

Evolución de las reglas de atribución de beneficios al establecimiento permanente en los modelos de convenio

JOSÉ CARLOS PEDROSA LÓPEZ

Profesor Ayudante

Doctor Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

RESUMEN: Este estudio analiza desde una perspectiva cronológica la evolución de las reglas para atribuir los beneficios empresariales al establecimiento permanente. El autor contempla dicha parte de la empresa como el nexo fiscal entre el Estado de la fuente y los beneficios empresariales y se centra en el contexto de la imputación de ingresos y gastos. En concreto, de acuerdo con el artículo 7 MCOCDE, el método directo es el objeto de análisis de este estudio.

El punto de partida son los primeros trabajos de la Sociedad de Naciones (1923-1961). Posteriormente, al hilo de la primera redacción del artículo 7 MOCDE (1963-2008) expone el método indirecto para descartarlo y centrarse en el método directo. Con ello, expone los distintos borradores e informes realizados por esta Organización internacional (1994, 2001-2007) hasta que la propuesta del denominado Criterio Autorizado de la OCDE, supuestamente desarrollado en el informe final de atribución de beneficios al EP (2008).

El trabajo se detiene en los Comentarios del MCOCDE 2008 para valorar si están en consonancia con la interpretación que se infiere del precepto, o si por el contrario, implican un nuevo sistema. En cuyo caso, cuestiona si debieran tener cabida desde el punto de vista jurídico, o no.

Posteriormente, explica y valora las razones que produjeron la redacción de un nuevo artículo 7 MCOCDE 2010 y la incorporación del supuesto Criterio Autorizado de la OCDE en sus Comentarios, que en suma, indirectamente se remitían al nuevo informe sobre atribución de beneficios al EP (2010).

Nuevamente, el autor cuestiona si esta versión del art. 7 MCOCDE, distinta de la redacción anterior, implica un nuevo sistema y método directo para imputar los ingresos y gastos al EP, o no.

Por último, el estudio se remite a los últimos informes y documentos *soft law* elaborados por la OCDE; en especial, tiene en cuenta el Plan de Acción BEPS de la OCDE y las directrices adicionales para atribuir beneficios al EP (2013-2018).

PALABRAS CLAVE: establecimiento permanente; atribución; ingresos; gastos; artículo 7; Modelo de Convenio OCDE; Sociedad de Naciones; informes; Plan de Acción BEPS

ABSTRACT: This research analyzes, from a chronological perspective, the development of the rules to attribute profits to permanent establishment. The author considers this part of a company as the fiscal nexus between the Source State and the business profits, and focuses on the context of the allocation of income and expenses. In particular, according to article 7 OECDMC, the direct method is the main object of analysis.

The author takes as a starting point the reports of the League of Nations (1923-1961). Subsequently, in line with the first draft of article 7 OECDMC (1963-2008) exposes and compares the direct and indirect methods. Following the chronological axis, this survey exposes the different drafts and reports made by this International Organization (1994, 2001-2007) until the proposal of the so-called Authorized OECD Approach, supposedly developed in the final report of attribution of profits to PE (2008).

This work analyses the commentaries of the 2008 OECDMC to assess whether they are in line with the interpretation that is inferred from its article 7, or if on the contrary, they imply a new approach. In which case, the author questions whether they should be accommodated from the legal point of view.

Subsequently, this study explains and assesses the reasons that led to the drafting of a new article 7 incorporated on the 2010 OECDMC, which formally incorporates the so-called Authorized OECD Approach. Also, its commentaries indirectly refer to the 2010 report on attribution of profits to PE.

In this line, the author questions whether or not this new wording of art. 7 OECDMC implies a new approach in relation with direct method to allocate income and expenses to PE.

Finally, this research refers to the latest soft law documents and reports prepared by the OECD; in special, to the OECD BEPS Project and the additional guidelines to attribute profits to PE (2013-2018).

KEYWORDS: permanent establishment; attribution; income; expenses; article 7; OECD Model Tax Convention; League of Nations; reports; BEPS Action Plan

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DESDE LOS PRIMEROS TRABAJOS DE LA SOCIEDAD DE NACIONES HASTA EL PRIMER MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE
 - 2.1. Los primeros trabajos de la Sociedad de Naciones (1920-1925)
 - 2.2. Los borradores del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional (1927-1928)
 - 2.3. El Informe Mitchell B. Carroll (1933)
 - 2.4. Los Modelos de Convenio de México y Londres (1943-1946)
 - 2.5. La disolución de la Sociedad de Naciones, la constitución de la OECE y el paso a la OCDE (1946-1961)
 - 2.6. El primer Modelo de Convenio de la OCDE (1963-1977)
- III. PROCESO DE ELABORACIÓN DEL CRITERIO AUTORIZADO DE LA OCDE DESDE LA PERSPECTIVA CRONOLÓGICA
 - 3.1. El primer informe de la OCDE en materia de atribución de beneficios al establecimiento permanente (1994)
 - 3.2. Los borradores publicados por la OCDE respecto al denominado Criterio Autorizado (2001-2007)
- IV. EL CRITERIO AUTORIZADO DE LA OCDE Y SU INCLUSIÓN EN LOS COMENTARIOS DEL ART. 7 MCOCDE 2008
- V. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 7 MCOCDE 2010 Y LA INCLUSIÓN DEL CRITERIO AUTORIZADO OCDE EN SUS COMENTARIOS
- VI. LOS ÚLTIMOS DOCUMENTOS *SOFT LAW* PUBLICADOS POR LA OCDE
- VII. REFLEXIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN
- VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El establecimiento permanente (en adelante, EP), con más de un siglo de historia⁽¹⁾, es uno de los elementos relevantes en los convenios para evitar la doble imposición, para demostrar la presencia de una empresa en la vida económica de un Estado⁽²⁾. Sin embargo, este instituto jurídico presenta un problema doble; primero, su constitución está a expensas de que la empresa no residente, que realiza negocios en otro territorio, supere el

umbral mínimo establecido por la norma convenida e interna; y segundo, hay que atribuirle los ingresos y gastos que constituyen su base imponible⁽³⁾.

Por consiguiente, el problema no queda restringido a la delimitación de los supuestos en los que la entidad extranjera está actuando a través de un establecimiento permanente, sino también se extiende a su régimen sustantivo, esto es, la determinación de la renta que el Estado de la fuente puede someter a tributación⁽⁴⁾.

(1) SERRANO ANTÓN (2010), p.181.

(2) ARNOLD (2014), p.3.

(3) BETTEN; NAOU (2016), p.43.

(4) CALDERÓN CARRERO (2015), p.139.

Sin perjuicio de las controversias que suscita la superación del umbral mínimo para acreditar la presencia de un EP, este estudio asume como punto de partida la existencia de un establecimiento permanente derivado del conjunto de circunstancias que denotan la presencia de una actividad sustancial⁽⁵⁾, y se centra, desde la perspectiva histórica, en exponer las reglas de atribución de beneficios o pérdidas empresariales.

Este estudio analiza desde una perspectiva cronológica la evolución de las reglas para atribuir los beneficios empresariales al establecimiento permanente con la finalidad de comprender el escenario actual en esta materia que, debido a la existencia de un cúmulo de diversas reglas, resulta enmarañado y complejo⁽⁶⁾.

Este autor contempla dicha parte de la empresa como el nexo fiscal entre el Estado de la fuente y los beneficios empresariales y se centra en el contexto de la imputación de ingresos y gastos. En concreto, de acuerdo con el artículo (en adelante, art. 7) Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico⁽⁷⁾ (en adelante, MCOCDE), el método directo es el objeto de análisis de este estudio.

El punto de partida son los primeros trabajos de la Sociedad de Naciones (1923-1961). Posteriormente, al hilo de la primera redacción del artículo 7 MCOCDE (1963-2008) expone el método indirecto para descartarlo y centrarse en el método directo. Con ello, expone los distintos borradores e informes realizados por esta Organización internacional (1994, 2001-2007) hasta que la propuesta del denominado Criterio Autorizado de la OCDE —conocido por su terminología en inglés *Authorized OECD Approach* (en adelante, AOA)— supuestamente desarrollado en el informe sobre atribución de beneficios empresariales al EP (2008) (en adelante, Informe OCDE).

El estudio se detiene en los Comentarios del MCOCDE 2008 para valorar si están en consonancia con la interpretación que se infiere del precepto, o si por el contrario, implican un nuevo sistema. En cuyo caso, cuestiona si

debieran tener cabida desde el punto de vista jurídico, o no.

Posteriormente, explica y valora las razones que produjeron la redacción de un nuevo artículo 7 MCOCDE 2010 y la incorporación del supuesto Criterio Autorizado de la OCDE en sus Comentarios, que en suma, indirectamente se remitían al nuevo informe sobre atribución de beneficios al EP (2010).

Nuevamente, el autor cuestiona si esta versión del art. 7 MCOCDE, distinta de la redacción anterior, implica un nuevo sistema y método directo para imputar los ingresos y gastos al EP, o no.

Por último, el estudio se remite a los últimos informes y documentos *soft law* elaborados por la OCDE (2013-2018). Con todo, el autor plantea si este escenario resulta, o no, una preocupación para esta Organización, y en ese caso, si ha considerado oportuno y necesario adoptar medidas, o si el problema va más allá, porque ni siquiera la propia OCDE es capaz de abordar el escenario que ella misma ha creado.

II. DESDE LOS PRIMEROS TRABAJOS DE LA SOCIEDAD DE NACIONES HASTA EL PRIMER MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE

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

A partir de 1920 hasta 1936, la Sociedad de Naciones sentó las bases de los principios, internacionalmente acordados, en materia de tributación de los beneficios empresariales que una empresa establecida en un Estado obtiene mediante su EP o filial establecida en otro Estado⁽⁸⁾.

En 1921, el Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones constituyó el Comité de los Cuatro Economistas⁽⁹⁾, y en 1922, la Sociedad de Naciones compuso el denominado Comité de Expertos Fiscales⁽¹⁰⁾. Ambos grupos de trabajo abordaron cuestiones complejas del contexto de la fiscalidad internacional, en particular, abordaron el pro-

(5) CARMONA FERNÁNDEZ (2012), p.40.

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

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

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

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

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

blema de la doble imposición internacional y el problema derivado de la atribución de beneficios al EP que es propiedad de una empresa residente en otro Estado. Ambos trabajos se presentaron en 1923⁽¹¹⁾ y 1925⁽¹²⁾, respectivamente.

Este último, ya estableció un reparto de la potestad tributaria respecto a los ingresos y gastos atribuibles al EP, y aunque no especificaba con detalle el método para calcularlos, indirectamente estipuló unas primeras pautas que posteriormente se fueron consolidando como el método de contabilidad separada. Así, al considerar que el EP poseía su propia contabilidad, indirectamente se establecía también el criterio de empresa separada como si se tratase de otra persona jurídica.

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

El Comité Fiscal y el Consejo de la Sociedad de Naciones convocaron un nuevo Comité de Expertos Técnicos, compuesto por responsables de 12 países⁽¹³⁾. Este Comité, en 1927⁽¹⁴⁾, redactó el primer borrador del modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional, el cual, de acuerdo con el borrador anterior, contenía un precepto que explícitamente otorgaba la potestad tributaria sobre las rentas derivadas de las actividades realizadas por el EP al Estado de la fuente.

Para ello, en atención al criterio de empresa separada, estableció que las mismas debían calcularse de acuerdo a su contabilidad debidamente acreditada y justificada. De lo contrario, si las cuentas separadas del EP eran erróneas, poco fiables o directamente inexistentes, las Administraciones tributarias de los Estados contratantes podían alcanzar un acuerdo para repartir los beneficios y posteriormente someterlos a gravamen.

Un año más tarde, en 1928, se redactó otro modelo de convenio⁽¹⁵⁾. Aunque la redacción de dicho precepto era muy similar, éste no mencionaba las cuentas del EP como punto de partida para atribuirle los beneficios, sino que otorgó mayor fuerza al enfoque de que las Administraciones tributarias pactasen un reparto de los beneficios. Sin embargo, el Comité General consideraba que esta posibilidad no debía fomentarse, y que únicamente debía gozar de un carácter puramente residual.

En cualquier caso, a pesar del carácter preferente del método de contabilidad separada, ninguno de los borradores elaborados hasta el momento detallaban claramente la metodología aplicable para considerar al EP de modo separado al resto de las partes y valorar las operaciones internas y transacciones realizadas por EP.

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

2.3. El Informe Mitchell B. Carroll (1933)

En 1929⁽¹⁶⁾, la Sociedad de Naciones envió un cuestionario a los responsables de distintos Estados, con la finalidad de realizar un estudio comparado de las prácticas habituales llevadas a cabo por las Administraciones tributarias en materia de atribución de beneficios al EP.

Un año más tarde, en 1930⁽¹⁷⁾, el Comité Fiscal encargado examinó las respuestas recibidas. Sin embargo, consideraron que este análisis no era suficiente para adoptar una decisión al respecto, y propusieron continuar el estudio. Para ello, se inició un proyecto basado en la comparación de los métodos utilizados por 27 países para atribuir los beneficios a las empresas.

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

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

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

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

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

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

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

Este proyecto fue inicialmente liderado por el profesor Thomas S. Adams⁽¹⁸⁾, pero realmente fue Mitchell B. Carroll⁽¹⁹⁾ el que, gracias a los fondos económicos recibidos de la *Rockefeller Association*, desarrolló el trabajo. El resultado se materializó en un informe compuesto por 5 volúmenes. Las tres primeras partes⁽²⁰⁾, analizaron las prácticas que cada uno de los países escogidos seguían para gravar los beneficios de empresas extranjeras. El cuarto volumen⁽²¹⁾, comparaba las distintas prácticas y exponía las conclusiones alcanzadas por M. B. Carroll en relación con los principios básicos para la asignación de los beneficios empresariales. El quinto informe⁽²²⁾, redactado por el profesor R. C. Jones⁽²³⁾, abordó los principales asuntos relacionados con las cuestiones contables respecto a los métodos de asignación de beneficios propuestos.

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

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

Por un lado, analizó la teoría que comprende al EP como una empresa separada e independiente, y le somete a gravamen de acuerdo con sus cuentas anuales. Por otro lado, analizó la teoría que comprende al EP como parte de la empresa, y reparte los beneficios correspondientes al EP de acuerdo a la importancia económica relativa del establecimiento local. Así, el informe de Carroll distinguió los métodos que posteriormente formarían parte del MCOCDE 1977.

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

Respecto al método de contabilidad separada, Carroll también tuvo en cuenta los principales inconvenientes que podían presentar los distintos sistemas de contabilidad en cada jurisdicción, pero aun así, consideró que este método debía ostentar un carácter preferente sobre el método de reparto de beneficios. De modo que, a pesar de que este método exigía asumir una ficción al considerar al EP como una empresa separada, Carroll siguió la línea mantenida por los anteriores trabajos de la Sociedad de Naciones⁽²⁴⁾.

Después de la presentación de los informes, en 1933, el Comité de Asuntos Fiscales de la Sociedad de Naciones elaboró un borrador de un proyecto de modelo multilateral⁽²⁵⁾, e incorporó los criterios de empresa separada y estándar de plena competencia como criterios rectores para atribuir los ingresos y gastos al EP. Establecía el método de contabilidad separada para determinar la base imponible del EP, así asimilaba el EP a una empresa separada y valoraba las operaciones que realizaba con otra parte de la empresa en cumplimiento con el criterio de plena competencia.

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

(19) En ese momento Jefe del Departamento de Derecho Europeo e Impuestos del *American Bureau of Foreign and Domestic Commerce*.

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

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

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

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

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

(23) En ese momento Catedrático de Contabilidad en la *Yale University*, Estados Unidos.

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

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

Sin embargo, finalmente en 1935⁽²⁶⁾, el Comité de Asuntos Fiscales de la Sociedad de Naciones abandonó el proyecto de modelo multilateral, y al hilo de los resultados alcanzados en el informe Carroll optó por redactar un borrador del modelo de convenio bilateral, aunque éste no llegó hasta 1943⁽²⁷⁾.

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

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

Siguiendo la línea de los borradores anteriores, los Comentarios de ambos Modelos de Convenio otorgaban preferencia al método de contabilidad separada, siempre que reflejase los beneficios obtenidos por el EP como si fuese una empresa separada e independiente. De no ser así, cuando las cuentas del EP contuviesen errores, o se demostrase que las operaciones internas realizadas entre el establecimiento permanente y el resto de la entidad no se habían remunerado bajo el estándar *arm's length*, las Administraciones tributarias tenían autoridad para rectificarlas⁽²⁸⁾.

De modo que, ambos borradores, siguieron consolidando la aplicación del criterio de empresa separada y el estándar de plena competencia. Claramente fueron los predecesores de la redacción del art. 7 del primer Modelo de Convenio de la OCDE.

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

Tras la Segunda Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones fue disuelta el 18 de abril de 1946, y la actual Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) tomó su relevo. Inicialmente, esta Organización no ocupó el lugar de la Sociedad de Naciones respecto a la redacción de Modelos de Convenios para evitar la doble imposición internacional. Esta tarea tuvo lugar por primera vez en 1980, cuando el Grupo Ad Hoc de Expertos la ONU⁽²⁹⁾ publicó por primera vez la Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo⁽³⁰⁾.

En paralelo, en 1948 se fundó la Organización para la Cooperación Económica Europea (en adelante, OCEE). Esta Organización, del mismo modo que la ONU, no prosiguió con el trabajo iniciado por la Sociedad de Naciones en relación con la redacción de informes y modelos de convenio para eliminar la doble imposición internacional, sino que se creó para administrar las ayudas recibidas del Plan Marshall, oficialmente llamado *European Recovery Program*.

La OCEE estaba constituida por países europeos hasta que en 1961 se unieron Canadá y EEUU. En este momento esta Organización fue disuelta y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico tomó su relevo⁽³¹⁾. Esta Organización fue la encargada de retomar este trabajo y continuar con la elaboración de Modelos de Convenio, para lo cual creó el denominado Grupo de Trabajo n.º 7.

2.6. El primer Modelo de Convenio de la OCDE (1963-1977)

La OCDE, teniendo en cuenta los trabajos realizados por la Sociedad de Naciones en materia de atribución de beneficios al establecimiento permanente, redactó en 1963 el Proyecto de Modelo de Convenio, pero hubo que

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

(27) Durante los siguientes años, hasta la redacción del Modelo de Convenio de México(1943) y Londres (1946), la LEAGUE OF NATIONS (Sociedad de Naciones) publicó casi anualmente un Report to the Council; Session Sixth C.450.M.266.1936.II.A (1936), Session Seventh C.490.M.331.1937.II.A (1937), Session Eight (C.384.M.299.1938.II.A (1938), Session Ninth C.181.M.110.1939.II.A (1939).

(28) LEAGUE OF NATIONS 1946 London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text, Document C.88.M.88.1946.II.A.

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

(30) La Organización de Naciones Unidas ha publicado cuatro versiones de la Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo: 1980, 2001, 2003, 2011, 2017.

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

esperar hasta 1977 para que publicase su primer Modelo de Convenio oficial.

Este MCOCDE dedicó su art. 7, «beneficios empresariales», a establecer los métodos y reglas para imputar los ingresos y gastos al EP, y desde entonces, a excepción de unos cambios mínimos realizados en distintas actualizaciones del Modelo de Convenio, permaneció prácticamente inalterado hasta el MCOCDE 2010⁽³²⁾. En este momento, a raíz de los borradores e informes elaborados por esta Organización en materia de atribución de beneficios al EP, se introdujo una nueva redacción de dicho precepto denominada como Criterio Autorizado de la OCDE.

III. PROCESO DE ELABORACIÓN DEL CRITERIO AUTORIZADO DE LA OCDE DESDE LA PERSPECTIVA CRONOLÓGICA

Con el paso del tiempo, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE no sólo consideró que la convivencia de los distintos métodos propuestos en la redacción anterior art. 7 MCOCDE constituía una incertidumbre para el contribuyente y las Administraciones tributarias, sino también entendía que la redacción del método directo podía generar diversas interpretaciones que repercutían en la imputación de ingresos y gastos al EP.

Con la finalidad de alcanzar un criterio internacional en esta materia, planteó una Hipótesis de Trabajo (en adelante, HT), con el objetivo de examinar hasta qué límite llegaba el alcance y extensión del EP como empresa hipotéticamente distinta y separada y cómo las Directrices de Precios de Transferencia (en adelante, DPT) podían aplicarse por analogía para atribuir los beneficios al EP en consonancia con el criterio de plena competencia⁽³³⁾.

De acuerdo con dicha HT, esta Organización elaboró una serie de borradores e informes en esta materia, los cuales desarrollaron el denominado Criterio Autorizado de la OCDE que, finalmente, derivó en una nueva redacción del artículo 7 en el MCOCDE 2010.

La intención de los siguientes apartados no es realizar un estudio minucioso sobre el contenido de dichos documentos, pues esta cuestión se extendería del objeto de este estudio, sino exponer desde una perspectiva cronológica los distintos borradores e informes elaborados en

esta materia a fin de explicar las causas que motivaron la introducción de la nueva metodología del Criterio Autorizado de la OCDE y la redacción del nuevo artículo 7 MCOCDE.

3.1. El primer informe de la OCDE en materia de atribución de beneficios al establecimiento permanente (1994)

En 1994, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE elaboró un informe para examinar las reglas de atribución de beneficios al EP⁽³⁴⁾ con la finalidad de analizar las cuestiones controvertidas en esta materia y ofrecer una interpretación precisa de las mismas⁽³⁵⁾. La OCDE entendía que el principal problema residía en la incertidumbre que generaba la existencia de un doble sistema desde el punto de vista del tratamiento de determinadas transferencias internas de bienes y servicios. Consideraba que resultaba complejo determinar si el tratamiento de una operación interna debía valorarse de acuerdo con el estándar de plena competencia, o si, conforme a la naturaleza jurídica del EP, debía valorarse a precio de coste.

En concreto, este informe analizó esta cuestión desde el punto de vista de las transacciones de bienes, los activos tangibles e intangibles y la prestación de servicios entre el EP y la casa central (en adelante, CC) u otra parte de la empresa. Así, a fin de adoptar una postura única y eliminar el enfoque doble, propuso tomar como elemento fundamental las funciones realizadas por cada una de las partes, y en base a éstas, determinaba si el acuerdo interno debía calificarse como operación interna o como relación interna, puesto que su valoración era distinta.

Finalmente, las propuestas planteadas en este documento de la OCDE también se introdujeron en los MCOCDE 1994, los cuales permanecieron prácticamente inalterados hasta el MCOCDE 2008. Sin embargo, dicha incorporación no quedó exenta de la formulación de nuevas cuestiones relacionadas con la adecuación y compatibilidad de este informe y los Comentarios introducidos en el MCOCDE con la interpretación que se infiere de la dicción de dicho artículo 7 MCOCDE.

Con el paso del tiempo, la OCDE consideró que este informe, que precedió al planteamiento de la denominada HT de la OCDE, no consiguió establecer un criterio internacional para atribuir los ingresos y gastos al EP.

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

(33) OECD 2001 Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment, par.3.

(34) OECD 1994, Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: no. 5.

(35) IFA (1986) fue el punto de partida de este trabajo. En concreto, su primer tema: *The transfer of assets into and out of a taxing jurisdiction*.

Entendía que no se había reducido la incertidumbre generada por la existencia de distintos métodos y la interpretación divergente de los criterios que rigen cada uno de ellos. Así, desde el 2001 hasta el 2010, elaboró un conjunto de borradores e informes con el objetivo de consensuar una interpretación en relación con la metodología aplicable para asignar los ingresos y gastos al EP y evitar atribuciones asimétricas que podían derivar en situaciones de doble imposición o imposiciones inferiores a la que correspondería⁽³⁶⁾.

3.2. Los borradores publicados por la OCDE respecto al denominado Criterio Autorizado (2001-2007)

Desde el 2001 hasta el 2010 elaboró un conjunto de borradores e informes en esta materia, con el objetivo de consensuar una interpretación en relación con la metodología aplicable para atribuir los ingresos y gastos al EP, y evitar así atribuciones asimétricas que podían derivar en situaciones de doble imposición o imposiciones inferiores a la que correspondería⁽³⁷⁾.

En 2001, la OCDE publicó el borrador de la Parte I: «Consideraciones Generales», que abordaba los aspectos generales de la metodología propuesta para atribuir los ingresos y gastos al EP, y la Parte II: «Consideraciones especiales para aplicar la Hipótesis de Trabajo en los EPs de bancos», centrada en este tipo de establecimiento permanente.

La Parte I del borrador, al hilo con la denominada Hipótesis de Trabajo propuesta por la OCDE, propuso por primera vez una metodología orientada a la que posteriormente sería el Criterio Autorizado de la OCDE.

Este trabajo no tiene la finalidad de estudiar con profundidad la evolución y modificaciones de la metodología del denominado Criterio Autorizado de la OCDE, sin embargo, es conveniente exponerlo a fin de comprender con mayor claridad el tema de este estudio, que no es otro que el análisis de las reglas para atribuir los beneficios desde la perspectiva cronológica.

Esta metodología, basada en dos fases, tomaba como punto de partida el enfoque de entidad funcionalmente separada⁽³⁸⁾ por razones de simplicidad, menor administración y consistencia, en especial, porque éste respondía mejor a la aplicación de las DPT para valorar las operaciones internas realizadas por el establecimiento permanente⁽³⁹⁾.

La primera fase, asimilaba el EP a una empresa distinta e independiente, mediante un análisis funcional y de hecho determinaba las funciones realizadas por el EP, los activos utilizados y los riesgos asumidos por dicha parte de la empresa, también determinaba la cuantía de capital que había que atribuir al EP.

Para identificar las funciones se limita a remitirse a las DPT, pero ni siquiera explica la metodología aplicable⁽⁴⁰⁾. En relación con la asignación de los activos introduce un nuevo concepto: «la propiedad económica», pero ni define este término ni expone unas pautas para identificarlo⁽⁴¹⁾. Respecto los riesgos imputables al EP tampoco detalla el conjunto de pautas aplicables para cuantificarlos⁽⁴²⁾. Por último, la metodología propuesta introduce el concepto de capital libre. Este concepto, desconocido hasta ese momento, responde a la cuantía mínima que el EP necesita para desarrollar su actividad empresarial, que no debe ser asimilada a un préstamo de la CC al EP, y por ende, no da lugar a un pago nocional en concepto de interés⁽⁴³⁾.

La segunda fase de la metodología propuesta por la OCDE trata de valorar las operaciones internas, realizadas por el establecimiento permanente, de acuerdo con el criterio de plena competencia⁽⁴⁴⁾.

No obstante, con ello se suscita la cuestión de si este conjunto de pautas, que fueron inicialmente diseñadas para valorar transacciones realizadas entre empresas asociadas⁽⁴⁵⁾, es decir personalidades jurídicas distintas, son aplicables para valorar operaciones internas realizadas entre dos partes de la misma empresa.

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

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

(38) Este enfoque fue considerado por la OCDE como el enfoque tradicional. Esta Organización entendió que este enfoque era el adecuado, a pesar de que otros Estados contemplasen una interpretación distinta a favor del enfoque de actividad económica relevante.

(39) RUSSO (2006), p.100.

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

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

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

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

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

(45) VERDONER (2009), p.406.

Mediante esta práctica, la OCDE entendía que armonizaba un criterio para atribuir los beneficios empresariales al EP. Sin embargo, los principales problemas que surgieron ante la novedosa metodología propuesta, no sólo fueron la falta de precisión e identificación de sus elementos, sino la consonancia de la misma con la anterior redacción del precepto, y en concreto con el apartado segundo y tercero del artículo.

El siguiente borrador de discusión, publicado en 2003, abordó la Parte III: «Aplicación de la Hipótesis de Trabajo a los establecimientos permanentes de las empresas de negociación de instrumentos financieros⁽⁴⁶⁾».

Un año más tarde, en 2004, el Grupo de Trabajo OCDE nº. 1, decidió tener en cuenta los comentarios recibidos y publicó un nuevo borrador de las Partes I⁽⁴⁷⁾, II⁽⁴⁸⁾ y III⁽⁴⁹⁾. En la primera parte del borrador, al hilo de la metodología propuesta para atribuir los beneficios al EP, la principal novedad fue la introducción de las denominadas funciones empresariales clave de asunción de riesgo, conocidas por su término inglés *key entrepreneurial risk-taking functions* (en adelante, KERT). La identificación de estas funciones, a su vez permitía identificar los activos utilizados y los riesgos asumidos.

La cuestión que subyace es si realmente esta índole de funciones representa la actividad económica realizada por el EP y resulta adecuada para determinar los activos y riesgos imputables a dicha parte de la empresa. O si por el contrario, supone un enfoque restrictivo y un elemento de difícil identificación e inadecuado para actuar, indirectamente, como eje de los beneficios atribuidos al EP.

En 2005, la OCDE publicó un borrador de discusión sobre un tema que no había sido tratado, este borrador, denominado Parte IV: «aplicación de la Hipótesis de Trabajo a los establecimientos permanentes de las compañías de seguros⁽⁵⁰⁾». En 2007, la OCDE publicó la redacción definitiva de la Parte IV.

En 2006, la OCDE publicó la versión final de las Partes I, II y III. En lo que respecta a la Parte I: «Consideraciones generales», su contenido era prácticamente idéntico al del borrador OCDE 2004. La única diferencia más rele-

vante es que las funciones clave de asunción de riesgo fueron sustituidas por las denominadas funciones humanas sustantivas, conocidas por su término en inglés *significant people functions* (en adelante, SPF).

En 2008, esta Organización aunó las cuatro partes que hasta ese momento habían sido abordadas de manera separada, y redactó el Informe final de atribución de beneficios al EP. Aunque esta versión no es más que la compilación de los textos anteriores, introduce ciertas matizaciones sobre la metodología para atribuir los beneficios empresariales al EP y denomina explícitamente a dicha metodología como el Criterio Autorizado de la OCDE⁽⁵¹⁾.

Por último, en 2010 se publicó el último informe, cuyo contenido era idéntico al de 2008, pero alineaba su redacción con los Comentarios de la nueva versión del art. 7 incorporada en el MCOCDE 2010⁽⁵²⁾.

IV. EL CRITERIO AUTORIZADO DE LA OCDE Y SU INCLUSIÓN EN LOS COMENTARIOS DEL ART. 7 MCOCDE 2008

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

Esta versión era una compilación de los últimos borradores de las cuatro partes, aunque introduce ciertas matizaciones sobre la metodología para atribuir los beneficios empresariales al EP, su contenido era prácticamente idéntico. La OCDE denominó explícitamente a esta metodología como el «Criterio Autorizado de la OCDE⁽⁵³⁾».

La metodología propuesta por el informe OCDE 2008 seguía las pautas que se habían establecido en los borradores anteriores y se compone de dos fases que responden a dos ficciones.

La *primera fase* de la metodología se basa en un análisis funcional y factual. Esta fase corresponde con la asunción de la primera ficción porque trata de asimilar el

- (46) Esta parte también lidia con aspectos referentes a los precios de transferencia que involucran empresas separadas porque fue la continuación de los borradores de *OECD 1997-1998 The Taxation of Global Trading of Financial Instruments*.
- (47) *OECD 2004 Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part I General Considerations*.
- (48) *OECD 2004 Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part II Banks*.
- (49) *OECD 2004 Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part III Enterprises carrying on global trading of financial instruments*.
- (50) *OECD 2005 Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment – Part IV Insurance*. Para mayor estudio en esta materia, entre otros autores.
- (51) *OECD 2008 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.51.
- (52) *OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.54.
- (53) *OECD 2008 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, par.3.

EP a una empresa distinta e independiente. Para ello, ante la carente capacidad para firmar contratos entre partes de una misma persona jurídica para delimitar las funciones que realiza el EP, los activos que utiliza y los riesgos que asume, así como para determinar la correspondiente retribución de las operaciones internas realizadas por el EP con otra parte de la empresa, consideró necesario adoptar como elemento de referencia las funciones realizadas por el EP, en concreto, las funciones humanas sustantivas⁽⁵⁴⁾.

La OCDE establece como elemento fundamental para determinar los beneficios del EP las funciones humanas sustantivas. Asimila esta índole de funciones con la toma de decisión y gestión realizada, día a día, por el personal de esta parte de la empresa⁽⁵⁵⁾. Consideraba que sólo éstas eran las funciones clave para atribuir los beneficios al EP⁽⁵⁶⁾, porque ante la ausencia de un contrato, por medio de este elemento se podía inferir la conducta de cada una de las partes en referencia a los principios económicos que generalmente rigen las relaciones entre partes independientes⁽⁵⁷⁾.

El informe entiende que los beneficios o pérdidas atribuibles dependen de los ingresos y gastos imputables a esta parte de la empresa. Por ello, a estos efectos considera necesario determinar los activos utilizados por esta parte de la empresa en el desarrollo de actividad empresarial.

Ante el hecho de que las partes de la empresa comparten la misma personalidad jurídica y la inexistencia de contratos para determinar la propiedad legal del activo y la forma legal en que cada una los utiliza, la OCDE introduce el término de la propiedad económica. El informe equipara la asignación de la propiedad económica con la titularidad de la propiedad legal del activo, y trata al titular de la propiedad económica en las mismas condiciones a efectos tributarios.

Mediante esta ficción la OCDE trata de omitir que, desde la perspectiva jurídica, los activos, tangibles e intangibles, pertenecen a la unidad empresarial, con inde-

pendencia de que los utilice una o varias partes de la empresa. Esta metodología implica una ficción que, basándose en una relación de causalidad entre la actividad empresarial y utilización de los activos, a raíz de las funciones sustantivas realizadas por el EP, trata de determinar los activos utilizados para asignar la propiedad económica a una sola parte⁽⁵⁸⁾.

A estos efectos, la noción de propiedad económica no sólo se establece como criterio esencial para asignar al EP los activos utilizados sino también para determinar el modo de uso de cada uno de ellos. Esto es, para determinar si el EP actúa como propietario económico o arrendatario del activo, cuestión que es relevante por su impacto en los gastos imputables a dicha parte de la empresa, y por ende, en los beneficios o pérdidas empresariales atribuidas.

El análisis funcional y factual también estipula que se deben identificar los riesgos imputables al establecimiento permanente. Asemejando el riesgo a la incertidumbre derivada de los objetivos del negocio⁽⁵⁹⁾, se relaciona con la posible pérdida económica a consecuencia de la realización de una serie de funciones que, en un escenario favorable, se convierten en una oportunidad de obtener un beneficio⁽⁶⁰⁾. Así, establece una vinculación entre los beneficios, que obtiene el contribuyente, y el aprovechamiento de las oportunidades que ofrece el mercado, a cambio de la asunción de un riesgo⁽⁶¹⁾.

El informe establece que este elemento depende de la actividad empresarial realizada por dicha parte de la empresa. Así, entiende que el EP asume los riesgos que derivan de las funciones que realiza, y en concreto, de las funciones humanas sustantivas⁽⁶²⁾, y no asumen ningún otro riesgo⁽⁶³⁾.

La metodología estipulada en el informe OCDE obliga a practicar otra ficción asumiendo que, aunque sea la empresa en su totalidad la que desde el punto de vista legal asume el riesgo, el EP debe ser tratado como si soportase directamente el riesgo derivado de las funciones que realiza⁽⁶⁴⁾. Es decir, la asignación del riesgo debe

(54) HUIBREGTSE; SCHMID; VAN DER VALK; SOOD (2015), p.3.

(55) BERNALES SORIANO (2013), p.73.

(56) FLETCHER; KAY (2007), p.17.

(57) KAMPHUIS (2009), p.93.

(58) HOOGERP (2009), p.397.

(59) REIMER (2015), p.518.

(60) JONES RODRIGUEZ (2016), p.401.

(61) BILANEY (2016), p.577.

(62) VANDERWOLK; SPRAGUE (2002/2003), p.22.

(63) RUSSO (2006a), p.103.

(64) VANDERWOLK; SPRAGUE (2002/2003), p.22.

ser conforme a la sustancia y realidad económica de cada operación, pues en todo caso la operación debe ser conforme a los hechos⁽⁶⁵⁾, es decir, a las funciones realizadas por la parte de la empresa a la que se asignan⁽⁶⁶⁾.

Así, el Criterio Autorizado de la OCDE entiende que, en el contexto del EP, a diferencia de lo que ocurre con las empresas asociadas, el riesgo es inseparable a la función⁽⁶⁷⁾, por lo que el riesgo no puede externalizarse ni a otras partes ni a otras entidades.

Por último, el Informe OCDE afirma que el EP debe disponer de capital suficiente para cubrir las funciones que ejerce, los activos de los que tenga la propiedad económica y los riesgos que asume y matiza que este capital, tendrá la consideración de capital libre, es decir de un capital propio que no genera la obligación del pago de un interés que sería deducible a efectos fiscales⁽⁶⁸⁾.

La introducción de este elemento, ha sido calificada por parte de la doctrina internacional como la parte "Houdini"⁽⁶⁹⁾ del proceso, porque el capital sigue al riesgo mientras es el capital el que permite a la empresa asumir riesgo. Lo cual resultaría contrario al razonamiento de la OCDE.

Del planteamiento de la OCDE no sólo se infiere que el EP posee el mismo grado de solvencia o calidad crediticia que su empresa de la que forma parte, sino también implica que el EP no cuenta con una financiación ajena o propia que deriva en un reparto de dividendos o intereses⁽⁷⁰⁾, lo cual suscita la cuestión sobre si dicho razonamiento está en consonancia con la asunción de este instituto jurídico formulada en el articulado, o si se trata de la introducción de un nuevo concepto, desconocido desde la perspectiva jurídica que debería denominarse como un absoluto desastre innecesario⁽⁷¹⁾.

La *segunda fase*, implicaba una nueva ficción porque, tras la identificación de las operaciones internas realizadas entre el EP y la casa central, obligaba a valorarlas de acuerdo con el estándar de plena competencia, aplicando por analogía las DPT⁽⁷²⁾, como si se tratase de transacciones realizadas entre personas jurídicas independientes.

La actualización del MCOCDE 2008, en comparación con las actualizaciones anteriores del MCOCDE 2005, supuso un punto de inflexión en este contexto porque en el Comentario 18⁽⁷³⁾ del art. 7.2 introdujo la metodología del denominado Criterio Autorizado de la OCDE, lo cual implícitamente se remitía al Informe de la OCDE 2008.

La OCDE consideraba que de este modo se reducía la incertidumbre en relación con el método aplicable para atribuir los ingresos y gastos al EP. Sin embargo, no es menos cierto que la introducción de este Comentario no acredita *per se* la compatibilidad de la metodología establecida en el Informe OCDE 2008 con la redacción del artículo 7 MCOCDE.

Es decir, tanto el Informe de la OCDE 2008 como los Comentarios al MCOCDE 2008 son meros documentos *soft law*. De modo que, en la medida en que se desvíen de la interpretación que se infiere de la dicción del precepto desde la perspectiva jurídica, sin que en ningún caso, los documentos no vinculantes puedan extralimitar su alcance y contenido.

En caso contrario, se generaría un efecto opuesto al inicialmente propuesto por la OCDE. Es decir, esta situación incrementaría el conflicto entre el contribuyente y las Administraciones tributarias, asimismo generaría una mayor incertidumbre en el contexto de la atribución de ingresos y gastos al EP.

Por consiguiente, no es de extrañar que este escenario suscite distintas cuestiones. Por un lado, si la metodología establecida en los Comentarios del art. 7 MCOCDE

(65) PICCIOTTO (2016), pp.752-759. ANTUNES RUBIM, (2012), pp.8-11.

(66) WARNER (2002), p.163.

(67) SASSEVILLE; VANN (2014), p.55.

(68) NOUEL (2011), p.9. GAZZO (2009), p.649.

(69) *Harry Houdini*: mago ilusionista y escapista, se refieren a él a modo de metáfora entre la lógica y realidad en atención a la propuesta formulada por la OCDE.

(70) RUSSO (2005), p.140.

(71) MÜLLER (2017).

(72) BONDARENKO (2011), p.142.

(73) CMCOE08, art. 7, par. 18: «El primer paso del enfoque requiere la identificación de las actividades realizadas por el EP por medio del análisis funcional y factual. Bajo la primera fase, las actividades económicamente significativas y las responsabilidades asumidas por el EP deben identificarse. Este análisis debe, en la medida de lo posible, considerar las actividades y responsabilidades asumidas por el EP en el contexto de las actividades y responsabilidades asumidas por la empresa en total, particularmente, aquellas partes de la empresa involucradas en las operaciones internas de la empresa. Bajo la segunda fase del enfoque, la remuneración de cualquier operación interna se determinará mediante la aplicación por analogía de los principios desarrollados para la aplicación del principio de plena competencia entre empresas asociadas por referencia a las funciones realizadas, activos utilizados y riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y el resto de la entidad.»

está en consonancia con la interpretación que se infiere de la dicción del precepto o si las pautas establecidas en los Comentarios del art. 7 MCOCDE 2008 implican un nuevo sistema de atribución de beneficios al EP, tal y como defiende parte de la doctrina internacional.

Por otro lado, aunque el precepto permaneciese inalterado, en caso de que los Comentarios impliquen un nuevo sistema de atribución de beneficios al EP debemos valorar hasta qué punto el mismo resulta aplicable desde la perspectiva jurídica-legal. En última instancia, no podemos obviar que los documentos no vinculantes no pueden implicar una extralimitación del alcance y contenido de la norma tributaria. Lo cual significa que, si concluimos que los Comentarios al art. 7 MCOCDE 2008 no están en consonancia con la redacción del precepto, en ningún caso podrán implicar un nuevo sistema porque directamente no debieran tener ninguna aplicación.

Las respuestas a las cuestiones formuladas parecen obvias si observamos las posteriores actuaciones realizadas por la OCDE. Pues fue esta misma Organización la que consideró que la redacción del art.7 MCOCDE 1977 suscitaba múltiples dudas respecto a su compatibilidad y por ello elaboró una nueva redacción del precepto⁽⁷⁴⁾.

La nueva versión de este artículo se introdujo en el MCOCDE 2010. A su vez, también elaboró un nuevo informe en materia de atribución de beneficios al EP, que

introducía cambios formales a fin de alinear su redacción con la nueva versión del artículo y sus Comentarios⁽⁷⁵⁾.

A partir de esta nueva redacción, se distinguen dos versiones del artículo 7 MCOCDE. La redacción anterior del artículo 7, que prácticamente permaneció sin cambios desde el MCOCDE 1977 hasta MCOCDE 2010, y la nueva redacción que se introdujo en el MCOCDE 2010 hasta la actualidad, denominadas por parte de la doctrina como la versión antigua y la versión nueva, respectivamente⁽⁷⁶⁾.

V. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 7 MCOCDE 2010 Y LA INCLUSIÓN DEL CRITERIO AUTORIZADO OCDE EN SUS COMENTARIOS

El borrador de la nueva versión del artículo 7 MC OCDE se hizo público el 7 de diciembre de 2008⁽⁷⁷⁾, aunque debido a la gran cantidad de críticas, la versión se revisó⁽⁷⁸⁾ y la redacción definitiva se publicó el 24 de noviembre de 2009⁽⁷⁹⁾, posteriormente se incluyó en el art. 7 MC OCDE 2010⁽⁸⁰⁾.

Al hilo de esta nueva versión también se publicó el informe sobre atribución de beneficios al EP 2010⁽⁸¹⁾, cuyo contenido era prácticamente idéntico al anterior, pero suprimía las referencias obsoletas a la versión anterior del precepto y alineaba la redacción de ambos textos. Por contra, la dicción del precepto era notablemente distinta,

(74) BAKER; COLLIER (2006), p.31.

(75) VV.AA. (2010), pp.336-340.

(76) BAKER; COLLIER (2006), p.31 distinguen ambas versiones como «Old Thinking» y «New Thinking».

(77) OECD: Discussion Draft on a New Article 7 of the OECD Model Tax Convention, 7 julio 2008, París. <http://www.oecd.org/tax/treaties/40974117.pdf>

(78) OECD: Public Comments on draft new article 7 (Business Profits) of the OECD Model Tax Convention and Related Commentaries changes <http://www.oecd.org/tax/treaties/publiccommentsondraftnewarticle7businessprofitsoftheoecdmodeltaxconventionandrelatedcommentarychanges.htm>

(79) OECD: Revised Discussion Draft on a New Article 7 of the OECD Model Tax Convention, 24 noviembre 2009, París <http://www.oecd.org/tax/treaties/44104593.pdf>

(80) MCOCDE10, art. 7: «1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese Estado.
2. A los efectos de este artículo, y del artículo [23A] y [23B], los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.
3. Cuando de conformidad con el apartado 2 un Estado contratante ajuste los beneficios imputables al establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados contratantes, y en consecuencia, grave los beneficios de la empresa que ya han sido gravados por el otro Estado, ese otro Estado, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, practicará el ajuste correspondiente en la cuantía del impuesto aplicado sobre los mismos. En caso necesario, las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán para la determinación de dicho ajuste.
4. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo.»

(81) OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments. El documento oficial puede consultarse en el siguiente link: <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf>

en especial, porque esta redacción eliminó la referencia al método indirecto para atribuir los ingresos y gastos al EP.

En otras palabras, la redacción del art. 7 MCOCDE 2010 solo contempla el denominado método directo para cuantificar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente. No obstante, su redacción es distinta a la anterior, lo cual suscita la cuestión de si dichos cambios implican una variación de los criterios que rigen este sistema o si la extensión y ámbito de aplicación de los mismos no resultó alterada.

Esta cuestión es de suma importancia, puesto que, si concluyésemos que la interpretación derivada de los criterios establecidos en ambos preceptos resulta distinta, el hecho de que un convenio bilateral se rija por una versión u otra repercutiría en la imputación de ingresos y gastos al EP, y por ende, en los beneficios o pérdidas empresariales de dicha parte de la empresa.

En cualquier caso, los Comentarios 21 y 22 de la nueva versión del artículo 7 MCOCDE 2010, supuestamente interpretan el método directo en consonancia con las fases del Criterio Autorizado de la OCDE desarrollado en el Informe sobre atribución de beneficios al EP 2010. Sin embargo, no podemos obviar que ello queda a expensas de que la metodología propuesta del Criterio Autorizado OCDE esté en concordancia con la redacción e interpretación que se infiere de la dicción del precepto en cuestión.

El Comentario 21⁽⁸²⁾, se identifica con la primera ficción que se infiere de la redacción del artículo 7.2 MCOCDE 2010⁽⁸³⁾. Esta primera ficción asimila el EP a una empresa distinta e independiente y, a efectos de asignar contenido al EP, indica que hay que tener en cuenta las

funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por dicha parte de la empresa.

Este Comentario se limita a transcribir de manera literal el resumen de la primera fase del Criterio Autorizado OCDE e indirectamente se remite al Informe OCDE 2010⁽⁸⁴⁾, pero en ningún momento se pronuncia sobre el contenido.

El Comentario 22, supuestamente, se corresponde con la segunda fase del Criterio Autorizado de la OCDE, la cual a su vez está en consonancia con la segunda ficción que se infiere de la redacción del artículo 7.2 MCOCDE 2010⁽⁸⁵⁾. Esta ficción, implícitamente consagra el principio de plena competencia, al indicar que los beneficios atribuibles al EP deben ser los mismos que hubiera obtenido una persona jurídica distinta que realizase actividades idénticas o similares, en condiciones iguales o análogas.

Esta ficción obliga a valorar a precio de mercado las operaciones internas realizadas entre el establecimiento permanente y su casa central, o con otra parte de la empresa. Para ello, el Comentario 22 añade que para ello se deben aplicar con las pautas contenidas en las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE⁽⁸⁶⁾. Sin embargo, la redacción del precepto no hace referencia a que este conjunto de pautas deben aplicarse para valorar las operaciones internas realizadas por el EP, al menos explícitamente.

En cualquier caso, ello obliga a delimitar qué acuerdos internos deben considerarse como operaciones internas y cuáles se deben considerar como meras relaciones internas. Esta distinción es esencial porque el hecho de considerar, o no, a las relaciones internas como una operación interna influye directamente en la valoración de las mismas, y por ende, en la imputación de ingresos y gastos a dicha parte de la empresa.

- (82) CMCOCE10, art. 7, par.21: «Durante la primera fase se efectúa un análisis funcional y factual conducente a:
- La atribución al establecimiento permanente, según corresponda, de los derechos y obligaciones derivados de las transacciones entre la empresa de la que forma parte y empresas independientes;
 - La identificación de las funciones humanas sustantivas que determinan la atribución de la propiedad económica de los activos y la atribución de la propiedad económica de los activos al establecimiento permanente;
 - La identificación de las funciones humanas sustantivas que determinan la asunción del riesgo y la atribución de los riesgos al establecimiento permanente;
 - La identificación de otras funciones del establecimiento permanente;
 - La consideración y determinación de la naturaleza de aquellas operaciones internas entre el establecimiento permanente y otras partes de la misma empresa que, una vez superado el umbral al que se refiere el párrafo 26, satisfagan los criterios considerados como tales; y
 - La atribución de capital sobre la base de activos y riesgos atribuidos al establecimiento permanente.»
- (83) Art. 7.2 MCOCDE 2010: «... los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante (...) teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.»
- (84) OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, par.44.
- (85) Art. 7.2 MCOCDE 2010: «... los beneficios imputables al establecimiento permanente (...) son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones...»
- (86) OECD 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, p.15.

En definitiva, ambos Comentarios se limitan a transcribir de manera literal el resumen de las fases del Criterio Autorizado OCDE desarrolladas en el Informe OCDE 2010, pero en ningún momento se pronuncia sobre su contenido.

Este conjunto de elementos deben analizarse, tanto desde la perspectiva conceptual como metodológica, teniendo en cuenta que la perspectiva jurídica y normativa debe ser el punto de referencia ante cualquier otro enfoque. El análisis de este artículo nos obliga a formular interpretaciones que se infieran de su finalidad y redacción, lo cual no implica desestimar por completo cualquier informe no vinculante que se refiera al mismo, pero sí implica aceptar única y exclusivamente aquellos comentarios que estén en consonancia con el mismo, sin extralimitar el alcance del contenido de sus términos.

El análisis con detalle de la nueva redacción del método directo también permitiría valorar si estamos ante un sistema idéntico al de la redacción del precepto anterior, o si por el contrario, responde a un sistema distinto. Esta cuestión es esencial para dilucidar si estamos ante un método directo único, o si estamos ante un sistema dual.

No obstante, a fin de no extralimitarse del objeto de estudio de este trabajo, y debido a la extensión y detalle con los que debemos analizar las diversas cuestiones que se plantean, resulta necesario abordar esta materia en futuros trabajos de investigación.

VI. LOS ÚLTIMOS DOCUMENTOS *SOFT LAW* PUBLICADOS POR LA OCDE

En el periodo de 2013 a 2016, la OCDE, en colaboración con el G 20, elaboró el denominado Plan de Acción contra la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de los Beneficios, conocido por su terminología en inglés *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (en adelante, BEPS). Este proyecto está compuesto por un total de 15 Acciones que tratan de estipular medidas e instrumentos legales, de orden doméstico e internacional,

orientadas a eliminar prácticas de carácter fiscalmente evasivo y agresivo⁽⁸⁷⁾.

En este marco, se dedicó la Acción 15 del Plan de Acción BEPS para la elaboración del Instrumento Multilateral de la OCDE⁽⁸⁸⁾, el cual actúa como mecanismo para implementar sus medidas propuestas mediante la modificación en la red de convenios para evitar la doble imposición internacional que poseen los Estados, al menos, en los pertenecientes a los Estados signatarios del mismo⁽⁸⁹⁾. Creando así, un marco jurídico caracterizado por la interacción y existencia del instrumento multilateral y los convenios fiscales modificados⁽⁹⁰⁾.

Actualmente más de 100 jurisdicciones han concluido negociaciones y signado la aceptación de un instrumento multilateral a fin de implementar un conjunto de medidas de orden fiscal en su red de convenios para evitar la doble imposición internacional⁽⁹¹⁾. La red de tratados de esta índole supera los 3.000 convenios firmados entre jurisdicciones⁽⁹²⁾, lo cual significa que el convenio multilateral no sólo es un mecanismo eficiente para introducir nuevas medidas en la red de tratados fiscales⁽⁹³⁾ sino también es un instrumento eficaz para armonizar y homogeneizar el contenido de los convenios bilaterales.

De acuerdo con nuestro objeto de trabajo, la finalidad de este apartado no es analizar con profundidad el contenido del Convenio Multilateral, pero sí cuestionamos si dicho Instrumento incorpora medidas o matiza pautas específicas relativas a la imputación de beneficios o pérdidas empresariales al establecimiento permanente. Tratamos de analizar si esta cuestión ha sido tenida en cuenta por la OCDE, al margen del carácter vinculante del mismo, y si éste pudiera resultar eficiente a fin de armonizar un método para asignar las rentas empresariales e imputar los gastos al EP.

Al analizar el Plan de Acción BEPS de la OCDE observamos que, en todo caso, la Acción con mayor vinculación con esta cuestión es la Acción 7. Sin embargo, ésta propone modificaciones respecto el umbral de superación

(87) En referencia al concepto de planificación fiscal agresiva véase: *Recommendation C (2012) 8806 final from the European Commission of Aggressive Tax Planning, Communication (2012) 722 final from the Commission to the European Parliament and the Council. An action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion.*

(88) OCDE: *Action 15, Final Report: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, París, 2015. El documento oficial puede consultarse en el siguiente link: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report_9789264241688-en#.WFKDKLLhCT8

(89) OWENS (2006), p.555.

(90) BRAVO (2016), p.281.

(91) HATTINGH, (2017), p.51.

(92) BRAVO (2016), p.291.

(93) SILBERZTEIN; TRISTAM (2016), p.348.

mínimo para evitar que se eluda la presencia de un establecimiento permanente en otro Estado en el que la entidad no residente realiza actividades empresariales, pero no aborda las cuestiones relativas a las normas para atribuir los beneficios al establecimiento permanente. Lo cual, puede conllevar consecuencias negativas porque mientras el Convenio Multilateral modifica la dicción de un precepto del Modelo de Convenio de la OCDE no tiene en cuenta otros pasajes que están directamente conectados⁽⁹⁴⁾, como el artículo 7 MCOCDE, principalmente.

Por esta razón, a pesar de que la parte IV del Convenio Multilateral incorpora en sus artículos 12 a 15 las medidas propuestas en esta Acción no adopta medidas orientadas a la armonización de la metodología para imputar los ingresos y gastos al establecimiento permanente.

Al hilo de la Acción 7 del Plan de Acción BEPS, la OCDE publicó también el documento «Directrices adicionales para atribuir los beneficios al establecimiento permanente⁽⁹⁵⁾». Este documento tampoco supone un punto de inflexión en este escenario porque, principalmente, sólo se centra en analizar la metodología adecuada para imputar los ingresos y gastos a la figura del agente dependiente que constituye un EP de una entidad no residente.

En consecuencia, la última actualización del Modelo de Convenio OCDE publicada en 2017⁽⁹⁶⁾, después de la elaboración de los documentos expuestos anteriormente, no supone ninguna novedad respecto al artículo 7 MCOCDE 2010. No provoca ninguna variación en el escenario y, por tanto, las cuestiones que se suscitan siguen siendo las mismas desde hace años.

VII. REFLEXIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, y conociendo que la OCDE no ha efectuado ningún cambio

en la redacción del art. 7 en ninguna de sus actualizaciones posteriores al MCOCDE 2010⁽⁹⁷⁾, es cierto que sólo han existido dos versiones del artículo 7 MCOCDE. Sin embargo, tal y como hemos comentado anteriormente, desde la perspectiva histórica de dicho precepto podemos observar que el escenario se divide en tres etapas.

La primera etapa comprende desde el primer Modelo de Convenio de la OCDE hasta el MCOCDE 2005, la redacción del precepto era la misma en todos los convenios bilaterales firmados entre Estado contratantes, siempre no hubieran realizado de manera particular modificaciones en el texto. Al margen de que la metodología para atribuir los beneficios al EP presentase más o menos discrepancias respecto la asunción de la ficción del EP como una empresa separada e independiente con las restricciones al criterio de plena competencia, o incluso con independencia de que hasta fuese posible recurrir a una fórmula de reparto de los beneficios.

La segunda etapa, se remite al 2008, la complejidad de este escenario se enfatizó tras la introducción en los Comentarios de este precepto el denominado Criterio Autorizado de la OCDE, supuestamente desarrollado en los distintos documentos de no vinculante.

Surgió la cuestión sobre si estos Comentarios suponían la introducción de un nuevo marco jurídico-tributario para la tributación de los EPs, y por tanto, suponía un nuevo sistema para asignar los beneficios al establecimiento permanente. Cuestión que, desde nuestra perspectiva, no tiene demasiada cabida al considerar que los Comentarios en ningún caso pueden extralimitar el alcance y contenido que se infiere de la dicción del precepto. De modo que, o bien los comentarios suponían una simple matización y aclaración del precepto o, de lo contrario, no debían ser tenidos en cuenta.

(94) SILBERZTEIN; TRISTAM (2016), p.353.

(95) — OCDE: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, París. El documento oficial puede consultarse en el siguiente link: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>

— OCDE: *Additional Guidance on Attribution of Profits to Permanent Establishments*, París, 2018. El documento oficial puede consultarse en el siguiente link: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/additional-guidance-attribution-of-profits-to-permanent-establishments-BEPS-action-7.pdf>

— OCDE: *Public Discussion Draft on Additional Guidance on Attribution of Profits to PE*, París, 4 julio–5 septiembre 2016. El documento oficial puede consultarse en el siguiente link: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/BEPS-discussion-draft-on-the-attribution-of-profits-to-permanent-establishments.pdf>

— OCDE: *Comments received on Public Discussion Draft Additional Guidance on Attribution of Profits to PE*, París, 8 septiembre 2016.

Parte I: <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Comments-on-discussion-draft-beps-action-7-attribution-of-profits-to-permanent-establishments-part1.pdf>

Parte II: <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Comments-on-discussion-draft-beps-action-7-attribution-of-profits-to-permanent-establishments-part2.pdf>

(96) OCDE: *OECD Model Tax Convention*, París, 2017. El documento oficial puede consultarse en el siguiente link:

<http://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>

(97) Las actualizaciones del Modelo de Convenio OCDE posteriores a 2010 tuvieron lugar en 2014 y 2017.

Dicho en otras palabras, en ningún caso, estamos ante un nuevo sistema para atribuir los beneficios o pérdidas empresariales al EP.

La tercera etapa, surge desde el momento en que se introdujo la nueva redacción del precepto como resultado y producto final de los múltiples borradores e informes elaborados por la OCDE. La publicación del art. 7 MCOCDE 2010, inalterado hasta la actualidad, suscita la misma cuestión a fin de dilucidar si la nueva versión del precepto implica, o no, un nuevo método directo para imputar los ingresos y gastos al EP. La asimilación o distinción de ambos preceptos provoca que exista un sistema único o un sistema dual.

En definitiva, abordando las distintas alternativas, este escenario motiva la cuestión de si estamos ante un sistema único, dual o triple para atribuir los beneficios o pérdidas empresariales a dicha parte de la empresa.

La relevancia de esta cuestión no es de orden menor, porque si concluyésemos (después del pertinente estudio) que estamos ante un sistema dual, por no decir triple, no sería de extrañar que dependiendo de la metodología contemplada en el convenio para evitar la doble imposición internacional firmado entre los Estados contratantes, la imputación de ingresos y gastos a dicha parte de la empresa podría resultar diferente. Lo cual significa que la atribución de los beneficios o pérdidas empresariales ante situaciones idénticas podría resultar discordante.

Acto seguido, si esta situación fuese cierta, deberíamos de valorar si las situaciones asimétricas resultan contrarias, o no, al principio de plena capacidad económica y al principio de no discriminación.

Este escenario obliga a sopesar la adopción de medidas legales por parte de las Administraciones tributarias de los Estados orientadas a la aplicación de una metodología unánime, así como la conveniencia de que la OCDE proponga alternativas orientadas a la armonización de esta práctica internacional. Todo ello, al menos, con el objetivo de garantizar una mayor seguridad jurídica tanto a los contribuyentes como a las propias Administraciones tributarias de los Estados.

Por el momento, ninguna de las propuestas formuladas en los documentos e informes de la OCDE está orientada a homogeneizar el marco jurídico-tributario del establecimiento permanente respecto a la armonización de los distintos métodos existentes para determinar los beneficios o pérdidas empresariales imputables al establecimiento permanente. Esta Organización internacional no ha entendido el Plan de Acción BEPS, y por consiguiente tampoco el Convenio Multilateral, como una buena oportunidad para tratar de proponer una práctica unánime y homogénea, ni siquiera ha debido de comprender que el convenio multilateral no sólo es un meca-

nismo eficiente para introducir nuevas medidas en la red de tratados fiscales sino también es un instrumento eficaz para armonizar el contenido de los convenios bilaterales.

Por consiguiente, o bien el escenario planteado en este trabajo no presenta ninguna problemática para la OCDE, o ni siquiera esta Organización ha sido capaz de adoptar una postura y formular un planteamiento coherente para lidiar con el escenario que ella misma ha creado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ANTUNES RUBIM, F. (2012), «Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings», *Bulletin for International Taxation*, ol. 66, nº. 6.
- ARNOLD, B.J. (2014), «Article 5: Permanent Establishment», *Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD.
- ARNOLD, B.J. (2003), «Threshold Requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties», *Bulletin for International Taxation*, vol. 57, nº. 10.
- BAKER, P.; COLLIER, R.S. (2006), «General Report» en *Attribution of Profits to PE, IFA Cahiers de droit fiscal international*, vol. 91b.
- BENNET, M.; RUSSO, R. (2007) «OECD Project on Attribution of Profits to Permanent Establishment: An Update», *International Transfer Pricing Journal*, vol. 14, nº. 5.
- BERNALES SORIANO, R. (2013), «The Authorized OECD Approach: An Overview», en GUTIÉRREZ PUENTE, C.; PERDELWITZ, A. (eds.) *Taxation of Business Profits in the 21st Century: Selected Issues under Tax Treaties*, (Ámsterdam: IBFD).
- BETTEN, R.; NAOU, M. (2016), «Permanent Establishments in International Tax Structuring», COTRUT, M. (ed.) *International Tax Structures in the BEPS ERA: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, (Ámsterdam: IBFD).
- BILANEY, S.K. (2016) «Understanding Risk in the Era of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, nº. 10.
- BONDARENKO, T. (2011), «The History of Article 7 OECD Model Convention» en BRUGGER, F.; PLANSKY, P. (eds), *Permanent Establishments in International and EU Tax Law* (Viena: Linde Verlag).
- BRAVO, N. (2016), «The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties», *World Tax Journal*, octubre.

— BURGERS, I.J.J. (1991), *Taxation and supervision of branches of international Banks; a comparative study of banks and other enterprises*, Ámsterdam: IBFD.

— CALDERÓN CARRERO, J.M. (2015), «Beneficios empresariales (y de navegación)» en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.) *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Madrid, Wolter Kluwer, CISS.

— CARMONA FERNÁNDEZ, N. (2012), «La noción de establecimiento permanente: Las estructuras operativas mediante filiales comisionistas», *Crónica Tributaria*, n.º. 145.

— FLETCHER, R.; KAY, G. (2007a), «PEs & the OECD —Part 1—: OECD Report into Attribution of Profits to Permanent Establishments—Has The Landscape Being Made Any Clearer?», *The Tax Journal*, n.º. 873.

— GARCÍA PRATS, F.A. (1996), *El Establecimiento Permanente. Análisis jurídico tributario internacional de la imposición societaria* (Madrid: Tecnos).

— GAZZO, M. (2009), «Attribution of Free Capital to Permanent Establishment of a Bank: A Vexed Issue, A General Overview and the Italian "State of the Art"», *Intertax*, vol. 37, n.º. 11).

— HATTINGH, J. (2017), «The Multilateral Tax Instrument from a Legal Perspective: What May Be the Challenges?», *Bulletin for International Taxation*, n.º. 3-4.

— HOOGERP, P. (2009), «Internal Interests Dealing for Financial and Non- Financial Enterprises and Art. 7 of the OECD Model Tax Convention», *International Transfer Pricing Journal*, vol. 16, n.º. 6).

— HUIBREGTSE, S.; VERDONER, L.; VALUTYTE, I.; OFFERMANN, R. (2015a), «Status of Implementation of the Authorized OECD Approach into Domestic Tax Law and Tax Treaties -Part 1-», *European Taxation*, vol. 55, n.º. 8.

— KAMPHUIS, E. (2009), «Proposed OECD Risk Allocation Examination Process and Its Implications for Transfer Pricing Design», *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 18, n.º. 2.

— MÜLLER, J. (2017a), «Still busting ghosts: imaginary people do not function very well: Thoughts on the second OECD Draft Guidance on BEPS Action 7», *Kluwer International Tax Blog*, 19 de septiembre.

— MÜLLER, J. (2017b), «The problem with taxing ghosts: Agency PE's and spookiness at a distance», *Kluwer International Tax Blog*, 23 de marzo.

— NOUEL, L. (2011), «The New Article 7 of the OECD Model Tax Convention: The End of the Road?», *Bulletin for International Taxation*, vol. 65, n.º. 1.

— OWENS, J. (2006), «International Taxation: Meeting the Challenges—The Role of the OECD», *European Taxation*, vol. 46, n.º. 12).

— PICCIOTTO, S. (2016), «International Taxation and Economic Substance», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º. 12).

— RUSSO, R. (2006), «Report on historical development of article 7 of the OECD Model», en *The attribution of Profits to Permanent Establishments*, IFA Cahiers de droit fiscal international, vol. 91.b).

— RUSSO, R. (2005), «Application of Arm's Length Principle to Intra-Company Dealings: Back to the Origins», *International Transfer Pricing Journal*, vol. 12, n.º. 1.

— REIMER, E. (2015), «Article 7: Business Profits» en REIMER, E.; RUST, A. (eds.) *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

— SASSEVILLE, J.; VANN, R. (2014), «Article 7: Business Profits», *Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD.

— SERRANO ANTÓN, F. (2010), «Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: Historia, tipos, fines, estructura y aplicación» en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, Madrid: Centro de Estudios Financieros.

— SILBERZTEIN, TRISTAM (2016), «Multilateral Instrument to Implement BEPS», *International Transfer Pricing Journal*, n.º. 5).

— VANDERWOLK, J.; SPRAGUE, G. (2003), «Allocation of Profits to Permanent Establishments», *Tax Planning International*, vol. 4, n.º. 2).

— VV.AA.: *OECD Publishes Revised Guidelines on Transfer Pricing, Accommodating 15 Years of Juggling the Arm's Length Principle in a Globalizing Business World*, *International Transfer Pricing Journal*.

Trabajos de la Sociedad de Naciones

— LEAGUE OF NATIONS (1923), *Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee*

Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation, Document E.F.S. 73. F.19.

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

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

— LEAGUE OF NATIONS (1928), *Double Taxation and Tax Evasion: Report Presented by the General*

Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Document C.562.M.178.1928.II.

— LEAGUE OF NATIONS (1929), *Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the First Session of the Committee*, C.516.M.175.1929.II.

— LEAGUE OF NATIONS (1930), *Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the Second Session of the Committee*, C.340.M.140.1930.II.

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

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

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

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

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

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

— LEAGUE OF NATIONS (1935), *Report to the Council on the Fifth Session of the Committee*, Document C.252.m. 124.1935.II.A.

— LEAGUE OF NATIONS (1936), *Report to the Council; Session Sixth* C.450.M.266.1936.II.A, (1937) *Session Seventh* C.490.M.331.1937.II.A, (1938) *Session Eight*, C.384.M.299.1938.II.A, (1939) *Session Ninth* C. 181.M.110.1939.II.A.

— LEAGUE OF NATIONS (1943-1946), *London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text*, Document C.88.M.88.1946.II.A.

Informes OCDE

— OCDE (1994), *Model Tax Convention: Attribution of Profits to PE, Issues in International Taxation: n° 5*.

— OCDE (2001, 2004, 2006), *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*.

— OCDE (2008, 2010), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 2008, 2010*.

— OCDE (2008), *Discussion Draft on a New Article 7 of the OECD Model Tax Convention*, 7 julio, París.

— OCDE (2009), *Revised Discussion Draft on a New Article 7 of the OECD Model Tax Convention*, 24 noviembre, París.

— OCDE (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, París.

— OCDE (2015), *Action 15, Final Report: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 2015.

— OCDE (2016), *Public Discussion Draft on Additional Guidance on Attribution of Profits to PE*, 4 julio–5 septiembre, París.

— OCDE (2018), *Additional Guidance on Attribution of Profits to Permanent Establishments*, París.

— OCDE (2017), *OECD Model Tax Convention*, París, 2017.