformidad con las disposiciones del apartado 2...”, para referirse al método directo para calcular los beneficios atribuibles al EP. BENNETT; RUSSO (2009), pp.74-75.

⁴⁵ KOBETSKY (2006), p.411.

donde se localiza el EP someter a tributación los beneficios empresariales atribuidos al mismo⁴⁶.

En atención a la dicción del precepto, entendemos que este apartado contiene dos grandes principios relativos a la tributación de la renta empresarial transnacional. Por un lado, establece la regla convencional consistente en que una empresa residente en un Estado contratante no será sometida a imposición en el otro Estado, a menos que lleve a cabo actividades empresariales en el territorio de ese segundo Estado a través de esta figura legal. Por otro lado, indica una limitación al poder tributario del Estado de la fuente al limitar la tributación del EP a los beneficios imputables al mismo⁴⁷.

El Estado donde se localiza el EP sólo ostenta el derecho a gravar los beneficios localmente obtenidos por empresas extranjeras mediante un establecimiento permanente⁴⁸, y no cualesquiera otros beneficios que la empresa perciba en ese otro país pero que no le son atribuibles al establecimiento permanente⁴⁹.

De modo que, desde la perspectiva del método directo, regulado en el apartado segundo de este precepto, y ante este reparto de la potestad tributaria se suscita la cuestión sobre cuáles son los beneficios empresariales atribuibles al EP. Lo cual implica, primero, delimitar la extensión y alcance del establecimiento permanente. Segundo, concretar el concepto de “beneficio empresarial”.

El problema surge cuando existen discordancias sobre estos conceptos entre el contribuyente y las legislaciones de los Estados contratantes, ya que estas discrepancias en la interpretación de los términos pueden generar situaciones de doble imposición derivadas de atribuciones asimétricas de beneficios empresariales al EP, por parte de ambas normativas⁵⁰.

La carencia de un criterio interpretativo unánime del artículo 7.1 MCOCDE se pone de manifiesto mediante los distintos enfoques de la concepción del EP y los beneficios empresariales atribuibles al mismo. En este sentido, la doctrina internacional distingue entre el enfoque de empresa funcionalmente separada *-functional separate entity*

⁴⁶ LANG (2002), p.17.

⁴⁷ CALDERÓN CARRERO (2015), p.239. KOBETSKY (2006), p.415.

⁴⁸ CMOCDE10 art.7 par.12; CMOCDE08 art 7, par. 10; CMOCDE10 art. 7, par 5.

⁴⁹ GALERA PITA (2013), p.25.

⁵⁰ KOBETSKY (2006), p.415.

*approach*⁵¹ y el enfoque de actividad de negocio relevante *–relevant business activity approach*⁵².

La concepción del EP influye directamente en la determinación de los beneficios atribuibles al mismo. La determinación de un consenso internacional, de acuerdo con la finalidad del art. 7 MCOCDE y el objetivo del EP, es conveniente porque en última instancia, la atribución de unos u otros beneficios empresariales repercute en el gravamen que la entidad no residente debe asumir en el Estado de situación del centro de imputación de rentas.

También debemos practicar una asunción del término “beneficio empresarial” porque el articulado de los Modelos de Convenio ni ofrecen una definición del mismo, ni tampoco establecen unas pautas para determinarlo. Asimismo, la asunción de un concepto de “beneficio empresarial” indirectamente responde a la aceptación o rechazo del principio de fuerza de atracción o *vis atractiva*⁵³.

Ambas cuestiones son abordadas en los siguientes apartados.

2.1. Preferencia del enfoque de entidad funcionalmente separada.

La falta de unas pautas detalladas en el articulado del MCOCDE ha generado diversas interpretaciones en diferentes jurisdicciones respecto a las implicaciones del art. 7.1 MCOCDE. Por contra del enfoque de entidad funcionalmente separada *–functionally separate entity approach*–, considerado por la OCDE como el enfoque tradicional, esta Organización identificó que ciertos países contemplaban una interpretación distinta, el enfoque de actividad económica relevante *–relevant business activity approach*⁵⁴.

Esta distinción se plantea de acuerdo con la cláusula de reparto de la potestad tributaria, estipulada en el apartado primero del art.7 MCOCDE. Sin embargo, esta cuestión se plantea única y exclusivamente en relación con el método directo que considera al EP

⁵¹ MONSENEGO (2015), p.133 “the OECD members have expressed their preference for the functionally separate entity approach over the relevant business activity approach”.

⁵² KOBETSKY (2006); CALDERÓN CARRERO (2015).

⁵³ CMCONU11, art.7, par.4. Contra CMOCDE10 art.7, par. 12. Parte de la doctrina internacional que ha criticado la postura de Naciones Unidas SASSEVILLE; VANN (2014), p.31. GARCÍA PRATS (1996), p.323. MAROTO SÁEZ (2015), p.67.

⁵⁴ SASSEVILLE; VANN (2014), p.62.

como una entidad separada o independiente⁵⁵. Por contra, no se cuestiona respecto del método indirecto porque éste trata al EP como una parte de la empresa en atención a su naturaleza jurídica.

La elección de un enfoque u otro por parte de las Administraciones tributarias no es una cuestión superficial, sino que está en conexión directa con la delimitación conceptual del centro de imputación de rentas y los beneficios de la empresa que se le pueden atribuir. Además, ello influye directamente en la carga impositiva del establecimiento permanente. Las discrepancias en esta materia pueden derivar en situaciones de doble imposición o desimposición, por ello es conveniente alcanzar un consenso internacional respecto a la interpretación del art.7.1 MCOCDE⁵⁶.

La distinción más evidente entre ambos enfoques, principalmente reside en que el enfoque de negocio relevante comprende la entidad en su conjunto y, además, de no atribuir ningún resultado a la empresa (ni al EP) como resultado de sus operaciones internas, es decir de las operaciones realizadas entre el EP y cualquier otra parte de la empresa, los beneficios del EP quedan condicionados por los del resto de la empresa⁵⁷.

Por contra, el enfoque de entidad funcionalmente separada considera al EP como un centro de imputación de rentas separado⁵⁸ cuyo resultado puede ser distinto al del resto de la empresa de la que forma parte. Atribuye los beneficios teniendo en cuenta cada una de las transacciones que realiza el EP, es decir las operaciones que realiza con otras empresas, y las operaciones internas que realiza con la casa central (en adelante, CC) o con otras partes de la propia persona jurídica a la que pertenece⁵⁹.

Éste, considerado como el enfoque tradicional⁶⁰, consiste en un proceso compuesto por cuatro fases: primero, debemos determinar cada una de las partes o unidades de la entidad; segundo, identificamos las transacciones y operaciones internas que realiza dicha parte; tercero, valoramos dichas transacciones y operaciones internas⁶¹; cuarto, cuantificamos

⁵⁵ MCOCDE 1977 o MCOCDE 2010, respectivamente.

⁵⁶ KOBETSKY (2006), p.415.

⁵⁷ KOBETSKY (2006), p.415.

⁵⁸ BECKER (1989), p.12.

⁵⁹ CALDERÓN CARRERO (2015), p.268.

⁶⁰ MONSENEGO (2015), p.133.

⁶¹ KOFLER; VAN THIEL (2011), p.327.

los beneficios o pérdidas empresariales atribuibles al EP que serán sometidos a tributación en el Estado donde se localiza el EP⁶².

El enfoque preferente de la OCDE no limita los beneficios atribuidos al EP en atención a los beneficios obtenidos por la empresa en su totalidad⁶³. En cambio, el criterio de actividad relevante de negocio sólo atribuye beneficios al EP cuando la empresa en su totalidad ha obtenido un resultado positivo, así limita los beneficios atribuidos al EP, que nunca serán superiores a los obtenidos por el total de las funciones realizadas⁶⁴. Este enfoque tiene un parecido similar al método indirecto, que observa la entidad como una misma unidad e identifica los beneficios de la empresa y los distribuye al EP en atención a la actividad que realiza⁶⁵. De modo que si una parte de una empresa realiza una actividad de negocio particular e incurre en pérdidas, estas reducirán los beneficios atribuidos al establecimiento permanente porque las pérdidas reducen los beneficios globales de la entidad⁶⁶.

Por ello, en nuestra opinión, por contra a una parte de la doctrina internacional⁶⁷, pensamos que el enfoque de entidad funcionalmente separada es el más adecuado de acuerdo a la interpretación que se infiere del precepto y al objetivo del EP. Entendemos que el EP debe interpretarse como una parte autónoma y separada de la empresa. Los beneficios o pérdidas empresariales atribuidos al mismo no están condicionados por las actividades empresariales realizadas por el resto de la empresa porque no existe ningún vínculo de conexión con el establecimiento permanente⁶⁸.

2.2. Rechazo de la cláusula de fuerza de atracción.

La aplicación del principio de fuerza de atracción permite al Estado donde se localiza el EP gravar las rentas obtenidas por la empresa no residente en dicho Estado, incluso ante la inexistencia de una conexión de carácter económica de esta renta con el EP⁶⁹. La

⁶² REIMER (2015c), p.163.

⁶³ WALTRICH (2016), p.155.

⁶⁴ SASSEVILLE; VANN (2014), p.63.

⁶⁵ Art.7.4 MCOCDE 1977.

⁶⁶ KOBETSKY (2006), p.415.

⁶⁷ CALDERÓN CARRERO (2015), p.268; KOBETSKY (2006), p.415.

⁶⁸ FAIFERLICK; ODDEN; ACKERMAN (2004), p.2.

⁶⁹ VOGEL (2012), pp. 369-370.

aplicación de esta cláusula puede repercutir en los beneficios atribuidos al EP, y por ende, también en su tributación. Por ello, de acuerdo con la interpretación que emana del art.7.1 MCOCDE y la concepción del EP, debemos valorar su aceptación o rechazo.

El enfoque de la entidad funcionalmente separada rechaza el criterio *vis atractiva* porque prohíbe al Estado de situación el derecho a gravar las rentas obtenidas por la empresa no residente en ese Estado cuando no existe una vinculación con el EP⁷⁰. Este enfoque exige un punto de conexión esa parte de la empresa, y sólo una vez atribuidas al EP, el Estado de situación puede someterlas a gravamen⁷¹. Así, los únicos ingresos y gastos atribuidos al EP serán los que deriven de las operaciones internas realizadas con otras partes de la empresa y de las transacciones llevadas a cabo con otra persona jurídica independiente⁷².

El Modelo de Convenio de la ONU (en adelante, MCONU), acepta la cláusula de fuerza de atracción⁷³ y permite imputar al EP determinados ingresos sin que exista un punto de conexión con el establecimiento permanente⁷⁴. Esta cláusula amplía los límites de imposición del EP en el Estado de la fuente porque permite imputarle determinados ingresos por el mero hecho de que se hayan generado en su territorio, incluso aunque no exista un vínculo más allá del geográfico⁷⁵.

Por contra, el MCOCDE rechaza la aplicación de este principio porque considera imprescindible que exista un vínculo entre las actividades empresariales realizadas por el EP y los ingresos y gastos que le resultan atribuible. Así, el rechazo de la cláusula de

⁷⁰ GARCÍA PRATS (1996), p.307.

⁷¹ CHATURVEDI (2011), p.75-79 el autor analiza esta materia al hilo del caso *TD Securities (USA) LLC v. Her Majesty the Queen* (2010, Tribunal Fiscal, Canadá) y *Linklaters LLP, Uk v. Income Tax Officer* (2010), Tribunal de Apelación de Mumbai, India), concluye que “en cuanto a la atribución de beneficios a PE, el principio a seguir es que si existe un nexo económico entre la oficina central y su sucursal, localizada en otro Estado a través de la cual lleva a cabo el negocio de la matriz en ese otro Estado, las ganancias atribuibles a la sucursal están sujetas a impuestos en el estado en el que se encuentra la sucursal.”

Véase también: *Caso 74/93*(1995), Tribunal federal fiscal, Alemania), el caso versa sobre una entidad estadounidense que tiene un establecimiento permanente en Alemania, el Tribunal afirma que “el interés solo podría gravarse como parte de los beneficios del PE si el reclamo de deuda subyacente estuviera efectivamente relacionado con ese PE [...] En este caso, no fue posible atribuir el interés al establecimiento permanente en razón de la fuerza del principio de atracción.”

⁷² GARCÍA PRATS (1996), p.323; MAROTO SÁEZ (2015), p.67.

⁷³ CMCONU11 art 7 par.4. METHA (2015) p.5.

⁷⁴ ARNOLD (2014), p. 86.

⁷⁵ HIRSCHBÖCK (2003), p.409.

fuerza de atracción está en consonancia con el enfoque de entidad funcional separada⁷⁶. La redacción del art.7.1 es idéntica en ambos Modelos de Convenio, por tanto la interpretación que emana del mismo también debe ser resulta la misma.

Con todo, en la medida en que defendemos que el enfoque de entidad funcionalmente separada está en consonancia con la interpretación que se infiere de dicho precepto, debemos rechazar cualquier interpretación extensiva del precepto que trate de ampliar la atribución de beneficios al EP⁷⁷. Pues de lo contrario, entendemos que esta práctica sería inadecuada porque modificaría la interpretación que emana del precepto.

2.3. Delimitación del término “beneficio empresarial”.

“Beneficio empresarial” es la rúbrica del art.7 MCOCDE, sin embargo, la redacción del precepto ni establece una definición del término, ni estipula una serie de pautas aclaratorias del concepto. Ello nos obliga a delimitar el término de acuerdo a la interpretación que se infiere de este artículo y del resto del articulado del Modelo de Convenio.

El objeto de investigación no se centra en la conceptualización del mismo pero, en la medida en que es uno de los elementos principales del trabajo, debemos delimitar los elementos que componen este término para asumir, al menos, un concepto de “beneficio empresarial”.

⁷⁶ Caso *Xelo Pty. Ltd. v. DDIT*, (2002), Tribunal fiscal de Apelación de Mumbai, India), el Tribunal aplica el principio de limitación de la cláusula de atracción para desestimar la imputación de rentas al establecimiento permanente que una empresa Australia posee en India. Otorgando la razón al contribuyente, en contra de las Autoridades fiscales, desestimó la imputación de rentas al EP derivadas del suministro de una mercancía al extranjero, y por ende las sometió a gravamen.

En este sentido otros casos relevantes son: Caso *Ishikawajma-Harima Industries Ltd. v. DIT* y Caso *Seth Pushalal Mansinghka (P.) Ltd. v. CIT*.

⁷⁷ SAGAR (2017), pp. 180-213 defiende que, a pesar de todo, los propios Estados de la OCDE, actuando en calidad del Estado de la fuente, en ocasiones aplican una interpretación extensiva del precepto a fin de ampliar los beneficios atribuibles al EP. Este autor argumenta sus razonamientos en base a un análisis jurisprudencial basado en los siguientes Casos: *Linklaters LLP v. ITO* (2010, Tribunal de Apelación de Mumbai, India); *Clifford Chance* (2013, Tribunal de Apelación de Mumbai, India); *Airlines Rotables Limited, UK v. Joint Director of Income Tax* (2010, Tribunal de Apelación de Mumbai, India); *Caso Deputy Commissioner of Income Tax v. Roxon OY* (2006, Tribunal de Apelación de Mumbai, India); *SNC Lavalin/Acres Inc. v. ACIT* (2007, Tribunal de Apelación de Delhi); *WNS North America Inc. v. ADIT* (2013, Tribunal de Apelación de Delhi, India).

La delimitación del término “beneficio empresarial” no debe ser desmerecida porque ante la carencia de una definición del concepto pueden generarse situaciones de doble imposición internacional o desimposición derivadas de atribuciones discrepantes entre el contribuyente y las Administraciones tributarias.

De acuerdo con las conclusiones alcanzadas en los apartados anteriores, la interpretación que se infiere del art.7.1 MCOCDE, indirectamente delimita el concepto de “beneficio empresarial” mediante la conceptualización del establecimiento permanente y el rechazo del principio de fuerza de atracción.

El EP queda configurado como una empresa funcionalmente separada a la que sólo se le atribuyen los beneficios empresariales derivados de las actividades económicas que realiza. La elección de este enfoque también condiciona la atribución de los beneficios empresariales al EP, porque exige un vínculo de conexión entre los mismos y las actividades realizadas.

La existencia de un vínculo económico necesario entre el EP y los beneficios empresariales, refuerza el rechazo del principio de fuerza de atracción. Así, se rechaza la atribución al EP de cualquier renta que no esté en conexión con las actividades empresariales realizadas.

Indirectamente, el art.7 MCOCDE también delimita este término desde una perspectiva negativa. El apartado último del precepto, con independencia de su versión⁷⁸, otorga una preferencia a los artículos del MCOCDE que tratan específicamente ciertas categorías de rentas, e indirectamente posiciona a los beneficios empresariales como una categoría general⁷⁹.

⁷⁸ Art.7.7 MCOCDE 1977 y art. 7.4 MCOCDE 2010.

⁷⁹ MCOCDE10 art.7 par.73.

También hay que tener en cuenta las cláusulas contenidas en los artículos 10.4⁸⁰, 11.4⁸¹, 12.3⁸² y 13.2⁸³, las cuales tienen un efecto contrario. Estos apartados, denominados por la doctrina tradicional como “*permanent establishment proviso*”, vinculan directamente ese tipo de rentas con los establecimientos permanentes. Estas cláusulas rechazan la calificación específica que asume este tipo de rentas, en favor de la calificación genérica de rendimientos de la actividad empresarial⁸⁴.

Respecto al resto del articulado del MCOCDE, es coherente observar el apartado primero del artículo 3 MCOCDE porque como su rúbrica indica, “definiciones generales”, detalla una serie de términos.

Este precepto expone unas definiciones, pero la suerte es tal que ninguno de los términos definidos en el apartado primero se corresponde con el “beneficio de la empresa”, siendo lo más próximo los términos “negocio” –*business*– y “empresa” –*enterprise*–.

La letra c) del primer apartado de este artículo simplemente indica que el término “empresa” se aplica al ejercicio de toda actividad o negocio. La letra h) del mismo artículo afirma que la expresión “actividad económica” o el término “negocio” incluyen el

⁸⁰ MCOCDE10 art.10.4.

Caso IR 85/91 (Tribunal Federal Fiscal, Alemania), en el contexto de los dividendos, el Tribunal, en aplicación de esta cláusula, atribuye la renta al establecimiento permanente que la sociedad Suiza posee en Alemania.

⁸¹ MCOCDE10, art. 11.4.

Caso I R 114/97 (1997, Tribunal federal fiscal, Alemania), el caso versa sobre una entidad alemana que tiene un EP en Australia. El Tribunal concluye que en la medida en que el pago está en conexión con el establecimiento permanente resulta imputable al mismo.

En esta línea otros casos: Bundesfinanzhof (Tribunal federal fiscal), 23 octubre 1996, No. I R 10/96, BStBl. II 1997; Bundesfinanzhof (Tribunal federal fiscal), 30 agosto 1995, I R 112/94, BStBl. II 1996.

⁸² MCOCDE10, Art 12.3.

Caso AAR No. 747 (2007, Authority for Advance Rulings, India), en el contexto de los cánones, una entidad Australia, dedicada a la prestación de servicios de energía y recursos naturales. Tras alcanzar unos acuerdos realiza en India un conjunto de actividades que daban lugar a un establecimiento permanente. Así, las Autoridades fiscales establecen que en la renta es imputable a dicho EP, y por ello, y los cánones cobrados por la entidad no residente deben ser imputados al EP en aplicación del artículo en cuestión en concepto de beneficios empresariales obtenidos por el mismo.

En este sentido, otros casos relevantes son: *CIT v. Eli Lily & Co* (India) (P.) Ltd. [(2009) 178 Taxman 505 (SC)]; *DIT v. Morgan Stan I e & Co.* [(2007) 292 ITR 416 (SC)]; *CIT v. Sun Engg. Works (P.) Ltd* [(1992) 198 ITR 227 (SC)]; *Arnit Das v. State of Bihar* (AIR 2000 SC 2264); *Ooechst Pharmaceuticals Ltd. v. state of Bihar* [(1985) 154 ITR 64 (SC)]; *A.H. Wadia v. CIT* [(1949) 17 ITR 63 (FC)].

⁸³ CMOCDE10 art.7, par.74.

⁸⁴ VOGEL (1996), pp. 328. GARCÍA PRATS (1996), p. 315.

ejercicio de servicios profesionales⁸⁵ y la realización de otras actividades de carácter independiente.

Ninguna de las mismas ofrece una definición del término “beneficio empresarial”, sino una simple matización respecto el alcance de las actividades que cubren prácticamente todo lo que se refiera a una ocupación o actividad independiente⁸⁶.

Estos conceptos colaboran mínimamente en la concreción del término en cuestión, aunque en todo caso se centran en los ingresos que obtiene la empresa por medio de la realización de actividades empresariales. Sin embargo, no hacen referencia a los gastos, por tanto no podemos hablar de beneficios o pérdidas empresariales, ya que este término es el resultado de ambos.

Teniendo en cuenta los preceptos analizados, pensamos que al EP se le deben atribuir ingresos y gastos derivados de las actividades empresariales que realiza. El beneficio empresarial no es más que el resultado de ambos elementos cuando los ingresos son mayores que los gastos. Por contra, cuando los ingresos son menores que los gastos el resultado será una pérdida empresarial. Es decir, al EP no sólo se le atribuyen beneficios empresariales, sino que también se le pueden atribuir pérdidas empresariales, pues en última instancia ello depende la cuantía de ingresos y gastos.

Por último, sólo nos queda valorar si las indicaciones precisadas en el apartado segundo del artículo tercero MCOCDE⁸⁷ son necesariamente aplicables, o no.

Ante la ausencia de una definición de un término en el MCOCDE, este apartado otorga preferencia a la interpretación autónoma que se infiera del convenio antes de recurrir a la normativa interna del Estado contratante. Esta preferencia, a favor del texto del MCOCDE nos parece adecuada porque de este modo los Estados contratantes quedarán obligados a aplicar el mismo concepto, evitando así situaciones de doble imposición⁸⁸.

En este sentido, entendemos que la remisión al Derecho interno resulta innecesaria. En caso de que el Derecho doméstico del Estado contratante ofrezca una definición del término en cuestión, sólo habrá que tenerlo en cuenta cuando coincida con el significado

⁸⁵ SASSEVILLE (2012), p. 50. SANCHEZ FERNÁNDEZ (2004), p.21.

⁸⁶ REIMER (2015c), p.145.

⁸⁷ Art. 3.2 MCOCDE 2010.

⁸⁸ RUST (2012), p.106.

inferido del MCOCDE⁸⁹. En situaciones transnacionales, la remisión al Derecho interno queda limitada porque la legislación interna no puede causar una situación donde un tipo de actividad cayese fuera del sistema y retribuyese a actividades meramente por la clasificación de la renta realizada por el Estado en cuestión⁹⁰.

Por consiguiente, la remisión al Derecho interno en búsqueda de una definición del término “beneficio empresarial” debe ser omitida para evitar que ambos Estados contratantes asuman una interpretación divergente de este término. Esta situación podría derivar en una calificación distinta de determinadas rentas que podría llevar a la aplicación de normas de distribución distintas, derivando en situaciones de doble imposición o doble no imposición.

Por contra, parte de la doctrina internacional considera que la interpretación del término “beneficio empresarial” a la luz del Derecho doméstico de los Estados contratantes raramente provoca la aplicación de unas normas de distribución distintas, y en ese caso, el artículo 23 MCOCDE previene la doble imposición internacional⁹¹.

En nuestra opinión, creemos que esta conclusión no es del todo correcta. La calificación efectuada por el Estado de la fuente no vincula al Estado de la residencia, de manera que la doble imposición sólo se eliminaría bajo dos circunstancias: primero, siempre que la calificación y cuantificación de los ingresos y gastos atribuidos al EP realizada por cada Estado coincida. Segundo, cuando a pesar de no coincidir se alcanzase un acuerdo al respecto entre Administraciones tributarias mediante la aplicación de un procedimiento de resolución de conflictos⁹².

En conclusión, con el paso del tiempo la tendencia de la OCDE ha sido la de definir los beneficios empresariales desde la perspectiva de la exclusión⁹³, en lugar de ofrecer una definición cerrada del término o establecer una serie de pautas o factores para su identificación. El articulado del Modelo de Convenio no ofrece una definición del término beneficio empresarial. Los Comentarios al Modelo de Convenio lo consideran innecesario pero, a nuestro entender, ello puede derivar en problemas que podrían

⁸⁹ VAN RAAD (2012), p.64.

⁹⁰ VOGEL (1992), p.313.

⁹¹ RUST (2012), p.103.

⁹² Art.25 MCOCDE 2010.

⁹³ SASSEVILLE; VANN (2014), p.77.

solventarse mediante la introducción de una definición del término en el propio art.7 MCOCDE.

A fin de delimitar el concepto de “beneficio empresarial”, éste no puede ser concebido desde la perspectiva de la legislación interna del Estado contratante, sino que debemos de inferir un significado del articulado del MCOCDE.

Pensamos que este término responde al resultado de los ingresos y gastos atribuibles al EP de acuerdo con las actividades empresariales que realiza. Debiendo existir en todo momento un vínculo económico entre estos elementos y las actividades económicas realizada por dicha parte de la empresa. Por ello, proponemos la incorporación en el art.3.1 del MCOCDE y MCONU de la siguiente definición del término “beneficio empresarial”:

“La determinación del beneficio o pérdida empresarial al establecimiento permanente, con independencia del resto de la empresa de la que forma parte, dependerá de la asignación de ingresos e imputación de gastos al EP, sobre los que deberá de existir un nexo vinculante entre dicha parte de la empresa y las actividades de orden empresarial y económico realizadas por el mismo.”

2.4. Problemas derivados de una delimitación distinta de los beneficios empresariales entre el Estado de la entidad no residente y el Estado de situación del EP.

La razón del establecimiento permanente, no es otra que permitir al Estado donde se localiza, la posibilidad de someter a tributación los beneficios que se le han atribuido⁹⁴. El art.7.1 MCOCDE hace viable el objetivo del EP, estableciendo un reparto de la potestad tributaria cuando una empresa residente en un Estado actúa en otro Estado contratante por medio de un EP. En este caso, permite al Estado donde se localiza el EP la posibilidad de someter a imposición los beneficios empresariales del mismo.

Este reparto de la potestad tributaria puede generar situaciones conflictivas. Esta cláusula permite al Estado donde se localiza el EP someter a tributación los beneficios empresariales atribuidos a dicha parte de la empresa. Sin embargo, el Estado de

⁹⁴ CASTRO (2012), p.130.

residencia, de acuerdo con el criterio de renta mundial⁹⁵, someterá a tributación todos los beneficios empresariales obtenidos por la entidad, lo cual implica que también tendrá en cuenta los beneficios atribuidos al EP.

Esta regla de reparto de la potestad tributaria involucra a ambos Estados, puesto que esta situación no se produciría si el Estado de la residencia simplemente gravase a la empresa en base al criterio de territorialidad, es decir, única y exclusivamente por las rentas obtenidas en el territorio donde se localiza⁹⁶.

Así, para no recaer en situaciones de doble imposición, el Estado de la residencia, de acuerdo con el art.23 MCOCDE, deberá aplicar un método para eliminar la doble imposición internacional que existiría si también gravase los beneficios atribuidos al EP, ya que estos también habrían sido sometidos a tributación en el Estado donde se localiza⁹⁷.

En nuestra opinión, el problema no reside en el hecho de que el Estado de la residencia vea mermada su capacidad recaudatoria, a consecuencia de la obligación de eliminar la doble imposición internacional; sino que, deriva de un posible reconocimiento divergente por parte de ambos Estados de los ingresos y gastos atribuidos al EP⁹⁸. En cuyo caso, puede que ni la aplicación del método estipulado en el artículo 23A MCOCDE⁹⁹ o en el artículo 23B MCOCDE¹⁰⁰ resulte suficiente para eliminar la doble imposición¹⁰¹.

Esta situación no sólo puede deberse a las diferencias en el Derecho interno de cada Estado para calcular la base imponible del EP, sino también, al hecho de que cada jurisdicción conciba de manera distinta los ingresos y gastos que son atribuibles al EP, y por ende el concepto de beneficio empresarial.

En este caso, incluso si el Estado del EP ostentase la potestad tributaria exclusiva para gravar los beneficios empresariales atribuidos a dicha parte de la empresa, podría generarse una doble imposición internacional. Por ello, de acuerdo con nuestra propuesta, sería conveniente que el Modelo de Convenio de la OCDE proporcionase una definición

⁹⁵ ARNOLD (2007), p.322.

⁹⁶ FLEMING; PERONI; SHAY (2010), pp.76-77.

⁹⁷ PINTO (2007), p.277.

⁹⁸ PEREIRA (2009a), p. 288.

⁹⁹ Art. 23A MCOCDE 2010 establece el método de exención.

¹⁰⁰ Art. 23B MCOCDE10 establece el método de crédito fiscal.

¹⁰¹ Contra RUST (2012), p.104.

o conjunto de pautas para determinar las rentas atribuibles al EP¹⁰², ya que, ni el MCOUDE ni los Comentarios proporcionan un conjunto explícito de reglas de fuente en relación a los rendimientos empresariales¹⁰³.

El problema surge cuando, por cualquier causa, existe una atribución asimétrica de ingresos y gastos al EP entre ambos Estados contratantes. Los beneficios empresariales del EP no son determinados única y exclusivamente por el Estado donde se localiza dicha parte de la empresa, sino que el Estado de residencia de la entidad también puede determinarlos. Este Estado tiene la obligación de eliminar la doble imposición relativa a los beneficios empresariales que han sido atribuidos al EP y gravados en el Estado de la fuente. Sin embargo, no tiene la obligación de acatar la cuantía determinada por el primero¹⁰⁴, y por ello, las divergencias en la atribución de los beneficios atribuidos al EP pueden dar lugar a situaciones de doble imposición internacional¹⁰⁵.

En última instancia, la permisibilidad que supone el hecho de que los beneficios de una empresa de un Estado contratante "... puedan someterse a imposición..." en el Estado contratante en el que se localiza el EP puede derivar en una situación conflictiva.

Este problema, surge a consecuencia de una atribución de beneficios o pérdidas empresariales al EP asimétrica por parte de ambos Estados. Lo cual puede producirse bien a nivel metodológico, a raíz de las diferencias en las legislaciones internas, o bien a nivel conceptual, respecto a los ingresos y gastos que resultan imputables al EP. En definitiva, esta situación se debe a una inconexión entre ambos Estados, y ello no implica de *per se* una práctica errónea por parte del contribuyente o de la Administración tributaria (en adelante, AT) del Estado de la fuente o del Estado de la residencia¹⁰⁶, pero sí una diferencia en el significado del término en cuestión.

Por consiguiente, la atribución asimétrica de ingresos y gastos al EP es la principal consecuencia negativa de la regla de reparto de la potestad tributaria compartida. El Estado de la residencia de la entidad debe eliminar la doble imposición derivada de los beneficios empresariales atribuidos al EP, que han sido sometidos a imposición en el

¹⁰² ARNOLD; SASSEVILLE (2003), p.118.

¹⁰³ ARNOLD (2007), p.326.

¹⁰⁴ PEDROSA LÓPEZ (2015a), p.53.

¹⁰⁵ ENGELEN (2004), p.503.

¹⁰⁶ ASATSUMA (2009), p.78.

Estado donde se localiza. Sin embargo, el Estado de la residencia, no está vinculado por la atribución de beneficios practicada por el Estado de la fuente. Ello, puede derivar en atribuciones divergentes de ingresos y gastos al EP, tanto entre el contribuyente con las Administraciones tributarias de ambos Estados, como entre las propias Administraciones tributarias.

Este escenario, caracterizado por la determinación asimétrica de los beneficios atribuidos al EP, derivará en un desajuste de los derechos impositivos¹⁰⁷. Ante esta situación, la única solución es que las Administraciones tributarias hagan uso de los mecanismos establecidos en el MCOCDE de resolución de conflictos¹⁰⁸ para resolver los conflictos que pueden dar lugar a situaciones de doble imposición internacional¹⁰⁹.

Estos mecanismos constituyen un instrumento encaminada a la búsqueda de soluciones jurídicas para las controversias generadas en el marco de los convenios de doble imposición¹¹⁰, así como en el contexto de las transacciones transnacionales entre empresas¹¹¹. La solución alcanzada mediante la aplicación de estos mecanismos resultará vinculante para ambos Estados¹¹². Sin embargo, con ello surge un nuevo problema relativo a la eficacia y eficiencia de dichos mecanismos, aunque en este apartado no debemos abordar esta cuestión.

2.5. Conclusiones.

En atención a los apartados anteriores, esta parte del trabajo ha expuesto las consecuencias derivadas de la aplicación de la regla de reparto de beneficios empresariales, estipulada en el art.7.1 MCOCDE.

Consideramos que la inclusión de una definición precisa del término “beneficio empresarial” disminuiría las controversias y las situaciones asimétricas entre el contribuyente y las Administraciones tributarias, es decir, entre el Estado de residencia de la entidad extranjera y el Estado de situación del EP.

¹⁰⁷ MELICHER (2011), p.222.

¹⁰⁸ Art.25 MCOCDE 2010.

¹⁰⁹ CMCOE08 art 23 par 32.5.

¹¹⁰ RIBES RIBES (2003), p. 376.

¹¹¹ SERRANO ANTÓ (2015), p. 1421.

¹¹² FALCÓN Y TELLA; PULIDO GUERRA (2010), p.192.

Mediante la introducción de una definición armonizaríamos la interpretación que emana del artículo 7.1 MCOCDE, pues el EP sólo podría derivarse teniendo en cuenta el enfoque de entidad funcionalmente separada, atribuyéndole única y exclusivamente los beneficios empresariales derivados de sus actividades empresariales. Asimismo, dicha definición eliminaría las diferencias entre el MCOCDE y MCONU relativas a la aplicación, o no, de la cláusula de fuerza de atracción.

La delimitación precisa de los ingresos y gastos imputables al EP, disminuiría las atribuciones asimétricas entre el contribuyente y las Administraciones tributarias del Estado de residencia y el Estado de la fuente, por ende, también reduciría las situaciones de doble imposición.

La introducción de una definición del término en el articulado del MCOCDE, reduciría las controversias entre el contribuyente y las Administraciones tributarias, y por tanto, también los procedimientos de resolución de conflictos entre las autoridades fiscales de ambos Estados.

De acuerdo con estas ideas y argumentos expuestos, la simple introducción de una definición explícita en los Modelos de Convenio, o al menos, el establecimiento de una serie de pautas delimitadoras, supondría un avance en la determinación de un consenso para atribuir los ingresos y gastos al EP.

Por ello, proponemos la incorporación en el art.3.1 del MCOCDE y MCONU de la siguiente definición del término “beneficio empresarial”:

“La determinación del beneficio o pérdida empresarial al establecimiento permanente, con independencia del resto de la empresa de la que forma parte, dependerá de la asignación de ingresos e imputación de gastos al EP, sobre los que deberá de existir un nexo vinculante entre dicha parte de la empresa y las actividades de orden empresarial y económico realizadas por el mismo.”

A su vez, la incorporación de esta definición a los Modelos de Convenio reforzaría la interpretación del art.7.1 de los Modelos de Convenio, en favor del enfoque de entidad funcionalmente separada y en contra del criterio de *vis attractiva*. Puesto que, única y exclusivamente se podría atribuir al EP los ingresos y gastos derivados de sus actividades empresariales.

3. RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 5 Y 7 MCOEDE: EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE COMO NEXO FISCAL.

La finalidad de este apartado es intentar poner de manifiesto que el establecimiento permanente representa un nexo fiscal entre la entidad residente en un Estado y los beneficios empresariales que obtiene a raíz de las actividades empresariales que realiza.

Este trabajo de investigación no estudia la figura legal del EP desde la perspectiva conceptual, sino como un instituto jurídico al que hay que atribuirle los ingresos y gastos, derivados de las actividades empresariales realizadas en un Estado por la entidad a la que jurídicamente pertenece.

La investigación asume como punto de partida un concepto de EP y una delimitación de los distintos tipos de establecimientos permanentes aceptados en el contexto tributario internacional. Es conveniente practicar esta asunción, porque tras la superación del umbral mínimo que acredita esta figura legal, habrá que atribuirle los ingresos y gastos de acuerdo con las reglas y pautas que emanan del art.7 MCOEDE.

En el plano internacional, el EP representa el umbral mínimo para que los beneficios empresariales obtenidos por una empresa no residente puedan ser sometidos a imposición en su Estado de situación¹¹³. De lo contrario el Estado de la fuente puede gravar otros tipos de renta¹¹⁴, pero no éste¹¹⁵.

En el contexto convencional, el art. 5 MCOEDE conceptualiza las distintas modalidades de EPs. El umbral mínimo establecido resulta distinto para cada tipo de establecimiento permanente, pero una vez el mismo ha sido superado acredita la constitución del EP, que representa la imposición societaria mínimo de una entidad no residente en otro Estado.

El art. 7 MCOEDE distribuye la potestad para gravar los beneficios empresariales y detalla la metodología para determinar los ingresos y gastos que son atribuibles al

¹¹³ ESCRIBANO LÓPEZ (2017), p. 124. ARNOLD (2008), p.218.

¹¹⁴ FALCÓN Y TELLA; PULIDO GUERRA (2010), pp.81-82.

¹¹⁵ JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS (2016), p.8.

mismo¹¹⁶. Así, el precepto, estipula el factor de la vinculación económica como criterio relevante para gravar las rentas empresariales imputables al EP¹¹⁷.

Ambos textos mantienen una relación recíproca necesaria, porque el art.7 MCOCDE contiene un conjunto de reglas materiales de tributación que, de alguna forma, continúan las previstas en el art.5 MCOCDE, y conforman la imposición de este instituto jurídico¹¹⁸.

De modo que, la modificación de los requisitos mínimos que acreditan el establecimiento permanente repercute directamente en la tributación de la entidad no residente. La constitución del EP no sólo obliga a atribuirle los beneficios empresariales derivados de las actividades empresariales que realiza, sino que indirectamente también obliga a la entidad a la que pertenece, residente en otro Estado, a aplicar un mecanismo para eliminar la posible imposición derivada de los beneficios sometidos a gravamen en el Estado de situación del EP.

Aunque la imposición a gravamen del EP repercutirá en la entidad de la que es propiedad, única y exclusivamente, cuando al EP se le atribuyan beneficios empresariales, es decir, cuando los ingresos atribuibles al mismo sean superiores a los gastos imputables¹¹⁹.

El EP actúa como nexo fiscal entre la entidad no residente y los beneficios empresariales que obtiene en el Estado que realiza sus actividades empresariales. El art.7 MCOCDE es el encargado de estipular una serie de pautas para atribuir los ingresos y gastos al mismo. Estas reglas se aplican al concepto de EP, sin embargo, a pesar de que el concepto sea el mismo, existen distintos tipos. Por tanto, cuestionamos si estas reglas resultan aplicables adecuadamente a la distinta tipología de establecimientos permanentes.

La tipología de EPs, estipulada en el actual art.5 MCOCDE 2017¹²⁰ es prácticamente idéntica a la original. Las modalidades de EP han permanecido inalteradas, a pesar de que la redacción de este precepto, ha incorporado las modificaciones planteadas en la Acción 7 del Plan de Acción de la OCDE contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, conocido por su término en inglés *Action plan on base erosion and profit*

¹¹⁶ REIMER (2015b), p.334.

¹¹⁷ DOERNBERG; HINNEKENS (1999), p.349.

¹¹⁸ CALDERÓN CARRERO (2015), p.139.

¹¹⁹ REIMER (2015c), p.27.

¹²⁰ OECD Model Tax Convention (2017):

<http://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf>

shifting (en adelante, Plan de Acción BEPS)¹²¹, y ha tenido en cuenta las propuestas del Convenio multilateral de la OCDE¹²². Éstas son las siguientes:

EP lugar fijo de negocios (Arts.5.1, 5.2, 5.4 MCOCDE): El apartado primero del art.5 MCOCDE plasma la cláusula del EP lugar fijo de negocios. Esta modalidad de EP requiere ser un lugar fijo de negocios con derecho a utilizarlo a través del cual se realizan actividades de negocios de manera habitual, y coinciden en que todos estos elementos son de carácter acumulativo y ante la ausencia de uno se denegaría la existencia del EP¹²³.

De manera similar y complementaria, el apartado segundo de este artículo ofrece una lista con carácter positivo, abierto y ejemplificativo de lugares que constituyen un establecimiento permanente a fin de reducir la carga del análisis en relación al cumplimiento de los requisitos derivados de la definición general, ante una presunción *prima facie*, del cumplimiento de los mismos¹²⁴. Estos anudan el Estado los derechos para gravar del Estado de la fuente con su territorio, siguiendo la noción de *situs* o *nexus*¹²⁵.

El apartado cuarto enumera una serie de actividades de negocio que no deben ser consideradas como un lugar de negocios con independencia de que cumplan los requisitos establecidos por el apartado primero, puesto que estas actividades son consideradas de carácter auxiliar o preparatorio.

EP de construcción (Art.5.3MCOCDE): Debido a sus características especiales las obras de construcción, instalación y montaje realizados por una entidad no residente en otro Estado no pueden enmarcarse en la cláusula general del EP lugar fijo de negocios, lo cual obligó a incluir el apartado tercero para que dichas actividades empresariales pudieran

¹²¹ OECD, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - Final Report (2015):

https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report_9789264241220-en#page1

OECD 2012 Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Convention.

¹²² *OECD 2016 Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting.*

El documento oficial puede consultarse en el siguiente link:

<http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>

¹²³ GARCÍA PRATS (1996), p. 108. ARNOLD (2014), pp. 18-19. SASSEVILLE; SKAAR (2009), p.23. SKAAR (1991), p.109. BRAUNER (2014), p. 10.

¹²⁴ REIMER (2015c), p. 67.

¹²⁵ VOGEL (1997), p. 22.

calificarse como constitutivas de un EP¹²⁶ en la medida en que superen el periodo mínimo exigido¹²⁷. Aunque el elemento temporal no siempre constituye un elemento imprescindible¹²⁸.

EP agente dependiente (Arts.5.5, 5.6 MCOCDE): El apartado quinto del art.5 MCOCDE detalla la última modalidad de establecimiento permanente cuanto una persona (física o jurídica) –agente dependiente– actúa en un Estado por cuenta de una empresa no residente ostentando y ejerciendo de manera habitual poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de esta. Incluso aunque la empresa pueda no tener un lugar fijo de negocios en ese Estado según lo establecido en los apartados 1 y 2 del art. 5 MCOCDE¹²⁹, lo cual no evita que el tratamiento fiscal de este EP deba ser similar al que recibiría una empresa no residente cuando realiza actividades propias del negocio en otro Estado por medio de una lugar fijo de negocios¹³⁰.

Por último, debemos tener en cuenta la figura del EP servicios¹³¹: A diferencia, el artículo 5.3 b) MCONU¹³², el MCOCDE no contempla esta cláusula mediante la cual se puede someter a gravamen las ganancias procedentes de los servicios proporcionados en su jurisdicción¹³³. A pesar de que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE (en adelante, CFA), incorporó unas pautas en los CMOCDE 2008, para delimitar las circunstancias bajo las que los Estados pueden gravar los beneficios derivados de los servicios prestados en el territorio de un Estado contratante¹³⁴ por una empresa del otro Estado aun cuando no exista un establecimiento permanente¹³⁵.

¹²⁶ Esta categoría de naturaleza especial ha sido matizada con el paso del tiempo, inicialmente en el MCOCDE 1977 se plasmó en la letra g) del apartado 2 del art.5 pero a partir del MCOCDE 1977 se le dedicó exclusivamente el apartado 3 del art.5 porque los elementos presentes en el apartado segundo cumplían los requisitos de la cláusula general mientras que la naturaleza de los proyectos de obras, construcción e instalación no permitía aunar dichos requisitos.

¹²⁷ GARCÍA PRATS (1996), p.177.

¹²⁸ GARCÍA PRATS (1995), pp.529-530.

¹²⁹ REIMER (2015a), p. 307.

¹³⁰ EISENBEISS (2016), pp. 482-483; HOOR; O'DONNELL (2015), p. 932.

¹³¹ Para mayor estudio sobre esta materia, entre otros autores, véase: PIJL (2008), pp.472-476. ZAGARIS (1992), pp. 331-339. PICKERING (2012), ARNOLD (2011b), pp 59-67.

¹³² MCONU11 art. 5.3.b).

¹³³ NITIKMAN (2014), p. 343.

¹³⁴ MILLER (2016), p. 3.

¹³⁵ CMOCDE08 art. 5 par. 42.21.

Esta asunción que hemos formulado en relación con el concepto de EP, queda limitada única y exclusivamente a la tipología de EP presente en el MCOCDE y MCONU. De este modo, no forma parte de nuestro objeto de estudio, las operaciones de comercio electrónico basadas en el denominado concepto de “EP Digital”¹³⁶, desconocido desde la perspectiva jurídica.

A pesar de los intentos de la OCDE por subsumir estas actividades en alguno de las modalidades de EP¹³⁷, pensamos que actualmente no está contemplado en el art. 5 MCOCDE¹³⁸. Así, parte de la doctrina internacional recomiendan la adición por separado de una definición del establecimiento permanente digital específica para la economía digital¹³⁹, pero hasta el momento no éste es inexistente.

Asumiendo estas consideraciones respecto del concepto de EP, este trabajo analiza si los criterios que rigen la metodología del método directo, en atención al art.7.2 de ambas versiones del MCOCDE, son adecuados y eficientes, o no, para reconocer los ingresos y gastos atribuibles a este tipo de EP¹⁴⁰.

¹³⁶ Para mayor estudio sobre esta materia, entre otros autores, véase: HEMMELRATH; WILCOX (2016); COCKFIELD (2014), pp. 933-940; COCKFIELD (2006), pp.606-619; COCKFIELD (2002), pp. 135-187.

¹³⁷ *OECD Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*.

El documento oficial puede consultarse a través del siguiente link:

http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_9789264241046-en#.WgLcU4_WzIU

OECD 2000 Clarification on the Application of the Permanent Establishment definition in E-Commerce.

El documento oficial puede consultarse a través del siguiente link:

<http://www.oecd.org/ctp/treaties/1923380.pdf>

CMCOCDE14, art. 5 par. 42.2. CHOUDHARY (2011), p. 58. CALVO VÉRGEZ (2010), p.38. KUMAR SINGH (2014), pp. 330-331. GARCÍA PÉREZ (2015), p.6.

¹³⁸ SKAAR (2000), p.189.

¹³⁹ HOGLER; PISTONE (2015), p. 25. BRAUNER; PISTONE (2017), p.3. COLLIN; COLIN (2013), p. 115.

¹⁴⁰ MONSENEGO (2014), pp. 247-257.

4. LOS TRABAJOS DE LA SOCIEDAD DE NACIONES EN MATERIA DE TRIBUTACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

4.1. Los primeros trabajos de la Sociedad de Naciones (1920-1925).

A partir de 1920 hasta 1936, la Sociedad de Naciones sentó las bases de los principios, internacionalmente acordados, en materia de tributación de los beneficios empresariales que una empresa establecida en un Estado obtiene mediante su EP o filial establecida en otro Estado¹⁴¹.

Los primeros esfuerzos de la Sociedad de Naciones, a fin de alcanzar cierto grado de uniformidad y armonización, se centraron en la búsqueda de un modelo de convenio que sirviese como referencia para delimitar las situaciones en la que una empresa no residente actuaba por medio de un establecimiento permanente en otro Estado, al que posteriormente habría que atribuirle los beneficios empresariales.

En 1921, el Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones constituyó el Comité de los Cuatro Economistas¹⁴², y en 1922, la Sociedad de Naciones compuso el denominado Comité de Expertos Fiscales¹⁴³. Ambos grupos de trabajo abordaron cuestiones complejas del contexto de la fiscalidad internacional, en particular, abordaron el problema de la doble imposición internacional¹⁴⁴ y el problema derivado de la atribución de beneficios al EP que es propiedad de una empresa residente en otro Estado. Ambos trabajos se presentaron en 1923¹⁴⁵ y 1925¹⁴⁶, respectivamente.

El informe presentado en 1925 estableció un método de reparto de la potestad tributaria respecto a los ingresos y gastos atribuibles al EP. Éste indicaba que: "... cuando una

¹⁴¹ SASSEVILLE; VANN (2014), p. 12. BURGERS (1991), p. 407.

¹⁴² El Comité de Cuatro Economistas estaba compuesto por: Gijsbert Bruins (*Commercial University*, Rotterdam, Países Bajos –Actualmente *Erasmus University*–), Luigi Einaudi (*Università di Torino*, Italia), Edwin Seligman (*Columbia University*, Estados Unidos) y Josiah Stamp (*London University*, Reino Unido)

¹⁴³ El Grupo de Expertos Fiscales estaba compuesto por oficiales de Bélgica, Checoslovaquia (actualmente República Checa), Francia, Italia, Países Bajos, Suiza y Reino Unido.

¹⁴⁴ JOGARAJAN (2013), pp. 368-392.

¹⁴⁵ *LEAGUE OF NATIONS 1923 Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation*, Document E.F.S. 73 F.19.

¹⁴⁶ *LEAGUE OF NATIONS 1925 Double Taxation and Tax Evasion Report submitted by the Technical Experts to the Financial Committee*, Document F.212.

empresa tiene su casa central en un Estado y en el otro Estado tiene una sucursal, agencia o establecimiento (...) cada Estado contratante debe gravar la parte proporcional al ingreso neto producido en su territorio...”. Aunque, no especificaba con detalle el método para reconocer la parte correspondiente de beneficios empresariales correspondiente al EP. Simplemente, de forma indirecta, indicaba unas primeras pautas que, posteriormente, se fueron consolidando bajo el método de contabilidad separada. Así, estableció que: “... las Autoridades financieras del Estado interesado debían requerir al contribuyente las hojas generales y específicas del balance de la sociedad y cualquier otro documento relevante...”¹⁴⁷.

Estas primeras pautas eran un claro indicativo de la preferencia por el método de contabilidad o cuentas de la empresa separada, para determinar los beneficios del establecimiento permanente. Así, estos informes ya establecían implícitamente el criterio de empresa separada aplicado al considerar que el EP poseía su propia contabilidad y documentos contables como si fuese una tercera persona jurídica.

En definitiva, estos informes introdujeron los principales elementos de las actuales reglas convencionales, relativas a la distribución de las potestades tributarias de los beneficios empresariales que una empresa residente en un Estado obtenía, en otro Estado, por medio de un EP.

4.2. Los borradores del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional (1927-1928).

El Comité Fiscal y el Consejo de la Sociedad de Naciones convocaron un nuevo Comité de Expertos Técnicos, compuesto por responsables de 12 países¹⁴⁸. Este Comité tuvo en cuenta las recomendaciones y conclusiones de los anteriores informes anteriores y, en 1927¹⁴⁹, redactó el primer borrador del modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional.

¹⁴⁷ Report 1925: I. “Impersonal or Schedular Taxes”.

¹⁴⁸ Argentina, Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Japón, Países Bajos, Polonia, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos y Venezuela.

¹⁴⁹ LEAGUE OF NATIONS 1927 Committee on Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Report; C.216.M.85.

El art.5 de este borrador no sólo estableció la regla de distribución de la potestad tributaria sobre los beneficios obtenidos por un establecimiento permanente¹⁵⁰, sino también especificó el método para calcular los ingresos y gastos atribuibles a dicha parte de la empresa, aunque sin demasiado detalle.

El precepto otorgó la potestad tributaria sobre las rentas derivadas de las actividades realizadas por el EP al Estado de la fuente, y para ello, estableció que las mismas serían calculadas de acuerdo a su contabilidad debidamente acreditada y justificada.

A diferencia del borrador anterior, este documento fue el primero en establecer la necesidad de que el EP debía tener una contabilidad separada del resto de la empresa¹⁵¹. La atribución de beneficios al EP debía tener en cuenta dicha contabilidad, que en todo caso debía reflejar los hechos reales. De lo contrario, si las cuentas separadas del EP eran erróneas, poco fiables o directamente inexistentes las Administraciones tributarias de los Estados contratantes podían alcanzar un acuerdo para repartir los beneficios y posteriormente someterlos a gravamen¹⁵². Aunque, el informe tampoco establecía demasiados detalles relativos a las pautas para realizar dicho reparto de beneficios.

Este borrador del modelo de convenio, tal y como explican sus Comentarios del artículo 5, introdujo también el método indirecto o de reparto de beneficios. Aunque este método no era idéntico al que posteriormente propuso la OCDE en su de Modelo de Convenio 1977. En este caso, sólo se abordaba esta posibilidad como solución ante un posible escenario en el que existieran EPs en distintos Estados. En este supuesto, estableció que cada uno tendría derecho a gravar las rentas imputables al mismo en atención a las actividades realizadas en dicho Estado.

Este modelo de convenio seguía la línea de los documentos anteriores y otorgaba un carácter preferente al método de contabilidad separada. Consideraba que, en aplicación del criterio de empresa separada, el EP debía asimilarse a una persona jurídica distinta, cuyas actividades empresariales no influían en ninguna otra parte de la misma empresa. En cambio, no indicaba ninguna pauta específica respecto del concepto de contabilidad

¹⁵⁰ LEAGUE OF NATIONS 1927 *Committee on Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Report; C.216.M.85, p.16.

¹⁵¹ LEAGUE OF NATIONS 1927 *Committee on Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Report; C.216.M.85.

¹⁵² RUSSO (2006), p. 91.

separada, ni sobre el método para determinar la renta gravable, simplemente se remitía al criterio de contabilidad separada.

Si bien es cierto que si observamos los Comentarios del art.5 de este borrador, podemos constatar que existe un cúmulo de elementos comunes que posteriormente fueron incorporados en el método directo estipulado en el art.7 MCOCDE 1977.

El método de contabilidad separada ostentaba un carácter preferente para atribuir los beneficios al EP, sin embargo, no era la única alternativa que se contemplaba en este borrador. En caso de que dichos documentos tuviesen poca credibilidad, o directamente no existiesen, el borrador establecía la posibilidad de que las Administraciones tributarias alcanzasen un acuerdo con la entidad no residente, en relación con los beneficios atribuibles a dicho EP. En ese caso, consideraba al EP como una parte de la empresa a la que pertenece, y aceptaba la posibilidad de atribuirle los beneficios conforme a un reparto de los mismos

Un año más tarde, en 1928, se redactó otro modelo de convenio¹⁵³. Aunque la redacción de su art.5 era muy similar, éste no mencionaba las cuentas del EP como punto de partida para atribuirle los beneficios, sino que se apoyó en el método alternativo que el anterior borrador propuso ante la ausencia de cuentas adecuadas y reales. Así, otorgó mayor fuerza al enfoque de que las Administraciones tributarias pactasen un reparto de los beneficios.

Sin embargo, el Comité General consideraba que esta posibilidad no debía fomentarse. En consecuencia, convocó a un grupo de expertos, con un conocimiento preciso y detallado de los distintos sistemas fiscales, y les encomendó la formulación de una serie de reglas para repartir los beneficios de una empresa entre sus distintas partes cuando las operaciones se habían realizado en varios Estados.

Estos trabajos de la Sociedad de Naciones establecieron el método de contabilidad separada, de acuerdo con la consideración del EP como una empresa distinta. Así, los ingresos y gastos atribuidos al EP no quedaban condicionados por las actividades empresariales realizadas por el resto de las partes de la empresa.

¹⁵³ *LEAGUE OF NATIONS 1928 Double Taxation and Tax Evasion: Report Presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Document C.562.M.178.1928.II.*

Con carácter secundario, estos documentos también exponían la posibilidad de que las Administraciones tributarias alcanzasen un acuerdo ante la poca confianza o inexistencia de cuentas propias y adecuadas del EP.

Sin embargo, a pesar del carácter preferente del método de contabilidad separada, estos borradores no detallaban claramente la metodología aplicable para considerar al EP de modo separado al resto de las partes y valorar las operaciones internas y transacciones realizadas por EP.

Estas cuestiones fueron abordadas en el denominado informe de Michael B. Carroll, que estableció de una manera definitiva el criterio de empresa separada e introdujo por primera vez el estándar de plena competencia. Ambos, se constituyeron como los elementos rectores del método de contabilidad separada.

4.3. El Informe Mitchell B. Carroll (1933).

En 1929¹⁵⁴, la Sociedad de Naciones envió un cuestionario a los responsables de distintos Estados, con la finalidad de realizar un estudio comparado de las prácticas habituales llevadas a cabo por las Administraciones tributarias en materia de atribución de beneficios al EP.

Un año más tarde, en 1930¹⁵⁵, Comité Fiscal encargado examinó las respuestas recibidas. Sin embargo, consideraron que este análisis no era suficiente para adoptar una decisión al respecto, y propusieron continuar el estudio. Para ello, se inició un proyecto basado en la comparación de los métodos utilizados por 27 países para atribuir los beneficios a las empresas.

Este proyecto fue inicialmente liderado por el profesor Thomas S. Adams¹⁵⁶, pero realmente fue Mitchell B. Carroll¹⁵⁷ el que, gracias a los fondos económicos recibidos de

¹⁵⁴ LEAGUE OF NATIONS 1929 Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the First Session of the Committee; C516.M.175.1929.II.

¹⁵⁵ LEAGUE OF NATIONS 1930 Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the Second Session of the Committee. C.340.M.140.1930.II.

¹⁵⁶ Presidente de la *American Economic Association*, y anteriormente, Asesor Económico para el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América. Falleció y le sucedió en el trabajo M. B. Carroll

¹⁵⁷ En ese momento Jefe del Departamento de Derecho Europeo e Impuestos del *American Bureau of Foreign and Domestic Commerce*

la *Rockefeller Association*, desarrolló el trabajo. El resultado se materializó en un informe compuesto por 5 volúmenes. Las tres primeras partes¹⁵⁸, analizaron las prácticas que cada uno de los países escogidos seguían para gravar los beneficios de empresas extranjeras. El cuarto volumen¹⁵⁹, comparaba las distintas prácticas y exponía las conclusiones alcanzadas por M. B. Carroll en relación con los principios básicos para la asignación de los beneficios empresariales. El quinto informe¹⁶⁰, redactado por el profesor R. C. Jones¹⁶¹, abordó los principales asuntos relacionados con las cuestiones contables respecto a los métodos de asignación de beneficios propuestos.

De acuerdo con el objeto de estudio de este trabajo, consideramos conveniente exponer las ideas principales referentes al origen de los criterios y métodos para atribuir los beneficios al EP¹⁶².

Principalmente, Carroll distinguió dos teorías en relación con la determinación de la base imponible de una entidad con operatividad dentro y fuera de las fronteras del territorio de residencia. Cada teoría suponía un método distinto para atribuir los ingresos y gastos al EP.

Por un lado, analizó la teoría que comprende al EP como una empresa separada e independiente, y le somete a gravamen de acuerdo con sus cuentas anuales. Por otro lado, analizó la teoría que comprende al EP como parte de la empresa, y reparte los beneficios correspondientes al EP de acuerdo a la importancia económica relativa del

¹⁵⁸ *LEAGUE OF NATIONS 1932 Taxation of Foreign and National Enterprises: A study of the tax systems and the methods of allocation of the profits of enterprises operating in more than one country in France, Germany, Spain, The United Kingdom and the United States of America*, Vol. I, Document C.73.M.38.1932.II.A.

LEAGUE OF NATIONS 1933 Taxation of Foreign and National Enterprises: A study of the tax systems and the methods of allocation of the profits of enterprises operating in more than one country Austria, Belgium, Czechoslovakia, Free City of Danzig, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Luxemburg, Netherlands, Roumania and Switzerland", Vol. II, Document C.425.M.217.1933.II.A.

LEAGUE OF NATIONS 1933 Taxation of Foreign and National Enterprises: A study of the tax systems and the methods of allocation of the profits of enterprises operating in more than one country British India, Canada, Japan, Mexico, Netherlands East Indies, Union of South Africa, States of Massachusetts, of New York and of Wisconsin, Vol. III, Document C.425(a).M.217(a).1933.II.A.

¹⁵⁹ *LEAGUE OF NATIONS 1933 Taxation of Foreign and National Enterprises, vol. IV, Methods of Allocating Taxable Income by Mitchell B. Carroll*, Document c.425(b).M.217(b).1933.II.A.

¹⁶⁰ *LEAGUE OF NATIONS 1933 Taxation of Foreign and National Enterprises, vol. V, Allocation Accounting for the Taxable Income of Industrial Enterprises by Ralph C. Jones*, Document C.425(c).M.217(c).1933.II.A.

¹⁶¹ En ese momento Catedrático de Contabilidad en la Yale University, Estados Unidos.

¹⁶² BURGERS (1991), pp. 410-415. RUSSO (2006) pp. 89-95. SASSEVILLE; VANN (2014), pp. 12-26.

establecimiento local¹⁶³. Así, el informe de Carroll distinguió los métodos que posteriormente formarían parte del MCOCDE 1977.

El método de reparto de beneficios al EP basado en un conjunto de factores, partía de la unidad del negocio empresarial. Denegaba que las operaciones entre partes de una misma empresa pudiesen generar beneficios hasta que los productos se hubiesen vendido a una tercera parte. Esta teoría, defendía que el reparto de los beneficios entre las distintas partes de la empresa debía basarse en métodos empíricos, porque era imposible determinar el beneficio que había generado cada función realizada por las distintas partes de la empresa.

Esta alternativa fue rechazada. Carroll consideraba que su aplicación era compleja para las Administraciones tributarias debido a la dificultad para intercambiar información relativa a los ingresos y deducciones procedentes de fuentes extranjeras. También, por la dificultad de alcanzar acuerdos entre las Administraciones tributarias de los Estados para determinar el total de los ingresos obtenidos y la concreción de los factores para determinar el valor aportado por cada una de las partes.

Respecto al método de contabilidad separada, Carroll también tuvo en cuenta los principales inconvenientes que podían presentar los distintos sistemas de contabilidad en cada jurisdicción, pero aun así, consideró que este método debía ostentar un carácter preferente sobre el método de reparto de beneficios. De modo que, a pesar de que este método exigía asumir una ficción al considerar al EP como una empresa separada, Carroll siguió la línea mantenida por los anteriores trabajos de la Sociedad de Naciones¹⁶⁴.

Posteriormente, esta postura también fue defendida por el profesor R. C. Jones. Consideraba que estos inconvenientes no debían entenderse como una limitación a la aplicación del método de contabilidad separada, y alegaba la superioridad de éste frente al método de reparto de beneficios. Además, el estudio comparado demostró que éste era el método utilizado por la mayoría de las empresas para determinar los beneficios atribuibles a los establecimientos permanentes, y dudaba que el método de reparto de beneficios fuese capaz de eliminar los supuestos de doble imposición porque su uniformidad en todos los Estados era prácticamente imposible.

¹⁶³ BURGERS (1991), p. 410.

¹⁶⁴ LEAGUE OF NATIONS 1933, *Report to the Council on the Fourth Session of the Committee*, Document C.99.M.204.1933.II.A, p. 190.

A nuestro entender, este informe introduce la novedad de considerar al EP como una empresa independiente, en lugar de separada. A través de esta asimilación, el EP no sólo se consideraba como una parte separada del resto de la empresa a la que había que atribuir los beneficios derivados de sus actividades empresariales, sino también implicaba que las operaciones internas entre partes de la empresa debían valorarse de acuerdo con el estándar de plena competencia, como si se trataran de empresas independientes.

El estudio comparado realizado por M. Carroll supuso una aportación sin precedentes al contexto de la asignación de los beneficios a las empresas con operatividad en el extranjero. Ambos métodos habían sido objeto de estudio en los anteriores borradores e informes, pero ninguno de ellos había sido analizado con tanta precisión como en el informe Carroll.

Después de la presentación de los informes, en 1933, el Comité de Asuntos Fiscales de la Sociedad de Naciones elaboró un borrador de un proyecto de modelo multilateral¹⁶⁵, e incorporó los criterios de empresa separada y estándar de plena competencia como criterios rectores para atribuir los ingresos y gastos al EP. Establecía el método de contabilidad separada para determinar la base imponible del EP, así asimilaba el EP a una empresa separada y valoraba las operaciones que realizaba con otra parte de la empresa en cumplimiento con el criterio de plena competencia.

Este borrador incorporó los criterios formulados en el informe Carroll, el cual se recomendaba que fuese utilizado de guía debido a su análisis detallado y profundo desarrollo. El artículo primero del borrador, contemplaba la regla de distribución de la potestad tributaria de los beneficios empresariales entre el Estado de la residencia y el Estado de situación del EP. Este último podía someter a gravamen los beneficios imputables al EP, los cuales comprendían tanto los obtenidos a raíz del desarrollo de actividades empresariales en Estado donde se localizaba como en el extranjero.

El artículo tercero del borrador, estableció el método de contabilidad separada como sistema para calcular los ingresos y gastos atribuibles al EP. De acuerdo con las conclusiones del Informe Carroll, éste se basaba en la asunción del EP como una empresa

¹⁶⁵ *LEAGUE OF NATIONS 1933 Report to the Council on the Fourth Session of the Committee*, Document C.99.M.204.1933.II.A.

separada y la valoración de sus operaciones de acuerdo con el estándar de plena competencia.

Sin embargo, el Comité decidió que los beneficios deberían asignarse tomando como punto de partida los ingresos y gastos plasmados en la contabilidad del EP. En caso de no ser así, las Administraciones tributarias podrían llegar a rectificar dichas cuentas si contenían errores o no se adecuaban al estándar de libre competencia. Las Autoridades fiscales de cada jurisdicción podían desestimar o modificar las cuentas anuales del EP en caso de que las operaciones internas realizadas con su CC u otras partes de la empresa no se hubiesen realizado a precios de mercado¹⁶⁶.

En última instancia, entendemos que dicho artículo ponía de manifiesto que el método de contabilidad no era exclusivo puesto que, aun de manera excepcional, permitía recurrir a un método de reparto de los beneficios en atención a una serie de factores o coeficientes de reparto (activos, ingresos brutos, número de trabajadores, entre otros)¹⁶⁷. Por lo tanto, otorgaba preferencia al método de empresa y contabilidad separada bajo cumplimiento del estándar *arm's length* en los *dealings*, pero también ofrecía una alternativa similar al *fractional apportionment* para supuestos en que el método anterior no fuese aplicable.

Sin embargo, finalmente en 1935¹⁶⁸, el Comité de Asuntos Fiscales de la Sociedad de Naciones abandonó el proyecto de modelo multilateral iniciado en 1933, y al hilo de los resultados alcanzados en el informe Carroll optó por redactar un borrador del modelo de convenio bilateral¹⁶⁹.

Este modelo tenía en cuenta los artículos del borrador del modelo multilateral anteriormente comentados. Aunque este documento tampoco fue aceptado¹⁷⁰. Lo mismo sucedió con el siguiente borrador, elaborado un año más tarde¹⁷¹.

¹⁶⁶ *LEAGUE OF NATIONS 1933 Report to the Council on the Fourth Session of the Committee*, Document C.99.M.204.1933.II.A, Art. 3

¹⁶⁷ League of Nations: “*Report to the Council on the Fourth Session of the Committee*”, Document C.99.M.204.1933.II.A, Geneve, 1933.

¹⁶⁸ *LEAGUE OF NATION 1935 Report to the Council on the Fifth Session of the Committee*, Document C.252.m.124.1935.II.A.

¹⁶⁹ League of Nations 1935 *Report to the Council on the Fifth Session of the Committee*, Document C.252.m.124.1935.II.A.

¹⁷⁰ Las razones las desconozco, no las exponía ninguna de las fuentes consultadas.

¹⁷¹ Durante los siguientes años, hasta la redacción del Modelo de Convenio de México(1943) y Londres (1946), la *LEAGUE OF NATIONS* (Sociedad de Naciones) publicó casi anualmente un *Report to the*

Finalmente, el Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones elaboró en 1943 y 1946 el borrador de modelo de convenio de México y Londres, respectivamente.

4.4. Los Modelos de Convenio de México y Londres (1943-1946).

Estos Modelos de Convenio tomaron como punto de partida los trabajos elaborados por la Sociedad de Naciones, aunque tuvieron que ser suspendidos debido a la Guerra Mundial. Ambos borradores del Modelo de Convenio¹⁷² indicaban que una empresa debía quedar sujeta al pago de impuestos sobre sus beneficios en un país extranjero si había llevado a cabo sus actividades o negocios en ese país, siempre que tales actividades no tuviesen un carácter ocasional y fuesen llevadas a cabo por un EP en ese otro Estado¹⁷³.

La presencia del establecimiento permanente en el extranjero se corroboró como una figura necesaria para poder someter a gravamen a la empresa extranjera. Aunque el apartado tercero limitaba la asignación de las rentas a las producidas en el territorio, en contra de la visión que el anterior borrador había introducido sobre la posibilidad de gravar al EP por sus beneficios obtenidos con independencia de la fuente de procedencia.

Siguiendo la línea de los borradores anteriores, los Comentarios de ambos Modelos de Convenio otorgaban preferencia al método de contabilidad separada, siempre que reflejase los beneficios obtenidos por el EP como si fuese una empresa separada e independiente¹⁷⁴. De no ser así, cuando las cuentas del EP contuviesen errores, o se demostrase que las operaciones internas realizadas entre el establecimiento permanente y el resto de la entidad no se habían remunerado bajo el estándar *arm's length*, las Administraciones tributarias tenían autoridad para rectificarlas¹⁷⁵.

Council; Session Sixth C.450.M.266.1936.II.A (1936), Session Seventh C.490.M.331.1937.II.A (1937), Session Eight (C.384.M.299.1938.II.A (1938), Session Ninth C.181.M.110.1939.II.A (1939), Session Tenth C.37.M.37.1946.II.A (1946)

¹⁷² LEAGUE OF NATIONS 1946 *London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text*”, Document C.88.M.88.1946.II.A.

¹⁷³ LEAGUE OF NATION 1946 *London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text*, Document C.88.M.88.1946.II.A.

¹⁷⁴ LEAGUE OF NATIONS 1946 *London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text*”, Document C.88.M.88.1946.II.A, p. 18.

¹⁷⁵ LEAGUE OF NATIONS 1946 *London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text*”, Document C.88.M.88.1946.II.A, p.19.

Este borrador también introdujo como novedad la posibilidad de que el contribuyente y las Autoridades fiscales pudiesen determinar la cuantía imputable al EP por medio de la aplicación de un determinado porcentaje sobre los ingresos brutos cuando la misma contabilidad contuviese deficiencias o no pudiese ser rectificadas¹⁷⁶. Sin embargo, esta alternativa para calcular los beneficios atribuibles al EP, posteriormente fue eliminada.

En nuestra opinión, lo más relevante de ambos Modelos de Convenio es que otorgaban preferencia al método de contabilidad separada, en lugar de al método de reparto de beneficios, para calcular los beneficios atribuibles al EP. Ambos borradores, siguieron consolidando la aplicación del criterio de empresa separada y el estándar de plena competencia. Además, por primera vez no sólo se centraron en la atribución de los ingresos al EP, sino también hicieron referencia de manera explícita a los gastos incurridos por el EP que resultaban deducibles¹⁷⁷.

En definitiva, los borradores de los Modelos de Convenio de México (1943) y Londres (1946)¹⁷⁸ siguieron las pautas establecidas en los trabajos de la Sociedad de Naciones. Estos borradores claramente fueron los predecesores de la redacción del art.7 del primer Modelo de Convenio de la OCDE.

4.5. La disolución de la Sociedad de Naciones, la constitución de la OECE y el paso a la OCDE (1946-1961).

Tras la Segunda Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones fue disuelta el 18 de abril de 1946, y la actual Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) tomó su relevo. Inicialmente, esta Organización no ocupó el lugar de la Sociedad de Naciones respecto a la redacción de Modelos de Convenios para evitar la doble imposición internacional. Esta tarea tuvo lugar por primera vez en 1980, cuando el Grupo Ad Hoc de Expertos la ONU¹⁷⁹ publicó su primer Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional, denominado la “Convención modelo de las Naciones Unidas

¹⁷⁶ *LEAGUE OF NATIONS 1946, London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text*, Document C.88.M.88.1946.II.A, p.19.

¹⁷⁷ *LEAGUE OF NATIONS 1946 “London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text”*, Document C.88.M.88.1946.II.A, p. 19.

¹⁷⁸ Los distintos métodos están explicados y detallados en *LEAGUE OF NATIONS 1946 “London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text”*, Document C.88.M.88.1946.II.A, pp.18–21.

¹⁷⁹ Para mayor información sobre la Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/>

sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo¹⁸⁰, precedido en 1979 por el Manual para la negociación de acuerdos fiscales bilaterales entre países desarrollados y países en desarrollo¹⁸¹.

En paralelo, en 1948 se fundó la Organización para la Cooperación Económica Europea (en adelante, OCEE), también conocida por su denominación inglesa “*Organization for European Economic Cooperation*” (OEEC). Esta Organización fue creada para administrar las ayudas recibidas del Plan Marshall, oficialmente llamada “*European Recovery Program*”. Su objetivo consistió en facilitar el comercio, conceder créditos y fomentar la liberación del capital.

Esta Organización, del mismo modo que la ONU, no prosiguió con el trabajo iniciado por la Sociedad de Naciones en relación con la redacción de informes y modelos de convenio para eliminar la doble imposición internacional.

Inicialmente, la OCEE estaba constituida por países europeos¹⁸² hasta que en 1961 se unieron Canadá y EEUU. En este momento esta Organización fue disuelta y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico¹⁸³ tomó su relevo¹⁸⁴.

Los trabajos elaborados por la Sociedad de Naciones hasta el momento habían estado parados. Esta Organización fue la encargada de retomar este trabajo y continuar con la elaboración de Modelos de Convenio, para lo cual creó el denominado Grupo de Trabajo N° 7 (en adelante, GT OCDE).

Esta Organización era consciente de la necesidad de crear un Modelo de Convenio. Debido a la situación post- Segunda Guerra Mundial muchas empresas de los países europeos necesitaban expandirse a otros mercados. El movimiento de capital y

¹⁸⁰ PEDROSA LÓPEZ (2015b), p. 708.

¹⁸¹ La Organización de Naciones Unidas ha publicado cuatro versiones de la Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo: 1980, 2001, 2003, 2011.

¹⁸² Portugal, Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Austria, Dinamarca, Noruega, Grecia, Suiza, Turquía, Islandia, Irlanda y España.

¹⁸³ Para mayor información sobre la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: <http://www.oecd.org/>

¹⁸⁴ Actualmente los países miembros de la OCDE son: Canadá, EEUU, Reino Unido, Dinamarca, Islandia, Noruega, Turquía, España, Portugal, Francia, Irlanda, Bélgica, Alemania, Grecia, Suecia, Suiza, Austria, Países Bajos, Luxemburgo, Italia, Japón, Finlandia, Australia, Nueva Zelanda, México, República Checa, Hungría, Polonia, Corea del Sur, Eslovaquia, Chile, Eslovenia, Israel, Estonia, Letonia.

trabajadores (mano de obra) se incrementó entre los países. La globalización económica e internacionalización de las empresas se había convertido en una realidad.

Ante este escenario surgieron nuevos problemas. Los países eran conscientes de las trabas que suponía para las empresas y las personas físicas la imposición de dos o más gravámenes sobre las mismas actividades industriales, comerciales o financieras. A fin de alcanzar una solución al problema, dar una seguridad jurídica a los inversores extranjeros y estandarizar la situación de los contribuyentes, la OCDE teniendo en cuenta el trabajo realizado por sus predecesores en el contexto de la eliminación de la doble imposición internacional elaboró en 1977 su Modelo de Convenio para eliminar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal.

5. MÉTODOS Y CRITERIOS DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE 1977 PARA ATRIBUIR INGRESOS Y GASTOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

5.1. El artículo 7 MCOCDE 1977.

La redacción del art.7 del de MCOCDE 1977, tuvo en cuenta los trabajos realizados de la Sociedad de Naciones en materia de atribución de beneficios empresariales al EP. La estructura y contenido que presentaba esta redacción, a excepción de unos mínimos cambios en el MCOCDE 1974 y 1977¹⁸⁵, permanecieron prácticamente inalterados hasta su nueva versión en el Modelo de Convenio de la OCDE 2010¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Las únicas modificaciones del art.7 desde el MCOCDE 1977 hasta el MC 2010 fueron MCOCDE 1974 se sustituyó en el apartado 4 la palabra “establecido” (“...lay down...”) por “conforme” (“...embodied...”) y en el MCOCDE 1977 se incorporó al comienzo del párrafo segundo la siguiente premisa: “sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3...” (“*subject to the provisions of paragraph 3...*”). VAN RAAD (1991), pp. 497-502. Comenta las principales diferencias entre el MCOCDE 1977 y el MCOCDE 1997.

¹⁸⁶ De acuerdo a la introducción de este trabajo, distinguimos dos versiones del art.7 MCOCDE. La primera, se introdujo en el primer Modelo de Convenio de la OCDE y permaneció prácticamente inalterada hasta el MCOCDE 2010. La segunda, se introdujo en el MCODE 2010 y no ha sufrido ninguna modificación hasta el MCOCDE 2017. Nos referimos a estas como art. 7 MCODE 1977 y art. 7 MCOCDE 2010, respectivamente.

La redacción del art. 7 MCOCDE 1977 contiene un conjunto de apartados que estipulan la regla de reparto de la potestad tributaria de beneficios empresariales, y establece distintos métodos para determinar los ingresos y gastos atribuibles al establecimiento permanente¹⁸⁷.

El primer apartado, establece el reparto de la potestad tributaria de los beneficios empresariales. Siguiendo la línea de los trabajos anteriores, esta regla condiciona el derecho del Estado en el que la entidad no residente realiza actividades generadoras de beneficios empresariales, al hecho de que las mismas superen el umbral mínimo que dan lugar a la constitución del EP.

Tras la corroboración de la existencia de un EP en dicho Estado, el artículo establece dos métodos para determinar los beneficios o pérdidas empresariales atribuibles: el método de contabilidad y empresa separada y el método de reparto de beneficios.

El apartado segundo de este artículo contempla el método de contabilidad y empresa separada, también conocido como método directo. Debemos destacar que, a diferencia de los borradores e informes anteriores, esta redacción asimila el EP a una empresa distinta y separada, en lugar de independiente. Esta diferencia, como posteriormente explicaremos detalladamente, implica una restricción a la extensión de la ficción del EP, que repercute directamente en la valoración de las operaciones internas, y por ende en los ingresos y gastos atribuibles al mismo.

El apartado tercero de este precepto, introduce explícitamente la posibilidad de atribuir gastos al EP. Aunque la redacción de este apartado suscita dudas respecto a su adecuación al método de contabilidad y empresa separada. En particular, en relación con los gastos de dirección y generales de administración.

El apartado cuarto, atribuye los beneficios empresariales al EP de acuerdo con el método de reparto de beneficios, pero no estipula los factores o elementos en los que se basa dicho reparto. Además, la propia redacción del precepto relega a un segundo plano la aplicación de este método.

Así, el artículo 7 MCOCDE 1977 toma como punto de partida la existencia de un EP de una entidad no residente. En este caso, propone un reparto de la potestad tributaria de los beneficios empresariales. Para ello, establece con carácter preferente el método directo o

¹⁸⁷ LANG (2013), p. 102.

de contabilidad separada, y con carácter secundario, el método indirecto o de reparto de beneficios.

Los siguientes apartados exponen las principales características de cada uno de los métodos y explica por qué este trabajo de investigación versa sobre el método directo. En relación con éste, desglosa sus criterios rectores, delimitando el alcance y extensión del EP y la valoración de sus operaciones internas mediante el estándar de plena competencia.

Este análisis es fundamental porque posteriormente se tomaran como punto de referencia para valorar si los informes publicados por la OCDE, al hilo de su Hipótesis de Trabajo propuesta y la metodología del AOA, están en concordancia con la redacción e interpretación del art.7.2 MCOCDE 1977.

5.2. Rechazo del método indirecto por no ser el objeto de estudio.

Nuestro objeto de estudio única y exclusivamente se centra en el método directo, porque este método no resulta necesario para analizar nuestra hipótesis planteada. Sin embargo, pensamos que a efectos de comprender las diferencias y semejanzas de ambos métodos, es conveniente exponer los principales aspectos de este método.

El art.7 MCOCDE 1977 establece este método en su apartado cuarto. El precepto, claramente condiciona su aplicación al hecho de que “... sea usual en un Estado contratante...”. Es decir, este método se aplica con carácter excepcional siempre que sea costumbre en el Estado contratante determinar los beneficios atribuibles al EP en base a una fórmula proporcional o de reparto¹⁸⁸.

Este sistema toma como punto de partida la verdadera naturaleza jurídica del EP. Tiene en cuenta que el EP comparte la misma personalidad jurídica con la entidad no residente y el resto de partes de la empresa, con independencia de la jurisdicción en la que se localicen. De modo que, los ingresos o gastos derivados de cada una de las partes de la empresa repercutirán directamente en los beneficios o pérdidas de toda la empresa.

Observa la unidad empresarial en su totalidad y distribuye los beneficios de la empresa a cada una de las partes en base a una serie de factores o elementos¹⁸⁹. La definición de los

¹⁸⁸ REIMER (2015b), p. 525.

¹⁸⁹ GARCÍA PRATS (1996), p. 266.

módulos o criterios para efectuar el reparto del beneficio total entre los diferentes establecimientos permanentes puede tener en cuenta factores de carácter externo a la empresa, aunque, la mayoría de los métodos utilizados sólo tienen en cuenta los factores de orden interno¹⁹⁰.

Los factores más recurrentes son el número de empleados, el salario y los activos utilizados, pero ello no significa que no pueda adicionarse algún otro elemento, o eliminarse alguno de estos. De este modo, el método indirecto calcula los beneficios totales de la empresa en el ejercicio económico, y en base a la fórmula que cada Estado considere fracciona este resultado entre los establecimientos permanentes que posee las distintas partes de la empresa¹⁹¹.

La parte de la doctrina internacional que defiende este método para determinar la base imponible, argumenta que el EP no posee una personalidad jurídica propia y que establecer un método en contra de su naturaleza jurídica, además de resultar incoherente, conlleva múltiples inconvenientes a la hora de valorar las operaciones que realiza el centro de imputación de renta. Además, entiende que de este modo se evitan asunciones ficticias que implican la utilización de reglas de difícil encaje y utilización¹⁹².

Defienden que al tener en cuenta el resultado global de la empresa, las distintas partes de la empresa asumirán la misma posición en cuanto a la atribución de beneficios o pérdidas, con independencia de que sus actividades realizadas hayan resultado más o menos productivas¹⁹³. Si la totalidad de la empresa obtiene beneficios estos se repartirán entre las partes sin que ninguna de ellas se le imputa una pérdida, pero también sucede lo contrario, si la empresa asume pérdidas todas y cada una de las partes se le imputará una parte proporcional de la pérdida, sin que pueda existir una parte que obtenga un beneficio empresarial¹⁹⁴.

Por contra, parte de la doctrina internacional considera que este método presenta múltiples deficiencias. Entiende que es complejo conocer los beneficios obtenidos por la empresa en todos y cada uno de los Estados en los que posee establecimientos permanentes, porque

¹⁹⁰ GARCÍA PRATS (1996), pp. 267-268.

¹⁹¹ REIMER (2015b), p. 524.

¹⁹² KOBETSKY (2011), p.403. KOBETSKY (2006), pp.411-425. AVI-YONAH (2007a). CLAUSING, K.A. y AVI-YOHAN (2008). Por contra VANN (2006b). COTTANI (2016) pp.755-760.

¹⁹³ DE LUIS MONASTERIO (1980), p. 170.

¹⁹⁴ REIMER (2015c), p.155.

entre muchos Estados no existe un intercambio de información efectivo. Asimismo, la dificultad por determinar de manera unánime los elementos o factores en los que se rige el reparto de beneficio no solo puede derivar en atribuciones asimétricas, y por ende, en situaciones de doble imposición¹⁹⁵, sino también puede ser aún más compleja cuando directamente la elección de una fórmula de reparto ni siquiera refleja los beneficios que corresponden a cada parte de la empresa en atención a sus actividades realizadas.

5.3. El método directo basado en el criterio de empresa separada y el estándar de plena competencia.

De acuerdo con los trabajos de la Sociedad de Naciones, la OCDE siempre se ha decantado por el método directo como el sistema preferente para atribuir los ingresos y gastos al establecimiento permanente. Tanto es así, que mientras la versión anterior del artículo 7 MCOCDE contemplaba tanto el método directo como el método indirecto para atribuir los beneficios o pérdidas empresariales al EP, la redacción del art.7 MCOCDE 2010, como veremos más adelante, única y exclusivamente propone este método para calcular la base imponible de esta parte de la empresa.

La redacción del art.7 MCOCDE 1977 establece este método en su apartado segundo¹⁹⁶. Este apartado segundo establece los criterios que rigen este método para atribuir los beneficios a dicha parte de la empresa.

A diferencia del método indirecto, este método no tiene en cuenta la naturaleza jurídica del EP, ya que no lo considera como una parte de la empresa sino como una empresa distinta y separada. Este método atribuye los ingresos y gastos al EP de acuerdo con las operaciones que el EP realiza con otras partes de la empresa y las transacciones llevadas

¹⁹⁵ VOGEL (1997), p. 353.

¹⁹⁶ Art. 7.2 MCOCDE 1977:

“2. Cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, y tratase con la empresa de la que es establecimiento permanente”.

a cabo con otras personas jurídicas¹⁹⁷. Así, el EP puede obtener beneficios empresariales mientras el resto de la empresa obtiene pérdidas, o viceversa.

A nuestro entender, de la dicción del art.7.2 MCOCDE 1977 se infiere que este método se basa en la asunción de una doble ficción. La primera ficción se asume al asimilar el EP a una empresa distinta y separada. La segunda ficción indica que las operaciones que realiza el EP con su CC u otras partes de la empresa deben ser valoradas en cumplimiento con el estándar de plena competencia. Por tanto, esta metodología, amparada en la conexión de dichas ficciones, se compone de dos criterios que se complementan entre sí pero cada uno de ellos tiene su ámbito de aplicación; el criterio de empresa separada y el estándar de plena competencia.

A continuación delimitamos estos criterios que rigen este sistema para atribuir los ingresos y gastos al EP. No obstante, en este apartado simplemente exponemos los rasgos generales de ambos criterios para, posteriormente, valorar si los borradores e informes publicados por la OCDE en materia de atribución de beneficios al EP están, o no, en consonancia con la versión anterior del art. 7 MCOCDE.

En el capítulo siguiente, sí que expondremos con más detalle ambos criterios al hilo de un análisis de las diferencias y semejanzas entre ambas versiones del artículo 7 MCOCDE.

Este método toma como punto de partida la contabilidad del establecimiento permanente siempre y cuando refleje los hechos reales y la valoración de las operaciones internas llevadas a cabo por el EP con otras partes de la empresa como si hubiesen sido realizadas con una persona jurídica independiente.

No obstante, en caso de no reflejar los hechos reales o que estos documentos no estén disponibles, las Autoridades fiscales podrán realizar los ajustes que consideren convenientes a fin de regularizar y cuantificar correctamente el resultado imputable al

¹⁹⁷ REIMER (2015c), p.155

EP¹⁹⁸. Aunque, en ningún caso la carencia de estos documentos otorga potestad alguna de *per se* a las Autoridades fiscales a construir beneficios hipotéticos *in vacuo*¹⁹⁹.

La primera ficción, asimila al EP a una empresa distinta y separada. Esta ficción considera al EP como una parte autónoma y separada en la medida en que muestra su propia capacidad de actuación. Sin embargo, ello no implica considerar al EP como una entidad separada a todos los niveles, sino única y exclusivamente en lo relativo al ámbito tributario. En ningún caso, puede considerarse como una entidad independiente, pues no lo es ni a nivel financiero o económico y por supuesto tampoco a nivel jurídico o legal²⁰⁰.

En el contexto tributario, esta ficción también queda restringida a las funciones que el EP realiza en favor de su casa central u otras partes de la empresa. Es decir, incluso en el ámbito tributario, el EP no es considerado como una entidad separada respecto de cualquier actuación que realiza con otra parte de la empresa, sino únicamente respecto a las actividades empresariales y funciones que lleva a cabo.

De modo que, el EP y su CC u otras partes de la empresa realizan acuerdos internos. Si de acuerdo con las actividades empresariales y funciones que realiza el EP es considerado como una empresa distinta y separada, estas se denominan operaciones internas y su tratamiento cuyo tratamiento asimila al de las transacciones. De no ser así, estos acuerdos se considerarían como meras relaciones internas, cuyo tratamiento es distinto.

La principal diferencia reside en la valoración de las operaciones internas y las relaciones internas. Las operaciones internas, de acuerdo con la dicción del art. 7.2 MCOCDE 1977,

¹⁹⁸ *National Westminster Bank, PLC v. United States (Internal Revenue Service)*, (2005, Tribunal Fiscal, Estados Unidos). La complejidad de este caso deriva de los de la dificultad de cada uno de los asuntos que se abordan. El caso versa sobre una entidad residente (NastWest) en Reino Unido que posee seis oficinas en Estados Unidos (cuatro en Nueva York, una en Chicago y otra en San Francisco) pero que finalmente el Tribunal afirma que todas ellas constituyen un establecimiento permanente. En este sentido una de las principales cuestiones que se debaten es si las cuentas y libros presentadas por las oficinas que constituyen el EP de “NastWest” en EEUU son adecuadas (se utiliza la expresión “properly maintained”) a efectos de determinar los beneficios empresariales del establecimiento permanente en aplicación del art.7.2 CDI EEUU-USA (equivalente a art.7 MCOCDE 1977). El Tribunal, en remisión al caso NastWest II (previo), en contra de las objeciones formuladas por el Gobierno EEUU se pronuncia considerando que las cuentas y libros presentados adecuados y reflejan la realidad y hechos reales.

Este Caso constituye el tercero de la saga entre el *National Westminster Bank PLC y el Gobierno EEUU*. Los anteriores fueron: *NastWest I*, (1999, Tribunal Fiscal, Estados Unidos) cuestiona si la imputación de intereses practicada infringía, o no, el art.7 MCOCDE. *NastWest II*, (2003, Tribunal Fiscal, Estados Unidos), relativo a la asignación de capital al establecimiento permanente.

¹⁹⁹ CMCOE63, art.7, par. 11.

²⁰⁰ VAN WANROOIJ (2009), p. 301.

deben asimilarse a transacciones realizadas entre empresas independientes, y por ende deben valorarse en cumplimiento con el estándar de plena competencia. En cambio, las relaciones internas se valoran a precio de coste.

Esta distinción respecto de la valoración de las relaciones y operaciones internas se debe a que, si el EP no es considerado como una empresa separada, las relaciones entre dos partes de la empresa no pueden generar beneficios en favor de una de ellas, porque en última instancia se trata de la misma empresa.

En este sentido, a modo de ejemplo podemos distinguir que la realización de unas funciones por parte del EP en favor de su CC, como una prestación de servicios, o la transformación de una materia prima, constituyen una operación interna que deberá valorarse de acuerdo con el estándar de plena competencia. Sin embargo, la mera utilización por parte del EP de un activo de la empresa constituye una simple relación interna, que permitiría al EP imputarse una cuantía en concepto de gasto a precio de coste, sin que la CC obtenga un beneficio porque el activo también pertenece al propio EP. De modo que el elemento esencial, es determinar si el EP realiza funciones en favor de la CC u otra parte de la empresa, o viceversa.

Por ello, la delimitación de la extensión y alcance del EP es un aspecto fundamental, ya que la consideración de un acuerdo interno como una relación interna o una operación interna, entendida como operación a efectos tributarios que es real e identificable con la transferencia de riesgos, responsabilidades y beneficios económicamente significativos²⁰¹, repercute directamente en el cálculo de la base imponible del EP.

La segunda ficción que se infiere del art.7.2 MCOCDE 1977 está en conexión con la primera. Tras la delimitación del EP como una empresa distinta y separada, el método exige identificar las operaciones internas que el EP ha realizado con su CC u otras partes de la empresa y valorarlas conforme al estándar de plena competencia²⁰², para atribuir los ingresos y gastos al establecimiento permanente²⁰³.

²⁰¹ SPRAGUE; HERSEY (2002), p.630.

²⁰² OWENS (2005), p.99.

²⁰³ GARCÍA PRATS (2005), p.38.

Por consiguiente, este sistema para atribuir los beneficios o pérdidas al EP está compuesto por dos ficciones que se rigen por el criterio de empresa separada y el estándar de plena competencia²⁰⁴, respectivamente.

En esta materia la doctrina internacional resulta divergente. Parte de ella, indirectamente equipara el establecimiento permanente a una empresa independiente, en tanto en cuanto el precepto estipula la obligación de tratar al EP con total independencia respecto a la empresa de la que es establecimiento permanente²⁰⁵. Asimismo, otros, consideran que ambos son recíprocos y uno implica el otro²⁰⁶, o que ambos se pueden utilizar indistintamente²⁰⁷.

En nuestra opinión, de acuerdo con parte de la doctrina internacional, la asimilación del EP a una empresa separada, no debe confundirse con el término empresa independiente. En efecto, la condición de entidad separada convierte al EP en un centro de atribución de rentas separado y autónomo de la CC o del resto de las partes de la empresa. Por su parte, su consideración como entidad independiente no afecta tanto a los rendimientos que deben asignarse al mismo sino a los criterios conforme a los cuales deben valorarse y computarse aquellos. Con otras palabras, la independencia afecta al plano de la cuantificación y distribución del rendimiento y es posterior a la consideración separada del establecimiento, que afecta a la calificación y asignación de los hechos objeto de cuantificación²⁰⁸.

Por tanto, el EP queda limitado por la ficción del EP como empresa separada, y el estándar de plena competencia no condiciona la ficción del EP, ya que el criterio de independencia no se cumple por la extensión de la figura del EP sino por la obligación de valorar las operaciones internas a precios *at arm's length*.

Frente a lo que mantiene parte de la doctrina, entendemos que esta distinción no implica que el criterio de empresa distinta y separada sea opuesto al criterio de independencia,

²⁰⁴ *The North West Life Assurance Company of Canada v. Commissioner of Internal Revenue*, (1996, Tribunal Fiscal, Estados Unidos). El caso claramente expone el cálculo de la base imponible del establecimiento permanente mediante el método directo amparado en los libros y contabilidad del mismo, en lugar de utilizar métodos basados en fórmulas compuestas por determinados factores.

²⁰⁵ CALDERÓN CARRERO (2015), p.245.

²⁰⁶ REIMER (2015b), p.480.

²⁰⁷ BURGERS (1991), p.202.

²⁰⁸ GARCÍA PRATS (1996), p.265.

sino simplemente el primero es mucho más restringido que la noción de empresa independiente que configuraría al establecimiento permanente como una empresa totalmente diferente de su CC²⁰⁹.

De modo que, aunque ambos criterios se cumplen en el ámbito de la atribución de beneficios al establecimiento permanente, la transposición de la teoría *arm's length* es una consecuencia de la valoración de las operaciones internas que bajo la teoría de empresa separada deberá reflejarse en la contabilidad separada.

Así, de algún modo, el art.7 MCOCDE 1977 tiene en cuenta los trabajos iniciados por la Sociedad de Naciones y continuados por la OECE, en especial, incorpora las pautas establecidas en el Informe M. B. Carroll (1933); el criterio de empresa separada y el estándar de plena competencia como elementos esenciales en la atribución de beneficios empresariales al EP.

6. ANÁLISIS DE LOS BORRADORES E INFORMES PUBLICADOS POR LA OCDE AL HILO DE SU HIPÓTESIS DE TRABAJO Y SU INCLUSIÓN EN LOS COMENTARIOS DEL MCOCDE.

Teniendo en cuenta los argumentos e ideas expuestas en el apartado anterior respecto al método directo y sus criterios rectores para atribuir los ingresos y gastos al EP, esta parte del trabajo expone la denominada HT OCDE y analiza, desde la perspectiva de la versión anterior del art.7 MCOCDE, los borradores e informes que dicha Organización elaboró en materia de atribución de beneficios al EP.

La redacción del art.7 del de Modelo de Convenio de la OCDE 1977 permaneció prácticamente inalterada hasta la nueva redacción del art.7 en el MCOCDE 2010. Sin embargo, la OCDE trató de modular su interpretación mediante la elaboración de borradores e informes en materia de atribución de beneficios empresariales al EP, y su incorporación en los CMOCDE. Aunque, en nuestra opinión, ello no implica que, en

²⁰⁹ En contra ROMJIN (1986), p. 4143, tomado de BURGERS (1991), pp.205-206.

todo caso, el contenido de estos borradores e informes y los CMCOODE estuviesen en consonancia con la interpretación que se infiere del precepto.

La OCDE consideró que los apartados del artículo 7 MCOCDE 1977 podían dar lugar a distintas interpretaciones del EP, y los diversos métodos establecidos para determinar el beneficio empresarial atribuible al establecimiento permanente suponían una incertidumbre para el contribuyente y las Administraciones tributarias. Por ello, con la finalidad de alcanzar un criterio internacional en esta materia, esta Organización redactó en 1994 un primer informe en materia atribución de beneficios empresariales al EP, cuyos resultados se plasmaron en los CMCOODE 1994.

Este informe fue el precursor de la HT OCDE y los informes que la OCDE redactó desde el 2001 hasta 2010. A raíz de este primer informe, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE consideró que era necesario dotar al contribuyente de mayor certidumbre en el contexto de la atribución de ingresos y gastos a dicha parte de la empresa.

Con la finalidad de alcanzar un consenso internacional en esta materia, esta Organización planteó su Hipótesis de Trabajo. Su objetivo era examinar hasta qué límite llegaba el alcance y extensión del EP como empresa hipotéticamente distinta y separada y cómo las Directrices de Precios de Transferencia (en adelante, DPT) podían aplicarse por analogía para atribuir los beneficios al EP en consonancia con el criterio de plena competencia²¹⁰.

Finalmente, el informe definitivo se publicó en 2008. Este informe, supuestamente, desarrollaba la metodología definitiva del denominado Criterio Autorizado de la OCDE. Esta metodología se incorporó también en los CMCOODE 2008, los cuales indirectamente se remitían a este informe. Sin embargo, la OCDE consideró que dichos Comentarios podían generar conflictos interpretativos respecto a la redacción del art.7 MCOCDE 1977, y propuso una nueva redacción de este artículo.

La OCDE, introdujo esta nueva versión del precepto en la actualización del MCOCDE 2010. También elaboró un nuevo informe en materia de atribución de beneficios al EP, que sólo introducía cambios formales a fin de alinear su redacción con la nueva redacción y sus Comentarios, así como con el documento de DPT que se elaboró en 2010²¹¹.

²¹⁰ *OECD 2001 Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par.3.

²¹¹ VV.AA. (2010), pp.336-340 explican las principales modificaciones de la actualización de las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE.

Ante este escenario, surge la cuestión de si realmente, estos borradores e informes y los Comentarios de los distintos MCOCDE eran compatibles con la anterior redacción del art.7 MCOCDE. En particular, con el método directo o de contabilidad y empresa separada. Porque si para incorporar la interpretación resultante de los borradores e informes y Comentarios fue necesario modificar el art.7 MCOCDE entendemos que es porque dicha interpretación no tenía cabida en el tenor literal de la redacción anterior. De modo que, la intención de aplicar dicha metodología en la versión anterior podría derivar en situaciones conflictivas en esta materia.

Cuestión distinta es si la nueva redacción del art.7 MCOCDE 2010 está, o no, en consonancia con la metodología propuesta en el Informe de la OCDE sobre atribución de beneficios al EP de 2010. Puesto que, supuestamente, éste desarrolla el AOA de acuerdo con la metodología propuesta para atribuir ingresos y gastos al EP. No obstante, esta cuestión será analizada en el capítulo tercero de este trabajo.

En los siguientes apartados de este capítulo, analizamos sistemática y coherentemente los distintos borradores e informes elaborados por la OCDE en esta materia, y explicamos de forma ordenada las modificaciones incluidas en los Comentarios de las distintas actualizaciones del MCOCDE, para valorar su compatibilidad con la redacción del art.7.2 MCOCDE 1977.

A estos efectos distinguimos cuatro etapas:

La primera etapa, abarca desde la primera redacción del art.7 MCOCDE hasta la actualización del MCOCDE 1994. En este periodo de tiempo la interpretación del precepto es la misma y no se introduce ninguna modificación en los Comentarios MCOCDE.

La segunda etapa, abarca desde el primer informe de la OCDE en materia de atribución de beneficios al EP hasta los borradores que se publicaron en 2007, al hilo de la HT OCDE. También tiene en cuenta los Comentarios que se introdujeron en las distintas actualizaciones del MCOCDE. Esta etapa analiza estos documentos y valora su aplicación y cabida de acuerdo con la redacción e interpretación que se infiere de la versión anterior del precepto en cuestión.

La tercera etapa, analiza el informe definitivo de la OCDE de atribución de beneficios al EP, que se publicó en 2008 y los Comentarios introducidos en esa actualización del

MCOOCDE. En esta parte se analiza si la metodología propuesta al hilo del denominado Criterio Autorizado OCDE tiene, o no, cabida desde la perspectiva de la versión anterior del artículo.

La última etapa, versa sobre el informe final sobre atribución de beneficios empresariales al EP, publicado en 2010, y la nueva redacción del art.7 MCOOCDE 2010.

6.1. Etapa previa: Los Comentarios al MCOOCDE 1977-1979.

Los Comentarios del MCOOCDE ya afirmaban la preferencia de la atribución de ingresos y gastos al EP mediante el método de contabilidad y empresa separada²¹². Estos Comentarios ponían de manifiesto la intención de la OCDE de relegar a un segundo plano la posibilidad de atribuir los beneficios al EP conforme a un reparto de beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes²¹³. Así, la aplicación de este método sólo debía aplicarse de manera excepcional cuando fuese la práctica habitual del Estado contratante, porque, según el Comité de Asuntos Fiscales de esta Organización, este sistema suponía una dificultad para garantizar que el resultado de su aplicación fuese conforme al criterio de plena competencia²¹⁴.

Los Comentarios del art.7.2 MCOOCDE 1977, en relación con el método directo, consideraban que la contabilidad separada del EP debía ser el punto de partida para determinar los ingresos y gastos a dicha parte de la empresa. No obstante, este documento quedaba a expensas de reflejar los hechos reales, porque en caso contrario, las Administraciones tributarias tenían la potestad de modificar la contabilidad, o directamente no tenerla en cuenta para determinar los beneficios empresariales del EP²¹⁵.

Los Comentarios simplemente asignan a estos documentos un carácter meramente formal, porque en todo caso, si la contabilidad del EP no refleja los ingresos y gastos de las actividades empresariales realizadas no deben tenerse en cuenta. En nuestra opinión, los Comentarios otorgan preferencia a la sustancia y hechos derivados de la actividad

²¹² CALLEJA CRESPO (2006), p.308.

²¹³ GALERA PITA (2013), p.32.

²¹⁴ CMCOOCDE63 art.7 par.22.

²¹⁵ CMCOOCDE63 art.7, par.10.

económica realizada por el EP sobre los meros documentos formales. Porque si estos documentos son erróneos, directamente no deben tenerse en cuenta²¹⁶.

La contabilidad del centro de imputación de rentas era el punto de partida para determinar los beneficios atribuibles al EP. Los Comentarios indicaban que estos no sólo tenían que reflejar los ingresos atribuibles al EP sino también los gastos imputables al mismo en atención a sus actividades realizadas. Ante lo cual, surgía la cuestión de qué gastos eran asignables al EP y cuál debía ser la valoración de los mismos.

Los Comentarios no resuelven ambas cuestiones, pero en la medida en que el apartado tercero del precepto está en línea con el segundo, consideran que son compatibles con el método de contabilidad y empresa separada²¹⁷. Por tanto, los gastos imputables al EP debían ser los que derivasen de las actividades empresariales realizadas.

Asimismo, de acuerdo con los argumentos expuestos en el apartado anterior entendemos que la valoración de los gastos que el EP debe asumir a consecuencia de las operaciones internas realizadas con otra parte de la empresa depende del objeto de la operación y las funciones realizadas por cada parte. Es decir, dependiendo si la casa central u otra parte de la empresa llevan a cabo una serie de funciones en favor del EP estas serán valoradas en cumplimiento con el estándar de plena competencia. En cambio, si se trata de una relación interna derivada de una mera transferencia de un activo o cesión de capital de la empresa, esta será valorada a precio de coste.

Sin embargo, los Comentarios detallan tres tipos de gastos cuyo tratamiento es específico:

a) Gastos en concepto de pagos de intereses, royalties u otros pagos similares. Los Comentarios no permitían una deducción, excepto cuando indirectamente los mismos se debían a una tercera parte²¹⁸.

En nuestra opinión, esta conclusión nos parece adecuado y conforme al criterio de empresa separada. Pensamos que utilización de un capital por parte del EP no da lugar a un pago de intereses, porque el capital es también propiedad del EP. El razonamiento es el mismo ante la utilización de un activo, tangible o intangible, por parte del EP, el cual tampoco debe generar el pago de un cánón en favor de una parte de la empresa. Habrá

²¹⁶ CMCOE63 art.7, par.11.

²¹⁷ CMCOE77 art.7, par.14.

²¹⁸ CMCOE63 art.7, par.15.

que retribuir las funciones que cada parte realice, pero una vez el intangible ya está creado la utilización del mismo por una parte de la empresa debe valorarse a precio de coste, sin generar ningún beneficio para cada una de las partes.

b) Gastos derivados de servicios auxiliares, los cuales no generan en favor de la parte prestadora una comisión²¹⁹.

Los Comentarios consideran que dichos servicios no dan lugar a una comisión en favor de la parte prestadora. En nuestra opinión, dicha decisión no es conforme al apartado segundo del precepto en cuestión. En este caso, de acuerdo al criterio de empresa separada la valoración de las funciones realizadas por una parte de la empresa a favor del EP deben valorarse de acuerdo con el estándar de plena competencia.

c) Gastos derivados de la gestión general²²⁰.

Los Comentarios proponen la imputación de estos gastos en el EP de acuerdo a una parte proporcional del total de los mismos. Sin embargo, en nuestra opinión, este método puede no estar de acuerdo con el criterio de empresa separada. Entendemos que estos gastos deben imputarse al establecimiento permanente a precio de coste, y en atención, a las actividades empresariales del EP que puedan generar estos gastos.

Con posterioridad, la OCDE publicó el Modelo de Convenio en 1974, pero éste no implicaba ningún cambio en relación con la redacción del artículo 7 y sus Comentarios. Lo mismo sucedió con las actualizaciones del MCOCDE 1977 y 1992, las cuales tampoco implicaron ninguna modificación sustantiva respecto a la redacción del artículo 7.2 y 7.3 y su Comentarios.

Simplemente, la redacción del MCOCDE 1977 incluyó la premisa en su apartado segundo “sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3...” y, a modo aclaratorio, los Comentarios matizaron que el estándar de plena competencia no sólo debía ser aplicado en las operaciones realizadas por el EP con empresas asociadas –transacción– sino también cuando realizaba operaciones con su CC u otros EPs de la misma entidad –*dealing*–²²¹. Aunque, los Comentarios no detallaban cuando se consideraba que la actuación realizada entre partes de una misma empresa debía considerarse como una

²¹⁹ CMCOE77 art.7, par.16.

²²⁰ CMCOE77 art.7, par.17.

²²¹ CMCOE77 art.7, par.10.

operación interna o como una relación interna. Esta cuestión era fundamental, puesto que de ello dependía que el gasto asumido por el EP se considerase a precio de coste o a precio *at arm's length*.

En realidad, durante esta primera etapa, desde el MCOCDE 1977 hasta el MCOCDE 1994, las variaciones y modificaciones en la redacción del art.7 MCOCDE y sus Comentarios fueron de orden menor y puramente aclaratorios. A partir del MCOCDE 1994, fue cuando se incorporaron múltiples cambios, a raíz del primer informe de la OCDE sobre atribución de beneficios al EP. Éste fue el informe que precedió a la propuesta de la HT OCDE. Esta Hipótesis de Trabajo, posteriormente, implicó la elaboración de múltiples informes en esta materia, con la finalidad de desarrollar la metodología del AOA.

6.2. Primera etapa: Informes elaborados entre 1994-2007 y su inclusión en los Comentarios del artículo 7 MCOCDE 1977-2008.

Con el paso del tiempo, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE consideró que los diferentes métodos establecidos en el art.7 MCOCDE 1977, podían dar lugar a distintas prácticas para atribuir los beneficios al EP entre las empresas multinacionales y las Administraciones tributarias. La OCDE consideraba que esta situación generaba incertidumbre al contribuyente a la hora de atribuir los ingresos y gastos al EP y debía establecer un consenso internacional en esta materia.

En 1994, la OCDE redactó el primer informe en materia de atribución de beneficios al EP, que trataba de resolver cuestiones controvertidas respecto a la interpretación del art.7 MCOCDE 1977. Este informe propuso unas matizaciones e indicaciones en relación con la atribución de ingresos y gastos al EP, estas conclusiones fueron incorporadas en los CMOCDE 1994.

Finalmente, este informe concluyó explicando la necesidad de establecer una metodología única para evitar atribuciones de ingresos y gastos al EP asimétricas entre el contribuyente y las Administraciones tributarias.

Este informe precedió al planteamiento de la denominada HT OCDE. Esta Hipótesis de Trabajo fue propuesta en el borrador de atribución de beneficios al EP 2001, y dio lugar

a la redacción de otros documentos, hasta el 2010. Mediante este conjunto de trabajos, la OCDE trató de proponer una interpretación única del artículo 7 MCOCDE y un único método para determinar los beneficios empresariales atribuibles al EP.

Esta Hipótesis de Trabajo tenía como finalidad alcanzar un consenso internacional para atribuir los beneficios empresariales al EP. El objetivo de la OCDE era examinar hasta qué límite llegaba el alcance y extensión del EP como empresa hipotéticamente distinta y separada, y cómo las Directrices de precios de transferencia podían aplicarse por analogía para atribuir los beneficios al EP, de acuerdo con el estándar de plena competencia²²².

Los resultados de los distintos borradores e informes se introdujeron en los Comentarios de distintos MCOCDE. Los borradores elaborados durante el periodo del 2001 al 2007, propusieron matizaciones, modificaciones y variaciones respecto a la interpretación de las reglas sobre atribución de beneficios al EP. Finalmente, las conclusiones de estos documentos de la OCDE se aunaron en el informe final elaborado en 2008, y se incorporaron a los Comentarios de la actualización del MCOCDE 2008.

Posteriormente, la OCDE consideró que la aplicación de las propuestas de estos trabajos en la redacción anterior del art.7 resultaba compleja, y ello, generaba conflictos tanto para el contribuyente como para las Administraciones tributarias. Por ello, esta Organización elaboró una nueva redacción de este precepto en el MCOCDE 2010 y un nuevo informe de atribución de beneficios al EP en 2010.

Ante este planteamiento, la finalidad de los siguientes apartados es analizar los distintos trabajos realizadas por la OCDE en esta materia y valorar su aplicación desde el punto de vista de la redacción anterior del art.7 MCOCDE. Así, intentamos poner de manifiesto que el planteamiento de la Hipótesis de Trabajo supuso un incremento de conflictos en el contexto de la atribución de los beneficios al establecimiento permanente.

Por contra, el objetivo de estos apartados no es analizar cada uno de los elementos de la metodología propuesta al hilo del AOA, ya que estas cuestiones las analizaremos en el capítulo tercero al hilo de la redacción del artículo 7.2 MCOCDE 2010.

²²² OECD 2001 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par. 3.

6.2.1. El Informe predecesor al planteamiento de la Hipótesis de Trabajo de la OCDE (1994).

En 1994, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE elaboró el primer informe para examinar las reglas de atribución de beneficios al EP, con la finalidad de analizar las cuestiones controvertidas en esta materia para tratar de ofrecer una interpretación precisa de las mismas y detallar su correcta aplicación.

El punto de partida de este estudio fue el trabajo que realizó la *International Fiscal Association* en 1986 con motivo de su Congreso en Nueva York, cuyo primer tema fue “*The transfer of assets into and out of a taxing jurisdiction*”²²³, y el cuestionario que se envió a los Estados miembros de la OCDE en 1989²²⁴.

Este trabajo, bajo la rúbrica *Report on Attribution of Profit to Permanent Establishment*, completaba la serie denominada *Issues in International Taxation*²²⁵, y a su vez, fue el informe que precedió al planteamiento de la *working hypothesis* de la OCDE. La cual, posteriormente, se desarrolló en los borradores e informes 2001-2008.

Finalmente, los resultados de este informe se incorporaron en los Comentarios del art. 7 MCOCDE 1994, los cuales permanecieron prácticamente inalterados hasta la actualización del MCOCDE 2008²²⁶.

El Informe se centró en los problemas que derivaban del art.7 MCOCDE y sus Comentarios. Analizó las controversias derivadas de los distintos métodos establecidos en el precepto, y de las diversas interpretaciones de los criterios que rigen cada uno de ellos. En concreto, analizó estas cuestiones en relación con el tratamiento tributario de transacciones de bienes, activos tangibles e intangibles y la prestación de servicios entre el EP y la CC u otra parte de la empresa²²⁷.

²²³ IFA (1986).

²²⁴ 17 fueron los Estados que respondieron al cuestionario: Australia, Austria, Bélgica, Canda, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Portugal, España, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos.

²²⁵ *OECD 1994, Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: No.5.*

²²⁶ BONDARENKO (2011), p. 138.

²²⁷ *OECD 1994, Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: No.5.*

La OCDE entendía que el principal problema residía en la incertidumbre que generaba la existencia de un doble sistema desde el punto de vista del tratamiento de determinadas transferencias internas de bienes y servicios. Consideraba que resultaba complejo determinar si el tratamiento de una operación interna debía valorarse de acuerdo con el estándar de plena competencia²²⁸, o si, conforme a la naturaleza jurídica del EP, debía valorarse a precio de coste.

El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE entendía que de algún modo no era precisa la relación entre los métodos del art.7 MCOCDE 1977 y, en relación con el método directo los criterios de los apartados segundo y tercero de este artículo, porque mientras el apartado segundo requería valorar las operaciones entre la CC y el EP en cumplimiento con el estándar de plena competencia, la redacción del art.3 sugería una deducción en concepto de gastos a precio de coste.

Ante este escenario, esta Organización entendía que resultaba complejo calificar y valorar los acuerdos internos entre la casa centra y el EP. Por ello, consideró que era primordial adoptar una postura única para eliminar dicho enfoque doble. Esta propuesta tomaba como elemento fundamental las funciones realizadas por cada una de las partes, y en base a éstas, determinaba si el acuerdo interno debía calificarse como operación interna o como relación interna, puesto que su valoración era distinta²²⁹.

Finalmente, las propuestas planteadas en este documento de la OCDE también se introdujeron en los CMCOE 1994. Con ello, se suscitaron nuevas cuestiones relacionadas con la adecuación del contenido de este informe y los Comentarios introducidos en el MCOCDE con la redacción del artículo 7 MCOCDE 1977.

Se cuestionaba si las propuestas formuladas en ambos textos *soft law* estaban en consonancia con la interpretación que se infería del texto del artículo²³⁰. O si por el contrario, el contenido del informe de la OCDE y los Comentarios introducidos en el MCOCDE contribuían a un incremento del problema porque no estaban en concordancia con el significado del precepto²³¹.

²²⁸ MCOCDE art.7, par. 11-13.

²²⁹ *OECD 1994, Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: No.5*, p.15.

²³⁰ WEST (2017), p.123.

²³¹ RUSSO (2004), p. 477.

A fin de valorar el tratamiento propuesto por este informe de la OCDE respecto a determinadas operaciones internas entre la CC y el EP, a continuación las exponemos detalladamente:

a) Transferencia de bienes de la CC al EP: El informe establecía que la valoración dependía de si la mercancía iba a venderse posteriormente a una tercera parte, con independencia de si se trataba de bienes terminados o semi-terminados. Si la actividad ordinaria del EP era venderlos a un tercero se debían valorar a precios de mercado, en cambio, si estaban destinados a su uso debían valorarse como un reparto de costes²³².

Esta cuestión era planteada desde el punto de vista del EP, ya que con independencia de su valoración, era un gasto imputable a dicha parte de la empresa. Por contra, el problema surgía desde la perspectiva de la CC, porque determinados países no tomaban en cuenta los beneficios hasta que el EP realizaba la venta a un tercero. En cambio, otros gravaban directamente los beneficios nocionales incluso cuando no se había producido dicha venta a una tercera parte²³³.

El informe no exponía ninguna solución al respecto porque entendía que esta cuestión dependía de los propios ordenamientos jurídicos internos, y por ende debían ser ellos los que de manera unilateral alcanzasen un acuerdo.

En nuestra opinión, nos parece adecuado que el informe considere como elemento fundamental las funciones realizadas por cada una de las partes, aunque no es una novedad. Como hemos expuesto en el apartado anterior²³⁴, este es el elemento de referencia para calificar los acuerdos internos realizados entre dos partes de la empresa. Así, debemos valorar las funciones realizadas por cada una de las partes, con independencia de que la actividad ordinaria del EP sea una u otra.

De acuerdo con los razonamientos y argumentos expuestos anteriormente, la mera transferencia de un activo de una parte de la empresa a otra no implica una operación interna, porque en última instancia el EP es propietario legal del activo. En contra de este informe, pensamos que, de acuerdo con la asunción del EP como empresa distinta y

²³² *OECD 1994, Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: No.5*, pp.17-19. CMCOE94, art. 7, par. 17.3.

²³³ CMCOE94, art.7, par. 15.1.

²³⁴ Véase apartado 5.3: “El método directo basado en el criterio de empresa separada y el estándar de plena competencia”.

separada, única y exclusivamente debemos valorar a precios *at arm's length* las funciones que cada parte realice en favor de otra, pero no la mera cesión de un activo, con independencia de si éste se vende a una tercera parte o es utilizado en el desarrollo de la actividad empresarial.

También estamos en disconformidad con este informe de la OCDE, en relación con la asunción de la ficción que propone en relación con la figura del EP. El informe asimila el EP a una empresa independiente, mientras que la redacción del artículo claramente indica que el EP debe tratarse como una empresa distinta y separada.

En el apartado anterior²³⁵, hemos explicado que ambos términos no son sinónimos, por tanto, el hecho de considerar el EP como una empresa independiente implica una mayor extensión y alcance jurídico del que se infiere del texto del artículo. En nuestra opinión, el informe de la OCDE formula una propuesta cuya aplicación resulta compleja desde el punto de vista del texto del artículo. No obstante, las diferencias que conllevan ambos términos la explicaremos con detalle en el capítulo siguiente.

b) Utilización de un activo intangible por una parte de la empresa; El informe tomó como referencia si el EP había realizado funciones relacionadas con el desarrollo del activo intangible. En ese caso, valoraba su utilización a precio de coste, de lo contrario, consideraba que su utilización conllevaba el pago de un cánón a la CC²³⁶.

El informe practica una función que va más allá del ámbito tributario y omite que el EP es propietario legal del activo intangible. Tratando de asimilar al EP como una empresa independiente, cuestión respecto a la que nos hemos pronunciado en contra, este informe considera que el factor relevante para asimilar al EP de un modo u otro, es determinar si el mismo se había involucrado en el desarrollo del activo, o no. Puesto que de ello dependía que la utilización del activo se valorase conforme al estándar de plena competencia o a precio de coste.

En nuestra opinión, entendemos que el informe no está en consonancia con la interpretación que emana del precepto, porque ni el método directo establecido en el art. 7.2 MCOCDE 1977 permite considerar al EP como una empresa independiente, ni

²³⁵ Véase apartado 5.3: “El método directo basado en el criterio de empresa separada y el estándar de plena competencia”.

²³⁶ *OECD 1994, Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: No.5, p.20. CMCOE94 art.7, par. 17.4.*

podemos omitir que, en todo caso, el EP es propietario legal del activo intangible. Pensamos que ambas consideraciones constituyen una interpretación autónoma que no emana del precepto en cuestión.

c) Prestación de servicios del EP a la CC; El informe cuestionaba si la prestación de servicios por una parte de la empresa a otra debía valorarse a precio de coste o de acuerdo con el estándar de plena competencia²³⁷.

Desde la perspectiva del EP, el informe consideraba que ello dependía de si dicha prestación de servicios se enmarcaba en el contexto de la actividad ordinaria del EP, o no. Por ejemplo, si fuese una sucursal bancaria que proporcionase servicios financieros no había que distinguir si era una persona jurídica distinta o una parte de la empresa, porque en todo caso debía valorarse a precios *at arm's length*. Por el contrario, si por ejemplo dichos servicios respondían a una actividad relacionada con la gestión general de la empresa, debían valorarse a precio de coste.

En nuestra opinión, de acuerdo a los razonamientos y argumentos expuestos hasta el momento, la actividad ordinaria del EP no resulta vinculante. El acuerdo interno entre ambas partes de la empresa debe analizarse con independencia de las actividades empresariales realizadas por el EP. Las funciones que una parte de la empresa realiza en favor de otra, en todo caso, deben valorarse de acuerdo con el estándar de plena competencia, como si se contratase con una persona jurídica independiente.

d) Por último, el informe hace referencia a la asignación de un capital al establecimiento permanente. En este caso el Informe plantea si es necesario asignar una cuantía económica al EP en concepto de capital necesario para el desarrollo de sus actividades empresariales, o no. En caso afirmativo, el informe plantea si el EP debe devolver el capital y unos intereses que son deducibles, o si por el contrario, no daba lugar a ningún pago nocial²³⁸.

La introducción de este elemento fue una novedad. El informe consideraba que el EP debía poseer el capital necesario para el desarrollo de sus actividades empresariales, y

²³⁷ OECD 1994, *Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: No.5*, p.21. CMCOE94, art.7, par. 17.5–17.7.

²³⁸ OECD 1994, *Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: No.5*, pp. 22-24.

que dicha cuantía no da lugar a un pago notional en concepto de intereses del EP a su casa central.

Estamos de acuerdo con que la cesión de un capital al EP no debía dar lugar a un pago de intereses, puesto que en última instancia el EP es propietario legal de dicho activo. Por ello, no es coherente crear operaciones internas valoradas a precios *at arm's length* sobre un elemento que ya es de su propiedad.

Por esta misma razón, en contra del informe, no compartimos la necesidad de asignar un capital al EP, porque esta parte de la empresa puede hacer uso del mismo. Además, entendemos que la introducción de este elemento no se infiere de la dicción del precepto en cuestión. El precepto asimila el EP a una empresa separada, y ello delimita su ámbito al contexto puramente tributario. Es decir, en ningún caso esta ficción se extiende al ámbito legal o mercantil, por tanto en la medida en que el capital es un elemento de carácter mercantil de las sociedades, éste no debe tenerse en cuenta.

No obstante, en todo caso, a pesar de estar de acuerdo con la conclusión del informe, opinamos que el informe no es coherente consigo mismo. Puesto que, el informe asimila al EP como una empresa independiente, y desde este punto de vista, la asimilación de este acuerdo interno a un préstamo daría lugar al pago de intereses que serían deducibles en el pagador.

En definitiva, entendemos que este informe introdujo los elementos de la metodología que posteriormente se desarrolló en el resto de informes que la OCDE elaboró en esta materia, pero ello no significa que el mismo esté en consonancia con la interpretación que se infiere del precepto en cuestión.

Consideramos adecuado que el informe adopta como punto de partida las funciones que realiza el EP, aunque entendemos que la interpretación del precepto obliga a tener en cuenta todas las funciones realizadas por el EP, y no sólo las que constituyen su actividad empresarial ordinaria.

Sin embargo, opinamos que no es adecuado tratar de calificar los acuerdos internos realizados entre la CC y el EP en atención a la actividad ordinaria que éste realiza, porque debemos tener en cuenta todas las funciones que realiza y valorarlas de acuerdo con el estándar de plena competencia.

Por ello, la mera utilización de activos, tangibles e intangibles, con independencia de la actividad ordinaria del EP no da lugar a una operación interna, porque no se trata de unas funciones que una parte de la empresa realiza en favor de otra. Estas relaciones internas deben valorarse a precio de coste y no de acuerdo con el criterio *at arm's length*.

La explicación es la misma para calificar la necesidad de un capital por parte del EP para el desarrollo de sus actividades empresariales. La utilización del capital no puede asemejarse a un préstamo entre empresas independientes porque el EP ya es propietario legal del mismo. De manera que no da lugar a nuevas operaciones internas y pagos nocionales.

Este informe de la OCDE, en ocasiones, es incoherente y contradictorio consigo mismo, puesto que ante supuestos similares concluye de manera distinta. Puesto que, en el caso de la utilización de un activo, tangible o intangible, considera que en atención a la actividad empresarial del EP dará lugar a una operación interna que debe valorarse a precios de plena competencia, pero en el caso de la utilización del capital por parte del EP considera que no da lugar al pago de un interés.

También, entendemos inadecuado la asimilación que realiza el informe respecto al EP como una empresa independiente. Porque, como hemos explicado en los apartados anteriores, ambos términos no son sinónimos, y por tanto, no deben utilizarse de manera indiscriminada.

Con todo, entendemos que la OCDE era consciente de que las respuestas a las cuestiones abordadas en este documento presentaban incoherencias, contradicciones y argumentos que no encajaban desde la perspectiva de la interpretación del art.7 MCOCDE 1977, y por ello unos años más tarde redactó nuevos informes en esta materia.

Aun así, la OCDE introdujo en los CMCOODE 1994 la metodología propuesta en este informe para identificar y valorar los acuerdos entre el EP y la casa central que hemos expuesto en este apartado. Por ello, pensamos que es conveniente destacar que debemos tener en cuenta el carácter *soft law* de este documento y de los CMCOODE. De modo que, aunque las conclusiones de este documento se introdujesen en el MCOCDE, sólo se deberán tener en cuenta cuando estén en línea con la interpretación que se infiere del precepto.

6.2.2. Borradores de la OCDE de Atribución de Beneficios al Establecimiento Permanente (2001-2007).

A partir de 1998, después de la actualización del MCOCDE 1994, en el que se introdujeron modificaciones en los Comentarios del art.7, y de la publicación de las DPT 1995²³⁹, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE retomó el trabajo relacionado con la atribución de beneficios al EP.

La OCDE consideró que el informe realizado en 1994 no consiguió establecer un criterio internacional para atribuir los ingresos y gastos al EP. A pesar de haber abordado alguna de las cuestiones controvertidas en este contexto, entendía que no se había reducido la incertidumbre generada por la existencia de distintos métodos y la interpretación divergente de los criterios que rigen cada uno de ellos.

Así, desde el 2001 hasta el 2010 elaboró un conjunto de borradores e informes en esta materia, con el objetivo de consensuar una interpretación en relación con la metodología aplicable para atribuir los ingresos y gastos al EP, y evitar así atribuciones asimétricas que podían derivar en situaciones de doble imposición o imposiciones inferiores a la que correspondería²⁴⁰.

Con este objetivo, la OCDE planteó en 2001 la Hipótesis de Trabajo, que justificaría la elaboración de estos borradores e informes. El objeto de esta Hipótesis de Trabajo era examinar hasta qué límite llegaba el alcance y extensión del EP como empresa hipotéticamente distinta y separada y cómo las Directrices de precios de transferencia podían aplicarse por analogía para atribuir los beneficios al EP en consonancia con el criterio de plena competencia²⁴¹.

El borrador OCDE publicado en 2001 se centró en la Parte I: “Consideraciones Generales”, la cual aborda los aspectos generales de la metodología propuesta para atribuir los ingresos y gastos al EP, y en la Parte II: “Consideraciones especiales para aplicar la Hipótesis de Trabajo en los EPs de bancos”. No obstante, nuestro objeto de

²³⁹ OECD 1995 *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.

El documento oficial puede consultarse en el siguiente link:

https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en

²⁴⁰ OECD 2001 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par.2

²⁴¹ OECD 2001 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par.3.

estudio única y exclusivamente se centra en la parte primera, ya que no tratamos de manera específica los EPs de bancos.

La primera parte de este documento supuso un punto de inflexión respecto a la interpretación del artículo 7.2 MCOCDE 1977. De acuerdo con la HT OCDE, esta parte comparaba las operaciones internas realizadas entre el EP con su casa central, o con cualquier otra parte de la empresa, con las transacciones realizadas entre entidades independientes. Así, trataba de aplicar por analogía las DPT y valorar que si existen grandes diferencias o dificultades respecto a la aplicación de los principios, establecidos en su Capítulo primero, para determinar el beneficio atribuible al EP²⁴².

El borrador OCDE 2001 se decantó por el enfoque de entidad funcionalmente separada²⁴³ por razones de simplicidad, menor administración y consistencia, y en especial, porque éste respondía mejor a la aplicación de las DPT a para valorar las operaciones internas realizadas por el establecimiento permanente²⁴⁴.

De acuerdo con la Hipótesis de Trabajo, este trabajo propuso por primera vez la metodología del AOA. Estableció las dos etapas que componen esta metodología²⁴⁵.

La primera etapa, consistía en asimilar el EP a una empresa distinta e independiente, para lo cual por medio de un análisis funcional y de hecho determinaba las funciones realizadas por el EP, los activos utilizados y los riesgos asumidos por dicha parte de la empresa.

La segunda etapa, basada en la aplicación por analogía de las DPT para valorar las operaciones internas realizadas entre las partes de la empresa.

Así, éste trataba de alinear la metodología para atribuir los beneficios al EP con el contenido de las DPT. Mediante esta práctica, la OCDE entendía que armonizaba un criterio para atribuir los beneficios empresariales al EP. Sin embargo, el problema surgía ante el desconocimiento de aplicación de la metodología propuesta y su falta de aceptación por parte de empresas multinacionales y Administraciones tributarias.

A continuación, analizamos con mayor detalle esta metodología propuesta por la OCDE y los elementos fundamentales de cada una de las fases.

²⁴² OECD 2001 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par.67.

²⁴³ Véase apartado 2.1: “Preferencia del enfoque de entidad funcionalmente separada”.

²⁴⁴ RUSSO (2006), p. 100.

²⁴⁵ OECD 2001 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par.44.

En lo relativo a la primera fase, la primera crítica que formulamos es referente a la asimilación del EP a una empresa separada e independiente. Entendemos que esta asimilación tiene un difícil encaje desde el punto de vista de la redacción del precepto, puesto que, éste claramente establece que el EP debe considerarse como una empresa distinta y separada. El borrador considera el EP como una empresa independiente, a efectos de tener una mayor similitud con las personas jurídicas independientes y facilitar la aplicación de las Directrices de precios de transferencia. Sin embargo, de la redacción del artículo 7.2 MCOCDE 1977 no emana esta ficción, sino sólo la consideración del EP como una empresa separada.

Éste estipula que hay que tener en cuentas las funciones, activos y riesgos asumidos por la empresa, sin embargo dos partes de la misma empresa no pueden firmar contratos para determinarlos. Así, ante esta dificultad el borrador establece como elemento esencial las funciones realizadas por el establecimiento permanente. Así, la función deberá calificarse de un modo u otro, dependiendo si forma parte de su actividad ordinaria.

Sin embargo, el trabajo no establece con detalle el procedimiento a seguir. Simplemente, en relación con el elemento de las “funciones”, hace una remisión a las DPT, que en ningún caso explica la metodología aplicable²⁴⁶.

En relación con la asignación de los activos, el EP introduce un nuevo concepto. La metodología estipulada por este documento hace referencia a la propiedad económica²⁴⁷, pero, ni define este término ni expone unas pautas para identificarlo.

La introducción de este nuevo concepto nos parece compleja de entender, porque por un lado, desde la perspectiva jurídica se desconoce este término, y por otro lado, el activo ya es propiedad legal del EP, así como del resto de la empresa. Además, este concepto tampoco se infiere de la dicción del precepto, ya que el mismo no está ni explícita ni implícitamente establecido.

Además, éste distingue entre las figuras del propietario económico y arrendatario, cuando en realidad el EP es el propietario legal del activo en cuestión. Dependiendo de cada una de estas figuras el EP podrá deducir unos gastos en concepto de amortización de la depreciación del bien o unos gastos en concepto de arrendamiento.

²⁴⁶ OECD 2001 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par.47-52.

²⁴⁷ OECD 2001 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par.53-55.

El borrador determina que hay que tener en cuenta los riesgos imputables al EP, pero tampoco detalla el conjunto de pautas aplicables para cuantificarlos²⁴⁸.

En nuestra opinión, la metodología en la que se basa esta primera fase es imprecisa porque simplemente establece unas pautas generales que resultan de compleja aplicación desde el punto de vista del art.7.2 MCOCDE 1977. Asimismo, el criterio principal en el que reposa nos parece inadecuado, éste es el criterio de empresa independiente.

Ante la intención de alinear el tratamiento de las DPT en el contexto del EP, esta metodología trata de asimilar a esta parte de la empresa a una entidad independiente. Sin embargo, la redacción del precepto restringe la ficción al término de empresa separada. De modo que, si la metodología propuesta ha sido diseñada de acuerdo con la ficción de empresa independiente, no es de extrañar que las pautas establecidas puedan generar conflictos respecto a su aplicación bajo el criterio de empresa separada.

Por último, el documento considera que es necesario asignar al EP el capital necesario para que pueda asumir el desarrollo de sus funciones y la utilización de activos. Sin embargo, a pesar de que el borrador trata de asimilar el EP a una empresa independiente, en este caso, no permite considerar la utilización de un capital por parte del EP como un préstamo que devengaría intereses deducibles en el pagador.

Este documento de la OCDE no comparte esta argumentación y, de manera autónoma, introduce el concepto de capital libre. Este concepto, desconocido hasta ese momento, responde a la cuantía mínima que el EP necesita para desarrollar su actividad empresarial, que no debe ser asimilada a un préstamo de la CC al EP, y por ende, no da lugar a un pago nocial en concepto de interés²⁴⁹.

Para ello establece tres métodos o alternativas; El primer enfoque, consiste en determinar el capital de toda la empresa y distribuirlo entre sus distintas partes en atención a los activos utilizados y los riesgos asumidos. El segundo método, trata de establecer un capital mínimo para el EP similar al exigido por el Derecho doméstico para las empresas. La tercera alternativa, establece un ratio de deuda y capital similar al de las empresas comparables.

²⁴⁸ OECD 2001 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par.56-58.

²⁴⁹ OECD 2001 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par.127.

Desde nuestra perspectiva, estamos en total desacuerdo con este elemento. A pesar de estar de acuerdo con la OCDE en relación a que la utilización del capital por parte del EP no genera un pago nociónal en concepto de intereses, puesto que dicho elemento ya es propiedad del EP.

En atención a la redacción del artículo 7.2 MCOCDE 1977, como posteriormente expondremos, este elemento no se infiere del texto porque la ficción del EP como empresa separada queda restringida al ámbito puramente tributario, y el capital es un elemento de carácter mercantil o legal de las entidades.

La segunda fase de la metodología propuesta por la OCDE trata de valorar las operaciones internas, realizadas por el establecimiento permanente, de acuerdo con el criterio de plena competencia²⁵⁰.

La cuestión que se suscita en esta fase es si este conjunto de pautas, que fueron inicialmente diseñadas para valorar transacciones realizadas entre empresas asociadas²⁵¹, es decir personalidades jurídicas distintas, son aplicables para valorar operaciones internas realizadas entre dos partes de la misma empresa.

No obstante, a fin de no extralimitarnos en nuestro objeto de estudio, nos limitamos a establecer las bases de las operaciones internas, asumiendo que el criterio de plena competencia es aplicable en la valoración de las mismas.

Con todo, opinamos que ofrece una metodología imprecisa, basada, erróneamente, en la asunción del EP como una empresa independiente y en constantes asunciones, que indirectamente dependen de las funciones realizadas por el EP.

Este trabajo de la OCDE ni siquiera ofrece unas pautas precisas y detalladas sobre la metodología propuesta para asignar las funciones, activos y riesgos al EP y la posterior valoración de las operaciones en aplicación de las DPT OCDE. Sólo ofrece una serie de ejemplos que tratan, de manera poco satisfactoria, de cubrir el amplio abanico de operaciones que se pueden realizar entre partes de la empresa.

En nuestra opinión, esta metodología está basada en un conjunto de asunciones de difícil encaje en la redacción e interpretación del artículo 7.2 MCOCDE 1977. Asimismo,

²⁵⁰ OECD 2001 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, par. 43.

²⁵¹ VERDONER (2009), p. 406.

también introduce conceptos cuya aceptación resulta compleja desde el punto de vista jurídico, sobre todo, el concepto de propiedad económica y capital libre.

En conclusión, este borrador siguió el trabajo iniciado por el informe OCDE 1994. De acuerdo, con la HT OCDE, propuso una metodología para atribuir los beneficios al EP, sin embargo, como hemos expuesto no significa que la misma tenga cabida desde el punto de vista e interpretación del artículo 7.2 MCOCDE 1977.

Entendemos que las continuas presunciones sobre las que se basa este trabajo de la OCDE, además de la carencia de pautas precisas, dan lugar a un incremento de la problemática respecto a la atribución de los beneficios al establecimiento permanente. Así, la intención de la OCDE por incorporar su interpretación particular del precepto en cuestión y su deseo por implementar una metodología alineada con las DPT se ve desacreditada desde el momento en que no es aplicable a muchas de las situaciones en las que puede verse inmerso el establecimiento permanente.

En nuestra opinión, entendemos que una interpretación puede estar en mayor o menor concordancia con la redacción del artículo en cuestión, pero esta cuestión es distinta al hecho de proponer una interpretación y metodología autónoma, basada en un conjunto de elementos y asunciones, que en ningún caso emana de la dicción del precepto.

El siguiente borrador de discusión, publicado en 2003, abordó la Parte III: “Aplicación de la Hipótesis de Trabajo a los establecimientos permanentes de las empresas de negociación de instrumentos financieros”²⁵². No obstante, a efectos de no desviarnos de nuestro objeto de estudio no profundizamos en su contenido.

²⁵² Esta parte también lidia con aspectos referentes a los precios de transferencia que involucran empresas separadas porque fue la continuación de los borradores de *OECD 1997-1998 The Taxation of Global Trading of Financial Instruments*.

Un año más tarde, en 2004, el GT OCDE N°1, decidió tener en cuenta los comentarios recibidos y publicó un nuevo borrador de las Partes I²⁵³, II²⁵⁴, III²⁵⁵.

A continuación, comentamos la primera parte de este borrador: “Consideraciones Generales”. A efectos de no repetir las ideas expuestas al hilo del borrador OCDE 2001, destacamos sólo los cambios más relevantes que introdujo este borrador, y valoramos su cabida desde la perspectiva de la redacción e interpretación del artículo 7 MCOCDE 1977.

En nuestra opinión, la principal novedad de este documento fue la introducción de un nuevo elemento, las llamadas funciones empresariales clave de asunción de riesgo, conocidas por su término inglés *key entrepreneurial risk-taking functions* (en adelante, KERT). Este trabajo, introdujo este concepto como elemento fundamental para determinar las funciones realizadas por el EP, los activos utilizados y los riesgos asumidos por dicha parte de la empresa.

En concreto, de acuerdo al significado expuesto en el mismo, las funciones empresariales clave de asunción de riesgo eran las funciones económicamente significativas y aquellas responsabilidades asumidas por el EP, las cuales se determinaban conforme a la realidad

²⁵³ OECD 2004 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part I General Considerations*

El documento oficial puede consultarse en el siguiente link:

http://ibfd.ent.sirsiidynix.net.uk/client/en_GB/ibfdlibrary/search/results?qu=OECD&qf=IBFD_AUTHOR_ALL%09Author%09OECD+Committee+on+Fiscal+Affairs%09OECD+Committee+on+Fiscal+Affairs&rw=36&lm=LIB_CATALOG&st=PA

²⁵⁴ OECD 2004 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part II Banks*”

El documento oficial puede consultarse en el siguiente link:

http://ibfd.ent.sirsiidynix.net.uk/client/en_GB/ibfdlibrary/search/results?qu=OECD&qf=IBFD_AUTHOR_ALL%09Author%09OECD+Committee+on+Fiscal+Affairs%09OECD+Committee+on+Fiscal+Affairs&rw=36&lm=LIB_CATALOG&st=PA

Para mayor estudio en esta materia, entre otros, véase: MASCARELLO (2006), pp. 54-72; BAKKER (2006a), pp.74-78; BAKKER; VAN HOEY SMITH (2004); KOBETSKY (2005), pp.48-62.

²⁵⁵ OECD 2004 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part III Enterprises carrying on global trading of financial instruments.*

El documento oficial puede consultarse en el siguiente link:

http://ibfd.ent.sirsiidynix.net.uk/client/en_GB/ibfdlibrary/search/results?qu=OECD&qf=IBFD_AUTHOR_ALL%09Author%09OECD+Committee+on+Fiscal+Affairs%09OECD+Committee+on+Fiscal+Affairs&rw=36&lm=LIB_CATALOG&st=PA

Para mayor estudio en esta materia, entre otros, véase: HOWARD; SAUNDERS (2007); BAKKER (2004), pp.255-263; VV.AA. (2003), pp.150-159.

económica de la empresa que, a su vez, debía estar adecuadamente reflejada en la contabilidad de las partes de la empresa²⁵⁶.

De modo que, las funciones de esta índole son las que realizaba el personal del EP y requerían una toma de decisiones activa en relación con la generación de la mayoría de los beneficios²⁵⁷. Por contra, las decisiones que no requieran la toma activa de decisiones, envuelvan o no a personas físicas, por definición no eran funciones KERT²⁵⁸.

Este borrador de discusión establecía una metodología similar a la que posteriormente tendría lugar, aunque con la diferencia de que los activos y los riesgos no seguían las funciones humanas significativas sino las funciones empresariales clave de asunción de riesgo²⁵⁹, a fin de atribuir la propiedad económica de los activos y determinar los riesgos atribuibles.

A nuestro parecer, este enfoque es un tanto más restrictivo que el anterior, porque en lugar de tener en cuenta todas las funciones realizadas por el EP, sólo tiene en consideración las funciones de esta índole. Estas funciones se convirtieron en el único elemento fundamental para asignar los activos y riesgos al EP, porque considera que tanto la propiedad económica de los activos como los riesgos que asume el EP en última instancia depende de estas funciones.

La imposición de estas funciones como las únicas relevantes a tener en cuenta no es conforme al artículo 7 MCOCDE 1977, porque del artículo no se infiere que sólo se deban tener en cuenta las funciones de esta índole. Además, si entendemos que sólo hay que tener en cuenta este tipo de funciones, porque son las únicas que generan beneficios al EP, nos lleva a pensar otra vez en una división de funciones²⁶⁰.

En lo relativo a los activos, este borrador también detalló una distinción en relación con los activos intangibles. Distinguió entre activos de comercialización –*trade intangibles*– y activos de marketing –*marketing intangibles*–. Así como, entre activos intangibles de desarrollo interno –*internally developed intangible*– y activos adquiridos –*acquired*

²⁵⁶ RUSSO (2006), p. 103.

²⁵⁷ OECD 2004 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, – Part I General Considerations, p.52.

²⁵⁸ BLACK (2010b), p. 62.

²⁵⁹ Conocidas por su terminología inglesa “*Key Entrepreneurial Risk- Taking Functions*” (por sus siglas, KERT)

²⁶⁰ BLACK (2010b), p. 63.

intangibles–, cada uno de ellos con un tratamiento distinto respecto a la asignación de la propiedad económica.

Esta distinción de activos no sólo puede dar lugar a un problema derivado de su cuantificación sino también de su calificación, de modo que ante la ausencia de reglas precisas no es de extrañar que la problemática incremente.

En relación con el capital libre al EP, este borrador también introdujo determinadas novedades, porque estableció, que una vez determinaba la financiación desde la perspectiva global, determinaba qué cuantía debía representar el capital libre en atención a uno de los siguientes métodos: “capital allocation approach”, enfoque de asignación de capital basado en la determinación del mismo en atención a los activos y riesgos del EP, “economic capital allocation approach” bajo el que el capital libre se asigna bajo un análisis de riesgos, “thin capitalization approach” que equipara el EP a una empresa independiente, “quasi-thin capitalization approach or regulatory minimum capital approach”, bajo el que asigna un capital mínimo requerido a efectos regulatorio.

Ambos elementos demuestran la variación en el enfoque interpretativo de la redacción del artículo 7.2 MCOCDE 1977, porque a nuestro entender, este elemento ni se infiere de la interpretación del precepto ni resulta necesario desde la perspectiva de la ficción del EP como empresa separada y restringida a efectos fiscales.

En cualquier caso la variedad de enfoques relativos a este elemento claramente da lugar a la imputación de un capital mínimo distinto, lo cual significa que a pesar de que la OCDE buscaba la implementación de un enfoque unánime, sus trabajos fueron los primeros en que como estamos observando estaban llenos de lagunas, contradicciones y excepciones a la regla general. La asignación de un capital libre, a pesar de ser un concepto jurídicamente desconocido, es un claro ejemplo de esta diversidad de enfoques que a nuestro entender no provoca nada más que un incremento de problemas en el contexto de la atribución de beneficios al EP entre las empresas multinacionales y las Administraciones tributarias de las distintas jurisdicciones.

En definitiva, pensamos que este borrador supone un nuevo enfoque que se desvía de la interpretación de la redacción del artículo y de la interpretación formulada en el Informe OCDE 1994. Este enfoque, no se infiere de la redacción del precepto, porque éste trata de ir más allá de la ficción establecida en el art.7.2 MCOCDE 1977, al asimilar al EP como una entidad puramente independiente.

Este enfoque genera una mayor incertidumbre al basar la atribución de beneficios al EP en las funciones de esta índole. Además, los elementos que introduce son, cuanto menos, desconocidos desde la perspectiva jurídica. Por consiguiente, estos elementos suponen una interpretación autónoma del artículo 7 MCOCDE 1977.

En 2005, la OCDE publicó un borrador de discusión sobre un tema que no había sido tratado, este borrador, denominado Parte IV: “aplicación de la Hipótesis de Trabajo a los establecimientos permanentes de las compañías de seguros”²⁶¹, constituyó la última parte del informe sobre atribución de beneficios al EP. No obstante, a efecto de no extralimitarnos de nuestro objeto de estudio no analizamos este documento.

En 2006, la OCDE publicó la versión final de las Partes I, II y III. En lo que respecta a la Parte I: “Consideraciones generales”, su contenido era prácticamente idéntico al del borrador OCDE 2004. La única diferencia más relevante es que las funciones clave de asunción de riesgo fueron sustituidas por las denominadas funciones humanas sustantivas (en adelante, FHS), conocidas por su término en inglés *significant people functions* (en adelante, SPF), aunque su finalidad era similar. Un año más tarde, en 2007, la OCDE publicó la redacción definitiva de la Parte IV.

En 2008, esta Organización aunó las cuatro partes que hasta ese momento habían sido abordadas de manera separada, y redactó el Informe final de atribución de beneficios al EP. Aunque esta versión no es más que la compilación de los textos anteriores, introduce ciertas matizaciones sobre la metodología para atribuir los beneficios empresariales al EP y denomina explícitamente a dicha metodología como el Criterio Autorizado de la OCDE²⁶².

Por último, en 2010 se publicó el último informe, cuyo contenido era idéntico al de 2008, pero alineaba su redacción con los Comentarios de la nueva versión del art.7 incorporada en el MCOCDE 2010.

²⁶¹ OECD 2005 *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part IV Insurance*”.

El documento oficial puede consultarse en el siguiente link:

http://ibfd.ent.sirsidynix.net.uk/client/en_GB/ibfdlibrary/search/results?qu=OECD&qf=IBFD_AUTHOR_ALL%09Author%09OECD+Committee+on+Fiscal+Affairs%09OECD+Committee+on+Fiscal+Affairs&rw=36&lm=LIB_CATALOG&st=PA

Para mayor estudio en esta materia, entre otros autores, véase: BAKKER (2006b), pp. 15-23.

²⁶² OECD 2008 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.3.

En los siguientes apartados comentamos estos informes.

6.2.3. Valoración crítica de las modificaciones en los Comentarios del artículo 7 MCOCDE 1994-2005.

La actualización del Modelo de Convenio de la OCDE de 1994 incorporó en sus Comentarios las modificaciones propuestas en el informe de 1994 “Atribución de beneficios al establecimiento permanente” que permanecieron inalteradas hasta MCOCDE 2008²⁶³. Es decir, los Comentarios del art. 7 MCOCDE introdujeron parcialmente las propuestas del primer informe de la OCDE sobre atribución de beneficios al establecimiento permanente, pero no introdujeron ninguna de las proposiciones formuladas en los borradores OCDE 2001 a 2007.

Los CMOCDE que hay que observar para analizar en qué medida se implementaron dichas proposiciones, realmente no son los del apartado segundo sino los del tercero. Esta relación resulta coherente porque el artículo debe ser analizado desde la perspectiva del establecimiento permanente y no desde la CC. Por ello, con independencia de si la operación debe valorarse en cumplimiento con el criterio de plena competencia o si debe valorarse a precio de coste, en ambos casos supone la imputación de un gasto para el establecimiento permanente.

Los Comentarios introducen la metodología propuesta por el Informe OCDE 1994 para determinar el tratamiento fiscal de las operaciones internas entre el EP y la casa central. Los comentarios distinguen dos posibilidades para valorar la operación; Si el gasto inicialmente incurrido para la realización de las funciones tiene como propósito principal vender un bien o servicio y obtener un beneficio, la operación interna deberá valorarse en cumplimiento con el estándar de plena competencia.

Por contra, si el EP utiliza un activo a fin de para el simple desarrollo de sus funciones, el gasto que deriva de su utilización será valorado a precio de coste .

Como hemos expuesto anteriormente, pensamos que este planteamiento no es del todo correcto porque, de acuerdo con la redacción e interpretación del precepto, las funciones

²⁶³ BONDARENKO (2011), p.138.

CMOCDE94, art.7, par.17.2.

que una parte de una empresa realiza en favor de otra parte deben retribuirse, es decir valorarse de acuerdo con el estándar de plena competencia.

Sin embargo, la mera utilización del activo, el cual también es propiedad del EP no debe generar un beneficio para ninguna de las partes. Dicha utilización debe ser valorada a precio de coste, con independencia de si el mismo es un activo²⁶⁴ o intangible²⁶⁵, y si posteriormente se vende, o no, a una tercera parte.

Por contra, de acuerdo con los Comentarios, en el caso de que una parte de la empresa reste un servicio a otra parte, debe valorarse a precios *at arm's length*, aplicando un margen de beneficio en favor de la parte que lo presta²⁶⁶.

Del mismo modo que comentamos al hilo del Informe OCDE 1994, nos parece inadecuada la inclusión del Comentario que sugiere la asignación de un capital libre a favor del establecimiento permanente, que en ningún caso da lugar a un interés deducible en el EP²⁶⁷.

A pesar de estar de estar de acuerdo con que la utilización de un capital por parte del EP no debe dar lugar a un pago nocial en concepto de interés. Entendemos que directamente este concepto no debe tenerse en cuenta, porque ni se infiere de la redacción del precepto, ni resulta necesario para atribuir los ingresos y gastos al EP, que queda delimitado al ámbito tributario²⁶⁸.

En definitiva, pensamos que los Comentarios del art.7 MCOCDE 1994 al MC OCDE 2005, en su mayoría no son adecuados. La interpretación del precepto, condicionada por la ficción restringida del EP, solo permite identificar y valorar a precios *at arm's length* las funciones que cada parte realiza en favor de otra.

Por contra, el resto de acuerdos internos entre el EP y su casa central, u otras partes de la empresa, deben asimilarse a relaciones internas cuya valoración debe practicarse a precio de coste, sin generar ningún beneficio para alguna de las partes.

²⁶⁴ CMCOCE94, art.7, par.17.3.

²⁶⁵ CMCOCE94, art.7, par.17.4.

²⁶⁶ CMCOCE94, art.7, par.17.5.

²⁶⁷ CMCOCE94, art.7, par.18.1-18-3.

²⁶⁸ CMCOCE94, art.7, par.18-3.

Por ello, entendemos que casi todos los Comentarios introducidos en el MCOCDE 1994, a raíz del informe de la OCDE 1994, no deben tenerse en cuenta porque no están en consonancia con la redacción e interpretación que se infiere del precepto en cuestión.

6.3. Segunda etapa: El informe de la OCDE sobre atribución de beneficios al EP 2008 y los Comentarios introducidos en el artículo 7.2. MCOCDE 2008.

Tras la publicación del conjunto borradores expuestos en los apartados anteriores, la OCDE publicó en 2008 la versión final del Informe sobre Atribución de los Beneficios al Establecimiento Permanente.

Esta versión era una compilación de los últimos borradores de las cuatro partes, aunque introduce ciertas matizaciones sobre la metodología para atribuir los beneficios empresariales al EP, su contenido era prácticamente idéntico. La OCDE denominó explícitamente a esta metodología como el Criterio Autorizado de la OCDE²⁶⁹.

La metodología propuesta por el informe OCDE 2008, seguía las pautas que se habían establecido en los borradores anteriores, ambas fases constituían el AOA.

La primera fase del informe estableció el análisis funcional y factual. Tomando como punto de partida las SPF realizadas por el EP, asignaba la propiedad económica de los activos que el EP y los riesgos asumidos por dicha parte de la empresa. Asimismo, también establecía la necesidad de asignar un capital libre al EP para que éste pudiese realizar sus funciones, utilizar los activos y asumir los riesgos que se le habían atribuido²⁷⁰.

La segunda fase, tras la identificación de las operaciones internas realizadas entre el EP y la casa central, obligaba a valorarlas de acuerdo con el estándar de plena competencia, aplicando por analogía las DPT²⁷¹.

Los Comentarios del art.7.2 MCOCDE 2008, en comparación con sus actualizaciones pasadas, supusieron un punto de inflexión tendente a la incorporación definitiva del AOA.

²⁶⁹ OECD 2008 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.3.

²⁷⁰ OECD 2008 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.18.

²⁷¹ BONDARENKO (2011), p.142.

La OCDE consideraba que de este modo se reducía la incertidumbre en relación con el método aplicable para atribuir los ingresos y gastos al EP. Sin embargo, en nuestra opinión, la introducción de estos Comentarios no acreditan de *per se* la compatibilidad del Criterio Autorizado OCDE con la redacción de la versión anterior del artículo 7 MCOCDE.

En concreto, el Comentario 18 MCOCDE 2008²⁷² es el que la OCDE introdujo para remitirse al informe OCDE 2008, mediante la introducción de la metodología del AOA. Sin embargo, a nuestro entender ello no significa que el mismo deba ser aceptado automáticamente, sino que debemos valorar si dicha metodología está, o no, en concordancia con la redacción e interpretación que se infiere del art.7.2 MCOCDE 1977.

A continuación, analizamos este Comentario y su remisión al informe OCDE 2008, aunque, si nuestros comentarios coinciden con los expuestos en los apartados anteriores, los exponemos brevemente a efecto de no repetirnos.

En relación con el análisis funcional y factual, que compone la primera fase de la metodología del AOA, concluimos que las funciones que denomina como funciones humanas sustantivas no son las únicas que deben tenerse en cuenta para atribuir los ingresos y gastos al EP. Este elemento no se infiere de la interpretación del precepto, y por ende hay que tener en cuenta todas las funciones realizadas por el EP. Pensamos que debemos tener en cuenta las funciones realizadas por el EP para, posteriormente, valorar las operaciones internas que realiza con otra parte de la empresa, y las transacciones con empresas independientes, pero ello no significa que única y exclusivamente debamos tener en cuenta este grupo de funciones.

²⁷² CMCOCE08, art. 7, par. 18:

“El primer paso del enfoque requiere la identificación de las actividades realizadas por el EP por medio del análisis funcional y factual. Bajo la primera fase, las actividades económicamente significativas y las responsabilidades asumidas por el EP deben identificarse. Este análisis debe, en la medida de lo posible, considera las actividades y responsabilidades asumidas por el EP en el contexto de las actividades y responsabilidades asumidas por la empresa en total, particularmente, aquellas partes de la empresa involucradas en las operaciones internas de la empresa. Bajo la segunda fase del enfoque, la remuneración de cualquier operación interna se determinará mediante la aplicación por analogía de los principios desarrollados para la aplicación del principio de plena competencia entre empresas asociadas por referencia a las funciones realizadas, activos utilizados y riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y el resto de la entidad.”

En relación con la asignación de los activos utilizados por el EP, opinamos que la metodología no está en concordancia con la redacción del precepto. No sólo debemos tener en cuenta los activos utilizados por el EP en la realización de todas sus funciones, sino también debemos valorar la utilización de los mismos.

El informe OCDE 2008, considera que hay que determinar qué parte de la empresa ostenta la propiedad económica del activo. Sin embargo, este concepto no sólo es desconocido desde la perspectiva jurídica, sino que además de que debemos tener en cuenta todas las actividades realizadas por el EP, esta parte de la empresa ya es propietaria legal del mismo.

Por tanto, pensamos que la utilización del activo por parte del EP, siempre debe valorarse a precio de coste. Entendemos que la mera utilización del EP no puede generar nuevas operaciones internas ficticias, que impliquen un beneficio en favor de una de las partes. Por ello, la valoración debe valorarse como un reparto de costes.

Esta metodología considera que el EP sólo asume los riesgos derivados de las funciones humanas sustantivas realizadas. Entiende que como sólo hay que tener en cuenta este tipo de funciones, el EP no puede asumir ningún otro riesgo.

Como hemos expuesto anteriormente, esta delimitación de la asunción del riesgo tampoco está en consonancia con la redacción del precepto.

El Comentario 18 del art. 7 MCOCDE 2008 no especifica que el EP debe recibir un capital libre en concepto de cuantía necesaria para realizar sus funciones, utilizar los activos y asumir los riesgos. Sin embargo, el informe OCDE 2008, en línea con los borradores anteriores, considera que sí que es necesario, asimilando el capital libre a una financiación que no genera un pago nocial en concepto de intereses.

En nuestra opinión, como hemos expuesto anteriormente, este elemento ni se infiere del precepto, ni tampoco debe tenerse en cuenta en la medida en que la ficción del EP queda limitada al ámbito tributario, y éste es un elemento de naturaleza legal o mercantil.

La segunda fase del AOA, aplica las DPT²⁷³ por analogía. Sin embargo en ningún caso el precepto se remite a estas pautas. De la redacción del artículo (en adelante, art.) , a lo sumo, se infiere la obligación de valorar las operaciones internas como si hubiesen sido

²⁷³ HARRISON; WALSH (2016), p.59 admite que este conjunto de reglas teóricamente refleja y desarrolla el criterio de plena competencia.

realizadas entre partes independientes, y por tanto, deben valorarse a precios de mercado o libre competencia, pero ello no supone la aplicación incondicional de las DPT.

No obstante, en la medida en que esta cuestión no es abordada en nuestro objeto de estudio, nos limitamos a asumir la aplicación de este conjunto de pautas, tras la identificación de las operaciones internas realizadas por el EP con otras partes de la empresa.

En definitiva, las conclusiones respecto a la introducción del Comentario 18 en el artículo 7 MCOCDE 2008, y su implícita remisión al informe OCDE 2008 son similares a las que hemos expuesto en relación con los borradores de esta materia.

Con todo, opinamos que en ningún caso el Comentario 18 del art. 7 MCOCDE 2008, ni el informe OCDE 2008 deben ser tenidos en cuenta para atribuir los ingresos y gastos al EP. Ambos documentos no están en concordancia con la redacción e interpretación que se infiere del art.7.2 MCOCDE 1977.

Hemos de tener en cuenta que ambos textos no tienen un carácter vinculante, son meros documentos *soft law*, que en tanto en cuanto se desvían de la interpretación que desde el punto de vista jurídico emana de un artículo, o extralimitan su alcance y contenido, no pueden tenerse en cuenta. Pues de lo contrario, generaría un efecto contrario al que inicialmente había propuesto la OCDE. Es decir, esta situación incrementaría el conflicto entre el contribuyente y las Administraciones tributarias en esta materia, y generaría una mayor incertidumbre en relación con la atribución de ingresos y gastos al EP. Ello, podría derivar en atribuciones asimétricas y situaciones de doble imposición.

Por ello, no es de extrañar que este escenario protagonizado por la metodología del Criterio Autorizado OCDE, elaborado al hilo de la Hipótesis de Trabajo planteada por esta Organización, derivase en múltiples conflictos, tanto entre los contribuyentes con la AT, como entre las propias autoridades fiscales de los Estados.

Consideramos que, en última instancia, la OCDE fue consciente de que esta metodología, que trataba de asimilar al EP a una persona jurídica independiente para aplicar por analogía las DPT, producía múltiples problemas en el contexto de la atribución de los beneficios al EP. Además, ésta no sólo estaba protagonizada por las ficciones que la redacción del precepto obliga a practicar, sino por un encadenamiento de elementos ficticios cuyo encaje en la redacción del art.7.2 MCOCDE 1977 resultaba complejo.

Con todo, entendemos que nuestras conclusiones estaban en línea con las decisiones y actuaciones realizadas por la OCDE. Lo cual se demuestra con la redacción de la nueva versión del artículo 7 en el MCOCDE 2010.

6.4. Tercera etapa: El Criterio Autorizado de la OCDE y la nueva versión del artículo 7 MCOCDE 2010.

La OCDE, introdujo en el MCOCDE 2008 la metodología que esta Organización denominó como Criterio Autorizado. En concreto, el Comentario 18 del artículo 7 de este Modelo de Convenio, plasmó este enfoque que, supuestamente, se desarrollaba en el informe de la OCDE sobre atribución de beneficios al EP, publicado en 2008.

Sin embargo, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE consideró que esta metodología planteaba problemas de aplicación en relación con la redacción del método directo establecido en el art.7.2 MCOCDE 1977. Por ello, consideró conveniente modificar la redacción del art.7, por una que estuviese en concordancia con la metodología del Criterio Autorizado OCDE.

En 2010, la OCDE publicó una nueva versión del art.7 en el Modelo de Convenio de la OCDE²⁷⁴ y un nuevo informe sobre atribución de beneficios empresariales al EP²⁷⁵. El contenido de este informe era prácticamente idéntico al anterior, pero suprimía las referencias obsoletas a la versión anterior del precepto y alineaba la redacción de ambos textos.

La incorporación del Criterio Autorizado OCDE en el texto del precepto, supuso un cambio en la ficción del EP, ya que pasó de asimilarse a una entidad separada a ser asimilada a una entidad independiente. La extensión absoluta de esta ficción del EP repercutiría en la delimitación de las operaciones internas entre el EP y otras partes de la empresa, así como en la atribución de ingresos y gastos al mismo.

La conjugación de ambos textos trataba de ofrecer mayor certidumbre a los contribuyentes, y eliminar las diferencias interpretativas, a la hora de atribuir los beneficios empresariales al EP²⁷⁶. Sin embargo, en contra de la opinión del algún autor²⁷⁷ en favor de esta metodología, pensamos que en todo caso ésta queda a expensas de que

²⁷⁴ MCOCDE10, art.7:

“1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese Estado.

2. A los efectos de este artículo, y del artículo [23A] y [23B], los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.

3. Cuando de conformidad con el apartado 2 un Estado contratante ajuste los beneficios imputables al establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados contratantes, y en consecuencia, grave los beneficios de la empresa que ya han sido gravados por el otro Estado, ese otro Estado, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, practicará el ajuste correspondiente en la cuantía del impuesto aplicado sobre los mismos. En caso necesario, las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán para la determinación de dicho ajuste.

4. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo.”

²⁷⁵ OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments.

El documento oficial puede consultarse en el siguiente link:

<https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf>

²⁷⁶ OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, par.8.

²⁷⁷ KOFLER (2013), 659.

la metodología del Criterio Autorizado OCDE sea aplicable, y esté en concordancia con la redacción e interpretación que se infiere del artículo 7.2 MCOCDE 2010. Cuestión que será analizada en el tercer capítulo de este trabajo.

Por el momento, nos hemos limitado a analizar si las propuestas de los distintos borradores e informes en materia de atribución de beneficios al EP, y los Comentarios que la OCDE introdujo en las distintas actualizaciones del Modelo de Convenio, tenían cabida respecto a la redacción de la versión anterior del art.7 MOCDE. Ante lo cual, a rasgos generales hemos concluido que estos documentos de carácter *soft law*, no eran compatibles con dicho precepto.

Por su parte, en el siguiente capítulo de este trabajo analizamos desde un punto de vista comparado las diferencias y similitudes en la redacción del método directo en ambas versiones del artículo 7 MCOCDE.

6.5. Conclusiones.

Tomando como referencia los criterios que rigen el método de contabilidad y empresa separada, desde la perspectiva de la redacción del art.7.2 MCOCDE 1977, creemos que la metodología del Criterio Autorizado OCDE que esta Organización desarrolló, en distintos borradores e informes, al hilo de la Hipótesis de Trabajo que planteó, no está en consonancia con la interpretación que se infiere del artículo en cuestión.

Tal y como hemos expuesto, entendemos que las propuestas de estos borradores e informes ofrecen una interpretación del precepto autónoma, basada en una serie de ficciones que no emanan del contenido del texto del artículo, e introducen unos elementos desconocidos desde la perspectiva jurídica.

La asimilación del EP a una entidad independiente, también se extralimita del contenido del precepto que considera al EP como una empresa distinta y separada.

Este informe, de manera autónoma, asume el concepto de funciones humanas sustantivas como punto de referencia para determinar los activos que utiliza el EP y los riesgos que asume esta parte de la empresa. Este concepto no se pone de manifiesto ni se infiere del texto del artículo, sino que es creado por estos documentos *soft law*.

Mediante este elemento trata de determinar si el EP está utilizando un activo como arrendatario o como propietario económico. Los borradores e informes introducen el concepto de propiedad económica, el cual es desconocido desde el punto de vista jurídico, cuando en todo caso, el EP es de *per se* propietario legal de cualquiera de los activos de la empresa.

Esta índole de funciones también determinan los riesgos asumidos por dicha parte de la empresa, y por tanto, la OCDE considera que el resto de funciones no asumen riesgo alguno, cuando nada de eso se infiere del precepto.

Además, los borradores e informes introducen el concepto de capital libre, con la finalidad de asignar al EP una cuantía económica necesaria para realizar sus funciones, utilizar los activos y asumir los riesgos, que además no genera un pago nocional a modo de interés. Este concepto, totalmente desconocido desde el punto de vista jurídico, tampoco emana del texto del precepto.

Por último, tras la identificación de las operaciones internas realizadas por el EP, la segunda fase del Criterio Autorizado OCDE, no sólo exige que éstas deben valorarse en cumplimiento con el estándar de plena competencia, lo cual sería comprensible desde el punto de vista del artículo, sino que considera que se deben aplicar por analogía las DPT OCDE.

En lo referencia a esta cuestión, a efectos de no extralimitarnos del objeto de estudio planteado, practicamos una asunción a favor de su cabida y aplicación en el contexto de las operaciones internas.

Con ello, tratamos de indicar que la metodología del AOA, propuesta a raíz del planteamiento de la HT OCDE, supuso la introducción de un nuevo enfoque para atribuir los ingresos y gastos al EP. Sin embargo, dicho nuevo enfoque no tenía cabida desde la perspectiva del artículo 7 MCOCDE 1977.

7. CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO.

La cuestión principal de esta parte del trabajo se centra en si la metodología propuesta por la OCDE, denominada como Criterio Autorizado, está, o no, en consonancia con la redacción e interpretación que se infiere del art.7.2 MCOCDE 1977.

Por ello, este capítulo ha tomado como punto de partida los criterios que rigen la atribución de ingresos y gastos al EP desde la perspectiva del método de contabilidad y empresa separada. En concreto, se ha basado en la redacción del art.7.2 MCOCDE 1977, que prácticamente permaneció inalterada hasta el MCOCDE 2010, y debe distinguirse de la versión que se introdujo en el MCOCDE 2010.

Este capítulo no se centra en el método indirecto o de reparto de beneficios, sino sólo se ciñe al método directo. Esto se debe a que éste es el sistema más utilizado por las Administraciones tributarias y contribuyentes para atribuir los beneficios o pérdidas empresariales al EP. Además, a pesar de que la nueva versión del art.7 sólo contempla este método, su redacción es distinta, y eso provoca que deban ser analizadas desde una perspectiva comparada.

La cuestión es que la OCDE, consideraba que los distintos métodos y las diferentes interpretaciones de los apartados segundo y tercero del art.7 MCOCDE 1977 generaban un doble enfoque para atribuir los ingresos y gastos al EP, y ello generaba una incertidumbre para las Administraciones tributarias y contribuyentes que debía ser eliminada. Así, a fin de dotar de mayor seguridad y evitar conflictos derivados de situaciones asimétricas, esta Organización, propuso una Hipótesis de Trabajo planteada sobre la que desarrolló, en distintos borradores e informes, una metodología para atribuir los beneficios al EP, conocido por sus siglas AOA.

A modo de contextualizar las conclusiones relativas a nuestra hipótesis planteada, debemos remitirnos al apartado primero del precepto, porque el reparto de la potestad tributaria de los beneficios empresariales, así como la superación del umbral mínimo establecido en el art.5 MCOCDE, dotan de sentido a esta cuestión.

En relación con el reparto de la potestad tributaria entre los Estados contratantes, desde el punto de vista del método de contabilidad y empresa separada, se plantea la cuestión de la necesidad de adoptar un criterio unánime respecto al principio de fuerza de atracción y la introducción de una definición del concepto de beneficio empresarial, a fin de reducir

las discrepancias y resultados asimétricos entre el contribuyente y la AT, o entre las propias autoridades fiscales de los Estados contratantes.

En atención a la interpretación que se infiere del artículo 7.1 MCOCDE 1977, concluimos que el principio de fuerza de atracción no está en concordancia con la finalidad del artículo y el objetivo del EP, por tanto éste no debe aplicarse a efectos de atribuir los ingresos y gastos al EP. También creemos que la concreción del término beneficio empresarial resultaría de gran ayuda para evitar atribuciones asimétricas derivadas de imputaciones de ingresos y gastos que no derivan de las actividades empresariales realizadas por dicha parte de la empresa.

Si bien, es cierto que el reparto de la potestad tributaria de los beneficios empresariales queda a expensas de que una entidad residente en un Estado realice en otro Estado un conjunto de actividades empresariales que den lugar a la constitución de un EP. Con ello, se pone de manifiesto la relación entre los artículos 5 y 7 MCOCDE.

Entendemos que el art.7 MCOCDE está en relación con el art.5 MCOCDE, lo cual denota que la superación del umbral mínimo para acreditar la constitución de un EP es un requisito previo para posteriormente asignarle los beneficios o pérdidas empresariales. Por ello, al hilo de las propuestas formuladas por la Acción 7 del Plan de Acción BEPS, concluimos que la disminución de los requisitos de superación de umbral mínimo o la inclusión de nuevos tipos de EP influye directamente sobre la tributación de la entidad no residente, ya que éste en última instancia debe eliminar la doble imposición derivada de la carga tributaria asumida por el EP.

Tras abordar estas cuestiones para razonar el objeto de estudio, este capítulo aborda la cuestión principal, la cual cuestiona si la metodología del AOA, está en consonancia con la redacción e interpretación del precepto.

Para ello, delimita las ficciones y criterios que emanan de la interpretación del art.7.2 MCOCDE 1977, es decir, respecto a la metodología de empresa y contabilidad separada.

La primera ficción, que de acuerdo con el criterio de empresa separada, considera que esta parte de la empresa es una entidad autónoma con capacidad propia de actuación. Esta ficción, se distingue del criterio de empresa independiente, porque queda restringida al ámbito puramente tributario, sin extenderse al ámbito jurídico o legal.

Dicha extensión y alcance jurídico del EP distingue, en el contexto los acuerdos internos entre el EP y otra parte de la empresa, las operaciones internas y las relaciones internas. Esta distinción repercute directamente en la atribución de ingresos y gastos al EP, porque mientras las operaciones internas se asimilan a transacciones entre empresas distintas, y deben valorarse en cumplimiento con el estándar de plena competencia, las relaciones internas deben valorarse a precios de coste.

La segunda ficción, conforme el estándar de plena competencia, indica que, tras la identificación de las operaciones internas, éstas deben valorarse a precios *at arm's length*, y para ello trata de aplicar por analogía las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE.

En relación con esta ficción, a efecto de no extralimitarnos en nuestro objeto de estudio asumimos la aplicación de este conjunto de pautas en el contexto de la valoración de los *dealings*.

Tomando como punto de partida estos criterios, exponemos las conclusiones principales en relación a si la metodología propuesta por la OCDE está, o no, en consonancia con la redacción e interpretación del art.7.2 MCOCDE 1977. Para ello, exponemos las conclusiones relativas a cada uno de los borradores e informes elaborados por la OCDE, y a los Comentarios introducidos en las distintas actualizaciones del Modelo de Convenio de la OCDE.

La etapa previa, cuyo periodo hemos delimitado desde 1977 hasta 1994, los Comentarios al artículo 7 MCOCDE prácticamente permanecieron inalterados.

Los Comentarios del apartado segundo del artículo, nos parece que están en consonancia con la redacción del precepto. Simplemente establecen que el punto de partida para determinar los beneficios empresariales del EP es la contabilidad, siempre y cuando refleje los hechos reales.

Los Comentarios relativos al apartado tercero, también son conformes al criterio de empresa separada, incluso a pesar de que establezca que el EP tiene derecho a imputarse unos gastos por las actividades realizadas y una parte de los gastos generales de administración y gestión sobre los que incurre la empresa.

Las novedades en los Comentarios se introducen en el MCOCDE 1994, a raíz de la publicación del informe sobre atribución de beneficios al EP 1994. Este informe constituye el inicio de la primera etapa, que hemos delimitado hasta el 2007.

Este informe fue el que precedió los borradores e informes publicados a consecuencia del planteamiento de la HT OCDE. Su finalidad era esclarecer el tratamiento y valoración de las operaciones realizadas entre el EP y otra parte de la empresa. Así, trató de establecer pautas para determinar si éstas debían considerarse como unas operaciones internas asimiladas a transacciones entre empresas independientes, cuya valoración debía realizarse a precios *at arm's length*, o si por el contrario, debía considerarse como meras relaciones, que debían valorarse a precios de coste.

Sin embargo, consideramos inadecuada que el informe establezca como criterio de decisión las actividades ordinarias del EP. Puesto que, por un lado, con independencia de si las funciones del EP se enmarcaban dentro de este tipo, o no, entendemos que eran operaciones internas porque las realiza una parte en favor de otra. Por otro lado, la utilización de un activo por parte del EP tampoco podía depender de si éste se iba a vender a una empresa, o no, porque en todo caso debía caracterizarse como una relación interna, ya que, en todo caso, el EP era propietario legal del activo.

Asimismo, la valoración de los servicios prestados por el EP a una parte de la empresa, debían calificarse como operaciones internas, valorándose a precios *at arm's length*, y en ningún caso a precios de coste, porque éstos también son realizados por una parte en beneficio de otra.

Por tanto, la distinción entre operación interna y relación interna nos parece necesaria, incluso la elección de las funciones como elemento determinante, pero consideramos que el EP debe observarse como una entidad autónoma, y por tanto, el hecho de que forme parte o no de su actividad ordinaria resulta determinante.

El informe también se extralimita del contenido del texto del artículo al asimilar al EP como una empresa independiente. El artículo claramente limita la extensión de dicha ficción al término empresa separada, y como hemos explicado, ambos términos no son sinónimos. Estos repercuten de manera distinta en la determinación de los ingresos y gastos atribuibles al EP.

Otro aspecto que nos parece inadecuado es la introducción del elemento del capital libre, porque a nuestro entender no se infiere del texto del precepto. Por un lado, porque resulta innecesario para determinar los beneficios empresariales atribuibles al EP, y por otro lado, porque, como hemos expuesto, la ficción del EP queda limitada al ámbito tributario, y por tanto, no se extiende al ámbito jurídico o legal, y el elemento del capital se enmarca en este contexto.

En definitiva, la postura adoptada por este informe no está en consonancia con la interpretación del precepto. Introduce elementos que se inclinan hacia un nuevo enfoque, cuya cabida desde el punto de art.7 MCOCDE 1977 resulta compleja.

El contenido principal de este informe fue incorporado en los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, por medio del apartado tercero del artículo, lo cual es lógico si observamos que desde la perspectiva del EP responde a un gasto, independientemente de si este se determina a precios de mercado o a coste.

En línea a los comentarios formulados respecto al Informe de la OCDE, la introducción de estos CMOCDE 1994, no está en consonancia con la redacción del precepto. No obstante, éstos Comentarios permanecieron invariables hasta el Modelo de Convenio de la OCDE 2010.

Tras la elaboración de este informe, la OCDE consideraba que no había resuelto el problema planteado y volvió a trabajar en esta materia. Así, durante los siguientes años, al hilo de una Hipótesis de Trabajo redactó un conjunto de borradores e informes con la intención de implementar una metodología que denominó como Criterio Autorizado OCDE.

Estos documentos, redactados desde 2001 a 2010, con la intención de alcanzar un consenso internacional en la determinación de los beneficios al EP, abordaron este tema desde la perspectiva de distintos tipos de EPs y su actuación en distintos sectores. No obstante, en atención a nuestro objeto de estudio nosotros nos hemos limitado a analizar la Parte I: “Consideraciones generales”.

El primero de estos documentos tuvo lugar en 2001, en relación con la Parte I: “Consideraciones generales”, éste planteó por primera vez la HT OCDE. A efecto de hacerla viable, estableció una metodología basada en dos fases, que posteriormente, fue el AOA.

La primera fase, trataba de llevar a cabo un análisis funcional y de hecho, para determinar las funciones realizadas por el EP con otra parte de la empresa, los activos utilizados y los riesgos asumidos.

La segunda fase, trataba de aplicar por analogía de las DPT para valorar las operaciones internas realizadas entre el EP y su CC, u otra parte de la empresa.

Este borrador trataba al EP como una empresa distinta e independiente, lo cual, como ya hemos comentado nos parece inadecuado porque claramente el precepto asimilaba a esta parte de la empresa como una entidad autónoma separada. Ambos términos no son sinónimos, sino que asumen una extensión distinta del EP que repercute en la identificación de las operaciones y relaciones internas. Por ello, la asimilación propuesta por el documento no resultaba aplicable desde el punto de vista de la redacción del artículo.

Nos parece adecuado que éste adoptase las funciones del EP como elemento principal, pero no la distinción relativa a si éstas formaban parte de su actividad empresarial ordinaria. A nuestro entender, no se infiere del precepto esta distinción sino que hay que tener en cuenta las funciones del EP, respondan a su actividad ordinaria o no, porque todas ellas pueden generar valor al mismo.

También estamos en disconformidad con la argumentación del borrador OCDE 2001 que defiende que al no poder atribuir la propiedad legal de un activo a una parte de la empresa es necesario asignar la propiedad económica.

Este elemento trataba de determinar si el EP era el propietario económico o el arrendatario de un activo que había utilizado, y en base a ello, le imputaba un gasto y unas deducciones u otras. En nuestra opinión, este elemento, desconocido desde la perspectiva jurídica no debe tenerse en cuenta, porque en todo caso el EP es el propietario legal del activo, y la mera utilización del mismo no puede generar nuevas operaciones ficticias.

Estas nuevas operaciones generadas por la consideración del EP como propietario económico o arrendatario del activo, conllevarían su valoración a precios *at arm's length*, en lugar de a precio de coste, y ello alteraría la base imponible del EP, al crear nuevas operaciones que no ha realizado.

Asimismo, el borrador también introdujo el término de capital libre para atribuir al EP la cuantía económica necesaria para realizar sus funciones, utilizar los activos y asumir los

riesgos derivados de su actividad. Además, consideraba que en ningún caso esta cuantía daba lugar a un pago nocial en concepto de intereses.

Estamos en desacuerdo con este elemento, además de que es desconocido desde el punto de vista jurídico, como hemos explicado, la ficción del EP se limita al contexto tributario. Por contra, el capital responde a un elemento enmarcado en el contexto legal o mercantil de la entidad, el cual es innecesario para determinar los ingresos y gastos atribuibles al EP que deriven de su actividad empresarial.

En referencia a la ficción segunda, opinamos que el precepto sólo establece que, tras la identificación de las operaciones internas, éstas deben ser valoradas de acuerdo con el estándar de plena competencia. No obstante, el borrador OCDE 2001 entiende que para ello se deben aplicar por analogía las DPT OCDE. Aspecto que no cuestionamos en este trabajo de investigación, simplemente asumimos su aplicación.

El siguiente documento de la OCDE que versó sobre la Parte I: “Consideraciones generales”, se publicó en 2004. Éste seguía exactamente las mismas pautas que el anterior pero con la principal novedad de que introdujo el elemento de las llamadas funciones empresariales clave de asunción de riesgo, *–key entrepreneurial risk-taking functions–* como elemento principal de la metodología propuesta.

A diferencia del anterior, éste entiende que sólo hay que tener en cuenta estas funciones, y de ellas dependen los activos y riesgos atribuibles al EP. Esta división de funciones significaba que el EP también podía realizar un conjunto de funciones que no debían tenerse en cuenta, lo cual nos parece contrario a la interpretación del art.7.2 MCOCDE 1977.

Del mismo modo este documento vuelve a poner de manifiesto la necesidad de asignar la propiedad económica al activo y un capital libre, conceptos sobre los que ya hemos expuesto nuestro rechazo.

En 2006 tuvo lugar otra revisión de esta parte del borrador, la cual fue prácticamente idéntica al anterior.

La única novedad de este trabajo es que la OCDE consideró que funciones las KERT ofrecían un enfoque demasiado restrictivo²⁷⁸. Por ello, éstas se limitaron al ámbito de las

²⁷⁸ BAKER; COLLIER (2006) p.55.

entidades financieras, y en su lugar, introdujo las SPF. Nuestra opinión al respecto es la misma que hemos expuesto anteriormente. Creemos que el hecho de tener en cuenta única y exclusivamente estas funciones nos parece una interpretación autónoma del precepto, porque entendemos que del mismo no emana esta restricción de las funciones a tener en cuenta.

Por último, en 2008, la OCDE publicó el informe final en materia de atribución de beneficios al EP. Este informe, aunaba los borradores de las cuatro partes en un solo documento. En referencia a la Parte I, el informe OCDE 2008 era idéntico al que se publicó en 2006, que ya hemos comentado.

Hasta ese momento, los CMCOE sólo habían introducido las propuestas del informe OCDE 1994. Sin embargo, el Modelo de Convenio 2008, al hilo del informe final de 2008, introdujo en su Comentario 18 una remisión a la metodología definitiva propuesta a raíz del planteamiento de la HT OCDE, denominada por esta Organización como el Criterio Autorizado.

Indirectamente, la OCDE, mediante la introducción de este Comentario trató de conectar la aplicación de esta metodología con el art.7 MCOCDE 1977. Sin embargo, en nuestra opinión, basándonos en las conclusiones expuestas este CMCOE 2008 no resulta aplicable a la versión anterior de este artículo. Estos textos no son más que documentos *soft law* que en la medida que no sean conformes a la interpretación del precepto no deben aplicarse.

En última instancia, consideramos que las conclusiones expuestas están en línea con la decisión asumida por la OCDE, ya que esta Organización reconoció las dificultades de aplicar esta metodología en la versión anterior del artículo, y por ello, en el MCOCDE 2010 introdujo una nueva redacción del precepto, el cual será comentado más adelante en este trabajo.

En conclusión, entendemos que lejos de alcanzar un consenso internacional, la elaboración de estos borradores e informes produjeron una mayor confusión e incrementaron los problemas y situaciones asimétricas derivadas de atribuciones de ingresos y gastos al EP.

De acuerdo con los razonamientos y argumentos expuestos en este capítulo, pensamos que el planteamiento de HT OCDE y metodología denominada por esta Organización

como el Criterio Autorizado, no deben ser aplicables para atribuir los ingresos y gastos al EP. Al menos, cuando la redacción del convenio para evitar la doble imposición entre dos Estados contemple una redacción similar a la del artículo 7.2 MCOUDE 1977.

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CRITERIOS RECTORES DEL MÉTODO DIRECTO EN LAS DISTINTAS VERSIONES DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE.

1. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO COMPARADO ENTRE AMBAS VERSIONES DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE.

La actualización del Modelo de Convenio OCDE 2008 introdujo en su Comentario 18 del art. 7 la metodología del AOA, pero no modificó la redacción de su artículo 7.2²⁷⁹. Ello implica que la interpretación del precepto era la misma que la anterior porque, en ningún caso, los Comentarios del precepto puedan alterar la interpretación del mismo.

De acuerdo con lo que llevamos dicho, la metodología del AOA, supuestamente desarrollada en el informe OCDE 2008, no está en consonancia con la redacción del precepto en cuestión. De modo que, en contra de parte de la doctrina internacional, el hecho de que el precepto permaneciese inalterado²⁸⁰, no permite considerar que las pautas establecidas en los CMOCDE 2008 implican un nuevo sistema de atribución de beneficios al EP²⁸¹.

La OCDE consideró que la redacción del art.7 MCOCDE 1977 suscitaba múltiples dudas y cuestiones respecto a su compatibilidad, por ello elaboró una nueva redacción del precepto²⁸². La nueva versión de este artículo se introdujo en el MCOCDE 2010, esta fue la segunda y última versión. A su vez, también elaboró un nuevo informe en materia de atribución de beneficios al EP, que introducía cambios formales a fin de alinear su redacción con la nueva versión el artículo y sus Comentarios²⁸³.

A partir de esta nueva redacción, se distinguen dos versiones del artículo 7 MCOCDE²⁸⁴. La redacción anterior del artículo 7, que prácticamente permaneció sin cambios desde el MCOCDE 1977 hasta MCOCDE 2010, y la nueva redacción que se introdujo en el MCOCDE 2010 hasta la actualidad²⁸⁵.

²⁷⁹ PĚCHOTA (2011), pp.173-174.

²⁸⁰ BONDARENKO (2011), p. 137. RUSSO (2006) pp.94-99.

²⁸¹ Contra CALDERÓN CARRERO (2015), p.225.

²⁸² BAKER; COLLIER (2006), p.31.

²⁸³ VV.AA. (2010), pp.336-340.

²⁸⁴ BAKER; COLLIER (2006), p.31 distinguen ambas versiones como “Old Thinking” y “New Thinking”.

²⁸⁵ BENNETT; RUSSO (2009), pp.74-75.

Esta modificación del precepto suscita la cuestión relativa a si esta nueva redacción del método directo es similar o distinta a la versión anterior, porque de ello depende que el régimen jurídico-tributario convencional para determinar los beneficios empresariales atribuibles al EP sea único o dual.

Este capítulo toma como punto de partida esta cuestión, analizamos si la nueva redacción del método directo implica cambios sustantivos en comparación con la versión anterior, y en ese caso, pretendemos de indicar qué redacción resulta más adecuada desde la perspectiva de la finalidad del artículo 7 MCOCDE y el objetivo del EP.

Para ello, desde un punto de vista general, analizamos las diferencias y semejanzas entre ambas redacciones. Tomando como punto de partida el reparto de la potestad tributaria de los beneficios empresariales, estipulado en el art. 7.1 de ambas versiones MCOCDE, contemplamos la posibilidad de que el Estado de la fuente y el Estado de la residencia atribuyan beneficios al EP de manera asimétrica, provocando una situación de doble imposición²⁸⁶. Ante esta posibilidad, cuestionamos si el artículo 7.3 MCOCDE 2010 supone algún avance o mejora en comparación a la versión anterior, puesto que, en la doctrina internacional hay división de opiniones a favor²⁸⁷ y en contra²⁸⁸.

Desde el punto de vista comparado, también contemplamos los métodos para atribuir los ingresos y gastos al EP establecidos en cada una de las versiones del artículo 7 MCOCDE. Con ello centramos nuestro objeto de estudio porque la nueva versión sólo establece el método directo.

Desde la perspectiva del método directo, valoramos sus diferencias y semejanzas desde el punto de vista de la redacción e interpretación del precepto en cada una de las versiones. Principalmente, delimita el concepto, alcance y extensión jurídica que implica tanto la ficción que asimila al EP a una empresa separada (MCOCDE 1977) como la ficción que la equipara a una empresa independiente (MCOCDE 2010).

Teniendo en cuenta las conclusiones del anterior análisis comparado, la siguiente parte del capítulo continúa este análisis pero desde la perspectiva práctica. Compara los

²⁸⁶ ARNOLD (2007), p.314.

²⁸⁷ REIMER (2015c), p.182.

²⁸⁸ RUSSO (2008), p.464.

resultados derivados de las mismas operaciones internas y transacciones transnacionales asimilando al EP como una empresa separada y como una empresa independiente.

Este análisis se compone de tres tipos de operaciones; el primer tipo, analiza operaciones internas realizadas por la CC y el EP (1), el segundo tipo, versa sobre operaciones internas de dicho EP (1) con otro EP (2) de la empresa, y por último, incluye transacciones entre el otro EP (2) y una empresa independiente.

Con todo, este análisis teórico-práctico demuestra las semejanzas y diferencias entre ambas ficciones, con la finalidad de intentar exponer su repercusión en el cálculo de la base imponible del EP. En caso de concluir que existen diferencias suficientes para repercutir en la determinación de la base imponible del EP, y por ende, en su tributación, valoramos la adecuación y viabilidad de ambas ficciones en relación con la finalidad que se infiere del art. 7 MCOCDE y el objetivo del EP.

Este análisis pretende señalar si la redacción del artículo 7.2 de ambas versiones MCOCDE supone, desde el punto de vista del método directo, un sistema único o dual para atribuir los ingresos y gastos al EP. En el caso de que impliquen, a nivel convencional, un régimen jurídico-tributario dual, cuestiona si supone una vulneración a algún principio jurídico-tributario.

Con todo, si concluimos que existe un doble régimen sustantivo de atribución de beneficios empresariales, este capítulo cuestiona si sería conveniente alcanzar un consenso internacional en esta materia.

2. EL MÉTODO DIRECTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 7.2 MCOCDE 2010 Y EL CRITERIO AUTORIZADO DE LA OCDE.

En el capítulo anterior, desde la perspectiva de la redacción del artículo 7 MCOCDE 1977, hemos analizado los borradores e informes redactados por la OCDE en materia de atribución de beneficios al EP y los Comentarios introducidos en las distintas actualizaciones del MCOCDE.

De acuerdo con este análisis hemos concluido que la metodología del AOA, supuestamente desarrollada en estos documentos *soft law*, no está en consonancia con la redacción e interpretación que se infiere del precepto en cuestión.

Principalmente, esta conclusión se debe a que estos documentos asumen una ficción del EP, asimilando a este centro de imputación de rentas a una empresa independiente, distinta a la establecida en el texto del precepto. La metodología propuesta toma como punto de partida las funciones de una índole determinada, lo cual implica un carácter más restrictivo que el que se infiere del artículo. A su vez, estos documentos introducen una serie de conceptos que no se infieren de la redacción del precepto, e incluso son desconocidos desde la perspectiva jurídica.

Por ello, no es de extrañar que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE considerase que esta metodología planteaba problemas de aplicación en relación con la redacción del método directo establecido en el art. 7.2 MCOCDE 1977, y redactase una nueva redacción del precepto en cuestión.

Así, en 2010, publicó una nueva versión del artículo 7 en el Modelo de Convenio de la OCDE y un nuevo informe en materia de atribución de beneficios al EP. Su finalidad era que la redacción del precepto estuviese en consonancia con la metodología del Criterio Autorizado OCDE, supuestamente desarrollada en estos documentos *soft law*.

Este capítulo, de acuerdo con el apartado anterior, tiene la finalidad de comparar ambas redacciones del precepto, en concreto compara ambas versiones desde la perspectiva del método directo. La finalidad de este capítulo es valorar si la redacción del método directo en ambas versiones es similar, o si por el contrario, presentan diferencias sustanciales que no permiten equipararlos, incluso a pesar de que sean el mismo método.

Para resolver adecuadamente esta cuestión, entendemos que es conveniente contextualizar el objeto de estudio mediante la introducción de la metodología del Criterio Autorizado OCDE propuesta en el informe OCDE 2010, al hilo de la nueva redacción del artículo 7 MCOCDE 2010. No obstante, hay que tener en cuenta que simplemente se trata de una mera introducción general y descriptiva. El siguiente capítulo es el encargado de analizar con detalle si esta metodología está, o no, en consonancia con la redacción del art. 7 MCOCDE 2010.

2.1. Primera fase del Criterio Autorizado de la OCDE.

A diferencia de las relaciones comerciales entre entidades con personalidad jurídica propia, asociadas o no, el EP no puede firmar contratos con otras partes de la empresa que le permitan determinar los derechos y obligaciones contractuales, los activos que posee y los riesgos que asume²⁸⁹. La OCDE consideraba que este aspecto era una traba para asimilar el EP a una empresa distinta e independiente, y por ello, trató de proponer un mecanismo alternativo.

La OCDE propuso las denominadas funciones humanas sustantivas como elemento que subsanase la imposibilidad del EP de firmar contratos con otra parte de la empresa²⁹⁰, e indirectamente como elemento de referencia para atribuir los ingresos y gastos al EP. Así, determinó este elemento como Consagró punto de partida de la metodología del denominado Criterio Autorizado OCDE²⁹¹, que se divide en dos fases.

La primera fase, se identifica con la primera ficción que se infiere de la redacción del artículo 7.2 MCOCDE 2010²⁹². Esta primera ficción asimila el EP a una empresa distinta e independiente y, a efectos de asignar contenido al EP, indica que hay que tener en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por dicha parte de la empresa.

El Comentario 21²⁹³ de este artículo, supuestamente desarrolla brevemente esta primera fase, e indirectamente, se remite al informe OCDE 2010.

²⁸⁹ SASSEVILLE; VANN (2014), p.53.

²⁹⁰ BERNALES SORIANO (2013), p.72.

²⁹¹ KAMPHUIS (2009), p.93.

²⁹² Art. 7.2 MCOCDE 2010: “... los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante (...) teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.”

²⁹³ CMCOCE10, art. 7, par. 21:

“Durante la primera fase se efectúa un análisis funcional y factual conducente a:

- La atribución al establecimiento permanente, según corresponda, de los derechos y obligaciones derivados de las transacciones entre la empresa de la que forma parte y empresas independientes;
- La identificación de las funciones humanas sustantivas que determinan la atribución de la propiedad económica de los activos y la atribución de la propiedad económica de los activos al establecimiento permanente;
- La identificación de las funciones humanas sustantivas que determinan la asunción del riesgo y la atribución de los riesgos al establecimiento permanente;
- La identificación de otras funciones del establecimiento permanente;

Este Comentario se limita a transcribir de manera literal el resumen de la primera fase del Criterio Autorizado OCDE redactada en el Informe OCDE 2010²⁹⁴, pero en ningún momento se pronuncia sobre el contenido de sus conceptos relativos a las funciones, activos y riesgos. Simplemente, las observaciones preliminares afirman que esta versión del artículo refleja el Criterio desarrollado en el Informe y debe interpretarse a la luz de las pautas contenidas en el mismo²⁹⁵.

A continuación, formulamos brevemente un comentario introductorio de la primera fase, para observar si los Comentarios reflejan dicha sistemática, y si se infiere de la redacción del precepto, o no.

El análisis funcional y factual comienza estableciendo la necesidad de atribuir al EP los derechos y las obligaciones de la empresa de la que forman parte que tengan efecto ante las transacciones efectuadas por la empresa con empresas independientes y que sean atribuibles al EP²⁹⁶. El texto del artículo no dice nada en referencia a este comentario, pero podemos considerar que está implícito porque su finalidad no va más allá que remarcar que el EP debe asumir sus derechos y obligaciones.

La redacción del artículo en cuestión hace referencia a las funciones desarrolladas por dicha parte de la empresa pero el Comentario, al hilo del

El informe OCDE 2010 especifica que hay que identificar las funciones humanas sustantivas²⁹⁷ para determinar los beneficios del EP²⁹⁸, sin embargo la redacción del artículo única y exclusivamente hace referencia a las funciones desarrolladas por dicha parte de la empresa. Entendemos que el carácter del informe es más restringido que el enfoque de la redacción del precepto. Además, el informe solo hace referencia a esta índole de funciones, lo cual da a entender que existe otro tipo de funciones, y en atención a la redacción del precepto estas también deberían tenerse en cuenta.

-
- *La consideración y determinación de la naturaleza de aquellas operaciones internas entre el establecimiento permanente y otras partes de la misma empresa que, una vez superado el umbral al que se refiere el párrafo 26, satisfagan los criterios considerados como tales; y*
 - *La atribución de capital sobre la base de activos y riesgos atribuidos al establecimiento permanente.”*

²⁹⁴ OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, par. 44

²⁹⁵ CMCOE10, art.7, par.9.

²⁹⁶ OECD 2008 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, par.98

²⁹⁷ BERNALES SORIANO (2013), p. 73.

²⁹⁸ FLETCHER; KAY (2007a), p.17.

El informe OCDE 2010 no solo estipula que los activos asignables al EP dependen de las funciones humanas sustantivas que realiza, sino también, indica que hay que determinar si el EP es el propietario económico o el arrendatario²⁹⁹. Sin embargo, la redacción del informe solo indica que hay que tener en cuenta este elemento, pero ni indica que sólo hay que tener en cuenta los activos que dependen de este tipo de funciones, ni hace referencia al concepto de la propiedad económica.

El Comentario también indica que las funciones humanas sustantivas determinan los riesgos asumidos por el EP, establece que el EP asume los riesgos que derivan de la realización de las funciones de esta índole³⁰⁰, y que esta parte de la empresa no asume ningún otro riesgo³⁰¹. Aunque la redacción del artículo expone una perspectiva menos restringida de este término, puesto que indica que hay que tener en cuenta los riesgos que asume el EP, pero no los restringe a un solo tipo ni a los riesgos que derivan de las funciones de una determinada índole.

Por último, el Comentario introduce el concepto de capital libre, comprendido como una financiación que requiere el EP para cubrir las funciones que ejerce, los activos que utiliza y los riesgos que asume, pero que en ningún caso genera un rendimiento deducible del impuesto en concepto de intereses³⁰².

Sin embargo la redacción del art.7.2 MCOCDE 2010 no se encuentra en la redacción del precepto, lo cual conlleva a cuestionar por qué hay que tener en cuenta este concepto desconocido para la redacción del precepto.

Este conjunto de elementos, tanto desde la perspectiva conceptual como metodológica, debe ser analizado desde el punto de vista de un contexto en el que la superposición de la perspectiva jurídica y normativa debe ser el punto de referencia ante cualquier otro enfoque. El análisis de este artículo nos obliga a formular interpretaciones que se infieran de su finalidad y redacción, lo cual no implica desestimar por completo cualquier informe no vinculante que se refiera al mismo, pero sí que implica aceptar única y exclusivamente aquellos comentarios que estén en consonancia con el mismo, sin extralimitar el alcance del contenido de sus términos.

²⁹⁹ BENNETT; RUSSO (2007), p.280. MAROTO SÁEZ (2016), p. 457.

³⁰⁰ VANDERWOLK; SPRAGUE (2002/2003), p.22.

³⁰¹ RUSSO (2006), p.103.

³⁰² NOUEL (2011), p.4. MALHERBE; DAENON (2010), p.5.

Es decir, tanto la interpretación jurídica como la propuesta de una metodología no puede verse extralimitada ni desviada por documentos no vinculantes, propios del derecho en agraz.

Con todo, en lo que respecta a esta primera fase del AOA, debemos tener en cuenta estas premisas para valorar si la metodología, conceptos y sistemática del Criterio Autorizado OCDE, están, o no, en consonancia con la redacción e interpretación que se infiere del art. 7.2 MCOCDE 2010.

2.2. Segunda fase del Criterio Autorizado de la OCDE.

La segunda fase,³⁰³ se identifica con la segunda ficción que se infiere de la redacción del artículo 7.2 MCOCDE 2010³⁰⁴.

Esta ficción, implícitamente consagra el ALS al indicar que los beneficios atribuibles al EP deben ser los mismos que hubiera obtenido una persona jurídica distinta que realizase actividades idénticas o similares, en condiciones iguales o análogas. Esta ficción obliga a valorar a precios *at ALS* las operaciones internas realizadas entre el EP y su CC, u otra parte de la empresa³⁰⁵, lo cual, indirectamente obliga a delimitar qué acuerdos internos deben considerarse como operaciones internas y cuáles se deben considerar como meras relaciones internas.

Esta distinción es esencial porque mientras las operaciones internas se valoran de acuerdo con el ALS, las relaciones internas deben valorarse a precio de coste, lo cual, repercute directamente en la determinación de los ingresos y gastos a dicha parte de la empresa.

El Comentario 22 del art. 7.2 MCOCDE 2010, supuestamente, en correspondencia con esta segunda fase³⁰⁶ no se limita a indicar que este estándar debe cumplirse para valorar

³⁰³ CMCOE10, art. 7, par.22

³⁰⁴ Art. 7.2. MCOCDE 2010: "... los beneficios imputables al establecimiento permanente (...) son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones...".

³⁰⁵ NOUEL (2011), p.7.

³⁰⁶ CMCOE10, art. 7, pár.22:

"Durante la segunda fase se fija un precio a toda la transacción efectuado con empresas asociadas atribuida al establecimiento permanente, siguiendo las pautas contenidas en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia, y estas Directrices se aplican por analogía a las operaciones entre el establecimiento permanente y las restantes partes de la empresa de la que forma"

las operaciones internas, sino también añade que para ello se deben aplicar con las pautas contenidas en las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE³⁰⁷. Sin embargo, la redacción del precepto no hace referencia a que este conjunto de pautas deben aplicarse para valorar las operaciones internas realizadas por el EP, al menos explícitamente.

A efectos de no extralimitarnos de la cuestión objeto de estudio, asumimos la cabida y viabilidad de aplicación de estas pautas en el contexto de los *dealings*, pero debemos tener en cuenta que este conjunto de pautas fueron redactadas para se aplicasen entre empresas jurídicas independientes, y no en el contexto de las operaciones internas entre dos partes de la misma empresa.

2.3. Primeros comentarios de la consonancia de la metodología del Criterio Autorizado de la OCDE con el artículo 7.2 MCOCDE 2010.

De la redacción del art 7.2 MCOCDE 2010 emanan las dos ficciones que componen el método directo para atribuir los beneficios al EP. Estas ficciones se basan en el criterio de empresa distinta e independiente para asimilar a esta parte de la empresa como una persona jurídica independiente, y en el ALS respecto a la valoración de las operaciones internas que realiza el EP con cualquier otra parte de la empresa a la que legalmente pertenece.

Reconocemos que el carácter escueto de la redacción del precepto deja lugar a la interpretación, entendemos que las propuestas formuladas por documentos no vinculantes pueden matizar la aplicación de este método directo, pero opinamos que estas propuestas

parte. Este proceso implica fijación de un precio de plena competencia para las operaciones internas consideradas como tales, mediante:

- *determinación de la comparabilidad entre las operaciones internas y las transacciones en el mercado libre, aplicando directamente los factores de comparabilidad contenidos en las Directrices (características de la propiedad o de los servicios, condiciones económicas y estrategias empresariales) o por analogía (análisis funcional, condiciones contractuales) a la luz de las circunstancias concretas del establecimiento permanente; y*
- *La aplicación por analogía de uno de los métodos de las Directrices a fin de determinar la contraprestación de plena competencia de las operaciones internas entre el establecimiento permanente y el resto de la empresa, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas por el establecimiento permanente y los activos y riesgos que se le han atribuido, y a otras partes de la empresa.”*

³⁰⁷ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, p.15.

deben quedar limitadas a la extensión y alcance que emana de los conceptos establecidos en el texto del artículo.

Por tanto, creemos que en ningún caso los documentos *soft law*, en particular, el informe OCDE 2010 y los propios comentarios del artículo 7 MCOCDE 2010, pueden extralimitar el contenido del precepto mediante la formulación de una metodología convenida o la introducción de una serie de elementos desconocidos desde la perspectiva jurídica y normativa. Puesto que, en ese caso, pensamos que los mismos deben ser rechazados u omitidos, pero en ningún aplicables.

El carácter escueto de la redacción del precepto se limita a enunciar los elementos que hay que tener en cuenta para atribuir los ingresos y gastos al EP pero, en ningún caso, estipula unas pautas al respecto. Los Comentarios de este artículo establecen una serie de pautas relativas a ambas fases del método directo. Sin embargo, estos Comentarios en lugar de matizar y detallar el texto del artículo, parece que se centran en reflejar la metodología desarrollada en el informe OCDE 2010, asumiendo así la consonancia del mismo con la redacción del artículo en cuestión.

La aceptación de esta asunción, en todo caso, queda a expensas de que las pautas establecidas en los Comentarios y en el informe OCDE 2010 queden restringidas a la finalidad del artículo, el objetivo del EP, la extensión de ambas ficciones que emanan del precepto y la interpretación que se infiere de los distintos conceptos estipulados en el artículo. En caso contrario, entendemos que las propuestas formuladas deben ser omitidas porque resultan inaplicables.

En decir, que aunque consideremos oportuno tener en cuenta las propuestas y matizaciones establecidas en los documentos *soft law* en la medida en que entendemos que pueden colaborar en el esclarecimiento de la norma a nivel conceptual y metodológico, pero siempre y cuando sus propuestas estén en consonancia con el contenido del precepto.

Para ello, pensamos que hay que llevar a cabo un análisis detallado. Esta cuestión, a fin de no extralimitarnos en el objeto de estudio de este capítulo, será abordada en el capítulo tercero de este trabajo. Este capítulo lleva a cabo un análisis precioso y detallado de la primera parte de informe de la OCDE 2010 y valora si la metodología del AOA está, o no, en consonancia con la interpretación que se infiere del artículo 7.2 MCOCDE 2010.

3. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS RESULTANTES DE LAS DISTINTAS VERSIONES DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE.

En el siguiente apartado comparamos ambas redacciones del artículo 7 MCOCDE con el objetivo de exponer sus similitudes y diferencias. Este análisis lo dividimos en dos partes:

En la primera parte, tomamos como punto de partida el reparto de la potestad tributaria de los beneficios empresariales obtenidos por una empresa en un Estado distinto de su residencia. A pesar de que dicho reparto esté supeditado a la existencia de un EP de una empresa residente en otro Estado.

Analizamos si ante atribuciones de ingresos y gastos asimétricas al EP, la nueva versión establece algún mecanismo para evitar situaciones de doble imposición, y si éstos son una novedad respecto a la versión anterior, o no.

En la segunda parte, exponemos los métodos estipulados en cada una de las redacciones del art. 7 MCOCDE para atribuir los beneficios o pérdidas empresariales al EP.

3.1. El problema derivado de la atribución de ingresos y gastos asimétricos al establecimiento permanente.

El art. 7 MCOCDE contiene un conjunto de reglas materiales de tributación que conforman la imposición del EP que, de acuerdo con el primer apartado, asignan los derechos de imposición sobre los beneficios empresariales de los EPs³⁰⁸. Establece un

³⁰⁸ *Lloyd Helicopters International Ltd. v. CIT*, (1997, Authority for Advance Ruling, India). Este caso versa sobre una entidad residente fiscal en Australia inmersa en el negocio de operaciones con helicópteros. La entidad alcanza un acuerdo con una empresa india para lo cual le provee de dicho servicio de helicópteros. Para proveer de dichos servicios la entidad australiana establece una oficina con unas instalaciones en India que constituyen un establecimiento permanente. Las Autoridades fiscales de India someten a imposición los beneficios imputados al EP en aplicación del artículo 7.1 CDI Australia-India (equivalente a Art. 7.1 MC OCDE 2008).

Otros casos que expresamente se pone de manifiesto la regla de reparto de la potestad tributaria entre ambos Estados contratantes son: *Union of India v. Gosalia Shipping Co. P. Ltd.*, (Tribunal de Apelación, India); *Caso No. 94/1970* (Tribunal de Apelación de la Haya, Holanda).

principio a nivel de Tratado para asignar los beneficios de una entidad multinacional cuando actúa por medio de un EP³⁰⁹.

La redacción del art.7.1 MCOCDE 2010³¹⁰ es prácticamente idéntica a su versión anterior³¹¹, por ende, la interpretación que se infiere del mismo también. Tras requerirse que se acredite la superación del umbral mínimo exigido para corroborar que una entidad residente en un Estado participa en la vida económica de otro Estado³¹² por disponer de un EP, el art.7.1 MCOCDE 2010 permite al Estado donde se localiza el EP someter a gravamen los beneficios empresariales imputados al mismo³¹³.

A sensu contrario, ante la ausencia de un EP, los beneficios empresariales obtenidos por una empresa que actúa en otro Estado, solamente pueden ser gravados en su Estado de residencia³¹⁴, aunque ello no prohíbe que no puedan ser gravarse otro tipo de rentas³¹⁵.

El precepto atribuye dicha potestad tributaria con carácter exclusivo al Estado de la residencia de la entidad. Así, afirma que “... *los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado...*”. Sin embargo, introduce una excepción “... *si la empresa de un Estado contratante actúa en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente los beneficios imputables al establecimiento permanente pueden someterse a tributación en ese Estado...*”. Aunque el precepto limita el derecho del Estado donde se localiza el EP a los beneficios “... *que sean imputables a ese establecimiento permanente...*”³¹⁶.

³⁰⁹ KOBETSKY (2006), p.411. KOBETSKY (2011), p.431.

³¹⁰ Art. 7.1 MCOCDE 2010:

“Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado.”

³¹¹ Art. 7.2 MCOCDE 2008:

“Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente”.

³¹² ARNOLD (2003), p.265.

³¹³ REIMER (2015c), p.13.

³¹⁴ JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS (2016), p.9.

³¹⁵ FALCÓN Y TELLA; PULIDO GUERRA (2010), pp. 81-82.

³¹⁶ BENNETT; RUSSO (2009), p.74

La regla de reparto de la potestad tributaria de los beneficios empresariales dota de coherencia a la este instituto jurídico, al permitir al Estado donde se localiza el EP someter a tributación los beneficios empresariales atribuibles al mismo³¹⁷. No obstante, el hecho de que el artículo 7.1 MCOCDE no otorgue la potestad tributaria exclusiva al Estado de la fuente repercute sobre el Estado de residencia de la entidad³¹⁸.

De acuerdo con la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, el Estado de la residencia de la entidad le gravará por su renta mundial, y ésta deberá eliminar la doble imposición internacional para evitar que los beneficios empresariales atribuidos al EP sean sometidos a tributación por partida doble³¹⁹.

El problema no surge por el hecho de que el art.7.1 MCOCDE establece una regla de reparto de los beneficios empresariales sino, a nuestro entender, surge ante las atribuciones de ingresos y gastos asimétricas por parte de las Administraciones tributarias de ambos Estados³²⁰. El problema se debe a que como el Estado de la residencia no está obligado a acatar la determinación de los beneficios atribuidos al EP por parte del Estado de la fuente³²¹, puede que no se elimine la doble imposición mediante ninguno de los métodos estipulados en el art. 23 MCOCDE³²².

Esta situación no solo deriva de las diferencias en las reglas de las legislaciones internas de los Estados contratantes para atribuir los beneficios al EP, sino también, es una consecuencia del hecho de que en ocasiones cada jurisdicción tiene una conceptualización distinta del término “beneficio empresarial”. Por ello, incluso si el Estado donde se localiza el EP ostentase de manera exclusiva la potestad tributaria para gravar los beneficios empresariales obtenidos por dicha parte de la empresa, sería conveniente que el Modelo de Convenio de la OCDE proporcionase un conjunto de pautas específicas que delimitasen este tipo de renta³²³, porque, ni el articulado ni los Comentarios proporcionan unas directrices o pautas delimitadoras de los rendimientos empresariales³²⁴.

³¹⁷ ARNOLD (2014), p.4. CASTRO (2012), p.130.

³¹⁸ ARNOLD (2007), p.322.

³¹⁹ PINTO (2007), p.277. FLEMING; PERONI; SHAY (2010), pp.76-77

³²⁰ PEREIRA (2009a), p.289.

³²¹ PEDROSA LÓPEZ (2015a) p.53.

³²² Arts.23A y 23B MCOCDE10 establecen los métodos de exención y crédito fiscal, respectivamente.

³²³ ARNOLD; SASSEVILLE (2003), p.118.

³²⁴ ARNOLD (2007), p.326.

Esta situación asimétrica no implica de *per ser* una práctica errónea por parte del contribuyente o de la AT sino también puede derivar de una inconexión entre ambos³²⁵.

La OCDE, consciente de este problema, incorporó en el apartado tercero de la nueva redacción del precepto una serie de pautas con la finalidad de subsanar estas dificultades. No obstante, cuestionamos si el contenido de este apartado realmente supone una novedad respecto a la versión anterior del precepto, y si soluciona el problema derivado de la atribución asimétrica de beneficios empresariales al EP.

3.1.1. La inclusión de los mecanismos propuestos en el artículo 7.3 MCOCDE 2010 no supone una novedad.

De acuerdo con lo dicho en el apartado anterior, a consecuencia del reparto de la potestad tributaria en materia de beneficios empresariales, estipulado en el art. 7.1 MCOCDE, se pueden generar situaciones asimétricas que deriven en situaciones de doble imposición internacional.

A estos efectos, la nueva redacción del art. 7.2 MCOCDE 2010 se remite una al art. 23 MCOCDE que, teóricamente, el Estado de la residencia de la entidad debe aplicar con la finalidad de uno de sus métodos y subsanar dicha situación³²⁶. La versión del MCOCDE 1977 no especifica una remisión a este artículo, pero entendemos que la situación es la misma. El mero hecho de permitir al Estado de la fuente gravar los beneficios empresariales atribuibles al centro de imputación de rentas, condiciona implícitamente a la entidad no residente que tendrá la obligación de eliminar la doble imposición internacional.

El Estado de la residencia está obligado a eliminar la doble imposición internacional, siempre y cuando el Estado de la fuente no haya llevado a cabo una práctica no conforme

³²⁵ ASATSUMA (2009), p. 78.

³²⁶ *Caso 31.658*, (1997, Tribunal Supremo, Holanda). Se desestimó la decisión alcanzada por la del Court of Appeal (1994, Tribunal de Apelación), en relación al cálculo de los beneficios del establecimiento permanente a efectos de las Autoridades fiscales holandesas, respecto la eliminación de la doble imposición internacional puesto que el establecimiento permanente estaba localizado en Suiza y la entidad residente en Holanda.

En esta línea también se encuentran los siguientes casos: Hoge Raad (Tribunal Supremo), 11 marzo 1992, BNB 1992/170; Hoge Raad (Tribunal Supremo), 2 marzo 1994, BNB 1994/164; Hoge Raad (Tribunal Supremo), 8 junio 1977, BNB 1977/176; Lagmannsrett Bergen (Tribunal de Apelación), 8 junio 2001, No. 262/200, “Caso Seaway UK Ltd. v. Government of Norway”, Noruega.

a Derecho interno ni al Convenio³²⁷, aunque hay que tener en cuenta que el Estado de la residencia no está vinculado por la determinación de los beneficios o pérdidas empresariales al EP realizada por el Estado de la fuente. De modo que, en el supuesto de que existan divergencias en los ingresos y gastos atribuidos al EP, se pueden provocar situaciones asimétricas que no permiten eliminar la doble imposición internacional.

La OCDE, consciente de que la falta de un consenso para atribuir los ingresos y gastos al EP provoca un desajuste de los derechos impositivos³²⁸, es decir, en la sujeción a gravamen de los beneficios atribuidos al EP, propuso en el apartado tercero de la nueva versión del artículo 7 MCOCDE³²⁹ un conjunto de pautas para lidiar con las atribuciones asimétricas al EP.

Este artículo prevé la eliminación de la doble imposición internacional mediante la permisibilidad a ambos Estados de practicar ajustes sobre el resultado del EP y, en su defecto, a través de un procedimiento de acuerdo amistoso entre las Administraciones tributarias de ambos Estados.

Este apartado constituye una cláusula similar a la presente en el apartado 9.2 MCOCDE 2010³³⁰, sin embargo su contenido no implica una novedad respecto a la versión del artículo anterior³³¹.

En nuestra opinión, esta cláusula supone una novedad porque obliga a calcular la base imponible del EP conforme al método directo y permite realizar un ajuste que garantice el cumplimiento del mismo³³². Por contra, no implica una novedad en lo referente a los procedimientos previstos para que los Estados concluyan acuerdos en esta materia³³³.

³²⁷ PEDROSA LÓPEZ (2015a), p.53.

³²⁸ MELICHER (2011), p.222.

³²⁹ Art. 7.3 MCOCDE10:

“3. Cuando de conformidad con el apartado 2 un Estado contratante ajuste los beneficios imputables al establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados contratantes y, en consecuencia, grave los beneficios de la empresa que ya han sido gravados por el otro Estado, ese otro Estado, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, practicará el ajuste correspondiente en la cuantía del impuesto aplicado sobre los mismos. En caso necesario, las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán para la determinación de dicho ajuste.”

³³⁰ REIMER (2015b), p.528.

³³¹ Por contra CALDERÓN CARRERO (2015), p.260.

³³² CMOCDE10, art.7, par.53.

³³³ *Nobleza Piccardo S.A.C.I. v. Administración Federal de Ingresos Públicos*, (2010, Tribunal Fiscal de la Nación, Argentina). En atención al artículo 7 CDI Argentina – Chile, aunque se rijan por el Modelo de Convenio de la Comunidad Andina, permite al Estados contratante gravar los beneficios derivados de la

Consideramos que la negociación de acuerdos en esta materia entre Administraciones tributarias implícitamente estaba prevista en la redacción del artículo 7 anterior. El MCOCDE concluía un resultado similar a través de los Comentarios del art. 23, el cual establecía que: “*los Estados pueden hacer uso de las disposiciones del artículo 25, y en especial del apartado 3*”³³⁴, *con la finalidad de resolver este tipo de conflictos que de otro modo pueden dar lugar a situaciones de doble imposición internacional*”³³⁵.

El artículo 7 MCOCDE, autoriza implícitamente a cada Estado para determina la cuantía atribuible al EP en concepto de beneficios empresariales. Si el resultado estimado entre ambos Estados es divergente pero uno de los Estados acepta la estimación determinada por el otro Estado no se generará ningún problema. Por contra, ambos Estados pueden practicar ajustes para determinar los ingresos y gastos imputables al EP.

Si no se elimina la doble imposición el apartado tercero del artículo 7 MCOCDE permite que ambas Administraciones tributarias recurran a un procedimiento amistoso³³⁶, a modo de mecanismo encaminado a la búsqueda de soluciones jurídicas para las controversias que en el marco de los convenios de doble imposición se puedan suscitar³³⁷.

Además de esta herramienta de solución de conflictos para evitar situaciones de doble imposición³³⁸, si es necesario, también pueden recurrir a un procedimiento arbitral³³⁹, siendo esta solución vinculante para ambos Estados³⁴⁰.

Con todo, el contenido propuesto por la nueva versión del art. 7 MCOCDE no supone una novedad en lo que se refiere a la remisión al apartado segundo, lo cual es lógico porque es el único método propuesto. Asimismo, tampoco lo es el hecho de que explícitamente

actividad realizada por una entidad no residente en su territorio, el caso versa sobre la práctica de ajuste sobre el resultado de los mismos. Es decir, a pesar de que el convenio aplicable no fuese similar al artículo 7 MC OCDE 2010, las Administraciones tributarias de ambos Estados contratantes pueden practicar ajustes sobre el resultado cuando los mismos no sean adecuados ni se ajusten a la realidad de las operaciones internas y transacciones realizadas.

³³⁴ Hof van Beroep Gent (2000, Tribunal de Apelación, Bélgica) “... the Court then observed that the agreement concluded under article 26(3) (equivalente a artículo 25.3 MC OCDE) was binding on the tax authorities of both contracting states.”

En relación con el “mutual agreement” véase: *Fiscoloog Internationaal* (2002, Tribunal de Apelación, Bélgica); Caso AFT (1996, Tribunal de Apelación, Bélgica); Caso FJF (1990, Tribunal Supremo).

³³⁵ CMCOE08 art.23, par. 32.5.

³³⁶ Art. 25.1. MCOCDE10 establece el procedimiento amistoso

³³⁷ RIBES RIBES (2003), p.376.

³³⁸ SERRANO ANTÓN (2015), p. 1421.

³³⁹ Art. 25.5 MCOCDE10 establece el procedimiento arbitral.

³⁴⁰ FALCÓN Y TELLA; PULIDO GUERRA (2010), p. 192.

permita que las Administraciones tributarias de ambos Estados recurran a un procedimiento de resolución de conflictos en supuestos de atribución de ingresos y gastos al EP asimétricas, pues implícitamente esta posibilidad se infiere también de los Comentarios del art. 23 MCOCDE.

3.2. Los métodos estipulados en ambas versiones son distintos.

3.2.1. *El artículo 7 MCOCDE 2010 ha eliminado el método indirecto.*

La redacción del artículo 7 MCOCDE 2010, a diferencia de la versión anterior, sólo contempla el método directo para atribuir los ingresos y gastos al EP, basado en la asunción de la ficción del EP como empresa independiente y la valoración de las operaciones internas de acuerdo con el estándar de plena competencia. Este precepto rechaza el método de reparto de los beneficios globales de la empresa, también denominado método indirecto³⁴¹, establecido en el art.7.4 MCOCDE 1977³⁴².

Nuestro objeto de estudio no se centra en el análisis de este método, ni en una valoración comparativa de la idoneidad de ambos métodos, pero pensamos que es conveniente exponer brevemente su contenido y diferencias desde el punto de vista metodológico. Puesto que, una parte de la doctrina internacional defiende éste método³⁴³, denominado por algunos autores como sistemas indirectos, por contraposición al método directo³⁴⁴, o como sistema de reparto proporcional, por la utilización de distintos criterios o módulos de reparto³⁴⁵.

Este método toma como punto de partida la consideración unitaria de la empresa para la atribución y distribución de sus rendimientos³⁴⁶. Desde esta concepción unitaria, toma en

³⁴¹ PEREIRA (2009b), p.372.

³⁴² Art. 7.4 MCOCDE 1977:

“4. Mientras sea usual en un Estado Contratante determinar los beneficios imputables a los establecimientos permanentes sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el párrafo 2 no impedirá que este Estado Contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido esté de acuerdo con los principios contenido en este artículo.”

³⁴³ KOBETSKY (2011), p. 403. KOBETSKY (2006), pp.411-425; AVI-YONAH (2007a) pp.1-62; CLAUSING; AVI-YOHAN (2008), pp.9-20. Por contra, VANN (2006b), p.345-382. VANN (2006a). COTTANI (2016), pp.755-760.

³⁴⁴ LUDWIG (1973), p. 5; CALDERÓN CARRERO (2015), p.260.

³⁴⁵ DE LUIS MONASTERIO (1980), p.178; SURREY (1978), p.415.

³⁴⁶ VOGEL (1997), p.428.

consideración el beneficio total obtenido por la unidad empresarial para posteriormente repartirlo entre los diferentes establecimientos, utilizando para ello distintas variables o módulos de reparto³⁴⁷.

Al tener en cuenta el resultado global de la empresa, las distintas partes de la empresa asumirán la misma posición en cuanto a la atribución de beneficios o pérdidas con independencia de que sus actividades realizadas hayan resultado más o menos productivas³⁴⁸. Ello, provoca un reparto de los beneficios obtenidos por la totalidad de la empresa, pero también, implica un reparto, entre las partes, de las pérdidas de la entidad, incluso cuando una determinada parte arroja un resultado positivo en base a sus actividades realizadas³⁴⁹.

El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, indica que esta es una de las principales diferencias en relación con el artículo 7.2 MCOCDE 2010. Los resultados derivados del método de reparto de los beneficios empresariales al EP, generalmente no coinciden con los resultados del método directo o de contabilidad separada³⁵⁰. Lo cual, como exponemos más adelante, puede derivar en atribuciones asimétricas de ingresos y gastos al EP, que producen situaciones de doble imposición³⁵¹. Razón por la cual, entendemos que la OCDE rechazó su aplicación a fin de tratar de establecer un solo método para calcular la base imponible del EP.

Aunque, como anteriormente hemos expuesto, el art. 7 MCOCDE 1977 supeditaba la utilización de este método su aplicación fuese “... *usual en un Estado contratante*...” o tradicional³⁵². Este método quedaba limitado a casos excepcionales y debía haber sido

³⁴⁷ GARCÍA PRATS (1996), p. 266.; CALDERÓN CARRERO (2015), p.260.

³⁴⁸ DE LUIS MONASTERIO (1980), p.170.

³⁴⁹ REIMER (2015c), p.155.

³⁵⁰ CALDERÓN CARRERO (2004), p.472.

³⁵¹ No obstante, en el contexto de la jurisprudencia existen casos cuyo objeto es cuestionar la posibilidad de determinar los beneficios del EP mediante la aplicación de un “método mixto”, basado en la imputación directa de unas rentas y gastos al EP, pero también en la imputación de los mismos en base a una fórmula basada en ciertos factores, entre otros: *Caso No. IR 86/01* (2002, Tribunal Federal Fiscal, Alemania); *Caso No. I B 26/97* (1997, Tribunal Federal Fiscal, Alemania); *Caso No. II R 12/92* (1996, Tribunal Federal Fiscal, Alemania).

³⁵² CMCOE08, art.7, par.25.

aceptado tanto por las autoridades fiscales³⁵³ como por los contribuyentes³⁵⁴. Por tanto, para que el método de reparto proporcional tenga un carácter preferente frente a las reglas derivadas del CDI debe haber sido utilizado de manera usual en la legislación interna, sin que la mera inclusión del artículo 7.4 en un CDI permita a un Estado modificar su legislación interna para aplicar este método con carácter prioritario³⁵⁵.

Dicho con otras palabras, la no incorporación de esta cláusula en el CDI –tal y como ha resultado en la actualización del MCOCDE 2010–, excluye la utilización de este método, tanto en el ámbito del artículo 7 como en el supuesto de que uno (o ambos) Estados implantaran tal método en su legislación interna, puesto que, la operatividad del mismo quedaría supeditada a la modificación del artículo 7³⁵⁶. Indirectamente, esto supone que el método directo debe ser concebido como el método general para atribuir los ingresos y gastos al EP.

Ambos métodos parten de presupuestos inspiradores diferentes y, en cierta manera, opuestos. En principio, parece imposible que un método de reparto proporcional respete el criterio de empresa separada, pues esta concepción parte de un presupuesto opuesto al de unidad de empresa que fundamenta los criterios de reparto proporcional³⁵⁷.

Además de estos comentarios, el problema de este método se encuentra en la selección de los factores o elementos para repartir los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes³⁵⁸. Hay que tener en cuenta que los beneficios totales obtenidos por la empresa en un ejercicio deben fraccionarse entre las distintas partes que representan la unidad empresarial de acuerdo con una combinación de criterios o fórmulas³⁵⁹, basadas principalmente en tres criterios de reparto: factores relacionados con la cifra de negocios

³⁵³ *Caso I St.1999.207* (2001, Tribunal de Apelación, Suiza) “El Tribunal observó que, según los principios desarrollados por el Tribunal Supremo Federal, los beneficios se asignaban de acuerdo con una fórmula de prorrateo entre la casa central y el establecimiento permanente. La misma regla se aplicó a situaciones internacionales y domésticas. En consecuencia, el Tribunal consideró que el método de prorrateo era habitual en Suiza y podía ser aceptado en virtud del tratado fiscal”.

³⁵⁴ MCOCDE08, art.7, par.26.

³⁵⁵ GARCÍA PRATS (1996), p.311.

³⁵⁶ CALDERÓN CARRERO (2004), p.473.

³⁵⁷ GARCÍA PRATS (1996), p.311. DAVIES (1985), pp.131-132.

³⁵⁸ GALERA PITA (2012), p.32.

³⁵⁹ REIMER (2015b), p.525.

de la empresa, elementos referentes a gastos, y otros relacionados con la estructura del capital de la empresa³⁶⁰.

El inconveniente es que esta combinación de factores resulta aleatoria, no existe un criterio único porque su elección depende de los ordenamientos internos de cada Estado. Esta falta de un acuerdo internacional para determinar una fórmula de reparto de beneficios puede derivar en atribuciones asimétricas de beneficios o pérdidas empresariales al EP, y por ende, en situaciones de doble imposición internacional.

Tampoco podemos omitir que la aplicación de este método queda a expensas de un adecuado intercambio de información entre las Administraciones tributarias de los Estados en los que una empresa realiza actividades empresariales. Este método requiere de un cierto grado de logística y capacidad informática, lo cual hace que resulte inviable para determinadas autoridades fiscales con carencia de estos recursos.

Las dificultades e inconvenientes que presenta este método, además del hecho de que dependiendo del método que se aplique el resultado puede ser uno u otro³⁶¹, explica la decisión de rechazo de la OCDE. Sin embargo, como algunos autores afirman, parece que la OCDE se contradice en muchos otros aspectos, tales como la aceptación de los métodos de reparto *profit splits* en el área de los Precios de Transferencia³⁶². Lo mismo sucede en el contexto de la Unión Europea (en adelante, UE), que lleva años de trabajos, propuestas e informes a fin de alcanzar una base imponible común consolidada *Common Consolidated Corporate Tax Base* (en adelante, CCCTB) –³⁶³.

³⁶⁰ CALDERÓN CARRERO (2004), p.474; GARCÍA PRATS (1996), p.267.

³⁶¹ VOGEL (1997), p.355.

³⁶² SASSEVILLE; VANN (2014), p.8.

³⁶³ No profundizamos en este tema a efectos de no desviarnos en nuestro objeto de estudio. Simplemente brevemente indicamos que el Consejo a nivel fiscal de la Unión Europea lleva años trabajando para establecer una base común consolidada del impuesto de sociedades en la UE. Actualmente, la iniciativa consta de dos propuestas:

i) Propuesta de Directiva por la que se establece una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=COM:2016:0685:FIN>

ii) Propuesta de Directiva por la que se establece una base consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2016:0683:FIN>

A nivel literatura, entre otros véase: SPENGLER; ORTMANN-BABEL; ZINN; MANTENAER (2012), pp. 185-221; JACOBS; SPENGLER; STETTER; WENDT (2005), pp. 414-428; SCHÖN (2007b), pp. 1063-1080.

3.2.2. El artículo 7 MCOCDE 2010 establece un método directo distinto al de la versión anterior.

En el apartado anterior, hemos explicado el método de reparto de beneficios y las razones por las que entendemos que la OCDE decidió rechazar su inclusión en la redacción del art.7 MCOCDE 2010. De este modo, la nueva redacción de este precepto sólo contemplaba el método directo para atribuir los ingresos y gastos al EP.

El método directo, o como parte de la doctrina internacional denomina, el sistema directo de determinación de beneficios³⁶⁴ o método normal –al entender que el método indirecto se aplicaba con carácter excepcional³⁶⁵–, se fundamenta en la consideración del EP como un centro de imputación de rentas distinto de la empresa a la que pertenece³⁶⁶.

Este método asume una doble ficción; primero, la asunción de la ficción de este instituto jurídico como una entidad distinta de la empresa a la que legalmente pertenece, segundo, asimila las operaciones realizadas con otras partes de la empresa como transacciones entre empresas independientes para valorarlas a precios *at ALS*. Así, al EP se le atribuyen ingresos y gastos derivados de sus actividades empresariales, obteniendo un resultado positivo o negativo³⁶⁷, pero en cualquier caso, independiente del resto de su unidad empresarial y más conforme a sus contribuciones reales y capacidad económica³⁶⁸.

Este método siempre ha estado presente en el Modelo de Convenio OCDE, en concreto en el artículo 7.2, aunque su redacción no siempre ha sido la misma. Como ya hemos explicado, desde el MCOCDE 1977³⁶⁹ hasta el MCOCDE 2010 la redacción permaneció prácticamente inalterada, sin embargo, en el MCOCDE 2010³⁷⁰ se introdujo una nueva redacción del artículo 7, que también modificó la redacción relativa al método directo.

³⁶⁴ BECKER (1989), p.12.

³⁶⁵ VAN LEIHENHORST (1989), p.31. VOGEL (1997, p.351.

³⁶⁶ GARCÍA PRATS (1996), p.262.

³⁶⁷ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ (2004), p.21. CMOCDE10, art.2, par.17.

³⁶⁸ ARNOLD (2011a), p.4.

³⁶⁹ Art. 7.2 MCOCDE 1977:

“2. Cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.”

³⁷⁰ Art. 7.2 MCOCDE 2010:

Ante esta modificación de la redacción del método directo, cuestionamos si ello implica una variación de los criterios que rigen este sistema o si la extensión y ámbito de aplicación de los mismos no ha sido alterada. Esta cuestión es relevante porque si, a pesar de aplicar el método directo, el hecho de registrarse por una redacción u otra repercute en los ingresos y gastos atribuibles al EP, en última instancia, los beneficios o pérdidas empresariales del EP distintas. Lo cual, como posteriormente expondremos, puede conllevar problemas de distinta índole.

Esta cuestión se aborda en los siguientes apartados de este trabajo, mediante un análisis comparado entre ambas versiones del artículo 7.2 MCOCDE.

Esta parte del trabajo no se centra en los términos incorporados en la nueva redacción del artículo 7 MC OCDE “...funciones desarrolladas, activos utilizados y riesgos asumidos...” porque en ningún caso la introducción explícita de estos elementos implica una novedad. Es decir, estos elementos también se encuentran implícitamente en la redacción anterior, puesto que, para imputar los beneficios o pérdidas al EP debemos tener en cuenta las actividades que realiza, que implícitamente asumen un riesgo y los activos utilizados en su desarrollo.

No obstante, cuestión distinta es si la metodología y el planteamiento que realiza sobre los mismos el denominado Criterio Autorizado OCDE es adecuado y viable, o no. Esta cuestión va más allá, en tanto en cuanto, no se limita a tener en cuenta estos elementos que son básicos en el proceso de imputación de beneficios al EP, sino que formula un enfoque totalmente distinto que va más allá del ámbito conceptual de los mismos. Aunque esta cuestión, como decimos, será analizada en el siguiente capítulo de este trabajo.

“2. A los efectos de este artículo, y del artículo [23A] y [23B], los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.”

4. ANÁLISIS COMPARADO DEL MÉTODO DIRECTO EN AMBAS VERSIONES DEL ARTÍCULO 7 MCOCDE.

4.1. El método directo queda condicionado por la finalidad del artículo 7 MCOCDE y el objetivo del establecimiento permanente.

La finalidad del artículo 7 MCOCDE, con independencia de su versión, es repartir la potestad tributaria de los beneficios empresariales entre ambos Estados contratantes³⁷¹, asignando al Estado donde está localizado el EP la posibilidad de ejercer el derecho a determinar los beneficios empresariales imputables a esta parte de la empresa y someterlos a gravamen³⁷².

En este sentido, el artículo establece una serie de pautas para atribuir los ingresos y gastos al EP, éstas componen distintos métodos según la versión del precepto, pero todos ellos, de acuerdo con la finalidad del EP quedan restringidos al ámbito tributario.

La finalidad del artículo 7 MCOCDE está en conexión con el objetivo del EP³⁷³, ya que hasta que una entidad no residente participa efectivamente en la vida económica de otro Estado³⁷⁴, este artículo no otorga la potestad tributaria a dicha jurisdicción fiscal para someter a gravamen los beneficios empresariales de la entidad extranjera³⁷⁵. De modo que, indirectamente la aplicación de las pautas establecidas en este precepto, quedan supeditadas a la existencia de este instituto jurídico.

De acuerdo con el artículo 7.1 MCOCDE, el objetivo del EP y la finalidad del artículo 7 MCOCDE mantienen una conexión recíproca. Sin embargo, la cuestión que se suscita es si las pautas o métodos estipulados en este precepto también están en conexión con estos elementos, o si por contra, alguno de ellos se basa en un conjunto de pautas que de algún modo se desvía del objetivo del EP o infringe la finalidad del artículo 7 MCOCDE.

³⁷¹ REIMER (2015b), p.479.

³⁷² CALDERÓN CARRERO (2015), p.140.

³⁷³ REIMER (2015a), p.297.

³⁷⁴ VAN WANROOIJ (2004), p.250.

³⁷⁵ LANG (2002), p.17. CARMONA FERNÁNDEZ (2012), p.40.

Al margen de que el artículo 7 MCOCDE 2010 sólo contempla el método directo³⁷⁶, a diferencia del artículo 7 MCOCDE 1977 que también cuenta con un método indirecto³⁷⁷, así como que parte de la doctrina internacional defiende el método de contabilidad separada³⁷⁸, basado en la ficción del EP como una empresa separada o independiente³⁷⁹, y que algunos autores defienden la calificación del EP de acuerdo con su naturaleza jurídica³⁸⁰, la elección de un método u otro para determinar los beneficios imputables al EP, no altera la finalidad del artículo.

Teniendo en cuenta que este trabajo queda restringido al método directo, de acuerdo con las premisas estipuladas en este apartado, se suscita la cuestión de si ambas versiones de este método son conformes al objetivo del EP y la finalidad del artículo 7 MCOCDE. Es decir, si ambas versiones del método directo, a pesar de que puedan no proponer una misma atribución de beneficios al EP ante situaciones idénticas, están en línea con el objetivo del EP y la finalidad del artículo 7 MCOCDE, o si por contra, las pautas establecidas en alguna de ellas no está en consonancia con estas premisas.

En línea con esta cuestión, a continuación analizamos las semejanzas y diferencias entre ambas versiones del método directo y valoramos su adecuación con las ideas expuestas.

4.2. Los criterios rectores de la metodología del método directo son distintos en ambas versiones del artículo 7.2 MCOCDE.

Los siguientes apartados analizan los criterios que rigen la tributación del EP desde la perspectiva del método directo, tanto en el artículo 7.2 MCOCDE 1977 como en la versión del MCOCDE 2010, y valoran sus similitudes y diferencias. Puesto que, si ambas versiones, a pesar de que cuenten con una metodología similar, se rigen por criterios distintos que pueden implicar una atribución divergente de beneficios al EP ante un

³⁷⁶ Método de empresa funcionalmente separada y el método de reparto de beneficios, MCOCDE 1977, art. 7.2 y 7.4, respectivamente.

³⁷⁷ Método de empresa funcionalmente separada en el MCOCDE 2010, art. 7.2.

³⁷⁸ Caso AZ. II R 39/89 (1992, Tribunal federal fiscal, Alemania), afirma que “de acuerdo con el método directo, el EP debe considerarse económicamente como una entidad independiente y los activos del negocio de dicha entidad se determinarán sobre la base de sus cuentas anuales. De todos modos, el Tribunal Fiscal Federal luego observó en su jurisprudencia que ya había expresado su preferencia por el método directo de asignación de ganancias sobre el método indirecto generalmente menos preciso”.

³⁷⁹ ARNOLD (2011), pp.3-4. PEREIRA (2009a), pp.286-291.

³⁸⁰ CLAUSING; AVI-YONAH (2008), p.11. KOBETSKY (2010), p.352.

mismo escenario, debemos valorar si están en consonancia con la finalidad del artículo 7 MCOCDE.

Estas distinciones se deben principalmente a que en relación con la primera ficción del EP, mientras la versión anterior asimila a este centro de imputación de rentas como una empresa distinta y separada, la versión del posterior del precepto lo considera como una empresa independiente.

En nuestra opinión, ambas versiones del método directo se basan en una metodología similar porque asumen una doble ficción, pero con criterios distintos. Esta distinción de criterios suscita la cuestión de si en el contexto tributario, dichas diferencias repercuten, o no, en el cálculo de los ingresos y gastos al EP, y por ende, en los beneficios imputables al mismo.

En relación con la parte del precepto que se identifica con la segunda ficción, pensamos que en ambas versiones se infiere una interpretación similar. Puesto que, con independencia de considerar al EP a una empresa separada o independiente, ambas versiones, implícitamente, exigen valorar las operaciones internas realizadas por el EP con su CC u otra parte de la empresa de acuerdo con el ALS.

De acuerdo con la cuestión suscitada, a continuación analizamos las implicaciones fiscales que derivan del criterio de empresa separada y empresa independiente para valorar sus diferencias y semejanzas.

4.2.1. Diferencias jurídicas entre el criterio de empresa separada y el criterio de empresa independiente.

La nueva redacción del artículo 7.2 MCOCDE 2010 considera al EP como una empresa distinta e independiente, a diferencia de la versión anterior que lo asimilaba a una empresa distinta y separada.

Ambos criterios, en contra de la propia naturaleza jurídica del EP, que supondría reconocer a este centro de imputación de rentas como parte de la empresa de la que legalmente es propiedad, se caracterizan porque omiten el factor de la unidad empresarial y lo equiparan a una empresa autónoma con capacidad de realizar actividades empresariales.

No obstante, los términos que utiliza cada una de las versiones para considerar al EP son distintos. Por tanto, surge la cuestión de si ambos términos pueden considerarse sinónimos, y por ende, conllevan las mismas implicaciones fiscales. O si por el contrario, la extensión y alcance jurídico que implica cada uno de los términos son distintos, lo cual supone conlleva implicaciones diversas a nivel tributario³⁸¹.

Como hemos expuesto anteriormente, la doctrina internacional es divergente en esta materia. Parte de ella, indirectamente equipara el EP a una empresa independiente, en tanto en cuanto el precepto estipula la obligación de tratar al EP con total independencia respecto a la empresa de la que es EP³⁸². Asimismo, otros, consideran que ambos son recíprocos y uno implica el otro³⁸³, o que ambos se pueden utilizar indistintamente³⁸⁴.

En nuestra opinión, de acuerdo con parte de la doctrina internacional, la asimilación del EP a una empresa separada, no debe confundirse con el término empresa independiente³⁸⁵. Por lo que, la asimilación del EP a una empresa separada o a una empresa independiente conlleva implicaciones diferentes a nivel tributario.

En comparación con la versión anterior, la condición de entidad separada convierte al EP en un centro de atribución de rentas separado y autónomo de la CC o del resto de las partes de la empresa, restringido al ámbito tributario³⁸⁶. El elemento de independencia está presente en el plano de la cuantificación y distribución del rendimiento, y con carácter posterior a la consideración separada del EP, afecta a la calificación y asignación de los hechos objeto de cuantificación.

Por tanto, el criterio de empresa separada condiciona la extensión y alcance del EP y el ALS no condiciona la ficción del EP sino que se cumple por la obligación de valorar las operaciones internas a precios *at arm's length*.

³⁸¹ VAN WANROOIJ (2009), p.301.

³⁸² CALDERÓN CARRERO (2015), p.245.

³⁸³ REIMER (2015b), p.480.

³⁸⁴ BURGERS (1991), p.202.

³⁸⁵ GARCÍA PRATS (1996), p.265.

³⁸⁶ En este sentido, es interesante tener en cuenta la distinción que realiza la profesora BURGERS sobre los distintos enfoques de la teoría de empresa separada; BURGERS (1991), distingue entre un enfoque funcional en el que se encuentran tres alternativas; “Legalistic functional approach”, “Narrow functional approach”, “Broad functional approach”, y el enfoque territorial bajo el que distingue: “Narrow territorial approach” y “Broad territorial approach”. También, BURGERS (2009), pp. 51-76; BURGERS (2006) pp.17-19.

En cambio, la última versión del artículo 7 MCOCDE no limita la ficción del EP al ámbito tributario sino que el alcance jurídico es de mayor extensión. En el contexto tributario ambos términos no cuentan con las mismas restricciones, no obstante, no consideramos que ambos términos sean opuestos, pero sí que son distintos³⁸⁷. El término de empresa independiente obliga considerar cualquier acuerdo interno del EP como una operación interna, mientras que bajo la consideración del EP como empresa separada, éstas quedan restringidas a las funciones que realiza este centro de imputación de rentas.

Así, en esta versión del precepto, el criterio de independencia está presente en ambas fases del método directo, tanto en la consideración de este instituto jurídico como en la valoración de las operaciones internas que realiza con su CC u otras partes de la empresa.

Con todo, observamos que ambas versiones coinciden en que las operaciones internas deben valorarse en cumplimiento con el ALS, pero desde ambas versiones no se infiere que las operaciones internas sean las mismas, sino que ello dependerá de la ficción asumida respecto de esta parte de la empresa.

La asunción del EP como una empresa separada implica la consideración de este centro de imputación de rentas como una subdivisión de la empresa internacional y explica su capacidad de realizar operaciones internas con otras partes de la misma, siendo su consecuencia directa la necesidad de valorarlas a precios *at ALS*. Ello explica que la extensión de dicha ficción queda limitada única y exclusivamente a efectos tributarios, y restringida a la valoración a precios de mercado de las funciones que realiza.

Sin embargo, la ficción del EP como empresa independiente, implica una mayor amplitud en lo relativo a la consideración de las operaciones internas porque, a diferencia de la ficción de la versión anterior, éstas no quedan limitadas a las funciones que el mismo realiza, sino que desde el punto de vista del EP asimilado a una empresa independiente todos los acuerdos asumen la consideración de operación interna.

Además, también implica una extensión más allá del ámbito tributario, lo cual nos lleva a cuestionar si es jurídicamente viable considerar al EP como una entidad independiente a nivel financiero, económico y legal³⁸⁸.

³⁸⁷ Por contra, ROMJIN (1986), p.4143. BURGERS (1991), pp.205-206.

³⁸⁸ VAN WANROOIJ (2009), p.301.

De acuerdo con estas diferencias hemos de analizar su repercusión e impacto en la atribución de ingresos y gastos al EP, y por ende en los beneficios o pérdidas empresariales atribuibles al EP. Puesto que, en atención a la extensión e implicaciones fiscales de cada una de estas ficciones hemos de valorar su adecuación y viabilidad para satisfacer la finalidad del artículo 7 MCOCDE, que, en última instancia, es su *raison d'être*.

4.2.2. Extensión y alcance jurídico de la ficción absoluta contra la ficción restringida.

4.2.2.1. La ficción queda condicionada por el objetivo del establecimiento permanente.

En los apartados anteriores hemos explicado que la finalidad del artículo 7 MCOCDE, con independencia del MCOCDE que resulte aplicable, es otorgar la potestad de los beneficios empresariales a ambos Estados contratantes, y para ello, establece un conjunto de pautas que atribuyen los ingresos y gastos al EP. La finalidad de este artículo queda restringida al ámbito puramente tributario, lo cual implícitamente obliga a que el método propuesto para ello quede restringido por esta finalidad.

De acuerdo con el apartado anterior, hemos concluido que los criterios del método directo que rigen la atribución de beneficios empresariales al EP en ambas versiones del artículo 7 MCOCDE no son sinónimos, y ello, no sólo obliga a valorar si la utilización de uno u otro conlleva unas implicaciones y consecuencias fiscales distintas, sino también exige valorar si, en atención a la finalidad del artículo 7 MC ODE, una ficción se adecua mejor que otra.

Debemos tomar como punto de referencia la finalidad del artículo 7 MCOCDE, puesto que, la ficción asumida respecto a la figura del EP debe estar en consonancia con la misma. Es decir, tal y como hemos expuesto anteriormente, debemos tener en cuenta que la finalidad de este precepto se limita al ámbito tributario. Con la finalidad de determinar los beneficios empresariales atribuibles al EP, la metodología propuesta queda condicionada por dicha restricción.

En este sentido, a continuación analizamos la extensión y alcance de aplicación de ambos criterios y procedemos a valorar la adecuación de cada ficción a la finalidad de este

precepto. Además, este análisis será complementado en el apartado siguiente respondiendo a si la asimilación del EP a una empresa separada o a una empresa independiente repercute en la delimitación de las operaciones internas y en el tratamiento jurídico-tributario de las mismas.

Ambas ficciones permiten tratar al EP ignorando al resto de la empresa de la que forma parte, así, incluso cuando la unidad empresarial en su totalidad ha obtenido pérdidas es posible determinar un resultado positivo en favor de esta parte de la empresa³⁸⁹, o viceversa. No obstante, la consideración de manera independiente del EP, de acuerdo a la finalidad del precepto, se asume con el fin de atribuir los ingresos y gastos que deriven de las actividades empresariales que esta parte lleva a cabo, y que el Estado donde se localice tenga la posibilidad si lo desea de someter sus beneficios empresariales a tributación³⁹⁰. Por consiguiente, la asunción de dicha ficción del EP queda restringida al ámbito exclusivamente tributario.

En suma, la propia naturaleza del EP imposibilita su consideración ajena a la unidad empresarial desde cualquier punto de vista. Es decir, el objetivo del EP se limita al ámbito tributario, considerándose como un centro de imputación de rentas para determinar, de un modo u otro, los beneficios o pérdidas obtenidos por dicha parte de la empresa³⁹¹. Así, la naturaleza del mismo se limita al contexto tributario y ello no permite, incluso al amparo de una ficción bajo el método directo, que éste pueda considerarse como una entidad distinta a otros efectos distintos de los tributarios, como los legales o mercantiles. En ese caso, entendemos que supondría extralimitarse tanto del objeto y naturaleza del EP como de la finalidad por la que el artículo propuso dicha ficción.

El EP no deja de ser parte de una empresa y, en todo caso, comparte la personalidad jurídica tanto con su CC como con otros posibles centros de imputación de rentas. Por ello, la ficción del EP como una empresa ajena, únicamente tiene sentido a nivel puramente tributario, para cumplir con la finalidad del artículo 7 MCOCDE, permitiendo al Estado donde se localiza determinar sus beneficios empresariales para someterlos a gravamen si lo desea. Pero, en ningún caso lo sea a efectos legales, porque ello siempre

³⁸⁹ BENNET; RUSSO (2009), p.75.

³⁹⁰ VAN WANROOIJ (2004), p.250.

³⁹¹ REIMER (2015a), p.297.

derivaría en una referencia al mismo como una empresa jurídicamente independiente y legalmente separada.

Por consiguiente, no debemos considerar al EP como una empresa separada desde el punto de vista legal asumiendo que posee su propia personalidad jurídica, sino simplemente debemos concebirlo como un mero centro de imputación de rentas que cumple el mandato exigido por el artículo en cuestión. Por ello, debemos omitir cualquier ficción de carácter legal o referencia a elementos de índole mercantil, y limitarla única y exclusivamente al contexto tributario como empresa separada para calcular su base imponible³⁹² y delimitar los derechos de imposición de gravámenes de los Estados cuando una entidad residente opera en otro Estado a través de esta figura legal³⁹³.

En atención a las ideas expuestas en esta parte del trabajo, el siguiente apartado delimita la extensión y alcance que implica cada una de estas ficciones, a fin de valorar su adecuación respecto a la figura del EP y su relación con la finalidad del artículo 7 MCOCDE.

4.2.2.2. *La asimilación del establecimiento permanente a una empresa independiente o separada responde a una extensión de la independencia restringida o absoluta, respectivamente.*

Este apartado complementa los argumentos expuestos en el apartado anterior relativos a qué ficción se adecua mejor a la finalidad del artículo 7 MCOCDE y al objetivo del EP. Este apartado analiza las implicaciones fiscales de cada una de las ficciones en la delimitación de las operaciones internas y el tratamiento jurídico-tributario de cada una de ellas.

Es decir, desde la perspectiva de ambas ficciones, distingue las operaciones internas y las relaciones internas, y en relación con las primeras compara si los ingresos y gastos que derivan de éstas son los mismos, o no, pues ello repercute directamente en la determinación de los beneficios o pérdidas de esta parte de la empresa.

Este análisis interpretativo se debe a que las distintas versiones del artículo 7 MCOCDE hace referencia a los términos de empresa separada y empresa independiente pero, ni sus

³⁹² BURGERS (2009), p.54.

³⁹³ BIERLAAGH (1992), p.157.

Comentarios ni cualquier otro documento de carácter *soft law*, detalla las consecuencias e implicaciones fiscales que conlleva cada uno de ellos. Asimismo, ni siquiera explican las semejanzas y diferencias entre ellos.

Ante la ausencia de estas explicaciones en el texto del artículo y en los documentos de no vinculantes, tenemos en cuenta las principales concepciones elaboradas por la doctrina tributaria internacional para argumentar la cuestión planteada.

Parte de la doctrina tributaria internacional, distinguió una doble concepción del EP como empresa separada, que a nuestro parecer coincide con la distinción de los criterios utilizados en ambas versiones del artículo 7 MCOCDE. Estos autores distinguen, por un lado, la empresa separada con independencia absoluta –*absolute (hypotetical) independence*–, que trata de asimilar al EP a una entidad filial legalmente independiente en todos los ámbitos, reconociendo cualquier acuerdo interno como una operación interna cuyo tratamiento se asimila a una transacción entre empresas independientes. Por otro lado, el EP como una empresa con independencia restringida –*restricted Independence*–, ésta limita el carácter independiente del EP al ámbito fiscal y sólo reconoce como operaciones internas ciertos acuerdos internos para reconocer las actividades y funciones realizadas por dicha parte de la empresa³⁹⁴.

En nuestra opinión, la distinción formulada por esta parte de la doctrina coincide con la que ha utilizado la OCDE en sus distintas versiones del artículo 7 MCOCDE. La versión del precepto del MCOCDE 1977, que asimila al EP a una empresa separada, se corresponde con el término de independencia restringida, porque no consagra el criterio de empresa separada hasta sus últimas consecuencias³⁹⁵. La versión del art.7 MCOCDE 2010, que considera al EP como una empresa independiente, se corresponde con el término de independencia absoluta, porque lleva la ficción hasta sus últimas consecuencias al reconocer todas las relaciones entre el EP y otras partes de la empresa como operaciones internas, cuyo tratamiento debe asimilarse al de una transacción³⁹⁶.

En línea con esta doctrina, los autores del informe de la *International Fiscal Asociación* destacan que desde la perspectiva de la independencia absoluta el EP es tratado exactamente igual que la entidad subsidiaria legalmente independiente, lo cual no sólo

³⁹⁴ VOGEL (1997), pp.340-341.

³⁹⁵ CALDERÓN CARRERO (2015), p.267.

³⁹⁶ BOBBET; AVERY JONES (2010), p.20.

implica considerar todos los acuerdos internos como operaciones internas, sino también asimilar al EP como una empresa distinta en todos los ámbitos. De modo más limitado, la independencia restringida asimila el EP a una empresa distinta exclusivamente al contexto tributario, y aun así, en este ámbito no todos los acuerdos se asimilan a operaciones internas³⁹⁷.

De acuerdo con el matiz formulado por estos autores, la asimilación del EP de un modo u otro repercute directamente en la atribución de ingresos y gastos al EP, y por ende, en la determinación de sus beneficios o pérdidas empresariales. Porque la independencia absoluta, que considera al EP como una empresa independiente a todos los niveles, obliga a valorar todas las operaciones internas de acuerdo con el estándar de plena competencia. A diferencia de la independencia restringida, que asimila el EP a una empresa separada, no todas los acuerdos internos son operaciones internas, y éstos se valoraran por su precio de coste.

Otros autores de la doctrina tributaria internacional también han profundizado con mayor precisión en esta materia. En particular, la profesora BURGERS, tomando como punto de partida la distinción propuesta por LANCEE³⁹⁸, distinguió cinco enfoques³⁹⁹:

El enfoque funcional legalista –*legalistic functional approach*–, establece que no deben asumirse acuerdos ficticios entre partes de una misma empresa a fin de atribuir beneficios al EP, por lo que los acuerdo internas no se valoran conforme al estándar de plena competencia sino a precio de coste. Aunque sí deben asignarse al EP los gastos correspondientes a un reparto proporcional.

El enfoque funcional estricto –*narrow functional approach*–, tiene en cuenta los acuerdos internos pero su valoración difiere en la medida en que sean idénticas, o no, a las actividades prestadas o recibidas por terceras partes.

El enfoque funcional amplio –*broad functional approach*–, asume que las funciones que realiza cada parte de una empresa internacional deben remunerarse a precios *at arm's length*.

³⁹⁷ BAKER; COLLIER (2006), p.36.

³⁹⁸ LANCEE (1959).

³⁹⁹ BURGERS (1991). BURGERS (2009), pp.55-56. BURGERS (2006) pp.17-18.

El enfoque territorial amplio *–broad territorial approach–*, trata al EP como una empresa completamente separada, los acuerdos internos con su CC u otras partes de la empresa asumen la calificación de operaciones internas.

El enfoque territorial estricto *–narrow territorial approach–*, asimila el EP a una empresa filial y aplica el ALS en sus transacciones, con excepción de las actividades que surgirían en caso de que una entidad subsidiaria realizase con sus accionistas, también considera que el EP tiene las mismas obligaciones legales, incluyendo el capital mínimo.

Teniendo en cuenta las ideas y argumentos expuestos anteriormente respecto a la finalidad del art. 7 MCOCDE y al objetivo del EP, así como la extensión y alcance que se infiere de cada una de estas ficciones, nos parece adecuado el enfoque funcional amplio *–broad functional approach–*⁴⁰⁰, el cual, a nuestro entender coincide con el enfoque de independencia restringida *–restricted Independence–*. Este enfoque asume que la entidad filial es otra forma legal completamente distinta, que no es equiparable al EP. Así, en el ámbito tributario, limita la extensión de la ficción del EP.

Ambos enfoques distinguen entre las relaciones internas y las operaciones internas, asumen que no todos los acuerdos internos deben considerarse como operaciones internas sino sólo las funciones y actividades que el EP realiza con otra parte de la empresa. Esto debe entenderse como que sólo éstas deben valorarse a precios *at ALS* y el resto se valora a precio de coste.

En el contexto de la OCDE, estos enfoques coinciden con el criterio de empresa separada establecido en el art. 7.2 MCOCDE 1977.

Por contra, nos parece inadecuado el enfoque territorial estricto *–narrow territorial approach–*, del mismo modo que el enfoque de empresa separada con independencia absoluta *–absolute (hypotetical) independence–*. Consideramos que éstos resultan inaplicables porque tratan de asimilar a esta parte de la empresa a una empresa subsidiaria o filial a todos los niveles, es decir, tanto en el contexto tributario como legal o mercantil.

Ambas posturas extralimitan los límites de la ficción del EP a un ámbito distinto del puramente tributario, lo cual resulta inadecuado porque la propia naturaleza jurídica del EP no permite considerarlo como una empresa distinta a nivel legal. La determinación como una empresa separada a nivel tributario no presenta ningún inconveniente, en la

⁴⁰⁰ BURGERS (2006), pp.19-20.

medida en que no es más que un método para atribuir los ingresos y gastos a esta parte de la empresa.

En el contexto de la OCDE estos enfoques coinciden con el criterio de empresa independiente, establecido en el art. 7.2 MCOOCDE 2010.

Al hilo de los distintos enfoques, nos parece adecuado hacer referencia a la distinción que realiza otra parte de la doctrina internacional en referencia al alcance pleno o limitado de la extensión de la ficción del ALS⁴⁰¹. A pesar de que esta distinción no verse sobre nuestra cuestión, pensamos que sus explicaciones son útiles para comprender qué enfoque se adecua mejor a la ficción asumida respecto al EP.

En esta materia la doctrina internacional distingue, por un lado la ficción plena del mandato *at ALS* como un principio que impone los beneficios obtenidos por una entidad como consecuencia de operaciones realizadas con entidades vinculadas, equiparándolos a los que hubiera obtenido de haber realizado operaciones idénticas o muy similares con partes independientes⁴⁰². Por el otro lado, distingue la ficción limitada del estándar *at ALS* refiriéndose exclusivamente al ajuste de las condiciones de la operación, es decir elementos de la misma, sujetos a negociación, pero excluye las circunstancias en que ésta tiene lugar⁴⁰³.

Este autor defiende que las circunstancias en una operación pueden ser las mismas se realicen entre partes independientes o no, pero las condiciones son propias de las partes vinculadas, por ejemplo: el intercambio de información, sinergias, no existen litigios entre empresas de un mismo o los intereses comunes, son características que influyen en las transacciones y que sólo se presentan entre partes vinculadas o asociadas.

De acuerdo con estas ideas, entendemos que desde la perspectiva del EP existen un cúmulo de factores y condiciones que no se dan desde el punto de vista de las empresas filiales. El EP nunca puede considerarse absolutamente independiente respecto al resto de la empresa porque en ningún caso pueden omitir su naturaleza jurídica o el hecho de que esta parte de la empresa carece de personalidad jurídica propia.

⁴⁰¹ NAVARRO IBARROLA (2016a), pp.43-49.

⁴⁰² KANE (2014) p.303; SCHOUERI (2015), p.712.

⁴⁰³ BERRY; BRADFORD; HINES (1992), p.733; SADIQ (2004), p.68.

En el contexto del EP se dan una serie de circunstancias que no están presentes en las relaciones entre empresas independientes, aunque se trate de operaciones vinculadas. La independencia del EP en relación con su CC u otras partes de la empresa es restringida, y no podemos omitir que comparten una serie de condiciones como sinergias, intereses en común, etc... que no se dan entre partes independientes⁴⁰⁴. Por ello, entendemos que el EP, independientemente de que sea analizado bajo el criterio Autorizado OCDE o no, nunca llegará a una independencia absoluta⁴⁰⁵.

En definitiva, adicional a las ideas y argumentos expuestos anteriormente, los razonamientos de este apartado nos llevan a concluir que la ficción asumida respecto a la figura del EP debe ser la de una empresa separada, porque la ficción de empresa independiente resulta inaplicable de acuerdo con las limitaciones de la extensión del EP, así como con la finalidad del art.7 MCOCDE.

Pensamos que la ficción del EP como empresa separada es viable y óptima. Por contra, la ficción de asimilar al EP como una empresa independiente se extralimita del objetivo del mismo y de su propia naturaleza, y no es viable ni desde la perspectiva jurídica ni legal.

A continuación, reforzamos nuestra postura desde el punto de vista de las operaciones internas realizadas por el EP con su CC. En base a una serie de operaciones analizamos las implicaciones a nivel jurídico-tributario que derivan de la consideración del EP como una empresa separada o como una empresa independiente. Además de reforzar nuestra postura a favor de la ficción que asimila al EP a una empresa separada, en lugar de independiente, mediante este análisis se demuestra que ambas ficciones pueden implicar atribuciones de ingresos y gastos al EP asimétricas, lo cual puede provocar que ante situaciones idénticas se atribuyan distintos beneficios o pérdidas al EP.

4.3. Conclusiones: Ambas ficciones conllevan implicaciones jurídico-tributarias distintas.

Este apartad, tras determinar los criterios del método directo que rigen la atribución de ingresos y gastos al EP, ha concluido que el criterio de empresa separada difiere del

⁴⁰⁴ MALHERBE; DAENEN (2010), p.361PDF.

⁴⁰⁵ Frente a lo que afirman BAKER; COLLIER (2006), p.37.

criterio de empresa independiente, y por tanto las versiones del artículo 7 MCOCDE en ningún caso pueden ser asimiladas.

Teniendo como punto de referencia la finalidad del art. 7 MCOCDE y el objetivo del EP, la distinción de ambos criterios ha tratado de exponerse en base a un análisis formulado en relación con su extensión jurídica y ámbito de aplicación.

El criterio de empresa separada, establecido en la versión anterior del art. 7 MCOCDE, ha sido relacionado con el concepto de independencia restringida. La independencia del EP queda limitada al ámbito tributario, como un método para determinar los beneficios o pérdidas atribuibles al mismo, pero en ningún caso dicha consideración se expandía a otros ámbitos.

El criterio de independencia absoluta se identifica con la ficción del EP como una empresa independiente, la cual obliga a asumir que esta figura legal es ajena a la unidad empresarial e ignora las restricciones impuestas por su propia naturaleza jurídica. Pensamos que esta ficción va más allá de los límites de la extensión esta ficción y no está en consonancia con la finalidad del art. 7 MCOCDE, que únicamente estipuló el método directo como sistema para determinar los beneficios o pérdidas al EP.

Esta distinción influye tanto en la delimitación de las operaciones internas como en la retribución de las mismas. Puesto que, en atención a lo expuesto en este apartado concluimos que, una empresa separada distingue entre el concepto de relación interna, aquella interacción con otra parte de la empresa que no da lugar a una operación interna y debe valorarse a precio de coste. Por otro lado, desde la perspectiva de la ficción del EP como una empresa independiente, se desconoce el concepto de relación interna, considera que cualquier acuerdo interno entre el EP y otra parte de la empresa es una operación interna, cuyo tratamiento debe asimilarse a una transacción entre personas jurídicas independientes y valorarse a precios *at ALS*.

Tenemos que tener en cuenta que la finalidad del artículo 7 MC OCDE, con independencia de su versión, es repartir la potestad tributaria y atribuir ingresos y gastos al EP derivados de las funciones que realiza en el desarrollo de su actividad empresarial. Así, el objetivo del método directo, por medio de la ficción asumida del EP, no es más que un mero mecanismo para cumplir la finalidad del precepto. Por ello, opinamos que el EP debe ser concebido como una entidad autónoma capaz de desarrollar su actividad empresarial, pero en ningún caso dicha ficción va más allá del ámbito tributario.

Por tanto hemos de rechazar la ficción del EP como una empresa independiente, ignora por completo las limitaciones impuestas por su propia naturaleza, y en el ámbito tributario trata de llevar hasta sus últimas consecuencias la ficción derivada del término.

Este capítulo explica y rechaza la ficción del EP como una empresa independiente, no obstante a fin de completar dicha cuestión objeto de estudio, el siguiente apartado analiza mediante una serie de operaciones internas y transacciones las implicaciones a nivel jurídico-tributario que derivan de cada una de las ficciones e impactan en la atribución de ingresos y gastos al EP.

5. ANÁLISIS COMPARADO DE OPERACIONES INTERNAS Y TRANSACCIONES TRANSNACIONALES DESDE LA PERSPECTIVA DE AMBAS FICCIONES DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

Las operaciones realizadas entre partes de una misma empresa se califican como operaciones internas, también denominadas por su término en inglés *dealings*. En el contexto del método directo, la delimitación de este término es una cuestión fundamental en el contexto de la determinación de los ingresos y gastos atribuibles al EP. Puesto que, el tratamiento de estas operaciones internas debe asimilarse a transacciones entre empresas con personalidad jurídica propia e independiente, valorándose conforme al ALS⁴⁰⁶.

Sin embargo, este concepto ni ha sido delimitado por la OCDE en el articulado ni en los Comentarios de su Modelo de Convenio, tampoco en ningún otro documento de carácter no vinculante. Ante esta ausencia de delimitación, de acuerdo con las ideas y argumentos expuestos en los apartados anteriores, debemos definir este término en consonancia con el alcance y extensión de la ficción del EP, puesto que, en atención a las mismas podremos determinar si estamos ante una operación interna que deberá ser valorada de acuerdo con

⁴⁰⁶ MATSOS; KOTANIDIS (2005), p.247.

el ALS, o si se trata de una relación entre partes de la empresa que deberán asumirse a precio de coste.

La delimitación de estas operaciones internas es coherente desde el punto de vista del método directo⁴⁰⁷ porque este concibe al EP a una parte ajena a la unidad empresarial, y el hecho de determinar si el acuerdo interno realizado con otra parte de la empresa debe considerarse como una operación interna o como una relación interna, repercute directamente en los ingresos y gastos atribuidos al mismo, y por ende, en sus beneficios o pérdidas empresariales⁴⁰⁸.

En el contexto del método directo debemos distinguir la ficción del EP como empresa separada, estipulada en el art.7.2 MCOCDE 1977 y la ficción del EP como empresa independiente, establecida en el art.7.2 MCOCDE 2010. Como hemos explicado en los apartados anteriores, de acuerdo a la extensión jurídica y alcance estas ficciones son distintas⁴⁰⁹. La ficción del art.7.2 MCOCDE 1977 queda restringida al ámbito tributario y restringe la concepción del EP como una empresa autónoma, a fin de identificar y valorar a precios *at arm's length* las funciones realizadas⁴¹⁰. Mientras que la ficción propuesta en la versión del art.7.2 MCOCDE 2010, trata de concebir al EP bajo una delimitación más extensa.

En relación con la ficción que asemeja el EP a una empresa separada, debemos distinguir entre las funciones realizadas por esta parte de la empresa en favor de su CC u otra parte de la unidad empresarial, o viceversa, y los acuerdos internos entre partes de la misma

⁴⁰⁷ HAMAEEKERS (2009), p.10. GREIL (2017), p.627.

⁴⁰⁸ SCHOUERI (2015), p.710 PDF.

Caso (1) *BJ Services Company (UK) Ltd.*, (2) *Baker Hughes Ltd.*, (3) *BJ Services (UK) Ltd. v. Ministry of Finance and Customs*, (1998, Tribunal Supremo, Noruega). El Tribunal se pronuncia sobre los gastos imputables por el establecimiento permanente que una empresa inglesa posee en Noruega. El Tribunal acepta única y exclusivamente la imputación de gastos “incurridos a efectos del establecimiento permanente”. El Tribunal entiende que “esos costes son gastos que se acumulan durante todos los días del año. Por lo tanto, las deducciones deben calcularse en proporción al año total”. En suma, a efecto de corroborar que el cálculo de la base imponible no da lugar a una doble imposición el Tribunal expone la “Guidance note” emitida por las Autoridades fiscales británicas.

El Tribunal se pronunció en este mismo sentido en: Caso *Uncle John* (1994, Tribunal Supremo, Noruega); Caso *Safe Regalia* (1995, Tribunal Supremo, Noruega); Caso *Heerema Marine Contractors* (2002, Tribunal Supremo, Noruega); Caso 82 (2006, Tribunal de Apelación de Lombardía, Suiza); Caso *No. 77/9* (2002, Tribunal fiscal de primera instancia de Milán, Italia).

⁴⁰⁹ RUSSO (2005a), p.40.

⁴¹⁰ KAMPHUIS; ZHANG (2009), p.758. OWENS (2005), p.99.

empresa que no asumen dicha calificación porque no implican la realización de ninguna función.

Las operaciones internas serán retribuidas a precios *at ALS*, como si se tratase de una transacción entre personas jurídicas independientes⁴¹¹. Éstas supondrán un ingreso en favor del EP en el caso que sea esta parte de la empresa la que realiza las funciones a favor de otra parte, o un gasto en el caso de que sea otra parte la que las realiza en favor del EP, pero en cualquier caso, deberán valorarse a precios de mercado.

Las relaciones internas no constituyen una operación interna porque no implican la realización de unas funciones entre dos partes de la misma empresa⁴¹². Éstas no implican un beneficio para alguna de las partes, por lo que su valoración no debe realizarse de acuerdo con el ALS, sino a precio de coste.

Por tanto, la ficción de la empresa separada se extiende única y exclusivamente a las actividades empresariales que realiza esta parte de la empresa, porque el hecho de que las relaciones internas se valoren a precio de coste implica tratar al EP, de acuerdo a su naturaleza jurídica, como parte de la unidad empresarial.

Entre otras, las relaciones internas surgen tras la utilización por parte del EP de un activo, tangible o intangible, que forma parte del patrimonio de la empresa. En este caso, la mera utilización del activo no implica la realización de una actividad en favor de otra parte de la empresa, el EP junto al resto de partes de la empresa es propietario legal del mismo, por lo que su valoración debe asimilarse a un reparto de costes entre las partes que lo utilizan.

El planteamiento es similar en lo relativo a la utilización de un capital por parte del EP. La mera utilización del capital no implica la realización de unas actividades en favor de otra parte de la empresa, porque el EP ya es propietario legal de este elemento⁴¹³.

⁴¹¹ TRAPÉ VILADOMAT (2015), p.302.

A nivel jurisprudencia véase: Caso Credit Agricole Corporate and Investment Bank v. Asst. DIT (2014, Tribunal de Apelación de Mumbai, India). El caso versa sobre la verificación de que las actividades realizadas por entidad residente en Francia con su establecimiento permanente eran efectivamente valoradas a precios *at arm's length*. *Dongfang Electric Corporation v. DDIT* (2012, Tribunal de Apelación de Calcuta). *Dongfang Electric Corporation v. DIT* (2013, Tribunal Supremo de Calcuta, India).

⁴¹² HOOGERP (2009), p.387.

⁴¹³ MATSOS; KOTANIDIS (2005), p.252.

En estos casos, entre otros, la mera utilización de un activo, tangible o intangible, financiero, o no, no implica la consideración de una operación interna desde la perspectiva de la ficción del EP como empresa separada, pues el EP ya es propietario legal del mismo y además, en ningún caso implica la realización de una función en favor de otra parte de la empresa.

Cuestión distinta sería que el activo fuese comprado o arrendado a una tercera empresa o el capital fuese cedido a modo de préstamo por otra entidad, en estos casos, si son empresas asociadas, se valoraría a precios de mercado, pero no por constituir una operación interna, sino por ser una transacción.

La delimitación de las operaciones internas es distinta desde la perspectiva del EP como una empresa independiente, porque directamente todos los acuerdos internos deben considerarse como operaciones internas. Dicha ficción considera al EP como una persona jurídica independiente en los distintos ámbitos y para todos los acuerdos internos realizados con el resto de partes de la empresa, los cuales deben valorarse a precios *at arm's length*.

Es decir, las operaciones internas no quedan restringidas a la realización de funciones en favor de otra parte de la empresa, sino que cualquier acuerdo interno debe ser valorado como si hubiese sido realizado entre dos empresas distintas, implicando una retribución para alguna de las partes.

Como ya hemos expuesto, en nuestra opinión, la ficción del EP como una empresa independiente se extralimita por completo tanto desde el punto de vista de su propia naturaleza, como desde la percepción del artículo 7 MCOCDE, cuyos métodos propuesto deben limitarse a cumplir su finalidad, que no es otra que atribuir los ingresos y gastos a dicha parte de la empresa. Esta finalidad debe quedar limitada a las actividades empresariales que realiza el EP, y no debe servir como precedente para crear nuevas ficciones a fin de que sean tratadas y valoradas como transacciones, tal y como sucede desde la perspectiva del EP como empresa independiente en lo relativo a la utilización de los activos o el capital.

Además, esta ficción conlleva el problema de determinar los elementos o factores que determinan el tipo de operación. Es decir, en el caso de utilización de un activo determinar si el mismo ha sido cedido en concepto de arrendamiento o si debe asimilarse una venta,

o en el caso de la utilización de un capital si debe asimilarse a un préstamo entre partes independientes y qué parte es el prestamista⁴¹⁴.

Aunque esta cuestión no es analizada en esta parte del trabajo, pero sí que se aborda en el siguiente capítulo de este trabajo. En concreto, se valora si la metodología del AOA, establecida en el Informe OCDE 2010, está en consonancia con la redacción e interpretación del art. 7.2 MCOCDE 2010.

En definitiva, la elección de la ficción del EP es relevante desde la perspectiva tanto del EP como de la entidad no residente. Como hemos expuesto, cada ficción conlleva una atribución de ingresos y gastos dependiendo de acuerdo interno realizado entre el EP y otra parte de la empresa. El hecho de considerar al EP como una empresa separada o independiente repercute directamente en el cálculo de la base imponible, y por tanto en la tributación del EP. Lo cual, a su vez también repercute en la entidad no residente que deberá eliminar la posible doble deducción.

A continuación, analizamos la repercusión de estas diferencias y semejanzas desde el punto de un punto de vista práctico, de acuerdo a un análisis de una serie de operaciones internas y transacciones. Éstas se analizan desde la perspectiva de ambas ficciones para valorar las implicaciones fiscales de una y otra en el cálculo de la base imponible del EP.

5.1. Delimitación de los *dealings* objeto de análisis y explicación de la metodología aplicada.

De acuerdo con los argumentos e ideas de los apartados anteriores, esta parte del capítulo trata de demostrar desde un punto de vista práctico las diferencias entre la asimilación de un EP a una empresa separada y a una empresa independiente. Asimismo, en atención a las explicaciones anteriores, la delimitación de las relaciones internas y operaciones internas en cada una de las ficciones, demuestra cómo repercuten en el cálculo de la base imponible del EP.

⁴¹⁴ *La Revue Fiscale* 1-3/25 (1973, Tribunal Supremo, Bélgica), el Tribunal se pronuncia sobre el caso en el que un establecimiento permanente localizado en Bélgica realiza transacciones en favor de una entidad residente en Reino Unido, generando, según las Autoridades fiscales belgas un pago nacional en concepto de intereses que debía imputarse al establecimiento permanente.

Los acuerdos internos expuestos y las transacciones externas son analizados desde ambas ficciones. Es decir, un mismo escenario debe analizarse desde la ficción del EP como empresa separada en atención al art. 7 MCOCDE 1977 y desde la ficción del EP como empresa independiente, en relación con el art. 7 MCOCDE 2010.

De este modo se pueden valorar si los acuerdos internos se califican como una relación interna o como una operación interna, y se demuestra su repercusión en el cálculo de la base imponible, puesto que dependiendo la calificación la valoración de estas será a precio de mercado o a precio de coste, y por ende implicará la atribución de unos u otros ingresos y gastos al EP.

Debido a las múltiples operaciones internas y transacciones que puede realizar el EP, hemos realizado una selección a fin de que sea diversa y abarque los tipos más representativos. Éstas han sido seleccionadas, tratando de abordar diversos escenarios y cubriendo situaciones que implican la realización de diferentes funciones y actividades, así como la utilización de activos de diversa índole.

Entre los acuerdos internos y transacciones seleccionadas se encuentran las siguientes:

- La prestación de un servicio; delimitación y valoración de estas funciones realizadas por una parte de la empresa en favor de otra⁴¹⁵.
- La entrega de una materia prima; esta operación consta de un cúmulo de funciones que deben valorarse de acuerdo con la ficción asumida del EP. Es una cadena de funciones compuesta por la adquisición a una persona jurídica de la materia prima, la semi-transformación de la misma y la entrega a otra parte de la empresa para que termine el proceso de transformación y comercialice el producto final obtenido mediante su venta o arrendamiento.
- La fabricación de un activo por una parte de la empresa que posteriormente entrega a otra parte de la misma para que ésta puede realizar su actividad empresarial consistente en la prestación de servicios.

⁴¹⁵ Total E&P Bolívia Sucursal Bolívia v. Superintendencia Tributaria General (2013, Tribunal Supremo de Justicia, Bolívia). Este caso versa sobre una entidad residente en Francia que posee un establecimiento permanente en Bolívia, y supuestamente, dicho centro de imputación de rentas presta unos servicios técnicos en favor de su Casa Central, que implican la imputación de una renta en favor del EP.

- La utilización de un capital por una parte de la empresa; distinguiendo entre la financiación ajena derivada del capital prestado por una entidad bancaria independiente, y la financiación propia por el capital de la empresa utilizado.

El análisis de estos acuerdos internos y transacciones constituyen distintos tipos.

El primer tipo, refleja las operaciones entre la CC y el EP, se analiza la misma operación desde la ficción del EP como empresa separada y como empresa independiente.

El segundo tipo, trata de extender la cadena de operaciones y relaciones internas un eslabón más, antes de realizar una transacción con una persona jurídica independiente. Este tipo se debe a que un EP no sólo interactúa con su CC sino también puede hacerlo con otras partes de la empresa, es decir con otros EPs que posea la empresa.

Estos supuestos también se abordan desde ambas ficciones del EP, así, se analiza la situación en la que el EP a efectos de imputación de gastos es considerado de un modo, pero desde el punto de la asignación de ingresos es considerado como la otra ficción, y viceversa.

El tercer tipo, a modo de cerrar el ciclo, abordamos el supuesto en el que el EP lleva a cabo funciones de comercialización con personas jurídicas independiente, lo cual será considerado como una transacción entre partes independientes, con independencia de la ficción bajo la que se conciba esta parte de la empresa.

5.1.1. 1º Tipo: Operaciones Internas casa central y establecimiento permanente.

5.1.1.1. Prestación de servicios.

Planteamiento de la operación interna.

La empresa A, residente en el Estado X, se dedica a la fabricación y reparación de equipos informáticos. Esta empresa, a fin de expandir su negocio, adquirió dos oficinas en distintos países y las dotó de personal y equipos informáticos, para dar el servicio propio de un *call center*.

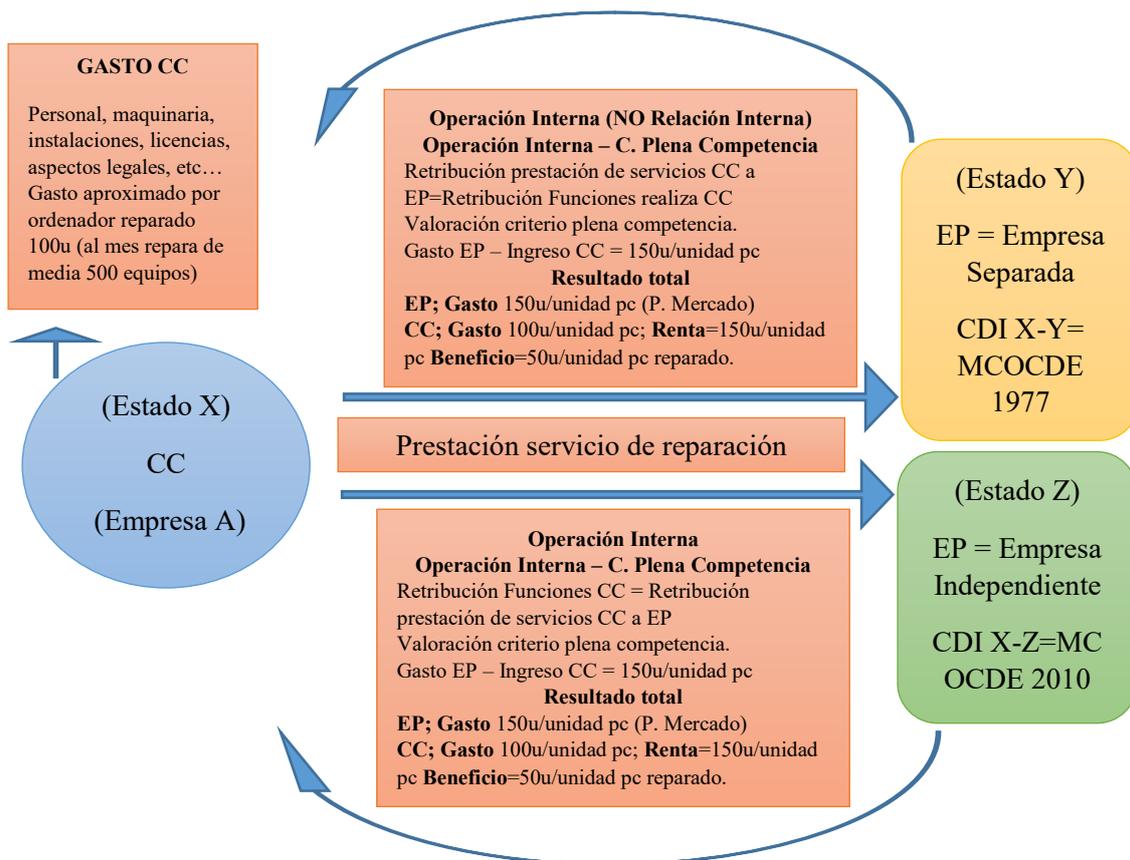
Los *call centers* constituyen un EP de la empresa A. Cualquier problema a nivel informático en los *call centers* es solucionado por la empresa A. El personal de los *call*

centers envía los equipos informáticos a la sede de la empresa A y, el personal especializado en reparaciones, presta el servicio de reparación a un precio de 150u por ordenador. Esta remuneración es a precio de mercado.

Los Estados X-Y tienen firmado un CDI cuyo art.7 es idéntico al del MCOCDE 1977.

Los Estado X-Z tienen firmado un CDI cuyo art.7 es idéntico al del MCOCDE 2010.

Esquema.



Análisis de la Operación.

La empresa A, CC del EP-Y y del EP-Z, realiza una prestación de servicios a favor de éstos, realiza unas funciones en favor de sus EPs que deben ser consideradas como una operación interna.

Tanto desde la perspectiva del MCOCDE 1977, que asimila el EP a una empresa separada, como desde el punto de vista del MCOCDE 2010, que considera a este centro de imputación de rentas como una empresa independiente, dicha operación interna deberá

ser equiparada a una transacción entre partes independientes. Lo cual, implica que la misma debe ser valorada de acuerdo con el ALS⁴¹⁶.

Esta prestación de servicios de la CC a sus EPs, en ningún caso, será considerada como una relación interna, porque las funciones realizadas en favor del EP no pueden valorarse a precio de coste, ya que de acuerdo con la finalidad del art. 7 MCOCDE, hay que atribuir al EP los ingresos y gastos derivados de su actividad empresarial, como si se tratase de una entidad ajena a la unidad empresarial.

Resultado.

La valoración de la prestación del servicio de la CC al EP, de acuerdo con el ALS, implica un gasto para el EP coincidente con el ingreso asignado a la CC, por valor de 150u por ordenador reparado.

La CC asume un gasto de 100u para llevar a cabo dicha actividad empresarial. Por lo que dicha operación le supone un beneficio de 50u.

Al EP, le supondrá un gasto valorado en 150u por ordenador que envía a reparar. Este coste debe ser imputado en concepto de gasto necesario para realizar su actividad empresarial. Posteriormente, habrá que analizar los ingresos que obtiene el EP a efectos de determinar si su actividad empresarial le reporta beneficios o pérdidas empresariales.

⁴¹⁶ En el contexto jurisprudencial, múltiples casos ponen de manifiesto la valoración de las operaciones internas de acuerdo con el criterio de plena competencia. Entre otros: *Morgan Stanley & Co., United States v. Commissioner of Income* (2007, Tribunal Supremo, India). Al margen de que el caso versa sobre un establecimiento permanente constituido por un agente dependiente, y otras cuestiones de menor orden, el Tribunal pone de manifiesto la necesidad de retribuir las funciones y servicios del establecimiento permanente en cumplimiento con el criterio de plena competencia. Entiende que el “PE should be treated as if it is an independent enterprise separate from its head office and which deals with the head office at arm’s length”.

Véase también PIJL (2008), pp.174-182; SANGHVI (2008), pp.28-29. SHARMA (2009), pp.493-498. Otros casos relevantes en esta materia: *SET Satellite (Singapur) Pte. Ltd* (2007, Tribunal Supremo, India); *Caso 86/14/0001* (1986, Tribunal Supremo, Austria); *Caso 3836-1990 1990*, Tribunal Económico Administrativo Central, España).

En contra, parte de la jurisprudencia considera que el contexto de las reglas de precios de transferencia no aplican en el contexto de las operaciones internas. Entre otras: *Aithent Technologies (P.) Ltd. v. DCIT* (2016, Tribunal de Apelación de Delhi, India). Una entidad residente en la India constituye un establecimiento permanente en Canadá. El Tribunal toma como punto de referencia el término *international transaction* que aplica en relación a la transacción entre dos empresas asociadas, y afirma que las operaciones entre el EP y la casa central no están en este contexto. Por ello, afirma que las reglas de precios de transferencia no aplican en este contexto. Ante lo cual, concluimos que el criterio de plena competencia no aplica en el ámbito de las operaciones internas, o al menos no del mismo modo que en las transacciones entre empresas asociadas.

Conclusión.

	EP = Empresa Separada	EP = Empresa Independiente
Gasto EP=Ingreso CC	Retribución a precio de mercado de la prestación de servicios de CC a EP= 150u.	Retribución a precio de mercado de la prestación de servicios de CC a EP = 150u.
Gasto CC	Coste prorrateado realización funciones = 100u/unidad	Coste prorrateado realización funciones = 100u./unidad
Resultado Total: Renta CC = Gasto EP	Beneficio = 50u.	Beneficio = 50u.

Con independencia de la asunción de la ficción del EP, dicha actividad implica una operación interna, no una relación interna, que es valorada en cumplimiento del ALS. Por tanto, la imputación de dicho gasto en el cálculo de la base imponible de ambos EPs será coincidente, con independencia del CDI firmado por el Estado X con el Estado Y y con el Estado Z.

5.1.1.2. *Materia prima.*

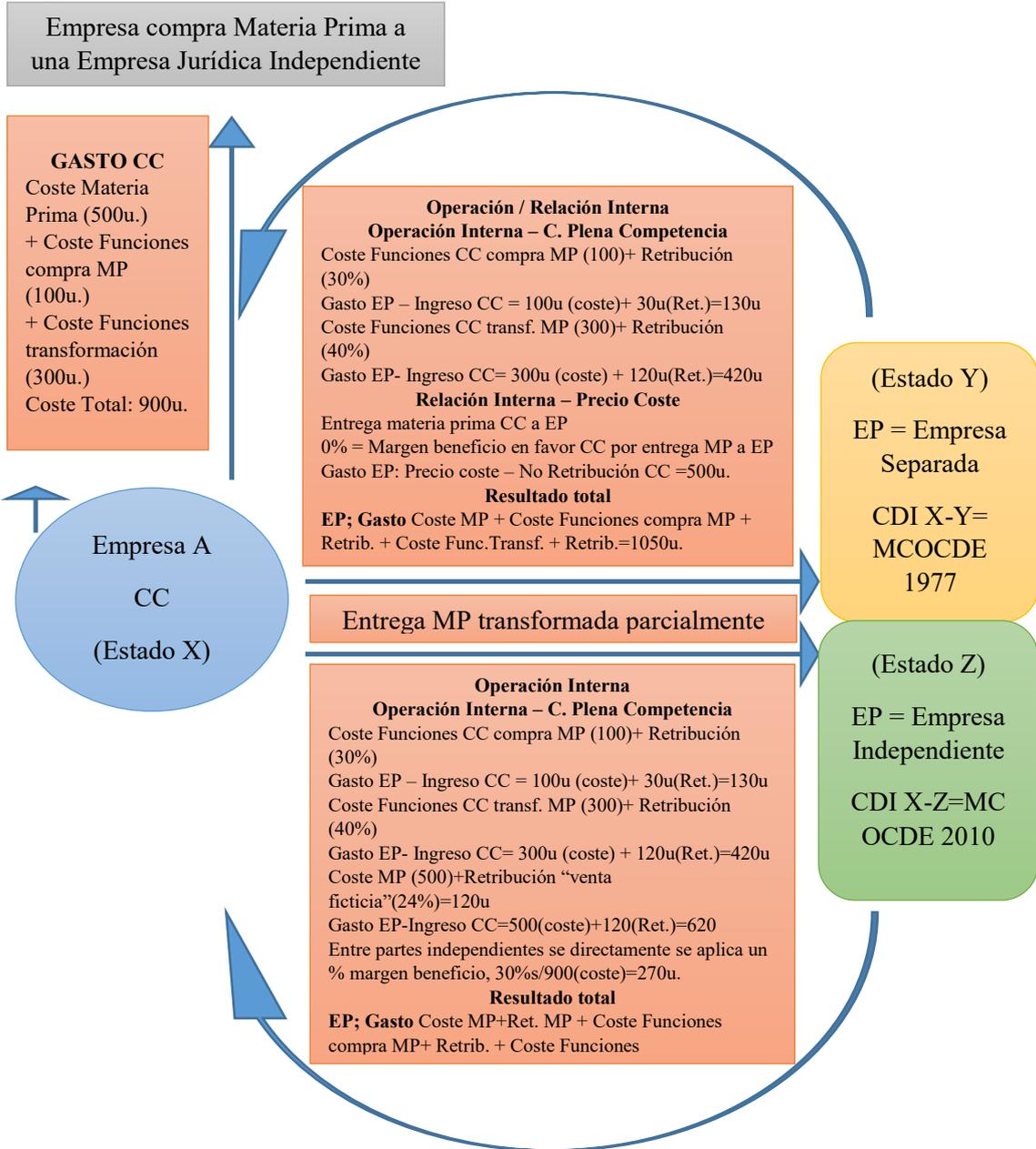
Planteamiento de la operación interna.

La empresa A, residente en el Estado X, se dedica a la compra de maderas y otras materias primas. En sus instalaciones, realiza las funciones referentes a la primera fase del proceso de transformación, tales como limpieza de la madera virgen, cortar en listones de distintas medidas y aplicar un tratamiento para desastillar la madera.

Posteriormente, traslada la madera semi-transformada a otras dos fábricas que posee en dos Estados distintos para que terminen el proceso de fabricación y almacenen esta materia prima.

Ambas fábricas constituyen un EP de la empresa A. Una fábrica está localizada en el Estado Y, país que tiene CDI con el Estado X cuyo art. 7 es idéntico al del MCOCDE 1977. La otra fábrica está localizada en el Estado Z, país que también tiene un CDI con el Estado X pero en este caso sigue la versión del art. 7 MCOCDE 2010.

Esquema.



Análisis de la operación.

El análisis de la operación debe distinguirse desde el punto de vista de la ficción del EP como una empresa separada y desde la ficción del EP como una empresa independiente.

En cualquier caso, en esta operación distinguimos dos conceptos, las funciones realizadas por la CC respecto a la adquisición y transformación de la materia prima y la propia materia prima como activo y propiedad legal de la unidad empresarial. La distinción es

necesaria porque tienen un tratamiento jurídico-tributario distinto que puede conllevar una valoración diferente.

Las funciones realizadas por la CC en lo relativo a la adquisición y transformación de la materia prima, desde la perspectiva de ambas ficciones del EP, son consideradas como una operación interna. Estas funciones responden a la actividad empresarial de esta parte de la empresa, por ello deben ser consideradas como una operación interna cuyo tratamiento se asimila a una transacción. Éstas tendrán que valorarse a precios de mercado, que conllevan un margen en concepto de retribución y beneficio a la parte que las realiza.

Sin embargo, la entrega de la materia prima por parte de la CC al EP, dependiendo si el artículo del CDI aplicable asimila al EP como una empresa separada, o si lo considera como una empresa independiente, su calificación y tratamiento será uno u otro.

Desde la perspectiva del CDI X-Y, el EP se asimila a una empresa separada, así la utilización de la materia prima por parte del EP debe entenderse como una relación interna, porque el EP ya es propietario legal del activo.

En atención a la finalidad del artículo 7 MCOCDE 1977, el método directo trata de asignar los ingresos y gasto al EP en atención a su actividad empresarial, es decir, a las funciones y actividades que realiza, y no en base a supuestas ventas o arrendamientos ficticios de activos que no son propiedad legal de una parte de la entidad, sino del conjunto en su totalidad. Por ello, la mera utilización del activo no puede implicar nuevas operaciones ficticias, y su valoración debe realizarse a precios de coste, sin que suponga un beneficio para ninguna de las partes.

En cambio, desde el punto de vista del CDI X-Z, el EP debe asimilarse a una empresa independiente, bajo la cual la utilización de la materia prima se asemeja a una venta de la CC al EP. Esta operación interna deberá asemejarse a una transacción y su valoración será a precios *at ALS*, generando un beneficio a favor de la CC.

Resultado.

El resultado derivado de la atribución de ingresos y gastos al EP será distinto dependiendo de la ficción del EP.

Respecto al EP-Y, asimilado a una empresa separada, hay que tener en cuenta que la CC asumirá un gasto por la compra a otra empresa de la materia prima, valorada en 500u, y

un gasto en concepto de las funciones realizadas para adquirir la materia prima de 100u, tales como gestiones de compra, búsqueda de proveedores, gestión trámites legales, etc..

También hay que tener en cuenta el coste de las funciones relacionadas con la transformación de la materia prima, que implican personal, costes de instalaciones, fábricas, investigación, maquinaria, etc... estimados en 300u.

Es decir, la adquisición de la materia prima y las funciones relacionadas con la misma implican un coste total de 800u.

Estas funciones, como hemos explicado, constituyen una operación interna que deben valorarse a precios *at ALS*. La parte que las realiza debe obtener un beneficio por ello. En concreto, será del 30% en relación con las funciones de adquisición de la materia prima y el 40% referente a las actividades de transformación.

Sin embargo, en lo relativo a la materia prima no implica una operación interna por lo que su retribución no debe valorarse a precio de mercado sino a coste, por lo que de ello la parte que la transmite no obtiene ningún beneficio.

Por lo que el EP asumirá un coste total de 500u por la materia prima, 130u por el coste de las funciones de adquisición de la materia prima y la retribución a la CC y 420u por el coste de las funciones relacionadas con la transformación de la materia prima y la retribución de las funciones de la CC. En total 1050u, que deberán ser ingresos para la CC, 800 para subsanar su coste y 250u en concepto de beneficio por las funciones realizadas.

Respecto al EP-Z, la CC asume los mismos gastos, en total 800 u, pero los gastos del EP serán distintos porque en este caso se considera como una empresa independiente.

La única diferencia es que en este caso la materia prima no se valora a precio de coste sino como una venta ficticia a precios *at ALS* que implica un beneficio para la CC. Imaginemos que la CC, por la transferencia de la materia prima semi-transformada obtiene un 24% de beneficio, en total serían 120u.

En este caso los gastos que corresponden al EP-Z serían 620u de la materia prima (500 materia prima + 24% beneficio), 130 por las funciones de adquisición de la materia prima (100 coste de las funciones + 30% beneficio), y 420 por las funciones de transformación de la materia prima (300 coste de transformación + 40% beneficio), en total 1170u. Estos, a su vez, serían los ingresos de la CC.

En definitiva, la diferencia de considerar al EP como una empresa separada o como una empresa independiente supone un incremento en el gasto del EP de 120u, que disminuirán la base imponible del EP.

Conclusión.

	EP = Empresa Separada	EP = Empresa Independiente
Gasto EP=Ingreso CC	Coste CC Funciones compra MP (100u) + Retribución (30% s/100)= 130u. + Coste CC Funciones transformación MP (300u) + Retribución (40% s/300)=420u. + Coste materia prima =500u. Total=1050u.	Coste CC Funciones compra MP (100u) + Retribución (30% s/100)= 130u. + Coste CC Funciones transformación MP (300u) + Retribución (40% s/300)=420u. + Coste materia prima (500u) + Retribución (24% s/500)=620u. Total=1170u. Mismo resultado que aplicar el 30% s/coste, 900= 270u + 900u (coste)=1170u.
Gasto CC	Coste Funciones compra MP=100u. Coste Funciones transformación MP=300u. Coste compra MP=500u. Total coste=900u.	Coste Funciones compra MP=100u. Coste Funciones transformación MP=300u. Coste compra MP=500u. Total coste=900u.
Resultado Total: Renta CC = Gasto EP	Beneficio = 150u.	Beneficio = 270u.

La asimilación del EP como una empresa separada o como una empresa independiente repercute directamente en el cálculo de su base imponible. La asignación de rentas empresariales e imputación de gastos varía en atención a si se califica una determinada actividad como una relación interna o como una operación interna. Puesto que, mientras la primera debe valorarse a precio de coste, la segunda se valora de acuerdo al ALS.

5.1.1.3. Activo.

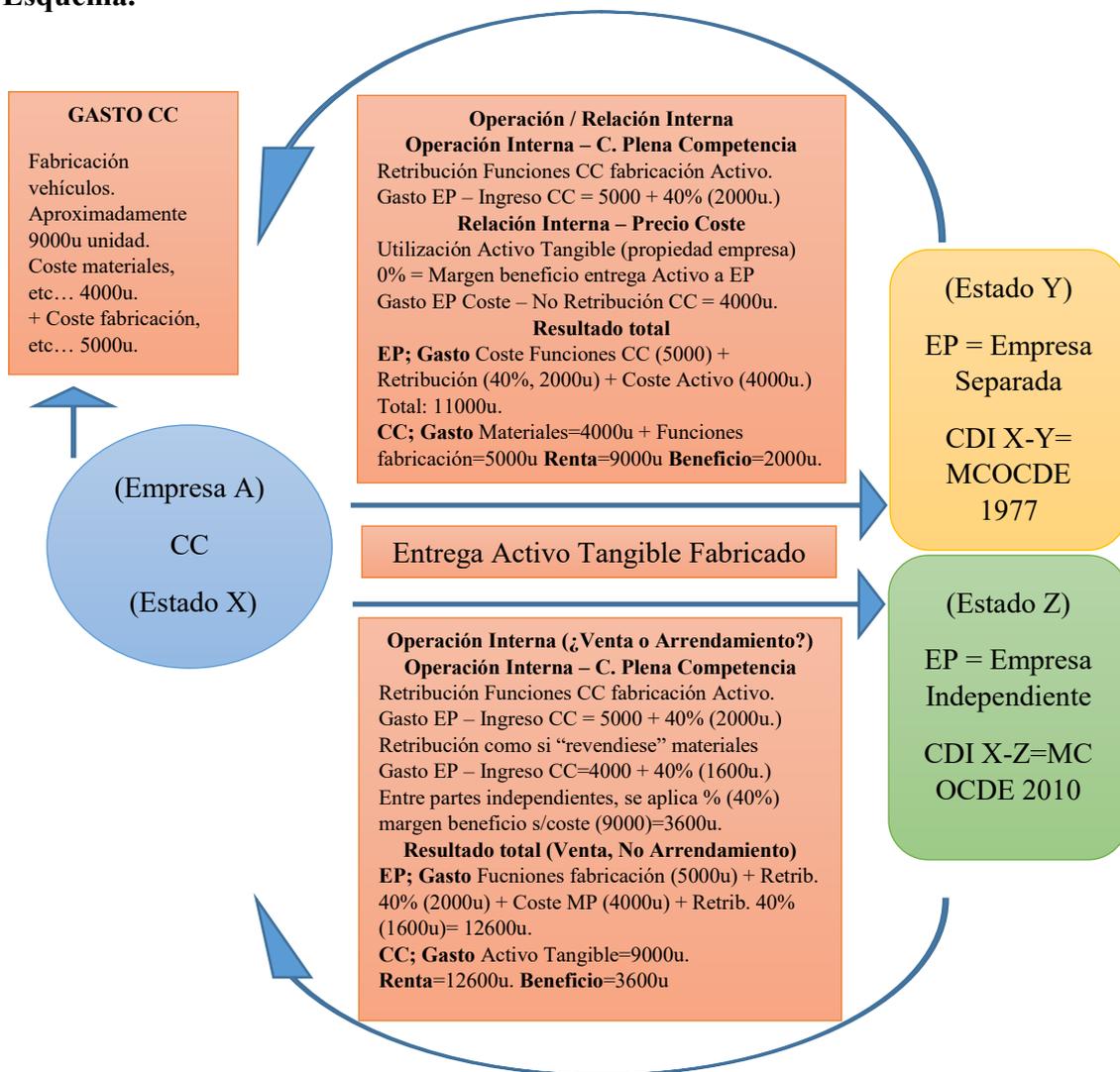
Planteamiento de la operación interna.

La empresa A, residente en el Estado X, se dedica a la fabricación de vehículos de transporte de mercancías, que vende y arrienda a empresas del sector. Hace unos años, decidió expandir su ámbito de negocio, adquirió en dos Estados dos almacenes y abrió unas oficinas con la finalidad de introducirse en el sector de transporte de mercancías.

La empresa, ha dotado estas instalaciones con los elementos necesarios para realizar la actividad empresarial, tales como personal, equipos informáticos, almacenes de mercancías, etc... La CC también envía vehículos de transportes para que el personal de estas instalaciones los arriende y los venda en estos países.

Estas instalaciones constituyen un EP, por tanto la empresa posee un EP en el Estado Y, país con el que tiene firmado un CDI cuyo artículo 7 es similar al del MCOCDE 1977, y otro en el Estado Z, país con el que también tiene CDI pero el artículo 7 es idéntico al del MCOCDE 2010.

Esquema.



Análisis de la Operación.

El EP-Y debe ser tratado como una empresa separada a efectos de atribuirle los ingresos y los gastos. En relación con los vehículos de transporte que son enviados por la CC a estas instalaciones para que su personal los arrienda y los venda, debemos distinguir dos tipos conceptos relacionados con los gastos que asume este EP.

Debemos de distinguir, el coste de las funciones realizadas para fabricar el activo y el coste del propio activo tangible. Puesto que las funciones que realiza la CC en favor del EP deben remunerarse a precios *at ALS*, para que obtenga un beneficio por su realización. Sin embargo, la transmisión del propio activo debe valorarse a precio de coste porque el EP también es propietario legal del mismo. La mera utilización del activo no genera una venta ficticia por lo que se considera simplemente como una relación interna, y no como una operación interna.

De manera diferente, el EP-Z, en atención a la redacción del MCOCDE aplicable lo asimila a una empresa independiente. En este caso la transmisión en del activo da lugar a una operación interna. En esta se pueden distinguir las funciones realizadas por la CC y el propio activo, aunque en ambos casos deben retribuirse a precios *at ALS*, generando un beneficio en favor de la CC.

No obstante, el problema reside en determinar si el vehículo de transporte de mercancías, como propietario o arrendador, lo cual pone de manifiesto la dificultad de considerar al EP como una empresa distinta e independiente. Aunque a efectos de no extralimitarnos del objeto de estudio, en este apartado partimos de una asunción de arrendamiento o venta del vehículo de mercancías.

Resultado.

Con independencia de si consideramos al EP como una empresa separada o lo asimilamos a una empresa independiente, la CC asumirá un gasto por la adquisición de los materiales necesarios, por ejemplo 4000u, y un coste derivado de la fabricación del vehículo, por ejemplo 5000u, tales como personal, maquinaria, investigación, etc...

Desde el punto de vista del EP como empresa separada, las funciones realizadas por la CC darán lugar a una operación interna que deberán retribuirse a precios *at ALS*, aplicando, por ejemplo, un 40% sobre su coste que es el beneficio de la CC. En cambio la transmisión del activo en sí no da lugar a una operación interna porque el EP es

propietario legal del mismo. Por tanto, la utilización del mismo será valorada a precio de coste y no generará un beneficio para la CC como si fuese una venta o arrendamiento ficticio.

Por tanto, el EP imputará un gasto de 5000u por el coste de las funciones de fabricación y una retribución de 2000u por su realización. También imputará un gasto por los materiales, pero a precio de coste de 4000u, sin que genere un beneficio para la CC. En total, el EP imputará un gasto de 11000u.

La situación es distinta en el caso de que el EP sea considerado como una empresa independiente. Aunque podemos considerar que la retribución de las funciones para la fabricación del activo sea la misma, es decir 7000u en concepto de 5000u por el coste de las funciones de fabricación y 2000u por el beneficio de la CC, en este caso también hay que tener en cuenta una retribución por la mera transmisión del activo. Ello implicará un coste del vehículo de 4000u y un beneficio por la transmisión del merito vehículo, por ejemplo de 1000u. Por lo que en total el EP asumirá un gasto de 12000u.

Conclusión.

	EP = Empresa Separada	EP = Empresa Independiente
Gasto EP=Ingreso CC	Funciones CC fabricación (5000u) + Retribución 40% (2000u.)= 7000u. Materiales Activo=4000u. Total=11000u.	Funciones CC fabricación (5000u) + Retribución 40% (2000u.)= 7000u. Materiales Activo Tangible (4000) + Retribución 25% (1000u)= 5000u. Total=12000u.
Gasto CC	Materiales Activo= 4000u. Funciones fabricación Activo= 5000u. Total=9000u.	Materiales Activo= 4000u. Funciones fabricación Activo= 5000u. Total=9000u.
Resultado Total: Renta CC = Gasto EP	Beneficio = 2000u.	Beneficio = 3000u.

La depreciación es un dato relevante para la imputación de un pago a precio de coste.

En el contexto de la asimilación del EP a una empresa separada, el hecho de que la utilización de un activo por una parte de la empresa no implica una compra-venta ficticia, conlleva que debe valorarse a precio de coste. No obstante, hay que tener en cuenta el

factor de la depreciación⁴¹⁷, puesto que éste repercute en la determinación del precio de coste.

De modo que, si, por ejemplo, un bien cuesta 100u y tiene una vida útil de 5 años, asumiendo una depreciación lineal, el bien se depreciará un 20%, equivalente a 20u cada año. Si en el año 0 el EP utiliza un activo de la empresa deberá imputar un gasto de 100u porque el activo. Sin embargo, si dicha utilización se realiza al inicio del año 3, tras haber sido utilizado por su CC, entonces el precio de coste que deberá asumir el EP será de 60u. (100u-2 años de depreciación al 20% cada año).

El hecho de considerarlo a precio de coste no debe entenderse como que el EP, con independencia de la depreciación del mismo, asuma siempre un gasto equivalente al que fue el valor de adquisición en el año 0 del bien, sino que el EP no tiene que asumir un pago del activo más allá del correspondiente a su utilización.

Así, el proceso continúa hasta que la depreciación del activo es del 100%, y por ende, el EP no deberá asumir nada más que un mero coste en concepto de pago a precios de valor residual.

5.1.1.4. *Capital.*

Planteamiento de la operación interna.

La empresa A, residente en el Estado X, se dedica a la fabricación de un activo que, posteriormente, vende a otras empresas. Este proceso de fabricación está compuesto por distintas fases pero no todas ellas se llevan a cabo en las instalaciones y fábricas que la empresa A posee en el Estado X. Las últimas fases de este proceso se realizan en las fábricas que tiene en el Estado Y, y en el Estado Z.

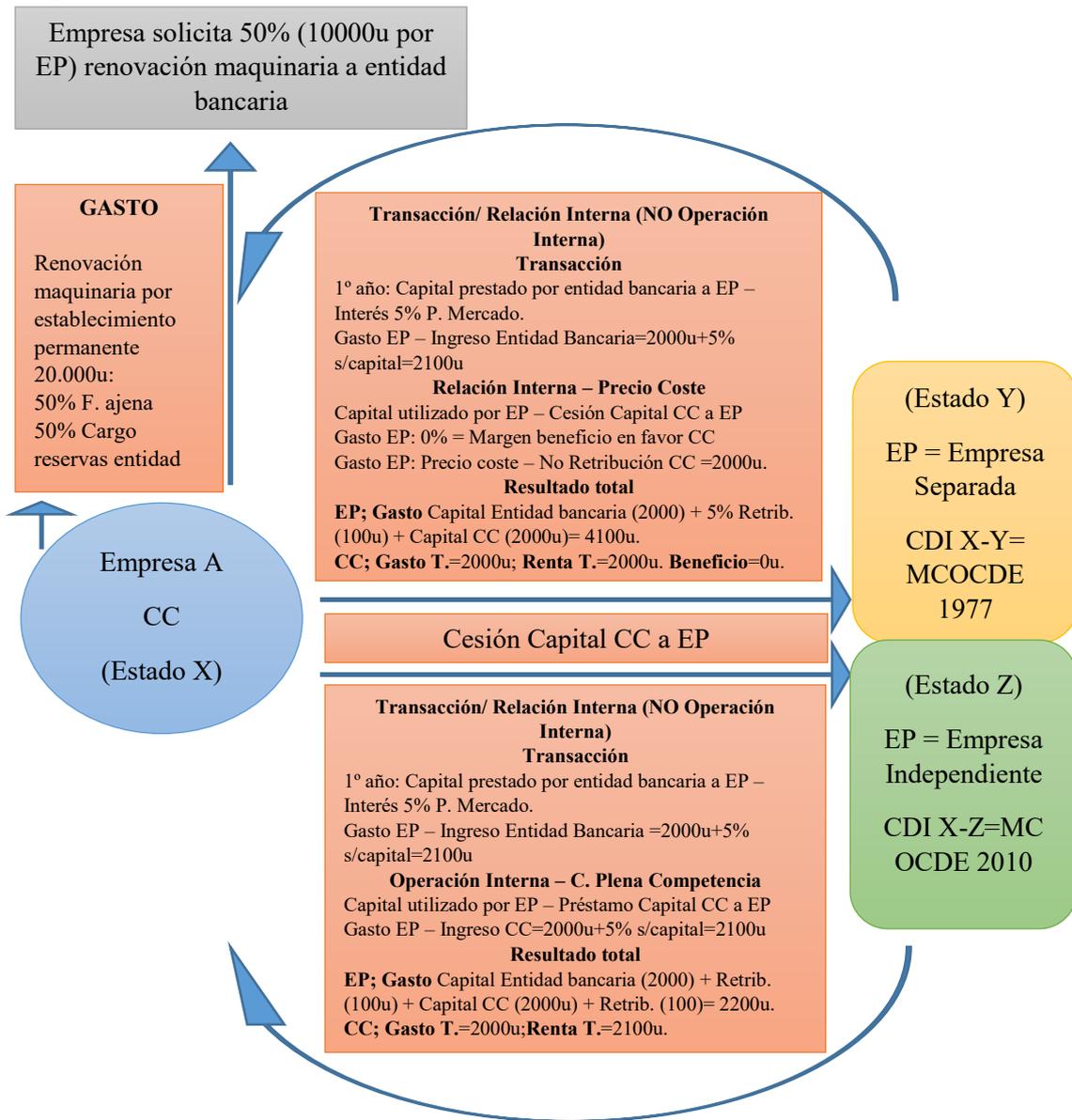
⁴¹⁷ JENSEN (2002), pp.392-400.

A nivel jurisprudencial véase: *Partrederiet MSV Safe Reagalia v. Government of Norway* (1995, Tribunal Supremo, Noruega). El caso versa sobre una entidad naviera residente en Suecia que posee un establecimiento permanente en Noruega constituido por una embarcación que lleva a cabo actividades propias de la actividad empresarial del negocio. En el cálculo de la base imponible del mismo y presentación de su declaración fiscal imputó en concepto de gasto la depreciación sufrida por la embarcación. La depreciación estimada fue del 30% sobre los 85 días que estuvo en Noruega. Las Autoridades fiscales denegaron el cálculo estimado pero no el hecho de aplicar un gasto en concepto de amortización sufrida por el desarrollo de la actividad.

Estas instalaciones constituyen un EP, por tanto la empresa A tiene un EP en el Estado Y, país con el que tiene un CDI idéntico al MCOCDE 1977, y un EP en el Estado Z, país con el que también tiene un CDI cuyo articulado es similar al MCODE 2010.

La empresa A, consideró oportuno renovar las máquinas de trabajo que posee en dichos EPs. Para asumir el pago, la empresa A solicita la mitad a una entidad bancaria (financiación ajena) y el resto lo paga con los fondos que posee la entidad.

Esquema.



Análisis de la operación.

Desde la perspectiva del EP como una empresa separada, tal y como hemos expuesto en los apartados anteriores, el capital no debe tenerse en cuenta a efectos de determinar su base imponible.

El capital de carácter ajeno, es decir la financiación que ha sido obtenida a través de una entidad bancaria, será imputable como gasto al EP. Dicha financiación ha sido solicitada por la empresa para renovar las máquinas del EP, y aunque estos activos pertenezcan, desde el punto de vista legal, a la unidad empresarial en su totalidad, el gasto es derivado de la actividad empresarial de este EP.

La devolución del préstamo a la entidad bancaria, implica el pago de unos intereses, que serán imputables al EP, como gasto derivado de su actividad empresarial.

Sin embargo, el resto del pago de las máquinas, asumido por la entidad no recibe el mismo tratamiento. El pago es asumido por la empresa, pero ello no debe ser asimilado a un préstamo realizado por la CC con el EP, porque el capital de la empresa también es propiedad legal del EP. Por tanto el EP no debe asumir el pago de unos intereses⁴¹⁸

La financiación propia debe ser tratada como una relación interna, en la que una parte de la empresa hace uso del capital propio y no implica la obtención de una remuneración en favor de ninguna parte de la empresa⁴¹⁹.

Desde la consideración del EP como una empresa independiente, la parte del capital relativo a la financiación ajena, el capital prestado por la entidad bancaria en favor del EP las conclusiones son idénticas a las expuestas en el supuesto anterior⁴²⁰. Es decir, la

⁴¹⁸ *Caso I 323/1991* (1992, Tribunal Supremo, Dinamarca). El contribuyente, una empresa residente en EEUU, participa a través de un establecimiento permanente como accionista en el *Danish Underground Consortium*. Inicialmente las autoridades fiscales danesas consideraron que dicha operación interna no tenía la consideración de préstamo y, por ende, no conllevaba ninguna implicación a nivel fiscal. En contra, el Tribunal concluyó asimilando dicha operación a un préstamo entre partes independientes y permitió al EP la imputación de unos intereses en el cálculo de su base imponible.

⁴¹⁹ *Caso 30.294* (1997, Tribunal Supremo, Holanda). El caso versa sobre una entidad de responsabilidad limitada holandesa que posee un establecimiento permanente en Irlanda, y financia el desarrollo de su actividad a través de la transmisión de fondos económicos. El Tribunal concluyó que el capital atribuido al EP para la financiación de sus actividades empresariales no tenían la consideración de préstamo entre partes independientes.

⁴²⁰ *Caso 27* abril 2000 (2000, Tribunal de Apelación, Bélgica). Una entidad holandesa solicita un préstamo a una entidad residente en Liechtenstein para adquirir un edificio en Bélgica. El Tribunal considera que dicho edificio de la entidad holandesa da lugar a un establecimiento permanente en Bélgica y, por ende, el préstamo solicitado por la entidad holandesa se asimila como si hubiese sido solicitado por el EP, y ello

devolución del capital y el pago de los intereses serán imputados al EP en el cálculo de su base imponible⁴²¹.

En relación con el pago que asume de los fondos de la propia entidad cuestionamos si deben considerarse como un préstamo realizado por la CC al EP que genera un pago nocial en concepto de intereses, o no.

En la medida en que el EP debe considerarse como una entidad independiente en todos los ámbitos, la utilización de este capital se asimilará a un préstamo que, supuestamente, generará el pago de un interés. Este acuerdo interno se calificará como una operación interna si entendemos que este elemento debe ser tenido en cuenta desde la perspectiva tributaria para atribuir los ingresos y gastos al EP.

No obstante, el problema reside en determinar si aunque el EP-Z es considerado como una empresa independiente, la utilización del capital debe asimilarse a un préstamo entre ambas partes de la empresa. En cualquier caso, lo que no se concibe desde esta perspectiva es la existencia de un capital libre

Resultado.

En el cálculo de la base imponible del EP-Y, hay que tener en cuenta que la financiación ajena, referente al préstamo de la entidad bancaria en favor del EP será retribuido a precios de mercado. Éste implicará un gasto en el EP por valor del capital devuelto y el pago de los intereses.

Si imaginamos que el EP En el supuesto analizado, el EP devuelve el capital en cinco años, al EP se le imputará el primer ejercicio un gasto de 2000u en concepto de devolución del capital solicitado, y un 5% en concepto de intereses correspondiente a 100u, en total imputará un gasto de 2100u.

implica la imputación a este EP de los gastos correspondientes a la devolución del capital e intereses del mismo.

⁴²¹ *Caso IR 74/93* (1995, Tribunal federal fiscal, Alemania). Se cuestiona el pago de unos dividendos por parte del EP a su casa central en relación con el cálculo de su base imponible. Este caso versa sobre un EP estadounidense de una entidad residente en Alemania que recibe un interés, el Tribunal alemán desestima la aplicación de un método para eliminar la doble imposición porque, en desestimación del principio de fuerza de atracción, entiende que dichos intereses no son parte de los beneficios del establecimiento permanente.

La utilización del capital perteneciente a la empresa en su totalidad, deberá imputarse como un gasto que no genera un interés, en total será 2000u.

En el cálculo de la base imponible del EP-Z, lo único que cambia es que si consideramos la utilización del capital como un préstamo, y aplicamos el mismo planteamiento que para la financiación ajena habrá que imputar al EP-Z un gasto de 2100u.

Por tanto, a diferencia del cálculo de la base imponible del EP-Y, la cesión del capital por parte de la CC al EP se califica como un préstamo cuya retribución, de acuerdo con el ALS, generará una retribución a favor de la CC.

Conclusión.

	EP = Empresa Separada	EP = Empresa Independiente
Gasto EP respecto Entidad Bancaria	Devolución Capital Entidad bancaria (2000u) + Retribución (5% s/capital, 100u)=2100u.	Devolución Capital Entidad bancaria (2000u) + Retribución (5% s/capital, 100u) =2100u.
Gasto EP – Ingreso CC	Devolución Capital a CC= 2000u.	Devolución Capital a CC (2000u.) + Retribución (5% s/capital, 100u.)=2100u.
Gasto CC	Cesión Capital a EP = 2000u.	Cesión Capital a EP =2000u.
Resultado Total: Renta CC = Gasto EP	Beneficio = 0u.	Beneficio = 100u.

La utilización del capital perteneciente a la empresa por parte del EP deriva en un tratamiento diverso dependiendo si el mismo es asimilado a una empresa separada o a una entidad independiente. Esta diferencia queda reflejada en los gastos imputados y repercute directamente en el cálculo de la base imponible, las cuales no resultarán coincidentes.

5.1.2. 2º Tipo: Operaciones Internas establecimiento permanente que operó con casa central – otro establecimiento permanente de la misma empresa.

5.1.2.1. La misma operación interna deriva en resultados distintos.

En línea con las operaciones analizadas anteriormente entre la CC y el EP, debemos tener en cuenta que dichos EPs también pueden llevar a cabo acuerdos internos con otros EPs que forman parte de la empresa.

Para ello habrá que tener en cuenta si entre los Estados en los que están localizados ambas partes de la empresa existe un CDI, y en ese caso, si asimila al EP a una empresa separada o a una empresa independiente, a fin de atribuirle los ingresos y los gastos.

Puede que el convenio aplicable entre el Estado donde reside la CC y el Estado donde se localiza el EP, asuma a dicho centro de imputación de rentas como una empresa separada, pero que el CDI entre el Estado de dicho EP y el Estado donde se localiza otro EP lo considere como una empresa independiente. O viceversa. Es decir, ante un mismo escenario las combinaciones son múltiples, y ello puede llevar a resultados discrepantes a la hora de atribuir los ingresos y gastos al EP.

A continuación, al hilo de alguno de los supuestos expuestos anteriormente, exponemos esta situación.

Operación interna planteada.

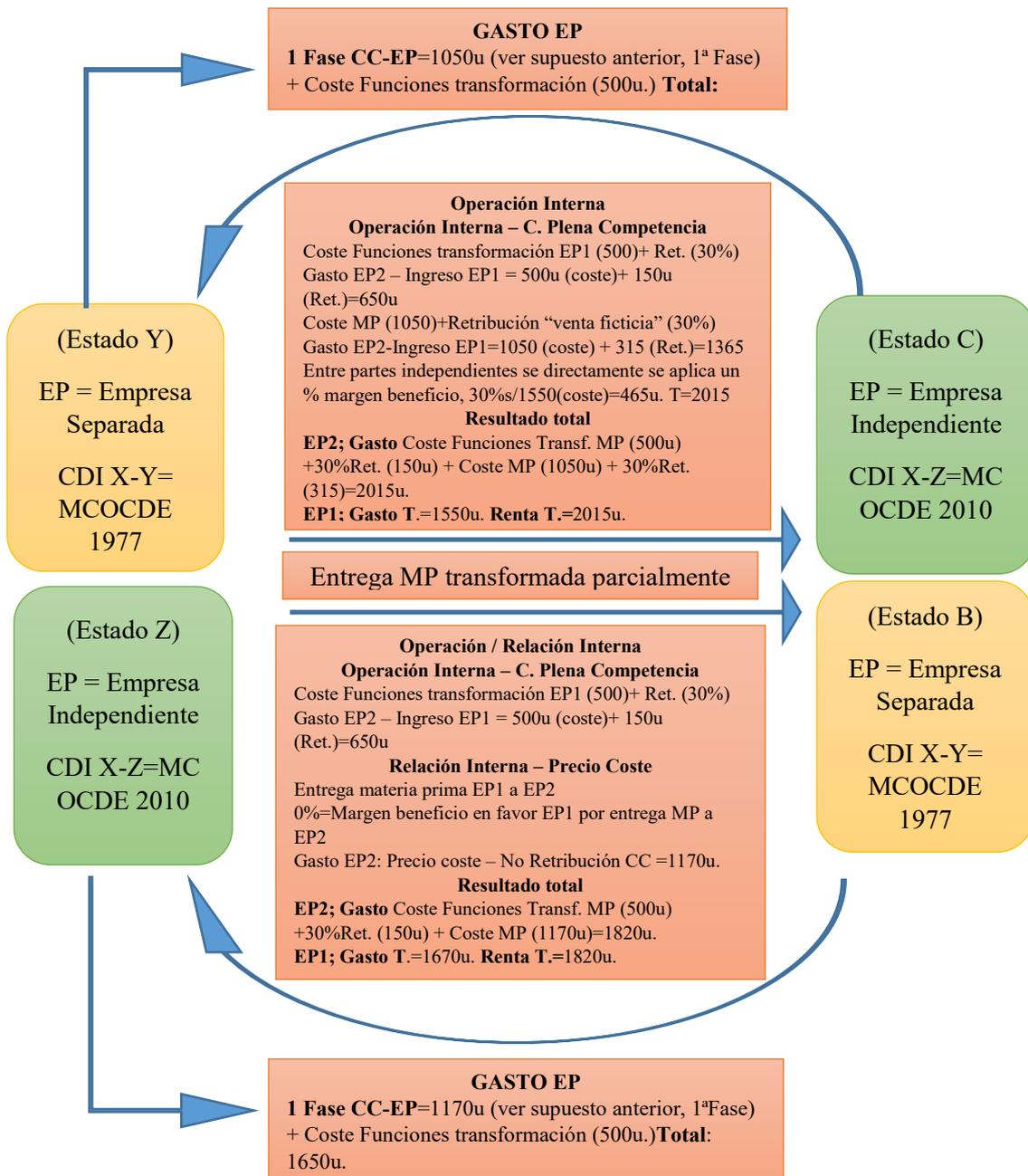
Siguiendo con el supuesto anterior en el que la CC adquiere materia prima, la semi-transforma y, posteriormente, entrega la materia prima semi-transformada a sus EPs, localizados en los Estados Z e Y.

En este supuesto, el EP-Y era asimilado a una empresa separada, puesto que el CDI X-Y era idéntico al MCOCDE 1977, mientras que, el CDI X-Z asimilaba al EP-Z a una empresa independiente porque se regía por el MCOCDE 2010.

Supongamos que estos EPs, EP-Y y EP-Z, reciben de su CC la materia prima semi-transformada, y estos siguen el proceso de transformación pero no lo finalizan, sino que posteriormente entregan dicha materia prima a otro EP de la empresa para que finalice el proceso y comercialice el activo en el mercado, éstos están en los Estados B y C, EP-B y EP-C, respectivamente.

Asumamos también que el Estado Y tiene un CDI con el Estado C cuyo articulado es idéntico al MCOCDE 2010, por ello asimilan al EP-C a una empresa independiente, y el Estado Z tiene firmado un CDI con el Estado B idéntico al MCOCDE 1977, que asimila al EP-B a una empresa separada.

Esquema.



Análisis de la operación.

Observamos que el hecho de considerar al EP-B o EP-C como empresa separada o empresa independiente no sólo influye en el cálculo de su base imponible, sino también en la de los EP-Y o EP-Z que deberán imputar un ingreso.

Así, determinados acuerdos entre la CC y el EP-Y o EP-Z, donde el hecho de entregar la materia prima no supone una operación interna, sino una relación interna que debe cuantificarse a precio de coste, lo cual implica la imputación de un menor gasto para el EP-Y o EP-Z. Pero a su vez, si dichos EPs llevan a cabo el mismo acuerdo con otro EP

de la empresa, EP-B o EP-C, puede considerarse de manera opuesta, es decir como una operación interna que conlleva un mayor ingreso al haber sido valoradas a precios *at ALS*.

Si por ejemplo observamos el acuerdo interno entre la CC y el EP-Y, asimilado a una empresa separada, éste se calificaba como una relación interna valorada a precio de coste. En cambio, si observamos el mismo acuerdo interno entre la CC y el EP-C, considerado como una empresa independiente, se califica como una operación interna valorada a precios *at ALS*. En cambio, el gasto del EP-Y era valorado a precio de coste, el ingreso que recibe dicho EP es mayor porque dicha operación se valora a precio *at ALS*.

Esta situación también puede concurrir en sentido contrario, sería el caso del EP-Z. En este caso el gasto derivado de la operación interna realizada entre la CC y el EP-Z debe valorarse a precios *at ALS*, pero el ingreso derivado de la actividad realizada con el EP-B debe valorarse a precio de coste.

En definitiva, ante los mismos acuerdos, el cálculo de la base imponible del EP resulta divergente dependiendo de la consideración que asume el EP localizado en el Estado de la fuente. **Conclusión.**

	EP = Empresa Separada	EP = Empresa Independiente
Gasto EP1 derivados de la operación con CC	Coste CC Funciones compra MP (100u) + Retribución (30% s/100)= 130u. + Coste CC Funciones transformación MP (300u) + Retribución (40% s/300)=420u. + Coste materia prima =500u. Total=1050u.	Coste CC Funciones compra MP (100u) + Retribución (30% s/100)= 130u. + Coste CC Funciones transformación MP (300u) + Retribución (40% s/300)=420u. + Coste materia prima (500u) + Retribución (24% s/500)=620u. Total=1170u. Mismo resultado que aplicar el 30% s/coste, 900= 270u + 900u (coste)=1170u.
Gasto EP2-Ingreso EP1	Coste EP1 Funciones transformación MP (500u) + Retribución (30% s/500)=150u. + Coste materia prima (1050u) + Retribución (30% s/1050)=315u. Total=2015. Mismo resultado que aplicar el 30% s/coste, 1050= 465u + 1550u (coste)=2015u.	Coste EP1 Funciones transformación MP (500u) + Retribución (30% s/500)=150u. + Coste materia prima (1170u) Total=1820u.
Resultado Total: Renta EP1	Beneficio = 465u.	Beneficio = 150u.

5.1.3. 3º Tipo: Transacciones establecimiento permanente – empresa.

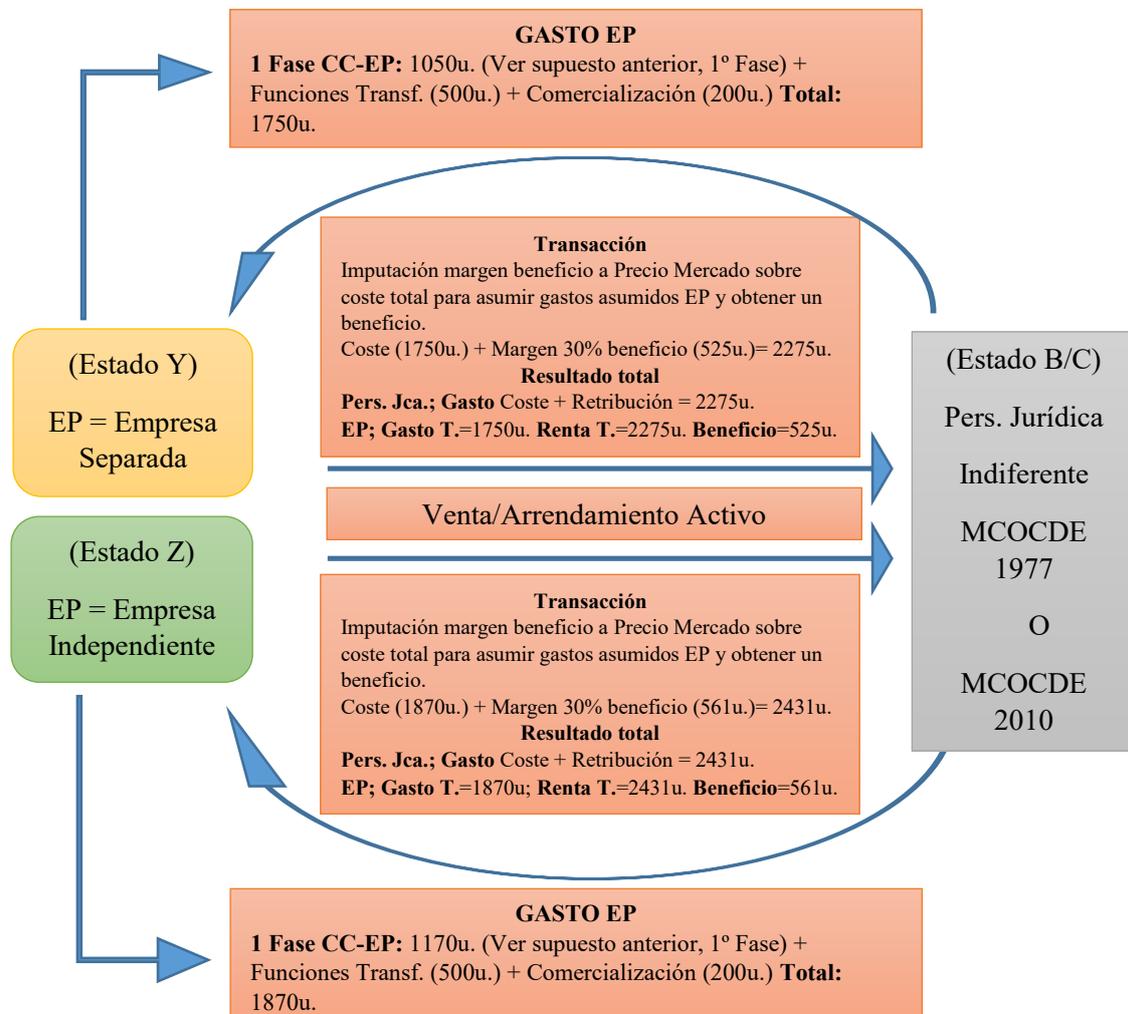
5.1.3.1. Venta o arrendamiento del producto final.

Transacción planteada.

Este supuesto es la continuación del ejemplo anterior en el que la CC adquiriría materia prima y la semi-transformaba. Posteriormente, se la entrega al EP.

En el caso anterior, desde la perspectiva de la imputación del gasto, éste era distinto si el EP era considerado como una empresa separada o se consideraba como una empresa independiente. A continuación, observando la imputación de ingresos a cada tipo de EP derivado de la comercialización de este activo con una empresa jurídica distinta.

Esquema.



Análisis de la operación.

El tratamiento de la operación es idéntico en ambos casos porque se califica como una transacción valorada a precios *at arm's length* con independencia de si el EP era considerado como una empresa separada o independiente.

Resultado.

El EP-Y, asimilado a una empresa separada asume un gasto de 1050u, mientras que el EP-Z asume un gasto de 1170u. A dicho gasto, en ambos casos hay que adicionar el coste de las funciones derivadas de la finalización del proceso de transformación (500u) y la comercialización del activo con personas jurídicas independientes (200u), esta puede ser una venta o un arrendamiento del activo.

Asumiendo que se trata de una venta, el EP incrementará sus costes en un 30% que será el beneficio que obtenga por la transacción. En concreto, serán de 525u y 561u, dependiendo si el EP es una empresa separada o independiente, respectivamente.

Conclusión.

	EP = Empresa Separada	EP = Empresa Independiente
Gasto EP – Ingreso CC (1 Fase)	1 Fase CC-EP: 1050u. (Ver supuesto anterior, 1º Fase)	1 Fase CC-EP: 1170u. (Ver supuesto anterior, 1º Fase)
Gasto EP (2 Fase)	+ Funciones Transf. (500u.) + Comercialización (200u.) Total: 1750u.	Funciones Transf. (500u.) + Comercialización (200u.) Total: 1870u.
Gasto Persona Jca. – Ingreso EP	Gastos EP (1750u) + Retribución 30% s/coste (525)=2275u.	Gastos EP (1870u) + Retribución 30% s/coste (561)=2431u.
Resultado Total EP	Beneficio = 525u.	Beneficio = 561u.

El ingreso derivado de la venta del activo es el mismo en ambos supuestos, pero el cálculo de la base imponible será distinto porque el gasto varía dependiendo si el EP es asimilado a una empresa separada o a una empresa independiente.

5.1.3.2. Prestación de un servicio.

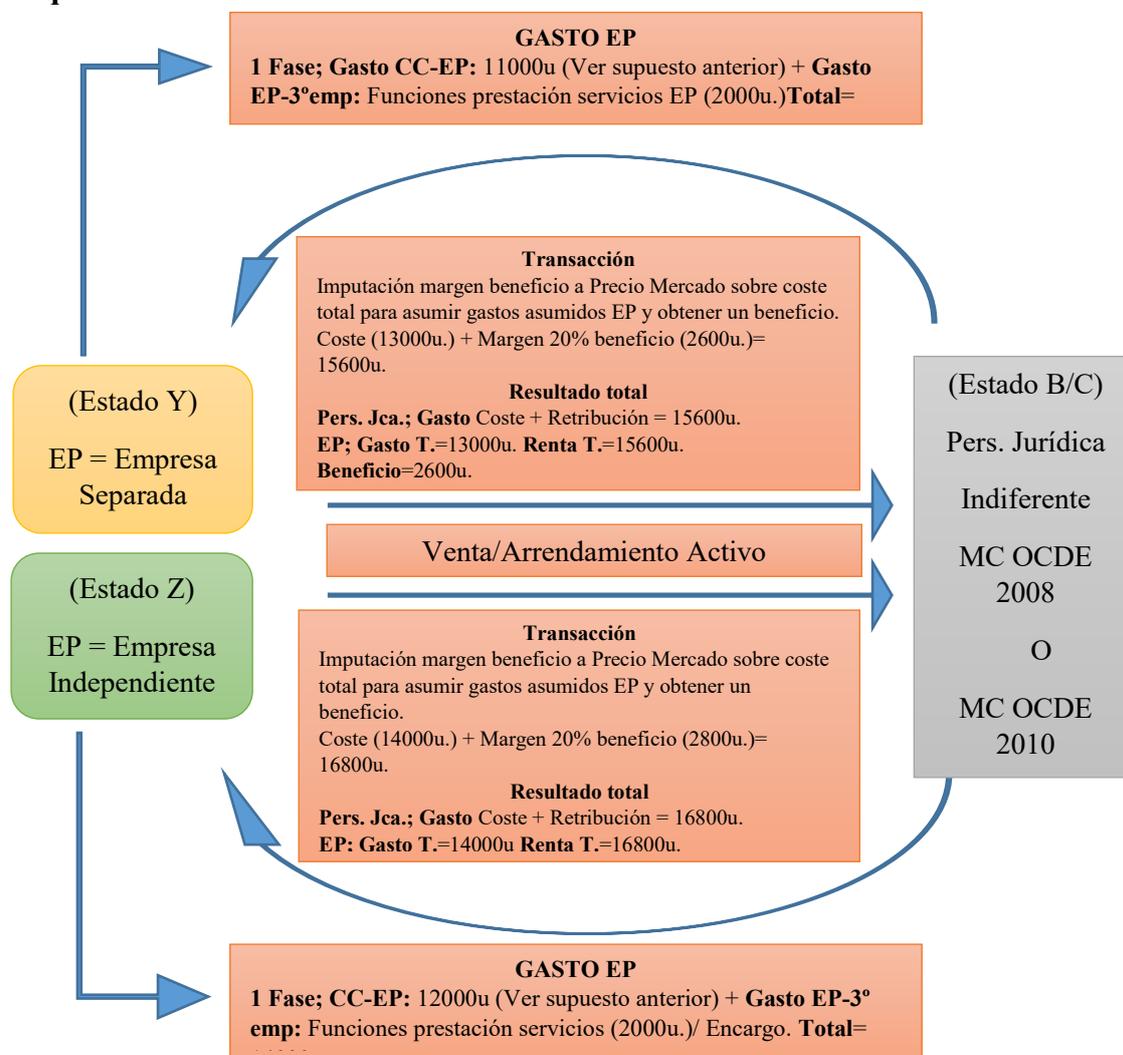
Transacción planteada.

Este supuesto continúa el anterior en el que la CC fabricaba un activo tangible, en concreto vehículos destinados al transporte de mercancías, y los enviaba a sus EPs en

otros Estados para que éstos prestasen servicios a otras empresas. Este supuesto exponía los acuerdos internos entre la CC y el EP, los cuales suponían un gasto para el EP.

A continuación, calculamos la base imponible del EP-Y y EP-Z, dependiendo del gasto que asumió cada EP y los ingresos obtenidos por los servicios prestados a otras empresas.

Esquema.



Análisis de la operación.

A efectos de no repetirnos en la exposición de argumentos nos remitimos al supuesto anterior en el que el EP utiliza un activo de la empresa para el desarrollo de su actividad empresarial consistente en la prestación de servicios.

El tratamiento de esta transacción resulta idéntico para ambos EPs porque en todo caso esta transacción es valorada a precios *at arm's length*, y ello, implica el mismo ingreso

con independencia de si el EP es asimilado a una empresa separada o a una empresa independiente.

La diferencia recae en la consideración del gasto asumido por cada EP a raíz de su operación con la CC, puesto que dependiendo de la ficción asumida sobre el mismo, el gasto será mayor o menor, y ello repercutirá directamente en su base imponible.

Resultado.

El EP del Estado Y, asimilado a una empresa separada, asumirá un gasto de 11000u. En su caso, el EP localizado en el Estado Z, a consecuencia de ser equiparado a una empresa independiente asume un gasto de 12000u. Ambos supusieron un ingreso para la CC. A dicho gasto, hay que sumarle el coste de las funciones derivadas de la prestación del servicio del EP a la 3ª empresa. Esto implica un coste para el EP de 2000u por encargo.

El ingreso obtenido por el EP a consecuencia de las actividades empresariales realizadas será de un 20% sobre los costes, este es su beneficio. En concreto, serán de 2600u y 2800u, dependiendo si el EP es una empresa separada o independiente, respectivamente.

Conclusión.

	EP = Empresa Separada	EP = Empresa Independiente
Gasto EP – Ingreso CC (1 Fase)	1 Fase CC-EP: 1100u. (Ver supuesto anterior, 1º Fase)	1 Fase CC-EP: 1200u. (Ver supuesto anterior, 1º Fase)
Gasto EP (2 Fase)	+ Coste prestación de servicio = 2000u.	+ Coste prestación de servicio = 2000u.
Gasto Persona Jca. – Ingreso EP	Gastos EP (1300u) + Retribución 20% s/coste (2600u)=15600u.	Gastos EP (1400u) + Retribución 20% s/coste (2800)=16800u.
Resultado Total EP	Beneficio = 2600u.	Beneficio = 2800u.

Desde la perspectiva de los ingresos obtenidos por el EP a raíz de los servicios prestados resulta indiferente si el EP es considerado como una empresa separada o independiente, porque al tratarse de una transacción la valoración será a precios *at ALS* en ambos casos. No obstante, el cálculo de la base imponible será distinto porque los gastos imputables al EP son diferentes.

Así, intentamos poner explicar que ante escenarios idénticos el resultado del cálculo de la base imponible resulta divergente dependiendo la ficción aplicada sobre el EP.

5.2. Conclusiones.

El análisis de estas operaciones transnacionales entre partes de una misma empresa ha sido realizado, fundamentalmente, con la finalidad de valorar si la atribución de ingresos y gastos al EP está condicionada, o no, por la redacción del CDI aplicable. Tras el estudio realizado, concluimos que efectivamente la consideración del EP como una empresa separada o como una empresa independiente influye en la determinación de los ingresos y gastos, y por ende en el cálculo de su base imponible.

Ambos Modelos de Convenio de la OCDE, presentan una redacción distinta en su artículo 7, y ello implica una versión distinta del método directo para determinar los beneficios o pérdidas al EP. Ambas versiones derivan, principalmente, de la ficción asumida en relación con el EP, puesto que, mientras la versión anterior lo asimilaba a una entidad separada, la última versión considera que el mismo debe ser asimilado a una empresa independiente.

Esta distinción, tal y como hemos tratado de demostrar, tiene un impacto directo en el cálculo de la base imponible de dicha parte de la empresa. Esta discrepancia, se pone de manifiesto cuando ante un mismo supuesto o escenario ambas ficciones presentan un resultado divergente, derivado de una atribución de ingresos y gastos distinta.

La consecuencia de llevar la ficción de empresa independiente hasta sus últimas consecuencias, implica valorar todas sus operaciones a precios de mercado de acuerdo con el ALS. Lo cual implica considerar todos los acuerdos internos como operaciones internas, en las que una de las partes de la empresa obtiene un beneficio.

Esta ficción ignora la naturaleza jurídica del EP y lo asimila a una parte ajena a la unidad empresarial. Por ello, además de valorar las operaciones de acuerdo con el ALS, implica reconocer al EP como comprador o arrendatario tras la utilización del mismo, o ante la necesidad de un capital, exige comprender al EP como prestamista.

La situación es distinta desde la perspectiva del EP como una empresa separada. Esta ficción se limita a retribuir las funciones realizadas por cada parte de la empresa, tiene en cuenta tanto la finalidad del artículo 7 como el objetivo del EP, de carácter puramente tributaria, y con ello las limitaciones implícitas de la propia naturaleza del EP. Lo cual, como observamos, repercute directamente en la determinación de la base imponible del EP.

Por ello, siempre y cuando las actividades empresariales realizadas entre ambas partes se limiten a la realización de funciones en favor de una parte, el resultado de ambas ficciones coincide, por ejemplo, como observamos en el supuesto de la prestación de servicios. Por contra, en cuanto interviene en la operación la utilización de un activo o de un capital u otros elementos que legalmente pertenecen a la empresa, la cuantificación de rentas y gastos resulta divergente entre ambas ficciones.

Esto se debe a que bajo la ficción del EP como empresa separada se distinguen los acuerdos internos calificados como relaciones internas que son valoradas a precios de mercado, y los que son calificados como operaciones internas que se valoran a precios *at ALS*.

Estas diferencias se observan, por ejemplo, en el supuesto en el que la CC entrega un activo a un EP, mientras que desde la ficción del EP separado implica una utilización del mismo y sólo obliga a asumir un pago a precio de coste, desde el EP como empresa independiente se interpreta como una compra-venta ficticia o un arrendamiento que debe reconocerse a precios de mercado, lo cual implica un beneficio para la otra parte de la empresa. Lo mismo sucede en el supuesto anterior de entrega de una materia prima transformada parcialmente.

Estas distinciones provocan que, ante escenarios idénticos exista un tratamiento jurídico-tributario diferente de la operación entre ambas partes de la empresa. Además, esta distinción no sólo se produce al hilo de las operaciones entre la CC y el EP, sino también en las operaciones entre dos EPs que la empresa posee en distintos Estados.

En este caso, pueden darse situaciones en las que al EP hay que atribuirle gastos, derivados de su operación con la CC, considerando una empresa separada. Pero los ingresos, si el otro EP situado en el Estado de la fuente debe considerarse como una empresa independiente porque así lo indica el CDI aplicable, pues serán valorados a precios *at ALS*. Lo cual en última instancia puede suponer un menor gasto al EP y un mayor ingreso. O viceversa.

Todas y cada una de estas distinciones impactan directamente en la determinación de los beneficios o pérdidas del EP, y por ende en su tributación.

Esta situación, caracterizada por resultados asimétricos ante los mismos escenarios, nos lleva a cuestionar si implica conflictos y problemas de orden jurídico-tributario. Cuestión que es abordada en el siguiente apartado.

6. EL RÉGIMEN CONVENCIONAL DE ASIGNACIÓN DE INGRESOS Y GASTOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE: ¿SISTEMA ÚNICO, DUAL O TRIPLE?

6.1. El método directo es un sistema dual.

La cuestión reside en si la interpretación que se infiere de la dicción de ambas versiones del art.7 Modelo de Convenio de la OCDE, da lugar a un sistema único, dual o triple, respecto a la asignación de ingresos y gastos al EP desde la perspectiva del método directo.

Esta cuestión se aborda desde el punto de vista del método directo, dejando al margen el método indirecto, basado en el reparto de los beneficios al EP en base a una serie de elementos o factores. Porque no hay duda que esta metodología implica un sistema para determinar los beneficios imputables al EP distinto.

La respuesta a esta cuestión es el resultado de un análisis comparado de la interpretación que se infiere de la redacción de ambas versiones del precepto, que también tiene en cuenta la metodología desarrollada en los documentos *soft law* de la OCDE. Además, nuestras conclusiones son comparadas con la doctrina internacional, a fin de comprender un consenso internacional en relación a esta cuestión.

Esta cuestión se suscitó a raíz de los primeros borradores e informes de la OCDE en materia de atribución de beneficios al EP, que finalmente derivaron en la redacción del nuevo art.7 MCOCDE 2010. Porque hasta ese momento, estaba claro que la interpretación que se infería del método directo era única.

A raíz de la publicación del informe OCDE 2008 y la introducción en los Comentarios al artículo 7 MCOCDE 2008 la metodología del AOA que, indirectamente, se remitía a este

informe, se cuestionó, en el contexto tributario internacional, si dichas pautas estaban en consonancia con la interpretación que se infiere del art.7. MCOCDE 2008.

Hasta ese momento la redacción del precepto no había sido modificada, la nueva versión del artículo 7 se introdujo en el MCOCDE 2010⁴²².

Parte de la doctrina internacional, a favor de estos Comentarios, entiende que pueden tenerse en cuenta como guía interpretativa, incluso si estos se rigen por la redacción anterior del art.7 MCOCDE⁴²³. Por contra, otros autores consideran que estos Comentarios no están en consonancia con la versión anterior del artículo 7, y entienden que sólo deben tenerse en cuenta cuando el CDI aplicable contiene la versión posterior del precepto⁴²⁴.

En nuestra opinión, la cuestión debe responderse teniendo en cuenta que los comentarios del MCOCDE no son vinculantes y actúan a modo de guía interpretativa para matizar y aclarar la interpretación que emana del contenido del pasaje en cuestión⁴²⁵. Éstos, única y exclusivamente, deben tenerse en cuenta en la medida en que estén en línea con la interpretación que se infiere del artículo, puesto que de no ser así deberían ser eliminados, o en su defecto omitidos, porque no pueden implicar la introducción de nuevos conceptos o extralimitaciones en el contenido de los mismos⁴²⁶. Así, se evita su aplicación indiscriminada, que en ocasiones convierte *de facto* estos documentos *soft law* en *hard law*⁴²⁷.

De acuerdo con estas consideraciones, tal y como hemos intentado poner de manifiesto en el capítulo anterior, ni la metodología propuesta en el informe OCDE 2008 ni el Comentario 18 del art. 7 MCOCDE 2008 deben tenerse en cuenta al no estar en consonancia con la interpretación que se infiere de la redacción de este precepto.

En contra de algún autor de la doctrina internacional, opinamos que en ningún caso estos documentos implican un nuevo marco jurídico-tributario para la tributación del EP y un nuevo sistema para determinar los beneficios o pérdidas empresariales a esta parte de la

⁴²² ARNOLD (2009), p.179.

⁴²³ REIMER (2015c), p.139.

⁴²⁴ SASSEVILLE; VANN (2014), p.23.

⁴²⁵ WEST (2017), p.123. ALARCÓN GARCÍA (2010), p.278. SERRRANO ANTÓN (2010b), p.300. ELLIS, M (2000), p.618. ZORNOZA PÉREZ (2011), p.1.

⁴²⁶ VOGEL (2000), p.612.

⁴²⁷ RÍOS CARVAJAL (2014), p.263.

empresa⁴²⁸. En ningún caso debemos considerar que estos documentos supusieron una variación de la metodología aplicable para atribuir los ingresos y gastos al EP, porque directamente estos no deben tenerse en cuenta al no ser ni un matiz ni una mera aclaración del precepto⁴²⁹.

Por consiguiente, la cuestión correcta pasa a ser si dicho documento propio del derecho en agraz tiene cabida, o no, de acuerdo con la interpretación que se infiere del artículo 7.2 MC OCDE y finalidad del método directo.

De acuerdo con el capítulo anterior, ni los CMCOEDE ni los borradores e informes de la OCDE son un modelo de tránsito entre la versión anterior y la nueva del artículo 7 MOCDE.

Por tanto, la cuestión que se suscita es si ambas versiones del método directo implican, o no, un sistema dual para atribuir los ingresos y gastos al EP.

A nivel metodológico, creemos que ambas versiones del MCOEDE presentan la misma estructura basada en dos fases y ficciones. Sin embargo, ello no implica que el método directo propuesto en ambas versiones sea idéntico. Es decir, de manera similar ambas versiones proponen un método para atribuir los ingresos y gastos basados en una doble ficción. Primero, consideran al EP como una unidad distinta del resto de la empresa, y segundo, una vez identificadas las operaciones internas realizadas por el EP con otra parte de la empresa se valoran en cumplimiento con el ALS.

La metodología de ambas versiones es similar pero ello no implica que ambas redacciones del artículo 7 MCOEDE sean idénticas, porque los conceptos en los que reposa cada una de estas ficciones no son los mismos, y ello no permite asimilarlos como un método directo, sino como un sistema diferente para determinar los beneficios empresariales.

El elemento principal que acredita que ambas versiones del método directo son distintas es la asimilación que cada una de ellas asume en relación con la figura del EP. Como hemos tratado de demostrar en los apartados anteriores, la asimilación del EP a una empresa separada no es sinónimo de equiparar a dicha parte de la empresa a una empresa independiente. Los apartados anteriores demuestran que el tratamiento jurídico-tributario que exige cada ficción es distinto, y ello deriva en resultados divergentes en el cálculo de

⁴²⁸ CALDERÓN CARRERO (2015), p. 222.

⁴²⁹ WALTRICH (2016), p.29.

la base imponible de dicha parte de la empresa. Lo cual implica un sistema dual para atribuir los ingresos y gastos al EP.

La diferencia no reside en la inclusión expresa en la nueva versión de los elementos funciones desarrolladas, activos utilizados y riesgos asumidos sino en la metodología que, en remisión indirecta al informe OCDE 2010, propone para determinarlos.

Pensamos que estos conceptos también deben tenerse en cuenta en la redacción del artículo 7 anterior. Aunque el texto no los detalle explícitamente deben tenerse en cuenta en la determinación la base imponible del EP, porque las actividades empresariales realizadas por dicha parte de la empresa determinan los ingresos obtenidos y los riesgos asumidos también influyen en la valoración de las operaciones internas. Asimismo, los activos utilizados repercuten en los activos utilizados.

Sin embargo, como hemos expuesto en el capítulo anterior, no consideramos que la metodología propuesta al hilo del Criterio Autorizado OCDE sea viable y aplicable desde la perspectiva de la redacción anterior del precepto. Por lo que, al margen de considerar si esta metodología tiene cabida desde la perspectiva de la nueva versión, cuestión que abordamos en el siguiente capítulo, entendemos que en este sentido ambas versiones son distintas.

Por consiguiente, opinamos que ambas versiones del método directo se basan en una metodología similar pero sus conceptos distintos y matices en la determinación de los mismos no permiten asimilarlos⁴³⁰, lo cual implica un sistema dual para atribuir los beneficios o pérdidas al EP.

En contra del planteamiento de algún autor, e incluso de las consideraciones de la OCDE, la aplicación de la última versión del art.7 MCOCDE a CDIs que contienen la versión anterior de este precepto, no es una cuestión de interpretación dinámica o estática⁴³¹. Al margen de que la costumbre internacional sea mal utilizar ambos términos⁴³², la interpretación dinámica no responde a la idea de interpretar el precepto conforme a la última versión del Modelo de Convenio aplicable, sino que debe entenderse de acuerdo a

⁴³⁰ MAROTO SÁEZ (2016), p.453.

⁴³¹ CHICO DE LA CÁMARA (2015), p.339. CMCOCE10, introducción, p.3.

⁴³² ROHATGI (2005), p.45.

la normativa interna del Estado que aplica el Convenio vigente en el momento de su aplicación⁴³³.

El rechazo de esta alternativa refuerza el carácter dual que implica este método directo para determinar los beneficios o pérdidas atribuibles a dicha parte de la empresa, porque cada versión debe aplicarse de acuerdo con la normativa interna del Estado que aplica el CDI y la interpretación jurídica que deriva del mismo.

En definitiva, desde la perspectiva del método directo el sistema no es único porque ambas versiones son distintas y tampoco es triple porque creemos que los CMOCDE 2008 y el informe OCDE 2008 no implican un método de tránsito entre ambos enfoques. Por tanto, el sistema es dual porque ambas versiones son distintas en la medida en que la aplicación de una u otra puede implicar un resultado u otro en la determinación de la base imponible del EP.

Ante este escenario, cuestionamos si el hecho de utilizar un método u otro, que repercute directamente en la determinación de los beneficios o pérdidas atribuibles al EP, implica la vulneración de algún principio, como el principio de no discriminación o el principio de capacidad económica. En ese caso, cuestionamos si debieran implementarse medidas con la finalidad de alcanzar un consenso internacional en esta materia.

6.2. ¿Implica una vulneración a los principios de capacidad económica y no discriminación?

Este apartado toma como punto de partida las conclusiones del apartado anterior, que defienden la existencia de un sistema dual en el marco jurídico-tributario de la atribución de ingresos y gastos al EP.

Este sistema dual exige que la red de CDIs de un Estado cuente, al menos, con un CDI en cuyo articulado esté presente una redacción del precepto para atribuir los ingresos y gastos al EP distinta del resto. Tal sería el supuesto en el que un Estado posee CDIs con un precepto para atribuir los beneficios o pérdidas al EP similar al del art.7.2 MCOCDE 1977, y otros con un artículo similar al del MCOCDE 2010. De no ser así, si el artículo para asignar los ingresos y gastos al EP es el mismo en todos sus CDIs el sistema no será

⁴³³ GARCÍA PRATS (2009), p.111.

dual, sino único, y el resultado que quedará sometido a tributación en el Estado donde se localice el EP debiera ser el mismo⁴³⁴.

Desde nuestra perspectiva, el problema no reside en la existencia de varios métodos para determinar los beneficios o pérdidas de una parte de una empresa localizada en un Estado, porque entendemos que siempre y cuando la metodología aplicada no altere el resultado del EP no hay ningún inconveniente por aplicar un método u otro.

Por contra, si la coexistencia de estos métodos genera resultados distintos ante operaciones similares se suscita la cuestión relativa a si dicha situación vulnera el principio de no discriminación o infringe el principio de capacidad económica. En ese caso, planteamos si es conveniente alcanzar un consenso internacional en esta materia, mediante la elección de un único método.

Con otras palabras, la existencia de un sistema dual del método directo está a expensas de que no existan situaciones idénticas que son tratadas desde la perspectiva jurídico-tributaria de manera asimétrica. El tratamiento diverso de dos centros de imputación de rentas ante una situación idéntica, a pesar de formar parte de entidades residentes en distintos Estados y que la redacción del CDI sea distinta, implica, suscita la cuestión relativa a si las atribuciones asimétricas implican la vulneración del principio de no discriminación⁴³⁵ prohíbe el trato desfavorable de un EP en favor de una entidad residente en dicho Estado, o infringe el principio de capacidad económica que evita que situaciones idénticas asuman una carga impositiva distinta⁴³⁶.

El art.24.3 MCOCDE 2010⁴³⁷ trata de evitar que el sometimiento a imposición al EP no resulte más gravoso que el que recibe una entidad residente⁴³⁸. El ámbito objetivo del artículo vela por una misma imposición de los beneficios imputados al EP y el resultado obtenido por una entidad residente⁴³⁹.

⁴³⁴ ROHATGI (2005), p.23.

⁴³⁵ AULT; SASSEVILLE (2010), p.108.

⁴³⁶ GOLDBERG; GLICKLICH (1992), pp.51-53. GRAETZ (2003), p.437.

⁴³⁷ Art. 24.3 MCOCDE 2010:

”3. Los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante no serán sometidos a imposición en ese Estado de manera menos favorable que las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades [...]”

⁴³⁸ BENNETT (2006), p.443.

⁴³⁹ AVERY JONES; BOBBETT (2008), p. 52.

No obstante, el artículo no debe ser concebido como una exigencia de trato idéntico de un EP sobre una empresa residente, puesto que, resulta imposible de acuerdo con las diferencias sobre ambas figuras legales desde el punto de vista jurídico y legal⁴⁴⁰. Es decir, dicho precepto no aplica respecto a la asignación de ingresos y gastos porque las diferencias de naturaleza jurídica imposibilitan la equiparación entre ambas figuras legales, y ello influye en la determinación de los beneficios o pérdidas a las mismas, pero sí que aplica en relación con el sometimiento a gravamen del resultado obtenido por ambas figuras legales⁴⁴¹.

No obstante, en el contexto entre dos EPs de distintas entidades extranjeras nos encontramos en el mismo marco jurídico-tributario, por ello, defendemos que ante situaciones idénticas por el mero hecho de que la norma aplicable estipule unas pautas u otras para imputar los beneficios o pérdidas al EP no puede derivar en resultados diversos que influyan sobre la capacidad económica de ambos EPs de manera diversa.

Indirectamente, el principio de no discriminación está en conexión con el principio de capacidad económica, pero ambos deben observarse desde distintas esferas porque no todas asumen la misma consideración.

Desde la relación entre la persona jurídica independiente residente en un Estado y el EP que una empresa no residente posee en dicho Estado, el principio de equidad en la asunción de la carga tributaria⁴⁴² exige, para no vulnerar el principio de no discriminación, que ambas figuras legales, tras la imputación de los beneficios de acuerdo a las pautas legales, deben someterse a un tipo de gravamen idéntico⁴⁴³, debido a que ambas deben ser tratadas como residentes⁴⁴⁴. No obstante, ello no significa que ambas figuras legales deban ser tratadas en todo momento de manera idéntica, puesto que no poseen la misma naturaleza jurídica, y por ende, son dos formas legales distintas⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ PANAYI (2008), pp.227-229 Al desarrolla un análisis jurisprudencial, en el contexto de la Unión Europea, en relación con estas ideas. *Caso Commerbank*, asunto C-330/91; *Caso Avoir Fiscal*, asunto 270/83; *Caso Royal Bank of Scotland*, asunto C- 311/97; *Caso Halliburton*, asunto C-1/93; *Caso Saint-Gobain*, asunto C-307/97; *Caso CLT-UFA SA*, asunto C-253/03.

⁴⁴¹ LANG (2013), p.191.

⁴⁴² KNECHTLE (1979), p.19.

⁴⁴³ GARCÍA PRATS (2010), pp.1133-1135.

⁴⁴⁴ BENNETT (2006), p.467.

⁴⁴⁵ MARTÍN JIMÉNEZ; CALDERÓN CARRERO (2004). YUAN YONG (2012), p. 424. MALHERBE; DAENEN (2010), p.361. BURGERS (2009), pp.51-76.

Desde la perspectiva de dos EPs localizados en un mismo Estado de dos empresas extranjeras distintas, ante un mismo escenario, si son tratado de manera distinta no implicaría una vulneración del principio de no discriminación establecido en el art. 24.3 MCOCDE 2010, puesto que éste toma como referencia la empresa residente y el EP, y no se compara entre dos EPs. Sin embargo, entendemos que la asunción de una carga tributaria divergente sí supondría una vulneración del principio de capacidad económica⁴⁴⁶.

La metodología para atribuir los ingresos y gastos al EP resulta indiferente, siempre y cuando dos EPs que se encuentran en la misma situación obtengan un resultado similar, porque el procedimiento de determinación de beneficios o pérdidas al EP no puede repercutir en la determinación de la carga tributaria ante situaciones similares, pues ello sería contrario a la capacidad económica.

La capacidad económica no puede determinarse en atención al método aplicado, sino que esta queda determinada por las funciones y actividades realizadas por el EP de acuerdo con la finalidad del artículo 7 MCOCDE y el objetivo del EP. Es decir, entendemos que el mero procedimiento acordado entre las partes no puede sobreponerse al principio de capacidad económica del EP, puesto que ello implicaría un tratamiento más o menos favorable de uno sobre otro.

Con todo, la exigencia de cumplir con estos principios nos lleva a las siguientes conclusiones.

Si consideramos que ambas alternativas del método directo representan un sistema dual, no debemos hacer distinción entre un método u otro sino simplemente exigir el cumplimiento del principio de capacidad y no discriminación en cualquiera de ellos. Así, si una misma situación deriva en un resultado distinto dependiendo de la modalidad del método directo para atribuir los beneficios o pérdidas al EP, entendemos que estos principios también se estarían vulnerando.

Pensamos que es conveniente alcanzar un consenso internacional para determinar los ingresos y gastos al EP para evitar resultados discrepantes que repercuten directamente en la tributación del EP. Entendemos que la determinación de los beneficios o pérdidas

⁴⁴⁶ MUSGRAVE (1959), p.160.

al EP no puede quedar a expensas del método utilizado, pues únicamente deben depender de las actividades empresariales realizadas por esta parte de la empresa.

Teniendo en cuenta los argumentos y razonamientos expuestos en el capítulo anterior y en las distintas partes de este capítulo, la delimitación de un método para atribuir los ingresos y gastos al EP debería orientarse al enfoque de entidad separada. Pensamos que esta versión del método directo está en consonancia con el objetivo del EP y la finalidad del art.7 MCOCDE, que no es otra que atribuir los ingresos y gastos al EP que derivan de las actividades empresariales que realiza.

La finalidad del art. 7 MCOCDE, con independencia de su versión, no va más allá, y rechazamos la posibilidad de que el EP pueda llevar a cabo cualquier otra función que se extralimite del ámbito tributario, sea legal, económico o financiero. Del objetivo del EP también se infiere que al mismo deben atribuirse los ingresos y gastos que deriven de sus actividades empresariales, y en ningún caso, deben crearse nuevas actividades ficticias, como compra-venta ficticia de activos, tangibles o intangibles, u operaciones de capital, cuya propiedad legal pertenece a la unidad empresarial en su totalidad.

Además, debemos analizar del siguiente capítulo de este trabajo en relación con si los Comentarios del art.7 MCOCDE 2010 y la metodología estipulada en el Informe OCDE 2010 están, o no, en consonancia con la redacción de este precepto. Pues en caso de que la ficción de empresa independiente no resultase aplicable y las conclusiones de este análisis fuesen negativas, se reforzaría aún más nuestras consideraciones respecto a la necesidad de que exista un único criterio en esta materia.

7. CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CAPÍTULO.

El punto de partida de este capítulo ha sido la redacción actual del art.7 MCOCDE, 2010 la cual no responde a la versión original del art. 7 MCOCDE 1977. Esta nueva redacción es el producto final de los informes de atribución de beneficios al EP elaborados por el Comité de Asuntos Fiscales y Grupos de Trabajo de la OCDE, que, supuestamente, desarrollan el denominado Criterio Autorizado OCDE.

Desde la perspectiva del método directo, la investigación lleva a cabo un estudio comparado a fin de valorar si las diferencias y semejanzas que se infieren de la dicción de ambos preceptos suponen una interpretación diversa, y por ende, responden a un sistema dual. O si por contra, los cambios no son de carácter sustantivo y no implican diferencias en relación a la atribución de ingresos y gastos al EP.

La investigación concluye que en ningún caso el contexto del método directo se comprende como un sistema triple, porque la mera incorporación de los Comentarios del art.7 MCOCDE 2008, que indirectamente se remiten a la metodología del AOA desarrollada en el informe OCDE 2008, no deben tenderse en cuenta porque no están en consonancia con la redacción del precepto.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta parte del trabajo considera que ambas redacciones son distintas, y que en base al objetivo del EP y a la finalidad del art.7 MCOCDE, que no es otra que materializar un conjunto de normas para atribuir los ingresos y gastos al EP derivados de su actividad empresarial y repartir la potestad tributaria entre ambos Estados contratantes, la versión del método directo adecuada y viable exige asimilar al EP a una empresa separada, no independiente.

La metodología de ambas versiones del método directo es similar, porque en las dos redacciones se infiere un proceso compuesto de dos fases. No obstante, los conceptos y criterios que rigen cada una de estas ficciones son distintos, en especial los referentes a la ficción asumida del EP, y ello provoca la existencia de dos modalidades.

En referencia a la primera fase, emana el criterio que asume una ficción del EP, u otra. La redacción del artículo 7.2 MCOCDE 1977 asimila el EP a una empresa separada, pero el art. 7.2 MCOCDE 2010 considera que éste debe ser tratado como una empresa independiente. Dichas matizaciones deben ser analizadas con detalle para valorar si deben concebirse a modo de sinónimo, o si implican una ficción distinta de esta figura legal. En cuyo caso, debemos valorar su repercusión en la atribución de ingresos y gastos al EP derivados de las operaciones internas realizadas con otra parte de la empresa y las transacciones con otras empresas distintas, vinculadas o no.

La segunda fase que emana del precepto se relacionada con el ALS. Es decir, con la obligación de valorar las operaciones internas a precios *at arm's length* o de mercado, como si se tratase de dos personas jurídicas distintas.

La OCDE considera que la determinación adecuada del criterio *at arm's length* se deben aplicar las Directrices de Precios de Transferencia por analogía. En cualquier caso, a fin de no extralimitarnos en el objeto de estudio, no nos pronunciamos al respecto y este trabajo asume su aplicación.

Ambos criterios, también denominados comúnmente enfoque o teoría, en contra de la naturaleza jurídica del EP, se fundamentan en la negación de considerar a este instituto jurídico como parte de la unidad empresarial configurándolo y lo como un centro de atribución personal. No obstante, la terminología utilizada por cada versión del art. 7 MCOCDE, surge la cuestión si ambos términos son equiparables en cuanto a su finalidad y alcance de aplicación, o si por el contrario, la implicación de uno u otro conlleva implicaciones diversas a nivel tributario.

Conceptualmente, de acuerdo con parte de la doctrina tributaria internacional concluimos que nuestras conclusiones que ambos términos no son sinónimos.

Desde la perspectiva de la redacción del art. 7.2 MCOCDE 1977, la condición de entidad separada convierte al EP en un centro de atribución de rentas separado y autónomo de la CC y del resto de las partes de la empresa. La consideración del mismo como entidad independiente no afecta tanto a los ingresos y gastos que deben asignarse al EP sino a la calificación y cuantificación de las operaciones internas.

La redacción del art. 7.2 MCOCDE 2010, asimila el EP a una empresa independiente, éste configura al EP como una empresa distinta de su CC en todos los ámbitos. Así, en esta redacción el criterio de independencia está presente tanto en la ficción del EP como en la valoración de las operaciones internas que éste realiza.

Entendemos que la asimilación del EP a una empresa separada no es opuesto al criterio de independencia, sino que simplemente el primero es mucho más restringido que la noción de empresa independiente. Así, mientras la ficción del EP como empresa separada queda restringida al ámbito tributario, a fin de determinar los ingresos y gastos atribuibles a esta parte de la empresa derivados de las actividades empresariales que realiza, el criterio de empresa independiente implica una mayor extensión. Ante lo que cuestionamos si la misma es viable o no, teniendo en cuenta el objetivo del EP y las limitaciones de su naturaleza jurídica.

En este sentido, hemos concluido que ambas ficciones permiten tratar al EP con carácter ajeno a la entidad de la que forma parte, así, incluso cuando la unidad empresarial en su totalidad ha obtenido pérdidas es posible determinar un resultado positivo en favor de esta parte de la empresa, o viceversa. Esta práctica, refuerza la idea de que el único objetivo del precepto es determinar los ingresos y gastos atribuibles al EP, y por tanto, la ficción asumida respecto al EP también debe quedar limitada al ámbito exclusivamente tributario.

En suma, la propia naturaleza del EP imposibilita su consideración ajena a la unidad empresarial desde cualquier punto de vista. Es decir, el objetivo del EP se limita a ser considerado como un centro de imputación de rentas para determinar, de un modo u otro, los beneficios o pérdidas obtenidos por dicha parte de la empresa. Ello implica que la naturaleza del mismo se limita al contexto tributario, y ello no permite, incluso al amparo de una ficción bajo el método directo, que éste pueda considerarse como una entidad distinta e independiente a efectos legales y mercantiles. De modo que, debemos limitar la ficción al cálculo de la base imponible y omitir cualquier ficción de carácter legal o referencia a elementos de índole mercantil que no tienen un impacto en la tributación del EP.

En este sentido, opinamos que el enfoque de empresa separada se asimila a una empresa con independencia restringida –*restricted Independence*–, limitada al ámbito tributario, con la única finalidad de reconocer los acuerdos internos para determinar las actividades y funciones realizadas por dicha parte de la empresa. Mientras que la consideración al EP como una empresa independiente, implica llevar la ficción a sus últimas consecuencias, considerándolo como una independencia absoluta –*absolute (hypotetical) independence*–

Así, desde la perspectiva de la independencia absoluta el EP es tratado exactamente igual que la entidad subsidiaria legalmente independiente, pero desde el punto de vista de la independencia restringida ciertos acuerdos internos quedan condicionados por el hecho de que el EP es parte de una misma empresa.

Por ello, en el contexto de la ficción del EP como una empresa separada pensamos que todos los acuerdos internos no deben ser calificados como operaciones internas, asimiladas a transacciones entre partes independiente, sino como relaciones internas. Por contra, desde el punto de vista del EP como empresa independiente, las implicaciones a

nivel tributario son distintas, pues estas sí califican cualquier acuerdo interno entre partes de la empresa como una operación interna.

Concluimos tratando de exponer que existe una diferencia importante entre calificar un acuerdo interno como una relación interna o como una operación interna, porque mientras que la operación interna, asimilada a una transacción, debe valorarse de acuerdo con el criterio de plena competencia, la relación interna debe valorarse a precio de coste porque no versa sobre actividades empresariales realizadas por el EP.

Por tanto, cada una de las ficciones repercute de un modo u otro en la base imponible del EP, lo cual provoca que, ante situaciones idénticas, la atribución de ingresos y gastos al EP puede ser una u otra, dependiendo de si el acuerdo interno ha sido calificado de relación interna u operación interna.

Con todo, consideramos que la ficción asumida en relación con la figura del EP debe ser la de empresa separada, puesto que ésta es acorde con la finalidad del precepto y el objetivo del EP. Por contra, la ficción que asume el EP como una empresa independiente además de extralimitarse de la finalidad del artículo y del objetivo del EP, no es viable desde la perspectiva jurídica y tributaria.

De acuerdo con las diferencias entre ambas ficciones, que hemos tratado de exponer desde la perspectiva teórica, esta parte del trabajo también ha tratado de exponer que su impacto en el cálculo de la base imponible desde la perspectiva práctica, mediante el análisis de operaciones internas y transacciones transnacionales desde ambas ficciones.

El análisis está compuesto por 3 tipos de operaciones internas y transacciones:

El primer tipo han sido las operaciones internas y transacciones analizadas entre la CC y el EP: prestación de servicios; adquisición de materia prima por parte de la CC, que somete a transformación, y entrega al EP; utilización de activos de la empresa por el EP para el desarrollo de su actividad empresarial; financiación propia y ajena para el desarrollo de la actividad empresarial del EP.

El segundo tipo han sido las operaciones internas realizadas entre dos EP de la misma entidad localizados en Estados distintos. El supuesto toma como punto de partida la materia prima, que el EP ha recibido de su CC, y transforma y se la entrega a otro centro de imputación de rentas que la empresa posee en otro Estado.

El tercer tipo analizado han sido las transacciones realizadas entre el EP y una empresa distinta, analiza la comercialización de productos, venta y arrendamiento, por parte del EP a una persona jurídica independiente, y la prestación de servicios.

Las conclusiones alcanzadas en este análisis teórico-práctico de ambas ficciones del EP, defienden que es completamente distinto considerar al EP como una empresa separada o como una empresa independiente. La distinción es absolutamente relevante, principalmente, porque mientras las relaciones internas se valoran a precio de coste sin que generen ningún beneficio para alguna de las partes, las operaciones internas deben valorarse en cumplimiento del ALS, como si se tratase de una transacción entre partes independientes.

El hecho de calificar un acuerdo interno de un modo u otro, repercute directamente en el cálculo de la base imponible, y por ende, en la determinación de los beneficios o pérdidas atribuibles a dicha parte de la empresa.

Así, desde la perspectiva de la empresa separada sólo se consideran como operaciones internas las actividades empresariales y funciones realizadas por el EP, mientras que el resto de acuerdos internos, tales como la utilización de un activo o capital, asumen la calificación de relación interna sin que deba asimilarse a compra-ventas ficticias o prestamos ficticios u otras asimilaciones ficticias.

Sin embargo, desde la ficción del EP como empresa independiente todos los acuerdos internos se califican como operaciones internas, lo cual en ocasiones exige además determinar si por ejemplo, el EP está actuando como arrendatario o propietario, cuestión que imposibilita aún más la aplicación de esta ficción.

Por ello, mientras los acuerdos internos entre el EP y otra parte de la empresa se limiten a la realización de actividades empresariales, tales por ejemplo como la prestación de servicios, el cálculo de la base imponible será coincidente desde ambas ficciones. Por contra, en cuanto se requiere la utilización de un activo, tangible o intangible, de capital u otros elementos que legalmente pertenecen a la empresa, la cuantificación de ingresos y gastos que determinan la base imponible del EP resulta divergente entre ambas ficciones.

Estas distinciones provocan que, ante escenarios idénticos exista un tratamiento jurídico-tributario diferente de la operación para ambas partes de la empresa. Además, esta

distinción no sólo se produce al hilo de las operaciones entre la CC y el EP, sino también en las operaciones entre dos establecimientos permanentes que la empresa posee en distintos Estados.

Estas diferencias pueden conllevar atribuciones asimétricas de ingresos y gastos, que deriva en una mayor o menor determinación de la base imponible del EP, dependiendo de situación concreta y de la ficción asumida respecto a la figura del EP.

De acuerdo con estas consideraciones, concluimos defendiendo que, desde la perspectiva del método directo, el marco jurídico-tributario de atribución de ingresos y gastos al EP responde a un sistema dual, compuesto por dos modalidades del método directo. Sin que en ningún caso, tal y como hemos explicado, los Comentarios incorporados en el MCOCDE 2008 impliquen un método distinto.

Desde la perspectiva del método directo, ambas redacciones responden a un método distinto. Un sistema dual derivado de la asignación de ingresos y gastos al EP de manera divergente. La última versión no representa una matización o aclaración del método directo sino que, de algún modo, supone la introducción una serie de factores, elementos o reglas que constituyen un nuevo enfoque. Así, dependiendo si el convenio aplicable contiene una redacción u otra, el resultado será distinto.

Como tratamos de demostrar, el resultado de estas diferencias repercute directamente en el cálculo de la base imponible del EP, pudiéndonos encontrar situaciones que un mismo escenario, caracterizado por operaciones internas y transacciones transnacionales, derive en atribuciones divergentes, y por ende en resultados distintos.

Ante esta situación este capítulo ha cuestionado si implica, o no, conflictos derivados de la vulneración de principios jurídico-tributarios.

De acuerdo con las conclusiones de esta cuestión, esta parte del trabajo considera que, no existe ningún conflicto por el hecho de que existan distintos métodos para determinar los beneficios o pérdidas del EP, pero siempre y cuando la utilización de uno u otro no implique un resultado distinto.

En el contexto del método directo, la existencia de un sistema dual está a expensas del cumplimiento del principio de no discriminación, que prohíbe el trato desfavorable de un EP respecto de una entidad residente en dicho Estado, y del principio de capacidad

económica, que trata de evitar que situaciones idénticas asuman una carga impositiva distinta.

En relación al principio de no discriminación entendemos que las atribuciones asimétricas de ingresos y gastos al EP, derivadas de la versión del método directo aplicada, no supone una vulneración de este principio.

En base a la redacción del art.24.3 MCOCDE 2010, no existe discriminación siempre y cuando el EP no sea tratado de manera menos favorable que la entidad residente. Por lo que la discriminación no se cuestiona desde la perspectiva de dos EPs, de distintas empresas no residentes, que realizan las mismas actividades empresariales en un mismo Estado

Esta misma situación debe analizarse desde el punto de vista del principio de capacidad económica. Así, una atribución asimétrica de ingresos y gastos a dos EPs localizados en un mismo Estado, que realizan operaciones similares, supone una vulneración de este principio porque asumen una carga tributaria distinta. En ningún caso la capacidad económica puede verse condicionada por el método aplicado para imputar los beneficios al EP sino que depende de las actividades empresariales realizadas por esta parte de la empresa.

Ante este escenario, esta parte del trabajo cuestiona la necesidad de consensuar un criterio internacional para atribuir los ingresos y gastos al EP. Establece la premisa que en todo momento hay que tener en cuenta la finalidad del art.7 MCOCDE y el objetivo del EP, para establecer una metodología adecuada y viable, entiendo que no es más que un mecanismo para este fin.

Con todo, esta parte de la investigación ha tratado de esclarecer y dilucidar el escenario complejo y difuso existente en materia de imputación de beneficios al EP. Caracterizado por la convivencia de dos modalidades de un sistema directo, que pone de manifiesto la carencia de un consenso unánime en esta práctica, que deriva en resultados asimétricos y divergentes, ante operaciones internas y transacciones transnacionales idénticas.

Este capítulo trata de demostrar las diferencias existentes entre ambos criterios, que asumen una ficción respecto el EP, y demuestra la preferencia del criterio de empresa separada, en lugar del criterio de independencia cuya consecución es inviable. No sólo desde el punto de vista de la finalidad del artículo 7 MC OCDE y el objetivo del

establecimiento permanente, sino también desde la perspectiva de la propia naturaleza jurídica de este instituto jurídico.

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA METODOLOGÍA DEL CRITERIO AUTORIZADO DE LA OCDE DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARTÍCULO 7.2 MCOCDE 2010.

1. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES AL HILO DE LA METODOLOGÍA DEL CRITERIO AUTORIZADO DE LA OCDE.

La finalidad del artículo 7 MCOCDE, independientemente de la versión del Modelo de Convenio OCDE, es repartir la potestad tributaria de los beneficios empresariales, y para ello, dependiendo de la versión del MCOCDE, establece unos métodos para determinar los beneficios empresariales atribuibles al EP⁴⁴⁷.

En este sentido, la nueva versión del art.7 MCOCDE, rechazó el método indirecto⁴⁴⁸ basado en el reparto de los beneficios entre las distintas partes de la empresa⁴⁴⁹, porque el Comité de Asuntos Fiscales de esta Organización Internacional entendía que no garantizaba un resultado acorde con el ALS⁴⁵⁰. Así, el art.7 MCOCDE 2010 sólo contempla el método directo, que en contra de la naturaleza jurídica de este instituto jurídico⁴⁵¹, asimila al EP un centro de imputación de rentas distinto e independiente⁴⁵² de la empresa a la que legalmente pertenece⁴⁵³.

La nueva redacción de este precepto, distinta de la versión anterior⁴⁵⁴, fue el resultado de un conjunto de borradores e informes redactados por la OCDE. Esta Organización lo

⁴⁴⁷ REIMER (2015b), p.477. PEREIRA (2009a), p.286.

⁴⁴⁸ *Caso 2 Afs 8.2014-174* (2015, Tribunal Supremo Administrativo, República Checa). El Tribunal desestimó el recurso interpuesto a un Tribunal de orden inferior por el contribuyente, una entidad residente en la República Checa (Johnson Control Strakonice, s.r.o.) que tenía un establecimiento permanente en Alemania, en relación a la determinación errónea de beneficios empresariales de acuerdo con el método indirecto, puesto que, en aplicación del Convenio para evitar la doble imposición entre República Checa y Alemania, el artículo 23 implicaba la deducibilidad de la posible doble imposición.

Por contra, *Caso 1 ST. 1999.207* (2001, Comisión de Apelación de Zúrich, Suiza). El supuesto versaba sobre una compañía Suiza (X. AG) que tenía un establecimiento permanente en Alemania. El Tribunal aceptó la determinación de los beneficios del EP determinados, en aplicación del artículo 7.4 Convenio Suiza-Alemania, mediante un método de reparto de beneficios.

⁴⁴⁹ GALERA PITA (2013), p. 32.

⁴⁵⁰ CMCOE10, art.7, par.41.

⁴⁵¹ SASSEVILLE; VANN (2014), p.8.

⁴⁵² CALLEJA CRESPO (2006), p.308.

⁴⁵³ AVI-YONAH (2007a), p.151. RUSSO (2004), p.477. MASTELLONE (2017), p.21.

⁴⁵⁴ Véase: “*Similitudes y diferencias inferidas de las distintas versiones del artículo 7 MCOCDE*”, Capítulo 2, punto 2.

denominó como el Criterio Autorizado OCDE y, supuestamente, desarrolló la metodología aplicable al mismo en el Informe OCDE 2010.

Debemos hacer un inciso y explicar que el art. 7.2 MCOCDE 2010 asume una ficción que asimila al EP a una empresa distinta e independiente. De acuerdo con los argumentos y razonamientos expuestos en el capítulo anterior, hemos concluido que dicha ficción ni es viable ni está en consonancia con la finalidad del art. 7 MCOCDE y con el objetivo del EP. Sin embargo, dejamos esta consideración al margen para no desviarnos del objeto de estudio de esta parte de la investigación.

Este capítulo, analiza la metodología propuesta por el Informe sobre atribución de beneficios empresariales al EP de la OCDE 2010 y valora críticamente si las propuestas formuladas en dicho documento *soft law* están, o no en consonancia con la redacción e interpretación inferida del artículo 7.2 MCOCDE 2010.

Como hemos explicado en el capítulo anterior, de la redacción del método directo en el art. 7.2 MCOCDE 2010 emanan dos ficciones. La metodología del AOA, desarrollada en el Informe OCDE 2010 se compone de dos fases. Parece que está en línea con la redacción del precepto porque ambas fases corresponden a las dos ficciones que emanan del precepto. Sin embargo, debemos valorar si la metodología planteada en el Informe OCDE 2010 está en consonancia, o no con la redacción e interpretación que se infiere del precepto.

La primera ficción que emana del precepto, a fin de asimilar el EP a una empresa distinta e independiente, trata de delimitar las funciones desarrolladas por el EP, los activos utilizados para ello y los riesgos asumidos por esta parte de la empresa.

No obstante, el Informe OCDE 2010, ante la carente capacidad para firmar contratos entre partes de una misma persona jurídica para delimitar las funciones que realiza el EP, los activos que utiliza y los riesgos que asume, así como para determinar la correspondiente retribución de las operaciones internas realizadas por el EP con otra parte de la empresa, consideró necesario adoptar como elemento de referencia las funciones realizadas por el EP⁴⁵⁵, en concreto, las funciones humanas sustantivas⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ VERLINDEN; LEDURE; DESSY (2016), p.109.

⁴⁵⁶ HUIBREGTSE; SCHMID; VAN DER VALK; SOOD (2015), p.3.

La OCDE, asimila esta índole de funciones con la toma de decisión y gestión realizada, día a día, por el personal de esta parte de la empresa. Consideraba que sólo éstas eran las funciones clave para atribuir los beneficios al EP⁴⁵⁷, porque ante la ausencia de un contrato, por medio de este elemento se podía inferir la conducta de cada una de las partes en referencia a los principios económicos que generalmente rigen las relaciones entre partes independientes⁴⁵⁸.

En este sentido, el trabajo cuestiona desde la perspectiva jurídica, y en atención a la redacción del precepto, si este término es adecuado, o si por el contrario se deben tener en cuenta todas las funciones realizadas por el EP.

En referencia con los activos utilizados por el EP, la redacción del precepto simplemente se limita a enunciar que hay que tener en cuenta los activos utilizados por el EP en el desarrollo de sus funciones.

Sin embargo, el Informe OCDE 2010 introduce el término de la propiedad económica, como alternativa a la propiedad legal que pertenece a la empresa en su totalidad. La OCDE equipara la asignación de la propiedad económica con la titularidad de la propiedad legal del activo, y trata al titular de la propiedad económica en las mismas condiciones a efectos tributarios.

El informe afirma que hay que tener en cuenta estas pautas para distinguir entre activos tangibles e intangibles⁴⁵⁹, y para determinar si el EP está actuando como propietario o como arrendador del activo⁴⁶⁰.

Esta asunción implica practicar una nueva asunción, que debemos valorar conforme a la interpretación del art.7.2 MCOCDE 2010, así como su conceptualización en el contexto jurídico-tributario.

El último elemento al que hace referencia la redacción del artículo 7.2 MC OCDE 2010 es el riesgo asumido por el EP. La asunción del riesgo derivado de las funciones realizadas

⁴⁵⁷ FLETCHER; KAY (2007a), p.17.

⁴⁵⁸ KAMPHUIS (2009), p.93

⁴⁵⁹ HELLRIEGEL (2006), p.2.

⁴⁶⁰ MAROTO SÁEZ (2016), p. 457.

por el EP se identifica con la incertidumbre de negocio⁴⁶¹, que puede materializarse en una pérdida económica o en un beneficio derivado de las funciones realizadas por el EP⁴⁶²

Ambos conceptos aparecen como elementos inherentes a las funciones realizadas por el EP⁴⁶³, y aunque sea la empresa en su totalidad la que desde el punto de vista legal asume el riesgo, en atención a la redacción del precepto, el EP debe ser tratado como si soportase directamente el riesgo derivado de las funciones que realiza⁴⁶⁴.

El informe OCDE 2010 también determina que este elemento depende de las funciones humanas sustantivas porque entiende que sólo éstas asumen un riesgo. Ante lo cual, este trabajo cuestiona si el método para delimitar el riesgo imputable al EP es adecuado, o no. Es decir, si sólo este tipo de funciones asumen riesgo, o si del precepto se infiere que hay que tener en cuenta todas las funciones para eso. También hay que valorar si, en contra de lo que el Informe OCDE 2010 entiende, el riesgo puede separarse de las funciones realizadas por el EP, o no.

El art.7.2 MCOCDE 2010 sólo detalla estos tres elementos para asimilar al EP como una empresa independiente, en cambio, el AOA también considera que a esta parte de la empresa hay que asignarle una cuantía económica suficiente para que desarrolle sus actividades económicas⁴⁶⁵. La OCDE identifica este concepto con el término de capital libre⁴⁶⁶, y explica en ningún caso debe asimilarse a un préstamo, pues no puede dar lugar al pago de un interés.

Esta parte del trabajo también cuestiona si la introducción de este concepto es conforme a la redacción del precepto, o si por el contrario supone una extralimitación de la metodología del informe OCDE 2010. Asimismo, cuestiona si este concepto está en consonancia con el criterio de empresa independiente, y si desde la perspectiva jurídica resulta adecuado y viable.

La segunda fase, tras la identificación de las operaciones internas, implica su valoración de acuerdo con el ALS⁴⁶⁷. Del texto del artículo emana esta premisa, sin embargo, el

⁴⁶¹ REIMER (2015b), p.518.

⁴⁶² JONES RODRIGUEZ (2016), p.401.

⁴⁶³ REIMER (2015b), p.518.

⁴⁶⁴ VANDERWOLK; SPRAGUE (2002/2003), p.22.

⁴⁶⁵ SCHWÄRZLER (2017), p.101.

⁴⁶⁶ RUSSO; MOERER (2017), p. 2.

⁴⁶⁷ VANDERWOLK; SPRAGUE (2003), p.22.

informe OCDE 2010 considera que para ello hay que aplicar por analogía las DPT OCDE. Así trata de asimilar el tratamiento de las operaciones internas con las transacciones⁴⁶⁸.

No obstante, como hemos explicado en los anteriores capítulos, a fin de no extralimitarse en el objeto de estudio planteado, este trabajo parte de la asunción que estas pautas desarrollan el ALS y resultan aplicables en el contexto del EP y los *dealings*. Cuestión que en todo caso, será abordada en siguientes investigaciones.

Con todo, esta parte del trabajo cuestiona si el AOA y la metodología, que supuestamente desarrolla el mismo, desarrollada en el Informe OCDE 2010 está, o no, en consonancia con la redacción e interpretación que se infiere del artículo 7.2 MCOCDE 2010. Este capítulo, toma como referencia la redacción del precepto en cuestión, y desde el punto de vista de la ficción del EP como una empresa distinta e independiente, analiza y valora críticamente tanto la metodología establecida por el AOA como el contenido de la misma.

2. LAS FUNCIONES REALIZADAS POR EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

2.1. Interpretación del término “funciones” ante la ausencia de una definición.

Antes de comenzar a analizar los conceptos y metodología propuestos en el informe OCDE 2010, creemos que es interesante delimitar el significado del término funciones, para posteriormente, valorar críticamente el concepto relativo a las funciones humanas sustantivas propuesto por la OCDE.

La doctrina internacional se encuentra dividida, algunos autores consideran el término debe delimitarse desde un punto de vista internacional porque desde un punto de vista doméstico, el concepto “función” y su tratamiento interno no es relevante en la esfera del art.7 MCOCDE⁴⁶⁹. Por contra, otros autores, afirman que resulta meritorio que un sistema tan complejo, como el arbitrado por la OCDE a través del nuevo art.7 MCOCDE 2010, requiera la adopción de interpretaciones, definiciones y medidas legislativas

⁴⁶⁸ HARRISON; WALSH (2016), p.59.

⁴⁶⁹ REIMER (2015b), p.517.

específicas e internas de los Estados que pretenden aplicarlo⁴⁷⁰, lo cual a nuestro parecer pasa por deslindar el significado de los elementos rectores.

En nuestra opinión, debemos otorgar la máxima importancia a su regulación en un plano internacional porque una definición precisa de los términos y una delimitación de la metodología e instrumentos internacionales ofrecería una mayor certeza y seguridad jurídica al contribuyente, lo cual también evitaría posibles conflictos con y entre Administraciones tributarias, así como situaciones caracterizadas por la doble imposición o tributaciones mínimas⁴⁷¹.

Tratando de ofrecer una definición del término, algún autor de la doctrina tributaria internacional ha matizado el concepto de función, discerniendo entre la relación imprescindible de la función y la tarea⁴⁷². El autor afirma que la función está compuesta por una o más tareas empresariales o de negocio y que éstas deben estar económicamente conectadas. Pues en el caso de que su actuación no sea efectivamente realizada debe ser conceptualmente separada de esa función, y asignarse a otra distinta o incluso constituir una nueva función ella misma. Por tanto, en ningún caso existe tarea sin función⁴⁷³.

Establece una relación de superioridad del término función sobre la tarea, entiende que la función es el producto definido y posterior a las tareas realizadas. Así la función, es el resultado final de un conjunto de tareas realizadas, que de manera independiente no tienen relevancia a nivel económico⁴⁷⁴.

El problema surge cuando una misma tarea o función, es compartida entre la entidad y su EP⁴⁷⁵. Ante lo cual, de acuerdo con el autor anterior debemos determinar las tareas que realiza el EP y valorarlas por separada, como si de una función se tratase.

Además, el informe OCDE 2010 distingue entre funciones sustantivas y auxiliares llevadas a cabo por el personal trabajador de la empresa⁴⁷⁶. Esta Organización asume que los beneficios empresariales del EP dependen, única y exclusivamente, de las funciones del primer grupo.

⁴⁷⁰ ARNOLD (2011b), p.10.

⁴⁷¹ LONGARTE CIFRIÁN (2011), p.431.

⁴⁷² Exactamente utiliza el término en inglés “*task*” y “*business task*”

⁴⁷³ REIMER (2015b), p.517.

⁴⁷⁴ REIMER (2015b), p.517.

⁴⁷⁵ THIES; ROMANO (2006), p.5.

⁴⁷⁶ BENNETT (2008), p.468.

El problema surge cuando la generación de los beneficios más importantes no requiere una toma activa de decisiones⁴⁷⁷, o requiere funciones de diversos tipos. Además, la OCDE, indirectamente considera que el valor de estas funciones está a expensas de las funciones realizadas por el resto de la empresa⁴⁷⁸.

Ante esta división de funciones, se suscita la cuestión de si las actividades de una empresa sólo se clasifican en estas dos categorías, o si existen más tipos pero éstos actúan como extremos. Desde nuestro punto de vista, opinamos que también debemos distinguir entre las actividades realizadas por el personal de la empresa y las actividades realizadas por medio de equipos automáticos, o lo que es lo mismo realizadas por medio de instrumentos electrónicos o informáticos⁴⁷⁹, por ejemplo un servidor⁴⁸⁰.

Pensamos que las funciones humanas pueden existir sin las otras pero no al revés, y cuestionamos si, en última instancia, las actividades realizadas por equipos informáticos requieren de una función. Puesto que, aunque el equipo informático o electrónico realice las funciones relativas al núcleo de la actividad, al menos debe existir una función humana de control y supervisión.

Tomando las funciones de control, a modo de ejemplo, cuestionamos si la división realizada por la OCDE respecto de las funciones humanas sustantivas y auxiliares actúa como extremo, y en ese caso entre ellos existen otro tipo de funciones, como las de control. En ese caso se suscita la cuestión referente a su importancia y valoración. O si la OCDE sólo comprende dichas funciones, y por tanto, cuestionamos la calificación que merece otorgar a las funciones de control, así como a cualquier otra que no sea considerada como una función sustantiva o auxiliar⁴⁸¹.

De acuerdo con estas ideas y argumentos expuestos, tratamos de resolver a las cuestiones planteadas mediante el análisis detallado del término funciones humanas sustantivas, propuesto como elemento principal de la metodología del AOA.

⁴⁷⁷ BLACK (2010b), p.59.

⁴⁷⁸ MALHERBE; DAENEN (2010), p.362.

⁴⁷⁹ La OCDE también se ha preocupado a lo largo del tiempo en estudiar el contexto de las transacciones electrónicas y el comercio on-line a fin de gravar los beneficios que serían atribuibles a un EP que estuviese envuelto en este contexto. Entre los diversos documentos que la OCDE ha publicado destacamos los siguientes: *OECD 2001 Attribution of Profits to PE involved in Electronic Commerce Transactions*; *OECD 2004 "Are the Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E- Commerce?"*.

⁴⁸⁰ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.62.

⁴⁸¹ SCHÖN (2014), p.290.

2.2. Las funciones humanas sustantivas.

No es inexistente la parte de la doctrina tributaria internacional que considera que la introducción del Criterio Autorizado OCDE ha provocado un incremento de la complejidad en el contexto de la atribución de beneficios empresariales al EP⁴⁸². No obstante, en nuestra opinión, el problema de la metodología propuesta al hilo del AOA no es tanto la complejidad en su aplicación como la inadecuación de los conceptos establecidos o la aplicación inviable desde el punto de vista del precepto.

La OCDE, para atribuir los ingresos y los gastos al EP, propone una metodología compuesta por las dos fases, que anteriormente hemos detallado⁴⁸³. Así, a fin de asimilar el EP a una empresa distinta e independiente⁴⁸⁴, trata de establecer un mecanismo para determinar las funciones realizadas por esta parte de la empresa⁴⁸⁵, los activos utilizados⁴⁸⁶ y los riesgos asumidos⁴⁸⁷, y también le asigna un capital (libre)⁴⁸⁸. Se asocian a éste los derechos y obligaciones derivados, tanto de las transacciones entre empresas independientes y la empresa de la que el EP forma parte, como de las “operaciones

⁴⁸² LINGIER (2015), p. 24; HEMMELRATH; KEPPEL (2013), p.42; SCHNITGER (2013), p.212. ROCHA (2017), pp.354-357.

⁴⁸³ WINSTCH (2017), p.345; BENNET, M. y RUSSO (2009), pp.73-74; PEREIRA (2009b), pp.372-373; BENNETT (2008), pp.467-469; JIMÉNEZ VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS (2016), p.27-29; CUEVAS OZIMICA (2011), pp.15-16; GÓMEZ JIMÉNEZ (2009), pp.136-150.

⁴⁸⁴ India- Galileo International Inc. v. Deputy Commissioner of Income Tax (2007, Tribunal de Apelación de Delhi, India). El contribuyente, Galileo International Inc., residente en Estados Unidos tenía un establecimiento permanente en la India. El Tribunal, en aplicación del Criterio Autorizado de la OCDE afirmó que la determinación de los beneficios empresariales del EP en la India debían determinarse en atención a las funciones realizadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por el EP. Aunque concluyó comparando las actividades que se llevaban a cabo por el EP en la India con las del resto de la empresa.

Por el contrario, *India-Virage Logic International v. ADIT* (2005, Tribunal de Apelación Fiscal de Delhi, India). Concluyó que de acuerdo con las autoridades fiscales la determinación de los beneficios al establecimiento permanente no era consistente con el artículo 7.2 del Convenio India-Estados Unidos. Aprovecha para explicar que la determinación de los beneficios al EP debe practicarse en consonancia con la ficción del EP como empresa independiente y de acuerdo con el criterio de plena competencia.

La anterior sentencia fue recurrida y, en desestimación el recurso se pronuncia la sentencia *India-Virage Logic International v. DDIT* (2016, Tribunal Supremo de Delhi, India).

⁴⁸⁵ Esta cuestión se aborda en este capítulo

⁴⁸⁶ Véase: “*Los activos utilizados por el establecimiento permanente y sus implicaciones fiscales*”, capítulo tercero, apartado cuarto,

⁴⁸⁷ Véase: “*Imputación de riesgos al establecimiento permanente*”, capítulo tercero, apartado quinto,

⁴⁸⁸ Véase: “*Asignación de capital al establecimiento permanente. Referencia especial al capital libre*”, capítulo tercero, apartado sexto,

internas⁴⁸⁹ que realiza el EP con otra parte de la empresa⁴⁹⁰, que deben valorarse en cumplimiento con el ALS⁴⁹¹.

Mediante este enfoque, la OCDE trató de alinear los principios concebidos para someter a gravamen a las operaciones a las empresas asociadas en el contexto de las operaciones entre la CC y el EP⁴⁹².

La OCDE, en relación con el denominado Criterio Autorizado decidió adoptar las funciones realizadas por el personal del EP como elemento principal del análisis funcional y factual. En concreto, ante la incapacidad de concluir contratos entre partes de la misma empresa, tomó las funciones humanas sustantivas como punto de referencia para asignar los activos y riesgos asumidos por el EP⁴⁹³.

El análisis funcional y factual, única y exclusivamente, valora las denominadas funciones humanas sustantivas porque considera que sólo éstas aportan valor en la generación de beneficios de la empresa. De modo que, aunque el EP realice funciones como las auxiliares, preparatorias u cualquier de otra índole, entiende que sólo las denominadas funciones humanas sustantivas resultan relevantes a efectos de calcular los beneficios empresariales atribuibles al EP.

No obstante, parece que la OCDE se contradice con este planteamiento, puesto que, considera que los beneficios (o pérdidas⁴⁹⁴) del EP⁴⁹⁵ son el resultado de todas sus actividades, comprendidas las operaciones con otras empresas no vinculadas, las operaciones con empresas vinculadas y las operaciones internas con otras partes de la empresa⁴⁹⁶, de modo que no sólo tiene en cuenta las funciones humanas sustantivas. Por ello, entendemos que, en el contexto del EP, no sólo hay que tener este tipo de funciones.

⁴⁸⁹ PETRUZZI; HOLZINGER (2017), p.269. DZIURDŹ (2014), pp.138-141.

⁴⁹⁰ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.21

⁴⁹¹ PETRUZZI; HOLZINGER (2017), pp.271-273.

⁴⁹² SCHNITGER (2013), p.213.

⁴⁹³ WITTENDORFF (2016), p.337.

⁴⁹⁴ *India – Star Diamond Company (Belgium) N.V. v. DDIT*, (2010, Tribunal de Apelación de Mumbai, India). El tribunal concluye que, en atención al artículo 7.2 India-Bélgica, es razonable permitir la imputación de pérdidas en las que ha incurrido el establecimiento permanente derivado de las funciones y actividades realizadas respecto a la importación y venta de diamantes en la India.

En la misma línea, *Caso No. 25.089* (1989, Tribunal Supremo, Holanda). El Tribunal sostuvo que, en atención al artículo 7.2 Holanda-Reino Unido, el contribuyente podía tener en cuenta las pérdidas para determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente.

⁴⁹⁵ Véase: “Interpretación de la regla del artículo 7.1 MCOCDE”, capítulo primero, apartado segundo.

⁴⁹⁶ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par. 17

La OCDE asocia este tipo de funciones con las actividades y responsabilidades del EP⁴⁹⁷, y después de identificar todas las funciones desarrolladas por el personal de la empresa, valora que importancia tienen en la generación de los beneficios de la empresa⁴⁹⁸. Lo cual dota de sentido a nuestra crítica formulada anteriormente que discrepa con el carácter dependiente que se pone de manifiesto al delimitar las funciones humanas sustantivas en base a las actividades económicas realizadas por la empresa en su totalidad. En favor de una perspectiva individualizada del EP, conclusión que se infiere tanto de la ficción del EP como empresa independiente como de la versión anterior que asimilaba al EP a una empresa separada.

En cualquier caso, de acuerdo con el criterio de empresa independiente, pensamos que el EP se debe tratar de manera independiente y autónoma al resto de la empresa. Es decir, la calificación de las actividades empresariales llevadas a cabo por el EP debe valorarse sin estar a expensas del resto de la empresa⁴⁹⁹.

Las funciones de la empresa, así como los activos utilizados o los riesgos asumidos no deben depender de las funciones realizadas por el resto de la empresa, sino que el EP debe ser tratado de manera separada a la empresa a la que legalmente pertenece. En cumplimiento con el criterio de empresa independiente, los elementos asignables al EP no deben quedar a expensas de un elemento comparativo⁵⁰⁰.

Por ello, entendemos que no es adecuado el planteamiento de la OCDE que, asocia este tipo de funciones con las actividades y responsabilidades del EP⁵⁰¹, y una vez ha identificado todas las funciones desarrolladas por el personal de la empresa, valora que importancia tienen en la generación de los beneficios⁵⁰². Por contra, desde la perspectiva del criterio de empresa independiente, consideramos inadecuado este carácter dependiente que se pone de manifiesto al delimitar las funciones humanas sustantivas en base a las actividades económicas realizadas por la empresa en su totalidad.

La OCDE se basa en una metodología que implica conocer las actividades que realiza la empresa en su totalidad, conocer las actividades que realizan las distintas partes de la

⁴⁹⁷ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par. 60.

⁴⁹⁸ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par. 62.

⁴⁹⁹ PIJL (2006a), p.31.

⁵⁰⁰ JIMÉNEZ VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS (2016), p.27.

⁵⁰¹ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par. 60.

⁵⁰² OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par. 62.

empresa para finalmente, primero identificar las funciones humanas sustantivas que realiza el EP, y segundo valorarlas.

Siguiendo nuestros argumentos este enfoque resulta complejo e inadecuado porque, por un lado, el contribuyente, que es el propio establecimiento permanente que está localizado en un Estado, ha de conocer el resto de actividades realizadas por la empresa. Por otro lado, las Administraciones tributarias pueden carecer de la capacidad y logísticas para comprender la actividad de la empresa en su totalidad, y así valorar las funciones del EP. Además, como hemos explicado, que el texto del precepto exige considerar al EP como una empresa directa e independiente, al margen de que este enfoque, más o menos viables y adecuado.

Con todo, pensamos que en contra de este enfoque global, es más oportuno y viable ceñirse a las funciones realizadas por el EP desde una perspectiva individualizada y valorar sus actividades ordinarias como si hubiesen sido realizadas por empresas distintas e independientes en el mercado. Además este planteamiento está en línea con la ficción del EP como una empresa independiente, teniendo en cuenta y valorando las funciones que realiza el EP de manera aislada, con independencia al resto de la empresa para determinar si dichas funciones suponen una mayor generación de valor, y por ende, son sustancialmente más o menos relevantes.

2.3. Valoración crítica (negativa) de las funciones humanas sustantivas.

Debido a la ausencia de una personalidad jurídica propia del EP, esta parte de la empresa carece de capacidad para firmar contratos con otra parte de la empresa. Ante este escenario, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE consideró oportuno introducir un nuevo concepto, como elemento de referencia del análisis funcional y factual, para delimitar las funciones, asignar los activos y determinar los riesgos asumidos por el EP, a fin de considerarlo como una entidad distinta e independiente.

Así, la OCDE introdujo el concepto de funciones humanas sustantivas. De acuerdo con la relación de causalidad entre la actividad empresarial y utilización de los activos⁵⁰³, esta Organización determinó las denominadas funciones sustantivas realizadas por el EP para

⁵⁰³ SCHÖN (2007), p.1065.

asignar la propiedad económica (no legal) de los activos y determinar los riesgos asumidos por esta parte de la empresa, y así formuló las funciones humanas sustantivas como el indicador clave del proceso de atribución de los beneficios al EP⁵⁰⁴. Así, trató de establecer un mecanismo que ante la ausencia de contratos pudiese deducir la conducta de cada una de las partes en referencia a los principios económicos que generalmente gobiernan las relaciones entre partes independientes⁵⁰⁵.

No obstante, tal y como hemos expuesto en la introducción de este capítulo, debemos de analizar este elemento y valorar si está, o no, en consonancia con la dicción que se infiere del precepto 7.2 MCOCDE 2010.

Esta interpretación propuesta por la OCDE restringe el enfoque de la redacción del precepto. El hecho de limitar a una determinada tipología la actividad empresarial del EP, suscita un cúmulo de cuestiones, entre las que destacamos no sólo la compatibilidad de la propuesta formulada con la redacción del artículo, sino también si deben tenerse en cuenta otros elementos que conllevaría a una mayor amplitud del enfoque adoptado.

En suma, este documento *soft law* del informe OCDE 2010, como anteriormente hemos expuesto, no ofrece una definición explícita del término sino simplemente pone de manifiesto indirectamente la relación de causalidad que existe entre esta índole de funciones y su relevancia en la generación de beneficios de la empresa⁵⁰⁶.

Es coherente pensar que la generación de beneficios está en conexión con la creación de valor. Cuanto más valor aportan a la empresa determinadas funciones, mayor parte del resultado positivo de la empresa se debe a esas funciones, y por tanto, más beneficios le corresponden a la parte que los realiza, porque teóricamente han recibido una retribución más elevada, aunque sea a precios de mercado.

No obstante, esta relación lógica no debe interpretarse como que sólo un tipo de funciones aportan valor para la empresa. Debido a que las funciones humanas sustantivas se tienen en cuenta porque crean valor para la empresa, cualquier otra función bajo ese mismo

⁵⁰⁴ FLETCHER; KAY (2007a), p.17.

⁵⁰⁵ KAMPHUIS (2009), p.93.

⁵⁰⁶OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.62.

razonamiento se entiende que también suponen una generación de valor para la empresa, y por consiguiente, también deben ser retribuidas⁵⁰⁷.

De acuerdo con la dicción del precepto en cuestión, defendemos nuestros argumentos delimitando este término, para valorar negativamente que el planteamiento propuesto por la OCDE es inadecuado.

Parte de la doctrina tributaria internacional entiende que la función, o como la propia OCDE describe en el contexto de las Directrices sobre Precios de Transferencia: las actividades y responsabilidades⁵⁰⁸, engloba al menos tres elementos que deben estar presentes para que no resulte incompleta⁵⁰⁹.

1º- Responsabilidad: Deber de realizar las funciones asignadas.

2º- Autoridad: Asignación de los poderes para la toma activa de decisiones.

3º- Competencia: Conocimiento y habilidades requeridas para realizar las tareas encomendadas.

En relación con la división de factores que componen la función, no dudamos en que puede resultar coherente conforme la organización estándar de las empresas, pero en nuestra opinión requiere algún matiz.

La autoridad en la toma de decisiones es cuestionable, en tanto en cuanto, no todas las funciones requieren tomar decisiones, o incluso tener autoridad sobre las decisiones que se toman, y no por ello dejan de aportar valor a la empresa. El EP puede realizar funciones derivadas de una simple limitación y acatamiento de instrucciones procedentes de otras partes de la empresa.

Las funciones de esta índole también deben valorarse, pues de lo contrario, podría darse la situación en la que una parte de una empresa localizada en un país tuviese autoridad le

⁵⁰⁷ Caso Hyundai Heavy Industries Co. Ltd. V. Commissioner of Income of Tax (2007, Tribunal Supremo, India). El contribuyente es la empresa coreana Hyundai Heavy Industries Co. Ltd., alcanzó un acuerdo con la empresa india Oil and Natural Gas Company of India Ltd., y además llevó a cabo una serie de actividades. Aunque el contribuyente consideró que no daban lugar a un EP, las autoridades fiscales indias consideraron que sí que existía un EP y que por tanto, dichas funciones relacionadas con el diseño, fabricación, obtención de materiales, etc... debían tenerse en cuenta y debían atribuirse al EP en India, para posteriormente ser valoradas y retribuidas. Con este fin el Tribunal Supremo de la India consideró que el 10% de los recibos relacionados con dichas actividades debían ser gravado en India.

⁵⁰⁸ OECD 2010 *Report on the transfer pricing aspects of business restructuring: Chapter IX of the transfer pricing guidelines*, par. 1.20.

⁵⁰⁹ KAMPHUIS (2008), p.302.

indicas al personal del EP las funciones que tiene que realizar y éstas ni siquiera se valorasen.

A modo de ilustración, podemos pensar en las funciones que realiza un comercial, que recibe instrucciones precisas de las funciones que tiene que realizar; zonas o áreas donde debe tratar de captar nuevos clientes, márgenes en las ofertas a ofrecer, catálogo de productos o servicios de venta, etc... También sería el caso de una empresa multinacional, con sede en un país desarrollado, que fabrica sus productos, en un país en vías de desarrollo, para aprovecharse del bajo coste de la mano de obra, pero que no toma ninguna decisión relativa a la inversión, productos a fabricar, maquinaria necesaria, etc... Así, podemos ejemplificar hasta el punto de reducir la actividad en el otro país a actividades puramente mecánicas o realizadas por equipos automáticos que no requieren mucho más que una simple supervisión del funcionamiento de la máquina.

Además, desde la perspectiva del EP como una empresa independiente, consideramos aún más oportuno entender que las distintas actividades pueden desglosarse a su vez en distintas funciones, por ello deben ser valoradas y retribuidas por separado.

Puede resultar que las funciones derivadas del acatamiento de unas instrucciones sean de carácter más ejecutorio, pero ello no exime que se requiera competencia en su realización, lo cual, con independencia de su importancia, significa que estas funciones también son necesarias. De modo que el hecho de que una función sea, más o menos, relevante puede impactar en su, mayor o menor, retribución a precios *at ALS*, pero no significa que no sea necesaria y que no aporte valor para la empresa.

Entendemos que la capacidad para tomar decisiones es un elemento clave en la distinción de las funciones humanas meramente ejecutorias y las funciones humanas con mayor relevancia, pero en todo caso ambas son consideradas funciones. Comprendemos que todas las funciones no son idénticas ni representan la misma necesidad o importancia para la empresa, pero ello no significa que no sean necesarias o que no aporten valor alguno a la empresa. Por ello, como parte de la doctrina internacional defiende, todas las funciones colaboran en el proceso de generación de valor⁵¹⁰.

⁵¹⁰ HELLRIEGEL (2006), p.86.

Es lógico que las funciones humanas sustantivas, intrínsecamente conectadas con el trabajo realizado por personas⁵¹¹, sean relevantes para la determinación de los activos utilizados y los riesgos asumidos por la parte de la empresa que las realiza⁵¹², pero ello no significa que sólo la realización de este tipo de funciones conlleve la asunción de un riesgo o la utilización de unos activos, porque en última instancia ello dependerá de la naturaleza de la actividad realizada, con independencia de la calificación de cada función.

También, la complejidad por determinar las funciones humanas sustantivas es un elemento para desestimar que sólo hay que tener en cuenta estas funciones.

Algún autor identifica que estas funciones son las verdaderas tomadoras de las decisiones empresariales y siempre son asumidas por el personal con un liderazgo alto en la organización⁵¹³. Por contra, otras personas consideran que estas funciones no son realizadas por personas con altos cargos en la organización⁵¹⁴. A su vez, la OCDE también tiene otra concepción distinta, principalmente defiende que la capacidad de decisión activa y de gestión concurren sobre todo a niveles inferiores al *senior management*⁵¹⁵.

Además, la identificación de estas funciones también depende del mercado o sector en el que realiza sus actividades el EP y su empresa residente en otro Estado. Puesto que, difícilmente, pueden coincidir, por ejemplo, las funciones de actividades de extracción petrolífera con las propias de la banca⁵¹⁶.

Ante todos estos inconvenientes, no es de extrañar que, tal y como afirma parte de la doctrina internacional, este modelo no refleja fielmente la creación de valor y actividad económica desarrollada a través del EP⁵¹⁷.

Teniendo en cuenta las ideas y argumentos expuestos sobre las funciones humanas sustantivas, a continuación pretendemos exponer por qué el término “funciones”, presente en la redacción del precepto, no tiene un enfoque tan restringido a la toma activa de decisiones y gestión. Así, en contra de la opinión de la OCDE, intentamos explicar que el Informe OCDE 2010 no ofrece una clara interpretación del art.7 MCOCDE 2010.

⁵¹¹ BARREIROS ROSALEM (2010), p.15.

⁵¹² NOUEL (2011), p.7.

⁵¹³ LONGARTE CIFRIÁN (2011), p.431.

⁵¹⁴ BERNALES SORIANO (2013), p.15.

⁵¹⁵ *OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.86

⁵¹⁶ *OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.18

⁵¹⁷ YUESHENG (2015), p.226.

Siguiendo los estudios realizadas por varios autores⁵¹⁸, observamos como la idea que tiene la OCDE de las funciones humanas sustantivas no se corresponde con el proceso que compone la toma activa de decisiones⁵¹⁹:

1º- Iniciación: *Brainstorming*; formulación de alternativas y posibilidades.

2º- Ratificación: Estrategia; elección entre las alternativas propuestas.

3º- Implementación: Táctica; Implementación de la estrategia escogida o decisión adoptada.

4º- Monitorización: Control; Monitorización de la implementación.

Estas cuatro etapas se agrupan en dos tipos de decisiones, por un lado las decisiones de gestión compuesta por las fases de iniciación e implementación, y por otro lado, las decisiones de control compuestas por las etapas de ratificación y monitorización.

Apoyado en una visión económica⁵²⁰ distingue una jerarquía en cuanto a los poderes en la toma de decisiones que va desde la descentralización⁵²¹ hasta la centralización⁵²², donde las primeras se asocian con las funciones de gestión del día a día y se caracterizan por requerir un conocimiento específico para realizar funciones concretas. Se trata de funciones que se realizan en los niveles más bajos u operativos, por y eso son funciones de gestión (iniciación e implementación). Mientras que las segundas, requieren una mayor coordinación y conocimiento general de la situación, la centralización se identifica con las decisiones de control (ratificación y monitorización) que se da en los niveles más altos de la empresa o senior.

Aunque hay que tener en cuenta que este enfoque se formula en relación a una empresa, por lo que, en cumplimiento con el artículo 7 del MCOCDE 2010, no debería de haber ningún inconveniente en analizar este proceso desde la perspectiva del EP como una empresa distinta e independiente.

De modo que, la idea que tiene la OCDE en lo relativo a las funciones humanas sustantivas, relacionadas con la toma activa de decisión y gestión llevada a cabo por la

⁵¹⁸ LAZEAR; GIBBS (2006), p.103. KAMPHUIS (2008), p.304.

⁵¹⁹ KAMPHUIS (2008), p.305.

⁵²⁰ BRICKLEY; SMITH; ZIMMERMAN (2007).

⁵²¹ HELLRIEGEL (2006), p.12.

⁵²² HELLRIEGEL (2006), p.140.

parte operativa de la empresa, no se cumple, al no abarcar todas las etapas del proceso. En concreto, la ratificación formaría parte de las decisiones de control en el contexto del EP, lo cual nos lleva a considerar que de un modo u otro al contexto del EP también le importa las decisiones de control y la OCDE no lo ha tenido en cuenta.

Ante este razonamiento, las funciones humanas sustantivas se localizaran en la parte de la empresa que realice ambas funciones, aunque pensamos que en ocasiones el hecho de que una misma parte de la empresa realice ambas funciones está complicado desde el punto de vista de que estas funciones pertenecen a grupos distintos; gestión y control. Es decir, es probable que estas funciones estén separadas y que, por lo tanto, las funciones humanas sustantivas deban ser asumidas por distintas partes de la misma empresa.

Esto conlleva establecer unos criterios para asignar la parte proporcional de la función humana sustantiva a cada parte de la empresa en relación a la generación de valor que, teóricamente supone cada función para la empresa. Con otras palabras, resulta indiferente la calificación de las funciones que realiza cada parte de la empresa, sino lo que importa es la valoración coherente a precios *at ALS* de cada actividad realizada por el EP⁵²³.

Este razonamiento enfatiza la postura que defendemos. De acuerdo con la distinción formulada anteriormente, que considera que las funciones de gestión (iniciación e implementación) se realizan por los niveles más bajos u operativos, mientras que las decisiones de control (ratificación e implementación) son realizadas por los niveles más altos de la empresa, indirectamente se está otorgando cierto grado de relevancia a las funciones de control que la OCDE no ha tenido en cuenta en el contexto del EP, ya que sólo se centran en la parte más baja u operativa.

Este planteamiento de la OCDE también es el resultado del problema que hemos expuesto al principio, ya que el enfoque de la OCDE en cierto modo se basa en un enfoque dependiente de las actividades que realiza la empresa, y en lugar de analizar desde la

⁵²³*India- Hyundai Rotem Company v. ADIT*, (2012, Tribunal de Apelación de Delhi, India). Una entidad residente en la República de Corea se asoció con una entidad japonesa para formalizar un contrato con Delhi Metro Rail Project, sobre el diseño y construcción parcial del metro en la India. Para ello establecieron una oficina en la India con carácter de establecimiento permanente que posteriormente debía retribuirse en atención a las funciones realizadas. La entidad extranjera demostró que había retribuido las actividades del EP a precios de mercado, para lo cual aportó un estudio de precios de transferencia. Las autoridades fiscales lo desestimaron, pero posteriormente, el Tribunal lo aceptó afirmando que no hay razón para desestimar la retribución al EP si demuestra que está de acuerdo con los precios de mercado, los cuales, tal y como se había demostrado en el estudio presentado.

perspectiva individual todas las funciones que realiza el EP, el cual puede llevar a cabo las mismas que una empresa independiente, califica las funciones desde un punto de vista global.

En esta línea, consideramos que el contexto del EP debe ser analizado individualmente, como si de una empresa independiente se tratase, por lo que el mismo puede desarrollar tanto funciones de decisión, como de gestión o control, incluso cualquier otra, sin distinguir entre niveles bajos o altos, pues ello, en última instancia, depende de las actividades realizadas. Es decir, de la realidad de las funciones realizadas por el personal del EP.

Así, como defiende parte de la doctrina internacional, la necesidad de basarse en la presencia física de las personas que realizan las funciones debilita la idea de las funciones humanas sustantivas y potencia el hecho de tener en cuenta otras funciones más allá de las funciones ejecutorias y la toma activa de decisiones del día a día⁵²⁴. Además, todo el riesgo no puede asignarse donde se localice el personal de la empresa y realice las funciones de carácter operativo porque esto daría lugar a resultados distintos y a que las empresas actuaran conforme a este esquema a fin de maximizar sus resultados fiscales⁵²⁵.

Así, entendemos que en el contexto del EP las funciones de control, al igual que el resto, también gozan de cierto grado de importancia, y la OCDE no las ha tenido en cuenta⁵²⁶. Por tanto, los activos que utiliza el EP y los riesgos que asume dependerán de las funciones que realiza, y no, única y exclusivamente, de un determinado tipo de funciones.

De todos modos, hemos de tener en cuenta que el escenario no es estático, el razonamiento está cambiando debido a los desarrollos tecnológicos que permiten de un modo rápido, sencillo y económico que el personal de los niveles altos de la empresa, también se involucren en las funciones del día a día de la empresa⁵²⁷. Parece que la evolución tiende hacia los sistemas más centralizados y menos descentralizados, dejando a los niveles inferiores de la empresa la realización de funciones puramente ejecutorias.

Esta tendencia, demuestra también que el planteamiento de la OCDE es inadecuado, porque según su enfoque, desde el método directo, si el EP sólo realiza funciones

⁵²⁴ SCHÖN (2014), p.290.

⁵²⁵ SCHÖN (2014), p.291.

⁵²⁶ Contra BARREIROS ROSALEM (2010), p.16.

⁵²⁷ KAMPHUIS (2008), p.306.

ejecutorias no se la atribuirían ningún beneficio o pérdida, lo cual es contrario a la figura legal del EP, que al menos obtiene los ingresos y gastos que derivan de las actividades que constituyen el propio EP.

Con todo, en este apartado hemos tratado de poner de manifiesto que el enfoque de la OCDE es demasiado restrictivo, y aunque unas funciones asuman una valoración mayor o menor a precios *at arm's length*, en todo caso hay que tener en cuenta y valorar todas las actividades empresariales realizadas por esta parte de la empresa.

2.3.1. Las funciones humanas sustantivas no abarcan las funciones de control.

En el apartado anterior hemos analizado que el Informe OCDE 2010 afirma que las funciones humanas comprenden desde las funciones de apoyo y auxiliares hasta las funciones sustantivas, y entiende que sólo éstas determinan la asignación de la potestad económica de los activos y la asunción de riesgos⁵²⁸. Siguiendo esta línea cuestionábamos si el planteamiento de la OCDE en relación con las funciones humanas sustantivas es adecuado, y cuestionábamos si existe algún tipo de funciones entre ambos tipos.

El Informe OCDE 2010 sólo enuncia estas dos, pero en nuestra opinión, el Informe entiende ambas funciones como extremos, y ello da lugar a que existan otras funciones. Puesto que, como hemos tratado de indicar, por ejemplo, las funciones de control no se corresponden ni con unas ni con otras.

En relación con el proceso expuesto anteriormente, respecto a la toma activa de decisiones, éste se dividía en dos tipos de decisiones, por un lado las “decisiones de gestión” compuesta por las fases de iniciación (primera) e implementación (tercera), y por otro lado, las “decisiones de control” compuestas por las etapas de ratificación (segunda) y monitorización (cuarta). La OCDE se refiere funciones humanas sustantivas como la toma activa de decisiones y gestión que se llevan a cabo en los niveles operativos inferiores al del *senior management*⁵²⁹, lo cual entendemos que no contemplan las funciones de monitorización y control de las actividades realizadas en el contexto del EP.

⁵²⁸ *OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.62.

⁵²⁹ HELLRIEGEL (2006), p.2.

Entendemos que en el contexto del EP, por un lado, da igual el nivel en el que se realicen las operaciones porque, tratando al EP como una empresa independiente, puede haber uno o varios niveles. Es decir, el EP no sólo responde a un nivel inferior en la empresa, por tanto, lo importante es determinar qué actividades realiza el EP con independencia del nivel en el que se realicen. Por otro lado, entendemos que las funciones de control no se encuadran dentro del significado del término funciones humanas sustantivas utilizado por la OCDE, por lo que es oportuno ampliar el contexto de las actividades que realiza el EP y tener en cuenta todos los posibles tipos.

Por consiguiente, deben tenerse en cuenta todas las actividades realizadas por el EP y valorarse de acuerdo con el ALS.

En concreto, pensamos que la OCDE no ha tenido en cuenta las funciones de control porque el EP puede llevar a cabo funciones de esta índole, sin embargo, no encajan en la definición de funciones humanas sustantivas ni en las de funciones auxiliares o preparatorias.

El control se ejerce sobre las funciones que realiza, y por tanto estas funciones tratan de controlar el riesgo derivado de las actividades empresariales llevadas a cabo por el EP. Así, siguiendo a parte de la doctrina internacional estas funciones existen cuando: i) existe capacidad de tomar decisiones sobre la aceptación o denegación de una oportunidad, ii) capacidad para decidir cómo responder ante dichos riesgos asociados a una oportunidad y iii) capacidad para asumir dichos riesgos⁵³⁰. De manera que, a nuestro entender, estas funciones no son abarcadas en la concepción del término de funciones sustantivas propuesto por la OCDE, porque teóricamente no forman parte de las funciones realizadas el día a día.

Con ello, opinamos que el planteamiento de la OCDE es demasiado restringido e inaplicable desde la perspectiva de la redacción del precepto y de la concepción de la figura del EP como una empresa independiente. Así, enfatizamos la necesidad de tener en cuenta no sólo las funciones de control sino cualquier otra actividad empresarial que realice el EP. Así, dependiendo de la actividad se le atribuirá un riesgo u otro, y se le asignarán los activos que haya utilizado para ello.

⁵³⁰ TRACANA (2017), pp.414-415.

Es coherente pensar que en muchas ocasiones las actividades están controladas en última instancia por puestos superiores a las que las realizan. Si pensamos que las funciones humanas sustantivas encajan mejor con las que se realizan el día a día, pues las tendremos presentes a la hora de asignar la propiedad económica de los activos y el riesgo, pero estas no tendrán por qué ser las únicas que puedan conllevar la asignación de activos y sobre todo riesgos.

Al principio del apartado hemos puesto de manifiesto la posibilidad de que entre las funciones de apoyo o auxiliares y las funciones sustantivas existiesen otras funciones, las funciones de control u otras de cualquier tipo. Después de nuestras explicaciones, llegamos a la conclusión de que hay que conocer todas las funciones que realiza el EP sin basarse en una perspectiva comparativa con la empresa en su totalidad, sino de manera independiente.

Así, del mismo modo que sucede con las funciones de control, también implica tener en consideración las funciones auxiliares o preparatorias realizadas por el EP. De esta manera, en base a todas las actividades empresariales realizadas por el EP delimitar qué riesgos conllevan y qué activos requieren para su realización.

Atendiendo a las funciones que realiza cada parte podemos entender cuáles son los activos que necesita para realizarlas y cuáles son los riesgos que asumen. Por ello, a no ser que las funciones humanas sustantivas gocen de un carácter muy amplio y contemplen funciones de todo tipo, cuestión que a luz de su definición no se cumple, podemos pensar que los distintos tipos de funciones pueden estar presentes en el contexto del EP. De modo que, los activos y riesgos se determinarán en atención a las mismas.

En conclusión, al hilo de los argumentos expuestos ponemos de manifiesto nuestra postura discrepante con el enfoque propuesto por la OCDE, de manera que no podemos adoptar la definición que ofrece la OCDE sobre el término funciones humanas sustantivas porque es demasiado restringido, ya que debemos tener en cuenta cualquier otro tipo de funciones que se realizan en el contexto del EP, porque todas ellas repercuten directamente no sólo en la determinación de los activos que utiliza el EP o los riesgos que asume, sino también en la determinación de los ingresos y gastos de esta parte de la empresa. Lo cual, influye directamente en la atribución de los beneficios empresariales al EP.

En la misma línea y bajo los mismos argumentos a continuación abordamos las funciones de apoyo o auxiliares, las cuales tampoco deben ser infravaloradas o ignoradas, y en todo caso, deben valorarse y retribuirse.

2.4. Las funciones auxiliares o preparatorias también deben tenerse en cuenta.

El informe de la OCDE distingue desde las funciones humanas de apoyo y auxiliares hasta las funciones humanas sustantivas pero sólo a estas últimas las determina como relevantes⁵³¹. Sin embargo no delimita unas con las otras, ni siquiera propone unos criterios para conocer si dicha actividad es una función de apoyo y auxiliar, o no. Ante esta carencia de parámetros, el Informe OCDE 2010 no deja más que la delimitación negativa como solución, entendiendo que una función de apoyo o auxiliar es aquella que no se considera sustantiva. Por consiguiente, implícitamente el Informe considera que las funciones de apoyo o auxiliares son aquellas cuya realización no conlleva una toma activa de decisiones de gestión y control.

Desde nuestra perspectiva, este discernimiento no es aplicable, porque tal y como hemos tratado de exponer, con independencia de lo que la OCDE considera como funciones humanas sustantivas, el EP puede realizar funciones cualquier tipo de funciones, otras que no se califiquen como funciones de toma activa de decisiones y gestión, y no por ello deben omitirse. Así, la asignación de activos y riesgos al EP no depende, única y exclusivamente de un tipo de EP sino de la actividad empresarial desarrollada⁵³².

Por contra, el Informe OCDE 2010 considera que las funciones auxiliares o preparatorias no representan ninguna aportación de valor para la empresa, por lo que la función no debe ser valorada, y por ende, tampoco retribuida.

El art.7.2 MCOCDE 2010 simplemente considera que hay que tener en cuenta las funciones desarrolladas por el EP, sin restringir el término a una determinada índole. Ciñéndonos a esta redacción el rechazo de la retribución de estas funciones si se realizan por separado, o el hecho de tenerlas en cuenta en la valoración de una función de la que forman parte, daría lugar a una interpretación arbitraria y parcial de las exigencias del

⁵³¹ *OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.62.

⁵³² PIJL (2011), p.302.

precepto. Lo cual, en última instancia, se consideraría como una interpretación inconexa y no derivada del precepto en cuestión.

Además el planteamiento de no considerar las funciones auxiliares o preparatorias también sería contrario al criterio de empresa independiente. Porque si entendemos dos empresas personas jurídicas distintas que operan entre sí, cualquier función que realice una en favor de la otra deberá valorarse, con independencia de su calificación o relevancia.

Por consiguiente, opinamos que en esta materia el informe también es inadecuado. La delimitación que este texto con carácter *soft law* formula desde una perspectiva negativa a través de la aceptación exclusiva de las funciones humanas sustantivas, no está en consonancia con las exigencias que emanan derivadas del precepto.

El planteamiento sería distinto si es la propia empresa residente en un Estado realiza en otro Estado funciones de esta índole sin que exista un EP existencia de un EP, porque en la medida en que no supera el umbral mínimo establecido en el artículo 5 MCOCDE, las pautas exigidas por el art. 7 MCOCDE 2010 no serían aplicables. Por contra, en cuanto las funciones son realizadas por un EP, tal y como hemos expuesto, resulta necesario, tenerlas en cuenta y valorarlas como una actividad que realiza el EP, o bien como una función accesoria a otra principal, pero que en todo caso hay que valorar.

2.4.1. Relación de las funciones auxiliares y preparatorias con el artículo 5.4 MCOCDE 2017.

En el plano internacional, el EP representa el umbral mínimo para que los beneficios empresariales obtenidos por una empresa no residente puedan ser sometidos a imposición en su Estado de situación⁵³³. En el ámbito convencional, el artículo 5 MCOCDE se encarga de conceptualizar las distintas modalidades de EPs, mientras que el artículo 7 MCOCDE distribuye la potestad tributaria de los beneficios empresariales y detalla la metodología para determinar los ingresos y gastos atribuibles⁵³⁴. Ambos preceptos mantienen una relación recíproca necesaria, las reglas materiales de tributación

⁵³³ ESCRIBANO LÓPEZ (2017), p.124.

⁵³⁴ REIMER (2015a), p.334.

establecidas en el art. 7 MCOCDE, de alguna forma, continúan las previstas en el artículo 5 MCOCDE y conforman la imposición del EP⁵³⁵.

Ante este planteamiento es incoherente y contradictorio pensar que desde la perspectiva del MCOCDE se permite que, una vez constituido el EP, sólo se graven en el mismo las rentas derivadas de un conjunto de actividades determinadas. Siendo estas actividades para la OCDE las funciones relativas a la toma activa de decisiones y gestión, que rechaza que las actividades de cualquier otra índole, como las auxiliares o preparatorias, deban ser valoradas o retribuidas.

No negamos que la retribución derivada de una función auxiliar o preparatoria, o el incremento de valor que pudieran aportar en conexión con otra función distinta, no sean elevado, pero no por ello dejan de ser necesarias.

La OCDE define estas funciones, desde la delimitación negativa, como aquellas que no son sustantivas. Sin embargo, tal y como hemos tratado de indicar, entendemos que dicha delimitación no es aplicable porque existen otro tipo de funciones que no son ni sustantivas ni auxiliares o preparatorias. Dicho con otras palabras, en base a la delimitación de la OCDE de las funciones humanas sustantivas, existen funciones que no se enmarcan en su definición, pero no por ello son consideradas como auxiliares o preparatorias.

Por ello, aunque resulte pertinente delimitar las funciones auxiliares o preparatorias, en última instancia, el resultado es el mismo porque éstas deben tenerse en cuenta a efectos de asignar los ingresos y gastos al EP.

En cualquier caso, para delimitar esta índole de funciones, pensamos que es oportuno ceñirnos al concepto convencional que establece el art. 5.4 MCOCDE 2017⁵³⁶. Aunque

⁵³⁵ CALDERÓN CARRERO (2015), p.139.

⁵³⁶ Art.5.4 MCOCDE 2017:

“4. Sin perjuicio de las disposiciones anteriores de este Artículo, el término "establecimiento permanente" no incluye:

- a) el uso de instalaciones con el único fin de almacenar, exhibir o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;
- b) el mantenimiento de un stock de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlos, exhibirlos o entregarlos;
- c) el mantenimiento de un stock de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de ser procesados por otra empresa;
- d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recopilar información para la empresa;

en relación con este precepto debemos distinguir dos escenarios, por un lado, si estas actividades son realizadas por una entidad no residente y no implican una superación del umbral mínimo del EP, no deberán ser valoradas en la medida en que no existe un EP⁵³⁷. Sin embargo, en tanto en cuanto estas actividades son realizadas por el propio EP pensamos que, de acuerdo con el criterio de empresa independiente, sí deben valorarse.

Este enfoque es distinto porque la clave está en si las actividades de esta índole han sido realizadas por la empresa no residente o por el establecimiento permanente que posee la empresa no residente.

Así, cumpliendo con la ficción establecida en el art.7.2 MCODE 2010 al asimilar al EP a una empresa independiente, consideramos que la retribución de estas actividades no depende de su generación de beneficios para la empresa, sino depende del precio *at arm's length* que dicha corresponda a dicha actividad. Por tanto, en contra de parte de la doctrina internacional, una actividad no es preparatoria porque no es esencial o significativa desde la perspectiva de la empresa⁵³⁸, sino porque su carácter es meramente accesorio desde el punto de vista de las actividades del EP.

Además, es lógico pensar que, en todo caso, cualquier actividad realizada por el EP genera valor, porque aunque no se consideren como actividades principales del núcleo económico del EP, son necesarias para el desarrollo de las principales, o al menos aportan sustancia y mejoran las actividades más relevantes, pues de lo contrario no tendría lógica realizarlas.

Por último, este planteamiento se enfatiza, aún más, desde la perspectiva de las de empresas independientes porque si esas actividades hubiesen sido subcontratadas a una empresa independiente tendrían que haberse retribuido aunque fuese a precios mínimos de mercado. Así, en cumplimiento con la redacción del precepto, asimilando el EP a una

e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar, para la empresa, cualquier otra actividad de carácter preparatorio o auxiliar;

f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios únicamente para cualquier combinación de actividades mencionadas en los subpárrafos a) a e), a condición de que la actividad general del lugar fijo de negocios resultante de esta combinación sea de carácter preparatorio o auxiliar, siempre que tal actividad o, en el caso del subpárrafo f), la actividad global del lugar de trabajo fijo sea de carácter preparatorio o auxiliar.

⁵³⁷ REIMER (2015a), p.305. ARNOLD (2015), p.6. BRAUNER (2014), p.16.

⁵³⁸ REIMER (2015a), p.305.

empresa distinta e independiente, resulta inviable rechazar la retribución de esas actividades. En cumplimiento con el ALS, éstas serán retribuidos a precios *at ALS*.

2.5. Conclusiones.

Esta parte del trabajo ha analizado el elemento principal de la metodología del AOA, y ha valorado si éste está, o no, en consonancia con la redacción e interpretación que se infiere del art.7.2 MCOCDE 2010.

Este elemento, denominado por la OCDE como las funciones humanas sustantivas responden a las funciones relacionadas con la toma activa de decisiones y gestión. Desde la perspectiva del término establecido en el precepto, pensamos que estas funciones implican una restricción que no está en línea.

La OCDE considera que sólo las funciones de esta índole determinan los activos utilizados por el EP y los riesgos asumidos. Asimismo, establece que sólo estas funciones generan valor para la empresa, y por tanto sólo hay que atribuir al EP los ingresos y gastos derivados de las mismas. Así, omite cualquier otra función que no esté enmarcada en este contexto.

La OCDE principalmente diferencia entre funciones humanas sustantivas y funciones humanas auxiliares o preparatorias. Consideramos que la OCDE está tratando de hacer una distinción, pero en realidad estas funciones actúan como extremos, es decir, pueden existir otras funciones que no se enmarquen en ninguno de estos grupos, y la OCDE ni siquiera lo ha tenido en cuenta.

La OCDE considera que las funciones humanas sustantivas son aquellas relacionadas con la toma activa de decisiones y gestión, sin embargo a raíz del proceso que hemos expuesto, hemos intentado explicar que las funciones de control no han sido tenidas en cuenta entre las funciones sustantivas, pero en cambio pueden ser realizadas por el EP.

Asimismo, la OCDE delimita, desde la perspectiva negativa, las funciones auxiliares y preparatorias, y considera que éstas no deben tenerse en cuenta porque no implican una generación de valor para la empresa.

En nuestra opinión, de acuerdo con el criterio de empresa distinta e independiente, consideramos que el enfoque de la OCDE es inadecuado por múltiples razones.

Pensamos que no está en línea con este criterio, el hecho de determinar la relevancia de unas funciones en base a las actividades realizadas por el resto de las partes de la unidad empresarial. Entendemos que el EP debe ser tratado de manera independiente y las funciones que realiza deben valorarse a precios *at ALS*.

Dicho con otras palabras, en última instancia debemos tener en cuenta todas las funciones realizada por el EP. Resulta innecesario calificarlas de un modo u otro, porque su valoración no está a expensas del resto de la empresa sino del ALS. Así, las funciones realizadas por el EP serán valoradas a un precio *at ALS* u otro, pero en todo caso no serán omitidas.

Del mismo modo, entendemos que los activos utilizados por el EP o los riesgos asumidos por esta parte de la empresa, no sólo dependen de las funciones humanas sustantivas sino de cualquier función realizada por el EP.

3. LOS ACTIVOS UTILIZADOS POR EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE Y SUS IMPLICACIONES FISCALES.

3.1. Interpretación del término activo desde la perspectiva del artículo 7.2 MCOCDDDE 2010.

Los activos, tangibles y/o intangibles, son elementos necesarios para el desarrollo de la actividad económica de una empresa, sin ellos, en la gran mayoría de los supuestos resultaría inviable realizar las funciones⁵³⁹. Por tanto, existe una relación directa entre las funciones de una entidad y los activos que requiere para llevarlas a cabo.

La utilización de los activos incide directamente en el desarrollo de la actividad empresarial, y por tanto en la obtención de los ingresos del EP. No obstante, los activos implican un gasto para la parte que los utiliza en la realización de sus funciones⁵⁴⁰.

⁵³⁹ HELLRIEGEL (2006), p.2.

⁵⁴⁰ VANN (2010a), p.334.

Desde la perspectiva jurídica los activos, tangibles e intangibles, pertenecen a la persona jurídica, y en el caso de que la entidad posea EPs en distintos Estados, con independencia de que los activos sean, o no, utilizados por distinta partes de la empresa, en todo caso la propiedad legal pertenece a toda las partes de la persona jurídica. Es decir, el activo pertenece legalmente a todas las partes de la unidad empresarial. Lo cual significa que cualquier otro planteamiento constituye una ficción para determinar el resultado imputable al EP⁵⁴¹.

No obstante, cuestión distinta es si los gastos derivados de un activo, deben imputarse a todas partes de la empresa por el mero hecho de ser consideradas como propietarias legales, o si deben imputarse sólo a la parte o partes que lo han utilizado.

El art.7.2 MCOCDE 2010 establece que a los efectos de asimilar al EP como una empresa distinta e independiente para determinar los beneficios o pérdidas atribuibles se deben tener en cuenta los activos utilizados por dicha parte de la empresa. Aunque la redacción del precepto no establece ninguna metodología para determinar el gasto que implica para el EP la utilización de un activo, la metodología establecida para ello debe estar en consonancia con la finalidad del artículo y el objetivo del EP.

Los CMCOE tampoco detallan unas pautas para determinar los activos que utiliza el EP y calcular el gasto que implican. Aunque éstos, indirectamente, se remiten al Informe OCDE 2010. Este documento de derecho en agraz sí que establece una metodología para determinar los activos, tangibles o intangibles, que pueden ser atribuidos al EP.

Esta parte del trabajo analiza dicha metodología propuesta en el Informe OCDE 2010, y valora si es adecuada y viable desde la perspectiva del art. 7.2 MCOCDE 2010, o si por el contrario no resulta apropiada y debemos pensar en otra alternativa.

En el contexto del EP y las operaciones internas con otras partes de la empresa, a diferencia del ámbito en el que actúan dos empresas distintas, no existen contratos u otros documentos para determinar la propiedad legal del activo y la forma legal en que cada una los utiliza⁵⁴². Por ello, aunque la OCDE considera que si existiesen los términos contractuales serían el punto de partida, lo esencial de cualquier transacción u operación

⁵⁴¹ GÓMEZ JIMÉNEZ (2009), p.139.

⁵⁴² TRACANA (2017), p.412.

interna, en el contexto de una misma empresa, son las funciones y actividades realizadas por cada parte⁵⁴³.

La OCDE 2010 no niega que, desde la perspectiva jurídica, la propiedad legal de los activos pertenece a la empresa en su totalidad, sin embargo, la OCDE dejó al margen este concepto, y en su lugar, introdujo el concepto de la propiedad económica como elemento esencial para determinar a efectos económicos la propiedad del activo. Así, estableció una metodología basada en un conjunto de pautas y criterios que, a su entender, cumplían con la exigencia derivada del art.7.2 MCOCDE⁵⁴⁴.

El Informe OCDE 2010, propuso una metodología que ignoraba por completo la carencia de la personalidad jurídica del EP y el concepto de la propiedad legal de los activos. En cambio, estableció una ficción, para asimilar al EP como propietario económico o arrendatario del activo que utiliza en el desarrollo de sus actividades empresariales. De este modo, la utilización de un activo se podía distinguir entre un acuerdo de costes⁵⁴⁵, un arrendamiento o una venta⁵⁴⁶.

La noción de propiedad económica se establece como criterio esencial para asignar al EP los activos utilizados, y el modo de uso de cada uno de ellos⁵⁴⁷. Éste es el elemento fundamental en el contexto de los activos utilizados por el EP⁵⁴⁸, que trataba de sustituir al concepto de la propiedad legal, para asignar la propiedad, a efectos económicos a una sola parte⁵⁴⁹.

De acuerdo con la idea de considerar al EP como propietario económico o arrendatario de un activo, la OCDE distingue entre los activos tangibles e intangibles, y estipula una serie de criterios para determinar bajo qué figura legal el EP está utilizando un activo.

⁵⁴³ HEGGMAR (2017), pp.264-265.

⁵⁴⁴ *OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to PE*, par. 18.

⁵⁴⁵ Caso No. IV III/75 (1977, Tribunal Económica, Alemania). El caso versa sobre una entidad residente en Alemania que transfiere activos al establecimiento permanente en Austria. Ante lo cual el Tribunal afirma que dicha transferencia de bienes implica que los mismos pasen al inventario del EP y se contabilicen, según corresponda, a precios de mercado o por su valor de coste, pero en ningún caso por una cuantía inferior.

⁵⁴⁶ RUSSO (2005b), pp.138-139.

⁵⁴⁷ NAVARRO IBARROLA (2016b) p.53.

⁵⁴⁸ RUSSO (2005b), pp.141-142.

⁵⁴⁹ HOOGERP (2009), p.397.

Así, determina si el EP utiliza un activo como propietario económico o si se le debe considerar como un arrendatario, pues los gastos imputables serán distintos⁵⁵⁰.

La metodología propuesta por la OCDE, que principalmente se restringe al contexto de los sectores no financieros⁵⁵¹, se rige por el concepto de las funciones humanas sustantivas como el elemento de referencia. En base a esta índole de funciones determina los activos que utiliza el EP en el desarrollo de sus actividades, y en atención al modo de utilización, a los hechos y las circunstancias, asigna, o no, la propiedad económica a una parte de la empresa u otra. Independientemente de que la propiedad legal perteneciese a la empresa en su totalidad⁵⁵².

Mediante la imposición de este planteamiento, el Informe OCDE 2010 rechazó una práctica que hasta ese momento era habitual, consistente en permitir que el contribuyente determinase qué parte de la empresa utiliza un activo determinado con la finalidad de imputarle los gastos que derivasen del mismo, pues consideraba que a pesar de que podía resultar simple y práctico podía acabar en situaciones abusivas⁵⁵³.

En nuestra opinión, el planteamiento de la OCDE presupone una interpretación del contenido del art. 7.2 MCOCDE que, cuanto menos, es cuestionable. El art.7.2 MCOCDE 2010 se remite única y exclusivamente al término “activos utilizados”, pero no hace distinción entre tangibles e intangibles.

La redacción del precepto, en ningún apartado, se remite al concepto de la propiedad económica, pues entendemos que este concepto directamente es desconocido desde la perspectiva jurídica y legal. Además, vincula el concepto de la propiedad económica con el de las funciones humanas sustantivas, término que en los anteriores apartados hemos explicado que debe ser rechazado al no estar en consonancia con la redacción del precepto en cuestión.

Teniendo en cuenta estas primera premisas, de manera coincidente con algún autor de la doctrina internacional, esta ficción no solo parece inadecuada sino también inviable⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ MAROTO SÁEZ (2016), p.457.

⁵⁵¹ SASSEVILLE; VANN (2014), p.56.

⁵⁵² OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.18.

⁵⁵³ BENNETT; RUSSO (2007), p.280.

⁵⁵⁴ VAN RAAD (2000), p.163.

No obstante, a continuación, analizamos con detalle la propuesta de la OCDE al hilo de las cuestiones formuladas.

3.2. Consideraciones generales del Informe OCDE 2010 en materia de asignación de activos al EP.

3.2.1. *Distinción entre activos tangibles e intangibles propuesta en el Informe OCDE 2010.*

El art.7.2 MCOCDE 2010 se limita a indicar que hay que tener en cuenta los activos utilizados por el EP, a efectos de considerarlo como una empresa distinta e independiente. Esta redacción no establece ninguna serie de pautas para distinguir entre activos tangibles o intangibles, ni tampoco estipula criterios para establecer si el EP está utilizando un activo de un modo u otro.

Esta ausencia de indicaciones nos lleva a cuestionar si, a fin de cumplir con las indicaciones del art.7 MCOCDE 2010, es necesario realizar estas distinciones. Puesto que, a nuestro entender, por un lado el EP siempre es propietario legal del activo que utiliza, y por otro lado, la redacción del texto establece que hay que tener en cuenta los activos que utiliza, lo cual debe interpretarse como que los criterios de utilización y dependencia de las funciones realizadas por el EP son suficientes para identificar los activos asignables a la EP.

Por contra, el Informe OCDE 2010 considera que, junto a la necesidad de establecer si el EP está utilizando un activo como propietario económico o arrendatario, también hay que determinar si el activo es tangible o intangible⁵⁵⁵. No obstante, a continuación, debemos valorar si dicha distinción es coherente y adecuada.

A priori, es lógico pensar que el activo deberá calificarse como un activo tangible o intangible dependiendo si el mismo es un bien físico, o no. Sin embargo, la OCDE exceptúa esta regla e indica que la propiedad inmobiliaria en los términos utilizados en el artículo 6 MCOCDE⁵⁵⁶ deberá considerarse como un activo tangible y se asignarán a la parte de la empresa que los utilice.

⁵⁵⁵ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.9.

⁵⁵⁶ Art.6 MCOCDE14:

De acuerdo con parte de la doctrina internacional, pensamos que esta distinción elaborada por la OCDE es inadecuada, ya que resulta incoherente asemejar un bien inmueble e intangible a los activos tangibles. Desde la perspectiva de la metodología del EP, simplemente tratamos de explicar esta práctica entendiendo que, mediante la inclusión de los bienes inmuebles en este grupo de activos, lo que pretende es evitar la deducción de un teórico alquiler derivado de la consideración del EP como arrendatario, en lugar de como el propietario del activo. Puesto que, estableciendo el criterio de utilización el EP pasaría de arrendatario a propietario del bien, lo que implicaba que en vez de deducirse un gasto nocial por arrendamiento sólo se deducía una renta menor en concepto de amortización, que a diferencia del arrendamiento, la imputación del gasto al EP se efectuaría sobre el valor histórico del edificio sin tener en cuenta el valor del suelo⁵⁵⁷.

Así, la delimitación que formula el Informe OCDE 2010 respecto a los activos intangibles no está en línea con la metodología establecida. La OCDE delimita los activos intangibles desde una perspectiva negativa, entendiendo que todo aquello que no es un bien tangible debe considerarse como un activo intangible. Sin embargo, tras la consideración de un bien inmueble en el grupo de activos tangibles este criterio pierde hasta su coherencia.

En definitiva, entendemos que la distinción entre activos tangibles e intangibles no es adecuada ni coherente ni siquiera con los criterios establecidos por la OCDE. De todos modos, opinamos que esta distinción es innecesaria porque, desde nuestro punto de vista, el criterio de utilización resulta aplicable a los activos, con independencia de su carácter

“1. rentas que un residente de un Estado contratante obtenga de la propiedad inmobiliaria (incluidas las rentas de explotaciones agrícolas o forestales) situada en el otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. La “propiedad inmobiliaria” tendrá el significado que le atribuya el derecho del Estado contratante en que la propiedad en cuestión esté situada. Dicha expresión comprende en todo caso la propiedad accesoria a la propiedad inmobiliaria, el ganado y el equipo utilizado en las explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que sean aplicables las disposiciones de derecho privado relativas a los bienes raíces, el usufructo de la propiedad inmobiliaria y el derecho a percibir pagos fijos o variables en contraprestación por la explotación, o la concesión de la explotación, de yacimientos minerales, fuentes y otros recursos naturales; los buques, aeronaves y embarcaciones no tendrán la consideración de propiedad inmobiliaria.

3. Las disposiciones del apartado 1 son aplicables a las rentas derivadas de la utilización directa, el arrendamiento o la aparcería, así como de cualquier otra forma de explotación de la propiedad inmobiliaria.

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 3 se aplican igualmente a las rentas derivadas de la propiedad inmobiliaria de una empresa.”

⁵⁵⁷ SASSEVILLE; VANN (2014), p.56.

tangible o intangible, puesto que de acuerdo con el precepto sólo hay que tener en cuenta los activos utilizados por el EP en el desarrollo de su actividad empresarial.

3.2.2. *El criterio de utilización está en consonancia con el artículo 7.2 MCOCDE 2010.*

Al hilo del apartado anterior, a continuación observamos las propuestas de la OCDE para distinguir ambos tipos de activos y los criterios estipulados para asignar cada una de ellos al EP, determinando a su vez si éste los utiliza a modo de propietario económico o arrendatario. Valoramos críticamente si resultan adecuados, viables y conformes con el art.7.2 MCOCDE 2010, los criterios establecidos por el Informe OCDE 2010 para asignación los activos tangibles a una parte de la empresa.

En este sentido la OCDE entiende que los activos tangibles deben asignarse a una parte de la empresa de acuerdo con el criterio o lugar de utilización⁵⁵⁸, y los activos intangibles deben asignarse en base a las funciones humanas sustantivas⁵⁵⁹.

En lo relativo a los activos tangibles, la OCDE llegó a la conclusión de que el único criterio válido para asignar la propiedad económica del activo tangible debía ser el lugar o criterio de utilización. Es decir, el uso del activo por una determinada parte de la empresa en el desarrollo y realización de sus actividades económicas⁵⁶⁰.

En relación con los activos intangibles, la OCDE determinó que la propiedad económica debía asignarse a la parte de la empresa que lleva a cabo las denominadas funciones humanas sustantivas⁵⁶¹.

En el contexto de los activos intangibles la dificultad se intensifica porque los avances tecnológicos son utilizados para elaborar planificaciones fiscales con empresas multinacionales, que diversifican su presencia y actividades a lo largo de varios países. Lo cual dificulta la identificación de las denominadas funciones humanas sustantivas y para concretar las actividades que realiza cada una de las partes de una misma empresa.

⁵⁵⁸OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.75.

⁵⁵⁹ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.85.

⁵⁶⁰ BENNET; RUSSO (2007), p.281.

⁵⁶¹ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.75.

La dificultad para identificar las funciones de esta índole también se enfatiza cuando un activo intangible no ha sido creado por una sola parte de la empresa. Cuando este activo es producto de múltiples funciones, llevadas a cabo por diversas partes de una misma empresa surge un reto para valorar adecuadamente la relevancia que cada una de las funciones supone en relación con el bien intangible.

Además, esta tarea es aún más compleja para las Administraciones tributarias que para el propio contribuyente. Éstas deben cumplir con la costosa tarea de calcular las rentas que generan los activos intangibles en su totalidad e identificar las funciones principales que generan valor a fin de alinearlas con la imputación de los beneficios⁵⁶².

La OCDE considera que sus pautas establecidas, basadas principalmente en la identificación de las funciones humanas sustantivas, es adecuado y suficiente para lidiar con este enmarañado escenario⁵⁶³. La OCDE consideró que este criterio era más adecuado que el criterio de utilización y localización para determinar que parte de la empresa poseía la propiedad económica del activo.

En nuestra opinión, no sólo la distinción propuesta por la OCDE entre activo tangible e intangible es completamente innecesaria, sino que, como ya hemos comentado en apartados anteriores, el propio criterio de la propiedad económica es inadecuado y desconocido desde la perspectiva jurídica y legal.

En todo caso, consideramos que no es necesario distinguir entre ambas modalidades porque el elemento relevante es la utilización del activo para realizar las actividades económicas del EP. Con independencia de si las funciones que realiza el EP exigen la utilización de un activo material o un activo intangible, lo fundamental es determinar los activos que requiere para desarrollar su actividad empresarial.

Además, como hemos comentado en el capítulo anterior la ficción de empresa independiente resulta inadecuada porque teniendo en cuenta esta ficción implica la creación de nuevas operaciones internas ficticias. La asignación de la propiedad económica, aparte que resulta inadecuada desde la perspectiva jurídica y legal, implica la creación de como compra-ventas o arrendamientos ficticios. Entendemos que de acuerdo

⁵⁶² HEGGMAIR (2017), p.264.

⁵⁶³ CHAMBERLAIN; TURLEY (2015), p.10.

a la finalidad del art. 7 MCOCDE, no hay razón para crear nuevas operaciones internas ficticias, más allá de las referentes a las actividades empresariales que realiza el EP⁵⁶⁴.

Por consiguiente, entendemos que el criterio de utilización es adecuado en tanto en cuanto se basa en un hecho cierto e identificable, que no es otro que la utilización del activo para llevar a cabo sus actividades. Además, como más adelante intentamos poner de manifiesto, es aplicable tanto en el contexto de los activos tangibles como intangibles.

Hay que tener en cuenta que el criterio de utilización no es similar al criterio de localización, ya que lo relevante no es dónde está localizado el EP sino qué parte de la empresa está haciendo uso del mismo. Por lo que, el planteamiento de la OCDE 2010 para los activos tangibles sólo será óptimo cuando ambos sean coincidentes.

También rechazamos el criterio para asignar los activos basados en las funciones humanas sustantivas porque, tal y como venimos exponiendo desde el inicio de este capítulo, este planteamiento resulta incompleto. No sólo no compartimos la idea de que únicamente hay que tener en cuenta un tipo de funciones, sino también porque entendemos que cualquier otra índole de funciones, a pesar de que puedan resultar menos relevantes para la empresa, también deben ser tenidas en cuenta y éstas pueden requerir la utilización de activos para ser llevadas a cabo. Además de las dificultades que hemos expuesto para identificar las funciones humanas sustantivas, en multitud de empresas, sobre todo, multinacionales.

La OCDE considera correcto su planteamiento porque entiende que sólo hay que tener en cuenta las funciones humanas sustantivas, pero en la medida en que hemos intentado poner de manifiesto en el bloque anterior que todas las funciones aportan valor a la empresa, y por ello deben ser tenidas en cuenta, también hay que precisar que estas requieren de la utilización de activos para llevarse a cabo⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ MÜLLER (2017),

⁵⁶⁵ WILKIE (2012a), p.236.

3.2.2.1. *El tratamiento del EP como propietario económico o arrendatario no está en consonancia con el criterio de empresa independiente.*

La redacción del precepto en cuestión obliga a asimilar al EP como una empresa distinta e independiente. Sin embargo, desde la perspectiva del Informe OCDE 2010 se debe determinar a efectos del EP los activos que utiliza y bajo qué figura legal utiliza dichos activos, si como propietario económico o como arrendatario. Lo cual, debe ser analizado y valorado tanto desde el punto de vista de la adecuación como de la viabilidad.

Así, el hecho de considerar al EP como un propietario económico o como un arrendatario implica una que dicha parte de la empresa puede estar comprando o arrendando un activo, tangible o intangible. No obstante, como ya indicamos en los apartados anteriores, esta cuestión no es adecuada desde la perspectiva legal, pues en todo caso, la propiedad legal pertenece a la empresa residente como un todo.

Esta metodología no es coherente con las limitaciones que presente la naturaleza jurídica del establecimiento permanente, ni con la finalidad del artículo en cuestión. El planteamiento de la OCDE implica incrementar el número de *dealings* entre el EP y otras partes de la empresa, cuando en realidad los *dealings* derivan de las funciones que realiza cada parte y no de la utilización de los activos que requiere para llevar a cabo las actividades empresariales.

Por ello, pensamos que el Informe de la OCDE 2010 establece una metodología que se extralimita de la figura legal del EP al considerar como *dealing* cualquier relación interna con otra parte de la empresa que implique la utilización de un activo. Puesto que, por el mero hecho de utilizar un activo el EP se convierte en un comprador o arrendatario, a efectos tributarios, de su propio activo. Lo cual repercute directamente en el resultado de su base imponible.

No obstante, puestos a practicar dicha ficción sobre el establecimiento permanente, el hecho de considerarlo como una empresa distinta e independiente obliga abarcar todas las posibilidades que de ella derivan en cuanto a la utilización de un activo se refiere.

En este sentido, el Informe OCDE 2010, simplemente estipula que el EP puede ser asimilado o bien al propietario económico del activo, o bien a un arrendatario, y ni siquiera formula un inciso en relación a otras posibles figuras legales que un determinado

ordenamiento jurídico interno de una jurisdicción puede contemplar respecto a la utilización de un activo, y que a sus vez conllevaría distintas consecuencias e implicaciones fiscales.

Por consiguiente, no sólo es que la ficción del EP como una empresa distinta e independiente en el contexto de los activos pueda resultar inadecuada, en tanto en cuanto, ignora por completo las limitaciones de la naturaleza jurídica de dicho instituto jurídico y la propiedad que éste ya posee respecto al activo. Sino que, en todo caso, simplemente ofrece una ficción parcial al no contemplar todas las alternativas.

Todo ello, nos lleva a cuestionar la adecuación de esta ficción en el contexto del artículo 7 MC OCDE 2010, puesto que consideramos que ni es viable ni adecuada y, en todo caso, se incumple. Ante lo cual, creemos que existen otras planteamientos más coherentes con la finalidad del art. 7 MCOCDE y el objetivo del EP.

3.3. Análisis detallado de la metodología del Criterio Autorizado OCDE para asignar los activos al establecimiento permanente.

De acuerdo con las ideas y argumentos expuestos en los apartados anteriores, entendemos que, a diferencia del Informe OCDE 2010, no es necesaria practicar una distinción entre los activos tangibles e intangibles para determinar qué activos utiliza el EP en el desarrollo de sus funciones.

Asimismo, de acuerdo con el objetivo del EP y la finalidad del art. 7 MCOCDE, entendemos que el concepto de la propiedad económica no es adecuado desde la perspectiva jurídica y legal. Por ello, no debemos considerar al EP como propietario económico o arrendatario⁵⁶⁶, sino como propietario legal del activo que utiliza. La consideración del EP como empresa independiente no es adecuada, pero en todo caso, el Informe OCDE 2010 tampoco establece una metodología en consonancia con este concepto.

Tanto si estamos ante un activo tangible o un activo intangible, la metodología establecida por el Informe de la OCDE 2010 para considerar a efectos tributarios al EP como propietario o arrendatario del activo debe ser valorada teniendo en cuenta las

⁵⁶⁶ WILKIE (2012a), p.225.

características propias de cada activo. Así, a efectos de imputar los gastos al EP derivados de la utilización de un activo, distinguimos si el mismo ya formaba parte del patrimonio de la empresa, o si estamos ante un activo que ha sido creado o fabricado por distintas partes de la empresa, o si se trata de un activo que ha sido adquirido expresamente a una tercera persona jurídica independiente⁵⁶⁷.

El Informe OCDE 2010 no formula esta distinción pero a nuestro entender es fundamental ya que un EP puede utilizar un activo que se encuentre enmarcado en un supuesto o en otro, y por ello debemos analizar si la metodología propuesta es aplicable, o no, en cada uno de estos escenarios.

En cada uno de estos tres grupos debemos valorar si la propuesta establecida por el Informe OCDE 2010 es adecuada, o no, para determinar si el EP está actuando como si fuera el propietario único del activo desde la perspectiva tributaria, o si se asemeja a un arrendatario que simplemente hace uso del mismo.

- Activo adquirido a una tercera persona jurídica independiente: Debemos valorar si el enfoque más coherente y adecuado es la alternativa propuesta por el Informe OCDE 2010, distinguiendo si el EP es el propietario económico o arrendatario del mismo, o si por el contrario es más adecuado calificar al EP como propietario legal del activo, asignándole un gasto de acuerdo con el criterio de utilización.

En este supuesto, cuando estamos ante un arrendamiento, sí que es posible considerar al EP bajo esta figura legal, ya que en realidad no ostenta la propiedad legal. En ese caso, la cuantía imputada del gasto puede resultar distinta.

Por ejemplo, sería el caso cuando el EP realiza una actividad económica que requiere de una maquinaria específica que la empresa no posee. En el caso de que la empresa compre la máquina a una empresa jurídica independiente la OCDE propone que, o bien el EP actúa como arrendatario y es la propia empresa la que la adquiere, y supuestamente se lo arrienda, o sino, directamente el EP se convierte en propietario económico de la misma y en todo caso si puntualmente la utiliza otra parte de la empresa éste actuará como arrendador.

⁵⁶⁷ VANN (2010b), p.164.

- Activo propiedad de la empresa: Este supuesto trata sobre la utilización de un activo, que pertenece legalmente a la empresa en su totalidad y que el EP utiliza para el desarrollo de sus funciones y actividades.

Debemos valorar la metodología establecida por el Informe OCDE 2010 que, omitiendo la propiedad legal del activo, considera al EP como el propietario económico del bien o como si fuese un arrendatario según el modo de utilización del mismo.

Al amparado de la persona jurídica independiente, no sólo se crean operaciones internas derivadas de la utilización de un activo cuya propiedad legal también pertenece a la empresa sino que de éstas derivan en continuos pagos nocionales que repercuten directamente, de un modo u otro, en las bases imponibles de ambas partes. Cuando en realidad no existen unas funciones o actividades realizadas por una parte de la empresa en favor de otra, puesto que el mero hecho de utilizar un activo genera un pago nocional sin ni siquiera ser la actividad empresarial de ninguna parte de la empresa.

Por ejemplo, en ese contexto se enmarcaría varios supuestos. La cesión de una maquinaria parte de la CC al EP para que éste desarrolle sus actividades económicas, adquiriéndose como arrendatario si se utiliza por un determinado periodo de tiempo o se utiliza por más partes de la empresa, o adquiriéndose como propietario asimilado a una compra venta en caso de utilización continuada y exclusiva por parte del EP. Asimismo, en este último supuesto se encontraría cuando el EP adquiere de su CC una materia prima o un activo para su posterior venta a una tercera parte.

- Activo en proceso de creación o fabricación por la empresa: En este caso, el activo no responde a un activo finalizado o acabado, sino que se trata de un activo que está en proceso de creación o fabricación que bien es llevado a cabo por una parte de la empresa o por varias.

También debemos sopesar el hecho de ceñirse a la realidad y sopesar al EP como propietario legal del bien cuyo gasto será imputado en atención a su utilización y cada parte retribuirá las funciones que otra ha realizado pero no el activo en sí, ya que en última instancia también será propietario del mismo, por lo que una parte no tiene por qué asumir el pago bajo este concepto, y la otra parte, no tiene por qué recibir rentas puede recibir rentas nocionales en concepto de las funciones realizadas pero no base a una venta o arrendamiento ficticio.

Es decir, el activo en sí, el material que se está utilizando y convirtiendo en el activo final no debe conllevar que cada fase que realiza cada parte de la empresa responde a una venta ficticia remunerada bajo el ALS, y tampoco podemos considerar al EP como arrendatario de dicho activo porque no es posible. Por lo que, consideramos que cada parte debe valorar las funciones realizadas sobre el activo que está siendo creado o fabricado y posteriormente se remunerará a precios *at ALS*.

En definitiva, en cada uno de los distintos escenarios debemos analizar y valorar si resulta adecuada la metodología establecida en el Informe OCDE 2010 para asignar un activo a un EP es viable y adecuado, o si debemos proponer alguna alternativa al respecto.

3.4. Activos tangibles: Valoración de los criterios propuestos en el Informe OCDE 2010.

El AOA estipula el criterio de localización y utilización como elemento para determinar la propiedad económica de los activos tangibles –y los bienes inmuebles- entre partes de una misma empresa⁵⁶⁸. Entiende que este elemento es determinante para considerar al EP como propietario económico o arrendatario.

A nuestro parecer, siguiendo los razonamientos que hemos expuestos anteriormente, esta propuesta no es coherente ni con el planteamiento del Informe OCDE 2010, ni con la naturaleza del bien, ya que también incluye los bienes inmuebles en el grupo de los activos tangibles. Tampoco tiene cabida el concepto de la propiedad económica a fin de asimilar el EP a un propietario legal o arrendatario, a efectos única y exclusivamente tributarios.

Por contra, consideramos acertado tomar como referencia el criterio de utilización propuesto por el Informe OCDE 2010 para que, desde la perspectiva que refleja la realidad, considerando al EP como propietario legal de un activo, podamos imputarle los gastos derivados del mismo.

En cambio, pensamos que no es adecuado el criterio de localización porque, el mero hecho de que el activo esté localizado en un territorio no justifica que el EP lo esté utilizando. Así, también evitamos que ciertas planificaciones fiscales traten de asignar

⁵⁶⁸ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.75.

activos al EP por el mero hecho de que están localizados en el mismo Estado, sin que en ningún caso sean utilizados por esta parte de la empresa.

El informe OCDE 2010 estipula que cuando el EP sea considerado como propietario de un activo tangible tendrá derecho a deducirse, en concepto de amortización, la depreciación efectiva que sufran los distintos elementos por funcionamiento, uso, disfrute u obsolescencia. En cambio, si el EP es considerado como arrendatario, simplemente tendrá derecho a deducirse el supuesto pago asumido para la utilización de un activo determinado⁵⁶⁹, aunque ello no siempre implica que la otra parte deba imputarse una renta nocial⁵⁷⁰. En ambos casos, las amortizaciones y pagos por utilización⁵⁷¹, figurarán como gasto del EP y reducirán los ingresos para calcular su base imponible⁵⁷².

La importancia de determinar la postura que el EP ocupa en relación con un activo en cuestión se debe a su repercusión en la base imponible del EP, en concepto de gasto o amortización⁵⁷³, y por ende en la determinación de los beneficios empresariales del EP.

No obstante, el Informe no detalla elementos o factores determinantes para delimitar si el EP ocupa una postura u otra respecto a un activo determinado, simplemente afirma que la permanencia, es decir la utilización temporal o permanente, es un factor relevante para determinar si el EP debe ser tratado como propietario o arrendatario del activo.

En nuestra opinión, como hemos indicado, el planteamiento formulado por la OCDE no debe asimilar el criterio de localización del EP con el criterio de utilización porque puede resultar que en ocasiones no coincida, o que el activo esté localizado en un determinado territorio pero no sea utilizado por el EP. Por ello, debemos otorgar preferencia al enfoque que defendemos, basado en el criterio de utilización para el desarrollo de las funciones y actividades del EP.

Además, el criterio de localización formulado por la OCDE también es poco práctico cuando se trata de un activo que se utiliza por diversas partes de la empresa, o cuando el activo es móvil⁵⁷⁴. En este caso, la OCDE se remite a las funciones humanas sustantivas y determina que el propietario económico será la parte que realice esta índole de

⁵⁶⁹ RUSSO (2005b), pp.139-140.

⁵⁷⁰ RUSSO (2005b), p.133.

⁵⁷¹ JEITLER (2011), p.193.

⁵⁷² OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.75.

⁵⁷³ GÓMEZ JIMÉNEZ (2009), p.140.

⁵⁷⁴ NOUEL (2011), p.9.

funciones. Criterio que también pensamos que es inadecuado, tal y como hemos expuesto en diversas partes de este trabajo.

Estos comentarios refuerzan la necesidad de regirse por el criterio de utilización, que refleja con mayor precisión qué parte de la empresa ha utilizado el activo y durante qué periodo de duración.

Con todo, la propuesta del Informe OCDE 2010 nos parece incompleta e inadecuada. El art.7.2 MCOCDE 2010, asume una ficción que asimila el EP a una empresa distinta e independiente, pero ello no significa que la misma sea viable, tal y como hemos tratado de exponer en el capítulo anterior.

En consecuencia, la metodología del Informe OCDE 2010 no resulta aplicable. En el contexto de los activos tangibles se limita a establecer que, según el criterio de localización y utilización, el EP será considerado de un modo u otro, pero no detalla con precisión las pautas aplicables y tampoco abarca todas las posibilidades.

El Informe no contempla la posibilidad de que un activo tangible sea utilizado por varias partes. Tampoco contempla la posibilidad del subarrendamiento de un activo tangible a una segunda parte de la empresa o a una empresa independiente. Además, establece el mismo tratamiento con independencia a si el activo es creado por la empresa o si procede de una empresa independiente.

Teóricamente, el supuesto en el que un activo ha sido adquirido o arrendado a una persona jurídica distinta, es distinto a si el activo ya forma parte del patrimonio de la empresa. En este supuesto, la distinción entre propietario o arrendatario del activo no genera ninguna duda porque ello dependerá del contrato firmado entre ambas empresas. Por lo que, sólo habrá que prestar atención a la imputación de gastos, y tampoco habrá que analizar qué parte de la empresa lo utiliza, sino la cuestión se restringe a valorar si el EP lo está utilizándolo, y si es así, si lo hace, o no, con exclusividad y de manera continuada en el tiempo.

El criterio relevante que habrá que atender será al criterio de exclusividad, determinando si lo está utilizando de manera continua en el tiempo sin que ninguna otra parte haga uso del mismo, o si existe una simultaneidad en su utilización con otra u otras partes de la empresa. Pues en última instancia, de ello depende la determinación de los gastos imputados al EP.

Es decir, hay que analizar la utilización del activo por parte del EP con independencia del resto de la empresa porque la imputación de gastos al EP en cumplimiento con el ALS estará a expensas de que refleje los hechos reales. Así, en atención al criterio de utilización, si una empresa adquiere a otra empresa un bien pero el EP sólo lo utiliza un periodo determinado de tiempo, a esta parte de la empresa se le imputará un gasto en proporción al periodo que lo ha utilizado y la vida útil del activo.

Así, dependiendo de la situación concreta, el gasto imputable al EP se realizará a valor contable si el activo figura en el patrimonio de la entidad, o a se realizará a valor de adquisición si el activo se ha adquirido en el momento de la constitución del EP⁵⁷⁵.

En definitiva, el Informe OCDE 2010 plantea una metodología basada en unos criterios generales e imprecisos y no demuestra la adecuación de los mismos respecto a la redacción del artículo en cuestión, puesto que no contempla las distintas posibilidades.

Asimismo, como hemos explicado anteriormente, creemos que en todo caso, la redacción del precepto y la figura del EP obligan a considerarlo de manera independiente al resto de las partes de la empresa, teniendo en cuenta únicamente las actividades empresariales que realiza esta parte de la empresa.

Así, el rechazo de este planteamiento no sólo se debe a que los criterios propuestos son inadecuados, sino también a que la metodología propuesta por la OCDE, desde nuestra perspectiva, no está en consonancia con el artículo 7.2 MCOCDE 2010. También debemos valorar si la consecuencia de que cada acuerdo interno, al hilo de considerar al EP como propietario económico o arrendatario, sea asimilado a una operación interna es adecuada, o no, respecto a la generación de pagos ncionales que repercuten directamente en el cálculo de la base imponible del EP.

3.5. Activos Intangibles: Valoración de los criterios propuestos en el Informe OCDE 2010.

El Informe OCDE 2010, en el contexto de los activos intangibles toma como punto de referencia las funciones humanas sustantivas para determinar la propiedad económica del

⁵⁷⁵ MAROTO SÁEZ (2016), p.457.

activo. Establece que el activo se asignará a la parte de la empresa que asuma la toma de decisiones relacionadas con la creación o adquisición del activo intangible⁵⁷⁶.

No obstante, el Informe no acepta el pago nocional entre partes de una empresa en concepto de royalty o cánon. Éste entiende si el EP actuase como propietario económico no tendría que imputarse un ingreso nocional derivado de la cesión de uso del activo intangible, pero si el EP actuase como arrendatario la OCDE prohíbe la deducibilidad de un pago nocional en concepto de canon o royalty⁵⁷⁷.

Por lo tanto, el Informe OCDE 2010 se contradice en su defensa por asimilar a una parte de la empresa como propietario económico del activo, pero a su vez desestima la deducibilidad de un pago nocional en concepto de royalty.

No obstante, estas pautas enfatiza la postura que defendemos, ya que entendemos que entre partes de una misma empresa las funciones deben retribuirse, pero no la simple utilización del activo.

Esta prohibición también refuerza nuestra crítica en contra de la viabilidad de considerar al EP como una empresa independiente. Parte de la doctrina internacional, entiende que esta prohibición resulta incompatible desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea. Podría resultar incompatible desde el punto de vista de las libertades y derechos fundamentales, al no permitir un tratamiento, entre el EP y su CC, equivalente al que correspondería a dos empresas independientes⁵⁷⁸.

De todos modos, a continuación profundizamos en el contenido del Informe que, siguiendo la línea de los activos intangibles propuestas por las DPT⁵⁷⁹, distingue entre activos intangibles de comercialización y activos intangibles comerciales o mercantiles⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ BERNALES SORIANO (2013), p.80.

⁵⁷⁷ CMCOCDE10, art.7, par.17.4 y18. PIJL (2011), p.297 ha calificado esta actuación como “vagueness”.

⁵⁷⁸ TENORE (2006), p.388. Además, en esta línea se remite a los siguientes casos: Caso *Metallgesellschaft*, asunto C-410/98; Caso *Laysterie du Saillant*, asunto C- 9/02.

⁵⁷⁹ OECD 2010 *Report on the transfer pricing aspects of business restructuring: Chapter VI Special Considerations for Intangible Property*.

⁵⁸⁰ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.72 utiliza el término “Marketing Intangibles” y “Commercial Intagibles (referred to as “trade intangible”). La fuente a la que acudimos los traduce como “Intangibles de Comercialización” e “Intangibles Comerciales (a los que denomina “Intangibles mercantiles”)”, respectivamente. Aunque advierte que el documento advierte que han recibido otra sugerencia para traducir “Marketing Intangible” por “Intangibles de mercadotecnia”, “Commercial Intangibles” por “Intangibles mercantiles (o de comercio)” y “Trade Intangibles” por

3.5.1. Activos intangibles comerciales o mercantiles.

El Informe OCDE 2010 entiende que los activos intangibles desarrollados en el interior de una empresa, y por tanto no adquiridos, deben ser asignados, desde el punto de vista de la propiedad económica, a la parte activa que toma las decisiones en relación a la asunción y gestión de los riesgos asociados al desarrollo del mismo. Para ello es necesario describir y conocer la investigación que se realiza, el contenido del desarrollo de los programas de la empresa, la toma activa de decisiones en el proceso y conocer en qué nivel se han tomado⁵⁸¹.

No obstante, pueden darse situaciones en las que la posesión del intangible es compartida entre dos o más partes de la empresa, aunque esto, no implica necesariamente que ambas partes sean co-propietarias del activo⁵⁸². Por ejemplo, la OCDE entiende que en una compleja operación informática puede ser que una empresa encargue a otra la realización de una serie de tareas a cambio de una remuneración a precio de mercado, de modo que el propietario del activo sólo sería la empresa principal. El mismo caso se podría dar en el contexto de una misma empresa, lo esencial sería conocer qué parte actúa como principal, es decir, cuál es la parte que lleva a cabo la toma activa de decisiones porque, según la OCDE, esta será la parte propietaria mientras que el resto de operaciones deben calificarse como *dealings* remunerados en cumplimiento con la normativa de precios de transferencia.

El Informe OCDE 2010 entiende también que, colindante con las funciones que realiza cada parte, habrá que determinar el riesgo que asume cada una de ellas, con independencia de que las funciones relacionadas con la toma activa de decisiones se hayan tomado en un nivel más alto o más bajo en la empresa, pues lo que realmente importa es identificar la parte que las ha asumido para poder asignar la propiedad económica en la medida correspondiente y determinar el riesgo asumido.

En nuestra opinión, discrepamos en varios aspectos con el enfoque propuesto por la OCDE. Por un lado, consideramos que no es adecuado que las funciones humanas sustantivas sean el punto de referencia, como hemos explicado anteriormente, hay que

“Intangibles de tráfico”, Fuente: Instituto de Estudios Fiscales, “Informe sobre la Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes”.

⁵⁸¹ HUIBREGTSE; VERDONER; VALUTYTE; OFFERMANNNS (2015b), p.11.

⁵⁸² OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.84.

valorar y remunerar todas las funciones realizadas por el EP, y no única y exclusivamente las funciones humanas sustantivas.

En esta línea, también nos parece inadecuado tener en cuenta la toma activa de decisiones y gestión para asignar la propiedad a efectos tributarios de un activo a una parte de la empresa determinada, porque entendemos que estas funciones, en relación con la creación de un determinado activo intangible, no son suficientes para tratar de demostrar la utilización del mismo. Además, el hecho de valorar este determinado tipo de funciones, implícitamente implica no sólo conocer todas las funciones propias del proceso de creación del activo intangible, sino que para un examen preciso también requiere conocer el resto de funciones realizadas por las distintas partes de la empresa.

Para ello, el primer paso es definir las funciones humanas sustantivas en relación al proceso de desarrollo del activo intangible, para analizar posteriormente cuál es el valor que genera cada una de ellas. Esta tarea no debe ser considerada como fácil, sobre todo, porque no todas las autoridades tributarias entienden cuáles son los parámetros esenciales de los negocios⁵⁸³, y en la gran mayoría de supuestos, sólo un conocimiento específico de las características de la industria junto a la integración de la cadena de valor del grupo permitirían una identificación correcta de las funciones esenciales de una empresa específica⁵⁸⁴.

Por tanto, la necesidad de llevar a cabo un análisis correcto sobre la determinación de las funciones sustantivas relacionadas con la toma activa de decisiones supone una traba que dificulta la aplicación de este criterio, al menos como un criterio aplicable en todos los procesos.

Nuestra postura que defendemos, rechaza el reconocimiento de la propiedad económica en una determinada parte de la empresa por lo que no está en línea con la metodología propuesta por el Informe OCDE 2010.

Nuestra postura defiende el hecho de tener en cuenta todas las funciones que realiza cada parte de la empresa. De acuerdo con la idea que transmite el análisis DEMPE⁵⁸⁵, la propiedad legal de los activos no debe conferir de per se ningún beneficio automático

⁵⁸³ OOSTERHOFF (2008), p.69.

⁵⁸⁴ FRIS; LINARES; GONNES (2008), p.2.

⁵⁸⁵ *OECD Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Action 8-10 – 2015, Final Reports, par.6.

derivado del activo, sino que los beneficios deben estar en línea con las funciones realizadas por cada parte⁵⁸⁶. Lo cual, está en consonancia con los argumentos que defendemos en referencia a los activos intangibles.

Las funciones DEMPE, no significa que todas tengan la misma relevancia, y por ende retribución, sino que ello depende de la relevancia de cada una de ellas⁵⁸⁷. No obstante, las funciones DEMPE prácticamente abarcan todas las funciones relacionadas con un activo intangible, lo cual significa que todas se tienen en cuenta⁵⁸⁸.

En este punto, es importante resaltar que hemos de distinguir por un lado, las funciones que realiza una parte de la empresa en atención a sus actividades empresariales, las cuales deberán ser valoradas y retribuidas. Teniendo en cuenta que las funciones de una parte de la empresa pueden estar enfocadas a la creación conjunta de un activo intangible para su posterior venta o arrendamiento. Por otro lado, la utilización de los activos es una herramienta necesaria para llevar a cabo las funciones o mejorar las mismas, que representan un gasto para la parte que los utiliza en atención al criterio de uso.

En lo relativo a los activos que son adquiridos por la empresa a otra persona jurídica distinta, el informe OCDE 2010, establece un planteamiento similar determinando las funciones humanas sustantivas como el elemento esencial para determinar la parte de la empresa que asume la propiedad económica. Aunque, también reconoce que el criterio de localización de la compra puede ser relevante a estos efectos⁵⁸⁹, porque puede que el activo se obtenga a expensas de ser terminado, lo cual puede dificultar la identificación de las funciones humanas sustantivas⁵⁹⁰.

En definitiva, con independencia si el activo intangible es desarrollado o adquirido por la empresa, la OCDE estableció las funciones humanas sustantivas como el elemento determinante para determinar qué parte de la empresa ostenta la propiedad desde un punto de vista tributario.

En nuestra opinión, pensamos que la metodología planteada por el Informe OCDE 2010 respecto a los activos intangibles es inadecuada. De acuerdo a los argumentos que hemos expuesto, la introducción del concepto de la propiedad económica no es jurídicamente

⁵⁸⁶ HALL; WOOD (2016), p.772.

⁵⁸⁷ VLASCEANU (2013), p.103.

⁵⁸⁸ PANKIV (2016), p.466.

⁵⁸⁹ JEITLER (2011), p.194.

⁵⁹⁰ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.95.

correcto y no está conforme al art.7.2 MCOCDE 2010. Entendemos que es más preciso el criterio de utilización para determinar la parte que ha utilizado el activo e imputar los gastos derivados del mismo. Puesto que, en última instancia el activo es propiedad legal de la empresa, y bajo este criterio se valora y retribuye a precios *at ALS* las funciones realizadas por la empresa, y no supuestas compra-ventas o arrendamientos ficticios. Así, la retribución de las funciones será mayor o menor de acuerdo con su importancia, pero este factor no es preocupante, en tanto en cuanto el mercado indica el precio de dichas funciones.

De este modo, también se elimina la dificultad de determinar la propiedad económica de un activo intangible de acuerdo a las funciones humanas sustantivas, dificultad que se incrementa aún más cuanto más conexión existe entre las funciones que realiza una parte con las funciones que realiza otras partes de la empresa, y cuando a su vez, entre sí, son funciones dependientes recíprocamente, así como cuando todas son imprescindibles en el proceso de desarrollo de un activo intangible⁵⁹¹.

Así, los procesos en los que intervienen distintas partes de una empresa son complejos porque cada parte de la empresa puede realizar una parte de estos procesos y su importancia, en cuanto al valor que aportan al intangible, es similar⁵⁹². Ello dificulta la determinación de la parte de la empresa que lleva a cabo las funciones humanas sustantivas, o incluso podríamos decir que en ocasiones la información que se requiere es tan detallado que puede resultar imposible, sobre todo para muchas Administraciones tributarias que carecen de conocimiento y capacidad logística tanto para dichos estudios y valoraciones como para obtener información con otras Administraciones tributarias de otros Estados.

3.5.2. Activos intangibles de comercialización o de mercadotecnia

Los activos intangibles de comercialización principalmente responden al nombre, marca y logotipo de la empresa y sus funciones determinantes serán, entre otras, las funciones relativas a la creación y control de las estrategias empresariales de marketing y publicidad, las acciones dirigidas a la protección de la marca y el mantenimiento de los

⁵⁹¹ BRAUNER (2015b), p.73.

⁵⁹² WILKIE (2012b), p.137.

intangibles de los mismos. En este caso, el informe también afirma que es posible aplicar el AOA basado en las funciones humanas sustantivas.

Desde nuestra perspectiva, la asignación de estos activos a una parte de la empresa es incluso más difícil de estipular que los activos intangibles comerciales o mercantiles. La marca y sus estrategias, así como las campañas de publicidad, comunicación o incluso los logos utilizados incrementan o disminuyen el valor de toda la empresa. Se trata de la imagen y reputación de la empresa que está asociada a un nombre y logo y en ocasiones hasta a un eslogan.

De modo que, a no ser que las distintas partes de la empresa actúen en el mercado bajo logos o nombres distintos, independientemente de que a nivel mercantil todos ellos constituyan la misma marca, o nombre registrado, la creación de valor que éstos pueden suponer es prácticamente indivisible en las distintas partes de la empresa, y por supuesto, complejos en cuanto a la determinación de su valor o renta.

Por consiguiente, la metodología propuesta por la OCDE resulta prácticamente imposible de aplicar, no es posible considerar a una parte como propietaria económica del activo y a otra como arrendatario.

Por ello, de acuerdo con nuestra propuesta pensamos que se debe tener en cuenta copropiedad, entendiendo que todas las partes de la empresa son propietarias legales del activo intangible. Así, de manera contraria al planteamiento de la OCDE no hay que tratar de asignar la propiedad económica de este activo a una sola parte de la empresa.

3.6. Conclusiones.

En esta parte del trabajo ha analizado la distinción que el Informe OCDE 2010 realiza respecto a los activos tangibles e intangibles, y los criterios estipulados para asignar la propiedad económica del activo a una parte de la empresa.

Las conclusiones de este objeto de estudio rechazan la metodología establecida por la OCDE, rechazando la necesidad de distinguir ambos tipos de activos y afirman que las pautas relativas al criterio de la propiedad económica no son viables y no son conformes a la redacción del art.7.2 MCOCDE 2010. Así, valora otras alternativas metodológicas.

A diferencia del Informe OCDE 2010, el artículo 7.2 MCOCDE 2010, simplemente hace referencia al término “activos”, sin distinguir ambas modalidades porque la metodología para determinar los activos que utiliza el EP en el desarrollo de sus actividades empresariales es la misma.

Respecto a los activos tangibles, el Informe de la OCDE 2010 considera que éstos deben atribuirse al EP en atención al criterio de localización y utilización. Concluimos que estos criterios nos parecen correctos, siempre y cuando coincidan. De lo contrario, tendrá preferencia el criterio de utilización, ya que un activo no es asignable al EP por el mero hecho de que se localice en el mismo territorio, sino que ello dependerá de la utilización del mismo.

En relación con los activos intangibles, el Informe OCDE 2010 entiende que el criterio a seguir son las funciones humanas sustantivas. Por contra, opinamos que este criterio no es aplicable porque hay que tener en cuenta todas las funciones realizadas por el EP, ya que cualquiera de ellas puede requerir de la utilización de un activo. Por lo que, el criterio aplicable para determinar el activo intangible coincide con el del criterio tangible.

Asimismo, también hemos rechazado la metodología de la OCDE que distingue si el EP está actuando como propietario económico o como arrendatario. En atención a los distintos argumentos expuestos en esta parte del trabajo, consideramos que la asignación de los activos que utiliza el EP es lógica y coherente con la finalidad del precepto, pero ello debe regirse por las actividades empresariales que desarrolla. En ningún caso, la utilización de un activo debe implicar la creación de nuevas ficciones, tales como compra-venta o arrendamiento de activos entre partes de una misma empresa.

El rechazo de asimilar al EP como propietario económico o arrendatario se debe a que carece de sentido ignorar la realidad para asumir un escenario ficticio ajeno a la actividad empresarial del EP. La propiedad legal de los activos pertenece a toda la empresa. Entendemos que no es coherente practicar una ficción que, además de basarse en un concepto desconocido desde la perspectiva jurídica, genera operaciones internas que influyen en el producto de la base imponible del activo, cuando además éstas no responden a la realización de unas funciones o actividades de una parte en favor de otra.

Al mismo tiempo, el Informe OCDE 2010 se ampara en la idea de que la metodología planteada está en consonancia con las exigencias derivadas del artículo 7.2 MC OCDE 2010 al considerar al EP como una empresa directa e independiente. Pero lo cierto es que

ni siquiera las pautas y criterios establecidos están en línea con la redacción e interpretación que se infiere del precepto.

El Informe OCDE 2010 en relación a la utilización de un activo, no sólo hace referencia a un criterio desconocido desde la perspectiva jurídica, sino que sólo contempla dos figuras legales: el propietario económico y arrendatario. Ni siquiera contempla otras figuras legales que una persona jurídica independiente podría ocupar respecto a la utilización de un activo.

Asimismo, tal y como hemos expuesto, ni siquiera los criterios utilizados por la OCDE son aplicables en todos los posibles escenarios, tales como si el activo es adquirido a una persona jurídica independiente o si es fabricado por la propia empresa.

Con todo, concluimos que la metodología propuesta por el Informe OCDE 2010 no resulta aplicable. En cambio, pensamos que debemos prestar atención a la utilización y afectación del activo en la realización de las funciones y actividades del EP, sin que ni siquiera sea necesario distinguir entre activo tangible e intangible.

El elemento fundamental debe ser la utilización del activo que, en todo caso, lleva a cabo en calidad de propietario legal del mismo, sin que sea necesario establecer ficciones adicionales bajo un planteamiento inadecuado. Además del criterio de utilización, el grado de exclusividad en la utilización del activo por parte del EP también será relevante para cuantificar la imputación de los gastos al mismo.

Por consiguiente, de acuerdo a la finalidad del art.7.2 MCOCDE 2010 al EP se asignaran los activos que requiera para el desarrollo de su actividad empresarial, la cual se valorará a precios *at arm's length*. El activo, simplemente supondrá la imputación de un gasto al EP, pero en ningún caso implicará la creación de nuevas operaciones internas ficticias.

4. IMPUTACIÓN DE RIESGOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

4.1. Indicación explícita del artículo 7.2 MCOCDE 2010.

El riesgo es otro de los elementos que junto a las funciones y a los activos el art. 7.2 MCOCDE 2010 exige tener en cuenta para asignar los beneficios empresariales al EP. La redacción del precepto se refiere a <<...*los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente...*>> pero ni ofrece una definición del término, ni indica una metodología para su asignación⁵⁹³.

Los CMOCDE tampoco desarrollan este concepto, simplemente se limitan a remitirse, indirectamente, al Informe OCDE 2010. No obstante, como hemos ya hemos puesto de manifiesto, el contenido de estos documentos *soft law* no tiene por qué ser aceptado de per se, sino que para ello debe estar en consonancia con la redacción e interpretación que se infiere del precepto.

Con la intención de profundizar en este concepto, antes de introducirnos en su tratamiento, observamos que parte de la doctrina, asemeja el riesgo a la incertidumbre derivada de los objetivos del negocio⁵⁹⁴. Lo relacionan con la posible pérdida económica a consecuencia de la realización de una serie de funciones que, en un escenario favorable, se convierten en una oportunidad de obtener un beneficio. Establecen una vinculación entre los beneficios, que obtiene el contribuyente, y el aprovechamiento de las oportunidades que ofrece el mercado, a cambio de la asunción de un riesgo⁵⁹⁵.

Ambos conceptos aparecen como elementos inherentes a las funciones realizadas por el EP⁵⁹⁶, tanto el beneficio como el riesgo que deriva de las mismas⁵⁹⁷. Y, aunque sea la empresa en su totalidad la que desde el punto de vista legal asume el riesgo, el EP debe

⁵⁹³MCOCDE10, art.7.2:

”... los beneficios imputables al establecimiento permanente (...), teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa...”.

⁵⁹⁴ REIMER (2015b), p.518. *OECD Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10 – 2015, Final Reports, par.171.

⁵⁹⁵ BILANEY (2016), p.577.

⁵⁹⁶ REIMER (2015b), p.518.

⁵⁹⁷ VERLINDEN; LEDURE; DESSY (2016), p.109.

ser tratado como si soportase directamente el riesgo derivado de las funciones que realiza⁵⁹⁸.

A fin de indagar en el concepto, observamos desde la perspectiva del EP, la clasificación de los tipos de riesgos que distingue entre los que denomina como riesgos controlables e incontrolables, dependiendo de si son, o no, impredecibles⁵⁹⁹.

Los riesgos controlables deben asignarse a la parte de la empresa que realiza funciones con la expectativa de obtener ingresos, y por tanto, son predecibles. Lo cual está en línea con nuestro argumento a favor de que también hay que tener en cuenta las funciones de control de una determinada actividad empresarial. Con independencia de que las realice el EP u otra parte de la empresa, y que en todo caso son distintas a las funciones meramente ejecutorias, o a las funciones de gestión, o a las funciones relativas a la toma de decisiones y gestión. Por tanto, hay que entender que el riesgo no puede verse limitado por la presencia física y la toma de decisiones del día a día⁶⁰⁰.

Por tanto, el concepto de riesgo es incompatible con las fronteras de los Estados, el riesgo se determinará en atención a las funciones realizadas por el EP, independientemente de dónde tengan lugar, y no debe ser restringido a la localización de la presencia física del personal de esta parte de la empresa. No obstante, la asignación del riesgo debe ser conformes a la sustancia y realidad económica de cada operación, pues en todo caso la operación debe ser conforme a los hechos⁶⁰¹, es decir, a las funciones realizadas por la parte de la empresa a la que se asignan⁶⁰².

Por consiguiente, estas consideraciones rechazan la metodología del AOA, supuestamente desarrollada en el Informe OCDE 2010, que limita la asunción del riesgo a las funciones humanas sustantivas⁶⁰³.

A continuación, profundizamos en la conceptualización de este elemento, a fin de valorar si las pautas establecidas por el Informe OCDE 2010 están, o no, en consonancia con el art. 7.2 MCOCDE 2010.

⁵⁹⁸ VANDERWOLK; SPRAGUE (2002/2003), p.22.

⁵⁹⁹ KAMPHUIS (2009), p.95.

⁶⁰⁰ SCHÖN (2010), p.560.

⁶⁰¹ PICCIOTTO (2016), pp.752-759. ANTUNES RUBIM, (2012), pp.8-11PDF.

⁶⁰² WARNER (2002), p.163.

⁶⁰³ TRACANA (2017), p.413.

4.1.1. *Distinción entre riesgos operativos y financieros.*

Las empresas están expuestas a una variedad de riesgos muy extensa que dependen de la naturaleza de sus actividades; riesgo de inventario, riesgo de crédito, riesgo cambiario y de tipo de interés, riesgo de mercado, riesgo de garantía, etc...⁶⁰⁴ Los riesgos son asumidos por la empresa en su totalidad, y aunque, indirectamente, puedan influir factores ajenos a las actividades realizadas, principalmente los riesgos se deben a las funciones realizadas por la entidad.

La determinación de los riesgos puede resultar más o menos sencilla cuando las actividades que realiza cada empresa están claramente delimitadas. Por contra, la suerte es distinta cuando las operaciones de negocios de las multinacionales están altamente integradas, ya que los riesgos estratégicos pueden estar gestionados y controlados por más de una empresa del grupo⁶⁰⁵.

La situación es extrapolable a una empresa que cuenta con distintos EPs que realizan distintas funciones. En la medida en que las funciones que realiza cada parte de la empresa estén delimitadas y sean diferentes, la imputación de los riesgos puede resultar más o menos sencilla. Por contra, cuanto más integradas están unas funciones con otras, más complejo resultará determinar qué riesgos conlleva cada una de las funciones que realizan las distintas partes de la empresa.

En el contexto del EP, a diferencia de las empresas asociadas en las que el riesgo puede traspasarse de una a otra mediante cláusulas contractuales -siempre y cuando reflejen los hechos reales y la realidad económica-⁶⁰⁶, la ausencia de capacidad legal para firmar contratos con otras partes de la empresa también supone un *handicap* en el proceso de asignación del riesgo.

La OCDE considera que esta dificultad se evita mediante la asunción de que sólo asumen riesgos las denominadas funciones humanas sustantivas. Así, trata de equiparar estas funciones a las cláusulas contractuales que firmarían empresas independientes⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.68.

⁶⁰⁵ OECD *Discussion draft on the use of profit splits in the context of global value chain*, Action 10 – 2015.

⁶⁰⁶ OECD 2010 *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, pars.1.48 – 1.49.

⁶⁰⁷ BENNETT; RUSSO (2007), p.280.

En nuestra opinión, esta asunción no es adecuada porque, tal y como hemos expuesto en distintos apartados, se deben tener en consideración todas las funciones que realiza el EP, y no sólo una índole determinada. Entendemos que todas las funciones asumen riesgos, y por ello, deben tenerse en cuenta, con independencia de que se retribuyan a un precio mayor o menor, pero en todo caso *at arm's length*. Así, las funciones humanas sustantivas no son equiparables a cláusulas contractuales que pueden firmar dos empresas independientes.

Además, la realización de cualquier función implica un riesgo, conlleva una incertidumbre en relación con la posible pérdida económica, o inclusive de otra índole, que no existiría si éstas no se realizasen.

En este sentido, el Informe OCDE 2010 conecta el riesgo operativo con las funciones humanas sustantivas, en relación a la toma activa de decisiones y las funciones de gestión, la monitorización de las funciones diarias y el control de los recursos empleados.

Si todas las funciones relativas a una actividad empresarial son realizadas por el EP, la totalidad del riesgo se asignará al mismo, pero si las funciones son realizadas por distintas partes de la empresa, cada una de ellas asumirá el riesgo correspondiente con la incertidumbre de una posible pérdida económica derivada de las funciones realizadas.

Así, cuanto mayor sea la división de funciones y la conexión de unas con otras, mayor será la dificultad para asignar el riesgo correspondiente a las mismas, y su posterior retribución en aplicación de un método que cumpla con el ALS.

Aunque en nuestra opinión, podríamos considerar que el riesgo operativo no es ni más ni menos que el riesgo que deriva de las actividades realizadas por el personal del EP, tanto si el mismo responde a lo que la OCDE considera funciones humanas sustantivas como si responde a otras que no se enmarcan en este grupo, incluso si las mismas son auxiliares o preparatorias. De modo que, el enfoque ofrecido por la OCDE en nuestra opinión está limitado y restringido.

El riesgo financiero o de inversión es completamente distinto, se centra en el empleador o inversor principal, el inversor también realiza funciones y asume riesgos pero sus funciones son distintas, por ende el riesgo también. Sus actividades no se corresponden con las funciones meramente operativas como la toma activa de decisiones en el día a día ni con las funciones ejecutorias, no tratan de monitorizar las funciones realizadas ni de

gestionar los recursos, sino responden a unas actividades con un carácter más financiero de las que depende la inversión.

Esta tipología de riesgo no se corresponde con la mera realización de las funciones sino que responde a los riesgos derivados de la incertidumbre económica de las inversiones realizadas. Estos riesgos se identifican con la utilización de un capital.

Por ello, como posteriormente tratamos de demostrar, el EP que no lleva a cabo este tipo de funciones nunca podrá asumir los riesgos de esta índole, incluso cuando la actividad ordinaria del EP está relacionada con el capital. Por ejemplo, actividades propias de un EP banco, a éste EP se le imputarán riesgos derivados de sus actividades y no riesgos financieros, otra cosa es que sus actividades estén relacionadas con operaciones de capital. En todo caso, buscando una excepción podemos considerar que en el supuesto de que el EP subcontrate la realización de unas funciones a una tercera parte, en este caso sí que puede existir un riesgo financiero para el EP, porque está sujeto a que la otra parte no realice correctamente las funciones y no responda por ello. Aunque en última instancia estos riesgos no son más que un gasto imputable al EP en el cálculo de sus beneficios empresariales.

El riesgo financiero o de inversión no será una cuestión relevante en el contexto de las operaciones internas entre la casa matriz y el EP. Las relaciones entre dos partes de la empresa no son vistas como si una de ellas jugase el papel de inversor pues la solvencia de ambas es la misma⁶⁰⁸. Por contra, el riesgo operativo sí que puede ser identificado con las funciones que realiza un EP. Estas funciones asumirán los riesgos derivados de su realización, lo único que habrá que delimitar son las funciones que realiza el EP, pero en todo caso habrá que tener en cuenta todas y cada una de ellas.

El único supuesto en el que podemos considerar el riesgo financiero o de inversión en el EP es cuando esta parte de la empresa, para la realización de sus actividades, está obligada a subcontratar la realización de unas funciones a una tercera empresa independiente. En este caso, el EP realizará unas funciones que implícitamente conllevan un riesgo financiero, y asumirá dichos riesgos a modo de contratista o inversor. No obstante, el tratamiento que corresponde a este riesgo no es más que el de un gasto imputable al EP.

⁶⁰⁸ MOERER; RUSSO (2011), p.4.

En definitiva, entendemos que, para atribuir el riesgo al EP debemos distinguir entre el riesgo operativo derivado de las funciones, de cualquier tipo, realizadas por el EP, y los riesgos financieros, que son irrelevantes para asignar los ingresos y gastos al EP⁶⁰⁹, excepto en el caso de contratar con otra empresa distinta.

4.2. Crítica a la metodología del Criterio Autorizado de la OCDE en materia de asignación de riesgos al EP.

El AOA estipula que un EP asume los riesgos correspondientes a las funciones humanas sustantivas que realiza su personal en sus instalaciones⁶¹⁰. Así, considera que el riesgo únicamente depende de la función de esta índole y no puede separarse⁶¹¹ de las funciones que precisan una toma activa de decisiones⁶¹².

Ante este planteamiento de la OCDE relativo a la asunción del riesgo y su dependencia de las funciones humanas sustantivas, y de acuerdo con las ideas que ya hemos expuesto, nos surgen dos cuestiones relacionadas entre sí. Con ello, se cuestiona la metodología propuesta en el Informe OCDE 2010, supuestamente desarrolla el Criterio Autorizado, y su consonancia con la interpretación que se infiere del artículo 7.2 MCOCDE 2010.

Por un lado, cuestionamos si el riesgo única y exclusivamente acompaña a las funciones humanas sustantivas, en cuyo caso ningún otro tipo de funciones influye en la asunción del riesgo por parte del EP.

Por otro lado, analizamos si en todo caso las funciones siempre van acompañadas de riesgo, y cuestionamos si existe la posibilidad de realizar una función sin riesgo por medio de la externalización del mismo.

4.2.1. *El riesgo no sólo depende de las funciones humanas sustantivas.*

En relación con la primera cuestión, la redacción del Informe OCDE 2010 indica que los riesgos sólo siguen a las funciones humanas sustantivas, lo cual implica que ni las funciones humanas de apoyo y auxiliares ni cualquier otra función, son relevantes a efectos de los riesgos asumidos por el EP. De modo que, implícitamente el Informe

⁶⁰⁹ SASSEVILLE; VANN (2014), p.54.

⁶¹⁰ HUIBREGTSE; VERDONER; VALUTYTE; OFFERMANN (2015b), p.7.

⁶¹¹ SASSEVILLE; VANN (2014), p.55.

⁶¹² OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.22.

establece una única relación de dependencia de los riesgos con las funciones relacionadas relativas a la toma activa de decisiones y gestión.

Por contra, en nuestra opinión, cualquier función que se realiza, por mínima que sea, conlleva la asunción de un riesgo ligado a la incertidumbre de una posible pérdida. Como ya hemos explicado, todas las funciones realizadas por el EP conllevan la asunción de un riesgo, lo cual obliga a que las mismas también deban ser retribuidas, no sólo por el valor que dicha actividad supone para la empresa, sino también porque su realización implica una incertidumbre de pérdida económica relacionada con el riesgo asumido.

Por otro lado, desde el punto de vista del EP, no hay por qué pensar que el riesgo derivado de una parte autónoma de la empresa debe ser asumido por otra parte o por la empresa en sí, sino que en el caso de que el riesgo se materialice en una pérdida económica esta deberá imputarse a la parte que ha realizado la función, al igual que si dicha actividad generase un beneficio.

El planteamiento también sería aplicable si pensamos que unas funciones son inherentes a otras principales, es decir aunque se trate de una función de menor relevancia para la actividad empresarial, a ésta también se le debe imputar un riesgo.

A modo aclaratorio, ejemplificamos los argumentos expuestos suponiendo que un EP se dedica a la distribución de bienes acabados previamente por su CC, y consideramos que junto a la distribución ejerce la función de desplazamiento de estos bienes desde la CC hasta un almacén que posee el EP. Independientemente de considerar que la función de distribución es secundaria en relación con la función de fabricación, entendemos que éstas también asumen un riesgo y deben retribuirse al precio *at ALS* correspondiente, aunque no sea elevado. Además, si esta actividad fuese realizada por una empresa distinta también debería retribuirse.

Este ejemplo también pone de manifiesto que la función puede no conllevar la generación de ningún valor para la empresa, pero por un lado supone un ahorro en la medida en que no incurrimos en un gasto derivado de un encargo a una tercera persona. Por otro lado, el hecho de realizar la función implica la asunción automática de un riesgo, independientemente de que sea mayor o menor. En este caso podríamos identificarlo con el hecho desafortunado de que transportando la materia prima ocurra un accidente o una vez está almacenada la materia prima tenga lugar un percance y se deteriore. Además, no sólo hemos de tener en cuenta el riesgo controlable que asume el EP, sino también el

riesgo incontrolable, como sería que por exista un desastre natural y destruya la materia prima.

En definitiva, en el contexto del EP se deben tener en cuenta todas las funciones que realiza, y cualquier función asume un riesgo. Así teniendo en cuenta la relevancia de la función y el riesgo que implica su realización, ésta será valorada a precios *at ALS*. Lo cual significa que el riesgo, indirectamente, también repercute en los ingresos y gastos atribuidos al EP.

Con todo, creemos que el Informe OCDE 2010 ofrece un enfoque inadecuado en esta materia, que no es coherente con redacción e interpretación del art.7.2 MCOCDE 2010⁶¹³.

4.2.2. La asunción del riesgo es separable de las funciones.

La metodología del AOA considera que el EP asume los riesgos correspondientes a las funciones -funciones humanas sustantivas- que realiza su personal⁶¹⁴. A OCDE entiende que en el contexto del EP, a diferencia de lo que ocurre con las empresas asociadas, que por medio de contratos sí que pueden cambiar el riesgo entre las empresas asociadas por medio de los contratos, el riesgo es inseparable a la función⁶¹⁵, por lo que el riesgo no puede externalizarse ni a otras partes ni a otras entidades.

Parte de la doctrina internacional, afirma que este es un claro reflejo del concepto de entidad única que contradice en el enfoque de entidad separada propuesto en el Informe de la OCDE. El resultado es que en los supuestos del EP, el traslado de un riesgo conlleva la movilidad del personal a otro país o cambiar al personal que realiza las funciones, mientras que en el contexto de los precios de transferencia simplemente conlleva la contratación de una tercera entidad, como por ejemplo una aseguradora de los riesgos a cambio de una prima⁶¹⁶.

La transferencia de los riesgos entre las partes de la empresa va acompañada de las funciones que realiza, de manera que entre las partes de la empresa no se podrán transmitir los riesgos sin la función. Ante la imposibilidad en las operaciones entre las partes de una

⁶¹³Contra LONGARTE CIFRIÁN (2011), p.436.

⁶¹⁴HUIBREGTSE; VERDONER; VALUTYTE; OFFERMANN (2015b), p.10.

⁶¹⁵SASSEVILLE; VANN (2014), p.55.

⁶¹⁶SASSEVILLE; VANN (2014), p.55.

empresa de cumplir con los términos contractuales⁶¹⁷, por analogía estos se equiparan a los registros contables y la información interna sincrónica, en la que aparezca la pretendida transferencia de riesgo, responsabilidades y beneficios⁶¹⁸. Aunque en todo caso, los hechos reales y la conducta de las partes son la mejor evidencia de la atribución de riesgos⁶¹⁹.

No obstante, discrepamos sobre esta opinión, porque entendemos que el riesgo se puede externalizar a cambio de un gasto en concepto de prima. Entendemos que el EP puede realizar funciones sin asumir un riesgo, a cambio de asumir un gasto económico derivado de la contratación de una aseguradora externa para cubrir incertidumbres derivadas de las funciones realizadas. Por ejemplo, la contratación de una póliza de seguro para la mercancía que hay almacenada en un almacén en caso de incendio.

En estas situaciones, la función la sigue realizando la empresa pero a cambio del pago de una prima a una aseguradora el riesgo económico lo asume esta tercera empresa independiente.

Así, en contra del Informe OCDE 2010, en ocasiones, el riesgo se puede externalizar y realizar una función sin asumir la posible pérdida económica o incertidumbre que deriva del mismo. Todo ello, a cambio de incurrir en un gasto económico, en concepto de contratación de una prima de seguro. No obstante, externalizar el riesgo de la función no significa que la misma no implique un riesgo, sino que a cambio de un gasto se restringe la posible pérdida económica que supondría para la parte de la empresa que lo realiza.

4.3. Conclusiones.

De acuerdo con el art.7.2 MCOCDE 2010, esta parte del trabajo ha analizado la asignación del riesgo al EP, cuestionando si la metodología del AOA está, o no, en consonancia con la redacción e interpretación que se infiere del precepto.

El riesgo ha sido identificado como la incertidumbre de la asunción de una posible pérdida derivada de la realización de una función o actividad económica, sin embargo hemos

⁶¹⁷ OECD 2010 *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, pars.1.28

⁶¹⁸ OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.179.

⁶¹⁹ OECD 2010 *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, pars.1.26

identificado distintos tipos de riesgos. El riesgo controlable y el riesgo incontrolable, dependiendo si el mismo es previsible, o no.

En el contexto de los riesgos controlables, hemos distinguimos entre el riesgo operativo y el riesgo financiero, y hemos concluimos que en el contexto del EP sólo se toma en consideración el primero, el cual depende de las funciones realizadas por dicha parte de la empresa.

Por contra, el riesgo financiero, identificado como el riesgo que deriva de la inversión, sólo debe tenerse en cuenta en el contexto del EP cuando esta parte de la empresa contrata con una empresa distinta cualquier otra actividad. Siendo en ese caso, un gasto para el EP.

La metodología del AOA considera que el riesgo que asignable al EP sólo depende de las denominadas funciones humanas sustantivas que éste realiza. En nuestra opinión, hemos rechazado estos argumentos porque entendemos, tal y como hemos expuesto en otros apartados, que debemos tener en consideración todas las funciones que realiza el EP.

Asumimos que todas las funciones, con independencia de su tipo, conllevan un riesgo, al margen que sea mayor o menor, y por ello, también todas ellas serán retribuidas a un precio, más elevado o menos, pero en todo caso será *at ALS*.

Asimismo, el AOA entiende que el riesgo no se puede separar de las funciones, y en concreto de las funciones humanas sustantivas. Es decir, considera que, en todo caso, estas funciones conllevan un riesgo implícito que no puede externalizarse.

En nuestra opinión, también rechazamos este planteamiento porque entendemos que esta regla no siempre se cumple. Entendemos que, en ocasiones, puede externalizarse de la función, porque el EP, a cambio de asumir un gasto, puede contratar con una empresa externa la posible pérdida económica que derive de una determinada actividad empresarial. Así, el riesgo que deriva de la función realizada es el mismo, pero la asunción de la posible pérdida económica puede externalizarse del EP a cambio de un pago.

5. ASIGNACIÓN DE CAPITAL AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

5.1. Conceptualización del capital libre.

El informe OCDE 2010 afirma que el EP debe disponer de capital suficiente para cubrir las funciones que ejerce, los activos de los que tenga la propiedad económica y los riesgos que asume⁶²⁰, y matiza que este capital, tendrá la consideración de capital “libre”, es decir de un capital propio que no genera la obligación del pago de un interés que sería deducible a efectos fiscales⁶²¹.

Sin embargo, el texto del art.7.2 MCOCDE 2010 no hace referencia alguna a este término. Por ello, parte de la doctrina en desacuerdo con este elemento considera que esta es la parte “Houdini”⁶²² del proceso, porque el capital sigue al riesgo mientras es el capital el que permite a la empresa asumir riesgo⁶²³. Es decir, lo contrario al razonamiento propuesto por la OCDE.

La OCDE entiende que el concepto de capital, y en concreto capital libre, está implícito en el concepto de empresa distinta e independiente, y que el EP requiere una determinada cuantía económica a fin de hacer viable la realización de sus funciones y utilización de activos y asumir los riesgos económicos que deriven de las mismas. Por ello, parte de la doctrina afirma que el hecho de que el Informe de la OCDE 2010 defienda que el EP posee el mismo grado de solvencia, o calidad crediticia, que su empresa de la que forma parte es contrario a las indicaciones del texto del artículo⁶²⁴.

En nuestra opinión, la OCDE introduce un nuevo concepto, porque no exige que el EP cuente con una financiación, ajena o propia, sino que además, requiere que ésta no dé lugar a un reparto de dividendos o intereses⁶²⁵. Es decir, la consideración del capital libre

⁶²⁰ GÓMEZ JIMÉNEZ (2009), p.137. PIJL (2011), p.299. OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.28. Entre otros autores,

⁶²¹ NOUEL (2011), p.9. GAZZO (2009), p.649. OECD 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.105.

⁶²² Harry Houdini: mago ilusionista y escapista, se refieren a él a modo de metáfora entre la lógica y realidad en atención a la propuesta formulada por la OCDE.

⁶²³ MALHERBE; DAENON (2010), p.360.

⁶²⁴ MOERER; RUSSO (2011), p.4,

⁶²⁵ RUSSO (2005b), p.140.

implica considerar a dicha cuantía como fondos propios nocionales que no dan derecho a ninguna deducción de gastos o imputación de intereses⁶²⁶.

Así, la introducción de este concepto, desconocido desde la perspectiva jurídica, para parte de la doctrina internacional es un absoluto desastre innecesario⁶²⁷.

Desde nuestro punto de vista, a continuación, analizamos si éste está en línea con la finalidad del art.7.2 MCOCDE 2010 y el objetivo del EP, o si por el contrario, ni siquiera es necesario tenerlo en cuenta.

5.1.1. *El capital libre es innecesario e inadecuado.*

Desde nuestra perspectiva, pensamos que debemos llevar a cabo una interpretación del art.7.2 MCOCDE 2010 que esté en consonancia con la redacción del precepto sin extralimitarnos mediante la asunción de un significado distinto o incorporando elementos ajenos. Por ello, como hemos expuesto, entendemos que el capital libre no tiene cabida desde la perspectiva jurídico-normativa.

Creemos que el concepto de capital libre es un concepto desconocido desde la perspectiva jurídica, carece de presencia en la redacción del artículo y tampoco se infiere de su interpretación va interna. Ello, provoca que por el mero hecho de que se encuentre en un documento de carácter *soft law* no es suficiente para asumir una vinculación desde el punto de vista jurídico-legal.

En cumplimiento con la redacción del artículo hay que tener en cuenta las funciones realizadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos, pero el capital, además de no ser un elemento exigido por la redacción del precepto, opinamos que tampoco emana de la finalidad del precepto.

Por ello, pensamos que, en este sentido, el contenido del Informe OCDE 2010 no está en línea con la redacción del precepto. Además, ni siquiera ofrece una definición o interpretación de este concepto más allá de establecer unas condiciones de no deducibilidad, que, igualmente, tampoco están en línea con el criterio de empresa independiente y las formas de financiación a las que las personas jurídicas recurren. Todo ello, provoca que si dicho elemento se tuviera en consideración los Estados podrían

⁶²⁶ LONGARTE CIFRIÁN (2011), p.441.

⁶²⁷ MÜLLER (2017).

formular distintas interpretaciones y definiciones en la conceptualización del mismo y ello podría derivar en una incertidumbre para las empresas⁶²⁸, e incluso también en supuestos de doble imposición⁶²⁹.

El art.7 MCOCDE establece unas pautas para atribuir unos ingresos y gastos al EP, ambos conceptos derivados de la realización de sus funciones y actividades empresariales, para determinar los beneficios o pérdidas empresariales de dicha parte de la empresa. Por lo que, la asignación de un capital libre no emana de la finalidad del precepto. Del mismo modo que, en el contexto de la determinación de los activos utilizados por el EP, argumentábamos que no hay que tener en cuenta ningún otro elemento que repercuta en el cálculo de la base imponible del EP, tampoco hay que tener en cuenta este elemento. Puesto que, el capital podría repercutir en el cálculo de la base imponible del EP, provocando con ello una variación de los ingresos y gastos atribuibles al EP, distinta de la que deriva de las funciones y actividades empresariales realizadas por esta parte de la empresa.

En este sentido la finalidad del precepto está limitada al ámbito tributario, y por ello tiene en cuenta los elementos necesarios para cuantificar los ingresos y gastos atribuidos al EP. De modo que, es coherente que no se tenga en cuenta el capital porque este elemento no es propio del contexto tributario sino más bien se refiere a un aspecto de carácter legal o mercantil.

5.1.2. El capital libre no está en consonancia con la ficción del EP.

En cualquier caso, si se considerase conveniente asignar un capital libre al EP, de acuerdo con la redacción del art.7.2 MCOCDE 2010, habría que considerar al EP como una empresa distinta e independiente.

En este sentido, tal y como argumenta algún autor, bajo el principio de neutralidad, el distinto tratamiento entre la entidad filial y el EP supone una vulneración al mismo por parte de la OCDE⁶³⁰. No obstante, en nuestra opinión, al margen de no considerar necesario asignar un capital al EP, entendemos que no existe tal ruptura de dicho

⁶²⁸ VAN WANROOIJ (2009), p.305.

⁶²⁹ BENNETT; RUSSO (2009), p.75.

⁶³⁰ BALDI (2017), p.23.

principio, puesto que, como hemos comentado ambas figuras legales son distintas, y por ende, no tienen por qué ser equiparables⁶³¹.

La ficción del EP está limitada a la correcta asignación de los beneficios empresariales, de manera que la ficción no puede sustituir las diferencias no fiscales entre ambas formas legales⁶³², como la limitación de la responsabilidad, la separación legal de la entidad, las diferentes obligaciones contables u otras diferencias de regulación⁶³³.

No obstante, aun considerando al EP como una empresa independiente, el enfoque de la OCDE no sería correcto porque, en ningún caso, se debería asignar un capital libre de estas características⁶³⁴, sino que en todo caso, debería distinguirse entre la financiación propia, ajena y las obligaciones legales referidas al capital social.

Es decir, habría que distinguir entre el capital propio, en referencia a la participación en los fondos propios de una entidad que puede dar derecho a participar en el reparto de beneficios en concepto de dividendos, el capital ajeno o fondos propios que se asimila a un préstamo y da derecho a recibir un interés, que a su vez es deducible en el pagador. Así como, las especificaciones normativas referentes al capital social, entendido como aquella cuantía mínimo para constituir la sociedad. Lo cual, en todo caso, es un concepto jurídicamente aceptado y absolutamente distinto del capital libre.

El informe de la OCDE 2010 es consciente de estas diversas formas de financiación para las empresas independientes y enumera: i) las aportaciones de fondos propios por los accionistas, ii) los beneficios no distribuidos, iii) los préstamos. Sin embargo, no acepta ninguna de ellas y establece una nueva modalidad por medio de la asignación del capital “libre”, lo cual, como defendemos demuestra que ésta es una interpretación arbitraria y conveniente con un difícil encaje desde la perspectiva de las indicaciones del precepto.

El Informe asume como punto de partida que el EP debe recibir una *pro rata* del capital que la empresa posee en proporción a sus funciones, activos y riesgos⁶³⁵, sin que la misma sea financiable mediante deuda que generaría un pago de intereses que sería deducible⁶³⁶,

⁶³¹ BURGERS (2009), pp.51-76; YONG, S.Y. (2012), p.424. MALHERBE; DAENEN (2010), p.361.

⁶³² BALDI (2017,) p.23.

⁶³³ PANAYI (2013), p.230.

⁶³⁴ Contra CUEVAS OZIMICA (2011), p.17.

⁶³⁵ NIJKEUTER; BROUWERS (2012), p.440.

⁶³⁶ VAN WANROOIJ (2004), p.259.

pues desde la perspectiva del AOA esta posibilidad es inconsistente⁶³⁷. De manera que, esta restricción a la libertad de financiación de las que gozan las personas jurídicas independientes se restringe, sin que se pueda considerar al EP como prestatario que conllevaría el pago de unos intereses en concepto de préstamo o financiación recibida⁶³⁸, ni como propiedad de los accionistas que tendría derecho a recibir un dividendo.

Con todo, criticamos la imposición por parte de la OCDE de un método desconocido e incoherente con el criterio de empresa distinta e independiente y rechazamos la asignación de un capital a una parte de la empresa, porque no lo exige la redacción del precepto y alteraría la base imponible del EP, sin que en ese caso los beneficios empresariales calculados reflejasen las funciones o actividades económicas realizadas por el EP⁶³⁹.

En todo caso, el único capital asignable al EP en concepto de capital libre sería el capital social que cada ordenamiento jurídico interno de cada jurisdicción puede exigir en la constitución de una sociedad. No obstante, comprendemos la dificultad de determinar esta cuantía, ya que dependiendo de la normativa interna de cada Estado puede establecer distintas cuantías en concepto de capital social dependiendo del tipo de sociedad.

⁶³⁷ NOUEL (2011), p.10.

⁶³⁸ *Caso II R 95/89* (1995, Tribunal Federal Fiscal, Alemania). El Tribunal rechazó el recurso interpuesto por el contribuyente, una entidad belga que tenía un establecimiento permanente en Alemania, que trataba de considerar parte del capital atribuido al establecimiento permanente como deuda o financiación ajena, deduciéndose los correspondientes intereses derivados del pago y devolución del capital a su casa central belga. Aplicando el Derecho doméstico alemán, el Tribunal afirmó que los activos y las deudas de una entidad extranjera deben ser a tribuidos al EP localizado en Alemania en la medida en que, los activos son utilizados, y la deuda mantiene una conexión con el EP. Es decir, la deducción sólo es posible para aquellas deudas que ha incurrido el propio establecimiento permanente, o la Casa Central en favor del EP. Y en todo caso éste deberá ser tratado como una empresa distinta e independiente.

Otras Sentencias similares son: Finanzgericht Baden-Württemberg, 8 abril 1991, No. 3 V 27/90, IStr 1992,93, Alemania; Finanzgericht Münster, 21 enero 1993, No. 14 k 5104/90 F, EFG 1993, 725, Alemania. En contra, *ABN AMRO Bank N V v. CIT* (2010, Tribunal Supremo de Calcuta, India). El Tribunal permitió la deducibilidad en concepto de intereses pagados por el establecimiento permanente de la empresa holandesa ABN AMOR Bank NV a su casa central. Dicha postura también fue adoptada por el Tribunal Supremo en el Caso *UOI v. Azadi Bachao Andolan and Anr.* (263 ITR 706), India.

⁶³⁹ *Caso 02/04601* (2004, Tribunal de Apelación, Holanda). El caso versa sobre una entidad residente en Bélgica que posee un establecimiento permanente en Holanda. En contra de nuestra postura, el Tribunal afirma que la entidad no residente no es libre de financiar a su establecimiento permanente completamente mediante deuda. Afirma que el criterio de empresa separada no implica esta consideración. El Tribunal sin prestar demasiada atención a los argumentos del contribuyente deniega la financiación del EP porque el EP no cuenta con una cuantía de capital libre.

En este sentido véase: *Caso Vakstnieuws*, 17 junio 2004, No. V-N 2004/29.1, Holanda. En atención a nuestros razonamientos y argumentos estamos en contra de este pronunciamiento.

En definitiva, en atención a los argumentos expuestos defendemos un cúmulo de razonamientos que se oponen a la asignación de un capital libre al EP. Por consiguiente, el Informe OCDE 2010 es inadecuado en este contexto al no ceñirse a la redacción e interpretación inferida del art.7.2 MCOCDE 2010.

5.2. Problemas derivados de la diversidad de métodos propuestos en el Informe OCDE 2010.

Sin perjuicio de los argumentos e ideas expuestas anteriormente, que rechazan el AOA en relación a la necesidad de asignar un capital libre al EP, este apartado analiza la carencia de uniformidad de los métodos propuestos en el Informe OCDE 2010 para asignar el capital libre al EP.

El AOA indica que la asignación del capital libre debe asignarse a través de un proceso compuesto por dos etapas. En primer lugar, se deben identificar los riesgos que derivan de las funciones humanas sustantivas realizadas por el EP y los activos utilizados. En segundo lugar, hay que determinar el método más adecuado para asignar dicho capital libre al EP conforme al ALS⁶⁴⁰.

Con este objetivo, el Informe OCDE 2010 contempla distintos métodos, los cuales han sido divididos en dos grupos; por un lado, los métodos centrados en la estructura del capital de la empresa, los cuales consisten en atribuir el capital libre dependiendo de las funciones, activos y riesgos asumidos por el EP. Por otro lado, los métodos centrados en la estructura del capital en comparación con entidades independientes⁶⁴¹.

A continuación, en remisión al Informe de la OCDE 2010 exponemos brevemente los métodos para poner de manifiesto que la ausencia de un consenso en esta materia, puede dar lugar a resultados distintos dependiendo del método que se utilice.

El criterio de reparto del capital: el capital libre se asigna teniendo en cuenta la proporción de activos y riesgos atribuidos al EP, determinados de acuerdo con el análisis funcional y

⁶⁴⁰ Contra, el *Caso 30.294* (Tribunal Supremo, Holanda) dicho criterio puede no resultar adecuado cuando no existan comparables o existan múltiples y notables diferencias con las empresas independientes que puedan dar lugar a una atribución de capital inadecuada o arbitraria. Hay que tener presente todas las circunstancias, y en ocasiones, pueden diferir notablemente unas de otras.

En la misma línea, *Hoge Raad* (Tribunal Supremo), 7 de mayo 1997, nr. 31.795, BNB1997/264, Holanda.

⁶⁴¹ MONSENEGO (2016), p.139.

factual. En los casos en los que la estructura de endeudamiento de la empresa a la que pertenece el EP en cuestión se encuentre en condiciones iguales o similares, el resultado alcanzado por dicho método podría conducir, con relativa facilidad, a una atribución de capital libre al EP, comparable al que precisaría una empresa separada e independiente, en condiciones de libre competencia. Aunque, el principal inconveniente es cuando el EP realiza actividades totalmente distintas o en condiciones muy diferentes a las del resto de la empresa.

El criterio del capital económico: se basa en la valoración de los riesgos que más afectan a la rentabilidad de la empresa. Aunque, la principal dificultad es la ausencia de sistemas adecuados para la mediación de tales riesgos.

El criterio de la subcapitalización: requiere que el EP posea la misma dotación de capital propio que una empresa independiente en el Estado de localización del EP y que desarrolle las mismas actividades económicas equiparables. Lo cual implica, un primer paso, determinar la financiación total que requeriría el EP, y en segundo lugar, diferenciar la parte de esta financiación que debería suponer un coste en términos de intereses del resto, lo que se correspondería con el capital libre.

El criterio de régimen de protección, cuasi-capitalización o criterio del capital mínimo regulado⁶⁴²: también es conocido por el método del “puerto seguro”⁶⁴³, requiere que los EPs de empresas financieras deben poseer cuando menos la misma proporción de recursos propios que la que se requiera a efectos regulatorios a una institución financiera en el Estado de localización del EP.

El Informe de la OCDE 2010 propone diversos métodos, bien porque el EP realiza actividades similares a las del resto de la empresa y resulta complicado determinar cuáles son las funciones, activos y riesgos que el EP asume, o bien porque la naturaleza de las actividades que realiza el EP o el modo de realizarlas son poco común, o incluso únicas, y entonces es difícil encontrar comparables. En todo caso, el resultado es que son difíciles de aplicar y en multitud de ocasiones no presentan resultados acordes con el estándar de plena competencia⁶⁴⁴.

⁶⁴² Este criterio se analiza, sobre todo, en *OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments – Part II: Special Considerations for Applying the Authorized OECD Approach to Permanent Establishments (PEs) of Banks*, pp.77-126.

⁶⁴³ CALDERÓN CARRERO (2015), p.275.

⁶⁴⁴ NOUEL (2011), p.8.

Parte de la doctrina internacional, califica como uno de los defectos más relevantes del Proyecto de atribución de beneficios al EP de la OCDE⁶⁴⁵ el hecho de que el Comité Fiscal de la OCDE no haya sido capaz de lograr un consenso suficiente a la hora de fijar un único método para determinar el capital libre⁶⁴⁶.

La falta de un acuerdo único en esta materia, conlleva como principal consecuencia negativa que cada uno de ellos derive en un resultado distinto, dependiendo del método que se utilice. Ello, genera numerosos conflictos entre Administraciones tributarias que en última instancia derivan en situaciones perjudiciales para el contribuyente⁶⁴⁷. Estas dificultades cuestionan y debilitan aún más la proposición formulada por la OCDE.

La utilización de distintos métodos por parte de las Administraciones tributarias, tanto del Estado de la residencia como del Estado donde se localiza el EP, no sólo puede desembocar en situaciones de doble imposición internacional sino también en escenarios de doble no imposición⁶⁴⁸.

No obstante, la OCDE considera que ello no es un problema, porque en el supuesto de que se diese una doble imposición el apartado 3 del borrador del artículo 7 MCOCDE 2010 la eliminaría⁶⁴⁹. Aunque, como hemos explicado en el capítulo anterior, lo cierto es que, en remisión al artículo 25 MCOCDE, el procedimiento de acuerdo amistoso⁶⁵⁰ entre Administraciones tributarias no es ni sencillo ni breve en cuanto a su aplicación⁶⁵¹.

⁶⁴⁵ BAKER; COLLIER (2009), p.202.

En este sentido destacamos el *Caso II R 95/89* (1994, Tribunal federal fiscal, Alemania), el Tribunal acepta el método directo para que el establecimiento permanente localizado en Alemania, que pertenece a una empresa belga, calcule el capital necesario. Por contra, el Tribunal Finanzgericht Bade-Württemberg (Tribunal fiscal), 8 abril 1991, No. 3 V 27/90, IStR 1992,93, consideró el método indirecto como el más apropiado. En esta línea también encontramos la decisión del Bundesfinanzhof, 20 julio 1988, No. I R 49/84, BStBI II, 1980.

⁶⁴⁶ BENNETT; DUNAHOO (2005), p.60.

⁶⁴⁷ MÜLLER (2017).

⁶⁴⁸ NIJKEUTER; BROUWERS (2012), p.448.

⁶⁴⁹ COPE (2008), p.640.

⁶⁵⁰ ARNOLD (2009), p.179.

⁶⁵¹ ARNOLD (2007), pp.312-337. BOBBETT; AVERY-JONES (2010), pp.20-27.

5.3. Excepción en la asignación del capital a los EPs de bancos.

La segunda parte del Informe OCDE 2010 analiza con detalle las consideraciones específicas sobre la aplicación del AOA a los EPs bancos⁶⁵².

En el contexto de las entidades bancarias⁶⁵³, el concepto de asignación de capital libre es distinto debido a las particularidades y regulaciones específicas que están obligados a cumplir⁶⁵⁴.

Aunque la redacción del precepto sea la misma para este tipo de EPs, en nuestra opinión la asignación de un capital libre a los EP de bancos, es coherente debido a la naturaleza de las actividades que realiza y a las exigencias de la normativa interna de los Estados. Al margen, de estar sujetos a la normativa interna mercantil-financiera de cada ordenamiento interno y a los acuerdos internacionales, en su mayoría las entidades de esta índole deben reservar un depósito económico con la finalidad de asegurar su funcionamiento y garantías⁶⁵⁵.

⁶⁵² *OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments – Part II: Special Considerations for Applying the Authorized OECD Approach to Permanent Establishments (PEs) of Banks*, pp. 77-126.

⁶⁵³ GAZZO (2009), pp.647-653.

⁶⁵⁴ FAIFERLICK; de MIK; DIAKONOVA (2006), p.4 explican que “los Acuerdos de Basilea “Basel Committee on Banking Supervision, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards”, el objetivo del Acuerdo sobre el Capital de Basilea era reforzar la estabilidad del sistema bancario internacional, minimizar la existente desigualdad financiera competitiva entre bancos internacionales y determinar el capital mínimo requerido”. BALDI (2017), p.20 explica que “Basel I concluyó en 1988, estableció las primeras reglas sobre la estructura de un capital mínimo requerido. En 2004, Basilea II, este nuevo acuerdo dividía el capital en dos categorías, TIER 1 y TIER 2, en relación con la duración permanente de la inversión y el tratamiento de los intereses posteriores. Por último se publicó Basilea III”.

⁶⁵⁵ *Caso 02/04601* (2004, Tribunal de Apelación de Ámsterdam, Holanda”. Es uno de los múltiples ejemplos sobre esta materia. En este caso, el contribuyente era una entidad belga que poseía una permisibilidad del Banco Nacional belga para desarrollar las actividades de una entidad de crédito en Holanda.

También véase: *Caso 344990* (2014, Tribunal Supremo Administrativo, Francia). El caso versa sobre un banco alemán que tiene un establecimiento permanente en Francia. Las Autoridades fiscales francesas discuten que el nivel de endeudamiento del EP es excesivo y como consecuencia deniega la deducibilidad del pago de intereses a su Casa Central. Sin embargo, finalmente el Tribunal desestima la decisión adoptada por las Autoridades fiscales que el EP posee el capital propio de una entidad legal independiente en sus mismas condiciones y similares actividades.

Esta misma postura en los siguientes dos pronunciamientos: *Unicredit* (2014, Tribunal Supremo Administrativo, Francia) en relación a una entidad italiana con un EP en Francia; *Caixa Geral de Depósitos* (2014, Tribunal Supremo Administrativo, Francia) sobre una entidad residente en Portugal que posee un EP en Francia.

A colación, analizamos el Caso ING Bank España⁶⁵⁶ que constituye un precedente en la atribución de los beneficios a los EPs bancarios respecto a la asignación de un capital libre al EP⁶⁵⁷.

La Sucursal de *ING Bank NV* situada en territorio español, que operaba bajo la licencia bancaria única otorgada por el Banco Central de Países Bajos a tal Banco residente en tal Estado miembro de la UE. La controversia tiene que ver con sus declaraciones tributarias en IRNR (2002-2003), de suerte que la Inspección de Tributos realizó una corrección de la base imponible declarada por tal Sucursal (EP ING Bank) minorando las bases imponibles negativas reduciendo el gasto de intereses de capitales ajenos deducidos indebidamente por la misma, al entender la AT que una parte de los recursos ajenos anotados en los Libros de la sucursal, constituían “capital libre” o fondos propios. No obstante, tal cuantía de fondos propios no figuraba contabilizada como tal en los libros del EP sino que se registraba como recursos ajenos en su mayor parte por la CC y una entidad del grupo residente en Alemania (gastos financieros deducibles)

El contribuyente se opuso a tal corrección de la base imponible pero el Tribunal Económico Administrativo Central⁶⁵⁸ (en adelante, TEAC) desestimó el recurso planteado, lo cual conllevó la imposición de otro recurso ante la Audiencia Nacional (en adelante, AN), cuya decisión estimó el recurso resultado contraria con el planteamiento de la Inspección y del TEAC.

Centrados en lo que respecta a la asignación o no del capital libre, y no en lo relativo a la relación entre ambas redacciones del artículo 7 MC OCDE, la cuestión no recaía sobre la fórmula operativa financiera en el marco fiscal, sino en determinar si el EP estaba dotado de tal estructura de capital propio. Es decir, en nuestra opinión se cumple la argumentación expuesta anteriormente sobre la obligación de que estos EP de bancos poseen un capital libre debido a la naturaleza de sus actividades financieras.

En realidad este Caso no cuestiona en ningún momento si el EP financiero debe poseer o no un capital libre, sino simplemente cuestiona si la cuantía asignada es la correcta. Desde nuestro razonamiento y en lo que a nuestra cuestión respecta no hay duda de que este tipo de EP deben poseer un capital libre, pero esta obligación no es extrapolable al resto de

⁶⁵⁶ SAN 10 julio 2015, caso ING Bank (2015, Audiencia Nacional, España). GARCÍA HEREDIA (2016).

⁶⁵⁷ CALDERÓN CARRERO (2015), p.233-237. CALDERÓN CARRERO; PALACÍN (2015).

⁶⁵⁸ TEAC 20 mayo y 26 junio 2012 (2012, Tribunal Económico Administrativo Central, España).

los EP que resultan no financieros. En base a los argumentos expuestos anteriormente, primero porque la redacción de la norma convenida no exige a ello, y segundo porque la normativa interna mercantil-financiera se limita a aplicar dicha exigencia a los EP financieros debido a la naturaleza de sus actividades.

Finalmente este tribunal afirmó que el EP de ING Bank contaba que en relación con su estructura financiera el EP ya contaba con un capital libre adecuado por lo que no existía ninguna razón para denegar la deducibilidad fiscal de los intereses pagados por dicho establecimiento permanente.

5.4. Conclusiones.

Esta parte del trabajo ha analizado y valorado críticamente la asignación de un capital libre al EP, concluyendo que debemos desestimar la propuesta formulada por el Informe OCDE 2010, porque, por las siguientes razones, esta metodología no está en consonancia con la dicción del art.7.2 MCOCDE 2010.

En los distintos apartados, hemos intentado poner de manifiesto que, además de que este elemento no es exigido por la redacción del precepto 7.2 MC OCDE 2010, la asignación de un capital supondría una extralimitación en el alcance de la finalidad del art.7 MCOCDE 2010 y al objetivo del EP.

La redacción de este precepto indica que es necesario determinar las funciones por el EP, asignar los activos y determinar los riesgos asumidos, pero este documento de carácter *soft law* se extralimita al incluir también un elemento que no tiene apoyo legal alguno al no estar presente en el texto del artículo, que ni siquiera emana de su interpretación. Además la finalidad del artículo queda restringida al ámbito tributario, limitada a atribuir al EP los ingresos y gastos que derivan de las actividades empresariales que realiza, por lo que el capital no tiene cabida al ser considerado un elemento de carácter legal o mercantil. Además, su asignación, podría alterar la base imponible del EP.

En el contexto de la asignación de capital de capital el argumento es similar al apartado en el que determinábamos los activos al EP. En éste rechazamos la figura de la propiedad económica o arrendatario porque, además de otras razones, implicaba la generación de nuevas operaciones internas ficticias distintas a las funciones realizadas por el EP, que repercutían en la determinación de la base imponible de esta parte de la empresa. Es decir,

la determinación de los beneficios del EP que restringida a las actividades empresariales realizadas por esta parte de la empresa, y en ningún caso, puede verse alterada su base imponible por el hecho de tener en cuenta cualquier otro elemento.

Por tanto, la asignación del capital al EP, queda restringida al contexto de los EPs de bancos o financieros porque, debido a la actividad económica que realizan, normalmente este elemento es exigido por la normativa interna del Estado donde se localiza y por los acuerdos internacionales.

No obstante, si considerásemos necesario asignar un capital al EP en todo caso, en atención al art.7.2 MCOCDE 2010, el Informe OCDE 2010 tampoco resultaría aplicable. Este documento se limita a afirmar que hay que entregar al EP una cuantía, en concepto de capital libre, que en ningún caso da lugar al pago de un interés como si de un préstamo se tratase. Lo cual, es un concepto desconocido desde la perspectiva jurídica, y como mucho, en todo caso sería asimilable al capital social mínimo exigido por la normativa interna aplicable en la constitución de una sociedad.

De modo que, en todo caso, si se asignase un capital al EP, de acuerdo con la ficción del EP, debería asimilarse a un capital ajeno y participación en los fondos propios de la empresa, lo cual podría ser objeto de un reparto de dividendos tras la acreditación de los beneficios empresariales, o una financiación ajena, que contemplaría el pago de intereses en remuneración del capital prestado⁶⁵⁹.

En definitiva, la propuesta de formulada por el Informe OCDE 2010, al hilo de la metodología del Criterio Autorizado, opinamos que debe ser rechazada al ampararse en un concepto jurídicamente desconocido que no tiene cabida desde el punto de vista de la redacción e interpretación que se infiere de la dicción del art.7.2 MCOCDE 2010. Por consiguiente, en atención a las conclusiones derivadas de los argumentos y razonamientos expuestos en este apartado, entendemos que la asignación del capital libre al EP debe ser reconsiderada tanto a nivel conceptual como metodológico.

⁶⁵⁹ *Caso I 323/1991* (1992, Tribunal Supremo, Dinamarca). El caso versaba sobre una entidad residente en Estados Unidos (Texaco Inc.) cuya actividad era participar a través de una delegación danesa como socio en un grupo de entidades danesas. Las actividades de la sucursal danesa fueron financiadas a través de un préstamo interno por parte de la entidad residente americana. En el cálculo de la base imponible de la sucursal danesa se ignoró el préstamo interno, considerándolo como fondos ajenos, y por ende, no conllevaban ninguna implicación fiscal. Por tanto, los intereses relativos a dicha parte del préstamo no podían ser deducibles.

6. ASUNCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS DIRECTRICES DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA PARA VALORAR LAS OPERACIONES INTERNAS.

La segunda ficción que emana de la redacción del art.7.2 MCOCDE 2010, que compone la segunda fase del AOA, desarrollada en el Informe OCDE 2010, establece que, tras identificar las operaciones internas realizadas por el EP, éstas deben valorarse a precios *at ALS*. Para ello, la OCDE indica que hay que aplicar por analogía las DPT OCDE.

En lo relativo a la segunda fase, de la interpretación del artículo 7.2 MC OCDE 2010 a lo sumo se entiende que, tras la delimitación de las relaciones internas calificadas como operaciones internas o *dealings*, éstas deben ser valoradas en cumplimiento del denominado ALS. No obstante, los CMCOE y el Informe OCDE 2010 van más allá al indicar que para ello deben ser aplicadas por analogías las pautas establecidas en las DPT.

Desde nuestro punto de vista, no rechazamos que la redacción del precepto obliga a valorar las operaciones internas en aplicación del ALS, o lo que es lo mismo, como si se tratasen de persona jurídicas independientes que realizasen las mismas o similares actividades en idénticas o similares condiciones. Pero, el precepto no especifica la aplicación de este conjunto de pautas, diseñadas por la OCDE para valorar las operaciones entre empresas vinculadas,

No obstante, a fin de no extralimitarse en el objeto de estudio planteado en este trabajo de investigación, asumimos la aplicación de las DPT para valorar las operaciones internas de acuerdo con el estándar de plena competencia. Aunque, es cierto que la redacción del art.7.2 MCOCDE se explicita esta obligación de aplicar estas pautas de la OCDE.

7. CONCLUSIONES DEL TERCER CAPÍTULO.

Este capítulo toma como punto de referencia el art. 7.2 MCOCDE 2010, con la finalidad de valorar críticamente si la metodología del denominado AOA, supuestamente

desarrollada en el Informe sobre atribución de beneficios empresariales al EP de la OCDE 2010 está, o no, en consonancia con la redacción e interpretación que se infiere de la dicción de este precepto.

De la redacción del artículo 7.2 MCOCDE 2010 emanan dos ficciones para atribuir los ingresos y gastos al EP. La primera, indica que hay que tener en cuentas las funciones realizadas por el EP, los activos utilizados y los riesgos asumidos. La segunda, establece que, tras la identificación de las operaciones internas deben valorarse de acuerdo con el estándar de plena competencia.

Por su parte, la metodología del Informe OCDE 2010, se divide en dos etapas que, de algún modo, se identifican con las ficciones que emanan de la redacción del precepto, pero que no por ello significa que estén en consonancia.

La primera fase, propone una ficción que trata de asimilar al EP a una empresa distinta e independiente, para lo cual establece que hay que delimitar las funciones humanas sustantivas realizadas por el EP, determinar los activos utilizados, y reconocer los riesgos asumidos por esta parte de la empresa. Así, en base a estos factores, se debe asignar una cuantía en concepto de capital libre.

Como a continuación detallamos, las conclusiones de estos apartados ponen de manifiesto, por un lado, que la metodología para abordar todos y cada uno de estos elementos ni está en consonancia con la interpretación que se infiere de la redacción del art.7.2 MCOCDE 2010 ni satisface la ficción de asimilar al EP como una empresa distinta e independiente.

Estas conclusiones, en suma de las conclusiones del capítulo anterior, también ponen de manifiesto la dificultad, o incluso imposibilidad, de asimilar al EP a una empresa persona jurídica independiente.

La segunda fase, tras la identificación de las operaciones internas realizadas por el EP, indica que éstas deben ser valoradas en cumplimiento con el estándar de plena competencia. Para ello, el Informe OCDE 2010 indica que hay que aplicar por analogía las DPT OCDE.

A fin de no extralimitarnos en nuestro objeto de estudio, asumimos la aplicación de las pautas establecidas en este documento *soft law* para valorar las operaciones internas realizadas por el EP.

A continuación exponemos con detalle las conclusiones derivadas del análisis de cada uno de los elementos, y valoramos críticamente si la metodología del Informe OCDE 2010 está, o no, en consonancia con la redacción del art.7.2 MCOCDE 2010.

Primero, la metodología del AOA, toma como elemento de referencia, del análisis funcional y factual, las denominadas funciones humanas sustantivas. Afirma que éstas son las funciones realizadas por los niveles más bajos u operativos de la empresa, y responden a las funciones relacionadas con la toma activa de decisiones y gestión.

Pensamos que la OCDE ha propuesto una metodología restringida que incumple tanto el sentido de la redacción del art.7.2 MCOCDE 2010 como la interpretación que se infiere del mismo, porque ésta simplemente hace referencia al término “...*funciones desarrolladas...*”.

La metodología propuesta en relación con las funciones humanas sustantivas no permite considerar por separado la figura del EP sino que, en contra a la redacción del precepto, hay que tener en cuenta las funciones realizadas por las distintas partes de la empresa para identificar si las funciones del EP deben entenderse como sustantivas, o no.

El Informe OCDE 2010 considera que sólo se deben tener en cuenta las funciones de esta índole, porque sólo éstas aportan valor al EP. De manera opuesta, entendemos que, en atención a la redacción del artículo, es necesario valorar todas y cada una de las funciones realizadas por el esta parte de la empresa. Las funciones realizadas por el EP no están a expensas del resto de la empresa, sino que debemos tener en consideración todas las funciones que realiza porque, en mayor o menor medida, todas ellas generan valor para esta parte de la empresa.

Por ello, también pensamos que es inadecuado el planteamiento de la OCDE. Éste considera distingue entre las funciones humanas sustantivas y las funciones auxiliares o preparatorias, pero entiende que estas últimas no aportan ni generan valor alguno para la empresa, y por tanto no se deben tener en cuenta, ni valorar, ni retribuir.

La OCDE, sólo distingue este tipo de funciones, sin embargo, opinamos que puede haber otras funciones que, dependiendo de la actividad empresarial, no se enmarquen en ninguno de estos dos grupos, tales como sería el caso de las funciones de control. Por ello, éstas también deben ser tenidas en cuenta, igual que cualquier otra formen parte de estos grupos, o no.

En definitiva, hemos concluido que hay que tomar en consideración todas las funciones realizadas por el EP de manera individualizada, porque por un lado, la redacción del artículo no se remite a las funciones humanas sustantivas sino sólo a las funciones. Así, todas las funciones deben ser retribuidas, con independencia que se remuneren a un precio más o menos elevado, este debe ser un precio *at arm's length*.

Aparte, también entendemos que este planteamiento, en ocasiones, puede resultar tanto para el propio contribuyente como, sobre todo, para las Administraciones tributarias, que pueden no tener capacidad logística ni conocimientos certeros sobre el resto de las actividades realizadas por la empresa de la que el EP forma parte.

Segundo, el art.7.2 MCOCDE 2010 afirma que “... *hay que tener en cuenta los activos utilizados*”, pero lo cierto es que ni ofrece una distinción entre ellos ni estipula una serie de pautas o criterios a seguir para atribuirlos. No obstante, ello no lo consideramos un inconveniente en tanto en cuanto podemos establecer unas pautas en atención a la interpretación inferida de la redacción del texto del artículo.

Por contra, el Informe OCDE 2010 establece una serie de pautas y criterios al hilo de la metodología del Criterio Autorizado de la OCDE 2010, no obstante éstas no están en consonancia con la interpretación que se infiere del precepto.

La metodología del AOA se basa en dos pilares, por un lado, distingue, de modo conveniente, los activos tangibles y los activos intangibles, por otro lado, tratando de equiparar al EP como una empresa distinta e independiente, establece una asimilación inadecuada del EP como propietario económico o arrendatario.

En relación con la distinción entre ambos tipos de activos, entendemos que, desde la perspectiva del art.7.2 MCOCDE 2010 es innecesario, ya que no establece ninguna distinción entre ellos. Además, en todo caso, la distinción que propone el Informe es incoherente.

Los activos tangibles, entre los que el Informe introduce a los bienes inmuebles, dependen del criterio de localización y utilización. Entendemos que el criterio de localización no debe ser válido para atribuir un determinado activo al EP porque, tal y como hemos argumentado, puede dar lugar a planificaciones fiscales abusivas a través de la deslocalización de activos con independencia de la parte que los utilice.

Por ello, consideramos que el criterio de utilización es el adecuado, puesto que éste está en línea con las funciones realizadas. Así, sólo se acepta la metodología propuesta por la OCDE cuando ambos criterios coinciden. De lo contrario rechazamos el criterio de localización, en favor del de utilización.

En lo relativo a los activos tangibles, (activos intangibles comerciales o mercantiles activo intangible de comercialización o mercadotecnia), criticamos el Informe OCDE 2010 porque propone como criterio de atribución las funciones humanas sustantivas. Tal y como hemos expuesto previamente, estas funciones no son las únicas que deben tenerse en cuenta. Este elemento no es adecuado y debemos también remitirnos al criterio de utilización del activo.

La OCDE, por medio de estos criterios trata de distinguir si el EP está actuando como propietario económico o como arrendatario de un determinado activo. No obstante, pensamos que si un determinado activo, tangible o intangible, forma parte del patrimonio de la empresa, el EP, al igual que el resto de las partes de la empresa, es propietario legal del mismo, y en ningún caso puede ignorarse dicha realidad para amparándose en un ficción para considerarlo de otro modo. Por tanto, el EP no puede ser propietario económico de un activo o arrendatario de un activo que es de su propiedad, y asumir las implicaciones fiscales que de ello derivan. Por tanto, en ningún caso puede ser considerado como propietario económico del mismo porque directamente este criterio es inexistente desde la perspectiva jurídica, por lo que no debe tener cabida alguna en este contexto.

No obstante, en todo caso, la ficción de considerar al EP como propietario económico o arrendatario no cumple con la ficción establecida por el artículo en cuestión. Una persona jurídica independiente no sólo puede ser propietario o arrendatario de un activo sino también, dependiendo del ordenamiento interno de cada jurisdicción, podría asimilarse a otras figuras legales que no han sido contempladas por la metodología propuesta. En cambio el Informe ni siquiera ha sopesado esta situación.

Igualmente, entendemos que la propuesta de consideración al EP como propietario económico o arrendatario altera la finalidad del art. 7 MCOCDE. Es decir, el objetivo del artículo es asignar los ingresos y gastos atribuibles al EP derivados de las actividades empresariales que realiza. En ningún caso es adecuado considerar nuevas operaciones internas ficticias que alteran la base imponible de esta parte de la empresa. Por tanto,

rechazamos el hecho de considerar al EP como propietario económico o arrendatario, porque implica ingresos y gastos nocionales que no derivan de las funciones y actividades realizadas por el EP.

En definitiva, las conclusiones en esta materia rechazan desestiman la necesidad de distinguir entre ambos tipos de activos, y la remisión a unos criterios diferentes para cada una de ellos, con la finalidad de concretar si el EP está actuando como propietario económico o arrendatario. Criterio que, en suma, es desconocido desde la perspectiva jurídica.

Por ello, no están en línea con la finalidad del art.7.2 MCOCDE 2010, ya que la misma debe limitarse al ámbito tributario mediante la asignación de ingresos y gastos al EP, determinando, los beneficios o pérdidas empresariales derivados de las actividades realizadas.

Tercero, el último de los elementos que el art. 7.2 MCOCDE 2010 especifica que hay que tener en cuenta son "... los riesgos asumidos..." por el EP. Estamos en desacuerdo con el Informe OCDE 2010 porque entendemos que el riesgo no sólo depende de las denominadas funciones humanas sustantivas, sino de todas las funciones que lleva a cabo el EP.

Del mismo modo que pensamos que hay que tener en cuenta todas las funciones realizadas por el EP, concluimos que todas las funciones, en mayor o menor medida, asumen riesgos que repercutirá en su valoración a precios *at ALS*.

Compartimos la idea de la OCDE de que el riesgo siempre sigue a la función, ya que por naturaleza no puede existir ninguna función sin riesgo y ningún riesgo sin función. En cambio, a diferencia de la OCDE, entendemos que éste sí puede llegar a externalizarse. Es decir, la incertidumbre de la posible pérdida económica que deriva de la realización de una función puede ser asumida por otra empresa, a cambio de un prima. Es decir, el EP, a cambio de un gasto en concepto de prima pagada a otra entidad, puede limitar su riesgo y pérdida económica. De modo que, aunque el riesgo derivado de la función sea el mismo, se restringe la asunción del mismo por parte de la OCDE.

Cuarto, la redacción del art.7.2 MCOCDE 2010 no obliga a tener en cuenta ningún elemento adicional para asignar los ingresos y gasto, sin embargo, la metodología del

AOA parece que va más allá al considerar que también hay que asignar al EP una cuantía en concepto de capital libre.

El Informe OCDE 2010, explica que el capital libre responde a una cuantía económica, necesaria para llevar a cabo las funciones y utilizar los activos necesarios, que no puede ser asimilada a un préstamo, por lo que ni conlleva una devolución con el correspondiente pago de intereses, ni da lugar a la deducibilidad de un gasto bajo dicho concepto.

El precepto no hace referencia a este término, pero es que directamente, este término es desconocido desde la perspectiva jurídica. Además, la ficción del EP queda limitada al ámbito puramente tributario, y el capital responde a un elemento legal o mercantil. Los beneficios o pérdidas empresariales deben ser un reflejo de las funciones y actividades realizadas por dicha parte de la empresa, por ello, no debe tenerse en cuenta ningún otro elemento que pueda influir en la determinación de su base imponible. Y en este sentido, la consideración del capital implicaría una serie de pagos nomenclales que infringirían con dicha limitación derivada del propio art.7 MCOCDE.

En cualquier caso, si tuviésemos en cuenta la asignación de un capital al EP creemos que éste debería asimilarse a una participación en los fondos propios de la entidad, que daría derecho a participar en el reparto de beneficios mediante el reparto de dividendos, lo cual no es posible en el contexto de una misma empresa. O sino, se debería llevar a cabo mediante una financiación ajena, asimilada a un préstamo que daría lugar a un pago nomenclal en concepto de interés. Más allá de estas consideraciones, como mucho podríamos asimilar el capital libre al capital social de una entidad, aunque este dependería del ordenamiento jurídico interno aplicable, y del tipo de sociedad constituida, lo cual también supone una dificultad.

Además, si en todo caso tuviésemos en cuenta el capital social, observamos que los distintos métodos que propone el Informe OCDE 2010, ponen de manifiesto la ausencia de un carácter unánime en cuanto al método aplicable, que podría alterar de manera distinta la base imponible del EP, dependiendo del método utilizado.

Por consiguiente, todos los argumentos propuestos rechazan la asignación de un capital al EP, a excepción de EPs de bancos o entidades financieras, que por exigencias legales internas e internacionales, deben dotar de cierto capital a esta parte de la empresa.

Con todo, tras analizar la primera fase del AOA, concluimos que, de acuerdo a las ideas y argumentos expuestos, esta no está en consonancia con la primera ficción que emana del art.7.2 MCOCDE 2010.

En relación a la segunda ficción del art.7.2 MCOCDE 2010, tras la identificación de las operación internas realizadas por el EP, exige que éstas deben valorarse a precios *at arm's length*. En este sentido, la segunda fase del AOA estipula que para aplicar el ALS, debemos aplicar por analogía las DPT OCDE.

La aplicación de estas pautas no se pone de manifiesto en la redacción del precepto, no obstante, a efectos de no extralimitarnos en el objeto de estudio de este trabajo, asumimos que este conjunto de pautas reflejan el ALS y que son aplicables para valorar las operaciones internas realizadas en el contexto del EP.

En definitiva, en este capítulo hemos cuestionado si la metodología del AOA, supuestamente desarrollada en el Informe OCDE 2010 está, o no, en consonancia con la redacción e interpretación que se infiere de la dicción del art.7.2 MCOCDE 2010. Concluyendo, de acuerdo con los argumentos expuestos que, en su mayoría, el contenido de este documento *soft law* no tiene cabida desde la perspectiva del precepto en cuestión.

Por consiguiente, a la vista de las conclusiones, concluimos proponiendo una revisión de esta metodología propuesta por la OCDE. Asimismo, de acuerdo con el capítulo anterior, opinamos que la ficción adecuada del EP debe asimilarlo a una empresa separada, limitada al ámbito puramente tributario, con la finalidad de asignar los ingresos y gastos que derivan de las actividades empresariales realizadas por esta parte de la empresa.

FINAL CONCLUSIONS.

I. The lack of binding rules regarding the methodology to assign income and expenses to the permanent establishment does not imply that, in any case, the soft law documents are applicable.

1st The conventional legal-tax regime of the allocation of income and expenses to the PE is framed in the double tax convention and the internal regulations of the States. This conventional legal-tax regime only and exclusively exposes a set of rules as a rule but in no case suppose an interpretation of the guiding criteria that govern the attribution of profits or business losses to the PE. Also, to this end they establish a method but do not detail the applicable methodology.

This substantive regime of the PE, characterized by the scarcity of binding rules, has meant that the OECD has developed soft law documents for decades in order to expose the interpretation that is inferred from the binding rules in order to stipulate, in relation to each method, the applicable methodology to allocate the income and expenses to the PE.

The application and constant reference to these documents, typical of soft law, has meant the assimilation of them to a binding norm. Even in cases in which the non-binding text formulates an interpretation of the rule that is not inferred from the diction of the precept in question, it exceeds the content and scope of the legal concepts present in its wording or exposes a methodology that has no place in accordance with the binding guidelines established in the applicable passage.

This practice coined as hardening soft law should be restricted. In relation to the matter that concerns us, the referral to the OECDMCC and the OECD Reports on attribution of profits to the PE, among other documents, is not applicable in any case. These non-binding documents are conditioned to be consistent with the interpretation that emanates from the diction of the applicable precept (pp. 25-30).

This paper has tried to show that many of the proposals formulated by the OECD Reports on attribution of profits to the PE elaborated during 2001 to 2008 were not in line with the meaning and juridical scope of the previous wording of art. 7 OCDEMC. For this reason, the OECDMCC of this precept regarding such reports should be eliminated, as long as they are not applicable (pages 87-99).

Finally, this work has tried to show that the methodology proposed by the 2010 OECD Report is not in line with the interpretation that is inferred from the latest version of art.7 OECDMC (203-286).

II. The rule of distribution of the taxation rights of business profits is consistent with the objective of the permanent establishment.

2nd Regardless of the set of material taxation rules that make up the taxation of the business profits that are attributable to it, the rule of distribution of the taxation of business profits stipulated in art.7.1 OECDMC is a logical complement to the objective of the PE. Without the existence of a tax rule that would allow the State where it is located subject to tax the profits attributed to it, the legal figure that entails this legal institute would be meaningless (pp.30-32).

3rd According to the objective of the PE and the interpretation that is inferred from the first section of art. 7 OECDMC, in any of its versions, the criterion of functionally separate company must be applied instead of the criterion of relevant business activity.

The criterion of a functionally separate company allows income and expenses charged to the PE to be separately consolidated from the rest of the company, without being conditioned positively or negatively by other parts of the company whose actions have no connection with that legal institute. On the contrary, we reject the application of the approach of relevant business activity because it only attributes profits to the PE when the company as a whole has obtained a positive result, limits the profits attributed to the PE because they will never be higher than those obtained by the total of the functions made (pp.32-34).

4th The rule of distribution of the tax right of business profits reinforces the functionally separated entity approach by denying the principle of force of attraction. Denies that the State where the PE is located can subject to tax the income obtained by the company not resident in that State, unless there is an economic connection with it.

We think that the interpretation that emanates from the precept obliges us to reject the attribution of income to the PE by the mere fact that it has been generated in the territory

where it is located, since, the existence of a geographical link does not justify its attribution (pp.34-36).

5th In order to specify the term and avoid possible discrepancies between the Contracting States, we thought that it would be necessary to conceptualize the term as the result derived from the allocation of income and expenses to the PE according to an economic link of the PE in connection with the functions made.

The definition of this term should be introduced in the articles of the convention because the reference to domestic law is not necessary, insofar as a definition of the term at this level would only be taken into account if it coincided with the meaning introduced at a conventional level. In addition, the reference to domestic law in search of a definition of the term business benefit entails the possibility of falling back on divergent interpretations formulated by each of the Contracting States, and this could end up in situations of double taxation or double non-taxation.

However, the fact of referring to the attribution of profits or losses to the PE is erroneous, because ultimately these are not attributed because they are theirs, but are determined or quantified based on the result derived from both elements. In this sense, the use of the expression attribution of profits to the PE, commonly used by the OECD and a large part of the international tax doctrine should be reduced (or eliminated) (pp.36-41).

This conclusion emanates from the diction of art.7.1 OECDMC, which as it says business profits are subject to taxation or taxation but not attributed. The expression attributed business profits is misleading insofar as income and expenses are allocated and the profits are taxed. So when we make use of the almost qualified as an expression attribution of the profits to the PE, we must understand that it is the final result of the process of assigning income and expenses to it.

III. The permanent establishment represents a necessary fiscal nexus between the State of the source and the business profits obtained by a non-resident entity.

6th The arts. 5 and 7 of the OECDMC maintain a necessary reciprocal relationship. The realization of a set of business activities in a State by a company resident in another State,

entails the accreditation of an PE in response to the parameters established in art. 5 OECDMC. This center of attribution of income requires to be endowed with economic content through the attribution of income and expenses based on the guidelines stipulated in art. 7 MCODE.

The relationship between both articles is reciprocal. It makes no sense that before the possibility exists that there is an PE in a State there is no set of rules and guidelines to determine the business profits or losses attributable to it. Also, it is not consistent that there are rules or guidelines for this objective without thinking about this legal figure.

This conventional normative entails that there may be an PE whose calculation of its taxable base yields a negative or positive result, or by coincidence of income and expenses turns out to be zero, in no case can there be an inactive PE, since at least, the PE is they will allocate incomes and expenses from the activities that underlie their constitution.

7th The art.5 OECDMC contemplates a typology of PEs composed of the PE fixed place of business, PE dependent agent and the construction PE, reason why indirectly rejects the PE services and the digital PE.

However, based on the proposals made by the Action Plan on BEPS, any modification of the minimum threshold for improvement directly affects the taxation of the non-resident entity. Taking into account that the entity residing in another State must apply a mechanism to eliminate international double taxation derived from the taxation of business profits attributed to the PE, any decrease in the threshold of improvement means that with greater ease the business activities carried out in another State can result in an PE. Therefore, if business profits are imputed, they will be subject to taxation and the State of residence must eliminate it (pp.46-50).

IV. The first works of the League of Nations consecrate the direct method to impute the business profits or losses to the permanent establishment, with preference to the indirect method.

8th The work of the League of Nations was the predecessor of art.7 OECDMC, that states the distribution of the tax right of business profits and the methods to impute business

profits or losses to it. The League of Nations somehow established the guiding criteria that currently govern the determination of business profits.

This Organization consolidated the separate accounting method in line with the theory of a separate company that required the valuation of dealings in compliance with the Arm's Length Standard. This method started from the fictitious assumption of a separate character from the PE, treated it as an autonomous and individualized entity from the rest of the business unit and required the valuation of dealings in accordance with the Arm's Length Standard, resorting ultimately to the accounting or own accounts to determine the profits or losses attributable to it.

However, the League of Nations, in consideration of the legal nature of the PE, also formulated the indirect or fractional distribution method based on a series of distribution factors or coefficients (assets, gross income, number of workers, among others), although this only had to be applied with residual or alternative and exceptional character.

In any case, these first works already showed the existence of different alternatives to achieve the same objective. Thus, a scenario was forged that, with the passage of time, would not only change but was increasingly heterogeneous (pp.56-60).

V. The OECD Reports on attribution of profits to the permanent establishment, drawn up in line with the proposed Work Hypothesis, are not in keeping with the wording and interpretation that is inferred from the previous wording of Article 7 of the OECD Model Convention.

1994 OECD Report on attribution of profits to the permanent establishment.

9th The OECD continued the work initiated by the League of Nations regarding the allocation of income and expenses to the PE. These were reflected in the wording of art.7 OECDMC, which remained virtually unchanged until the 2010 OECDMC. However, from 1994, and especially, during the years 2001 to 2008, the OECD produced a number of reports with the intention establish a consensus criterion to assign income and expenses to the PE, and tried to introduce its content in the OECDMCC . Practice that we conclude

and try to show that it is wrong to not be consistent with the interpretation that is inferred from the article (pp.72-75).

10th Art.7.2 1977 OECDMC is based on two fictions. The first assumption converts the center of income attribution into a center of separate and autonomous income attribution of the central house, but restricted to the purely tax area. This assumption is not synonymous with the term different and independent company because it entails that only the functions performed must be considered dealings. The second fiction entails that the dealings that you carry out with your head office or other parts of the company must be valued in compliance with the Arm's Length Standard (pages 67-72).

11th The report prepared by the OECD on the attribution of profits to the PE was the predecessor to a series of reports prepared in line with the proposed Work Hypothesis. The Committee of Fiscal Affairs of the OECD understood that in some way the relationship between the second and third section of the previous article 7 OECDMC was not precise, because while the second section required assessing the dealings between the CC and the PE in compliance with the standard of full competence the wording of the third section that suggested a deduction for expenses at cost.

He considered it essential to adopt a unique position and eliminate this "dual approach". For which, it assimilated the PE as an independent company and proposed the functions performed by the PE as a fundamental element to determine if the valuation of the same should be at cost price or at Arm's Length price.

The modifications proposed by this approach were incorporated in the Comments of the 1994 OECDMC, and this raised new issues due to the incompatibility it presented with respect to the wording of the precept. The assimilation of the PE to an independent company was inadequate, since this implied a different extension to the term of separate company, stipulated in the wording of the precept.

Also, along the lines of this fiction, he introduced the need to allocate capital to the PE, which, as we explain later in the AOA methodology, we believe that it was inappropriate to introduce an unknown term from the legal perspective, which also entails an overreaching of the tax fiction necessary to impute the profits or losses to the PE.

This report did not represent an advance neither in relation to the treatment of the dealings carried out between parts of a company nor with respect to the attribution of profits to the

PE because it did not offer reasoned, logical and systematic answers to the questions raised. It simply introduces the first approaches to a new interpretation of art.7 and a qualification regarding the applicable methodology that will later be finalized through the subsequent OECD Reports (pp.78-80).

2001 OECD Report on attribution of profits to the permanent establishment.

12th The following OECD Reports on the attribution of profits to the PE (Part I: General Considerations), prepared during 2001 to 2008 in line with the statement of the Working Hypothesis, are also not applicable according to the meaning and extension of the guiding criteria emanating from the direct method present in the previous wording of art.7 OECDMC. The main reasons for reaching these conclusions are the following:

The 2001 draft proposed a Working Hypothesis whose objective was to examine to what extent the scope and extension of the PE as a hypothetically distinct and separate company arrived and how the DPT could be applied by analogy to attribute the profits to the PE in accordance with the standard of full competition. For this, he proposed a methodology based on two fictions. The first, consisting of carrying out a functional analysis and in fact to suppose that the PE and the entity to which it belongs are two separate companies, each one with the functions it performs, the assets it uses and the risks it assumes. The second, based on the application by analogy of the Transfer Pricing Guidelines to assess the dealings carried out between the parties of the company.

Regarding the first fiction, the inadequacy not only derives from the assimilation of the PE to an independent company, instead of a separate entity, but in the methodology for the identification and assignment of these elements. Apart from the fact that the proposal to take into account these assets is not imprecise, and that by not making restrictions regarding the term functions, we assume that correctly it refers to all of them, the inadequacy arises when trying to assign legal ownership to one of the parts of the company, based on the concept of economic ownership, unknown from the legal and unenforceable perspective. Bearing in mind that from the legal point of view, the asset belongs to all parts of the entity, the creation of new fictions causes the approach to be constructed of constant assumptions and assumptions that give rise to an accumulation of inconsistencies (pp.88-93).

2004 OECD Report on attribution of profits to permanent establishment.

13th The 2004 draft proposed the economically significant functions performed by the PE personnel, called key entrepreneurial risk-taking functions, as the only functions to be taken into account to determine the economic ownership of the assets and the risks assumed by the PE. It also introduced the concept of allocation of free capital.

This division of functions does not correspond to the wording of the precept. The disadvantage is not only that it does not refer to the term, because it is implicit, but that only certain functions are taken into account in the process of quantifying the PE's tax base. The methodology proposed by this report entails a new approach that deviates from the interpretation that is inferred from the wording and objective of the precept.

It entails a problem, and therefore we cannot accept a methodology based on certain elements that are also unknown from the legal perspective, uncertain or difficult to justify elements derive from an arbitrary and conventional decision as long as they are not a product of the meaning of the standard (pp.93-96).

2006 OECD Report on attribution of profits to the permanent establishment.

14th The draft prepared by the OECD about this matter in 2006 limited the so-called KERT functions to the scope of financial entities and proposed substantive human functions -significant people functions- instead. However, it does not apply either, mainly, for the reasoning set out in the previous conclusion and for the explanations that we later explain (pp.97).

2008 OECD report on attribution of profits to the permanent establishment.

15th In 2008, as a compilation of previous drafts of the report, the OECD produced the attribution report to the PE. To the extent that the content of its part I: general considerations, is identical, we conclude that, according to the given reasons, it is not in accordance with the interpretation that is inferred from art.7.2 1977 OECDMC, and therefore its application is inadequate.

This update of the Model Convention, unlike the previous ones, incorporated in Comment 18, corresponding to the second section of said precept, the methodology of the so-called AOA. The indications of the same are scarce, and ultimately only try to refer to the report in question. Therefore, we conclude that the Comments that refer to the indications of the report that we have criticized should be ignored. In no case the introduction of this Commentary entails the inclusion of a new regime. Ultimately, following the reasoning of the 1st conclusion, to the extent that a soft law text is not consistent with the interpretation that is inferred from the applicable standard should be omitted, without in any case may involve a change in the meaning and scope of the comments and criteria established in the binding text (pp.101-103).

VI. Similarities and differences derived from the drafting of the different versions of article 7 OECDMC.

16th Article 7 2010 OECDMC, is the final product of the saga of drafts and reports on attribution of profits to the PE prepared by the Committee of Tax Affairs and Working Groups of the OECD, which develop the so-called Authorized OECD Approach. The wording of this new version of art.7 OECDMC emphasizes the conclusions that deny the adequacy and concordance of these reports with the meaning and scope of the guiding criteria of the direct method of the previous version (pp.121-122).

17th Both versions establish in their first section the distribution clause of the taxation right of the business profits obtained by an PE of an entity resident in another State. Given the possibility that the Tax Administrations of the State of residence and the State of the source impute income and asymmetric expenses, the new wording of art.7 OECDMC incorporated in its third paragraph a procedure based on adjustments and the scope of an agreement between the tax authorities.

The possibility of eliminating double taxation by instructing the other State to make the adjustments in relation to the profits or losses attributed to the PE supposes the introduction of a clause similar to the one in the second section of art.9 OECDMC, although in the last instance they are at the expense of the decision between the Tax Administrations. So if there is no consensus to allocate income and expenses to the PE, a misalignment of tax rights will be inevitable. On the other hand, the possibility that the

tax authorities resort to a procedure to reach an agreement in this matter, and thus avoid discrepant situations characterized by double taxation, is not a novelty. This provision was already foreseen in the Comments of articles 7 and 23 of the OECDMC (pp.130-132).

18th In accordance with the arguments presented in conclusion 5, the inclusion in the articles of the Model Convention of a definition of the term corporate benefit would reduce asymmetric situations, and therefore, also double taxation situations. Although definitively, situations of this nature would be eliminated by introducing a clause that obliges the State of the non-resident entity to accept the determination of the profits or losses of the PE proposed by the State of the source, at the expense of reflecting the facts and reach an agreement (pp.133-134).

VII. The comparative analysis of the direct method stipulated in the second section of the different versions of article 7 OECDMC shows that, despite being based on the same methodology, they are two different modalities, which is why they constitute a dual approach.

19th The direct method established in the latest version of art.7.2 OECDMC, proposes a methodology identical to that of the previous version based on two fictions, however, the first one instead of assimilating the PE to a separate company, part of a different fictitious assumption when considering said part of the company as an independent entity. So, regardless of assuming in both versions the fulfillment of the second fiction relative to the application of the Arm's Length Standard in dealings, the consideration of the PE from a different perspective entails two modalities of the direct method, and therefore, a dual approach relative to the conventional tax-legal regime of attribution of profits or losses to the PE (pp.123-126).

20th The new wording of the direct method makes explicit the need to take into account the functions developed, assets used and risks assumed by the PE. From the conceptual perspective this qualification does not imply a novelty, insofar as implicitly these elements are also taken into account in the application of the direct method of the previous

version. Different question is that the proposed methodology, by the OECD Reports on attribution of profits to the PE, to determine the same is, or not adequate and viable. In this regard, the 11th to 15th conclusions have exposed the inadequacy of the same in relation to the wording of art.7.2 1977 OECDMC and the reasoning of the 30th to 43rd conclusions sentence in the same sense with respect to art.7.2 2010 OECDMC (pp.139-140).

21st The object of art.7 OECDMC, in any of its versions, is embodied in a set of rules that allow, in one way or another, to determine the business profits or losses to the PE and distribute the tax right to subject that party to tax. of the company between both Contracting States, and thus, the objective of this legal figure is satisfied. So, the direct method is only a necessary mechanism to comply with the objective of art.7 OECDMC, which, in turn, is in line with the objective of the PE. Therefore, the assumption of the fiction of the PE is conditioned by these premises, and this restricts its extension solely and exclusively to the tax sphere (pp.141-142).

22nd The assumption of an assimilation of the PE to a separate company is not similar to the fiction that equates the PE to an independent entity. The fiction related to the separate entity converts that part of the company into a center of separate and autonomous income attribution of the central house for the sole objective of imputing the business profits or losses, being restricted such assimilation to a purely tax context. On the other hand, the fiction of equalization to an independent company configures the PE as a totally different company and alien to its central house, whose extension limited to the tax scope expands to all internal agreements.

Starting from the previous premises related to the objective of art.7 OECDMC, in line with the legal figure of the PE, the fiction of assimilation to an independent company is inadequate. In sum, the 30th to 43rd conclusions regarding the assessment of the application of the methodology proposed by the 2010 OECD Report regarding the interpretation that is inferred from the last wording of art. 7 OECDMC, demonstrates that this fiction is not viable either (pp.127-128).

23rd The fiction that assimilates the PE to an independent company entails an absolute independence that tries to assimilate this part of the company to an independent legal entity in the different areas, recognizing all the internal agreements as dealings assimilated to transactions. On the other hand, the PE's consideration as a separate

company responds to a restricted independence whose internal agreements distinguish between those that qualify as a dealing, whose legal-tax treatment is identical to that of a transaction between independent legal entities, and those that simply they assume the internal relationship qualification (pp.143-146).

24th The delimitation of internal agreements between the PE and another part of the company as an dealing or as a mere internal relationship directly affect the calculation of the tax base of that part of the company. Internal transactions are assimilated from the legal-tax point of view to a transaction carried out between independent parties, this entails that they must be valued in compliance with the Arm's Length Standard. These are distinguished from internal agreements that do not have such consideration and simply respond to internal relationships, which must be valued at cost because they do not represent the functions performed by the PE (pp.143-146).

25th According to the 24th conclusion regarding the objective of art.7 OECDMC, in line with the objective of the PE, the adequacy of the fiction that considers that part of the company as a separate entity, instead of independent, as we have tried to explain through a comparative analysis of dealings and transnational transactions. From the point of view of the PE's fiction as a separate company, the functions it performs are considered as dealings that must be assessed in application of the Arm's Length Standard. However, when this fiction is restricted to the tax field, the rest of the internal agreements are considered as internal relations between parties that simply must be paid at cost price, therefore, the use of an asset or capital that is the legal property of the company is not treated as a transaction that must be valued at Arm's Length price.

On the other hand, the PE's consideration as an independent entity entails that any agreement is considered an internal relationship that, like transnational transactions between independent companies, should be valued in accordance with the Arm's Length Standard. This entails the creation of new fictions in relation to the use of assets or capital, which despite belonging legally to the entire business unit, give rise to purchase-sales or fictitious leases, as well as capital loans (pp.146-153).

VIII. A dual approach to attribute profits or losses to the permanent establishment entails a violation of legal-tax principles if they result in divergent results in identical situations.

26th The comparative analysis of dealings and transnational transactions shows that the conventional legal-tax regime of allocation of income and expenses to the PE is different depending on the assumed fiction of the PE. This corroborates that from the perspective of the direct method there is a dual approach to allocate income and expenses to the PE because each version of art.7.2 OECDMC supposes a different modality of this method (pp.186-190).

27th The dual approach, can suppose that before a same operation the result derived from the attribution of profits or losses to the PE can be divergent. In no case, the establishment of a series of guidelines or rules should affect the calculation of the PE's tax base because it must depend solely and exclusively on the functions and business activities carried out by it.

The principle of non-discrimination is not violated by the obtaining of a different result in identical situations because the art.24.3 OECDMC does not obligate to make such valuation between PEs, but between said part of the company and a resident entity, so that the different legal nature may make the comparison between these legal figures impossible. However, the principle of economic capacity does not accept the attribution of different tax charges in the same situation made by identical legal figures, therefore it would be violated (pp.190-194).

IX. Article 7.2 2010 OECDMC requires assuming a fiction regarding the permanent establishment by assimilating it to a different and independent company that is not adequate or viable.

28th Taking into account the 19th to 25th conclusions, in relation to the different legal-tax implications that involve the fictions derived from assimilating the PE to a separate company and the comparison of said income attribution center to an independent entity,

we conclude that this last fiction is not adequate from the perspective of the objective of art.7 OECDMC and the objective of the PE.

Likewise, we state that the said fiction is not directly viable due to the limitations inherent in the legal nature of said legal figure, and that explains the impossibility of the methodology proposed in the 2010 OECD Report being fully applicable and consistent with this fiction (pp.205-286).

X. The methodology of the Authorized OECD Approach developed, allegedly, in the 2010 Report on attribution of profits to the permanent establishment is not in line with the interpretation that is inferred from the diction of the direct method stipulated in article 7.2 2010 OECDMC.

Functions

29th The AOA establishes as fundamental and conditioning element of the profits or losses attributed to the PE, the substantive human functions, which ultimately are determined from a perspective dependent on the economic activities carried out by the business unit. This methodology is contrary to the independence character of an entity because it erroneously conditions the relevance and assessment of the functions of the legal institute to the overall activity of the business unit.

The allocation of income and allocation of expenses to the PE should not be at the expense of a comparison with the rest of the entity of which it is legally part, but the separate nature of the center of attribution of income requires to apply a legal-tax treatment It must be individualized. In any case, the importance and assessment of the functions performed depends solely on the market (pp.214-215).

30th Given the lack of legal capacity to sign contracts between parties of the same company, the OECD proposed as essential element of the so-called AOA the substantive human functions, understanding that these respond to the active decision making and management, and are the only ones that contribute value in the generation of profits to the company. This methodology supposes a restriction to the interpretation that is inferred from the art.7.2 2010 OECDMC, since, the reference that this one makes to the << ...

functions developed ... >>, covers any type of function, and not only and exclusively those that The OECD understands them as substantive. From the diction of the precept, it can be inferred that, to a greater or lesser extent, all the functions provide value and imply a generation of profits or losses based on the income and expenses involved in carrying them out (pp.215-217).

31st The OECD distinguishes between substantive human functions and auxiliary or preparatory functions, understanding that only the former should be taken into account in order to attribute the profits or losses to the PE. Contrary to this approach, we conclude that there are functions that are not covered in the definition of these groups and must be taken into account, which is another indication that the proposed methodology is not optimal. In this sense, we have tried to show that the control functions are not covered in either group, however they can be exercised by the PE, and therefore, must be taken into account (pp.223-225).

32nd The OECD delimits the auxiliary or preparatory functions from a negative perspective, but this approach is not coherent because this would imply framing under this concept all the functions that are not substantive, and in view of the 32nd conclusion we have tried to state that there are functions that do not they are covered by the definition that the OECD proposes for them. Which means that, on the one hand, certain functions are not framed in any of the proposed groups, and on the other hand, it makes the negative delimitation impossible to refer to the auxiliary or preparatory functions.

However, the auxiliary or preparatory functions are limited to those stipulated in art.5.4 OECDMC, but ultimately if there is an PE in a State, it means that the activities that it carries out, either individually or jointly, exceed the minimum threshold for its constitution. Therefore, at the time that there is an PE, the functions performed, even if individually are considered as ancillary or preparatory, should be taken into account and valued because they contribute to the generation of value to that part of the company (pp.226-229).

Assets

33rd The methodology proposed by the AOA erroneously establishes that the assets used by the PE depend on the substantive human functions performed, and thus distinguishes

whether said part of the company acts as economic owner or as a lessee with respect to an asset. The wording of art.7.2 2010 OECDMC simply refers to the term << ... assets used ... >>, which does not imply a distinction between the different types of assets nor does it imply that the PE acts as the economic owner or lessee of a company of a certain asset. The absence of guidelines and criteria does not imply an inconvenience in this respect, but simply means that the assets used by the PE as legal owner must be taken into account, treating the different types identically in accordance with the criterion of use

When an asset is used by the PE to perform its functions, the AOA methodology proposes a distinction to determine whether the asset is being used as an economic property or as a lease. In no case does this distinction emanate from the meaning of the precept. The PE is the economic owner of the asset it uses, so that in no case is there a place to create new fictions that increasingly move away from reality, creating a system of successive presumptions to impute the returns to that part of the company (pp.234-231).

34th The concept of economic ownership is unknown from the legal perspective, it makes no sense to disassociate from reality and create a fiction based on a concept that does not exist in legal regulations and lacks legal content. It can not be omitted that the PE is the legal owner of the asset, regardless of the party that uses it, and this legal and legal consideration can not be contradicted by a concept without legal and any legal basis.

From a legal perspective, in no case can the PE act as a lease for an asset whose property legally belongs to it. In this sense, the proposed methodology is inadequate, in addition to imprecise because in any case it should be called an economic lessee. Solely and exclusively, the PE may use an asset as a lessee when the legal ownership of the asset belongs to a different legal entity.

Therefore, the methodology proposed by the AOA is not supported by a legal or legal basis, but by a constant creation of fictions that entails the assumption of the PE as an independent entity beyond the tax scope. Which, according to the objective of the PE, entails an infringement of the limitations imposed by the objective of art.7 OECDMC and directly influences the calculation of its tax base (pp.240-241).

35th This set of considerations demonstrates the adequacy of the fiction that equates the PE as a separate company, rather than as an independent company. The fact of distinguishing if said part of the company is acting as an economic owner or as an

economic lessee entails the creation of new fictions from the legal perspective, but also the consideration of this part of the company as owner or lessee for economic objectives entails the assignment of income and the attribution of expenses that do not derive from the functions performed.

According to the 24th and 25th conclusions, it is shown that this distinction has an impact on the PE's taxable base, since this fiction requires income or expenses that directly affect the determination of the profits or losses attributable to it, derived from purchase, sales or leases of fictitious assets.

This scenario goes beyond the objective of art.7 OECDMC and the objective of this legal figure. The reasoning concludes in favor of the consideration and retribution in accordance with the standard of full competence of the functions performed by the PE. Contrary to the methodology proposed by the OECD, the possibility of creating new transactions involving notional payments derived from the use of assets that are its property is rejected. Thus, the assets used should not be governed by the Arm's Length Standard but by the cost allocation criterion at cost price based on the use criterion for each part of the company (pp.253-255).

36th Likewise, in this context, the impossibility of considering the PE as an independent company is also evident, since apart from the considerations formulated in relation to economic ownership and economic leasing, the methodology proposed by the OECD is not viable to contemplate other legal forms under which an independent company may use an asset.

Risks

37th In response to the text of the art.7.2 2010 OECDMC, the Report on attribution of profits to the PE stipulates that it must take into account the << ... the risks assumed ... >> by this part of the company, but in disagreement with this report the risks that an PE assumes do not derive solely and exclusively from the substantive human functions, but that all functions carry a risk. In view of the 3st conclusion of the wording of the precept, the obligation to take into account all the functions, together with all the risks that, to a greater or lesser extent, come from the performed function (pp.261-263).

38th In this context, we conclude that the proposed methodology of the OECD is also inadequate because a function will always entail risk but it can be separated from it as long as it is assumed by another independent legal entity. In which case it will imply an expense in concept of premium that will have to be attributed to the PE because it is in connection with a function that realizes (p.265).

Free Capital

39th The AOA methodology erroneously establishes that it is necessary to allocate the PE sufficient capital to cover the functions it performs, the assets of which it owns the economic property and the risks it assumes, and also qualifies that this capital, dependent on the functional analysis and factual, will be considered as "free" capital, that is to say, of own capital that does not generate the obligation to pay an interest that would be deductible for tax objectives. However, we reject this consideration because it does not infer from the precept in question. The wording of the text does not refer to this element, which is coherent from the perspective of the objective of art.7 OECDMC and the objective of the PE (pp.266-267).

40th The methodology is not limited to referring to a capital as a financing for the PE, but introduces the concept of free capital, unknown from the legal perspective and, therefore, inadmissible. In the same way that the 35th conclusion is not coherent or appropriate to disassociate from reality and create a fiction based on a concept that does not exist in legal regulations and lacks legal content (pp.269-271).

41st According to the 3rd and 21st conclusion, the rejection of the allocation of free capital is in accordance with the objective of art.7 OECDMC and the objective of the PE. The objective of art.7 OECDMC is to establish guidelines to allocate income and allocate expenses to the PE, both concepts derived from the performance of their functions and business activities, to determine the business profits or losses of that part of the company. This means that, as we explain in the 36th conclusion, we do not have to take into account any other element that affects the calculation of the PE's tax base because in that case it would not be the result of the functions and activities carried out by the PE. In addition, this context is restricted to the tax sphere and, on the other hand, capital responds to a legal or commercial factor of the companies (pp.269-271).

42nd In any case, the free capital is not in line with the fiction required by the wording of art.7.2 2010 OECDMC that assimilates the PE to a different and independent company, since this would imply the decision-making capacity in relation to financing through own funds or through third-party funds, in which case it would imply the right to deduct an amount in concept of notional payment of interest. However, this position is only admissible when an independent legal entity makes a loan in favor of the PE (pp.276-278).

XI. Final considerations: A proposal to rethink the guiding criteria of the allocation of income and expenses to the permanent establishment in search of an international consensus.

43rd This doctoral thesis concludes by formulating a series of final considerations as a proposal to be implemented. This proposal, supported by the reasoning and ideas presented in this research, has as its main objective to agree a criterion to impute the profits or losses to the PE, and in this way, avoid conflicting situations derived from the application of legally inadequate criteria.

The proposal takes as its starting point the following considerations:

44th The proper documents of soft law must be consistent with the interpretation that is inferred from the wording of the applicable precept. This requirement rejects any non-binding document that supposes an interpretation of the arbitrary and convenient norm, as well as the possibility of introducing concepts that neither emanate from the meaning of the norm, or are directly unknown from the juridical perspective.

Therefore, soft law documents are restricted to the mere interpretation of the applicable standard, and should be eliminated in view of the possibility that they imply a divergent development that derives from their purely legal interpretation. Thus, in no case, non-binding texts can condition the meaning of the tax rule, since they are not an extension of the same.

45th The result derived from the allocation of income and expenses to the PE should not depend on the application of one methodology or another. The allocation of profits or

losses to that part of the company can not differ depending on whether the taxpayer or Tax Administration has applied one method or another to calculate its tax base.

To reach an international consensus in this matter is necessary in order to avoid that this practice is framed in a dual approach that generates conflicting situations by means of the violation of principles of juridical-tributary order. In this way, it is avoided that in identical situations the calculation of the tax base of the PE is divergent, since, ultimately, this directly affects the tax burden assumed by that part of the company.

46th The convenience of reaching an international consensus in this practice requires simplifying the applicable methodology to avoid discrepant situations both between taxpayers and Tax Administrations, and directly between them. This convenience reinforces the proposal of a single method to allocate income and expenses to the PE, which, in turn, analyzes that part of the company individually and separately from the rest of the parties of the company to which it belongs.

In this sense, the direct method is more advantageous than the indirect method because it treats the PE in an individualized manner and this simplifies this practice by not requiring knowledge of all the activities carried out by the different parts of the company.

47th The proposal of the direct method as the only one to determine the profits or losses attributable to the PE, requires that, taking into account the objective of said legal figure, the guiding criteria that govern the conventional legal-tax regime are consistent with the objective underlying of art.7 OECDMC.

These considerations restrict the PE to a center for attribution of income derived from the performed functions, with the objective that the State where it is located submits it to taxation. In this way, the functions performed based on a relationship with other parts of the company constitute a dealing that must be valued in compliance with the Arm's Length Standard. Therefore, fiction is restricted to the purely tax sphere.

48th These restrictions involve defining the guiding criteria of the proposed direct method to the separate company criterion and the Arm's Length Standard.

The separate company criterion is the most appropriate insofar as, in accordance with the objective of art.7 MCODE and in order not to exceed the objective of the PE, it does not

treat all internal agreements in the same way, but distinguishes between dealings and internal relations.

Dealings are constituted by the activities and functions performed by the PE with other parts of the company, either with its CC or with other PEs. The legal-tax treatment of these should be assimilated to that of transactions between independent parties and therefore should be valued at Arm's Length prices.

On the contrary, the rest of the internal agreements, derived mainly from the use of assets, tangible or intangible, belonging to the business unit, whose legal ownership also belongs to the PE, as well as the use of financial assets or capital of the company, not It assumes the consideration of dealing but of a simple internal relationship or between parties.

These dealings are characterized by the valuation of the same, which, unlike the dealings, are not valued at market prices because in no case they respond to the realization of a business activity or functions of the PE, but at the price of cost with reference to the criterion of its use.

The distinction of these concepts makes it possible to calculate the PE's taxable base in accordance with the business activity actually performed by that part of the company, without creating additional fictions that indirectly and inappropriately affect the tax burden assumed by that part of the company.

49th In short, the proposal of the direct method, based on the criteria of a separate company and full competence, is in line with the objective of the PE and the objective of the rules for allocating income and expenses to that part of the company.

In response to this proposal, we think that the OECD should reconsider the practice in this matter and reorient precept 7 of its articles to its previous version. Rethinking the wording of the precept entails ignoring the current version and desisting in its frustrated attempt to try to assimilate the PE to an independent company by preparing non-binding reports.

The execution of this proposal would contribute to the attribution of business profits or losses to the PE in an adequate and viable manner, in compliance with the objective of the said precept and the objective of this legal institute. Likewise, its application on a global basis would be an advance in obtaining an international consensus.

BIBLIOGRAFÍA.

1- ARTÍCULOS, CAPÍTULOS Y LIBROS.

ALARCÓN GARCÍA, G. (2010) “El soft law y nuestro sistema de fuentes” /en/ ARRIETE MARTÍNEZ DE PISÓN, J., COLLADO YURRITA, M.A., ZORNOZA PÉREZ, J.J. (dirs.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Volumen I.* (Navarra:Aranzadi, Cizur Menor).

ANTUNES RUBIM, F. (2012) “Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings” (Bulletin for International Taxation, vol. 66, n.6).

ARNOLD, B.J. (2014) “Article 5: Permanent Establishment” (Global Tax Treaty Commentaries, IBFD).

ARNOLD, B.J. (2011a) “An Introduction to the 2010 Update of the OECD Model Tax Convention” (Bulletin for International Taxation, vol. 65, n.1, p.3-4).

ARNOLD, B.J. (2011b) “The Taxation of Income from Services under Tax Treaties: Cleaning Up the Mess” (Bulletin for International Taxation, vol.65, n.2, p.421-424).

ARNOLD, B.J. (2009) “The 2008 Update of the OECD Model: An Introduction” (Bulletin for International Taxation, vol. 63, n. 5/6, p.178-182).

ARNOLD, B.J. (2007) “Fearful Symmetry: The Attribution of Profits “in Each Contracting State”” (Bulletin for International Taxation, vol.61, n.8, p.312-337).

ARNOLD, B.J. (2003) “Threshold Requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties” (Bulletin for International Taxation, vol.57, n.10, p.476-492).

ARNOLD, B.J.; SASSEVILLE, J. (2003) “Source Rules for Taxing Business Profits under Tax Treaties” /en/ ARNOLD, B.J., SASSEVILLE, J., y ZOLT., E. (eds.) *The Taxation of Business Profits Under Tax Treaties*, (Toronto: Canadian Tax Foundation).

ASATSUMA, A. (2009) “Key Issues Relating to Permanent Establishments” (Asia-Pacific Tax Bulletin, vol.15, n.2, p.76-80).

AULT, H. J.; SASSEVILLE, J (2010) “Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration” (World Tax Journal, vol.2, n.2, p.101-125).

AVERY JONES, J.; BOBBETT, C. (2008) “Interpretation of the Non-Discrimination Article of the OECD Model” (Bulletin for International Taxation, vol. 62, n.2, p.50-55).

AVI-YONAH, R.S. (2008) “Business Profits (Article 7 OECD Model Convention)”, LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J. y STARINGER, C. (eds.) *Source Versus Residence*, (Viena: Linde Verlag).

AVI-YONAH R.S. (2007a) *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime* (Cambridge: Cambridge Tax Law Series).

AVI-YONAH, R.S. (2007b) “The Rise and Fall of Arm’s Length: A study in the evolution of US International Taxation” (University of Michigan Law & Economics, Working Paper Series, No. 07-017).

BAKER, P.; COLLIER, R. (2009) “2008 OECD Model: Changes to the Commentary on Article 7 and the Attribution of Profits to Permanent Establishments” (Bulletin for International Taxation, vol.63, n.5/6, p.199-203).

BAKER, P.; COLLIER, R.S. (2006) “General Report” /en/ *Attribution of Profits to PE* (IFA Cahiers de droit fiscal international, vol. 91b).

BAKKER, A.J. (2006a) “Attribution of Profit to a Permanent Establishment of a Bank” (International Transfer Pricing Journal, vol.13, n.2, p.74-78).

BAKKER, A.J. (2006b) “Attribution of Profits to a Permanent Establishment of an Insurance Company” (International Transfer Pricing Journal, vol.13, n.1, p.15-23).

BAKKER, A.J. (2004) “Attribution of Profits to Permanent Establishment of a Global Trading Company” (International Transfer Pricing Journal, vol.11, n.6, p.222-232).

BAKKER, A.J.; VAN HOEY SMITH, A. (2004) “Recent Developments Regarding the Allocation of Profit to Permanent Establishments of Banks”, International Transfer Pricing Journal, vol.11, n.11, p.20-25).

BALDI, D. (2017) “The Authorized OECD Approach and the Attribution of Profits to Banks PEs: How far is the functionally separate entity approach fully achievable?” (Uppsala University, trabajo final de Master, no publicado).

BARREIROS ROSALEM, F. (2010) “The Agent Permanent Establishment Reconsidered: Application of Arts. 5, 7 and 9 of the OECD Model Convention” (International Transfer Pricing Journal, vol.17, n.1, p.12-33).

BECKER, H. (1989) “The Determination of Income of a Permanent Establishment or Branch” (Intertax, n.1, p.12-15).

BENNETT, M. (2008) “The Attribution of Profits to Permanent Establishments: The 2008 Commentary on Art. 7 of the OECD Model Convention” (European Taxation, vol. 48, n.9, p.467-471).

BENNETT, M.C. (2006) “Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in search of a Principle” (Tax Law Review, vol.59, n.4, p.279-284).

BENNETT, M.C.; DUNAHOO, C.A. (2005) “The Attribution of Profits to a Permanent Establishment: Issues and Recommendations” (Intertax, vol.33, n.2, p.51-67).

BENNETT, M. R. (2009) “Discussion Draft on a New Article 7 OECD Model Convention” (International Transfer Pricing Journal, vol.16, n.2, p.73-80).

BENNETT, M.; RUSSO, R. (2007) “OECD Project on Attribution of Profits to Permanent Establishment: An Update” (International Transfer Pricing Journal, vol.14, n.5, p.279-284).

BERNALES SORIANO, R. (2013) “The Authorized OECD Approach: An Overview” /en/ GUTIÉRREZ PUENTE, C.; PERDELWITZ, A. (eds.) *Taxation of Business Profits in the 21st Century: Selected Issues under Tax Treaties*, (Ámsterdam: IBFD).

BERRY, C.H.; BRADFORD, D.F.; HINES J.R. (1992) “Arm’s Length Pricing. Some Economic Perspectives” (Tax Notes, 10 de febrero, p.731-740).

BETTEN, R.; NAOU, M. (2016) “Permanent Establishments in International Tax Structuring”, COTRUT, M. (ed.) *International Tax Structures in the BEPS ERA: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, (Ámsterdam: IBFD)

BIERLAAGH, H. M. M. (1992) “Permanent Establishments, the Separate Enterprise Fiction: Is It a Fact?” (Intertax, n.3, p.156-160).

BILANEY, S.K. (2016) “Understanding Risk in the Era of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative” (Bulletin for International Taxation, vol.70, n.10, p.576-582).

BLACK, A. (2010a) “Attribution of Profits to PEs – Implications of the “Authorized” OECD Approach - Part 1” (Journal of International Taxation, vol. 21, n.2, p.19-29).

BLACK, A. (2010b) “Attribution of Profits to PEs – Implications of the “Authorized” OECD Approach - Part 2” (Journal of International Taxation, vol. 21, n.6, p.52-62).

BOBBET, C.; AVERY JONES, J.F. (2010) “The Proposed Redraft of Article 7 of the OECD Model” (Bulletin for International Taxation, vol.64, n.1, p.20-27).

BONDARENKO, T. (2011) “The History of Article 7 OECD Model Convention” /en/ BRUGGER, F.; PLANSKY, P. (eds) *Permanent Establishments in International and EU Tax Law* (Viena: Linde Verlag).

BRABAZON, M. (2003) “The Attribution of Profits and Capital Structure to a Permanent Establishment under the OECD Model Tax Treaty” (Australian Tax Forum, vol.18, n.3, p.347-403).

BRAUNER, Y. (2015a) “Commentary of Article 5 of the OECD Model” (Global Tax Treaty Commentaries, IBFD).

BRAUNER, Y. (2015b) “Transfer Pricing in BEPS: First Round – Business Interests Win (But, not in Knock-Out)” (Intertax, vol.43, n.1, p.72-84).

BRAUNER, Y. (2014) “Commentary of Article 5 of the OECD Model” (Global Tax Treaty Commentaries, IBFD).

BRAUNER, Y.; PISTONE, P. (2017) “Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union” (Bulletin for International Taxation, vol.71, n.12, p.681-687).

BRICKLEY, J.A.; SMITH, C.W.Jr.; ZIMMERMAN, J.L. (2007) *Managerial Economics and Organizational Architecture* (Nueva York: McGrawHill/Irwin).

BURGERS, I.J.J. (2009) “The New OECD Approach on Profit Allocation: A Step Toward Forward Neutral Treatment of Permanent Establishments and Subsidiaries” (Florida Tax Review, vol.10, n.1, p.50-76).

BURGERS, I.J.J. (2006) “Commentary on Article 7 of the OECD Model Treaty: Allocation of Profits to a Permanent Establishment” (IBFD).

BURGERS, I.J.J. (1991) *Taxation and supervision of branches of international Banks; a comparative study of banks and other enterprises* (Ámsterdam: IBFD).

CALDERÓN CARRERO, J.M. (2015) “Beneficios empresariales (y de navegación)” /en/ CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.) *Convenidos Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, (Madrid: Wolter Kluwer, CISS).

CALDERÓN CARRERO, J.M. (2004) “Artículo 7. La tributación de los beneficios empresariales” /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 (Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la*

legislación y jurisprudencia española) (A Coruña: Instituto de Estudios Económicos de Galicia).

CALDERÓN CARRERO, J.M.; PALACÍN, R. (2015) “El Caso ING Bank Sucursal en España. La atribución del capital libre a los Establecimientos Permanentes y el Soft-Law como Fuente de Derecho Tributario”, (Nota Técnica, Ernst&Young, octubre)

CALLEJA CRESPO, A. (2006) “La fiscalidad de los no residentes en España (III): Rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente” /en/ CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.) *Manual de Fiscalidad Internacional* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales).

CALVO VÉRGEZ, J. (2010) “La atribución de beneficios a establecimientos permanentes en el ámbito del comercio electrónico” (Civitas. Revista Española de Derecho Financiero, n.146, p.449-521).

CARMONA FERNÁNDEZ, N. (2013) “The concept of permanent establishment in the Court: Operating Structures Utilizing Commission Subsidiaries” (Bulletin for International Taxation, vol.67, n.6).

CARMONA FERNÁNDEZ, N. (2012) “La noción de establecimiento permanente: Las estructuras operativas mediante filiales comisionistas” (Crónica Tributaria, n.145, p.39-57).

CASTRO, L.F.M. (2012) “Problems Involving Permanent Establishments: Overview of Relevant Issues in Today’s International Economy” (The Global Business Law Review, vol.2, n.2/3, p.125-158.).

CHICO DE LA CÁMARA, P. (2015) “Interpretación y calificación de los convenios de doble imposición internacional /en/ SERRANO ANTÓN, F (ed.) *Fiscalidad Internacional. Tomo I* (Madrid: Centro de Estudios Financieros)

CHAMBERLAIN, D.; TURLEY, C. (2015) “BEPS Guidance on Permanent Establishments and Transfer Pricing: Breaking down the Walls” (Tax Management Transfer Pricing, vol.23, n.25, p.s3-s19).

CHOUDHARY, V. (2011) “Electronic Commerce and Principle of Permanent Establishment under the International Taxation Law” (International Tax Journal, Vol.37, n.4, p.33-57).

CLAUSING, K.A.; AVI-YONAH, R.S. (2008) “Business Profits (Article 7 OECD Model Convention) /en/ LANG, M., PISTONE, P., SHUCH, J., STARINGER, C. *Source Versus Residence. Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International).

COCKFIELD, A.J. (2014) “BEPS and Global Digital Economy” (Tax Notes International, vol.75, n.11, p.933-940).

COCKFIELD, A.J. (2006) “The Rise of the OECD as informal “World Tax Organization” Through National Responses to E-Commerce Tax” (Yale Journal of Law and Technology, vol.8, n.1, p.136-187).

COLLIN, P.; COLIN, N. (2013) “Task Force of the Digital Economy” (Ministere de L’economie et des Finances, Francia, p.1-188.)

COPE, C.W. (2008) “Branch Taxation OECD Style: A Review of New Article 7 (Business Profits) of the OECD Model Tax Convention” (Tax Management International Journal, vol.37, n.11, p.635-644).

COTTANI, G. (2016) “Formulary Apportionment: A Revamp in the Post-Base Erosion and Profit Shifting Era?” (Intertax, vol.44, n.10, p-755-760).

CUEVAS OZIMICA, A. (2011) “Enfoque Autorizado de la OCDE sobre Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes (2010)” (Revista de Estudios Tributarios, n.5, p.119-144).

DAVIES, D.R. (1985) Principles of International Double Taxation (Londres: Sweet and Maxwell).

DE GOEDE, J.; KAUR, D.; KOSTER, B. (2012) “Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention: Response from IBFD Research Staff” (Bulletin for International Taxation, vol.66, n.6, p.313-318).

DE LUIS MONASTERIO, F. (1980) “Métodos para distribuir los beneficios empresariales entre varias jurisdicciones tributarias” (Hacienda Pública Española, n.64).

DELGADO PACHECO, A. (2010) “Valor en el Derecho Tributario internacional del Modelo de Convenio de la OCDE, de los Comentarios al mismo y de las reservas u observaciones de cada Estado: el caso español” /en/ ARRIETE MARTÍNEZ DE PISÓN, J., COLLADO YURRITA, M.A., ZORNOZA PÉREZ, J.J. (dirs.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Volumen I.* (Navarra: Aranzadi, Cizur Menor).

DOERNBERG, R.L.; HINNEKENS, L. (1999) *Electronic Commerce and International Taxation* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International).

DZIURDŹ, K. (2014) “Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE: Different Arm’s Length Principles under Article 7 (2) and 9?” (World Tax Journal, vol.6, n.2, p.135-167).

EISENBEISS, J. (2016) “BEPS Action 7: Evaluation of the Agency Permanent Establishment” (Intertax, vol. 44, n.6-7, p.481-502).

ELLIS, M. (2000) “The influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation - response to Prof. Dr. Klaus Vogel” (Bulletin for International Fiscal Documentation, vol.54, n.12, p.617-618).

ENDRES, D.; SPENGEL, C. (2015) *International Company Taxation and Tax Planning* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International).

ENGELLEN, F. (2004) *Interpretation of Tax Treaties under International Law* (Ámsterdam: IBFD).

ESCRIBANO LÓPEZ, E. (2017) *Jurisdiction to Tax Corporations in a Globalized Economy: A Critical Analysis of Current Paradigms Underlying Corporate Income Taxes from the Perspective of the Benefit Principle* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid).

FAIFERLICK, C.; de MIK, B.; DIAKONOVA, I. (2006) “Allocation of Capital: Application OECD Guidance Part II for Attribution of Profits to Bank Branches under BIS Capital System” (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.14, n.21, p.923-932).

FALCÓN Y TELLA, R.; PULIDO GUERRA, E. (2010) *Derecho Fiscal Internacional* (Madrid: Marcial Pons).

FLEMING JR., J.C.; PERONI, R.J.; SHAY, S.E. (2010) “Perspective on the Worldwide vs. Territorial Taxation Debate” (Tax Notes International, vol.59, n.8, p.595-598).

FLETCHER, R.; KAY, G. (2007a) “PEs & the OECD -Part 1- : OECD Report into Attribution of Profits to Permanent Establishments – Has The Landscape Being Been Made Any Clearer? (The Tax Journal, n.873, p.17-18).

FLETCHER, R.; KAY, G. (2007b) “PEs & the OECD -Part 2- : OECD Report into Attribution of Profits to Permanent Establishments – Is the Position Any More Certain? (The Tax Journal, n.874, p.15-16).

FRIS, P.; LINARES, E.; GONNES, S. (2008) “PEs and Transfer Pricing: The Playing Field in International Taxation Redefined” (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.9, n.12, p.4-9).

GALERA PITA, A. (2013) “El artículo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE: Diferencias entre la versión 2010 y las versiones anteriores, en el precepto y los Comentarios” (Cuadernos de Formación, vol.16, n.2, p.19-53).

GARCÍA-OLIAS JIMÉNEZ, C. (2011) “El concepto tributario de <<establecimiento permanente>>” (Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.30, p.229-235).

GARCÍA PRATS, F.A. (2010) “La cláusula de no discriminación en los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional” /en/ SERRANO ANTÓN, F. (dir.) *Fiscalidad Internacional* (Madrid: Centro de Estudios Financieros).

GARCÍA PRATS, F.A. (2009) “Los Modelos de Convenio, sus Principios Rectores y su Influencia sobre los Convenios de Doble Imposición” (Crónica Tributaria, n.133, p.101-123).

GARCÍA PRATS, F.A. (2005) “Los Precios de Transferencia: Su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea” (Crónica Tributaria, n.117, p.33-82).

GARCÍA PRATS, F.A. (1996) *El Establecimiento Permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria* (Madrid: Tecnos).

GARCÍA PÉREZ, J.A. (2015) Tributación directa de nuevos modelos de negocios en una economía digital. El establecimiento permanente (Carta Tributaria, n.2).

GAZZO, M. (2009) “Attribution of Free Capital to Permanent Establishment of a Bank: A Vexed Issue, A General Overview and the Italian “State of the Art”” (Intertax, vol.37, n.11, p.647-653).

GOLDBERG, S.H.; GLICKLICH, P.A. (1992) “Treaty-Based Nondiscrimination: Now You See It Now You Don’t” (Florida Tax Review, vol.1, n.2, p.51-113).

GÓMEZ JIMÉNEZ, I.L. (2009) “Un análisis sobre el Enfoque Autorizado de la OCDE para la Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes” (Crónica Tributaria, n.133, p.125-155).

GRAETZ, M.J. (2013) *Foundations of International Income Taxation* (Boston: Foundation Press).

HARRISON, A.; WALSH, K. (2016) “If you have a PE, Is It All About TP?” (Irish Tax Review, vol.29, n.4, p.57-60).

HEGGMAIR, M. (2017) “The New Interpretation of the Arm’s Length Principle: A Post-BEPS Evaluation” (International Transfer Pricing Journal, vol.24, n.4, p.263-267).

HELLRIEGEL. D.; JACKSON, S.E.; SLOCUM, J.W. (2007) Management: A Competency – Base Approach (South Western).

HIRSCHBÖCK, M. (2003) “The Force of Attraction Principle under the UN-Model Convention” /en/ AIGNER, H-J.; ZÜGER. M. (eds.) *Permanent Establishments in International Tax Law* (Vienna: Linde Verlag).

HOGLER, P.; PISTONE, P. (2015) “Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy” (IBFD).

HOOGLTERP, P. (2009) “Internal Interests Dealing for Financial and Non- Financial Enterprises and Art. 7 of the OECD Model Tax Convention” (International Transfer Pricing Journal, vol.16, n.6, p.396-400).

HOOR, O.R.; O’DONNELL, K. (2015) “BEPS Action 7: The Attempt to Artificially Create a Taxable Nexus” (Tax Notes International, vol.78, n.10, p.929-937).

HOWARD, E.; SAUNDERS, R. “Attribution of Profits to Permanent Establishments – Insurance Update” (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.8, n.11, p.3-5).

HUIBREGTSE, S.; VERDONER, L.; VALUTYTE, I.; OFFERMANN, R. (2015a) “Status of Implementation of the Authorized OECD Approach into Domestic Tax Law and Tax Treaties -Part 1-” (European Taxation, vol.55, n.8, p.363-373).

HUIBREGTSE, S.; VERDONER, L.; VALUTYTE, I.; OFFERMANN, R. (2015b) “Status of Implementation of the Authorized OECD Approach into Domestic Tax Law and Tax Treaties -Part 2-” (European Taxation, vol.55, n.9, p.402-416).

HUSTON, J.; WILLIAMS, L. (1991) Permanent establishment: a Planning Primer, (Boston: Deventer)

JACOBS, O.H.; SPENGLER, C.; STETTER, T.; WENDT, C. (2005) “EU Company Taxation in Case of a Common Tax Base: A Computer-Based Calculation and Comparison Using the Enhanced Model of the European Tax Analyzer” (Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Discussion Paper No.05-37).

JEITLER, M. (2011) “The Attribution of Functions, Assets and Risks to Permanent Establishments” /en/ BRUGGER, F.; PLANSKY, P. Permanent Establishments in International and EU Tax Law (Viena: Linde Verlag).

JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D.J. (2016) “La atribución de los beneficios al establecimiento permanente de agencia: ¿Una reconsideración al criterio <<arm's length>>?” (Revista de Contabilidad y tributación, n.403, p.5-38).

JORGARAN, S. (2015) “The drafting of the 1925 League of Nations resolutions on tax evasion” /en/ HARRIS, P.; DE COGAN, D. (eds.) Studies in the History of Tax Law (Londres: Bloomsburs).

KAMPHUIS, E. (2009) “Proposed OECD Risk Allocation Examination Process and Its Implications for Transfer Pricing Design” (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.18, n.2, p.92-101).

KAMPHUIS, E. (2008) “Significant People Functions and Functional Ownership: The New Motto in Transfer Pricing” (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.17, n.7, p.300-310).

KANE, M. (2014) “Transfer Pricing, Integration and Synergy Intangibles: A Consensus Approach to the Arm's Length Standard” (World Tax Journal, vol.6, n.3, p.282-314).

KNECHTLE, A.A. (1979) *Basic problems in International Fiscal Law* (Londres: Kluwer).

KOBETSKY, M. (2011) *International Taxation of Permanent Establishments. Principles and Policy* (Cambridge: Cambridge Tax Law Series).

KOBETSKY, M. (2006) “Article 7 of the OECD Model: Defining the Personality of Permanent Establishments” (Bulletin for International Taxation, vol.60, n.10, p.411-425).

KOBETSKY, M. (2005) “Intra-Bank Loans: Determining a Branch’s Business Profits under Article 7 of the OECD Model” (Bulletin for International Fiscal Documentation, vol.59, n.2, p.48-62).

KOFLER, G. (2013) “The BEPS Action Plan and Transfer Pricing: The Arm’s Length Standard Under Pressure? (British Tax Review, n.5, p.646-665).

KOFLER, G.; VAN THIEL, S. (2011) “The “Authorized OECD Approach” and EU Tax Law” (European Taxation, vol.51, n.8, p.327-333).

KOSTERS, L.F.; OFFERMANN, R.H.M.J. (2013) “Implementation of the Authorized OECD Approach by OECD Member Countries” /en/ GUTIÉRREZ PUENTE, C.; PERDELWITZ, A. (eds) *Taxation of Business Profits in the 21st Century: Selected Issues under Tax Treaties* (Ámsterdam: IBFD).

KUMAR SINGH, M. (2014) “Taxing E-Commerce on the Basis of Permanent Establishment: Critical Evaluation” (Intertax, vol.42, n.5, p.325-333).

LANCEE, L. (1959) *Fiscale Winstsplitsing* (Boston: Kluwer).

LANG, M. (2014) *Introduction to the Law Double Taxation Conventions* (Viena: Temis).

LANG, M. (2002) “The Concept of Permanent Establishment and Its Interpretation” (Rivista di Diritto Tributario Internazionale, n.1, p.16-21).

LAPORTA (2007) *El Imperio de la Ley* (Madrid: Trotta).

LAZEAR, E.; GIBBS, M. (2006) *Personnel Economics for Managers* (Chicago: University of Chicago).

LEVOUCHKINA, K.J. (2008) “Relevance of permanent establishment for the taxation of business profit and business property” /en/ HANS-, JÖRGEN, A.; ZÜGER, M. (eds.) *Permanent Establishments in International Tax Law* (Viena: Linde Verlag).

LE GALL, J.P. (2007) “Can a Subsidiary be a Permanent Establishment of its Foreign Parent? Commentary on Article 5, par. 7 of the OECD Model Tax Convention” (Tax Law Review, vol.60, n.3, p.179-213).

LINGIER, R.K. (2015) “The Implementation of the “Authorized OECD Approach” under German Law and its Relation to Already Existing Double Tax Conventions – Can the “Authorized OECD Approach” be applied Retrospectively?” (Bulletin for International Taxation, Vol.69, n.3).

LONGARTE CIFRIÁN, I. (2011) “Atribución de beneficios al establecimiento permanente” /en/ CARMONA FERNÁNDEZ, N. (dir.) *Régimen Fiscal de Operaciones Vinculadas: Valoración y Documentación* (Madrid: Wolter Kluwer, CISS).

LUDWIG, M.B. (1973) “General Report” /en/ *The Taxation of Enterprises with Permanent Establishments Abroad*, (IFA, Cahiers de droit fiscal international, vol.LVIIIa).

MALHERBE, J.; DAENON, P. (2010) “Permanent Establishments Claim Their Share of Profits: Does the Taxman Agree? (Bulletin for International Taxation, vol.64, n.7, p.359-366).

MAROTO SÁEZ, A. (2015) *El Régimen fiscal de los establecimientos permanentes de entidades financieras en España*, (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid).

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2016) “The Spanish Position on the Concept of a Permanent Establishment: Anticipating BEPS, beyond BEPS or Simply a Wrong Interpretation of Article 5 of the OECD Model?” (Bulletin for international Taxation, vol.70, n.8, p.458-473).

MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2015) “Preventing the artificial avoidance of PE Status” (United Nations Papers on Selected Topics in protecting the tax bases of developing countries, p.1-77).

MARTÍN JIMÉNEZ, A.; CALDERÓN CARRERO, J.M. (2004) “Artículo 24. La cláusula de no discriminación” /en/ RUIZ GARCÍA, J.R y CALDERÓN CARRERO, J.M. (coord.): *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)* (A Coruña: Instituto de Estudios Económicos de Galicia).

MASCARELLO, S. (2006) “Attribution of Profits to Permanent Establishments of a Bank” (International Transfer Pricing Journal, vol.13, n.2, p.54-73).

MASTELLONE, P. (2017) “Profits and Losses of Foreign Permanent Establishments: The Optional Branch Exemption Regime” (European Taxation, vol.57, n.1, p.21-29).

MAZUELOS BELLIDO, A. (2004) “*Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*” (Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n.8).

MCLURE, C.E. (2002) “Replacing Separate Entity Accounting and the Arm’s Length Principle with Formulary Apportionment” (Bulletin for International Taxation, vol.56, n.12, p.586-599).

MELICHER, M. (2011) “The Methods for the Attribution of Profits to Permanent Establishments” /en/ BRUGGER, F.; PLANSKY, P. (eds) *Permanent Establishments in International and EU Tax Law* (Viena: Linde Verlag).

MEHTA, A. (2015) “The Limited Force of Attraction Rule” (Asia-Pacific Tax Bulletin, vol.21, n.3).

MILLER, A. (2016) “The Service PE, Taxing Cross-Border Services: Current Worldwide Practices and the Need for Change” (Ámsterdam: Doctoral Series, IBFD).

MOERER, O.; RUSSO, A. (2011) “Questioning the Comparability of Capital Structures Under the Thin Capitalization Approach to PE Profit Attribution” (Tax Management Transfer Pricing Report, vol.20, n.10, p.426-430).

MONSENEGO, J. (2015) *Introduction to Transfer Pricing* (Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwer Law & Business).

MONSENEGO, J. (2014) “May a Server Create a Permanent Establishment? Reflections on Certain Questions of Principle in Light of a Swedish Case” (International Transfer Pricing Journal, vol.21, n.4, p.247-257)).

MÜLLER, J. (2017) “Still busting ghosts: imaginary people do not functions very well: Thoughts on the second OECD Draft Guidance on BEPS Action 7” (Kluwer International Tax Blog, 19 de septiembre).

MÜLLER, J. (2017) “The problem with taxing ghosts: Agency PE’s and spookiness at a distance” (Kluwer International Tax Blog, 23 de marzo).

MUSGRAVE, R.A. (1959) *The Theory of Public Finance. A Study in Public Economy* (Nueva York: McGraw-Hill).

NAVARRO IBARROLA, A. (2016a) *Los Ajustes Transaccionales en la Normativa sobre Precios de Transferencia* (Madrid: Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid).

NAVARRO IBARROLA, A. (2016b) “La normativa de atribución de beneficios a establecimientos permanentes en Colombia” (Revista de Derecho Fiscal, n.8, p.43-62).

NIJKEUTER, E.; BROUWERS, D.M. (2012) “Permanent Establishments, Enterprises and the Capital Allocation Approach” (International Transfer Pricing Journal, vol.19, n.6, p.439-449).

NITIKMAN, J. (2014) “More on Service PEs – What Is a Connected Project?” (Canadian Tax Journal, 62, n.2, p.317-382).

NOUEL, L. (2011) “The New Article 7 of the OECD Model Tax Convention: The End of the Road?” (Bulletin for International Taxation, vol.65, n.1, p.5-12).

OOSTERHOFF, D. (2008) “The True Importance of Significant People Functions” (International Transfer Pricing Journal, vol.15, n.2, p.68-75).

OWENS, J. (2006) “International Taxation: Meeting the Challenges – The Role of the OECD” (European Taxation, vol.46, n.12, p.555-558).

OWENS, J. (2005) “Should Arm’s Length Principle Retire?, Income Allocation in the 21st Century: The end of transfer pricing?” (International Transfer Pricing Journal, vol.12, n.3, p.99-102).

PANAYI, C. (2013) “The Taxation of Permanent Establishments: Selected Issues”, (Bulletin for International Taxation, vol.67, n.4/5, p.226-237).

PANKIV, M. (2016) “Post-BEPS Application of the Arm’s Length Principle to Intangibles Structures” (International Transfer Pricing Journal, vol.23, n.6, p.463-476).

PĚCHOTA, F. (2011) “The Interrelation between the Attribution of Profits under Tax Treaties Law and the Realization of Profits under Domestic Law” /en/ BRUGGER F., PLANSKY, P. *Permanent Establishments in International and EU Tax Law*, (Viena: Linde Verlag).

PEDROSA LÓPEZ, J.C. (2015a) “El tratamiento tributario de los “Juros sobre o Capital propio” como instrumento financiero híbrido. Remisión a la Sentencia 712/2014 de la Audiencia Nacional” (Quincena Fiscal, n. 1/2, p.37-73).

PEDROSA LÓPEZ J.C. (2015b) “El Instrumento Esencial en la Fiscalidad Internacional: Los Convenios de Doble Imposición. Diferencias y semejanzas entre el Modelo de Convenio para Eliminar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal de la OCDE, ONU y Comunidad Andina (Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.3, p.701-716).

PEREIRA, N. (2010) “Seconds Thoughts on the OECD Model’s Revised Drafts Business Profits Article” (Tax Notes International, vol.57, n.8, p.666-677).

PEREIRA, N. (2009a) “The New Draft of Article 7 (Business Profits) – first thoughts” (The Tax Specialist, vol.12, n.5, p.286-291).

PEREIRA, N. (2009b) “First Thoughts on Draft OECD Model Tax Convention. Article 7: Business Profits” (Tax Notes International, vol.55, n.5, p.371-376).

PETRUZZI, R.; HOLZINGER, R. (2017) “Profit Attribution to Dependent Agent Permanent Establishments in A Post-BEPS Era” (World Tax Journal, vol.9, n.2, p.263-300).

PICCIOTTO, S. (2016) “International Taxation and Economic Substance” (Bulletin for International Taxation, vol.70, n.12, p.411-416).

PIJL, H. (2011) “Interpretation of Article 7 of the OECD Model, Permanent Establishment Financing and Other Dealings” (Bulletin for International Taxation, vol.65, n.6, p.294-306).

PIJL, H. (2006a) “The Zero-Sum Game, the Emperor’s Beard and the Authorized OECD Approach” (European Taxation, vol.46, n.1, p.29-35).

PIJL, H. (2006b) “The OECD Commentary as a Source of International Law and the Role of the Judiciary” (European Taxation, vol.46, n.5, p.216-224).

PICKERING, A. (2012) “General Report”, /en/ *Enterprise Services* (IFA Cahiers de droit fiscal international, Vol. 97a).

PINTO, D. (2007) “Exclusive Source or Residence-Based Taxation – Is a New and Simpler World Tax Order Possible?” (Bulletin for International Taxation, vol.61, n.7, p.277-291).

REIMER, E. (2015a) “Article 5: Permanent Establishment” /en/ REIMER, E.; RUST, A. (eds.) *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer).

REIMER, E. (2015b) “Article 7: Business Profits” /en/ REIMER, E.; RUST, A. (eds.) *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer).

REIMER, E.; URBAN, N.; SCHMID, S. (2015c) *Permanent Establishment: A Domestic Taxation, Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International).

RIBES RIBES, A. (2003) *Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional: Interpretación, Procedimiento Amistoso y Arbitraje* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas).

RÍOS CARVAJAL, J. (2014) “Algunas consideraciones relativas a la polémica aplicación de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE” (Instituto de Estudios Fiscales, Cuadernos de formación, vol.17, n.15-14, p.257-268).

ROCHA, S.A. (2017) “Should Developing Countries Include Article 7 in Their Tax Treaties?” (Bulletin for International Taxation, vol.71, n.7, p.354-357).

ROMJIN, M. (1986) *Fiscaal Weekblad* (FED).

ROHATGI, R. (2005) *Basic International Taxation. Volumen I.* (Reino Unido: Richmond).

RUSSO, R. (2006) “Report on historical development of article 7 of the OECD Model” /en/ *The attribution of Profits to Permanent Establishments* (IFA Cahiers de droit fiscal international, vol.91.b).

RUSSO, R. (2005a) *The Attribution of Profits to Permanent Establishments: The Taxation of Intra-Company Dealings* (Ámsterdam: IBFD).

RUSSO, R. (2005b) “Application of Arm’s Length Principle to Intra-Company Dealings: Back to the Origins” (International Transfer Pricing Journal, vol.12, n.1, p.7-15).

RUSSO, R. (2004) “Tax Treatment of “Dealings” between different parts of the Same Enterprise under Article 7 of the OECD Model: Almost a Century of Uncertainty”, (Bulletin for International Fiscal Documentation, vol.58, n.10, p.472-485).

RUST, A. (2012) “”Business” and “Business Profits” /en/ MAISTO, G. (coord.) *The Meaning of Enterprise Business and Business Profits under Tax Treaties and EU Tax Law*, (Ámsterdam: IBFD).

SADIQ, K. (2004) “The Fundamental Failing of the Traditional Transfer Pricing Regime-Applying the Arm’s Length Standard to Multinational Banks based on a Comparability Analysis” (Bulletin for International Taxation, vol.58, n.2, p.67-81).

SANCHEZ FERNÁNDEZ, T. (2004) “Estudio Comparativo de los Convenios suscritos por España respecto al Modelo Convenio de la OCDE” (Instituto de Estudios Fiscales, n.1).

SARMIENTO, D. (2006) “La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*” (Cuadernos de Derecho Público, n.28, p.221-266).

SASSEVILLE, J. (2012) “”Enterprise”, “Business” and “Business Profits”: From the League of Nations to the Current OECD Model Tax Convention” /en/ MAISTO, G. (coord.) *The Meaning of Enterprise Business and Business Profits under Tax Treaties and EU Tax Law* (Ámsterdam: IBFD).

SASSEVILLE, J.; SKAAR, A. (2009) “General Report” /en/ *Is there a Permanent Establishment?* (IFA Cahiers de droit fiscal international, vol.94a).

SASSEVILLE, J.; VANN, R. (2014) “Article 7: Business Profits” (Global Tax Treaty Commentaries, IBFD).

SCHNITGER, A. (2013) “Comment on Klaus Vogel Lecture - Problems Arising under Domestic Tax Law Due to the Introduction of the Authorized OECD Approach” (Bulletin for International Taxation, vol.63, n.4/5, p.211-215).

SCHOUERI, L.E. (2015) “Arm’s Length: Beyond the Guidelines of the OECD” (Bulletin for International Taxation, vol.69, n.12, p.690-716).

SCHOUERI, L.E.; GÜNTHER, O.C. (2011) “The Subsidiary as a Permanent Establishment” (Bulletin for International Taxation, vol.65, n.2, p.69-74).

SCHÖN, W. (2014) “International Taxation of Risk” (Bulletin for International Taxation, vol.68, n.3/4, p.146-217).

SCHÖN, W. (2010) “Persons and Territories: on the International Allocation of Taxing Rights” (British Tax Review, n.6, p.554-562).

SCHÖN, W. (2007a) “Attribution of Profits to Pes and the OECD 2006 Report” (Tax Notes International, vol.46, n.4, 1059-1072).

SCHÖN, W. (2007b) “Group Taxation and CCTB” (Tax Notes International, vol.48, n.10, p.1063-1079).

SCHÖN, W. (2001) “The Free Choice between the Right to Establish a Branch and to Set-up a Subsidiary – A Principle of European Business Law” (European Business Organization Law Review, n.2, p.339-364).

SCHWÄRZLER, T. (2017) “Using the Capital Allocation Approach to Attribute Capital to a Permanent Establishment” (International Transfer Pricing Journal, vol.24, n.2, p.97-110).

SERRANO ANTÓN, F. (2015) “El procedimiento amistoso y el arbitraje en la fiscalidad internacional” /en/ SERRANO ANTÓN, F. (dir.) *Fiscalidad Internacional* (Madrid: Centro de Estudios Financieros).

SERRANO ANTÓN, F. (2010a) “Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: Historia, tipos, fines, estructura y aplicación” /en/ SERRANO ANTÓN, F. (dir.) *Fiscalidad Internacional* (Madrid: Centro de Estudios Financieros).

SERRANO ANTÓN, F. (2010b) “Los aspectos internacionales de los establecimientos permanentes” /en/ SERRANO ANTÓN, F. (dir.) *Fiscalidad Internacional* (Madrid: Centro de Estudios Financieros).

SERRANO ANTÓN, F. (2010c) “Interpretación y Calificación de los Convenios de Doble Imposición Internacional” /en/ SERRANO ANTÓN, F. (dir.) *Fiscalidad Internacional* (Madrid: Centro de Estudios Financieros).

SKAAR, A. (2000) “*Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce*” (Intertax, vol.28, n.5, p.188-194).

SKAAR, A. (1991) *Permanent Establishment, Erosion of a Tax Treaty Principle* (Boston: Kluwer Law and Taxation, Boston).

SOKOLOV, T. (2011) “The history of article 5 of OECD Model Convention” /en/ BRUGGER, F.; PLANSKY, P. *Permanent Establishment in International Tax Law* (Viena: Linde Verlag).

SPENGEL, C.; ORTMANN-BABEL, M.; ZINN, B.; MANTENAER, S. (2012) “A Common Corporate Tax Base for Europe: An Impact Assessment on the Draft Council Directive on a CC(C)TB” (World Tax Journal, vol.4, n.3, p.185-221).

SPRAGUE, G.D.; HERSEY, R. (2002) “Attribution of Profits to Permanent Establishments”, (Tax Notes International, vol.25, n.6, p.629-645).

SURREY, S. (1978) *Reflections on the Allocation of Income and Expenses Among National Tax Jurisdictions* (Toronto: Law and Policy in International Business).

TENORE, M. (2006) “The Transfer of Assets from a Permanent Establishment to its General Enterprise in the Light of European Tax Law” (Intertax, vol.34, n.8/9, p.386-392).

THIES, A. et al. (2005) “Permanent Establishment and Transfer Pricing: Two sides of the same coin?” (Tax Planning International Transfer Pricing, vol.6, n.1, p.3-9).

TRACANA, D. (2017) “The Impact of BEPS Actions 8-10 on Comparability Analysis in the Context of the Attribution of Profits to Permanent Establishments” (Intertax, vol.45, n.5, p.411-416).

VAN LEIHENHORST, J. (1989) “The Allocation of Profits to Permanent Establishment” (Intertax, n.1).

VAN RAAD, K. (2012) ““Enterprise” and “Enterprise of a Contracting State”: Towards a Century of Confusion Regarding the Term “Enterprise” in the Model Double Taxation Conventions” /en/ MAISTO, G. (coord.) *The Meaning of Enterprise Business and Business Profits under Tax Treaties and EU Tax Law* (Ámsterdam: IBFD).

VAN RAAD, K. (2000) “Deemed Expenses of a Permanent Establishment under the Article 7 of the OECD Model“ (Intertax, vol.28, n.4, p.162-167).

VAN WANROOIJ, J.S.A. (2009) “Comments on the Proposed Article 7 of the OECD Model Convention” (Intertax, vol.37, n.5).

VAN WANROOIJ, J. (2004) “Attribution of Profits to Permanent Establishment: The OECD Model, the Working Hypothesis and the Dutch Approach” (British Tax Review, n.3, p.248-280).

VANN, R.J. (2010a) “Taxing International Business Income: Hard-Boiled Wonderland and the End of the World” (World Tax Journal, vol.2, n.3, p.291-346).

VANN, R.J. (2010b) “Reflections on Business Profits and Arm’s-Length Principle” (Sydney Law School Research, Paper No.10/127, p.1-37).

VANN, R. (2006a) “Problems in the International Division of Business Income Tax Base” (University of Sydney, p.1-49).

VANN, R. (2006b) “Tax Treaties: The Secret Agent’s Secrets” (British Tax Review, n.3, p.345-382).

VANDERWOLK, J.; SPRAGUE, G. (2003) “Allocation of Profits to Permanent Establishments” (Tax Planning International, vol.4, n.2, p.22-24).

VEGA GARCÍA, A. (2014) *El Soft Law en la fiscalidad internacional* (Barcelona: Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra).

VERLINDEN, I.; LEDURE, D.; DESSY, M. (2016) “The Risky Side of Transfer Pricing: The OECD Base Erosion and Profit Shifting Reports Sharpen the Rules on Risk Allocation under the Arm’s Length Standard” (International Transfer Pricing Journal, vol.23, n.2, p.109-114).

VLASCEANU, R. (2013) “Permanent Establishment and Intangibles: When Did Notional Royalties Become a Reality?” /en/ PERDELWITZ, A.; GUITIERREZ PUENTE, C. (eds.): *Taxation of Business Profits in the 21st Century: Selected Issues under Tax Treaties*, (Ámsterdam: IBFD).

VOGEL, K. (2012) *Kaus Vogel on Double Tax Conventions* (Londres: Kluwer Law International).

VOGEL, K. (2000) The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation (Bulletin for International fiscal documentation, vol.54, n.12, p.612-616).

VOGEL, K. (1997) *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (Londres: Kluwer Law International).

VOGEL, K.; PROKISCH, R.G. (1993) “General Report” /en/ *Interpretation on Double Taxation Convention* (IFA, Cahiers de droit fiscal international, vol.78a).

VV.AA.: “OECD Publishes Revised Guidelines on Transfer Pricing, Accommodating 15 Years of Juggling the Arm’s Length Principle in a Globalizing Business World, (International Transfer Pricing Journal).

WALTRICH, A. (2016) *Cross- Border Taxation of Permanent Establishments. An International Comparison* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer).

WEST, C. (2017) “References of the OECD Commentaries in Tax Treaties: A Steady March from “Soft” Law to “Hard” Law?” (World Tax Journal, vol.9, n.1, p.117-159).

WILKIE, S. (2012a) “Reflecting on the “Arm’s Length Principle”: What is the “Principle”?, Where Next?” /en/ SHÖN, W.; KONRAD, K.A. (eds.) *Fundamentals of International Transfer Pricing In Law and Economics* (Berlin: Heidelberg Springer).

WILKIE, S. (2012b) “The Definition and Ownership of Intangibles: Inside the Box?, Outside the Box?, What is the Box?” (World Tax Journal, vol.4, n.3, p.222-248).

WINSTCH, A. (2017) “Attribution of Profits to Permanent Establishments: The 2008 Article 7 versus the 2010 Article 7 of the OECD Model Tax Convention” (International Transfer Pricing Journal, vol.24, n.5, p.342-350).

WITTENDORFF, J. (2016) “BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm’s Length Principle” (Tax Notes International, vol.81, n.4, p.p.331-358).

YONG, S.Y. (2012) “Tax Optimization Using Branches? (Bulletin for International Taxation, vol.66, n.8, p.424-435).

YUESHENG, J. (2015) “Value Creation Theory of the BEPS report and China’s Reasonable Share in Global Value Allocation” (International Transfer Pricing Journal, vol.22, 4).

ZORNOZA PÉREZ, J. J. (2011) “La problemática expansión del soft law: Un análisis desde el Derecho Tributario” (tTrabajo expuesto en el marco del Seminario UAM-Carlos III, ejemplar mecanografiado.)

2. JURISPRUDENCIA.

2.1. Alemania.

- Bundesfinanzhof (Tribunal Federal Fiscal), 12 enero 1994, “Caso II R 95/89, IStr 1994”.
- Finanzgericht Münster, 21 enero 1993, No. 14 k 5104/90 F, EFG 1993, 725.
- Finanzgericht Baden-Württemberg, 8 abril 1991, No. 3 V 27/90, IStr 1992,93.
- Finanzgericht Hessen, 12 julio 1977, “Caso No. IV III/75”.

2.2. Dinamarca.

- Højesteret, 18 diciembre 1992, TfS 1997, 7, “Caso I 323/1991”.

2.3. España.

- Tribunal Supremo 20 junio 2016, Caso Dell España.
- Tribunal Supremo 18 junio 2014, Caso Borax Europe.
- Tribunal Supremo 12 enero 2012, Caso Roche Vitamins Europe LTD.
- Audiencia Nacional, 10 julio 2015, Caso ING Bank.
- Audiencia Nacional 20 mayo 2010, Caso M-Real.
- Audiencia NAcinal, 9 febrero 2011, Caso Borax
- Tribunal Económico Administrativo Central, 15 marzo 2012, Caso Dell

2.4. Francia.

- Conseil d'État, 31 marzo de 2010, Caso Zimmer.

2.5. Holanda.

- Gerechtshof (Tribunal de Apelación) Amsterdam, 25 febrero 2004, “Caso 02/04601”.
- Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo), 7 mayo 1997, “Caso 30.294”.
- Hoge Raad (Tribunal Supremo), 7 de mayo 1997, nr. 31.795, BNB1997/264.
- Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo), 8 noviembre 1989, “Caso No. 25.089”.

2.6. Italia.

- Corte Suprema, marzo de 2012, Caso Boston Scientific.

2.7. India.

- Income Tax Appellate Tribunal Delhi, 27 julio 2012, No. 3300 to 3302/Del/2009 “Caso India- Hyundai Rotem Company v. ADIT”, India.
- High Court of Calcutta, 23 diciembre 2010, “Caso ABN AMRO Bank N V v. CIT”, India.
- High Court, (263 ITR 706), “Caso UOI v. Azadi Bachao Andolan and Anr”, India.
- High Court, 18 mayo 2007., Civil Appeal No. 2734 and 2735 “Caso Hyundai Heavy Industries Co. Ltd. V. Commissioner of Income of Tax”, India.
- High Court of Delhi, 9 noviembre 2016, ITA 1108/2007, “Caso India-Virage Logic International v. DDIT”, India.
- Income Tax Appellate Tribunal Mumbai, 31 mayo 2010, ITA No. 3234/Mum/2006, “Caso India – Star Diamond Company (Belgium) N.V. v. DDIT”, India.
- Income Tax Appellate Tribunal, 30 noviembre 2007, Nos. 2473 to 2475 (Delhi) of 2000, 1733 (Delhi) of 2001, 820 to 823 (Delhi) of 2005, “Caso India- Galileo International Inc. v. Deputy Commissioner of Income Tax”, India.
- Income Tax Appellate Tribunal of Delhi, 16 diciembre 2005, No. 77/Del/2005, “Caso India-Virage Logic International v. ADIT”, India.

2.8. Noruega.

- Høyesterett, 2 marzo de 2011, Caso Dell Noruega.

2.9. República checa.

- Nejvyšší Správní Soud (Tribunal Supremo Administrativo) 5 febrero 2015, “Caso 2 Afs 8.2014-174”, República Checa.

2.10. Suiza.

- Steuerrekurskommission Zürich (Comisión Fiscal de Apelación), 27 marzo 2001, “Caso 1 ST. 1999.207”, Suiza.

2.11. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- Caso The Royal Bank of Scotland (Caso C-311/97 Royal Bank of Scotland).
- Caso Saint Gobain (Caso C-307/97 Compagnie de Saint Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt).
- Caso Futura Participations Singer (Caso C-250/95 Futura Singer).
- Caso Commerzbank (Caso C-330/91 Commerzbank).
- Caso Avoir Fiscal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fecha 28 enero 1986 (Caso 270/83 Commission v. France).
- Caso Laysterie du Saillant (C- 9/02).
- Caso Metallgesellschaft (C-410/98).

3. DOCUMENTOS OFICIALES.

3.1. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

3.1.1. Modelo de Convenio.

- OCDE: “*Model Tax Convention on Income and on Capital*”, París, 1977, 1992, 1994, 1995, 1997, 1998, 2000, 2003, 2005, 2008, 2010, 2014, 2017.
- OCDE: “*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*”, París, 2016.

3.1.2. Informes sobre Atribución de Beneficios Empresariales al EP.

- OCDE: “*Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*”, París, 2010, 2008.
- OCDE: “*Discusión Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part IV (Insurance)*”, París, 2003, 2006.
- OCDE: “*Discusión Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part III (Financial Instruments)*”, París, 2003, 2005.
- OCDE: “*Discusión Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part II (Banks)*”, París, 2001, 2004, 2007.
- OCDE: “*Discusión Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part I (General Considerations)*”, París, 2001, 2004, 2006.
- OCDE: “*Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*”, París, 2001.

- OCDE: “*Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: No.5*”, París, 1994.

3.1.3. Plan de Acción BEPS.

- OCDE: “*Action 1 BEPS: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*”, París, 2015.
- OCDE: “*Action 7, Final Report: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*”, París, 2015.
- OCDE: “*Actions 8-10: Aligning Transfer Pricing Outcome with Value Creation*”, Plan de Acción BEPS de la OCDE, París, 2015.
- OCDE: “*Action 10: “Discussion draft on the use of profit splits in the context of global value chain”*”, OCDE, París, 2015.
- OCDE: “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”, París, 2013.

3.1.4. Otros documentos.

- OCDE: “*Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*”, París, 2017, 2010, 1995.
- OCDE: “*Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Convention*”, París, 2012.
- OCDE: “*Are the Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E-Commerce?*”, París, 2004.
- OCDE: “*Attribution of Profits to PE involved in Electronic Commerce Transactions*”, París, 2001.
- OCDE: “*Clarification on the Application of the Permanent Establishment definition in E-Commerce*”, París, 2000.
- OECD: “*The Taxation of Global Trading of Financial Instruments*”, París, 1998.

3.2. Organización de Naciones Unidas.

3.2.1. Modelo de Convenio.

- ONU: “*Model Double Taxation Convention between Develop and Developing Countries*”, Nueva York, 2011.

3.3. Sociedad de Naciones.

- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text*”, Documento C.88.M.88.1946.II.A, Ginebra, 1946.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Reports to the Council: Session Ninth*”, Documento C.181.M.110.1939.II.A, Ginebra, 1939.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Reports to the Council: Session Eight*”, Documento C.384.M.299.1938.II.A, Ginebra, 1938.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Reports to the Council: Session Seventh*”, Documento C.490.M.331.1937.II.A, Ginebra, 1937.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Reports to the Council: Session Sixth*”, Documento C.450.M.266.1936.II.A, Ginebra, 1936.
- SOCIEDAD DE NACIONES: League of Nations: “*Report to the Council on the Fifth Session of the Committee*”, Documento C.252.m.124.1935.II.A, Ginebra, 1935.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Taxation of Foreign and National Enterprises, vol. V, Allocation Accounting for the Taxable Income of Industrial Enterprises by Ralph C. Jones*”, Documento C.425(c).M.217©.1933.II.A, Ginebra, 1933.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Taxation of Foreign and National Enterprises, vol. IV, Methods of Allocating Taxable Income by Mitchell B. Carroll*”, Documento c.425(b).M.217(b).1933.II.A, Ginebra, 1933.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Taxation of Foreign and National Enterprises: A study of the tax systems and the methods of allocation of the profits of enterprises operating in more than one country British India, Canada, Japan, Mexico, Netherlands East Indies, Union of South Africa, States of Massachusetts, of New York and of Wisconsin*”, Vol. III, Documento C.425(a).M.217(a).1933.II.A, Ginebra, 1933.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Taxation of Foreign and National Enterprises: A study of the tax systems and the methods of allocation of the profits of enterprises operating in more than one country Austria, Belgium, Czechoslovakia, Free City of Danzig, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Luxemburg,*

Netherlands, Roumania and Switzerland”, Vol. II, Documento C.425.M.217.1933.II.A, Ginebra, 1933.

- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Taxation of Foreign and National Enterprises: A study of the tax systems and the methods of allocation of the profits of enterprises operating in more than one country in France, Germany, Spain, The United Kingdom and the Unites States of America*”, Vol. I, Documento C.73.M.38.1932.II.A, Ginebra, 1932.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Report to the Council on the Work of the Second Session of the Committee*”, Documento C.340.M.140.1930.II, Ginebra, 1930.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Report to the Council on the Work of the First Session of the Committee*”, Documento C516.M.175.1929.II, Ginebra, 1929.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Double Taxation and Tax Evasion: Report Presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion*”, Documento C.562.M.178.1928.II, Ginebra, 1928.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Committee on Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Report*”, Documento C.216.M.85, Ginebra, 1927.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Double Taxation and Tax Evasion Report submitted by the Technical Experts to the Financial Committee*”, Documento F.212, Ginebra, 1925.
- SOCIEDAD DE NACIONES: “*League of Nations: Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation*”, Bruins, G., Einaudi, L., Seligman, E. y Stamp, J., Documento E.F.S. 73 F.19, Ginebra, 1923.

3.4. Unión Europea.

3.4.1. Comisión Europea.

- COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Directiva por la que se establece una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS), Bruselas, 2016.

- COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Directiva por la que se establece una base consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCCIS), Bruselas, 2016.
- COMISIÓN EUROPEA: Recommendation C (2012) 8806 final from the European Commission of Aggressive Tax Planning, 2012.
- COMISIÓN EUROPEA: Communication (2012) 722 final from the Commission to the European Parliament and the Council. An action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion, 2012.

3.5. *International Fiscal Association.*

- IFA: *Enterprise Services (2012)* (Cahiers de droit fiscal international, EEUU, Boston, vol.97a).
- IFA: *Is there a permanent establishment?(2009)* (Cahiers de Droit Fiscal International, Vancouver, Canadá, vol.94a)
- IFA: *Attribution of Profits to PE (2006)* (Cahiers de Droit Fiscal International, Países Bajos, Ámsterdam, vol. 91b).
- IFA: *Interpretation on Double Taxation Convention (1993)* (Cahiers de Droit Fiscal International, vol.78a).
- IFA: *The transfer of assets into and out of a taxing jurisdiction (1986)* (Cahiers de Droit Fiscal International, Nueva York ,EEUU, vol.71a)
- *The Taxation of Enterprises with Permanent Establishments Abroad (1973)*, (IFA, Cahiers de Droit Fiscal International, Suiza, Lausane, vol.LVIIIa).

4. PÁGINAS WEB.

- OCDE: <http://www.oecd.org/>
- ONU: <http://www.un.org/>
- HISTORY OF TAX TREATIES: www.taxtreaties.org
- INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION: http://ibfd.ent.sirsiidynix.net.uk/client/en_GB/ibfdlibrary/search/results?qu=OEC+Reports&lm=LIB_CATALOG&st=PA
- KLUWER INTERNATIONAL TAX BLOG: <http://kluwertaxblog.com/>
- EUR-LEX: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=COM:2016:0685:FIN>

ABREVIATURAS.

ALS – *Arm's Length Standard*.

AN – Audiencia Nacional.

AOA – *Authorized OECD Approach*.

art.; arts. – Artículo; Artículos.

AT – Administración Tributaria.

BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*.

Borrador Informe OCDE – Borrador Informe OCDE en Materia de Atribución de Beneficios Empresariales al EP.

CC – Casa Central.

CCCTB – *Common Consolidated Corporate Tax Base*

CDI – Convenio para Evitar la Doble Imposición Internacional

CE – Comisión Europea.

CFA – Comité Asuntos Fiscales.

CMCONU – Comentarios Modelo de Convenio Organización Naciones Unidas.

CMCOCDE – Comentarios Modelo de Convenio Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

DGT – Dirección General de Tributos

DPT – Directrices de Precios de Transferencia.

EP – Establecimiento Permanente.

FHS – Funciones Humanas Sustantivas

GT – Grupo de Trabajo.

HT – Hipótesis de Trabajo.

IBFD – *International Bureau of Fiscal Documentation*.

IEF – Instituto de Estudios Fiscales.

IFA – *International Fiscal Association*.

Informe OCDE – Informe OCDE en Materia de Atribución de Beneficios Empresariales al EP.

KERT – *Key Entrepreneurial Risk-Taking Functions*

MCOEDE – Modelo de Convenio Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

MCONU – Modelo de Convenio Organización Naciones Unidas.

Nº. – Número.

OCDE – Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

OECD – *Organization for Economic Co-operation and Development*.

OECDMC – *OECD Model Convention*.

OECDMCC – *Commentaries of the OECD Model Convention*.

OEDE – *Organization for Economic Co-operation and Development*.

ONU – Organización Naciones Unidas.

PE – *Permanent Establishment*.

p. – Página.

pp. – Páginas.

par. – Párrafo.

pars. – Párrafos.

SAN – Sentencia Audiencia Nacional.

SN – Sociedad de Naciones.

SPF – *Significant People Functions*.

STS – Sentencia Tribunal Supremo.

TEAC – Tribunal Económico Administrativo Central.

TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS – Tribunal Supremo.

UE – Unión Europea.

UN – *United Nations*.

Vol. – Volumen.

WH – *Working Hypothesis*.

