

LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA: ¿UNA RECONSIDERACIÓN DEL CRITERIO *ARM'S LENGTH*?

Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois

*Profesor Contratado Doctor.
Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit del Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Álvaro ANTÓN BASANTA, don Diego MARÍN BARNUEVO, don Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, don Alberto MONREAL LASHERAS, don Javier SEIJO PÉREZ y don Fernando DE VICENTE BENITO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

La figura del establecimiento permanente de agencia es una de las más conflictivas en el ámbito de la fiscalidad internacional por las disparidades en su interpretación entre los distintos Estados. Mediante esta figura se considera que una empresa no residente dispone de un establecimiento permanente en un Estado como consecuencia de las actividades de un agente. En el marco del Plan BEPS esta figura ha sufrido un cambio dramático, encaminado a disminuir el umbral necesario para que las actividades de un intermediario puedan ser consideradas como constitutivas de un establecimiento permanente en el Estado de la fuente. Sin embargo, la existencia de un establecimiento permanente es únicamente la primera fase para que se puedan gravar los beneficios empresariales obtenidos por una empresa no residente, ya que, a continuación, deben atribuírsele beneficios. De acuerdo con las directrices de la OCDE, la atribución de beneficios se basa en el denominado enfoque autorizado, que supone la aplicación analógica de las directrices sobre precios de transferencia a las relaciones entre establecimiento permanente y casa central. Sin embargo, en el caso del establecimiento permanente de agencia, la aplicación de estas directrices se antoja complicada, planteándose en el presente trabajo varias alternativas para poder atribuir beneficios a esta clase de establecimientos permanentes.

Palabras claves: establecimiento permanente de agencia, atribución de beneficios y agente dependiente.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 24-08-2016

ATTRIBUTION OF PROFITS TO AGENCY PERMANENT ESTABLISHMENTS: A RECONSIDERATION OF THE ARM'S LENGTH CRITERION?

Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois

ABSTRACT

Agency permanent establishment has become one of the most controversial concepts in the international tax area due to the disparities in its interpretation among different jurisdictions. Through this concept a non-resident enterprise is regarded to have a permanent establishment in the State of the source as a result of the activities carried out by an agent. In the framework of the BEPS action plan this concept has undergone a dramatic change, aimed to reduce the required threshold to consider the activities carried out by an agent to constitute a permanent establishment in the State of the source. However, the existence of a permanent establishment is only the first stage to tax the profits derived by a non-resident enterprise in the State of the source, because, after that, it is needed to attribute profits to the permanent establishment. According to the OECD report on the attribution of profits to permanent establishments, the attribution of profits must be based on the so-called «authorized approach», which implies the analogous application of the Transfer Pricing Guidelines to the transactions between head office and permanent establishment. However, in the case of the agency permanent establishment, the application of the guidelines is complicated. In this paper several alternative methods to attribute profits to agency permanent establishments are proposed.

Keywords: agency permanent establishment, attribution of profits and dependent agent.

Sumario

- I. Introducción
- II. El establecimiento permanente de agencia: concepto y evolución
 1. El establecimiento permanente de agencia en el Modelo de Convenio de la OCDE
 2. El establecimiento permanente y la erosión de bases imponibles. La Acción 7 del Plan BEPS
- III. La atribución de beneficios bajo el enfoque autorizado de la OCDE
 1. Los distintos enfoques sobre la determinación de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente
 2. Las fases en la aplicación del enfoque autorizado
- IV. La atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia
 1. El principio de plena competencia en la atribución de beneficios al establecimiento permanente y en las operaciones entre entidades vinculadas: el *single taxpayer approach* y el *dual taxpayer approach*
 2. La identificación de riesgos propios del establecimiento permanente de agencia
 3. Alternativas para la atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia
- V. Conclusiones

Bibliografía

NOTA: Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2015-66087-P financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y es resultado de la investigación realizada en el marco de una estancia desarrollada en el International Bureau of Fiscal Documentation y financiada por el programa de estancias «José Castillejo» para jóvenes doctores del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. El segundo apartado de este trabajo se basa en una investigación previa presentada en las Jornadas «Fraude, abuso y planificación fiscal agresiva en el marco del Derecho de la UE y del Plan BEPS», organizadas por la Cátedra Jean Monnet de la Universidad de Cádiz «El efecto interno y externo del Derecho Tributario de la UE» en enero de 2016.

Debe notarse que, tras la finalización del presente trabajo, la OCDE ha publicado con fecha de 4 de julio de 2016 sendos borradores para su discusión pública de las modificaciones consideradas necesarias para poder aplicar el informe sobre atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia («Additional guidance on the attribution of profits to permanent establishments») y para la aplicación del método *profit split* en las operaciones vinculadas («Revised guidance on profit split») como resultado de las Acciones 7 y 8-10 del Plan BEPS. La posición de la OCDE en relación con la atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia es sustancialmente un desarrollo de la posición explicada en el apartado IV de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

La figura del establecimiento permanente (EP en adelante) constituye uno de los conceptos centrales en el ámbito de la fiscalidad internacional, en concreto, en el reparto de los derechos de imposición entre Estados articulado en el Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE (MCOCDE en adelante)¹. Como es sabido, en el marco del MCOCDE, esta figura supone el umbral mínimo de presencia para que los beneficios empresariales obtenidos por un no residente puedan ser gravados por el Estado de la fuente². Por tanto, de no existir un EP, los beneficios empresariales obtenidos por una empresa no residente en el Estado de la fuente únicamente pueden ser gravados en su Estado de residencia. No obstante lo anterior, no basta únicamente con la existencia de un EP para que los beneficios empresariales obtenidos por una empresa no residente puedan ser gravados por el Estado de la fuente, sino que estos beneficios deben ser atribuibles al EP. Es por ello que es de vital importancia el determinar cuándo existe un EP en el Estado de la fuente y qué beneficios de los obtenidos por una empresa no residente pueden ser atribuidos a dicho EP.

Esta operación es especialmente compleja en el caso de los denominados EP de agencia. Como es sabido, el EP, de acuerdo con su definición general, se identifica por ser un lugar fijo a través del cual la empresa no residente realiza todo o parte de sus actividades en el Estado de la fuente³. Junto a esta definición general del EP se incluyen otras situaciones que, a pesar de no suponer la existencia de un lugar fijo en el Estado de la fuente, son igualmente constitutivas de un EP. Dentro de estos supuestos de EP ficticio se enmarca el EP de agencia, mediante el cual se puede considerar que una empresa no residente tiene un EP en el estado de la fuente como consecuencia de determinadas actuaciones de un intermediario en el Estado de la fuente.

¹ Las referencias al MCOCDE, salvo indicación en contrario, han de entenderse realizadas a su versión actual, aprobada por el Consejo de la OCDE el 15 de julio de 2014.

² De acuerdo con el artículo 7 del MCOCDE: «[l]os 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 [...] pueden someterse a imposición en ese otro Estado». Se trata, por tanto, de una cláusula general por la cual los beneficios empresariales tributan exclusivamente en el Estado de residencia de la empresa no residente salvo cuando se consideren obtenidos a través de un EP, caso en el que los beneficios tributarán conforme a una cláusula de tributación compartida ilimitada.

³ La definición general del concepto de EP se encuentra regulada en el artículo 5.1 del MCOCDE con el siguiente tenor: «la expresión "establecimiento permanente" significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad».

Esta figura es especialmente relevante en el marco de los grupos multinacionales, en los que, como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías y la progresiva eliminación de las barreras al comercio transfronterizo, es habitual que las operaciones en un mercado determinado se realicen por una sociedad del grupo, normalmente la propia matriz, contando con la intermediación de una filial local, frente a la clásica estructura en que era la propia filial la que asumía las operaciones en el mercado local⁴. En estos casos es fundamental determinar si la intermediación de la filial local puede ser constitutiva de un EP para su matriz, toda vez que la existencia de una filial, por sí sola, no supone la existencia de un EP⁵. De acuerdo con la definición actualmente contenida en el MCOCDE, únicamente cuando exista una relación de agencia directa podrá considerarse que la actuación de un intermediario sea constitutiva de un EP en el Estado de la fuente.

No obstante lo anterior, el requisito formal para que existiera un EP en el Estado de la fuente ha sido objeto de crítica en la medida en que actuaciones sustancialmente equivalentes a las derivadas de una relación de agencia directa pueden ser desarrolladas sin acudir a dicha figura, evitando que pueda constituirse un EP en el Estado de la fuente⁶. Ante esta situación, algunas Administraciones tributarias han interpretado la figura del EP de agencia de modo sustancialista⁷, al mismo tiempo que se ha procedido a replantear el concepto de EP de agencia en el marco del plan de acción de la OCDE y el G20 contra la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios (Plan BEPS en adelante)⁸.

Como resultado de los trabajos enmarcados en el Plan BEPS, se ha propuesto una nueva definición del EP de agencia para ser incluida en el MCOCDE en su próxima actualización en

⁴ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, págs. 15-16.

⁵ A este respecto, el artículo 5.7 del MCOCDE aclara que «[e]l hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante o que realice actividades empresariales en ese otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera), no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra».

⁶ Vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas», *Crónica tributaria*, núm. 145, págs. 54-55.

⁷ El caso español ha sido paradigmático en lo relativo a la aplicación por parte de la Administración tributaria y los tribunales de la cláusula del EP de agencia de modo sustancialista. A este respecto, las sentencias de mayor relevancia en relación con la interpretación sustancialista de las cláusulas de agencia en los convenios de doble imposición suscritos por España son las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012 [rec. núm. 1626/2008 (NFJ045817)], en el caso «Roche», y de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2015 [rec. núm. 182/2012 (NFJ059322)], en el caso «Dell». La doctrina científica ha sido especialmente crítica con la posición de la Administración y tribunales españoles (vid., por ejemplo, ZORNOZA PÉREZ, J. y BÁEZ MORENO, A. [2015]: «La Cláusula de EP Frente al Tratamiento de las Reestructuraciones Empresariales: Los casos Roche y Dell», en UEHARA HASHIMOTO, Y. (coord.), *Temas selectos de precios de transferencia*, Themis-IFA, México, pág. 137 y ss.), aunque no han faltado apoyos para la interpretación de la Administración (vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales...», *op. cit.*, pág. 39 y ss.). En relación con esta última sentencia (caso «Dell»), y posteriormente al cierre de este trabajo, se ha pronunciado el Tribunal Supremo con fecha de 20 de junio de 2016 [rec. núm. 2555/2015 (NFJ063130)] ratificando en lo sustancial la posición de la Audiencia Nacional.

⁸ Vid. OCDE [2013]: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, pág. 19.

2016⁹. Esta nueva definición supone una sustancial ampliación de los supuestos en que la actuación de un intermediario puede generar un EP en el Estado de la fuente de una empresa no residente, reduciéndose notablemente el umbral de intervención de la empresa no residente en la vida económica del Estado de la fuente para que se pueda considerar la existencia de un EP. Sin embargo, esta reducción del umbral para considerar la existencia de un EP en el Estado de la fuente a través de la intervención de un intermediario no ha ido acompañada de una aclaración de los criterios para poder atribuir beneficios al EP resultante, quedando este aspecto pendiente para un ulterior desarrollo en este 2016¹⁰.

En el presente trabajo analizo, en primer lugar, el concepto de EP de agencia, tanto en su configuración actual como en la propuesta contenida en el Plan BEPS. En relación con el análisis de este concepto en su configuración actual, sin perjuicio de su relevancia, me limitaré a realizar una breve exposición, ya que no constituye el núcleo de este trabajo¹¹. A continuación, analizo los criterios propuestos por la OCDE para atribuir beneficios al EP, en general, y los problemas que plantea su aplicación al ámbito del EP de agencia en la medida en que supone que deban identificarse riesgos no asumidos por el intermediario, pero que sean atribuibles a una ficción, como es el propio EP. Con el objeto de superar las limitaciones que el enfoque autorizado de la OCDE tiene en estas situaciones, analizo dos propuestas alternativas para poder atribuir beneficios al EP de agencia, las cuales han de ser evaluadas bajo el prisma del principio de plena competencia.

II. EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA: CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

1. EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA EN EL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE

Como ya he señalado, el concepto general de EP se basa en la existencia de un lugar fijo en el Estado de la fuente a través del cual la empresa no residente realiza la totalidad o parte de sus actividades empresariales. El MCOCDE incluye en su artículo 5, además, otros dos supuestos en los cuales, a pesar de no existir un lugar fijo, la presencia del no residente en la vida económica

⁹ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*

¹⁰ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 45.

¹¹ El análisis de las cláusulas de agente dependiente y de agente independiente por parte de la doctrina nacional e internacional ha sido muy profusa, especialmente desde mediados de la década de los noventa del siglo anterior. Sobre estas cláusulas, además de los estudios citados en el presente trabajo, puede consultarse el trabajo de MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2014]: «Preventing the Artificial Avoidance of PE Status», *Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries*, United Nations, New York, disponible en: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/20140923_Paper_PE_Status.pdf

del Estado de la fuente se considera suficiente para constituir un EP en el territorio de dicho Estado: los sitios de construcciones, instalaciones y obras de duración superior a 12 meses y el EP de agencia¹². En el caso del EP de agencia, el MCOODE define qué actuaciones de un intermediario pueden dar lugar a un EP de la empresa no residente en el Estado de la fuente y qué actuaciones se encontrarán excluidas de constituir un EP. Estas son las denominadas cláusulas del agente dependiente y del agente independiente, respectivamente.

1.1. La cláusula de agente dependiente

El artículo 5.5 del MCOODE establece los supuestos en que la intermediación de una persona distinta a la empresa no residente puede ser constitutiva de un EP de la empresa no residente en el Estado de la fuente. Esta cláusula se define del siguiente modo: «[n]o obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, cuando una persona distinta de un agente independiente (al que le será aplicable el apartado 6) actúe por cuenta de una empresa y ostente y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el apartado 4 y que, de haber sido realizadas por medio de un lugar fijo de negocios, no hubieran determinado la consideración de dicho lugar fijo de negocios como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese apartado».

De acuerdo con esta definición, para que la actuación de un intermediario pueda ser constitutiva de un EP de una empresa no residente en el Estado de la fuente es necesario que el intermediario actúe por cuenta y en nombre de la empresa no residente, de modo que su actuación pueda vincular a la empresa no residente frente a terceros de acuerdo con las reglas de la representación directa. Dicho requisito supone que únicamente cuando haya una actuación en nombre y por cuenta de la empresa no residente pueda considerarse que dicha empresa tiene un EP en el Estado de la fuente¹³. Esto, en principio, y de acuerdo con la literalidad del precepto, excluiría que otras relaciones, como puede ser la representación indirecta, en que el agente actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena, se encontraran fuera del ámbito de la cláusula de agente dependiente, al igual que aquellos casos en que la actuación del intermediario no implicara técnicamente una representación al no suscribir contratos con terceros en nombre del principal, sino que fuera el propio principal el que acabara firmando los contratos negociados por el intermediario.

¹² La cláusula de EP de sitios de construcciones, instalaciones y obras se encuentra prevista en el artículo 5.3 del MCOODE, aunque en el proyecto de MCOODE de 1963 se encontraba ubicada dentro del listado de presunciones *iuris tantum* de EP del artículo 5.2.

¹³ Vid. los comentarios al MCOODE, artículo 5, para. 32. Asimismo, *vid.*, por todos, PUL, H. [2013]: «Agency permanent establishments: in the name of and the relationship between Article 5(5) and (6) - part 1», *Bulletin for international taxation*, vol. 67, núm. 1, págs. 3-25, y PUL, H. [2013]: «Agency permanent establishments: in the name of and the relationship between Article 5(5) and (6) - part 2», *Bulletin for international taxation*, vol. 67, núm. 2, págs. 62-97.

Junto a este primer requisito, el artículo 5.5 del MCOCDE establece que el agente debe tener un grado de habitualidad suficiente en su actuación, sin que pueda considerarse que la empresa no residente opera a través de un EP cuando en operaciones puntuales se produzca una intermediación de este tipo¹⁴. Por otro lado, el propio artículo 5.5 del MCOCDE excluye que se pueda considerar que existe un EP cuando un agente cualificado desarrolle actividades auxiliares o preparatorias en el sentido del artículo 5.4 del MCOCDE¹⁵. Este sería el supuesto, por ejemplo, de un agente que realizara únicamente la entrega de bienes por cuenta del principal. Por otro lado, el propio precepto aclara que, de disponerse de un EP en sentido estricto para realizar dichas actividades, se considera que el EP de agencia se encuentra subsumido dentro del EP por lugar fijo¹⁶. Por último, la cláusula de agente dependiente se completa con una exclusión expresa por la cual, aun cuando se cumplan los requisitos para considerar la existencia de un EP de agencia, si el intermediario cumple los requisitos para ser considerado como un agente independiente, no se considerará que las actividades realizadas por dicho agente puedan constituir un EP¹⁷.

1.2. La cláusula de agente independiente

El artículo 5.6 del MCOCDE establece la denominada cláusula del agente independiente. Esta cláusula establece qué supuestos de intermediación no dan lugar a un EP de la empresa no residente

¹⁴ De acuerdo con los comentarios al MCOCDE (art. 5, para. 33.1), el requisito de habitualidad se debe examinar caso a caso, en función de la naturaleza del contrato entre agente y principal y las propias actividades del principal. De este modo, se establece un paralelismo con el requisito de «fijeza» que tiene que tener un lugar de negocios para constituir un EP en el marco de la definición general del artículo 5.1 del MCOCDE.

¹⁵ El artículo 5.4 del MCOCDE establece que «la expresión "establecimiento permanente" no incluye: a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio; f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio». *Vid* comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 33, respecto a la relación entre las actividades a realizar por un agente para que sean constitutivas de un EP y las actividades auxiliares previstas en el artículo 5.4 del MCOCDE.

¹⁶ *Vid.* comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 31.

¹⁷ La relación entre los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MCOCDE, es decir, las cláusulas de agente dependiente y de agente independiente, no es clara. Para parte de la doctrina el artículo 5.6 del MCOCDE (la cláusula de agente independiente) tiene, simplemente, un carácter clarificador de la cláusula de agente dependiente, mientras que, para otros autores, esta cláusula operaría como una definición negativa frente al artículo 5.5 del MCOCDE. De acuerdo con AVERY JONES, J. F. y LÜDICKE, J. [2014]: «The origins of article 5(5) and 5(6) of the OECD Model», *World Tax Journal*, vol. 6, núm. 3, págs. 203-241, las dificultades para interpretar la relación entre estos dos preceptos provienen del propio origen de los mismos, que fueron negociados por personas con una distinta tradición jurídica: el *Common Law* y el Derecho Continental. Resultando en una combinación de los sesgos de ambas tradiciones.

en el Estado de la fuente. De acuerdo con dicha cláusula: «[n]o se considera que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado contratante por el mero hecho de que realice sus actividades en ese Estado por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad».

Mediante esta previsión se excluye que la actuación de determinados intermediadores pueda ser considerada como constitutiva de un EP con base en su estatuto personal. De acuerdo con esta previsión, se produce una primera exclusión de intermediadores en función de la relación jurídica que les une al principal: el caso de los corredores (brókeres) y los comisionistas generales. La inclusión de estos supuestos dentro del listado de exclusiones plantea dudas acerca de su justificación según se observe desde una perspectiva de las distintas tradiciones jurídicas. Desde una perspectiva de Derecho Continental, el bróker es una figura que únicamente aproxima a las partes para que lleguen a un acuerdo, de modo que no ostenta poder para concluir contratos en nombre y por cuenta de su principal. En el caso del comisionista general, su relación con el principal se enmarca dentro de la representación indirecta, actuando en nombre propio, pero por cuenta del principal, es decir, concluyendo los contratos con terceros en su propio nombre, sin que su intermediación dé lugar al nacimiento de una relación jurídica entre el principal y el tercero¹⁸. De este modo, desde la perspectiva del Derecho Continental, la lógica para la inclusión de estas dos figuras tendría un carácter meramente clarificador, en la medida en que ninguna de ellas cumpliría con el requisito de que actuara en nombre y por cuenta del principal no residente. Frente a ello, en el ámbito del *Common Law*, en el cual la representación es, como regla general, siempre directa, la inclusión de estas dos figuras sería completamente coherente con la necesidad de definir negativamente los límites del EP de agencia¹⁹.

Junto a estas exclusiones de figuras concretas, el artículo 5.6 del MCOCDE excluye que pueda considerarse la existencia de un EP del principal no residente cuando se actúe en el Estado de la fuente a través de un «agente independiente» en el «marco ordinario de su actividad». Aunque el precepto no define qué debe entenderse por agente independiente, los comentarios al MCOCDE aclaran a qué debe atenderse para determinar si un agente detenta un estatus de independencia respecto de su principal no residente. De acuerdo con la interpretación mantenida en los comentarios al MCOCDE, para que el agente sea considerado como independiente debe hacerse una valoración de su grado de independencia desde una perspectiva jurídica y económica²⁰. Así, si un agente recibe órdenes detalladas del principal para la realización de sus labores de intermediación es difícil considerar que actúe como un agente independiente²¹. Asimismo, en aquellos casos en que el agente no corre con un determinado volumen de riesgo o responsabili-

¹⁸ Sobre las distintas clases de representación en el ámbito civil/mercantil y su configuración en el marco de las tradiciones del Derecho Continental y del *Common Law*, *vid.*, FERNÁNDEZ GREGORACI, B. [2008]: «Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y a los PECL», *Indret*, núm. 4, pág. 5 y ss.

¹⁹ *Vid.* AVERY JONES, J. F. y LÜDICKE, J. [2014]: «The origins of article 5(5) and 5(6) of the OECD Model», *op. cit.*, pág. 203 y ss.

²⁰ *Vid.* comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 37.

²¹ *Vid.* comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 38.

dad respecto de la operación, podría excluirse su independencia²², e igualmente si opera para un único principal o su dependencia económica del mismo es total o casi total²³, mientras que, si nos encontramos ante un agente que tenga un determinado prestigio o reconocimiento en el mercado relevante, podría considerarse que opera como un agente independiente²⁴. Sin perjuicio de ello, el hecho de que el principal, u otra entidad del grupo, detente la totalidad o mayor parte del capital del agente, no excluye, por sí mismo, que pueda considerarse a dicho agente como independiente²⁵.

De este modo, cabría interpretar, si se valora este precepto desde la perspectiva del *Common Law*, que, en el marco de relaciones de representación directa, cuando no exista un agente que tenga una relación de dependencia, no nos encontraremos ante actuaciones que den lugar a un EP. Desde la perspectiva del Derecho Continental, sin embargo, la interpretación de este precepto y su relación con el artículo 5.5 del MCOCDE puede ser distinta. La literalidad del precepto conduce a la exclusión directa de los intermediarios que no ostenten una representación directa de su principal no residente, ya por la definición positiva del artículo 5.5 del MCOCDE, ya por la clarificación contenida en la primera parte del artículo 5.6 del MCOCDE. De ser así, supuestos de intermediación que no impliquen la actuación formal en nombre del principal, sino la intervención en la negociación sin que se ostente una representación formal, o supuestos de representación indirecta, como es el caso del comisionista, quedarían automáticamente fuera del contorno del EP de agencia, aun cuando existiera una completa dependencia jurídica y económica del agente respecto del principal.

2. EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE Y LA EROSIÓN DE BASES IMPONIBLES. LA ACCIÓN 7 DEL PLAN BEPS

Como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías y la eliminación de barreras al comercio transfronterizo, la organización de las cadenas de distribución en los grupos multinacionales se ha vuelto más flexible, permitiendo la relocalización de funciones entre las distintas empresas del grupo multinacional²⁶. Tradicionalmente, los mecanismos de distribución transfronterizos implicaban que las filiales locales se convirtieran en revendedoras de los productos del grupo para el mercado local, asumiendo todos los riesgos de las operaciones frente a los clientes locales. Esta posición suponía que, de acuerdo con las reglas de valoración de operaciones entre entidades vinculadas, las filiales obtuvieran un nivel de ingresos acorde con el nivel de riesgos asumidos, sin que pudiera considerarse que la actuación de las mismas determinara la constitución de un EP de agencia al operar como revendedores, es decir, en nombre y por cuenta propia.

²² Vid. comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 38.3.

²³ Vid. comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 38.6.

²⁴ Vid. nota 22.

²⁵ Vid. comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 38.1.

²⁶ En relación con la relocalización de funciones entre entidades de los grupos multinacionales, vid. OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris, págs. 235-301 (Chapter IX. Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings).

La eliminación de barreras y las posibilidades que han ido ofreciendo las nuevas tecnologías, sin embargo, han permitido que los grupos multinacionales hayan reestructurado las funciones que realizan las distintas entidades del grupo, reduciendo el papel de las filiales locales. En concreto, ha sido común que las filiales locales hayan pasado de ser revendedoras a ser comisionistas u otro tipo de intermediarios que realizan funciones auxiliares, como es el mantenimiento de páginas web²⁷. De este modo, la remuneración a percibir por las entidades locales por sus funciones desarrolladas se reduce frente a la que obtendrían como revendedoras de acuerdo con el estándar impuesto por el principio de plena competencia, toda vez que las funciones y riesgos asumidos son menores. Al mismo tiempo, al configurarse la relación fuera de la representación directa, se evita que se pueda considerar la existencia de un EP de agencia, aun cuando no se produce un cambio sustancial en el propio sistema de distribución²⁸.

Esta clase de reestructuraciones de las cadenas de distribución en los grupos multinacionales ha determinado que los Estados donde se realizan las operaciones pudieran enfrentarse a una importante merma de sus derechos de imposición sobre las rentas derivadas de estas operaciones, pues únicamente podrán gravar la remuneración de las filiales locales, la cual se minimiza en consonancia con la menor asunción de riesgos. Sin embargo, materialmente la cadena de distribución no se ve modificada, ya que la participación de las filiales locales se ve reducida desde una perspectiva únicamente formal. Es por ello que algunas Administraciones tributarias han procedido a aplicar enfoques sustancialistas en relación con la cláusula de EP de agencia, considerando que, aun cuando formalmente no se cumple con la literalidad del artículo 5.5 del MCOCDE, la sustancia de la relación entre la filial local y su principal no residente no goza de la independencia necesaria para encontrarse dentro de la exclusión del artículo 5.6 del MCOCDE²⁹. Con todo, el enfoque de la cláusula de EP de agencia no ha sido homogéneo desde una perspectiva transfronteriza, dando lugar a pronunciamientos incompatibles respecto de supuestos de hecho idénticos³⁰.

²⁷ A modo de ejemplo, las filiales españolas de varias de las multinacionales tecnológicas más importantes del mundo en la actualidad operan como comisionistas puros o como soporte de ventas a través del mantenimiento de páginas web o de la participación en negociación, actividades todas ellas que no determinan por sí mismas la existencia de un EP del principal en España. Sobre ello puede verse la noticia periodística publicada en el diario *El País* (sección Economía) de 23 de noviembre de 2012 y titulada «Gigantes tecnológicos, enanos tributarios» (disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2012/11/23/actualidad/1353702423_564230.html).

²⁸ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., págs. 15-16, y CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales...», op. cit., págs. 49-55.

²⁹ Vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales...», op. cit., pág. 54.

³⁰ El caso paradigmático sería el de Dell. Esta empresa mantiene la misma estructura de distribución en toda Europa, operando las filiales locales como comisionistas por cuenta de la matriz irlandesa, sin que las filiales locales actúen en nombre y por cuenta de la matriz, sino en nombre propio y por cuenta de la matriz irlandesa. En España la estructura operativa de Dell ha determinado que, de acuerdo con la interpretación mantenida por nuestros tribunales, la matriz irlandesa tenga un EP en España como resultado de las actividades de su filial española [vid. la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2015 (rec. núm. 182/2012 –NFJ059322–)]. En apoyo de la interpretación de nuestros tribunales, vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales...», op. cit., págs. 48-50 [refiriéndose a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central en este mismo caso (R. G.

La OCDE no ha sido ajena a las debilidades de la cláusula del EP de agencia derivadas del enfoque puramente formalista que se adoptó en la elaboración de los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MCOCDE. En este sentido, por ejemplo, desde 1992 los comentarios al artículo 5 del MCOCDE adoptan una posición sustancialista respecto del requisito de que el agente actúe por nombre y por cuenta del principal cuando el agente asume todo el peso de la negociación, pero no suscribe el contrato en nombre de su principal³¹. Junto a ello, en diversos momentos ha afrontado el análisis de la relación entre los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MCOCDE y la lógica de la exclusión del agente independiente, sin obtener un resultado de consenso³².

No ha sido hasta la emergencia del Plan BEPS cuando se ha logrado reformular la definición del EP de agencia con un consenso suficiente a nivel internacional. En este sentido, dentro del Plan BEPS se identificó este ámbito como una de las áreas de la fiscalidad internacional en que las multinacionales podrían aprovecharse de la existencia de criterios puramente formales para erosionar las bases imponibles de los Estados en que se realizaban las operaciones³³, dedicándose la Acción 7 del Plan BEPS al análisis de este aspecto y la propuesta de soluciones que pudieran ser implantadas en el MCOCDE.

núm. 2107/2007 –NFJ047352–)]. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina científica ha sido especialmente crítica con la resolución de este caso. En este sentido, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2014]: «Preventing the Artificial Avoidance of PE Status», *op. cit.*, pág. 63 y ss. o ZORNOZA PÉREZ, J. y BÁEZ MORENO, A. [2015]: «La Cláusula de EP Frente al Tratamiento de las Reestructuraciones Empresariales...», *op. cit.*, págs. 154-155. Esta misma operativa fue analizada en Noruega con el objeto de determinar si la actuación de la filial local podía dar lugar a un EP de su matriz irlandesa en Noruega. El Tribunal Supremo noruego en su Sentencia de 2 de diciembre de 2011, sin embargo, consideró que dicha estructura no podía ser constitutiva de un EP de la matriz irlandesa en Noruega en la medida en que la filial operaba en el mercado noruego como un comisionista, es decir, en nombre propio y por cuenta ajena, no cumpliéndose por tanto los requisitos para que su actividad pudiera ser considerada como constitutiva de un EP de la empresa no residente de acuerdo con el artículo 5.5 del Convenio de Doble Imposición entre Noruega e Irlanda. Sobre esta sentencia, *vid.* ZIELKE, R. [2012]: «Commissionaire Structure as an Agency Permanent Establishment (PE): Low Risk for Foreign Principals Constituting a PE in Norway – Dell Products v. Government of Norway, Decision of the Norwegian Supreme Court of 2 December 2011», *Intertax*, vol. 40, núm. 8/9, págs. 494-496, o CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales...», *op. cit.*, págs. 51-52 (criticando el enfoque formalista adoptado por el tribunal noruego).

³¹ Como señala MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2014]: «Preventing the Artificial Avoidance of PE Status», *op. cit.*, pág. 30 y ss., esta circunstancia fue la que motivó la introducción en los comentarios al MCOCDE del actual párrafo 32.1 a los comentarios al artículo 5. De acuerdo con este párrafo: "la frase «poderes que la facultan para concluir contratos en nombre de la empresa» no limita la aplicación del apartado a un agente que suscriba contratos literalmente en nombre de la empresa; el apartado se aplica asimismo a un agente que concluye contratos que son vinculantes para la empresa, aunque no se establezcan en nombre de la empresa. La ausencia de una participación activa de la empresa en las operaciones puede significar que ha delegado en un agente. Por ejemplo, se puede considerar que un agente posee el poder efectivo para concluir contratos cuando solicita y recibe los pedidos (sin formalizarlos) que son enviados directamente a un almacén en el que se efectúa la entrega de mercancías y cuando la empresa extranjera aprueba las operaciones de forma rutinaria».

³² *Vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2014]: «Preventing the Artificial Avoidance of PE Status», *op. cit.*, pág. 43 y ss.

³³ *Vid.* OCDE [2013]: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, *op. cit.*, pág. 19, en que se indica como objetivo del Plan BEPS el de «[d]esarrollar modificaciones en la definición de EP para impedir la elusión artificiosa del estatus de EP en relación a la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, incluso mediante la utilización de mecanismos de comisionista y exenciones de actividad específica».

2.1. La nueva definición del establecimiento permanente de agencia

La Acción 7 del Plan BEPS se enfocó con un triple objetivo: el desarrollo de modificaciones al MCOEDE que evitaran la elusión del estatuto de EP a través de figuras de comisionistas y asimiladas, la fragmentación de actividades para beneficiarse de la exención de EP por actividades auxiliares o preparatorias y la redefinición de los criterios para la atribución de rentas al EP. De estos tres objetivos, la versión final de la Acción 7 ofrece propuestas en relación con los dos primeros aspectos, quedando el tercero de ellos, la redefinición de los criterios para la atribución de beneficios al EP, a un ulterior desarrollo. En lo que respecta al presente trabajo, lo relevante son las propuestas relativas a la configuración del EP de agencia, que vienen a suponer una nueva redacción de los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MCOEDE.

En lo que respecta a la definición positiva del EP de agencia, el artículo 5.5 del MCOEDE quedaría redactado de la siguiente manera³⁴:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, pero con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 6, cuando una persona actúa en un Estado contratante por cuenta de una empresa y, de esta forma, habitualmente celebra contratos, o habitualmente desarrolla el papel principal para la conclusión de contratos que son rutinariamente celebrados sin modificaciones materiales por la empresa:

- a) en nombre de la empresa, o
- b) para la transmisión de la titularidad, o la concesión de un derecho de usufructo, sobre los bienes propiedad de esa empresa, o sobre los que la empresa tiene un derecho de usufructo, o
- c) para la prestación de servicios por esa empresa,

se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado con respecto a todas las actividades que esa persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el párrafo 4, que, si se realizan mediante un lugar fijo de negocios, no lo convertirían en un establecimiento permanente con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4».

La nueva redacción propuesta del artículo 5.5 del MCOEDE supone una notable ampliación de los supuestos que pueden dar lugar a considerar que las actividades de un intermediario puedan ser constitutivas de un EP para su principal no residente. En primer lugar, se incorporan al texto del precepto las recomendaciones contenidas en el párrafo 32.1 de los comentarios al artículo 5 del

³⁴ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 16. La traducción del original en inglés es del autor.

MCOCDE. Se acoge así el criterio material respecto de la actuación de intermediario por cuenta de su principal como elemento fundamental en la conclusión del contrato, aun cuando no sea formalmente celebrado por aquel³⁵. De este modo, no se considerará como requisito necesario para que exista un EP que el intermediario tenga la capacidad para suscribir contratos por cuenta de su principal, sino que se incorporan al texto del precepto como constitutivas de un EP aquellas actividades de intermediación que, si bien no implican la celebración de contratos con terceros por cuenta de principal, suponen una participación decisiva del intermediario en la negociación de los contratos para que sean ratificados por el principal³⁶. De acuerdo con los propuestos nuevos comentarios a este precepto, para considerar que una persona actúa por cuenta de otra lo relevante será discernir si el principal se ve afectado, directa o indirectamente, por las actuaciones del intermediario³⁷.

Por otro lado, el propuesto nuevo artículo 5.5 incluye dentro de su ámbito de aplicación tanto los supuestos de representación directa como indirecta. A este respecto, se incluyen tanto los supuestos en que el intermediario actúe en nombre y por cuenta de su principal, es decir, los supuestos de agencia estricta (representación directa), como aquellos supuestos en que el intermediario, actuando por cuenta del principal, concluye contratos en nombre propio pero que implican obligaciones para el principal relativos a la entrega de bienes o prestación de servicios³⁸. De este modo se equiparan los supuestos de representación directa e indirecta, eliminándose las disparidades entre las distintas tradiciones jurídicas del Derecho Continental y del *Common Law*³⁹.

Por otro lado, se mantienen las exenciones de EP de las actividades auxiliares o preparatorias, de modo que si las actividades realizadas por el agente fueran calificadas como auxiliares o preparatorias en el marco del artículo 5.4 del MCOCDE de haberse realizado directamente por el principal, dichas actuaciones no serán constitutivas de un EP en el Estado de la fuente. No

³⁵ En este sentido, *vid.* la propuesta nueva redacción del párrafo 32 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE (OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 17), en que se aclara como criterio decisivo para construir la figura del EP de agencia bajo el nuevo enfoque la actuación por cuenta del principal sobre la actuación en nombre del mismo.

³⁶ *Vid.* OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 19, proponiendo una nueva redacción del párrafo 32.5 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

³⁷ *Vid.* OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 18, proponiendo una nueva redacción del párrafo 32.3 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

³⁸ *Vid.* OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, págs. 19-20, proponiendo una nueva redacción de los párrafos 32.7 a 32.12 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

³⁹ En este sentido, OYAMA, H. [2014]: «Countering BEPS: Preventing Abusive Commissionaire Arrangements», *Tax Notes International*, vol. 75, núm. 13, pág. 1.168, plantea que la eliminación del requisito de que el agente dependiente actúe en nombre del principal sirve para eliminar las divergencias entre países de Derecho Continental y del *Common Law*, evitando que pueda producirse el arbitraje entre jurisdicciones.

obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la propia Acción 7 se propone una reformulación de la cláusula de exención de EP por realización de actividades preparatorias o auxiliares⁴⁰.

En lo que respecta a la definición negativa de la cláusula del EP de agencia, la propuesta contenida en la Acción 7 del Plan BEPS se basa igualmente en un refuerzo de la independencia del agente, excluyendo supuestos en que la forma en que se haya acordado entre las partes pueda suponer una derogación del estatuto de EP. En este sentido, el artículo 5.6 del MCOCDE propuesto en la Acción 7 del Plan BEPS quedaría redactado del siguiente modo⁴¹:

«a) No se aplicará el párrafo 5 cuando la persona que actúa en un Estado contratante por cuenta de una empresa del otro Estado contratante lleve a cabo actividades en el primer Estado como un agente independiente que actúa por cuenta de diversas personas y para la empresa en el curso ordinario de esa actividad. No obstante, cuando una persona actúa exclusivamente o casi exclusivamente por cuenta de una empresa o de varias empresas asociadas, esa persona no se considerará un agente independiente en el sentido del presente párrafo con respecto a esa empresa.

b) A los efectos de este artículo, una persona se considerará asociada a una empresa si, de acuerdo con los hechos y circunstancias relevantes, una de ellas tiene el control sobre la otra o ambas se encuentran bajo control de las mismas personas o empresas. En cualquier caso, se considerará a una persona como asociada a una empresa si alguna de ellas posee directa o indirectamente más del 50 por ciento de los intereses en la otra (o, en el caso de una sociedad, más de un 50 por ciento de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad o del interés sobre el capital de la sociedad) o si otra persona posee directa o indirectamente más del 50 por ciento de los intereses (o, en el caso de una

⁴⁰ La propuesta de nuevo artículo 5.4 del MCOCDE se contiene en OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 28 y ss. El objetivo de la modificación propuesta es el de asegurar que todas las actividades incluidas en el marco de la exención de EP tengan un carácter efectivamente preparatorio o auxiliar, creando una regla «antifragmentación», de modo que no se pueda proceder a disociar distintas actividades para que, de modo separado, se puedan considerar como preparatorias o auxiliares, cuando el resultado conjunto diste de serlo. En este sentido, la redacción propuesta de este apartado pasaría a ser la siguiente: «la expresión "establecimiento permanente" no incluye: a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad; f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados a) a e); a condición de que la actividad, o en el caso del subapartado f), el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios conserve su carácter auxiliar o preparatorio».

⁴¹ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 16. La traducción del original en inglés es del autor.

sociedad, más de un 50 por ciento de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad o del interés sobre el capital de la sociedad) en la persona y en la empresa».

El primer apartado de la propuesta de modificación del artículo 5.6 del MCOCDE supone un refuerzo del requisito de independencia económica del agente para que pueda excluirse la existencia de un EP como consecuencia de la realización de actividades a través del mismo. En este sentido, los comentarios propuestos mantienen los criterios anteriores para considerar la independencia del agente desde una perspectiva económica y jurídica, señalando que, cuando el intermediario actúe por cuenta de diversos principales no vinculados, esta circunstancia no supondrá automáticamente la exclusión de que las actividades desarrolladas por dicho intermediario puedan ser constitutivas de un EP⁴², aun cuando dicha circunstancia supondrá un relevante indicio de independencia⁴³. Sin perjuicio de lo anterior, aun en los casos en que el intermediario actúe por cuenta de un único principal no vinculado, cabrá considerar que no existe un EP si el intermediario cumple el test de independencia⁴⁴.

Por otra parte, la segunda parte de este primer apartado incluye una presunción *iusuris et de iure* de EP respecto de los intermediarios que realicen las actividades previstas en el artículo 5.5 del MCOCDE cuando dichas actividades se realicen de modo exclusivo o casi exclusivo por cuenta de entidades vinculadas⁴⁵. En estos casos, aunque la mera existencia de una filial en el Estado de la fuente no será constitutiva de un EP para su matriz de acuerdo con el artículo 5.7 del MCOCDE, si la filial realiza las actividades previstas en el propuesto nuevo artículo 5.5 del MCOCDE por cuenta de su matriz y/o de entidades del grupo, estas actividades determinarán que se considere que existe un EP en el Estado de la fuente⁴⁶.

⁴² Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, págs. 25-26, proponiendo una nueva redacción del párrafo 38.7 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

⁴³ Vid. comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 38.5 (en la redacción de los comentarios propuesta en OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 24, este párrafo pasaría a ser el 38.6).

⁴⁴ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, págs. 25-26, proponiendo una nueva redacción del párrafo 38.7 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

⁴⁵ En este sentido, se propone una modificación al párrafo 38 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE cuyo tenor literal es el siguiente: «[i]n any event, the last sentence of subparagraph a) of paragraph 6 provides that in certain circumstances a person shall not be considered to be an independent agent» [en cualquier caso, la última oración del subapartado a) del párrafo 6 excluye que, ante ciertas circunstancias, una persona pueda ser considerada como un agente independiente]. De ello puede extraerse que ante un intermediario que cumpla los requisitos del artículo 5.5 propuesto cuando actúa en exclusiva o casi en exclusiva por cuenta de personas vinculadas, automáticamente se excluirá la posibilidad de que pueda oponerse su independencia para evitar que se considere la existencia de un EP. Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 24

⁴⁶ Como se señala en OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, págs. 26-27 (propuesta de nuevo párrafo 38.12 de los comentarios al art. 5 MCOCDE), la dependencia de una filial respecto de su matriz por sí misma no supone la existencia de un EP de agencia, sino que es necesario verificar que la filial cumple los requisitos previstos en el artículo 5.5 del MCOCDE.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con la propuesta, será necesario que el agente actúe en exclusiva o prácticamente en exclusiva por cuenta de las entidades vinculadas para que la actuación del intermediario sea considerada *iuris et de iure* como la de un agente no independiente. Aunque en los comentarios propuestos no se incluye un umbral definido a partir del cual se considera que el intermediario actúa en exclusiva o prácticamente en exclusiva a favor de entidades vinculadas, los nuevos comentarios excluyen, en cualquier caso, que se pueda considerar que no se actúa en exclusiva cuando las actuaciones por cuenta de principales no vinculados supongan menos de un 10 % del total de la cifra de negocio del intermediario⁴⁷.

El segundo apartado del nuevo precepto, por su parte, incorpora una definición de la vinculación necesaria para excluir la independencia del agente distinta de la empleada a efectos del artículo 9 del MCOCDE (empresas asociadas)⁴⁸. De acuerdo con la propuesta, se estimará que existe vinculación cuando haya control de una de las partes sobre la otra. Se trata de una regla abierta a determinarse caso a caso. Junto a esta regla, el propio apartado incluye una definición de un umbral que determinará *iuris et de iure* que se considere que existe control de una parte sobre la otra (o de una tercera sobre ambas). Dicho umbral se fija en el 50 % de los derechos de voto y valor de acciones en el caso de entidades⁴⁹.

2.2. Consecuencias del nuevo estándar

Las propuestas contenidas en la Acción 7 del Plan BEPS suponen una modificación sustancial del concepto del EP de agencia previsto en el MCOCDE. De acuerdo con el nuevo enfoque dado por esta acción, el umbral para el que las actividades de intermediación puedan ser constitutivas de un EP se ve rebajado notablemente frente a la literalidad de las cláusulas de agencia contenidas en el actual MCOCDE, siendo así que la presencia de la empresa no residente requerida para estimar la existencia de un EP es mucho más baja. De este modo, se adopta un enfoque sustancialista, evitando que la forma en que organicen sus relaciones las empresas de un grupo multinacional puedan afectar a la consideración acerca de la existencia de un EP de agencia.

Frente a la interpretación más formalista de las cláusulas de agencia, por la cual únicamente un agente en el marco de una relación de representación directa, es decir, actuando en nombre y por cuenta de su principal no residente podía dar lugar a un EP de agencia, siempre que no gozara de un estatuto de independencia y actuara dentro de sus actividades ordinarias, el nuevo estándar propuesto supone que, en la práctica, casi cualquier intermediación de una empresa del grupo por cuenta de otra pueda dar lugar a un EP de la segunda. A este respecto, el nuevo estándar supone que no solo las

⁴⁷ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 26, proponiendo un nuevo párrafo 38.8 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

⁴⁸ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 26, proponiendo un nuevo párrafo 38.10 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

⁴⁹ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 26, proponiendo un nuevo párrafo 38.11 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

actuaciones de los agentes en nombre y por cuenta de una entidad del grupo puedan ser consideradas como generadoras de un EP, sino también las actuaciones de comisionistas en nombre propio y por cuenta ajena, en la medida en que estas generen obligaciones para el principal, o la intermediación de brókeres o agentes comerciales en la medida en que su participación en la negociación sea relevante.

Esta ampliación de las actividades que pueden dar lugar a un EP de agencia, junto con la reducción de la cláusula de exclusión del agente independiente, la cual estará, en la práctica, fuera del alcance de los grupos multinacionales al convertirse la pertenencia al grupo en una nota de dependencia *iuris et de iure*⁵⁰, supone que el EP de agencia gane una relevancia notable para los Estados en que se opere a través de filiales intermediarias y para la propia estructura de los grupos multinacionales. De este modo, desde la perspectiva de los Estados donde se realizan las operaciones, se evita que las modificaciones en las funciones asumidas por las distintas entidades del grupo que no tengan un reflejo material puedan suponer la elusión de los derechos de imposición del Estado de la fuente al evitarse que las actividades desarrolladas por las filiales locales puedan suponer la existencia de un EP para sus matrices u otras entidades del grupo. En este sentido, la propuesta logra frenar la erosión de bases imponibles que se podría producir gracias a la facilidad para la manipulación de las relaciones comerciales en el seno de los grupos empresariales.

Sin embargo, aun cuando se pueda estimar la existencia de un EP de agencia en el Estado de la fuente por la intermediación de una filial local, esto no supondrá automáticamente una recuperación de las bases imponibles eventualmente erosionadas para el Estado de la fuente, sino que supondrá la primera fase para determinar la parte de la base imponible global que corresponderá al Estado de la fuente. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la filial local ya habrá obtenido su remuneración por las actividades de intermediación que realice por cuenta de su principal. Sin embargo, el EP de la empresa no residente es distinto de la filial intermediaria que lo genera y al mismo habrán de serle atribuidos los beneficios que conformarán la base imponible del propio EP en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) del principal.

Como ha denunciado la doctrina⁵¹, al menos en la experiencia española, en los casos en que se ha considerado por parte de los tribunales que la intermediación de una entidad del grupo era generadora de un EP, el aspecto relativo a qué beneficios le podían ser atribuidos al EP resultante siempre ha sido omitido. Este aspecto es crucial, puesto que, de un lado, de aplicarse el mismo estándar para determinar la remuneración del EP y de la filial intermediaria cabría concluir que la base imponible del EP fuera cero. De otro, de separarse de dicho estándar se corre el riesgo de que la atribución de beneficios al EP de agencia no sea compatible con el principio de plena competencia. Estas dificultades han motivado que el encargo relativo a la Acción 7 del Plan BEPS haya quedado inconcluso, posponiéndose el análisis de los posibles enfoques para la atribución de beneficios al EP a este 2016⁵².

⁵⁰ A fin de cuentas, sería poco probable que una filial intermediaria no actuara en exclusiva para las entidades del grupo, circunstancia que automáticamente excluiría su posible consideración como agente independiente.

⁵¹ Vid. ZORNOZA PÉREZ, J. y BÁEZ MORENO, A. [2015]: «La Cláusula de EP Frente al Tratamiento de las Reestructuraciones Empresariales...», *op. cit.*, págs. 132-136

⁵² Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 45.

III. LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS BAJO EL ENFOQUE AUTORIZADO DE LA OCDE

Como es sabido, los beneficios empresariales obtenidos por un no residente, de acuerdo con el artículo 7.1 del MCOCDE, únicamente pueden ser objeto de gravamen en su Estado de residencia. La única excepción que prevé el MCOCDE a esta regla es que el Estado de la fuente pueda gravar los beneficios empresariales obtenidos por un no residente cuando dichos beneficios se atribuyan a un EP en su territorio. Por lo tanto, la existencia del EP es el prerrequisito o primera fase para que los beneficios empresariales obtenidos por un no residente puedan ser gravados por el Estado de la fuente. La segunda fase consiste en determinar qué beneficios de los obtenidos por la empresa no residente pueden ser atribuidos al EP.

1. LOS DISTINTOS ENFOQUES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LOS BENEFICIOS ATRIBUIBLES AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

En el ámbito de la fiscalidad internacional han convivido distintos enfoques sobre las rentas que podían ser objeto de gravamen por un Estado cuando una empresa no residente disponía de un EP en su territorio. A este respecto, cabe destacar tres principios básicos: el principio de fuerza de atracción, el principio de reparto de base imponible global y el principio de empresa separada. Cada uno de estos principios representa intereses y posiciones contrapuestas.

El principio de fuerza de atracción, mantenido en cierta medida en el Modelo de Convenio de Doble Imposición de la ONU (MCONU)⁵³, supone que se integren en la base imponible del EP no solo las rentas derivadas de la propia actividad desarrollada por el EP, sino también otras rentas obtenidas por la empresa no residente no vinculadas directamente con las operaciones realizadas por el EP⁵⁴. De este modo, se integrarán en la base imponible del EP más rentas que aquellas que el EP habría obtenido de haber sido una empresa distinta. Para la OCDE este principio se encuentra desderrado de la práctica tributaria internacional al no corresponderse con la realidad de los negocios desarrollados por las empresas transfronterizas e interferir con actividades económicas válidas⁵⁵.

⁵³ La versión actual del MCONU es la revisión de 2011, cuya versión en español, publicada en 2013, está disponible en: http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf

⁵⁴ En el artículo 7.1 del MCONU se establece que «[l]os beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente podrán someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa efectúe operaciones en el otro Estado por medio de un establecimiento permanente situado en él. En tal caso, dichos beneficios podrán ser gravados en el otro Estado, pero solamente en la parte atribuible a: a) ese establecimiento permanente; b) las ventas en ese otro Estado de bienes o mercancías de tipo idéntico o similar a las vendidas por medio de ese establecimiento permanente, o c) otras actividades comerciales de naturaleza idéntica o similar a la de las efectuadas por medio del citado establecimiento permanente». Se trata de una «fuerza de atracción limitada», en la medida en que únicamente las rentas obtenidas por el no residente que tengan una naturaleza idéntica o análoga a las obtenidas a través del EP serán gravadas por el Estado de la fuente. En este sentido, cabría atribuir, al menos de forma parcial, una finalidad antielusiva a esta regla.

⁵⁵ *Vid.* comentarios al MCOCDE, artículo 7, para. 12.

El segundo principio para la determinación de la base imponible del EP consiste en la aplicación de fórmulas para el reparto de la base imponible global (*Formulary Appointment*). A través de este mecanismo, se procede a determinar la base imponible de las distintas partes de la empresa multinacional en función de determinados elementos objetivos como pueden ser la cifra de negocio de cada parte de la empresa, el volumen de activos o el número de trabajadores, dividiendo la base imponible global entre las diferentes secciones de la empresa de acuerdo con estos elementos. Este es el modelo propuesto por la Comisión Europea en su proyecto de Directiva de Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades en 2011 y reconsiderado para ser propuesto nuevamente en 2016⁵⁶. Sin perjuicio de ello, este mecanismo de determinación de la base imponible en el marco de los grupos multinacionales ya fue propuesto en los primigenios debates sobre el sistema de reparto de los derechos de imposición a nivel transfronterizo en el seno de la Sociedad de Naciones⁵⁷. En el ámbito del MCOCDE este principio ha coexistido, aunque de un modo residual, con el principio de empresa separada, hasta su supresión en la versión del MCOCDE de 2010⁵⁸. En cualquier caso, la posición de la OCDE en relación con este sistema de determinación de la base imponible ha sido siempre negativa, al suponer, entre otros motivos, que los distintos Estados vieran atribuida una base imponible no relacionada con las actividades generadoras de renta por parte de la empresa y por lo arbitrario de los criterios para proceder al reparto de la misma⁵⁹.

Por último, el enfoque adoptado por la OCDE para proceder a la atribución de beneficios al EP es el principio de empresa separada. De conformidad con este criterio, los beneficios atribuibles al EP serán únicamente aquellos que el EP habría podido obtener de ser una empresa separada, valorando en condiciones de independencia no solo las operaciones con terceras partes, sino también las operaciones con otras entidades del grupo y con la propia casa central. Hasta 2010, el MCOCDE acogía este principio de forma matizada, en la medida en que la ficción por la cual se consideraba que el EP era una empresa separada no se llevaba hasta sus últimas consecuencias y se permitía que la deducibilidad de determinados gastos se limitara⁶⁰. A partir de 2010, los resultados de los informes

⁵⁶ La propuesta de 2011 se puede encontrar en: COMISIÓN EUROPEA [2011]: *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICIS)*, COM(2011) 121 final. En 2015 la Comisión anunció que se estaban retomando los trabajos relativos a este proyecto con el objetivo de presentar una nueva propuesta de Directiva de Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades a finales de 2016 (*vid.* MEMO/15/5174).

⁵⁷ *Vid.* VEGA BORREGO, F. A. [2003]: *Las Medidas contra el «Treaty Shopping»*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pág. 73 y ss.

⁵⁸ Hasta su supresión en la versión del MCOCDE de 2010, el artículo 7.4 del MCOCDE establecía que «[m]ientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el apartado 2 no impedirá que ese Estado contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este artículo».

⁵⁹ *Vid.* OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, §§1.19-1.31, y OCDE [2015]: *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, pág. 97 y ss.

⁶⁰ El artículo 7.3, en su redacción prevista en el MCOCDE de 2008 y anteriores, establecía que «[p]ara la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del es-

sobre la atribución de beneficios al EP pasan a formar parte del articulado del MCOCDE a través de una nueva redacción del artículo 7⁶¹. De acuerdo con el nuevo estándar, los beneficios atribuibles al EP serán aquellos que el EP «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»⁶². Este es el denominado enfoque autorizado de la OCDE en la atribución de beneficios al EP (*authorised OECD approach*), el cual implica atender no solo a las operaciones efectivamente realizadas por el EP, sino también a las funciones desarrolladas, activos empleados y riesgos asumidos para proceder a atribuir beneficios al EP⁶³.

2. LAS FASES EN LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE AUTORIZADO

El enfoque autorizado de la OCDE en la atribución de beneficios al EP supone que los beneficios que puedan atribuirse al EP sean los beneficios que el propio EP hubiera obtenido de acuerdo con el principio de plena competencia (*arm's length principle*), especialmente en sus relaciones con otras partes de propia empresa, como si fuera una empresa separada e independiente realizando dichas actividades bajo las mismas o similares condiciones. A la hora de determinar estos beneficios, la OCDE señala que deben tenerse en cuenta las funciones desarrolladas, activos utilizados y riesgos asumidos por la empresa a través del EP de otras partes de la propia empresa⁶⁴. De este modo se consideran las rentas a atribuir a un EP como las que habría obtenido una empresa separada desde una perspectiva funcional. Para proceder a atribuir rentas bajo este enfoque, la OCDE establece un procedimiento dividido en dos fases: la identificación de los riesgos, activos y funciones asumidos por el EP, en un primer estadio, y la valoración, de acuerdo con el principio de plena competencia, de las operaciones presuntas derivadas de los riesgos, activos y funciones imputables al EP.

2.1. La identificación de los riesgos, activos y funciones asumidos por el establecimiento permanente

La primera fase implica que se considere al EP como una empresa distinta respecto de su casa central y otras partes de la misma empresa en relación con las funciones que realiza y las circuns-

tablecimiento permanente, incluyéndose los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte».

⁶¹ Aunque no fue hasta 2010 cuando se modificó el artículo 7 del MCOCDE, en la actualización del MCOCDE de 2008 se incluyeron en los comentarios al artículo 7 parte de los resultados del informe sobre atribución de beneficios al EP en su versión de ese mismo año. Sin embargo, la redacción del precepto continuó inalterada, lo que propiciaba dudas acerca de la compatibilidad del nuevo enfoque en la atribución de beneficios al EP y el tenor literal del artículo 7.

⁶² Artículo 7.2 del MCOCDE en su redacción actual dada por la versión aprobada en 2010.

⁶³ La versión actual del informe sobre la atribución de beneficios al EP es la aprobada el 22 de julio de 2010 (*vid.* OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, OECD Publishing, Paris).

⁶⁴ *Vid.* OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, *op. cit.*, §8.

tancias en que opera. Esta fase requiere la realización de un análisis funcional y fáctico en primera instancia para determinar qué funciones desarrolla el EP a través de la identificación de las funciones significativas llevadas a cabo por el personal del EP (*significant people functions*)⁶⁵. Esto implica saber qué personas están integradas en la estructura del EP y determinar qué funciones dentro de la organización son desarrolladas por las mismas para que estas funciones se atribuyan al EP.

Tras identificar estas funciones se atribuyen riesgos y activos al EP en consonancia con el anterior análisis⁶⁶. De este modo se identifican como activos y riesgos del EP aquellos cuya titularidad económica le corresponda de acuerdo con las funciones desarrolladas⁶⁷. Además, la consideración del EP como una empresa separada requiere la atribución de un volumen de capital libre coherente con los riesgos asumidos por el EP como si efectivamente se tratara de una entidad separada⁶⁸. Finalmente, se deben identificar y caracterizar las operaciones entre el EP y el resto de la empresa⁶⁹, así como los derechos y obligaciones que el EP adquiere frente a partes no vinculadas tras ser conceptualizado como una empresa separada y distinta⁷⁰.

2.2. La aplicación de las directrices de precios de transferencia

La segunda fase de la aplicación del enfoque autorizado de la OCDE en la atribución de beneficios al EP supone el empleo del principio de empresa independiente para proceder a remunerar al EP por las actividades desarrolladas⁷¹. Debe tenerse en cuenta que el enfoque se basa en la aplicación analógica de las directrices en materia de precios de transferencia para determinar el importe al que deberían ser remuneradas las actividades del EP de acuerdo con el principio de plena competencia, así como la remuneración de los servicios prestados por la casa central u otras partes de la empresa en favor del EP y con otras empresas vinculadas, incluyendo las rentas estimadas generadas por las operaciones internas entre el EP y la casa central⁷².

⁶⁵ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part. I, §§13-17.

⁶⁶ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part. I, §§18-27.

⁶⁷ Vid. CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «Beneficios empresariales (y de navegación)», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea 2014*, CISS, Valencia, pág. 250.

⁶⁸ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part. I, §§28-32.

⁶⁹ Obviamente las operaciones internas no tienen consecuencias jurídicas para la empresa desde una perspectiva conjunta. Por ello, se deberá analizar la documentación existente en el seno de la empresa de cara a poder evaluar la transferencia de riesgos entre la casa central u otras partes de la empresa y el EP y las funciones asumidas por cada parte respecto de la otra, de modo que se puedan identificar y reconocer las operaciones internas. Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part. I, §§33 y ss.

⁷⁰ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part. I, §§33-38.

⁷¹ Vid. CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «Beneficios empresariales (y de navegación)», op. cit., págs. 250-251.

⁷² Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part. I, §§39-43. En relación con los problemas relativos a la posibilidad de tener en cuenta rentas estimadas a los efectos de determinar la base imponible del EP y las críticas vertidas por parte de la doctrina internacional, vid. CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «Beneficios empresariales (y de navegación)», op. cit., 250-251.

Para ello se admite la posibilidad de aplicar los distintos métodos previstos en materia de precios de transferencia con el objeto de reforzar la consideración del EP como empresa separada, siendo así que dichas operaciones se valoraran a su valor de mercado. Obviamente, en los ingresos y gastos realizados frente a terceros que sean plenamente atribuibles al EP por corresponderse con actividades o activos imputables al EP, no es necesario proceder a aplicar las directrices en materia de precios de transferencia en la medida en que por definición estarán valoradas de acuerdo con su valor de mercado⁷³.

IV. LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA

De acuerdo con el enfoque de la OCDE, el EP de agencia no debería presentar especificidades frente a las reglas generales para la atribución de beneficios al EP⁷⁴. Sin embargo, como se ha señalado, la propia configuración del EP de agencia como un EP que no forma parte de la propia empresa, sino que se constituye por la actuación de una persona distinta, la cual ya es remunerada por ejercer las funciones de intermediación, puede dificultar el proceso de atribución de beneficios⁷⁵. Esta situación ha dado lugar a un debate acerca de la existencia de distintos criterios para aplicar el principio de plena competencia en las operaciones entre entidades vinculadas (art. 9 MCOCDE) y en la atribución de beneficios al EP (art. 7 MCOCDE).

1. EL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA EN LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE Y EN LAS OPERACIONES ENTRE ENTIDADES VINCULADAS: EL *SINGLE TAXPAYER APPROACH* Y EL *DUAL TAXPAYER APPROACH*

En la atribución de beneficios al EP de agencia deben tenerse en cuenta como punto de partida los diferentes actores que participan en la estructura derivada de la existencia del EP de agencia. Esta estructura se compone de tres actores: el agente, el cual, como persona distinta del principal, estará gravado en su imposición personal por los beneficios obtenidos a resultas de su intermediación; el principal, es decir, la empresa no residente, y el EP de agencia, resultante de las actividades del intermediario y al cual se le atribuirán beneficios como a cualquier otro EP de acuerdo con el enfoque autorizado⁷⁶.

⁷³ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part I, §15.

⁷⁴ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part I, §232.

⁷⁵ Vid. DZIURDZ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE: Different Arm's Length Principles under Articles 7(2) and 9?», *World Tax Journal*, vol. 6, núm. 2, págs. 152-153.

⁷⁶ Vid. DZIURDZ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE...», op. cit., pág. 136.

La peculiaridad en este supuesto, frente a otros en los que el EP se constituye a través de una presencia física de la empresa no residente mediante la tenencia de un lugar fijo de negocio en el Estado de la fuente, es que, en estos casos, ya existe una empresa separada que es remunerada por realizar las actividades de intermediación: el agente. En este caso, al EP se le atribuirá, como mínimo, la remuneración del agente, ya que dicha remuneración será el beneficio que se habría esperado obtener por la actuación de una empresa separada e independiente⁷⁷. Sin embargo, dicha remuneración será, al mismo tiempo, un gasto para el propio EP⁷⁸. De este modo, el resultado *a priori* de la atribución de beneficios al EP debería ser nulo. Este enfoque, denominado enfoque del contribuyente único (*single taxpayer approach*)⁷⁹, sin embargo, es negado por la propia OCDE, que defiende la posibilidad de que existan riesgos adicionales imputables al EP y que se integrarán en su base imponible⁸⁰, dando lugar al denominado enfoque del contribuyente dual (*dual taxpayer approach*)⁸¹.

EJEMPLO 1

Imagínese una matriz residente en Irlanda que opera en España a través de una filial comisionista. En virtud del contrato de comisión, la filial se ve remunerada en un porcentaje sobre las ventas en que intermedia fijado de acuerdo con los criterios previstos para las operaciones vinculadas, por ejemplo, a través del precio de reventa. Suponiendo ventas por importe de un millón de euros en España y una comisión para el intermediario del 2 %, coherente con el principio de plena competencia, esto supondrá que la filial tenga ingresos por importe de 20.000 euros. Si se considera, de acuerdo con el estándar resultante de la Acción 7 del Plan BEPS, que la actividad de la filial es constitutiva de un EP en España de su matriz, en la declaración del IRNR deberían incluirse como ingresos los 20.000 euros pagados a la filial, puesto que serán los beneficios esperables para una empresa separada e independiente, y como gasto el mismo importe, al haber sido empleado para remunerar a la filial. De este modo, la base imponible del EP sería nula, mientras que las comisiones tributarían en España en sede de la filial. De ser esto así, la relevancia de que exista o no un EP como consecuencia de la actuación de un intermediario sería, materialmente, nula.

⁷⁷ Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», en LANG, M. *et al.* (eds.), *Dependent Agents as Permanent Establishments*, Linde, Viena, pág. 236.

⁷⁸ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, *op. cit.*, Part I, §234. Piénsese que, de no permitirse la deducción de la remuneración del agente en la base imponible del EP de agencia, se estaría produciendo un supuesto de doble imposición económica al gravarse en manos de dos sujetos diferenciados, el agente y el EP de agencia, la misma renta, esto es, la remuneración percibida por el propio agente.

⁷⁹ Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», *op. cit.*, págs. 234-235.

⁸⁰ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, *op. cit.*, Part I, §§235-239.

⁸¹ Vid. DZIURDZ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE...», *op. cit.*, págs. 137-138.

De cara a poder comprender la posición de la OCDE y la posibilidad de que se puedan atribuir rentas al EP más allá de las obtenidas por el agente, debe tenerse en cuenta que existen tres posibles escenarios en lo que puede enmarcarse la relación entre agente y principal⁸². A este respecto, puede que el agente sea una empresa vinculada con el principal, supuesto en el que se ha centrado la doctrina y los trabajos en el marco del Plan BEPS. Junto a ello, cabe que el agente sea una empresa sin vinculación con el principal, de modo que cumpliendo los requisitos del artículo 5.5 del MCOCDE no se pueda considerar al agente como independiente a los efectos del artículo 5.6 del MCOCDE, aun cuando no se trate de una empresa vinculada. Finalmente, cabe que el agente cuya actuación dé lugar a un EP sea un empleado del principal con poderes para actuar en nombre y por cuenta de su empleador.

Partiendo de la última situación, es claro que la retribución del agente empleado puede ser inferior a las funciones que desarrolle como agente y los riesgos que eventualmente puedan atribuirse a su actividad, de modo que el EP resultante tendría como base imponible la remuneración del agente empleado más la remuneración de las funciones y riesgos desarrollados, siendo la propia remuneración del agente empleado un gasto deducible. De este modo, la base imponible final del EP de agencia en este supuesto reflejaría las funciones y riesgos asumidos por el EP de agencia netos de la remuneración del propio agente empleado. Esto permite apoyar el *dual taxpayer approach*. Sin embargo, no es menos cierto que la remuneración del agente empleado no se corresponderá con la de una empresa separada e independiente de acuerdo con el artículo 7.2 del MCOCDE, sino con la de un trabajador por cuenta ajena, circunstancia que justifica que en este caso se pueda considerar la existencia de dos bases imponibles diversas⁸³.

En el caso del agente no vinculado, la remuneración del agente será, por definición, la que una empresa separada e independiente hubiera podido obtener en las mismas circunstancias. De este modo, la atribución de beneficios al EP, en principio, no podría arrojar un resultado distinto de una base imponible nula. Sin embargo, cabría plantearse si el agente no vinculado podría asumir riesgos o funciones adicionales a las propias actividades de intermediación sin ser remunerado por ello. Aunque teóricamente esto es posible⁸⁴, supondría una desviación del estándar bajo el cual las operaciones entre empresas no vinculadas por definición se encuentran valoradas a su valor de mercado⁸⁵. Así, cabría considerar que, en estos supuestos, la base imponible del EP de agencia, por definición va a ser cero⁸⁶, salvo en aquellos casos en que se cumplan las mismas

⁸² Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», *op. cit.*, págs. 243-246.

⁸³ Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», *op. cit.*, págs. 243-244.

⁸⁴ Vid. DZIURDZ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE...», *op. cit.*, págs. 166-167.

⁸⁵ Vid. OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, Chapter I, §1.2.

⁸⁶ De acuerdo con MOSHAMMER y TUMPEL, para que el EP de agencia creado por la intervención de un agente no vinculado tuviera una base imponible positiva, sería necesario que asumiera riesgos y funciones que no se reflejaran en la relación entre el agente y el principal. Para ello sería necesario que el principal desplazara personas y con ello funciones que

condiciones que se analizarán a continuación para los EP de agencia generados por la intervención de una persona vinculada.

Por último, en el caso de que el agente sea una entidad vinculada, nos encontramos ante el supuesto que ha dado lugar a la modificación propuesta en la Acción 7 del Plan BEPS, es decir, cuando una entidad del grupo actúa como intermediario para un principal vinculado. En estos casos es fundamental identificar si es posible atribuir beneficios al EP resultante más allá de la remuneración de la propia filial intermediaria. De acuerdo con la propia justificación para la adopción de la Acción 7 del Plan BEPS, el cambio de sistemas de filiales revendedores o distribuidoras a comisionistas ha servido para trasladar beneficios fuera del Estado en el que las ventas han tenido lugar sin que se haya producido un cambio sustantivo en las funciones desarrolladas en dicho Estado⁸⁷.

Por tanto, se hace fundamental el análisis de cómo se pueden atribuir beneficios al EP resultante más allá de la propia remuneración del intermediario de conformidad con la nueva definición de EP contenida en la propia Acción 7. La preocupación de los Estados de la fuente es clara: en el caso de un distribuidor que asume todos los riesgos de la operación (*full-fledged distributor*), al asumirse todos los riesgos por parte del intermediario, los beneficios atribuibles al mismo se corresponderán con dicha asunción de riesgos; mientras que, al realizarse la distribución a través de un comisionista, por ejemplo, la reducción de riesgos imputables al intermediario determina una reducción equivalente de beneficios. Ahora bien, con los resultados de la Acción 7 del Plan BEPS únicamente se logra que la actuación del comisionista pueda generar un EP en el Estado de la fuente de su principal. En este caso, lo primero que debe plantearse es cómo se remunera a la filial, puesto que si su remuneración fuera inferior a la que correspondería atribuir al EP bajo el artículo 7.2 del MCOCDE, dicha diferencia sería la que integraría la base imponible del EP y serviría para restaurar los derechos de imposición del Estado de la fuente.

De acuerdo con el artículo 9 del MCOCDE, la remuneración de la filial intermediaria se deberá determinar conforme a las directrices sobre precios de transferencia, siendo aplicable, normalmente, el método del precio de reventa de conformidad con el principio del *best method*, en el caso de comisionistas o soportes de ventas⁸⁸. Dicha remuneración es congruente con el principio de plena competencia plasmado en el artículo 9 del MCOCDE en las relaciones entre entidades vinculadas, por lo que la pregunta ha de ser si cabe considerar que el EP resultante desarrolle funciones, use activos o asuma riesgos distintos de los que asume la filial intermediaria. De con-

se desarrollaran por el EP de agencia. Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», *op. cit.*, págs. 245-246. Sin embargo, desde un plano teórico, en el marco de una relación entre partes no vinculadas, parece extraño que se dotara de funciones adicionales al EP resultante y fuera aceptado por el agente no vinculado. Obviamente, en la realidad esto sí podría suceder en la medida en que el principal tuviera poder de mercado suficiente para imponer condiciones fuera de las que serían aceptadas por partes totalmente independientes.

⁸⁷ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 13.

⁸⁸ Vid. OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, Chapter II, §2.21 y ss.

siderarse que dichos activos, riesgos y funciones son asumidos por la propia filial, el problema no sería de atribución de beneficios al EP, sino de precios de transferencia entre la matriz (o la entidad del grupo que opere como principal) y la filial⁸⁹.

De acuerdo con el enfoque autorizado de la OCDE para atribuir beneficios al EP de agencia más allá de los que corresponden al intermediario de acuerdo con el principio de plena competencia es necesario que se identifiquen funciones que no se correspondan con las propias de la relación de intermediación entre el agente y el principal⁹⁰. Estas funciones, de acuerdo con la OCDE, se pueden desarrollar por el propio personal del agente o por el personal del principal en el territorio del Estado de la fuente. En cualquiera de los casos, cabrá imputar los beneficios derivados de ese riesgo al EP resultante.

Sin perjuicio de lo anterior, en mi opinión, la posición de la OCDE en relación con este extremo no es especialmente clara, al menos en lo que respecta a la asunción de funciones por parte del personal del propio agente. Si el personal del agente desarrolla unas funciones adicionales a las que se corresponden de acuerdo con la relación entre agente y principal, ¿cabe pensar que existe un problema distinto de una inadecuada remuneración del agente de acuerdo con el principio de plena competencia? En ese caso, *a priori*, el problema no sería de atribución de beneficios al EP, sino un problema de determinación de los precios de transferencia en una operación vinculada entre principal y agente. Como se argumentará, la opción para poder aplicar el enfoque autorizado de la OCDE requiere, en estos casos, ir un paso más allá, reinterpretando la propia atribución de funciones al EP y a la empresa vinculada.

En el caso en que el principal enviara personal propio o subcontratado para realizar funciones adicionales a favor del EP generado por la intervención de la filial, cabrá atribuir beneficios adicionales al EP directamente. Esta situación permitiría atribuir beneficios al EP más allá de la propia remuneración del agente, permitiendo que el Estado de la fuente recuperara, al menos en parte, sus derechos de imposición sobre los beneficios derivados de las ventas en el territorio local. Esto requiere que dichas funciones se sigan realizando en el territorio de dicho Estado.

EJEMPLO 2

Una entidad matriz no residente cuenta con una filial residente en España que actúa como un soporte de ventas y cuyas actuaciones cualifican para ser consideradas con constitutivas de un EP para su principal de conformidad con el nuevo estándar. La remuneración del agente

.../...

⁸⁹ Vid. ZORNOZA PÉREZ, J. y BÁEZ MORENO, A. [2015]: «La Cláusula de EP Frente al Tratamiento de las Reestructuraciones Empresariales...», *op. cit.*, pág. 135.

⁹⁰ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, *op. cit.*, Part I, §242.

.../...

se basará en una comisión sobre las ventas realizadas, la cual formaría parte de los ingresos atribuibles al EP resultante, al mismo tiempo que sería un coste para el mismo. La atribución de beneficios adicionales supondría que la casa central desplazara personal a España para realizar funciones adicionales a las desarrolladas por el intermediario, por ejemplo, un análisis global de riesgo de los potenciales clientes para la casa central. Estas funciones deberían remunerarse como una operación interna del EP a favor de la casa central, atribuyéndose una remuneración acorde con la que se habría satisfecho a una empresa independiente. Obviamente los gastos del personal desplazado serían deducibles de la base imponible del EP.

A diferencia de lo anterior, para proceder a atribuir beneficios adicionales cuando las funciones se desarrollan por el personal del propio agente cabría una interpretación que permitiría llevar a cabo esta atribución de acuerdo con el principio de plena competencia en aquellos casos en que determinadas funciones se desarrollaran por el propio agente. Se trataría de diferenciar el modo en que se articula el principio de plena competencia en el marco de las relaciones entre EP y casa central (art. 7 MCOCDE) y empresas asociadas (art. 9 MCOCDE)⁹¹.

A este respecto, en el ámbito de los precios de transferencia entre empresas asociadas el desarrollo de determinadas funciones no tiene por qué estar acompañado de la asunción de riesgos y uso de activos⁹², sino que cabe disociar estos conceptos cuando se desarrollen funciones de control por parte de una entidad. De este modo, al calcular la remuneración de la entidad que desarrolle la función de control no se incluirá la remuneración que correspondería por la asunción de riesgos y uso de activos, puesto que la titularidad económica de los mismos permanecerá en sede de la otra entidad. Así, cabría que el agente se ocupara de desarrollar funciones de control sobre los riesgos y activos del principal, siendo remunerado por ello, sin que los beneficios presuntos derivados de la asunción de riesgo y uso de dichos activos fuera imputable al agente.

Frente a ello, en el marco de la atribución de beneficios al EP, los riesgos y activos siguen a las funciones⁹³. De este modo, cabría que, en estos casos, la remuneración atribuible al agente fuera distinta de los beneficios atribuibles al EP toda vez que el agente sería remunerado únicamente por el desarrollo de funciones de control, mientras que en sede del EP se incluiría la remuneración correspondiente a la asunción de los riesgos y uso de activos que quedarían en sede del principal, pero atribuibles a las funciones desarrolladas por el EP de agencia⁹⁴.

⁹¹ Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», *op. cit.*, págs. 241-242.

⁹² Vid. OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, Chapter IX, §9.23 y ss.

⁹³ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, *op. cit.*, Part I, §15.

⁹⁴ Vid. DZIURDZ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE...», *op. cit.*, pág. 160 y ss.

EJEMPLO 3

Una entidad matriz no residente cuenta con una filial residente en España que actúa como un comisionista cuyas actuaciones cualifican para ser consideradas como constitutivas de un EP para su principal de conformidad con el nuevo estándar. De acuerdo con la legislación mercantil, el comisionista no adquiere la titularidad de los bienes que vende a terceros, continuando los mismos siendo de titularidad del principal. En la remuneración del comisionista se puede incluir un pago por el control del *stock* de las mercaderías. Tal situación es lógica en la medida en que el comisionista es el que gestionará el *stock* disponible para la venta. Al tratarse de una operación entre distintas empresas asociadas, el artículo 9 del MCOCDE permite disociar las funciones desarrolladas de la titularidad económica de los activos y la asunción de los riesgos inherentes, los cuales quedarían en la esfera de la entidad matriz. El artículo 7 del MCOCDE impone que las funciones conlleven la asunción de riesgos y la titularidad de activos. Al desarrollar las funciones el agente, la asunción de riesgos y la titularidad económica de los activos se podrá atribuir al EP de agencia, sin que la remuneración por estos conceptos se incluya en la remuneración del agente. De este modo cabrá que el EP obtenga un beneficio superior a la remuneración del agente cuya actuación genera el EP.

2. LA IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS PROPIOS DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA

De conformidad con lo anterior, en el caso de agentes que sean entidades vinculadas para que se atribuyan riesgos propios al EP de agencia, es decir, riesgos que no puedan ser imputados al propio agente, será necesario que el principal sea el que directamente asuma el riesgo mediante el envío de personal propio o subcontratado para desarrollar funciones adicionales a las que asume el agente o que en la remuneración del agente se especifique que su actuación no lleva aparejada la asunción de determinados riesgos, sino únicamente el control y gestión de los mismos, de modo que el riesgo continúe en la esfera del principal. En la primera categoría de casos la prueba de la asunción de riesgos por el EP se basará en la documentación que justifique el desplazamiento del personal y las funciones desarrolladas; mientras que en la segunda será el propio contrato entre agente y principal el que servirá para justificar dicha situación⁹⁵. Obviamente, los problemas probatorios para la Administración a la hora de proceder a imputar los riesgos al EP serán especialmente complejos en la primera categoría de casos.

Por otro lado, la naturaleza de los riesgos a imputar al EP de agencia será variada. En principio, la OCDE identifica dos categorías no exhaustivas de riesgos que pueden imputarse al EP de

⁹⁵ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part I, §§172-182 y 224-226.

agencia: los riesgos de inventario y los riesgos de clientela⁹⁶. En el caso de los riesgos de inventario será necesario que el inventario sea gestionado por el agente o por el personal desplazado por el principal, quedando los riesgos derivados del mismo en sede del principal.

Obviamente, esto será únicamente posible cuando el inventario se encuentre en el Estado de la fuente. Por otro lado, el riesgo de clientela podrá ser imputado al EP en aquellos casos en que el intermediario no asuma la solvencia de los deudores. Esto puede ser complicado en el caso de los comisionistas en la medida en que contratan en nombre propio con los terceros, es decir, iniciando una relación jurídica entre agente y tercero, aunque conlleve obligaciones de hacer para su principal, por lo que no quedaría riesgo que atribuir en la esfera del principal. En los casos de soportes de ventas, sin embargo, cabrá que el EP asuma dicho riesgo en la medida en que el intermediario no lo asuma y quede en sede del principal, por lo que, de ejercer funciones de control el intermediario, cabría imputar dicho riesgo al EP.

No obstante lo anterior, el efecto que tiene esta atribución de riesgos al EP en los derechos de imposición del Estado de la fuente es prácticamente desdeñable toda vez que el objetivo de la Acción 7 del Plan BEPS era el de restaurar los derechos de imposición que los Estados donde tienen lugar las ventas ven erosionados como consecuencia de la relocalización de funciones y riesgos en sede del grupo multinacional. Es probablemente por ello por lo que se ha planteado la continuación de los trabajos en el seno de esta acción para adecuar las directrices para la atribución de beneficios al EP a la nueva configuración del EP de agencia.

3. ALTERNATIVAS PARA LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA

Como puede intuirse, el método de atribución de beneficios al EP de agencia bajo el enfoque autorizado no resuelve ni los problemas derivados de la erosión de bases imponibles en el Estado de la fuente, ni aporta un mecanismo practicable para poder proceder a determinar la base imponible correspondiente al EP de agencia. Es por ello que como corolario a este trabajo, analizo dos posibles mecanismos para atribuir beneficios al EP de agencia que podrían servir a estos fines y, eventualmente, cumplir con los dictados del principio de plena competencia.

3.1. La consideración del establecimiento permanente de agencia como un re-vendedor puro

La primera alternativa para proceder a atribuir beneficios al EP de agencia consistiría en fijar como estándar de comparación el beneficio atribuible a un distribuidor que asumiera todos los riesgos como renta positiva atribuible al EP de agencia. Sobre esta magnitud de beneficio presunto se

⁹⁶ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, op. cit.*, Part I, §§243-245.

deducirían las remuneraciones satisfechas al agente, de modo que la base imponible del EP de agencia estuviera constituida por los riesgos imputables a un revendedor que no se asuman por el agente.

El punto de partida para aplicar esta ficción sería el de conceptualizar al EP de agencia como un revendedor, de modo que todos los riesgos, funciones y activos del revendedor serían atribuibles al propio EP, con independencia del rol del intermediario. De este modo, se partiría del sistema de distribución tradicional, el cual es el fundamento para considerar la posible erosión de bases imponibles por el empleo de figuras de intermediarios cuyas actividades no podrían ser consideradas como generadoras de un EP conforme a la literalidad del MCOCDE en su redacción actual.

De este modo, en la medida en que la intervención de un intermediario pudiera dar lugar a un EP de agencia conforme al nuevo estándar post-BEPS, el Estado de la fuente vería garantizados los mismos derechos de imposición que tendría en el caso de que las ventas en su mercado se realizaran íntegramente a través de una filial revendedora. Esto sería así de agregarse la remuneración del intermediario a la base imponible resultante del EP de agencia.

Esta posición tiene como principales méritos la homogeneidad en el tratamiento de las figuras de intermediación, ya que, con independencia de la forma elegida por el grupo multinacional para organizar su cadena de distribución, de existir un EP de agencia, el resultado agregado de la integración de los beneficios atribuibles al EP de agencia y la remuneración del agente, será en todo caso la misma. Por otro lado, servirá para restaurar los derechos de imposición erosionados en la medida en que las mismas funciones se sigan desarrollando en el Estado de la fuente, aun cuando se hayan producido cambios en la forma de llevar a cabo la distribución. Finalmente, esta interpretación gozaría del beneficio de la practicabilidad, toda vez que únicamente requeriría de determinar la retribución que habría percibido un revendedor puro u otro distribuidor que asumiera todo el nivel de riesgos para integrarlo en la base imponible del EP deduciendo la remuneración que el agente realmente percibiera.

Sin perjuicio de los méritos que tiene esta propuesta, la principal objeción a la misma estriba en la posible infracción del principio de atribución de riesgos, funciones y activos que subyace en la interpretación del principio de empresa separada e independiente elaborada por la OCDE. De acuerdo con la posición de la OCDE, es necesario que se puedan atribuir funciones concretas al EP para poder atribuir rentas por el desarrollo de dichas funciones, la asunción de los riesgos o la titularidad económica de los activos. En la interpretación propuesta, no se procede a atribuir funciones concretas, sino que se atribuyen en bloque al EP por la ficción de que el estándar de comparación es el de un revendedor puro. Esto podría suponer una infracción del criterio de plena competencia, al no especificarse las funciones concretas desarrolladas por el EP de agencia.

3.2. El desarrollo del método del *profit split* en las relaciones entre casa central y establecimiento permanente

La segunda opción que planteo para atribuir beneficios al EP de modo coherente con el principio de plena competencia es el recurso al método del reparto de beneficios (*profit split*) como

mecanismo para valorar la intervención del EP en la cadena de distribución. El método del reparto de beneficios, como es sabido, es un método de determinación de los precios de transferencia que opera sobre el beneficio conjunto de una operación. De acuerdo con este método, el beneficio global de una determinada operación se distribuye entre las partes de una empresa de acuerdo con las funciones desarrolladas por cada una de ellas de acuerdo con un sistema de reparto que habría sido pactado por partes independientes⁹⁷.

En las relaciones entre EP y casa central, la valoración de las distintas operaciones se realiza normalmente a través de los métodos transaccionales (método del precio libre comparado, método del coste incrementado o método del precio de reventa). Estos mecanismos son apropiados al evaluar transacciones individualizables entre partes de la empresa. Sin embargo, la integración de funciones desarrolladas a nivel del EP de agencia y la colaboración entre agente, principal y EP de agencia puede justificar la aplicación de un método de reparto del beneficio global de la operación y no a través de un análisis de valoración de las distintas funciones individuales desarrolladas por el EP⁹⁸.

Esta posibilidad engazaría con el trabajo pendiente de la OCDE en el marco de la Acción 10 del Plan BEPS, cuyos resultados se encuentran todavía en fase de desarrollo hasta 2017⁹⁹. De este modo, el principio de reparto de beneficios serviría para evaluar y valorar la aportación del EP a la cadena de valor de la empresa multinacional, atribuyéndole parte de los beneficios globales en función de la aportación del EP a la cadena de valor. Sin perjuicio de los resultados que pudiera tener el trabajo de la OCDE en el marco de esta acción, lo cierto es que el empleo de métodos sobre el beneficio puede dar lugar a más problemas de litigiosidad y practicabilidad que el análisis individualizado de funciones, riesgos y activos o la consideración de la remuneración del revendedor puro como estándar de comparación que se ha propuesto anteriormente.

V. CONCLUSIONES

La figura del EP de agencia constituye uno de los elementos más conflictivos de la fiscalidad internacional. Esta conflictividad tiene su origen en la formalidad de las definiciones empleadas para que la intervención de un intermediario pueda ser constitutiva de un EP de su principal no residente, las cuales pueden ser fácilmente eludidas en el marco de los grupos multinacionales. Es este motivo el que justifica el interés de los distintos Estados en la modificación de los umbrales para que la intermediación de un agente pueda ser considerada como constitutiva de un EP para su principal no

⁹⁷ Vid. OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, op. cit., Chapter II, §2.108 y ss.

⁹⁸ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Annex: Bis ratio approaches, §§118-122.

⁹⁹ Vid. OCDE [2015]: *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation. Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, págs. 55-56.

residente. A este respecto, los resultados de la Acción 7 del Plan BEPS suponen la adopción de un criterio material, el cual supondrá que aflore un elevado número de EP de agencia por la intermediación de las filiales locales en los negocios transfronterizos de los grupos multinacionales. En este sentido, situaciones que actualmente se consideraban excluidas del ámbito del EP de agencia supondrán la creación de un EP en la medida en que agente y principal operen dentro del mismo empresarial.

Como consecuencia de lo anterior, se hace necesario el análisis de los criterios para atribuir beneficios al EP de agencia resultante de la intermediación de las filiales locales. El enfoque autorizado de la OCDE para la atribución de beneficios al EP supone que los beneficios que puedan imputarse al EP se basen en el desarrollo de funciones por el personal asignado al EP, para el cual se asignan riesgos y la titularidad económica de activos al EP, valorándose a precios de mercado la remuneración del EP por estos conceptos. En el caso del EP de agencia, se hace complicado calcular los beneficios atribuibles al EP en la medida en que el propio EP es generado por la participación de una persona distinta al principal: el agente.

De acuerdo con el modelo de atribución de beneficios propuesto por la OCDE, cabe atribuir un beneficio al EP no coincidente con la remuneración satisfecha al agente de acuerdo con criterios de plena competencia mediante la disociación entre la realización de funciones y la asunción de riesgos y titularidad de activos inherentes a los mismos. De este modo, la base imponible final del EP de agencia estaría formada por los beneficios residuales derivados de estos riesgos y activos.

En el presente trabajo propongo dos métodos alternativos para atribuir beneficios al EP de agencia, los cuales podrían ser compatibles con el principio de plena competencia y, eventualmente, aportar mayor seguridad jurídica y practicabilidad que el método propuesto por la OCDE. En concreto, planteo la posibilidad de usar un estándar de comparación para la determinación de los beneficios del EP de agencia basado en la figura del revendedor puro, figura que sirve como soporte para la propia Acción 7. De este modo, los beneficios a atribuir al EP serían los mismos que habría obtenido un revendedor puro en condiciones de mercado, pudiéndose deducir luego las remuneraciones satisfechas al intermediario. La segunda alternativa se basaría en el desarrollo del método de reparto de beneficios como mecanismo para atribuir beneficios en el marco de una cadena de valor, de modo que se valoraran las funciones desarrolladas por el EP en su conjunto para proceder al reparto de los beneficios globales entre las distintas partes de la empresa.

Bibliografía

AVERY JONES, J. F. y LÜDICKE, J. [2014]: «The origins of article 5(5) and 5(6) of the OECD Model», *World Tax Journal*, vol. 6, núm. 3.

CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «Beneficios empresariales (y de navegación)», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea 2014*, CISS, Valencia.

CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas», *Crónica tributaria*, núm. 145.

COMISIÓN EUROPEA [2011]: *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCS)*, COM(2011) 121 final.

DZIURDŹ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE: Different Arm's Length Principles under Articles 7(2) and 9?», *World Tax Journal*, vol. 6, núm. 2.

FERNÁNDEZ GREGORACI, B. [2008]: «Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y a los PECL», *Indret*, núm. 4.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2014]: «Preventing the Artificial Avoidance of PE Status», *Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries*, United Nations, New York.

MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», en LANG, M. *et al.* (eds.), *Dependent Agents as Permanent Establishments*, Linde, Viena.

OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, OECD Publishing, Paris.

- [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris.
- [2013]: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris.
- [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris.
- [2015]: *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris.
- [2015]: *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation. Actions 8-10 – 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris.

OYAMA, H. [2014]: «Countering BEPS: Preventing Abusive Commissionaire Arrangements», *Tax Notes International*, vol. 75, núm. 13.

PIJL, H. [2013]: «Agency permanent establishments: in the name of and the relationship between Article 5(5) and (6) - part 1», *Bulletin for international taxation*, vol. 67, núm. 1.

- [2013]: «Agency permanent establishments: in the name of and the relationship between Article 5(5) and (6) - part 2», *Bulletin for international taxation*, vol. 67, núm. 2.

VEGA BORREGO, F. A. [2003]: *Las Medidas contra el «Treaty Shopping»*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

ZIELKE, R. [2012]: «Commissionaire Structure as an Agency Permanent Establishment (PE): Low Risk for Foreign Principals Constituting a PE in Norway – Dell Products v. Government of Norway, Decision of the Norwegian Supreme Court of 2 December 2011», *Intertax*, vol. 40, núm. 8/9.

ZORNOZA PÉREZ, J. y BÁEZ MORENO, A. [2015]: «La Cláusula de EP Frente al Tratamiento de las Reestructuraciones Empresariales: Los casos Roche y Dell», en UEHARA HASHIMOTO, Y. (coord.), *Temas selectos de precios de transferencia*, Themis-IFA, México.