

ENFOQUE AUTORIZADO DE LA OCDE SOBRE ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS A LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES (2010)

Alberto Cuevas Ozimica

Magíster en Planificación y Gestión Tributaria,
Universidad de Santiago de Chile
Abogado,
Universidad de Valparaíso, Chile
Profesor del Magister en Tributación
Facultad de Economía y Negocios
Universidad de Chile



ABSTRACT

El artículo 7, del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE (MTC) ⁷⁸, establece las reglas de asignación de derechos de imposición entre los Estados contratantes para los denominados “beneficios empresariales”. Conforme a tales reglas, los beneficios o rentas de una empresa de un Estado contratante, sólo pueden gravarse por ese Estado (el de residencia), salvo que los obtenga del otro Estado contratante (el de la fuente) a través de un Establecimiento Permanente (EP) situado en él, pero sólo en la medida en que sean atribuibles al EP. El enfoque autorizado de la OCDE para los fines de determinar cómo se atribuyen beneficios o rentas a un EP, ha sido objeto de recientes e importantes modificaciones. Para reflejar tales cambios, en julio de 2010, se aprobó una nueva redacción del citado artículo 7, nuevos Comentarios al mismo, y un Reporte detallado sobre la forma de aplicar el nuevo enfoque autorizado del organismo, tanto a la generalidad de las empresas, como a ciertos sectores que suelen desarrollar sus actividades internacionalmente a través de EPs (bancos, empresas dedicadas al comercio internacional de instrumentos financieros y compañías de seguros). El citado enfoque autorizado, se basa, por una parte, en considerar ficticiamente al EP como una entidad funcionalmente separada e independiente del resto de la empresa a la que pertenece y, por otra, en la aplicación

⁷⁸ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

por analogía del principio *arm's length* en la forma que establecen las Guías sobre Precios de Transferencia de la OCDE (incluido el análisis de comparabilidad) para atribuir beneficios respecto de las operaciones que el EP desarrolle con otras partes de la misma empresa (head office u otros EPs), o con empresas independientes pero relacionadas con aquella. Chile, ahora miembro pleno de la OCDE, se ha reservado el derecho a seguir aplicando tanto el artículo 7, del MTC, como sus respectivos Comentarios, de acuerdo a los textos vigentes con anterioridad a estas modificaciones de 2010, lo que fija la posición de nuestro país a la hora de la negociación de futuros tratados o de la renegociación de los actualmente vigentes.

1.- INTRODUCCIÓN

La preocupación por la forma de determinar la atribución de beneficios gravables en cada Estado cuando se está en presencia de una empresa que lleva a cabo sus actividades en más de un país, es de antigua data. Tal vez, el primer esfuerzo sistemático sobre la materia, se contiene en el trabajo emprendido por la Sociedad de las Naciones a fines de los años 20, y muy especialmente en la obra de Mitchell Carroll⁷⁹, basada en la observación empírica sobre la forma en que 27 países determinaban las rentas que, habiéndose obtenido por empresas extranjeras, gravaban con impuestos a la renta.

A partir de la obra citada, se han sucedido un sinnúmero de estudios y soluciones previstas por las legislaciones domésticas y los tratados internacionales, ello con la finalidad esencial de resolver dos grandes problemas, a saber;

- a) Que las empresas que desarrollan sus actividades de negocios en distintos Estados, contribuyan en alguna medida con impuestos en cada uno de ellos para solventar el gasto público, y
- b) Que la aplicación de tales tributos no menoscabe, dificulte o finalmente termine impidiendo el desarrollo de tales actividades de negocios. En la respuesta a este segundo problema, es que se han venido desarrollando los métodos para evitar la doble o múltiple tributación internacional o minorar sus nocivos efectos.

Dos han sido los sistemas más utilizados para determinar los impuestos que deben pagar en un determinado Estado las empresas extranjeras que desarrollan en él sus

⁷⁹ Mitchell B. Carroll, *Taxation of Foreign and National Enterprises, Methods of Allocating Taxable Income*, Vol. IV, League of Nations, Geneva, 1933.

actividades a través de EPs. El primero, consiste en que para determinar las rentas, rendimientos o beneficios atribuibles a un EP, este último debe llevar una contabilidad o registro separado de sus operaciones, es decir, se le trata como un centro independiente de imputación de rentas (*sistema de contabilidad separada*), mientras que el segundo, reconociendo que en el hecho se trata de una misma empresa que constituye, por tanto, una sola “unidad económica”, parte de la base de determinar los beneficios totales de la empresa, para luego llevar a cabo un reparto o distribución proporcional de los mismos entre la oficina principal (head office) y sus EPs (*sistema de reparto o distribución proporcional*). Estos sistemas, a su vez, suelen ser complementados por otros que buscan efectuar ajustes a sus resultados, basándose en el análisis comparativo de sociedades o en índices ajenos a su actividad aunque de naturaleza similar.⁸⁰

El sistema de contabilidad separada (recogido por la legislación chilena sobre el impuesto a la renta)⁸¹, opta por aplicar al EP las reglas que en general serían aplicables a las empresas residentes en el mismo Estado, las que determinarían usualmente sus bases gravables con impuestos a partir de los resultados obtenidos de sus registros contables.⁸²

Como puede apreciarse, el problema de la atribución de beneficios a un EP, se presenta tanto a nivel de la legislación doméstica de los Estados, como en los convenios para

⁸⁰ Francisco A. García Prats, *El Establecimiento Permanente*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1996, pág. 261.

⁸¹ El artículo 38, de la Ley sobre Impuesto a la Renta chilena, dispone que la renta de fuente chilena de las agencias, sucursales u otras formas de establecimientos permanentes de empresas extranjeras que operan en Chile, se determinará sobre la base de los resultados reales de su gestión en el país.

⁸² El Sistema de Contabilidad Separada, fue recogido como criterio para la atribución o asignación de beneficios por los proyectos de convenios para evitar la doble tributación de México (1943) y Londres (1946). A partir de ahí, puede sostenerse que ha constituido la regla general en el mundo sobre la materia. Como veremos más adelante, la más reciente versión del Modelo de la OCDE (2010), no hace más que reafirmar este Sistema, estableciendo como principio al efecto, que el EP será considerado como una empresa separada e independiente. El hecho de que además de considerarlo como una empresa separada, se predique de él su independencia, no es más que la puerta de entrada para aplicación en este caso del principio *arm's length*, es decir, que las transacciones al interior de la empresa y del EP con empresas relacionadas, deben juzgarse a la luz del principio de plena o libre concurrencia (también llamado principio del operador independiente).

evitar la doble tributación internacional y, por cierto, ha sido abordado por los modelos más utilizados sobre la materia.

Por su parte, la OCDE emprendió a fines de los años 90 un proyecto sobre “atribución de beneficios a los EPs”, en cuyo desarrollo se elaboraron varios borradores y, finalmente, un Reporte final aprobado por el Organismo en julio de 2008. Este Reporte contempla guías sobre los principios para atribuir beneficios a los EPs, de acuerdo al artículo 7 del MTC, y refleja el resultado del trabajo efectuado con la finalidad de examinar cómo los principios contenidos en las Guías sobre Precios de Transferencia de la OCDE (sobre la base del principio arm’s length), podían ser aplicadas en el contexto de la relación entre un EP y el resto de las partes de la misma empresa a que pertenece.⁸³

El artículo 7, del MTC, contiene la regla de asignación de derechos de imposición (taxing rights) para el caso de los beneficios empresariales (business profits) de una empresa de un Estado Contratante, en la medida en que tales rentas o beneficios no se encuentren sujetos a una regla distinta contenida en otro artículo del mismo Modelo⁸⁴. De acuerdo a lo anterior, debe entenderse entonces que las reglas de este artículo resultan de aplicación residual, es decir, cuando una renta empresarial no se encuentre tratada en otra disposición del MTC, deberá comprenderse aquí para los efectos de determinar qué Estado y bajo qué circunstancias, tendrá derecho a gravar estas rentas.

La regla de atribución de potestad para gravar en este caso, consiste en que, a menos que la empresa de un Estado contratante tenga un EP situado en el otro Estado contratante, los beneficios o rentas de esa empresa, no pueden ser gravados con impuestos por ese otro Estado (el de la fuente), salvo que dichas rentas o beneficios puedan ser incluidos en alguna categoría especial en que otros artículos del MTC otorguen derechos de imposición a dicho Estado.

Por su parte, cabe hacer presente que si bien el artículo 5, del MTC, contiene una definición de EP, no establece reglas para asignar derechos de imposición a uno u otro Estado, cuando una empresa de un Estado contratante obtenga sus rentas del otro a través de un EP situado en él. Es el artículo 7, el que contempla tales reglas, las que analizaremos en lo sucesivo.

⁸³ Richard Collier, Mike Gaffney and Peter Yu, Clarifying the Rules, Permanent Establishment in the Financial Services Sector, PWC, November 2010, pág. 15.

⁸⁴ Comentarios al artículo 7, párrafo 1, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 130.

2.- ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL EP (ENFOQUE AUTORIZADO DE LA OCDE)

El párrafo 2, del artículo 7, del MTC, dispone que tanto para los efectos de ese mismo artículo, como para los fines de los artículos 23A y 23B del MTC (disposiciones que contienen los métodos que propone el Modelo para evitar o disminuir la doble tributación internacional, a saber; exención o crédito, respectivamente), los beneficios atribuibles a un EP en cada Estado Contratante, serán aquellos que se hubiese esperado obtener, particularmente en sus operaciones (dealings) con otras partes de la misma empresa, considerando para estos efectos como si el EP fuera una empresa separada e independiente, dedicada a las mismas o similares actividades, bajo las mismas o similares condiciones, y tomando en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del EP y a través de otras partes de la misma empresa.

En las reglas precedentes, subyacen dos principios de larga data, que han venido siendo por años los criterios sostenidos por la OCDE en materias de la mayor importancia como la atribución de beneficios a los EPs y los precios de transferencia entre empresas relacionadas (artículo 9 del MTC). Estos son, en primer lugar, el principio de entidad o empresa separada y el principio del operador independiente o arm's length.

A pesar de que dichos principios han sido mayoritariamente utilizados por los países miembros de la OCDE, su interpretación y aplicación no ha sido consistente, generándose, según destacan los propios comentarios al artículo 7, del MTC⁸⁵, problemas de doble tributación o no tributación (double taxation and non-taxation).

Tal como lo señalan los comentarios al MTC, los hitos relevantes en la historia reciente de estas materias a nivel de la OCDE han sido los siguientes:

- a) Cambios menores a la redacción del artículo 7 y algunos cambios a los Comentarios al mismo cuando se adoptó el MTC de 1977;
- b) Un informe sobre el caso especial de los bancos denominado: "The Taxation of Multinational Banking Enterprises", aparecido en "Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Three Taxation Issues, OCDE, París, 1984.";
- c) El trabajo iniciado en 1987 por el Comité de Asuntos Fiscales en 1987, que culminó en 1993 con la adopción del reporte titulado "Attribution of Profits to Permanent Establishment", publicado en "Issues in International Taxation

⁸⁵ Comentarios al artículo 7, párrafo 4, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 130.

N°5, OCDE, París, 1994. Este trabajo además condujo a ciertos cambios a los Comentarios al artículo 7, consistentes con el nuevo enfoque contenido en este Reporte.

Sin embargo, como la propia OCDE reconoce en los Comentarios al artículo 7, a pesar de este trabajo, la práctica tanto de los países miembros como de aquellos que no forman parte de la OCDE continuó variando considerablemente. Por ello, en las Guías de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias aprobadas en 1995, se indicó que un trabajo posterior abordaría la aplicación del arm's length principle a los EPs.

3.- REPORTE DE 2008

Como ya vimos, este Reporte es el resultado del trabajo emprendido por la OCDE con la finalidad de determinar la forma de aplicar los principios desarrollados en las Guías sobre Precios de Transferencia y, por lo tanto, el principio arm's length, en el contexto de las relaciones entre el EP y el resto de las partes de la misma empresa de la cual forma parte.

El Reporte incluye un Prefacio y cuatro capítulos destinados a las consideraciones generales sobre atribución de beneficios a los EPs (Capítulo I) y a la aplicación de tales principios a las industrias bancarias, a empresas dedicadas al comercio global de instrumentos financieros y a las compañías de seguros (Capítulos II, III y IV, respectivamente), ello por haber sido identificados como los sectores en que mayoritariamente las empresas internacionales operan a través de EPs en terceros Estados.

El enfoque desarrollado en el Reporte de 2008, no está restringido ni por la intención original ni por la historia de la práctica e interpretación del artículo 7, del MTC, sino que, por el contrario, el énfasis está puesto en formular el mejor enfoque para la atribución de rentas o beneficios a un EP de acuerdo con dicho artículo, dadas las actuales características de las operaciones y el comercio internacional.

En los Comentarios al artículo 7, se reconoce que si bien el enfoque contenido en el Reporte de 2008 sería mejor que los desarrollados hasta la fecha, no se puede dejar de reconocer que se presentaban diferencias entre sus conclusiones y la interpretación que se había sostenido previamente en dichos comentarios. Para los efectos de proveer el máximo de certeza sobre cómo los beneficios debían ser atribuidos a un EP, el Comité de Asuntos Fiscales (CFA por sus siglas en inglés), decidió que todas las conclusiones del Reporte de 2008 deberían reflejarse tanto en una nueva versión del artículo 7,

como en los Comentarios respectivos, para que sean usados en la negociación de futuros tratados y en la modificación de los existentes. Asimismo, decidió que aquellas conclusiones del citado Reporte que no fueran contradictorias con el anterior texto del artículo 7, debían considerarse para los fines de redactar nuevos Comentarios aplicables a dicho texto, los que quedaron reflejados en la versión 2008, del MTC.

4.- DISTINCIÓN ENTRE “DEALINGS” Y “TRANSACTIONS” PARA LOS EFECTOS DEL NUEVO ARTÍCULO 7 DEL MTC, SUS COMENTARIOS Y LA VERSIÓN DE 2010 DEL REPORTE DE 2008

La nueva redacción de este artículo, así como sus Comentarios, fueron aprobados por el CFA en julio de 2010. Al mismo tiempo, el CFA adoptó una versión revisada del Reporte de 2008 (Versión 2010). Si bien las conclusiones e interpretaciones incluidas en la versión revisada del comentado Reporte adoptadas por la OCDE en 2010, son idénticas a las del Reporte de 2008, esa versión revisada tuvo en cuenta el borrador de nuevo artículo 7, que hoy forma parte del MTC.

El Reporte de 2010, trata en general, de la aplicación de la ficción de entidad funcionalmente separada e independiente que se aplica en virtud del párrafo 2, del artículo 7, conteniendo además una guía detallada respecto a cómo atribuir beneficios a un EP, de acuerdo a tales principios.

Conforme al Reporte, se deben calcular todos los beneficios o pérdidas de todas las actividades llevadas a cabo por el EP, incluyendo aquellas que provengan de:

- a) Transacciones (Transactions) con empresas independientes;
- b) Transacciones (Transactions) con empresas asociadas, aplicando en este caso directamente las Guías sobre Precios de Transferencia de la OCDE), y
- c) Los acuerdos (dealings) del EP con otras partes de la misma empresa.

Cabe hacer notar aquí que el Reporte de 2010 utiliza las expresiones “dealings” y “transactions” para referirse a dos situaciones totalmente distintas, a saber; La expresión “dealings”, se utiliza para referirse a aquellas operaciones que lleva a cabo el EP con las demás partes de la misma empresa a que pertenece (que podríamos llamar “internas”). Por otro lado, la expresión “transactions”, se utiliza en el Reporte para

referirse a las relaciones que el EP tiene con empresas distintas, sean estas relacionadas o no con la empresa de la cual forma parte (externas).⁸⁶

Tal como reconocen los propios Comentarios y el Reporte de 2010, los tratos o relaciones comerciales entre el EP y las demás partes de la empresa a la que pertenece (dealings), no tienen consecuencias legales para la empresa como un todo. Incluso, los Comentarios llaman la atención sobre que esta situación lleva a la necesidad de un mayor escrutinio o revisión de tales operaciones que el que sería necesario en el caso de transacciones entre empresas asociadas. Por otra parte, es evidente que en este tipo de relaciones no existirán contratos legalmente vinculantes.⁸⁷ No cabe duda que lo anterior dificulta bastante la labor de calificación de tales operaciones internas para los efectos de luego aplicarles por analogía el principio arm's length y las Guías sobre Precios de Transferencia de la OCDE, como veremos más adelante.

5.- EL ACTUAL ARTÍCULO 7 DEL MTC Y LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL EP

De acuerdo al artículo 7, del MTC, los beneficios de una empresa de un Estado contratante, sólo pueden ser gravados por ese Estado. Esta regla (**primer principio**), que privilegia el derecho a gravar tales beneficios por el Estado de la residencia de la empresa, ha sido seguida por Chile en los convenios que ha suscrito de acuerdo al citado Modelo. Ella se basa en el criterio internacionalmente aceptado consistente en que si una empresa de un Estado obtiene rentas de otro Estado sin que constituya en él un EP, no puede ser considerada como un partícipe de la vida económica de este último hasta el punto que se justifique la aplicación de impuestos por dicho Estado respecto de los beneficios que obtiene esa empresa.⁸⁸

Como se puede apreciar claramente, el principio descansa en la valoración de la intensidad del vínculo entre las actividades de empresa con la economía del Estado en que se obtienen las rentas. De este criterio se desprende que el sólo hecho de obtener las rentas desde otro Estado, no se juzga suficiente para determinar que el Estado del cual provienen pueda gravarlas. Es evidente también que este criterio está en las antípodas del principio de la fuente como factor de conexión utilizado en diversas

⁸⁶ Sobre la diferencia entre dealings y transactions, se sugiere ver: P. Baker and R. Collier, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 91b, The Attribution of Profits to Permanent Establishments, pág. 25.

⁸⁷ Comentarios al artículo 7, párrafo 25, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 136 y sgte.

⁸⁸ Comentarios al artículo 7, párrafo 11, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 132.

legislaciones domésticas (como por ejemplo la Ley chilena) y en convenios como el del Pacto Andino y en su sucesor, el Convenio de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), donde reina el principio de la fuente productora de la renta como factor de conexión elemental a la hora de asignar derechos de imposición respecto de las rentas empresariales.

La excepción a este primer principio (tributación exclusiva en el Estado de la Residencia), consiste en que si tales beneficios se obtienen por la empresa a través de un EP situado en el otro Estado contratante, este último puede gravar tales beneficios, en la medida en que sean atribuibles al EP (**segundo principio**)⁸⁹. El párrafo segundo del artículo 7, establece los criterios para efectuar dicha atribución. Como vemos, este segundo principio no implica que el Estado donde se encuentra situado el EP pueda gravar la totalidad de las rentas que la empresa del otro Estado contratante genere en el Estado en que se sitúa el EP, sino sólo aquellas que le sean atribuibles.

6.- PRIMACÍA DE LA APLICACIÓN DE LAS DEMÁS DISPOSICIONES DEL MODELO POR SOBRE LAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 7

El párrafo 4, del artículo 7, del MTC, restringe su aplicación, en cuanto señala expresamente que sus disposiciones no afectan la aplicación de otros artículos del Modelo que establezcan reglas especiales para determinadas categorías de renta. Los Comentarios al artículo 7 incluyen como ejemplo de este tipo de rentas, las provenientes de la operación de naves y aeronaves en el tráfico internacional, caso en el cual los derechos de imposición se resuelven de acuerdo a las reglas del artículo 8, del MTC, que, desde luego, son distintas a las que provee el artículo 7. También se excluyen del artículo 7 otras rentas que si bien pueden constituir beneficios empresariales, están sujetas a reglas distintas, como por ejemplo las obtenidas por una empresa con motivo de actividades personales de artistas o deportistas, cuyas reglas de atribución de derechos de imposición se encuentran contenidas en el artículo 17.

7.- ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL EP

El consenso que en general ha existido respecto del primer principio comentado precedentemente, es decir, que los beneficios de una empresa de un estado contratante sólo pueden gravarse por ese Estado, a menos que dicha empresa desarrolle actividades en el otro Estado contratante a través de un EP situado en él, no se repite a

⁸⁹ Comentarios al artículo 7, párrafo 12, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 132.

la hora de definir los criterios para cuantificar los beneficios de la empresa que podrán gravarse por el Estado en que se encuentre situado el EP.

El tema central de discusión aquí puede resumirse de la siguiente forma: i.- ¿El sólo hecho de que una empresa residente de un Estado contratante desarrolle sus actividades en el otro Estado contratante mediante un EP situado en él, habilita a este último para gravar la totalidad de las rentas que la empresa genere en él?, o ii.-¿Una vez determinado el hecho de que la empresa de un Estado contratante lleva a cabo sus actividades en el otro Estado de esa manera, se justifica llevar a cabo alguna distinción respecto de aquellas rentas que se obtengan a través del EP y otras que a pesar de existir el EP se obtengan sin que tenga participación alguna en dicha obtención?.

7.1.- Principio general de fuerza de atracción

El primer criterio que se ha utilizado históricamente por los Estados para resolver las preguntas planteadas en el número anterior, ha sido el denominado como “principio general de fuerza de atracción” (*principle of general force of attraction*), el que se adoptó por aquellos Estados que consideraban que tenían pleno derecho a gravar las rentas consistentes en beneficios empresariales, dividendos, intereses y regalías, provenientes de fuentes situadas en sus territorios, cuando el beneficiario de las mismas tenía en ellos un EP, aun cuando tales rentas pudieran claramente no resultar atribuibles a ese EP. De acuerdo a los Comentarios al artículo 7, del MTC, si bien algunos tratados incluyen actualmente una regla anti abuso limitada basada en un enfoque restringido de fuerza de atracción aplicable sólo respecto de los beneficios empresariales derivados de actividades similares a aquellas que lleva a cabo el EP, el enfoque o principio general de fuerza de atracción ha sido abandonado en la práctica actual de celebración de tratados.⁹⁰

El Modelo de Convenio de la ONU⁹¹, difiere en este punto del Modelo de la OCDE, en cuanto recoge expresamente, en el párrafo 1, de su artículo 7, una aplicación, aunque limitada, del principio de fuerza de tracción.⁹²

⁹⁰ Comentarios al artículo 7, párrafo 12, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 133.

⁹¹ United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2001.

⁹² El párrafo 1, del artículo 7, de Modelo de Convenio de la ONU señala lo siguiente: 1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to (a) that permanent

7.2.- Enfoque autorizado de la OCDE sobre atribución de beneficios al EP (2010)

a) Aspectos generales

Los Comentarios al actual artículo 7, del MTC, señalan que el principio generalmente aceptado en los convenios para evitar la doble tributación internacional se basa en que para gravar los beneficios de una empresa extranjera derivados de algún Estado en particular, las autoridades de tales Estados deberían tomar en cuenta separadamente las distintas fuentes de beneficios que la empresa obtiene desde ellos, para luego aplicar a cada una de esas fuentes, lo que denomina como “el test del EP”, considerando a su vez, la eventual aplicación de las demás disposiciones del Convenio de que se trate.

A juicio de la OCDE, este enfoque de solución del problema, presenta los siguientes beneficios:

1. Haría más simple y eficiente la administración tributaria;
2. Facilitaría, haciendo más simple y eficiente, el cumplimiento tributario por parte de las empresas, y
3. Se adaptaría más cercanamente a la forma en que comúnmente se llevan a cabo los negocios. En este sentido, se destaca que las actuales formas de organización de negocios a nivel internacional suelen ser bastante complejas, con empresas que desarrollan múltiples y disímiles actividades en distintos países.

Para reflejar el contexto de aplicación de este principio, los Comentarios al artículo 7 describen el siguiente ejemplo: Una empresa podría desarrollar sus actividades de manufactura en otro Estado a través de un EP situado en él, mientras que otra parte de la misma empresa podría llevar a cabo actividades relacionadas con la venta de bienes en el mismo Estado donde se encuentra el EP, pero a través de un agente independiente. La empresa, en este caso, podría tener razones comercialmente válidas para organizarse de esa manera, como por ejemplo, los patrones históricos de sus actividades de negocios o simple conveniencia comercial. Los Comentarios señalan que si el Estado donde se encuentra situado el EP quisiera agregar a las rentas del EP y gravar aquellas que se han obtenido a través de la intervención de agentes

establishment; (b) sales in that other State of goods or merchandise of the same or similar kind as those sold through that permanent establishment; or (c) other business activities carried on in that other State of the same or similar kind as those effected through that permanent establishment.

independientes, podría alterar seriamente las actividades comerciales ordinarias de la empresa, lo que además sería contrario a los objetivos del Convenio.

El párrafo 2, de la versión actual artículo 7, del MTC, es el que determina el sentido de la frase “beneficios atribuibles al EP”, que se encuentra en el párrafo 1 del mismo artículo. En este punto, se debe recordar que si bien el artículo 7, establece que el Estado donde se encuentra situado el EP podrá gravar las rentas que le sean atribuibles, previene al mismo tiempo que respecto de las rentas que obtenga la empresa desde el mismo Estado, pero que no puedan ser atribuidas al EP, este último no tendrá derecho a gravarlas de acuerdo al Convenio, salvo, obviamente, que resulten aplicables otras disposiciones del tratado que le otorguen derechos de imposición sobre las mismas.

b) El artículo 7 y las cláusulas CFC de la legislación doméstica del Estado de residencia de la empresa.

De acuerdo a los Comentarios al artículo 7, la finalidad del párrafo 1, consiste en limitar los derechos de imposición de un Estado contratante respecto de los beneficios empresariales obtenidos por una empresa del otro Estado Contratante. Por ello, el citado artículo no limita en forma alguna la imposición del Estado de residencia de la empresa, el que podrá en consecuencia gravar tales rentas conforme a su legislación doméstica, e incluso aplicar respecto de ellas las denominadas “*Controlled Foreign Companies Provisions*” (CFC). Estas provisiones de la legislación doméstica permiten, en general, incluir o computar en la base imponible de un contribuyente en su Estado de residencia, aquellas rentas obtenidas por entidades controladas que tenga en el extranjero, para efectos de gravarlas en él. Como se aprecia claramente, estas cláusulas no disminuyen el monto de las rentas determinadas en el Estado en que se encuentren las referidas entidades controladas y, en principio, podrían producir fenómenos de doble tributación internacional. Las referidas cláusulas, aplicación del llamado enfoque de transparencia fiscal (*fiscally transparent approach*), busca, impedir que las rentas sean acumuladas o conducidas a través de entidades constituidas en el extranjero, ello normalmente en perjuicio del Estado de residencia de la empresa.

c) Regla básica para la atribución de beneficios al EP de acuerdo al enfoque autorizado de la OCDE.

El párrafo 2, del artículo 7, del MTC, establece la regla básica para los efectos de atribuir beneficios a un EP, ello con la finalidad de determinar aquellos respecto de los cuales el Estado contratante en que se encuentre situado podrá aplicar impuestos. De acuerdo a esta regla, tales beneficios serán aquellos que el EP hubiese esperado obtener si fuera una empresa separada e independiente que desarrolle las mismas o similares actividades, bajo las mismas o similares condiciones, teniendo en cuenta las

funciones llevadas a cabo, los activos utilizados y los riesgos asumidos a través del EP y a través de otras partes de la misma empresa.

Esta regla, parte de una ficción que consiste precisamente en considerar al EP como una empresa o entidad separada que como tal, además debe entenderse independiente del resto de la misma empresa a que pertenece (separate entity approach). La segunda parte de esta ficción, consiste en aplicar para determinar los beneficios atribuibles al EP, el denominado arm's length principle o principio del operador independiente, el que también es aplicable, de acuerdo a las normas del artículo 9, del MTC, para los efectos de ajustar los beneficios de las empresas asociadas en el contexto de los denominados precios de transferencia.

Tal como los Comentarios lo señalan⁹³, el párrafo 2, del artículo 7, no busca atribuir o asignar la totalidad de los beneficios de una empresa entre su EP y el resto de sus partes o subdivisiones, sino que se trata de que los beneficios que sean atribuibles al EP, sean determinados como si se tratara de una empresa separada e independiente. Por ello, concluyen los comentarios, pueden resultar beneficios atribuibles a un EP aun cuando la empresa de que forma parte, como un todo, no tenga beneficios (resultados positivos). Del mismo modo, aún cuando la empresa como un todo haya producido beneficios, podría ser que de acuerdo al criterio o principio de empresa separada e independiente, no sea posible atribuir al EP beneficio alguno.

Sobre este punto, el consenso internacional consiste precisamente en atribuir beneficios al EP aplicando los principios comentados, no obstante lo cual, no hay contratos legalmente obligatorios entre el EP y de demás partes de la misma empresa; tampoco hay una propiedad legal separada de los bienes entre el EP y la oficina principal o head office; no puede haber propiamente pagos entre el EP y su oficina principal desde que los fondos pertenecen en todo momento a la misma persona y, estrictamente hablando, no puede haber beneficios provenientes de cualquier relación comercial entre el EP y las demás partes de la empresa a que pertenece. Por todo lo anterior, no cabe duda que existe una evidente tensión entre el estatus legal del EP y el concepto de empresa separada e independiente, la que se expresa en que, por una parte, hay un hecho legal (legal fact) consistente en que el EP forma parte de la misma empresa y, por otra, una ficción fiscal (fiscal fiction), en virtud de la cual se le considera como si fuera una empresa.⁹⁴

⁹³ Comentarios al artículo 7, párrafo 17, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 134.

⁹⁴ P. Baker and R. Collier, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 91b, The Attribution of Profits to Permanent Establishments, pág. 26.

Existen diferentes teorías y prácticas divergentes sobre la extensión o medida en la cual un EP debe ser tratado como empresa o entidad separada. Tales teorías van desde aquellas que predicen la absoluta independencia del EP, de acuerdo a las cuales debe ser tratado como una entidad legalmente separada, hasta aquellas que sostienen una independencia restringida, conforme a las que es necesario reconocer el hecho de que el EP es parte de la misma empresa considerada como un todo.⁹⁵

A juicio de algunos autores, podría decirse que los trabajos de la OCDE que terminaron con el nuevo enfoque autorizado, se han estado moviendo desde un concepto más restringido de independencia, hacia la teoría de la independencia absoluta, mediante la cual se le considera hipotéticamente como una entidad funcionalmente separada.⁹⁶

d).- Aplicación de los principios contenidos en el párrafo 2, del artículo 7, a ambos Estados Contratantes (párrafos 18 y 27 de los Comentarios)

Si bien es evidente que el interés principal en atribuir beneficios a un EP podría tenerlo el Estado contratante en que se encuentra situado, los criterios para la atribución de beneficios que establece el artículo 7, son aplicables a ambos Estados Contratantes. De hecho, el Estado donde reside la empresa, se encuentra obligado de acuerdo al Modelo, a eliminar la doble tributación internacional respecto de aquellas rentas que por resultar atribuibles al EP, hayan sido gravadas por el Estado en que se encuentra situado. Si este último Estado grava beneficios que no son atribuibles al EP, se puede producir un fenómeno de doble tributación, dado que se aplicarán impuestos tanto en el Estado de residencia de la empresa, como en el de situación del EP, todo ello sobre una misma renta.

En este sentido, el Estado donde se encuentra situado el EP aplicará estos principios con la finalidad de determinar los beneficios de la empresa que estará habilitado para gravar de acuerdo al Convenio. Por otra parte, el Estado de la residencia de la misma empresa, debe también aplicarlos con la finalidad de aplicar respecto de tales beneficios las disposiciones de los artículos 23 A ó 23 B, según cuál sea el sistema que se haya acordado para eliminar o disminuir la doble tributación internacional que se produce porque las rentas atribuibles al EP terminen siendo gravadas por ambos estados contratantes. Conforme a los artículos citados, el Estado de la residencia de la

⁹⁵ P. Baker and R. Collier, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 91b, The Attribution of Profits to Permanent Establishments, pág. 27.

⁹⁶ P. Baker and R. Collier, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 91b, The Attribution of Profits to Permanent Establishments, pág. 27.

empresa podría eximir las rentas atribuibles al EP, u otorgar un crédito por el impuesto que haya aplicado el Estado contratante en que se encuentra situado.

e).- Determinación de los beneficios atribuibles al EP de acuerdo al Reporte de 2010

Como ya se dijo, el Reporte de 2010 contiene el enfoque autorizado de la OCDE para la determinación de los beneficios atribuibles a un EP. Dijimos también que este enfoque parte de la base de la identificación de la totalidad de los beneficios que provienen de todas y cada una de las actividades que lleva a cabo el EP, tanto con otras partes de la misma empresa de la que forma parte (dealings), como con empresas distintas sean o no relacionadas (transactions).

El análisis de estas operaciones, según sea el caso, debe efectuarse en dos etapas, lo que no significa que el orden en que se lleve a cabo impida interrelacionar ítems que inicialmente estaban considerados en etapas distintas.

Primera etapa: Análisis de hechos y funciones (functional and factual analysis). La finalidad de esta etapa consiste en:

- i.** Atribuir al EP derechos y obligaciones provenientes de las transacciones entre la empresa de la que forma parte con otras empresas distintas (que pueden ser relacionadas o no con dicha empresa);
- ii.** Identificar las funciones significativas de los sujetos para atribuir la propiedad económica (obviamente no propiedad legal) de los bienes, y luego efectuar precisamente la atribución de la propiedad económica de los activos que correspondan al EP;
- iii.** Identificar las funciones significativas de los sujetos para la asunción de riesgos, y luego atribuir riesgos al EP;
- iv.** Identificación de otras funciones del EP;
- v.** Reconocimiento y determinación de la naturaleza de las operaciones (dealings) entre el EP y otras partes de la misma empresa que puedan ser apropiadamente reconocidas por haber pasado lo que se denomina como “threshold test”, y
- vi.** La atribución de capital al EP sobre la base de los activos y riesgos que se le hayan atribuido previamente.

Segunda etapa: En esta etapa, las transacciones entre el EP y sus empresas asociadas que le hayan sido atribuidas, deben analizarse a la luz de las Guías sobre Precios de Transferencia de la OCDE, para los efectos de determinar si los precios a que se llevaron a cabo resultan consistentes con el arm's length principle. Estas Guías también son aplicables por analogía a las operaciones entre el EP y el resto de las partes de la empresa a que pertenece. El proceso para apreciar los precios fijados en estos acuerdos reconocidos son:

- i. La determinación de la comparabilidad entre los dealings y transacciones no controladas, aplicando directamente los factores de comparabilidad de las Guías sobre Precios de Transferencia de la OCDE (características de los bienes o servicios, circunstancias económicas y estrategias de negocios), o aplicándolos por analogía (análisis funcional y términos contractuales), siempre teniendo en cuenta las particulares circunstancias de hecho del EP, y
- ii. La aplicación por analogía de los métodos que establecen las mismas Guías para determinar una compensación ajustada al principio arm's length por las operaciones entre el EP y las demás partes de la misma empresa, tomando en cuenta las funciones llevadas a cabo por cada una y los activos y riesgos atribuidos al EP y las demás partes de la empresa.

f).- La prueba de los dealings entre el EP y las demás partes de la empresa a la que pertenece.

Es necesario tener en cuenta ciertos principios relevantes sobre la prueba de las relaciones comerciales entre un EP y las demás partes de la misma empresa. Tanto los Comentarios al artículo 7, como el Reporte de 2010, establecen algunas Guías sobre la materia.⁹⁷

En primer lugar, es necesario considerar que los criterios que establecen no tienen por finalidad crear requerimientos de información más gravosos de los que se exigen para los efectos de comprobar las transacciones entre empresas asociadas. En segundo lugar, tal como se indica respecto de los requerimientos de documentación para los efectos de los precios de transferencia en las Guías de la OCDE, estos no pueden ser impuestos en forma tal que signifiquen para el contribuyente costos y cargas desproporcionados considerando las circunstancias del caso. Dada la especial naturaleza de las relaciones comerciales existentes en este caso y a la inexistencia de contratos legalmente vinculantes entre el EP y las demás partes de su misma empresa, el Reporte de 2010 y los Comentarios al artículo 7, señalan que las administraciones

⁹⁷ Comentarios al artículo 7, párrafo 26, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 137.

tributarias deberían dar efecto a la documentación existente (registros contables, entre otros documentos) en la medida en que:

- i. Esta documentación sea consistente con la substancia económica de las actividades que tienen lugar dentro de la empresa, tal como lo haya revelado el análisis de las funciones y los hechos llevado a cabo;
- ii. Los acuerdos documentados en relación con estos dealings, vistos en su contexto general, no deben diferir de aquellos que se hubiese esperado que adoptaran partes independientes comparables actuando de una manera comercialmente racional, o si lo hacen, la estructura de que dan cuenta los documentos presentados por el contribuyente no impida en la práctica a la administración tributaria determinar apropiadamente el precio de transferencia, y
- iii. Los dealings de que dan cuenta los documentos presentados por el contribuyente, no vulneren los principios establecidos en el Reporte, como por ejemplo, los que tienen por objeto la transferencia de riesgos de acuerdo a la segregación de las funciones de la empresa.

g).- Atribución de capital libre (free capital) y costos de financiamiento (funding costs)

El análisis funcional y de hecho a que nos hemos referido, debe también permitir atribuir al EP cierto capital libre, es decir, representativo de aquellos recursos financieros que no dan lugar a una deducción o gasto para fines tributarios que pueda ser calificada o que tenga la naturaleza de un interés. En este sentido, entendemos que capital libre se refiere a una suerte de pasivo no exigible, por oposición al pasivo exigible que, como veremos, también podría ser necesario atribuir al EP. La atribución de capital libre al EP, busca evidentemente, asegurar una atribución de beneficios sobre la base del principio arm's length, considerando que en términos normales se espera que las empresas operando en el mercado abierto cuenten con ciertos niveles de financiamiento por esta vía.

De acuerdo al Reporte de 2010, el punto de partida para la atribución de capital al EP bajo el principio arm's length, consiste en que este debería tener un capital suficiente para sustentar o soportar las funciones emprendidas, los activos cuya propiedad económica le ha sido atribuida y los riesgos asumidos a través de él.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de empresas legalmente separadas e independientes, cuando una empresa desarrolla sus actividades a través de una EP, el

capital de la misma y los riesgos, no están jurídica o legalmente segregados entre las distintas partes de la misma empresa. Con la finalidad de obtener esta segregación para los fines de la aplicación de los impuestos respectivos, se debe atribuir al EP el capital necesario para soportar los riesgos propios de sus funciones y actividades.

El Reporte describe diferentes enfoques que se consideran aceptables para atribuir capital al EP, reconociendo que no se trata de una ciencia exacta, por lo que deben tenerse en cuenta los hechos y circunstancias del caso, de modo que permitan obtener a los menos un rango de resultados ajustados al principio arm's length. Los diferentes métodos pueden tener distintos puntos de partida. Por ejemplo, algunos pondrán el énfasis en la actual estructura de la empresa de la cual forma parte el EP, o, alternativamente, en la estructura de capital de empresas independientes que sean comparables con aquella.

De acuerdo al enfoque autorizado de la OCDE, resulta clave reconocer, por una parte, la existencia de fortalezas y debilidades en cada método o enfoque y, por otra, que si no es posible llegar un monto único de capital libre atribuible al EP consistente con el principio arm's length, se puede obtener dicho monto dentro de un rango de capital potencialmente atribuible conforme al citado principio.

El Reporte se refiere especialmente a los siguientes métodos: a) Capital Allocation Approach: Consistente en atribuir al EP un porcentaje del total del capital libre de la empresa en relación al porcentaje de los activos y riesgos atribuibles al EP, ó b) Thin Capitalisation Approach: Consistente en asignar al EP el mismo o similar capital libre que tengan empresas independientes comparables que desarrollen las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones.

Por otra parte, el Reporte de 2010 reconoce que los EPs requieren un cierto monto de financiamiento a través del referido capital libre, pero también mediante deuda (pasivo exigible). La finalidad en este caso es atribuir al EP un monto de intereses deducibles que se ajusten al principio arm's length, de modo que, al igual que para el capital libre, dicho endeudamiento sea consistente con las funciones que desarrolla el EP y con los activos y riesgos que le hayan sido atribuidos. El Reporte entrega detalles sobre los métodos que estima aceptables para estos efectos.

h).- Relación entre las normas sobre atribución de beneficios al EP y el párrafo 4, del artículo 7, del MTC

Tal como el título lo indica, las normas del párrafo 2, del artículo 7, tienen por finalidad exclusiva determinar los beneficios atribuibles al EP por parte de ambos estados contratantes.

De este modo, las disposiciones del citado párrafo no pueden ser entendidas en el sentido de que permitan a un Estado contratante crear una renta nocial o teórica que le permita aplicar impuestos sobre ella, bajo el argumento de que se trata de rentas que conforme al párrafo 4, del mismo artículo 7, puedan ser gravadas conforme a otras disposiciones del Convenio.

Los comentarios al Modelo proporcionan un ejemplo bastante claro al respecto. Este consiste en que, para los efectos de atribuir beneficios al EP, se ha detectado en un caso particular que de acuerdo a los antecedentes, la propiedad económica de un edificio que utiliza el EP corresponde a la oficina principal (head office). De acuerdo a las normas del párrafo 2 analizadas, esta situación obligaría a efectuar la deducción o descuento de una renta nocial para determinar los beneficios atribuibles al EP (porque parte de sus rentas terminan siendo atribuibles a la oficina principal que tiene la propiedad económica del inmueble), lo que no implica que dicha deducción pueda considerarse a su vez como una renta clasificada en el artículo 6 del MTC y gravada de acuerdo a dicha disposición.

El ejemplo demuestra que el criterio de atribución de beneficios en este caso, no mutó la naturaleza de la renta, es decir, siguen siendo beneficios empresariales clasificados en el artículo 7. Lo que ha ocurrido simplemente, es que como consecuencia del análisis de los hechos, se ha determinado que una parte de las rentas, dado que la propiedad económica del activo que incide en la generación de los beneficios, no puede ser atribuida al EP y, por lo tanto, sólo podría ser gravada en el Estado de la residencia de la empresa.

Sin embargo, los propios Comentarios al artículo 7 previenen que ciertos estados consideran que la aplicación de la ficción de empresa separada e independiente a que nos hemos referido, no debe restringirse para los solos efectos de los artículos 7, 23 A ó 23 B del MTC, sino que también para los fines de otros artículos del Convenio, con el objeto de asegurar que el EP sea tratado, en cuanto sea posible, de la misma forma en que se trataría a una subsidiaria⁹⁸. Para estos casos, la OCDE señala que tales Estados deberían incluir en sus tratados cláusulas conforme a las cuales los cargos nocials efectuados (a título de intereses, rentas de arrendamiento, etc.) con motivo de las operaciones al interior de la empresa (dealings), serán reconocidas como tales para los efectos de aplicar a su respecto las disposiciones de los artículos 6 al 11,

⁹⁸ Comentarios al artículo 7, párrafo 29, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 138.

gravándolas cuando dichos artículos lo permitan conforme a las disposiciones aplicables de la legislación doméstica del respectivo Estado contratante.⁹⁹

i).- Gastos deducibles una vez que se han determinado los beneficios atribuibles al EP¹⁰⁰

Cuando los Estados contratantes han atribuido conforme a la aplicación de las reglas comentadas determinados beneficios al EP, los gastos que se puedan deducir respecto de tales beneficios, no son una materia tratada por el párrafo 2, del artículo 7, del MTC, de modo que dicha deducción deberá efectuarse conforme a las reglas de la respectiva legislación doméstica y a otras disposiciones del MTC, y, en particular, a las normas sobre no discriminación contenidas en su artículo 24, párrafo 3.

Por ejemplo, señala la OCDE en los Comentarios, que si bien las reglas de una determinada legislación doméstica que no reconozcan las operaciones que deberían ser reconocidas para los fines de determinar los beneficios atribuibles al un EP de acuerdo al párrafo 2 o que denieguen la deducción de gastos que no han sido incurridos exclusivamente en beneficio del EP serían claramente una violación a dicho párrafo, aquellas disposiciones que previenen la deducción de ciertas categorías de gastos o que establecen cuándo un gasto en particular debe ser deducido una vez que ya se han atribuido determinados beneficios, no afectan las normas del citado párrafo.

j).- Gravamen de las rentas atribuibles al EP en el Estado en que se encuentra situado.¹⁰¹

En el contexto de la aplicación de un tratado de acuerdo al MTC de la OCDE, el Estado contratante en cuyo territorio se encuentra situado el EP, debe tener en cuenta lo dispuesto por el párrafo 3, del artículo 24, del Modelo, en cuanto previene que a los EP deben concederse los mismos derechos que a las empresas residentes de ese Estado para deducir los gastos del negocio, cuya rebaja se autoriza en términos generales por sus leyes tributarias domésticas. Tales deducciones deben ser permitidas sin ninguna restricción mayor a las que sean aplicables a las empresas residentes del referido Estado. Sobre esta materia, hay diversos aspectos que merecerían ser tratados en el

⁹⁹ Los mismos Comentarios señalan que los Estados podrán escoger un tratamiento alternativo consistente en que los denominados “no internal dealings” sean reconocidos en circunstancias en que una transacción equivalente entre dos empresas separadas daría lugar a una renta comprendida en los artículos 6 al 11 del MTC.

¹⁰⁰ Comentarios al artículo 7, párrafos 30, 31, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 139.

¹⁰¹ Comentarios al artículo 7, párrafo 33, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 140.

presente artículo¹⁰², sin perjuicio de lo cual, hemos preferido centrarnos en aquellos que hemos juzgado de aplicación más general.

En este sentido, resulta relevante destacar la eliminación del párrafo 3, del artículo 7, vigente con anterioridad a la reforma de 2010, en el cual se señalaba que en la determinación de los beneficios de un EP, se debía permitir la deducción de gastos incurridos en la realización de los fines del EP, incluyendo los gastos de dirección y generales de administración, tanto en el Estado contratante en que se encuentre situado el EP como en otra parte. Dicho párrafo, cuya finalidad original era clarificar que el párrafo 2 del mismo artículo requería tomar en cuenta en la determinación de los beneficios del EP, los gastos incurridos directa o indirectamente en beneficio del mismo, incluso si se había incurrido en tales gastos fuera del Estado en que el EP se encontraba situado, había sido leído o entendido a veces como una limitación a la deducción de gastos que indirectamente beneficiaban al EP.¹⁰³

La redacción actual del párrafo 2, da cuenta del reconocimiento y valoración o determinación de los precios de las operaciones entre el EP y las demás partes de la misma empresa de acuerdo con el principio arm's length, lo que aplica, obviamente, respecto de aquellas funciones desarrolladas por cualquier parte de dicha empresa en beneficio del EP (por ejemplo, la asistencia en la administración permanente de sus operaciones). De este modo, tal como lo reconocen los Comentarios, la deducción de un cargo determinado conforme al principio arm's length en virtud de este tipo de

¹⁰² Por ejemplo, las reglas especiales que el Reporte de 2010 y los nuevos Comentarios al artículo 7 contienen sobre obras o proyectos de construcción, instalación o montaje.

¹⁰³ Por el contrario, el artículo 7, del Modelo de la ONU, de 2001, mantiene el siguiente párrafo 3º: "3. In the determination of the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the business of the permanent establishment including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere. However, no such deduction shall be allowed in respect of amounts, if any, paid (otherwise than towards reimbursement of actual expenses) by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payments in return for the use of patents or other rights, or by way of commission, for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise, by way of interest on moneys lent to the permanent establishment. Likewise, no account shall be taken, in the determination of the profits of a permanent establishment, for amounts charged (otherwise than towards reimbursement of actual expenses), by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payments in return for the use of patents or other rights, or by way of commission for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise, by way of interest on moneys lent to the head office of the enterprise or any of its other offices."

operaciones al interior de la empresa, puede considerarse como una regla opuesta a cualquier limitación respecto del monto de tales gastos. Por lo anterior, la OCDE decidió eliminar el citado párrafo 3, con la finalidad de evitar interpretaciones equivocadas sobre la materia.

Otro aspecto que cabe destacar respecto del nuevo enfoque autorizado de la OCDE, consiste en que el artículo 7, en su versión anterior a las modificaciones de 2010, permitía atribuir beneficios al EP sobre la base de una distribución de los beneficios totales de la empresa entre sus diferentes partes. Este método de distribución global, sólo tenía lugar en la medida en que su aplicación hubiese sido habitual en el respectivo Estado contratante y sus resultados pudiesen estimarse compatibles con los principios del artículo 7. Sin embargo, para el CFA, métodos distintos a la distribución de beneficios totales pueden ser aplicados incluso hasta en los casos más complejos, razón por la cual decidió eliminar de esta provisión (en definitiva, la aplicación de este tipo de método se había vuelto muy excepcional y no resultaba sencillo asegurar que sus resultados fueran compatibles con el principio *arm's length*).¹⁰⁴

El CFA, también decidió eliminar otra provisión fundada en la versión anterior del artículo 7, de acuerdo con la cual los beneficios atribuibles al EP debían ser determinados año a año de acuerdo al mismo método, a menos que existieran razones suficientemente justificadas para actuar en contrario. Esta provisión buscaba asegurar un tratamiento consistente y continuo, cuando era aceptable la determinación de los beneficios atribuibles al EP a través de métodos directos o indirectos, o incluso sobre la base de la distribución de los beneficios totales de la empresa entre sus distintas partes. Sin embargo, el nuevo enfoque autorizado de la OCDE, no permite la aplicación de métodos fundamentalmente diferentes, evitándose de ese modo la necesidad de mantener una provisión como la comentada.

También fue eliminada del artículo 7, aquella provisión que establecía que “no se atribuirían beneficios al EP por el mero hecho de que se dedique a la compra de bienes o mercaderías para la empresa”. En este sentido, el subpárrafo 4 d), del artículo 5, del MTC, relativo al concepto de EP, reconoce que cuando una empresa de un Estado contratante mantiene en el otro Estado contratante un lugar fijo de negocios exclusivamente con la finalidad de comprar bienes para sí misma, sus actividades en dicho lugar no podrían ser consideradas como que se ha llegado a un nivel que justifique aplicar impuestos en el Estado en que está situado ese lugar fijo de negocios (que pare estos efectos no constituye un EP).

¹⁰⁴ Comentarios al artículo 7, párrafo 41, OCDE MTC, versión resumida, 2010, pág. 142.

8.- LA POSICIÓN DE CHILE SOBRE LA MATERIA

Nos hemos dedicado hasta ahora a resumir el nuevo enfoque autorizado de la OCDE, vigente a partir de 2010, sobre atribución de beneficios a los EPs para los efectos de aplicar los artículos 7, 23 A y 23 B del MTC. Sin embargo, dado que Chile ha suscrito buena parte de sus Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional sobre la base de dicho Modelo, conviene saber qué posición ha adoptado nuestro país sobre la materia.

Precisamente, en las Reservas al artículo 7, del MTC, versión 2010, Chile, junto a otros Estados (Grecia, México y Turquía), se han reservado el derecho a utilizar en sus negociaciones la versión del mismo artículo tal y como podía leerse con anterioridad a las modificaciones de 2010.

Cabe hacer presente que tanto la versión del artículo 7, del MTC, previa a las modificaciones de 22 de julio de 2010, como los Comentarios efectuados hasta esa fecha, fueron incluidos en la última versión del Modelo, no sólo para los efectos de facilitar el análisis comparativo de ambos textos, sino también, porque la versión anterior sigue siendo muy relevante para los efectos de la aplicación e interpretación de una importante cantidad de tratados suscritos con anterioridad a tales modificaciones.

9.- CONCLUSIONES

En términos simples, la aplicación del enfoque autorizado de la OCDE sobre atribución de beneficios a los EPs para los fines de los artículos 7, 23 A y 23 B, del MTC, contenido en el Reporte de julio de 2010, se resume en las siguientes dos etapas:

- a) La primera, consiste en considerar hipotéticamente al EP como una entidad funcionalmente separada e independiente del resto de la empresa de la cual forma parte. Esta etapa implica, en términos prácticos, determinar las actividades y condiciones propias del EP, llevando a cabo un análisis funcional y de hecho, para detectar las funciones clave en la asunción de riesgos empresariales (key entrepreneurial risk taking functions o KERTs) y las funciones de las personas relevantes o significativas (significant people functions o SPFs). Identificadas las actividades clave de los sujetos, que dan cuenta por cierto de las funciones y actividades del EP, se le asignan los activos y riesgos que le son propios. Luego, se debe atribuir al EP el capital y costos del financiamiento necesarios para sustentar los activos y riesgos

previamente atribuidos (free capital y funding costs). Hecho lo anterior, es posible pasar a la segunda etapa;

- b) Esta segunda etapa consiste esencialmente en determinar los beneficios atribuibles al EP aplicando por analogía las Guías sobre Precios de Transferencia de la OCDE basadas en el arm's length principle, incluyendo su análisis de comparabilidad y los métodos que describe, a las operaciones entre el EP y las demás partes de la empresa a que pertenece (dealings).

En consecuencia, el enfoque autorizado de la OCDE busca atribuir al EP los beneficios que hubiese podido obtener de acuerdo al principio arm's length, es decir, como si fuera una empresa funcionalmente separada e independiente, que desarrolla las mismas o similares funciones, bajo las mismas o similares condiciones. En este sentido, se considera hipotética o ficticiamente al EP como una empresa separada e independiente, a la cual se le atribuyen funciones, activos y riesgos, sobre la base de un análisis funcional y de hecho, focalizado en las funciones de asunción de riesgos empresariales y en las funciones de personas clave. También sobre la base de las funciones, activos y riesgos del EP, se le atribuyen capital (free capital) y costos de financiamiento (funding costs). Finalmente, se aplican por analogía los métodos de precios de transferencia para determinar conforme a ellos la parte de los beneficios de una empresa atribuibles a sus EPs.¹⁰⁵

El análisis funcional y que de hecho busca determinar las características del EP, para los efectos de aplicar la ficción comentada, es decir, para tratarlo luego en la atribución de beneficios como si fuera una empresa separada e independiente (que en realidad no es). Parte esencial de este análisis tiene por finalidad identificar y luego calificar las operaciones entre el EP y las demás partes de la empresa de la cual forma parte (dealings). En este sentido, el denominado "threshold test", o análisis profundo de los hechos, la contabilidad y toda documentación coetánea a tales operaciones tiene la mayor importancia.

La determinación de la ubicación del personal relevante que lleva a cabo las funciones significativas para la asunción de riesgos y para la atribución de la propiedad económica de los activos, permite asignar los riesgos y activos que deben entenderse vinculados con la generación de los beneficios del EP.

Otro aspecto relevante, dice relación con la asignación de cierto capital libre al EP, por oposición al pasivo exigible del mismo. Para ello, luego de analizar las funciones,

¹⁰⁵ P. Baker and R. Collier, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 91b, The Attribution of Profits to Permanent Establishments, pág. 31.

riesgos y activos del EP, y de determinar el monto de los fondos o recursos requeridos para el desarrollo de tales funciones, la asunción de los riesgos y la adquisición o utilización de los bienes, se podrían aplicar para estos efectos variados métodos, en la medida en que sean consistentes con el principio *arms' length*.

Por cierto, la aplicación por analogía de las de Guías sobre Precios de Transferencia (incluido el análisis de comparabilidad y los métodos), en la búsqueda de un valor de libre concurrencia respecto de las operaciones al interior de la empresa (*dealings*), es otro aspecto relevante.

Como tuvimos oportunidad de comentar, en 2010 se modificaron los Comentarios al artículo 7, del MTC en su versión 2008, incorporándose aquellos que, estimándose consistentes con las conclusiones del Reporte de ese mismo año sobre Atribución de Beneficios al EP, obviamente no fueran contradictorias con las versiones anteriores de los mismos ni con el propio texto del citado artículo.

Además, se modificó el texto del artículo 7 y sus Comentarios (dando lugar a la versión 2010 de los mismos), para reflejar en tales textos el nuevo enfoque autorizado de la OCDE. Este enfoque, será el que los Estados miembros de la OCDE aplicarán en sus futuras negociaciones de convenios para evitar la doble tributación internacional o en las modificaciones que acuerden a los actualmente vigentes, siempre que no hayan planteado reservas u observaciones al respecto.

Por otro lado, en Julio de 2010, se aprobó una nueva versión del referido Reporte de 2008, ello para hacer compatibles sus términos con la nueva redacción del artículo 7, sin que se hayan efectuado cambios de fondos a su contenido.

Finalmente, cabe destacar que en las Reservas al artículo 7, del MTC, versión 2010, Chile, junto a otros Estados, se reservó el derecho a utilizar en sus negociaciones o renegociaciones futuras de tratados para evitar la doble tributación internacional, la versión del artículo 7, del MTC, inmediatamente anterior a las modificaciones de 2010, así como sus Comentarios de acuerdo a como podían leerse a esa fecha. Tanto el texto del artículo 7, del MTC, previo a las modificaciones de 22 de julio de 2010, como sus respectivos Comentarios, fueron incluidos en la última versión del Modelo, no sólo para los efectos de facilitar el análisis comparativo de ambos textos, sino también, porque la versión anterior sigue siendo muy relevante para la aplicación e interpretación de una importante cantidad de tratados suscritos con anterioridad.

10.- BIBLIOGRAFÍA

M. B. Carroll, *Taxation of Foreign and National Enterprises, Methods of Allocating Taxable Income*, Vol. IV, League of Nations, Geneva, 1933.

Francisco Alfredo García Prats, *El Establecimiento Permanente*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1996.

OCDE Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version, July 2010.

Philip Baker, Richard S. Collier, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 91b, *The Attribution of Profits to Permanent Establishments, General Report*.

United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2001.

2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment, OCDE, 22 July 2010.