

DOCUMENTOS DE TRABAJO

5/2017

Una aproximación de las estructuras utilizadas por las compañías financieras y de seguros al artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE(*)

AMELIA MAROTO SÁEZ

Inspectora de Hacienda del Estado

(*) Para elaborar este trabajo se ha realizado un breve resumen de las normas regulatorias de los sectores financiero y de seguros, por lo que ante escenarios de estructuras que puedan parecer similares o cercanas a las que aquí se comentan debería realizarse un estudio en profundidad de tales normas, tanto de las comunitarias como de las internas, así como de las que regulan el contrato de comisión en el ámbito mercantil, antes de abordar la tarea de su anclaje en el artículo 5 del Modelo Convenio de la OCDE.



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 2. ACCIÓN 7 DEL PLAN DE ACCIÓN *BEPS*. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 5 “ESTABLECIMIENTO PERMANENTE” DEL MODELO DE CONVENIO OCDE
 3. ESTRUCTURA EN ESPAÑA DE ENTIDADES FINANCIERAS NO RESIDENTES
 - 3.1. Sucursal
 - 3.2. Oficina de representación
 - 3.3. Entidades de libre prestación de servicios
 - 3.3.1. Agentes de la entidad de crédito
 - 3.3.2. Trabajadores de la entidad financiera
 4. ESTRUCTURAS EN ESPAÑA DE ENTIDADES DE SEGUROS NO RESIDENTES
 - 4.1. Sucursal
 - 4.2. Entidades en libre prestación de servicios
 - 4.2.1. Agencias de suscripción
 - 4.2.2. Mediadores de seguros
 - 4.2.3. Trabajadores de la entidad aseguradora
 5. CONCLUSIONES
- Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo recoge la ponencia que desarrollé en la jornada que se celebró en el Instituto de Estudios Fiscales, el día 6 de octubre de 2016, cuyo objetivo fue el debate sobre los conceptos de residencia y establecimiento permanente (en adelante EP), poniéndolos en relación con los nuevos paradigmas de la fiscalidad internacional, en orden a verificar si dichos conceptos garantizaban que la tributación de las rentas realmente se produce en el territorio en que las mismas se generan, o dicho de otra forma, si dichos conceptos como nexos de tributación en residencia y en fuente, respectivamente, mantienen hoy la fortaleza que presentaban en tiempos no muy lejanos.

El título de dicha jornada no podía ser más explícito: *Repensando los conceptos de “residencia” y “establecimiento permanente” como puntos de conexión de la fiscalidad internacional* y esto fue precisamente lo que se debatió con diferentes enfoques.

En mi ponencia me centre en los sectores financiero y asegurador y traté de analizar si las diferentes estructuras a través de las cuales, de acuerdo con la normativa reguladora de ambos sectores –normativa armonizada en el ámbito de la Unión Europea–, puede una entidad no residente operar en España, superan el umbral para considerar que dichas estructuras constituyen “establecimientos permanentes” desde la perspectiva de la normativa fiscal.

2. ACCIÓN 7 DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 5 “ESTABLECIMIENTO PERMANENTE” DEL MODELO CONVENIO OCDE

El objetivo de la Acción 7 del Plan de Acción *BEPS* “Impedir la evitación deliberada de la condición de establecimiento permanente” fue: “Modificar la definición de EP a fin de impedir la evitación deliberada de la condición de tal, en relación con la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, incluyendo la evitación a través de acuerdos de comisión y de las exenciones específicas por actividad. El trabajo en estas cuestiones abarcará también otras relacionadas con la atribución de beneficios entre partes vinculadas.”

Con este marco los trabajos de la Acción 7 de *BEPS* se han concretado en la elaboración de recomendaciones para el diseño de normas que impidan la deslocalización de rentas de unos Estados a otros a través de la utilización de determinadas estructuras de negocio, en ocasiones ciertamente artificiales, que impiden la calificación de las mismas como EP en un determinado Estado, aún cuando las rentas puedan generarse en dicho Estado.

Fruto de las conclusiones alcanzadas en la Acción 7 de *BEPS* es el nuevo enfoque del concepto de EP recogido en el Informe *BEPS*, aprobado por el Consejo de la OCDE el 1 de octubre de 2015 y publicado el 5 de octubre de 2015; este Informe se respaldó por los Ministros de Hacienda del G20 el día 8 de octubre de 2015¹. Con la nueva redacción del artículo se pretende cegar los cau-

¹ La OCDE publicó el 4 de julio de 2016 el borrador “Guía Adicional sobre Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes” para discusión pública, finalizando el plazo para recibir comentarios a dicho borrador el 5 de septiembre de 2016. Los días 11 y 12 de octubre de 2016 se sometieron a consulta pública los comentarios previamente recibidos, sin que a día de hoy la OCDE haya hecho públicas sus conclusiones sobre esta cuestión.

ces de elusión que se vienen produciendo, a través de la recolocación de riesgos –las funciones no suelen variar–, una vez incorporada en el artículo 5 “Establecimiento Permanente” del Modelo Convenio OCDE (en adelante MCOCDE).

Las principales notas a destacar del nuevo enfoque de EP que recogerá el artículo 5 son, dichas de manera resumida, las siguientes:

- i) Se ha introducido una norma antifragmentación de actividades. Nuevo apartado 4.1.

Con ella se intenta poner coto a la consabida fórmula de fragmentar actividades con fines de planificación fiscal, que tanto juego ha dado en los últimos años. En estrecha relación con lo anterior, se ha definido lo que debe entenderse por actividad principal, acotando los perfiles de las denominadas “actividad preparatoria” y “actividad auxiliar”, a los efectos de impedir trocear las actividades de una empresa, calificando cada una de ellas como auxiliar, cuando en ciertas ocasiones la secuencia de todas ellas conforma la cadena de valor global de la entidad y por tanto constituiría la actividad económica plena de la misma.

- ii) Se ha ampliado el perímetro de la figura del “agente dependiente”. Apartado 5.

Se pretende acabar con los formalismos que tantos problemas han planteado en el pasado, con el nuevo literal caen bajo el paraguas del “agente dependiente” todas las actuaciones que se realicen por cuenta del no residente y le obliguen, prescindiendo de si éstas se realizan en nombre de la entidad no residente o en el propio nombre del agente.

- iii) Se ha reducido el contorno de la figura del “agente independiente”. Apartado 6.

Para delimitar la figura del “agente independiente”, se ha puesto el foco de atención en el “trabajo en exclusiva” para una entidad “con vinculación cercana” o “estrechamente relacionada” (*closely related*). Cuando se dan estas circunstancias y además los supuestos del apartado 5, se califica al agente como dependiente. Tanto la “exclusividad funcional”, como la “estrecha relación” se definen, la primera, en el nuevo Comentario 38.8 al apartado 6 del artículo: se entiende “exclusividad” en la relación cuando el mediador obtiene menos del 10% de sus ingresos de terceros independientes, la segunda, en el propio apartado 6, letra b): se considera que existe “vínculo de proximidad” cuando una de las sociedades posea el control sobre la otra, o las dos estén bajo el mismo control o una posea en la otra más del 50% de los derechos de voto, de los derechos económicos o del capital². Lo que se pretende con estos nuevos conceptos de “vinculación funcional” y “empresa estrechamente relacionada” no es otra cosa que impedir que una entidad no residente deslocalice rentas en un determinado Estado con la cobertura que le ofrece esa otra entidad “estrechamente relacionada” con la primera y residente en el Estado del que se pretende erosionar rentas, sin cuya actividad sería imposible tal deslocalización. Ello conllevará, sin duda, dejar fuera del perímetro de agente independiente a los agentes entidades de grupos multinacionales, normalmente el trabajo de la entidad que intermedia se limita al grupo.

² El concepto de empresa *closely related* es un concepto autónomo, limitado a este artículo, independiente del recogido en el artículo 9 “Empresas Asociadas” del MCOCDE.

Los retoques dados al artículo 5 que se incorporarán en la próxima versión del MCOCDE, cuya publicación está prevista para el año 2017³, se consideran altamente positivos. La realidad es que los mismos van a surtir efectos inmediatos mayoritariamente en actividades económicas relacionadas con venta de bienes, bien materiales o informáticos, ventas que tanto en España como en otros Estados vienen deslocalizándose a través de las típicas estructuras de “comisionistas” o de “servicios de apoyo a ventas”, sobre las que existen estudios muy elaborados, y que han dado lugar a numerosas controversias entre la Administración y los contribuyentes, en diferentes Estados, generando las correspondientes respuestas por parte de los Tribunales, respuestas que dicho sea de paso no siempre coinciden⁴.

Por lo que se refiere a actividades que, a diferencia de las citadas, pueden realizarse con organizaciones muy ligeras sustentadas en medios informáticos, prácticamente sin estructura en el Estado de la fuente, pero sin duda apoyadas por la estructura de que se dispone en el Estado de la entidad no residente, como es el caso de determinadas prestaciones de servicios, entre otras las propias de los sectores financiero y de seguros, excluyendo las que se prestan bajo la cobertura de la comúnmente conocida como “Sucursal”, las modificaciones del artículo 5 se van a proyectar fundamentalmente sobre las figuras de los intermediarios a través de los cuales se realizan estas actividades. Tanto la figura del intermediario, como la capacidad con la que actúa por cuenta de su principal están reguladas por la normativa que rige cada uno de estos sectores, de manera que será ésta conducta regulada la que deberá ser analizada desde el prisma fiscal, bajo el enfoque del artículo 5 del MCOCDE, a los efectos de calificar la actuación de tales intermediarios. Sin embargo, dado que en este área la experiencia es bastante más limitada que en el sector de bienes anteriormente apuntado, habrá que prestar atención a las controversias que resulten de la aplicación del nuevo artículo 5 y a la manera de enfrentarlas.

No obstante lo anterior, con la modificación operada en el artículo 5, se puede afirmar que en términos generales el límite o umbral de EP ha experimentado un descenso, mejorando la situación en el Estado de la fuente; dicho de otra forma: en ciertas circunstancias, prácticamente no se requiere intervención activa de la entidad no residente en España para que su actividad se considere que se desarrolla vía EP.

Las entidades financieras y de seguros no residentes normalmente aterrizan en España a través de la figura de la “Sucursal mercantil” que en todos los casos se identifica con el “EP fiscal”. Por

³ Para los Convenios actualmente en vigor, la modificación del artículo 5 se llevará a cabo a través del Instrumento Multilateral, en el que se ha materializado la Acción 15 de BEPS “Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales”, publicado el 24 de noviembre de 2016. Los Estados pueden firmar desde 1 de enero de 2017 el Instrumento y su ratificación, aprobación o aceptación por cada uno de ellos dependerá de los procedimientos legales de los Estados, en el caso de España, la firma del Instrumento está sujeta a su aprobación por las Cortes Generales. El Instrumento de aceptación o aprobación se depositará en la OCDE y este acto es el que determina finalmente la entrada en vigor. En junio de 2017 se prevé la celebración de una ceremonia oficial a los efectos de la firma del Instrumento por los Estados. Las modificaciones de los Convenios bilaterales tendrán lugar en la medida en que los diferentes Estados se adhieran al contenido del Instrumento.

⁴ Ejemplo: *Caso Dell*, en el que el Tribunal de Noruega ha mantenido un criterio diferente al del Tribunal Supremo español –Sentencia de 20 de junio de 2016– ante estructuras idénticas. El primero sostuvo que la entidad irlandesa no tenía EP en Noruega, en tanto que el segundo determinó que la entidad irlandesa sí tenía EP en España.

tanto, en esos escenarios, en ningún caso se cuestiona si se ha traspasado o no el umbral para considerar que hay EP en España, el umbral se ha rebasado y por consiguiente se entiende que la entidad no residente opera a través de EP en España; a partir de aquí se originan los problemas de “atribuir beneficios a dicho EP con arreglo al principio de libre competencia”, cuestión que ha dado y sigue dando lugar a un debate muy intenso, cuyo análisis va más allá del ámbito de este trabajo.

Sin embargo en ocasiones estas entidades financieras y de seguros utilizan otras estructuras diferentes a la Sucursal con la cobertura de la respectiva norma reguladora, que pueden situarse formalmente al borde de la figura del EP, sin sobrepasarle, aunque sustancialmente podrían ser merecedoras de la calificación de EP. En las líneas siguientes nos referiremos a estas estructuras para analizar su calificación según las coordenadas del actual artículo 5 y del artículo 5 modificado, con el objetivo último de verificar si las modificaciones operadas en éste artículo, al amparo de la Acción 7 de *BEPS* pueden atraer al Estado de la fuente rentas generadas por ellas que con la letra del artículo 5 actual tributarían en residencia.

Antes de abordar esta tarea, reproducimos el nuevo texto de los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MCOEDE.

Apartado 5.

“No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, pero sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6, cuando una persona actúe en un Estado por cuenta de una empresa y, operando así, concluya habitualmente contratos, o desempeñe habitualmente el rol principal conducente a la conclusión de los contratos que sean formalizados de manera rutinaria sin modificación sustancial por la empresa, y esos contratos sean:

- a) en nombre de la empresa, o
- b) para la transmisión de la propiedad, o para garantizar el derecho de uso, de bienes propiedad de esa empresa o que la empresa tenga el derecho a usar, o
- c) para la prestación de servicios por esa empresa,

se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de las actividades que esa persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el apartado 4 y que, de haber sido realizadas por medio de un lugar fijo de negocios, no hubieran determinado la consideración de dicho lugar fijo de negocios como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese apartado.”

Apartado 6.

“a) El apartado 5 no resultará aplicable cuando la persona que actúe en un Estado contratante por cuenta de una empresa del otro Estado contratante realice una actividad en el Estado mencionado en primer lugar como un agente independiente y actúe para la empresa en el marco ordinario de esa actividad. No obstante, cuando una persona actúe exclusivamente o casi exclusivamente por cuenta de una o más empresas con las que esté estrechamente relacionada, no se considerará a esa persona como un agente independiente en el sentido de este párrafo en relación con dicha empresa.

b) A los efectos de este artículo, una persona está estrechamente relacionada con una empresa si, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias relevantes, una tiene el control de la otra o los dos están bajo el control de las mismas personas o empresas.

En todo caso, se considerará que una persona está estrechamente relacionada con una empresa si una posee directa o indirectamente más del 50% de los derechos económicos en la otra (o, si se trata de una sociedad, más del 50% del derecho de voto y del valor de las acciones de la sociedad o de los derechos económicos en el capital de la sociedad), o si otra persona posee directa o indirectamente más del 50% de los derechos económicos (o, si se trata de una sociedad, más del 50% del derecho de voto y del valor de las acciones de la sociedad o de los derechos económicos en el capital de la sociedad) en la persona y en la empresa.”

3. ESTRUCTURAS EN ESPAÑA DE ENTIDADES FINANCIERAS NO RESIDENTES

La normativa que regula la actividad financiera en España se recoge en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, por la que se ha traspuesto la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, en el Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión y en el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014.

De acuerdo con estas normas, cuando se concede a una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea autorización para desarrollar la actividad financiera, la licencia concedida en dicho Estado –denominado Estado de autorización– automáticamente permite a tal sociedad trabajar en cualquier otro Estado de la Unión Europea sin necesidad de autorización adicional.

En cuanto a las formas a través de las cuales la entidad financiera no residente puede trabajar en España, las mismas son:

3.1. Sucursal

Regulada en los artículos 12 de la Ley 10/2014 y 16 del Real Decreto 84/2015, esta figura se identifica plenamente con el EP fiscal, regulado en el artículo 5.1 del modelo Convenio OCDE (versión 2014), “lugar fijo de negocios a través del que se realiza en España toda o parte de la actividad de la entidad no residente”.

Una vez reconocida por la propia entidad no residente la existencia de un EP en España, con lo que se consideraría superado el test del artículo 5 del MCOEDE, se pasaría a la siguiente etapa contemplada en el artículo 7 del mismo cuerpo legal: la atribución de beneficios a dicho EP, a través del análisis de los parámetros invocados tanto en las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE (2010), teniendo en cuenta las modificaciones operadas en las mismas por las conclusiones alcanzadas en las Acciones 8, 9, 10 y 13 del Plan BEPS⁵, como en el *Informe de*

⁵ Las Acciones se publicaron el 5 de octubre de 2015, adoptándose formalmente por el Consejo de la OCDE el 23 de mayo de 2016.

Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes de la OCDE (2010) (en adelante *IABEP*), Parte II, “Bancos”: análisis de funciones, activos y riesgos, con los problemas que ello conlleva, siendo los más destacados el reconocimiento y valoración de operaciones internas y vinculadas y la atribución de capital libre al EP, como paso previo a la asignación de intereses al EP por el uso de capitales ajenos. Dada la redacción de la norma reguladora, que permite a una entidad autorizada en un Estado miembro de la Unión Europea establecer sucursales en cualquier otro Estado miembro sin necesidad de asignación de capital regulatorio, no es imposible utilizar este recurso amparado por la norma regulatoria con fines de planificación fiscal.

La norma reguladora no da cobertura para que el EP no disponga de capital mínimo regulatorio para trabajar en el Estado de la fuente, lo que permite es que dicho capital esté residenciado en el Estado de autorización.

Por lo que se refiere a las funciones típicas que desarrollan las entidades y EP financieros, los Párrafos 6/12 y 69/78 del *IABEP*, Parte II “Bancos” hacen un básico resumen de las que conforman la actividad financiera más tradicional, sin duda las más sencillas, de los cuales se traen a estas páginas su denominación:

- 1) *Funciones relativas a la creación de un nuevo activo financiero. Préstamo.*
 - a) Venta/Comercialización.
 - b) Venta/Negociación.
 - c) Negociación/Tesorería.
 - d) Venta/Asistencia.
- 2) *Funciones relacionadas con la gestión de un activo financiero ya existente. Préstamo.*
 - a) Servicio relacionado con el préstamo.
 - b) Seguimiento de los riesgos asumidos como resultado de la formalización del préstamo.
 - c) Gestión de los riesgos inicialmente asumidos y posteriormente soportados como resultado de la constitución del préstamo.
 - d) Tesorería.
 - e) Venta Negociación.
- 3) *Funciones empresariales clave para la asunción de riesgo que entrañan la constitución y ulterior gestión de un préstamo.*
 - a) Venta/Negociación para la creación de un activo financiero (préstamo).
 - b) Gestión de los riesgos inicialmente asumidos y posteriormente soportados como resultado de la constitución del préstamo.
 - c) Ambas funciones conjuntamente son determinantes para la atribución de la propiedad económica del activo financiero.
- 4) *Funciones de apoyo, intermedias o internas de administración (back-office).*

Todas estas funciones pueden realizarse solo por una entidad o por varias –Casa Central y EP– y localizarse en un Estado o en varios. Lo verdaderamente relevante no es el libro en que se anotan las operaciones en que se materializan las funciones, sino quien detenta la propiedad económica de los activos con los que se han llevado a cabo, si la Casa Central o el EP, porque esto es lo que finalmente determina qué Estado tiene competencia para gravar las rentas⁶.

3.2. Oficina de representación

Regulada en el artículo 19 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, su apartado 1 se refiere a ella en los términos siguientes:

“A los efectos de lo previsto en este real decreto, se entenderá por oficina de representación aquellos establecimientos orgánica y funcionalmente dependientes de entidades de crédito autorizadas en otro país, cuya actividad consista en realizar labores informativas o comerciales sobre cuestiones bancarias, financieras o económicas que sirvan de soporte material a la prestación de servicios sin establecimiento. Las oficinas de representación no podrán exigir remuneración alguna por el ejercicio de dichas actividades. No obstante podrán repercutir al cliente los pagos realizados a terceros vinculados a las mismas.

Las oficinas de representación no podrán realizar operaciones de crédito, de captación de depósitos o de intermediación financiera, ni prestar ningún otro tipo de servicio bancario salvo la canalización de fondos de terceros hacia sus entidades de origen. Dicha canalización deberá ejecutarse a través de entidades de crédito operantes en el país en el que se encuentre establecida la oficina de representación.”

Como se deduce de esta definición, las funciones que pueden realizar las Oficinas de Representación (en adelante OR) son muy limitadas:

- i) Realizar labores informativas o comerciales sobre cuestiones bancarias, financieras o económicas que sirvan de soporte material a la prestación de servicios sin establecimiento.
- ii) Facilitar la canalización de fondos de terceros hacia sus entidades de origen.

Por lo que se refiere al primer bloque de funciones recogido en i) en la medida en que complementan o apoyan a las actividades en régimen de libre prestación de servicios, lo lógico sería considerarlas dentro de estas, es decir como un todo.

En cuanto a “la canalización de fondos de terceros hacia sus entidades de origen”, a la que nos referimos en el subapartado ii), conviene precisar que si tal canalización se realiza con habitualidad y además lleva a la recepción de una suma considerable de fondos por parte de la entidad financiera, no estaría de más verificar si de hecho, aunque no de derecho, esta OR pudiera ser considerada como un EP fiscal. Téngase en cuenta que la entidad de origen, a través de esta función que lleva a cabo la OR, ve incrementados sus fondos y habida cuenta que la obtención de fondos constituye una función esencial para las entidades financieras, pues dichos fondos

⁶ Principio de vinculación funcional. Artículo 16.1 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes. En el IABEP (2010), Parte II, párrafos 47 y siguientes se describe el análisis funcional de los EP financieros.

son los que permiten realizar las actividades típicas de esta clase de entidades: prestar dinero, invertir en otros activos financieros, etc., no parece que la actividad de canalización de fondos, en la medida en que la OR tenga un rol activo, en el sentido de habitualidad y cantidades obtenidas, pueda considerarse como actividad auxiliar.

Dado que con el actual artículo 5 es posible que una entidad no residente pueda operar en España a través de sucursal y además puede disponer de una OR, la verificación de las funciones de la OR resulta obligada, pues en ocasiones, dependiendo de los elementos fácticos, podría llegarse a la conclusión de que ambas localizaciones constituyen un único EP en España.

3.3. Entidades en libre prestación de servicios

Esta figura, regulada en los artículos 12 de la Ley 10/2014 y 16 del Real Decreto 84/2015, conforma, sin lugar a dudas, la estructura de las entidades financieras no residentes menos conocida en España y su catalogación como EP o no dependerá de los hechos y circunstancias que las rodeen.

A diferencia de las OR que tienen limitadas sus funciones a las mencionadas en líneas anteriores, la actuación en libre prestación de servicios permite a las entidades financieras no residentes realizar en España las actividades recogidas en el Anexo de la Ley 10/2014, y estas actividades son *absolutamente todas* las que integran la actividad financiera. A continuación se reproduce el contenido del Anexo:

“Lista de actividades objeto de reconocimiento mutuo

1. Recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables.
2. Préstamos, incluidos, en particular, el crédito al consumo, los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles, la factorización con o sin recurso y la financiación de transacciones comerciales (incluido el *forfaiting*).
3. Arrendamiento financiero.
4. Servicios de pago, tal como se definen en el artículo 1 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.
5. Emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios, cuando dicha actividad no esté recogida en el punto 4.
6. Concesión de garantías y suscripción de compromisos.
7. Transacciones por cuenta propia o por cuenta de clientes que tengan por objeto cualquiera de los siguientes instrumentos:
 - a) Instrumentos del mercado monetario (cheques, efectos, certificados de depósito, etcétera).
 - b) Divisas.
 - c) Futuros financieros y opciones.
 - d) Instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés.
 - e) Valores negociables.

8. Participación en las emisiones de valores y prestación de los servicios correspondientes.
9. Asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia empresarial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de las fusiones y de las adquisiciones de empresas.
10. Intermediación en los mercados interbancarios.
11. Gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios.
12. Custodia y administración de valores negociables.
13. Informes comerciales.
14. Alquiler de cajas fuertes.
15. Emisión de dinero electrónico.

Quando los servicios y actividades previstos en el artículo 63 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, se refieran a instrumentos financieros previstos en el artículo 2 de dicha Ley, serán objeto de reconocimiento mutuo de conformidad con esta Ley.”

Si se analiza la lista de actividades podrá observarse que ninguna de ellas aisladamente considerada puede ser calificada como “actividad auxiliar”, más aún cuando la estructura de “libre prestación de servicios” puede perfectamente aunar varias de las actividades listadas, para su ejecución conjunta, lo que puede dar como resultado un negocio cohesionado.

En cuanto a la forma de materializar la actividad financiera bajo el paraguas de la libre prestación de servicios, se indica que la misma no requiere formalmente ni de “lugar fijo de negocios”, ni de “personal de la entidad en España”, aunque nada impide que pueda realizarse con este personal, de hecho, suele llevarse a cabo por parte de los denominados “Agentes de la entidad de crédito” y por “trabajadores de la entidad de crédito”, a los que se dedican las líneas siguientes.

3.3.1. Agentes de la entidad de crédito

Esta figura se regula en el artículo 14 de la Ley 10/2014, desarrollado por el artículo 21 del Real Decreto 84/2015. De acuerdo con este último, la naturaleza y capacidad de actuación de los Agentes de las entidades de crédito son:

- a) Pueden ser personas físicas o jurídicas.
- b) Actúan habitualmente frente a la clientela, mediante poder otorgado por la entidad financiera, en la negociación o formalización de operaciones típicas de la actividad de una entidad de crédito, *en nombre y por cuenta de la entidad mandante*. Sin embargo no podrán formalizar avales, garantías u otros riesgos de firma.
- c) El Agente solo puede representar a una entidad de crédito o a entidades de un mismo grupo consolidable de entidades de crédito, artículo 42 del Código de Comercio.
- d) No pueden actuar como Agentes de las entidades de crédito las personas que se encuentren ligadas a la entidad, o a otras entidades de su mismo grupo, por una relación laboral.

A modo de conclusiones de los rasgos de esta figura: 1) Se da la denominada “representación directa”, el Agente actúa en nombre y por cuenta de la entidad financiera no residente. 2) Solo existe limitación para ejercer como Agente de las entidades de crédito a las personas físicas con vinculación laboral, bien, con el propio banco o bien, con entidades de su propio grupo mercantil. Por tanto y por lo que a personas jurídicas se refiere, éstas perfectamente pueden ser tanto entidades pertenecientes al grupo mercantil, como entidades que no sean parte de dicho grupo. 3) Trabajo en exclusividad para una entidad de crédito o para su grupo consolidable, lo que conlleva la dependencia funcional y económica del Agente con la entidad de crédito o con su grupo consolidable (se recuerda que en los Comentarios al artículo 5 de la versión actual del MCOCDE, la figura del Agente Independiente puede desvirtuarse si no se da respecto de su principal independencia funcional, jurídica y económica⁷).

3.3.2. Trabajadores de la entidad financiera

Los propios trabajadores de la entidad son los que llevan a cabo la actividad financiera en España.

A continuación analizamos la figura del *Agente dependiente* contenida en artículo 5 del MCOCDE, apartado 5, versión (2014) por la relación que entraña con el *modus operandi* del Agente de las entidades de crédito y de los trabajadores de la entidad.

Agente dependiente.—El propio artículo 5 del MCOCDE, en su apartado 5 destaca con carácter general las singularidades de esta figura, que constituye la segunda modalidad de EP. De acuerdo con este si dicho Agente actúa con poderes de la entidad para cerrar contratos en nombre y por cuenta de la misma, vinculándola con el cliente y estos poderes se ejercen con habitualidad y no de manera esporádica o puntual, se puede entender que la actividad de la entidad no residente se realiza a través de EP.

La definición se completa con los Comentarios⁸ a dicho apartado, aunque es cierto que, en ocasiones, los Comentarios lejos de ayudar a la clarificación del concepto de agente dependiente compli-can enormemente el análisis de dicha figura, no resultando sencilla la labor probatoria.

Podríamos decir que lo relevante es quién realiza la fuerza de ventas en España, quién negocia las condiciones con el cliente. Si ello lo hace el agente, sin que su principal rechace las condiciones alcanzadas, se podría considerar que estamos ante un EP modalidad de “agente dependiente”, careciendo de importancia quién finalmente firma el contrato y desde que lugar se firma. De esta manera se desprende del Comentario 33 al artículo 5 del MCOCDE⁹: si el agente negocia todos los elementos y detalles de un contrato de manera vinculante para la empresa, es indiferente si firma el contrato otra persona o si la persona que negoció carece de poder.

Por lo que se refiere al artículo 5 de la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación de los Países Desarrollados y Países en desarrollo, versión (2011) (en adelante MCONU),

⁷ Comentario 37 al artículo 5, apartado 6 del MCOCDE, versiones (2010) y (2014).

⁸ Comentarios 31/35 al artículo 5, apartado 5 del MCOCDE, versiones (2010) y (2014).

⁹ Versiones (2010) y (2014).

en el que la figura del “agente dependiente” presenta un perfil más amplio que el que ofrece el artículo 5 del MCOCDE, se indica que los Comentarios aclaratorios de esta figura son similares a los que se recogen en el MCOCDE, concretamente el Comentario 22 al párrafo 5 en el MCONU del artículo dice:

“Se acepta en general que si una persona actúa en un Estado para una empresa de manera tal que ajusta estrechamente la actividad de la empresa a la vida económica de ese Estado, se debe considerar que dicha empresa cuenta con establecimiento permanente en ese Estado...”

El “Agente dependiente fiscal” puede ser vinculado (pertenencia al grupo mercantil de su principal), ser un trabajador de la empresa con contrato laboral o incluso puede ser un agente independiente en origen, siempre que, de acuerdo con los hechos, se pueda destruir la independencia y reconvertirle en Agente dependiente, mediante la aplicación del contenido del artículo 1.281 del Código Civil “Interpretación de contratos”¹⁰, esto es, cuando el ropaje formal de la relación no concuerde con la realidad de la conducta.

A título meramente de curiosidad, el censo de estas estructuras de “Entidades en libre prestación de servicios” en España, según datos extraídos de la Memoria del Banco de España del ejercicio 2015, asciende a 569, frente al número de Sucursales que totaliza la cifra de 79. Este elevado número sugiere un área de verificación a los efectos de determinar si a través de estas estructuras que permiten, en principio, realizar prácticamente todas las operaciones que componen la actividad bancaria, salvo la formalización de avales, garantías y otros riesgos de firma de la entidad no residente, de hecho aunque no de derecho, actúan en España a través de EP.

A continuación analizamos las figuras de “Libre prestación de servicios” en los escenarios anteriormente aludidos en el apartado 2:

1) Artículo 5 *ex ante* BEPS.

- i) Libre prestación de servicios a través de Agente de la entidad de crédito con el soporte de la OR.

En este contexto, en el que la propia norma reguladora obliga a que el Agente actúe en nombre y por cuenta de la entidad financiera, lo que impide al Agente actuar de otra manera, es decir no puede actuar en su propio nombre y por cuenta de la entidad financiera no residente, queda automáticamente cerrado en el plano fiscal el debate de contrastar la forma –contrato entre las partes– y el fondo o sustancia –conducta de las partes en el desarrollo o ejecución del contrato–. Parece de todo punto imposible probar por parte de la entidad o del Agente que no se cumplen de hecho, en la ejecución del contrato, las obligaciones impuestas de derecho, por lo que en principio el Agente de la entidad de crédito debería calificarse como Agente dependiente.

¹⁰ Artículo 1.281 del Código Civil: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas.” Las notas del agente independiente son: actuar en el ejercicio propio de su actividad asumiendo los riesgos inherentes a la misma e independencia jurídica, funcional y económica respecto de su principal.

Sin embargo, debería verificarse si esta actuación del Agente se realiza con habitualidad, de manera continuada y permanente en España, porque en caso afirmativo, este hecho sería finalmente el que haría inclinar la balanza a favor del EP en España.

Si se demostrase que los poderes concedidos al agente derivan en una actuación habitual del mismo, la conclusión a la que se llega es que la actividad en España por parte de la entidad no residente se realiza por un “agente dependiente”, que además cuenta con un “lugar fijo de negocios”, localizado en la sede de la OR, que le sirve de soporte. Si no se da habitualidad, la actividad desarrollada en España no pasaría el umbral para su calificación como EP, ejemplo: el Agente interviene en la suscripción de valores para una entidad residente en España, siendo ésta la única operación que realiza en un periodo impositivo.

Es preciso indicar que la nota de habitualidad no es sencilla de determinar, su evaluación depende de la naturaleza de los contratos y de la actividad del principal, en este caso, de la entidad financiera. Ejemplo: El Agente de la entidad negocia con una entidad residente en España, dedicada al segmento de energías renovables, la concesión de un crédito con vencimiento a 10 años para poner en marcha un parque eólico, gestiona además durante dicho plazo el cobro de intereses y devolución del principal, ésta es la única operación en el periodo fiscal en que se negocia el contrato de crédito¹¹.

ii) Libre prestación de servicios a través de Agente de la entidad de crédito sin apoyo de la OR.

En este caso, dependiendo de la realidad fáctica, llegaríamos a las mismas conclusiones recogidas en el subapartado i) anterior. Dado que en este escenario no se cuenta con apoyo de una OR, es posible que el Agente de la entidad de crédito cuente, para llevar a buen término su actuación, bien con personal propio o con personal de la entidad no residente que colabora desde el extranjero o se desplaza a España.

iii) Libre prestación de servicios a través de trabajadores.

La actuación del trabajador se entiende como si la actividad se realizase por la propia entidad y por tanto dicha actuación derivaría en EP en la medida que se diese la nota de habitualidad. También en este caso se puede contar o no con la cobertura y apoyo de la OR.

2) Artículo 5 *post BEPS*.

Antes de abordar la era *post BEPS*, se estima preciso aludir a las modificaciones a operar en los Comentarios al artículo 5 fruto de las conclusiones del Informe referido a la Acción 7 de *BEPS* –a introducir en la próxima versión del MCOCDE–, entre ellas merece mención especial el nuevo Comentario 32.6 al artículo 5, apartado 5 que se refiere a los famosos contratos de

¹¹ El Comentario 33.1 del MCOCDE (2010) y (2014) se refiere a la habitualidad, en tanto que el 32 indica que la calificación de EP debe reservarse para aquellas situaciones en las que el agente dependiente implica a la empresa no residente en actividades empresariales de cierta entidad. En los nuevos Comentarios, el requisito de habitualidad también se trata en el Comentario 33.1.

adhesión, que elaborados por el principal se firman por el cliente, sin que el Agente modifique un solo punto; pues bien el Comentario 32.6 que recoge un ejemplo típico de “Agente dependiente” puntualiza, en su última parte:

“... El hecho de que los empleados de SCO no puedan variar los términos de los contratos no significa que la conclusión de los mismos no sea el resultado directo de las actividades que ellos ejecutan en beneficio de la empresa, el hecho de haber convencido al tenedor de la cuenta para que aceptase los términos *standards* de los contratos es el elemento crucial que lleva a la conclusión de los contratos entre el tenedor de la cuenta y RCO.”

El escenario reflejado en el Comentario se replica en toda su extensión en el sector financiero e incluso en el sector de seguros que se comenta más adelante, los Agentes a veces tienen muy poco margen de maniobra para alterar los términos del contrato, pero es indudable que el esfuerzo de ventas, comercialización, etc. es mérito suyo y esto, en definitiva, es lo que hay que tener en cuenta para vincular la creación de valor de la entidad no residente con el territorio del Estado de la fuente.

Pues bien, si se analizasen los tres supuestos señalados en el número 1 anterior, con el literal del nuevo artículo 5 y con los mismos parámetros, se alcanzarían las mismas conclusiones.

La nueva redacción del concepto de “agente dependiente” derivada de la Acción 7 de BEPS pretende superar las barreras formalistas que la propia norma había utilizado para definir esta figura y cuya aplicación literal, en ocasiones, había derivado a un efecto contrario al deseado.

Ahora la actuación del “agente dependiente” desembocará en un EP para la entidad no residente cuando concluya contratos por cuenta de la empresa extranjera, o cuando esos contratos se refieran a bienes o servicios de la empresa extranjera, por tanto hablaríamos de EP en España cuando el agente actúe en nombre propio, situación que tanto litigios ha planteado en el ámbito de la distribución de bienes, vía la utilización interesada de las figuras de distribuidor y comisionista, siempre domiciliadas en sociedades del grupo que actuaban exclusivamente para la sociedad no residente¹². Sin embargo, como en el ámbito de la actividad financiera no es posible que el Agente de la entidad de crédito actúe en su propio nombre y por cuenta de la entidad financiera, la modificación de la figura del Agente dependiente no va a alterar la calificación de la actividad del Agente de la entidad de crédito que se hacía con la redacción del artículo 5.5 en la versión del MCOCDE no modificada. De nuevo se indica que para que se dé la calificación “EP agente dependiente” es necesario el requisito de “habitualidad”, porque es la relación de continuidad de la entidad no residente con el Estado de la fuente la que en definitiva da cobertura para que las rentas tributen en tal Estado.

Se indica que con la modificación operada en el artículo 5, apartado 4.1 “norma anti fragmentación de actividades” la coexistencia de una OR con un EP en España ya no será pacífica, en la medida en que pueda probarse que la OR realiza actividades complementarias del

¹² Ver sobre esta cuestión el comentario de JAIME MÁS en el artículo “Acotando el abuso del EP: Medidas adoptadas en el marco de BEPS”, *Crónica Tributaria* 158/2016, página 204, anticipando los problemas que pueden darse debido a las aclaraciones que sobre este punto se incorporan en el Informe BEPS.

EP. En este caso, el EP arrastrará hacia sí a la OR considerándose ambas localizaciones como un todo y calificando ese todo como un único EP en España¹³. Conclusión similar podría alcanzarse cuando la OR da soporte a una entidad en libre prestación de servicios.

4. ESTRUCTURAS EN ESPAÑA DE ENTIDADES DE SEGUROS NO RESIDENTES

La normativa que regula la actividad aseguradora en España se recoge en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, por la que se ha traspuesto parcialmente al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio –Directiva Solvencia II–, modificada principalmente por la Directiva 2014/51/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifican las Directivas 2003/71/CE y 2009/138/CE y los Reglamentos (CE) 1060/2009, (UE) 1094/2010 y (UE) 1095/2010, en lo que respecta a los poderes de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) y de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), más conocida como Ómnibus II y en el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, por el que se desarrolla la Ley 20/2015.

Como sucede en el caso de entidades financieras, igualmente en el caso de compañías aseguradoras, de acuerdo con las normas señaladas, cuando se concede a una entidad residente en un Estado de la Unión Europea autorización para desarrollar la actividad aseguradora, la licencia concedida en dicho Estado automáticamente permite a tal sociedad trabajar en cualquier otro Estado de la Unión Europea sin necesidad de autorización adicional.

En cuanto a las formas a través de las cuales la entidad aseguradora no residente puede trabajar en España, las mismas son:

4.1. Sucursal

Regulada en los artículos 51 y siguientes de la Ley 20/2015 y 30 y siguientes del Real Decreto 1060/2015, esta figura denominada en la norma indistintamente “Sucursal” o “Entidad en Régimen de Derecho de Establecimiento” se identifica plenamente con el EP fiscal, regulado en el artículo 5.1 del MCOCDE en la modalidad “lugar fijo de negocios a través del que se realiza en España toda o parte de la actividad de la entidad no residente”.

Exactamente igual que sucede en el ámbito financiero, el reconocimiento por la propia entidad aseguradora no residente de la existencia de un EP en España, nos llevaría de inmediato a la atribución de beneficios al mismo, de acuerdo con el artículo 7 del MCOCDE, realizando el análisis correspondiente de funciones, activos y riesgos siguiendo, como en el caso de EP financieros, las pautas y criterios contenidos en las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE

¹³ Ver sobre este particular “La nueva regla anti fragmentación de actividades” en el artículo “Acotando el abuso del EP: Medidas adoptadas en el marco de BEPS”, de JAIME MAS HERNÁNDEZ, *Crónica Tributaria* 158/2016, página 197. Dicha regla ha motivado el nuevo apartado 4.1 del artículo 5 del Modelo Convenio OCDE

(2010), teniendo en cuenta las modificaciones operadas en las mismas por las conclusiones alcanzadas en las Acciones 8, 9, 10 y 13 del Plan *BEPS* y en el *IABEP* (2010), en este caso en lo que se refiere a la Parte IV “Establecimientos de Seguros”.

La norma reguladora de esta actividad permite a las entidades aseguradoras autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea actuar en cualquier otro Estado miembro a través de la figura de la Sucursal, sin necesidad de situar en este último Estado los activos de inversión imprescindibles para llevar a cabo la actividad aseguradora en él. E igual que veíamos en el caso de EP financieros, esta norma no da cobertura para que el EP no disponga de los activos mínimos de inversión que precisa la actividad que desarrolla en el Estado de la fuente, lo que permite es que dichos activos mínimos puedan estar situados en el Estado de autorización de la entidad aseguradora o en cualquier otro Estado en que dicha entidad pueda tener otras sucursales.

A diferencia de lo que sucede en el sector financiero, en el sector asegurador, el problema, a la hora de atribuir beneficios al EP asegurador, no son los gastos financieros, las entidades aseguradoras por lo general no tienen gastos financieros, ya que normalmente no suelen estar endeudadas, aquí el problema radica en los activos de inversión en que se materializan las primas cobradas para hacer frente a los siniestros que puedan acontecer. En la medida en que no se sitúen en España los activos de inversión mínimos exigidos en la norma reguladora, los ingresos que deben atribuirse al EP derivados de dichos activos no tributarán en España; este escenario también puede conducir a situaciones de planificación fiscal.

En cuanto a las funciones que desarrollan las entidades y EP aseguradores, los Párrafos 23/50 del *IABEP* (2010), Parte IV “Establecimientos de Seguros”, realizan un básico resumen de las que conforman la cadena de valor del sector, que son:

1. Gestión del producto/Desarrollo del producto.
2. Venta y comercialización.
3. Suscripción del seguro. Asunción de riesgo.
4. Gestión de riesgos y reaseguro.
5. Gestión de contratos y de indemnizaciones por siniestros.
6. Gestión de activos.
7. Procesos auxiliares.

De la misma forma que se pueden compartir las funciones de la actividad financiera, también en el ámbito de la actividad aseguradora, cada una de las funciones indicadas puede ejecutarse exclusivamente por una entidad o por varias –Casa Central y EP– y localizarse en un Estado o en varios. Por tanto, es determinante verificar a quien corresponde la propiedad económica de los activos con los que se ejecutan las diferentes funciones, si a la Casa Central o al EP, a los efectos de asignar ingresos tributarios a un Estado o a otro¹⁴.

¹⁴ Ver *IABEP* (2010), Parte IV, párrafos 23 y siguientes, sobre análisis funcional de los EP de seguros.

4.2. Entidades en libre prestación de servicios

Esta modalidad se regula en los artículos 57 y siguientes de la Ley 20/2015 y 34 y siguientes del Real Decreto 1060/2015.

La actuación en libre prestación de servicios en España generalmente se lleva a cabo a través de las Agencias de Suscripción¹⁵, de los mediadores de seguros y de los propios trabajadores de la entidad aseguradora.

4.2.1. Agencias de suscripción

En los artículos 60 de la Ley 20/2015 y 35 del Real Decreto 1060/2015, se recogen sus notas relevantes:

- i) Son personas jurídicas/sociedades mercantiles españolas que a través de un contrato de apoderamiento¹⁶ suscriben riesgos en España “en nombre y por cuenta de las entidades aseguradoras no residentes”. En ningún caso pueden considerarse como mediadores, por el contrario son representantes de la entidad aseguradora y con tal título llevan a cabo dicha actividad en representación de la entidad. Se consideran instrumentos de distribución directa y pueden entenderse como una forma especial de presencia permanente de la entidad aseguradora no residente en España¹⁷.

En el contrato de apoderamiento deben explicitarse los riesgos que la Agencia de suscripción puede suscribir, así como términos, condiciones y límites económicos, materiales y temporales, identificando a las personas autorizadas para la suscripción. También se recogen en el contrato el régimen económico, los deberes de información y de rendición de cuentas y la gestión de siniestros, entre otros.

Resumiendo: Una Agencia de Suscripción, por regla general, tendrá la facultad de analizar el riesgo a asegurar, tarificar el riesgo, discutir coberturas, decidir sobre la aceptación del riesgo, preparar el contrato de seguro y en su caso, gestionar junto al mediador, el cobro de la prima y la administración del contrato de seguro. Su actividad se entiende hecha por la entidad aseguradora y en consecuencia la responsabilidad de su actuación se imputa a la entidad aseguradora¹⁸.

- ii) La Agencia accede a su actividad a través de la autorización administrativa concedida por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y su apoderamiento se inscribe en el Registro Administrativo de Agencias de Suscripción.
- iii) Pueden actuar para otras aseguradoras residentes y no residentes, siempre bajo autorización administrativa y en estos casos se suscribirán ramos diferentes o riesgos diferentes

¹⁵ El término anglosajón de las mismas es *Coverholders*.

¹⁶ La denominación anglosajona del contrato de apoderamiento es *Binding Authority*.

¹⁷ Ver Guía de “Agencias de Suscripción” en www.asasel.com, en la que LAURA P. DUQUE SANTAMARÍA, se refiere a la inclusión de las Agencias de Suscripción en el mercado de seguros como “una forma especial de presencia permanente de la entidad aseguradora”.

¹⁸ Disposición Adicional 3.ª de la Ley 26/2006, de 17 de julio.

dentro del mismo ramo a los inicialmente autorizados en la entidad o entidades respecto de las que estuvieran autorizadas con anterioridad. Esto es: La Agencia puede contratar seguros del mismo ramo para dos aseguradoras –ramo de transporte–, pero el riesgo asegurado ha de ser diferente: para una compañía, la Agencia suscribe seguro de transporte de mercancía perecedera y para otra, suscribe seguro de transporte de obras de arte. De igual forma una entidad aseguradora puede trabajar con varias Agencias en el mismo ramo, pero asegurando diferentes riesgos. Con estas cautelas se asegura que la Agencia no trabaje con productos de seguros de la competencia similares o idénticos.

- iv) Disponer, por cada una de las entidades aseguradoras con las que ha suscrito un contrato de apoderamiento, de una cuenta separada del resto de recursos económicos de la Agencia de suscripción en la que únicamente se gestionen recursos económicos en nombre y por cuenta de cada una de ellas.
- v) La Agencia puede ser entidad vinculada a la aseguradora, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, o no.
- vi) Pueden desarrollar su actividad comercial otorgando cartas de condiciones a corredores de seguros y a sociedades de correduría de seguros que actúan conociendo el nombre de la compañía aseguradora.
- vii) Suelen delegar las funciones para la tramitación, gestión, negociación y liquidación de siniestros en los mediadores de seguros.
- viii) Deben mantener ciertos fondos como garantía de su actividad.

Las Agencias son principalmente comercializadoras de productos de seguro diseñados por una determinada entidad, si bien pueden tener un margen de maniobra más o menos significativo. Pues bien, se puede afirmar que la función de comercialización es una función esencial de las entidades aseguradoras, pero sucede que normalmente a la función comercializadora se suman otras igualmente importantes que, en mi opinión, no es posible realizarlas desde el extranjero, sin presencia en España, por ejemplo: la gestión de siniestros, que conlleva entre otros, atender la comunicación del siniestro por parte del asegurado, la valoración del mismo y la reparación del daño causado o en su caso el pago de la indemnización del daño correspondiente y ello dando al cliente un servicio rápido y eficaz en el que la proximidad es fundamental. Estas funciones, que constituyen la administración del contrato de seguro, son las que percibe en última instancia el asegurado y las que contribuyen al éxito de reputación de la entidad aseguradora no residente, suelen realizarse por las Agencias bien directamente o externalizarse.

4.2.2. Mediadores de seguros

La actividad de mediación se regula en la ley de 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados¹⁹, de cuyo articulado pueden extraerse la naturaleza y capacidad de

¹⁹ La Ley, en su redacción original, siguió la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre sobre la mediación del seguro, pero con motivo de su modificación por la Directiva UE 2016/97, del Parla-

actuación de las diferentes figuras que dibujan el mapa de mediación de seguros. Según se deduce de su artículo 2.1 dicha actividad se concreta en:

“Aquellas actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro.

Igualmente, quedan sometidos a esta Ley, en aquello que les sea de aplicación, las actividades mercantiles de distribución de seguros que las entidades aseguradoras realicen a través de otros canales distintos de los mediadores de seguros.”

La Ley en los artículos 7 y siguientes, diferencia dentro de la rúbrica general de mediadores a i) corredores de seguros, y ii) agentes de seguros.

Corredores de seguros.

Según el artículo 26 de la Ley 26/2006:

“Los corredores de seguros realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados definida en el artículo 2.1 de esta Ley sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras, y ofrecen asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades.

A estos efectos, se entenderá por asesoramiento independiente, profesional e imparcial el realizado conforme a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo de conformidad con lo previsto en el artículo 42.4 de esta Ley.”

De la lectura de estos artículos se deduce que las actividades encomendadas a los corredores de seguros son muy amplias, pudiendo discriminar entre las típicas del negocio asegurador y las de asesoramiento objetivo, que a diferencia de las primeras, en las que el mediador se sitúa entre la aseguradora y el asegurado, parecen destinarse exclusivamente a este último, cobrando este servicio al mismo de forma diferenciada a la comisión que se factura a la compañía aseguradora. Es decir el corredor tendría dos segmentos de negocio, cada uno con sus propios ingresos y gastos diferenciados. En cuanto a su relación con la aseguradora, el artículo 29.1 de la Ley 26/2006, prevé que estas relaciones “se regirán por los pactos que las partes acuerden libremente, sin que dichos pactos puedan en ningún caso afectar a la independencia del corredor de seguros”. La Ley obliga a estos mediadores a mantener una cifra de garantía ligada a su responsabilidad.

Agentes de seguro.

El artículo 9 de la Ley 26/2006, se refiere a ellos en los siguientes términos:

“Son agentes de seguros las personas físicas o jurídicas que, mediante la celebración de un contrato de agencia con una o varias entidades aseguradoras y la inscripción en el Registro administrativo

mento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros, España ha transpuesto en 2016 los cambios producidos por el artículo 43 de la Directiva y tendrá que trasponer los demás, como muy tarde el 23 de febrero de 2018.

especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, se comprometen frente a éstas a realizar la actividad definida en el artículo 2.1 de esta Ley.”

Las relaciones entre los Agentes de seguros y la compañía aseguradora se rigen por el contrato de agencia, que según establece el artículo 10.2 de la Ley 26/2006, “tendrá siempre carácter mercantil, se consignará por escrito y se entenderá celebrado en consideración a las personas contratantes”. El apartado 3 del mismo artículo puntualiza: “el contenido del contrato será el que las partes acuerden libremente y se regirá supletoriamente por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia”.

A su vez dentro de esta categoría de mediadores se distinguen:

- i) Agentes de seguro exclusivos.—Pueden trabajar en exclusiva para una entidad aseguradora, pero incluso en estos casos de exclusividad, una cierta compatibilidad para trabajar con otra compañía, dentro de ciertos límites, es posible.
- ii) Agentes de seguro vinculados.—Se permite que trabajen para varias entidades a la vez, si bien, asegurando riesgos diferentes.
- iii) Operadores de banca-seguros.—Son entidades financieras y sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas, que mediante un contrato de agencia de seguros con una o varias aseguradoras, realizan actividades de mediación de seguros utilizando las redes de distribución de la entidad financiera, con las sinergias y ventajas que ello conlleva. A su vez pueden ejercer como Operadores de banca-seguros exclusivos o vinculados.

Como notas comunes más relevantes de la figura de mediación, según los artículos 9 y 10 de la Ley 26/2006, se citan:

- a) El carácter mercantil del contrato de agencia, que en su caso recogerá los pactos que las partes libremente acuerden.
- b) La independencia respecto de la entidad aseguradora.
- c) Su actuación frente al asegurado vincula a la entidad aseguradora.
- d) Deben mantener ciertos fondos como garantía de su actividad.

La principal diferencia con la actuación de los corredores de seguro es que los agentes de seguros no llevan a cabo actividad de asesoramiento en términos estrictos, sin embargo entre las tareas de los agentes se encuentra la de informar responsablemente al cliente acerca de las diferentes opciones a su disposición.

4.2.3. Trabajadores de la entidad aseguradora

A la posibilidad de realizar la actividad aseguradora a través de esta fórmula se refiere el artículo 4.2 de la Ley 26/2006, que dice textualmente:

“Sin necesidad de contrato de agencia y sin perjuicio de la posibilidad de celebrarlo, los empleados que formen parte de las plantillas de las entidades aseguradoras podrán promover la contratación

de seguros a favor de la entidad de que dependan, bien en las oficinas de ésta, bien mediante técnicas de comunicación a distancia o contratos a distancia. Estos seguros se entenderán realizados por dicha entidad aseguradora a todos los efectos, y esta actividad no alterará la relación existente entre empresa y empleado por razón del contrato de trabajo.”

Los trabajadores de la propia entidad para realizar su trabajo pueden situarse en un local de una entidad vinculada o incluso en la sede del asegurado, todo dependerá de los medios que precisen para realizar la función concreta que se les haya encomendado.

Tanto los mediadores como los trabajadores pueden trabajar con los denominados auxiliares externos a los que se refiere el artículo 8 de la Ley 26/2006.

Para hacernos una idea de la relevancia de la utilización de las estructuras de libre prestación de servicios en España, en la Memoria de la Dirección General de Seguros aparecen registradas 775 Entidades en libre prestación de servicios a 31 de diciembre de 2015. Esta cifra contrasta con las de Sucursales en España que ascienden a 80, por lo que se refiere a los Agentes de Suscripción, el número de los registrados es de 45. Esta información en principio puede sugerir estructuras que generan rentas de cuantía elevada, que se pueden obtener con una organización de medios muy modesta –un Agente de Suscripción, corredor de seguros, etc.– pero que crean valor en el Estado en que se aseguran los riesgos a un nivel que requeriría de una tributación en tal Estado acorde con aquel; obviamente la entidad no residente apoya desde el exterior esta actividad, por lo que también ella debe ser retribuida en consonancia. En otras palabras, la tributación sobre la retribución del Agente de Seguros minorada en los gastos propios de su actividad, que es lo que teóricamente se ingresaría en España, podría en ocasiones no estar alineada con la generación de valor por la actividad de seguros en este territorio, dicha generación de valor ha de ser considerada en el contexto de la creación de valor en la cadena global de valor de la entidad. Este mismo argumento también sería válido si la actividad se realizara por un trabajador de la aseguradora.

A continuación analizamos la fórmula de Libre prestación de servicios en los escenarios *ex ante* y *post BEPS*.

1) Artículo 5 *ex ante* BEPS.

i) Libre prestación de servicios a través de Agente de suscripción.

Como se indicó cuando nos referimos a la figura del Agente de la entidad de crédito en el ámbito financiero, cuyas coordenadas venían impuestas por la normativa regulatoria, también en el de seguros la normativa regulatoria establece los requisitos y la manera en que debe actuar un Agente de suscripción, que lo hace “en nombre y por cuenta de la entidad aseguradora”, y a veces con la colaboración de corredores de seguros. Pues bien, este escenario nos llevaría a la conclusión de que la entidad no residente aseguradora actúa en España a través de EP, siempre y cuando los poderes concedidos al Agente se ejercieran con habitualidad; la modalidad de EP sería la de “agente dependiente”. En caso contrario, esto es, cuando no se da el requisito de habitualidad, la entidad no residente actuaría en España sin mediación de EP. Ejemplo: El Agente suscribe con un grupo hotele-

ro en España un contrato por el que se aseguran contra daños todos los edificios de la cadena situados en España. Se ha intentado dibujar un caso en apariencia sencillo, pero nada es sencillo: ¿se trata de una operación aislada?, si se hubiese suscrito el contrato para un periodo de 10 años, el servicio de gestión del contrato debe prestarse durante 10 años, ya que en cualquier momento de esos 10 años podría suceder el daño asegurado, ¿se podría hablar de habitualidad y desde esta perspectiva habría de considerarse al agente como un “EP agente dependiente”? En este ejemplo la función que cerraría el ciclo mercantil del seguro sería la de “Gestión de activos” que se puede realizar en España o en el Estado de autorización. El contrato de seguro tiene un periodo de maduración que va más allá del momento en que se firma el contrato y se recauda la prima y ello puede dificultar la calificación de la actuación del Agente.

ii) Libre prestación de servicios a través de Mediadores de Seguros.

En las líneas siguientes trataremos de analizar estas estructuras en un intento de aproximarlas al artículo 5 del MCOCDE, en sus apartados 5 y 6.

Apartado 5. Agente Dependiente. Aunque una de las notas relevantes de los mediadores de seguros, desde la perspectiva de la norma reguladora del seguro, es su independencia, nada obsta a su catalogación fiscal como Agente dependiente, si se cumplen los requisitos de este apartado del artículo 5²⁰.

Apartado 6. Agente Independiente. Las características del “agente independiente” deducidas del artículo 5 apartado 6 del MCOCDE, cuyo desarrollo se encuentra en los Comentarios correspondientes²¹, se pueden concretar, dicho de manera muy sucinta, en los siguientes rasgos:

- Actuar en el ejercicio propio de su actividad asumiendo los riesgos inherentes a la misma.
- Independencia jurídica, funcional y económica respecto de su principal.

Pues bien, para verificar estos requerimientos, será imprescindible analizar los elementos fácticos a los efectos de llegar a la correcta calificación de la actuación de los diferentes mediadores de seguros en el marco del artículo 5, apartado 6 del MCOCDE.

Antes de continuar desarrollando este punto, se estima conveniente poner de manifiesto una de las fórmulas en las que se ha materializado en España la actividad de algunas entidades aseguradoras no residentes llevada a cabo a precisamente a través de los agentes mediadores, de tal manera que las mismas sin tener “un lugar fijo de negocios” en

²⁰ Ver IABEP (2010), Parte IV, párrafos 63/65, en los que se trata el “EP de seguros de agente dependiente”, señalando para aportar claridad, que la calificación de independencia no va de la mano de su calificación regulatoria –aportada por otra rama del derecho–, la calificación fiscal ha de otorgarse con parámetros fiscales, esto es según el artículo 5, apartado 6 del MCOCDE.

²¹ Comentarios 36/39 al artículo 5, apartado 6 del MCOCDE, versiones (2010) y (2014).

España y sin disponer de “agente dependiente”, han desarrollado un volumen de negocio considerable a través de las primas cobradas de personas y entidades residentes en España, limitándose su tributación en este territorio a las cantidades percibidas por los mediadores, deducidos los gastos correlacionados con la propia actividad llevada a cabo por los mismos. Tributación que a veces, dependiendo de la actividad desarrollada por el mediador de seguros, no se correspondía con la generación de valor en España.

Llegados a este punto, resulta obligado traer a colación el Comentario 39 al artículo 5 del MCOEDE (2008), (2010) y (2014), en el que podrían encajar situaciones como las indicadas, esto es, aquellos casos en los que la entidad no residente aseguradora opera en España sin presencia física, a través de un corredor/mediador, el Comentario dice textualmente:

“Conforme a la definición de la expresión «establecimiento permanente», una compañía de seguros de un Estado puede someterse a imposición en el otro Estado por sus operaciones de seguro si tiene un lugar fijo de negocios en el sentido del apartado 1 o si realiza sus actividades mediante una persona en las condiciones del apartado 5. Dado que las agencias de compañías de seguros extranjeras no siempre responden a uno u otro de estos dos supuestos, puede ocurrir que dichas compañías realicen actividades a gran escala en un Estado sin que se sometan a imposición en ese Estado por los beneficios generados por tales actividades. Para evitar esa situación, varios convenios suscritos por países miembros de la OCDE contienen una disposición conforme a la cual se considera que las compañías de seguros de un Estado tienen un establecimiento permanente en el otro si cobran primas en ese otro Estado por medio de un agente establecido allí –distinto de un agente que ya tenga la condición de establecimiento permanente en virtud del apartado 5– o aseguran riesgos situados en ese territorio por medio de él. La decisión de incluir una disposición de este tipo en un convenio dependerá de la situación jurídica y fáctica existente en los Estados contratantes. Por consiguiente, será frecuente omitir tal disposición. Por ello, no se ha considerado oportuno incluir una disposición de ese tipo en el Modelo de Convenio.”²²

El literal sale al paso de situaciones como las que aquí se comentan, considerando que la actividad de la entidad aseguradora no residente realizada a través de la figura del denominado “Agente independiente” se entiende realizada a través de EP, sin necesidad de prueba²³, permitiendo en consecuencia someter a tributación las rentas generadas en el Estado en que se han recaudado las primas y asegurado los riesgos.

Las funciones ejecutadas en el ámbito del seguro bajo la fórmula de “libre prestación de servicios”, como sucede en el caso de las Sucursales, pueden localizarse en jurisdicciones fiscales diferentes, pero si se trata de asegurar que cada Estado recaude los ingresos tributarios correspondientes a la creación de valor en su territorio, no hay más solución que analizar cada una de estas funciones en relación con la actividad global de la entidad y las funciones a las que se refiere el Comentario 39, que son: “Venta y Comercialización” y “Suscripción del seguro. Asunción de riesgo” no son precisamente auxiliares. De hecho

²² No existe un Comentario de corte similar que pudiera aplicarse a las entidades financieras.

²³ En el contexto actual del artículo 5.6, la actuación a través de “Agente independiente” solo puede reconducirse a actuación a través de “Agente dependiente” destruyendo la cualidad de independencia.

la asunción de riesgo que se contrae mediante la firma del contrato es la función empresarial clave de la actividad aseguradora, que normalmente va acompañada de la función de “Gestión de contratos y de indemnizaciones por siniestros”, por tanto desde un punto de vista objetivo parece que el desarrollo de ambas funciones por si solas constituirían EP en España, pero solo en aquellos casos en que el artículo 5 del Convenio correspondiente incluyese una cláusula con el literal del Comentario indicado, podría reconducirse la actividad de la aseguradora a EP en España sin labor probatoria, siempre que asimismo se diese en la actuación del mediador el requisito de habitualidad. No obstante lo anterior, existen otras funciones además de las apuntadas que, con toda seguridad, se localizan en el extranjero: inversión de las primas, gestión de las inversiones, etc. y que merecen ser retribuidas conforme al valor por ellas generado.

Esta cláusula, como indica el propio Comentario 39 anteriormente reproducido, no se encuentra incorporada en el artículo 5 del MCOCDE, en ninguna de sus versiones y no se espera que la que verá la luz en 2017 la contenga, habida cuenta que no se estima conveniente ampliar el perímetro del EP. En mi opinión, no se trata de ampliar dicho perímetro, pero es una realidad que hay supuestos de actividad económica que formalmente no caen bajo el paraguas de la definición de EP y que, no obstante, atendiendo a la realidad fáctica, crean valor de manera continuada en el territorio en el que se realizan y por ello es posible que pudieran considerarse EP, por lo que si los Estados contratantes quieren salvar estas situaciones y no perder ingresos tributarios deberían incorporar una cláusula de corte similar en los Convenios que suscriban²⁴.

Cuando no existe dicha cláusula, la figura del agente independiente solo puede reconvertirse en dependiente destruyendo las notas de independencia.

El MCONU, en su artículo 5 “Establecimiento Permanente” apartado 6, contiene la siguiente cláusula:

“No obstante las disposiciones anteriores del presente artículo, se considerará que una empresa aseguradora de un Estado contratante tiene, salvo por lo que respecta a los reaseguros, un establecimiento permanente en el otro Estado si recauda primas en el territorio de ese Estado o si asegura contra riesgos situados en él por medio de una persona que no sea un representante independiente al que se aplique el párrafo 7.”²⁵

Es sabido que a diferencia de la tendencia que se refleja en el MCOCDE, en el sentido de minimizar el perímetro de EP para que las rentas empresariales que tributen en fuente sean las menores posibles, la que se refleja en el MCONU es la opuesta, esto es,

²⁴ Ver el Convenio con Bélgica de 14 de junio de 1995, que en el apartado 6 “Agente independiente” señala: “el agente que actúe por cuenta de una empresa de seguro y que firme habitualmente contratos en nombre de la empresa no se considera comprendido en esta Disposición”, lo que parece invitar a considerar que en este escenario el agente es dependiente.

²⁵ Los Convenios con Brasil de 14 de noviembre de 1974, Filipinas de 14 de marzo de 1989, México de 24 de julio de 1992 y Tailandia de 14 de octubre de 1997 contienen en su artículo 5 una cláusula con el mismo literal que el recogido en el apartado 6 del artículo 5 del MCONU.

se pretende ampliar el contorno del EP para que las rentas empresariales que tributen en fuente sean las mayores posibles. Aún cuando la redacción de la cláusula contenida en el artículo 5 del MCONU es diferente a la recogida en el Comentario 39.5 al artículo 5 del MCOCDE, el Comentario 28 del MCONU, reconoce que con este apartado 6 del artículo 5 se logra el mismo objetivo pretendido con la cláusula recogida en el Comentario 39 al artículo 5 del MCOCDE y añade además que dicha cláusula resulta necesaria “porque en general los agentes de seguros no tienen autoridad para concertar contratos; en consecuencia no reunirían los requisitos establecidos en el apartado a) del párrafo 5”²⁶.

Retomamos el hilo para analizar la actuación de los mediadores de seguros:

Corredores de seguros.

Si nos atenemos a las actividades de asesoramiento puro, llevados a cabo por los corredores de seguros, en la medida en que se den los rasgos señalados más arriba, de asunción de riesgos e independencia en su actividad, a lo que se une que su trabajo está destinado en exclusiva al asegurado, la calificación del corredor de seguros, respecto de esta faceta, como agente independiente desde el ángulo fiscal sería muy razonable.

Por lo que se refiere al segundo segmento de negocio, mediación de seguros, para ser calificado como agente independiente, con enfoque fiscal, deberían darse también los rasgos de asunción de riesgos y además los de independencia jurídica, económica y funcional.

Se entiende que en este último segmento lo crucial es probar la independencia funcional y económica respecto de la entidad aseguradora, si del contraste entre la forma –contrato– y el fondo –manera de actuar– aquellas no quedasen acreditadas y además se diese continuidad y habitualidad en la actividad realizada por el corredor de seguros, tal actividad podría recalificarse como de “Agente dependiente”, con las consecuencias que de ello derivan: actuación de la entidad aseguradora no residente a través de EP en España.

Agentes de seguro.

En aquellos casos en que la independencia que caracteriza esta figura, desde el punto de vista regulatorio, pueda destruirse con coordenadas fiscales y se diese habitualidad en las tareas del agente, se consideraría Agente dependiente, con las consecuencias de ello derivadas y ya expuestas.

²⁶ La letra a) del párrafo 5 del artículo 5 del MCONU se refiere al Agente dependiente, pero hay que añadir que los Agentes a los que alude el Comentario parece que actúan con una capacidad limitada y diferente a la que actúan los mediadores regulados en la norma interna española, fruto de la transposición de la comunitaria. En España y en el ámbito de la Unión Europea –Directiva UE 2016/97–, los Agentes de seguros contratan en nombre de la entidad y el asegurado conoce por imperativo legal quien es la entidad aseguradora y quien es el Agente mediador. El Comentario 28 del MCONU pone de manifiesto las diferencias que se pueden dar en las legislaciones que regulan la capacidad de actuar de los Agentes de seguro y de ahí esta cláusula, para evitar la erosión de rentas y asegurar los ingresos tributarios en fuente.

- iii) Libre prestación de servicios a través de trabajadores de la aseguradora.

Se entiende que esta fórmula constituye el ejemplo más representativo de la figura del “agente dependiente”, en la medida en que su actuación se acompañe del requisito de habitualidad.

2) Artículo 5 *post* BEPS.

- i) Libre prestación de servicios a través de Agente de suscripción.

Las conclusiones serían las mismas que se recogieron en el número 1 anterior.

- ii) Libre prestación de servicios a través de Mediadores de Seguros.

En este apartado, lo primero será destacar la principal diferencia del apartado 6 del artículo 5 *post* BEPS, respecto del literal del mismo apartado del artículo 5 de la versión del MCOCDE (2014), recogida en el párrafo a) del apartado 6, que dice:

“..., no obstante, cuando una persona actúe exclusivamente o casi exclusivamente por cuenta de una o más empresas con las que esté estrechamente relacionada, no se considerará a esa persona como un agente independiente en el sentido de este párrafo en relación con dicha empresa.”

Esta redacción impide calificar como agente independiente a todos aquellos agentes que teniendo independencia jurídica de su principal, pero estando estrechamente relacionados (*closely related*) con él y actuando exclusivamente o casi exclusivamente para él o para otras empresas con las que también esté estrechamente relacionado. Así pues, cuando se da vínculo *closely related* y trabajo en exclusiva, y concurre asimismo habitualidad en la actuación del Agente no se entenderá que el mismo actúa con carácter de “agente independiente”, por el contrario, su actuación se asimilaría a la del agente dependiente, y tal escenario conduciría a “EP Agente dependiente”.

De las tres clases de agentes de seguro, es altamente probable que en la de *operadores de banca-seguros* puedan concurrir las notas de: i) entidad estrechamente relacionada (*closely related*), y ii) actuación exclusiva, ya que suele ser relativamente corriente que los grandes grupos bancarios tengan su propia aseguradora. Notas que unidas a la habitualidad en la actuación de estos agentes llevarían a la conclusión de que la entidad aseguradora no residente actúa en España a través de EP Agente dependiente.

- iii) Libre prestación de servicios a través de trabajadores de la aseguradora.

La modificación del artículo 5 no ha afectado a esta figura, que siempre sería Agente dependiente de la aseguradora no residente y solo daría pie a EP cuando se diese habitualidad en su actuación.

5. CONCLUSIONES

Las modificaciones operadas en el artículo 5 del MCOCDE y en sus Comentarios han de valorarse en positivo. Se puede afirmar que todos los Estados o prácticamente casi todos los Estados han

tenido alguna suerte de problema al analizar y probar si una entidad no residente que a través de determinados modelos de negocio había transferido la toma de decisiones y los riesgos a su propio territorio, aunque de hecho fabricaba, vendía y prestaba servicios post venta en el Estado en cuestión –es decir realizaba en tal Estado toda su cadena de valor– superaba el umbral para considerar si su actuación merecía la calificación de EP o no. Afortunadamente, estos tiempos, para determinadas actividades de venta de bienes y prestaciones de servicios han terminado²⁷.

En los sectores que se han analizado en este trabajo también estas modificaciones constituyen un logro relevante, sin embargo, el hecho de que haya un número tan elevado –comparado con el número de sucursales– de entidades en libre prestación de servicios, tanto en el sector financiero, como en el de seguros, unido a las características de ambos mercados, en los que el periodo de maduración de una determinada operación puede ir más allá de 10 años, hacen realmente complicado dar unas pautas sólidas y seguras para calificar la actividad de las entidades no residentes como EP en España. El examen de funciones y del mapa de los contornos de la habitualidad debe realizarse caso a caso, pero parece razonable que en la medida en que estas fórmulas vayan acompañadas de cierta presencia física en España, de habitualidad y de entidad económica deberían cualificar como EP.

Por ejemplo: ¿Puede hablarse de habitualidad cuando una entidad financiera en régimen de libre prestación de servicios contrata con la Comunidad Autónoma de Madrid una operación de arrendamiento financiero de una flota de maquinas y vagones para prestar el servicio metropolitano durante 15 años? Se trata de la única operación realizada en el año fiscal en que se firma el contrato –representando el 90% del volumen global de actividad de la entidad–, con un seguimiento que abarca 15 años, durante los cuales se ha de vigilar el cumplimiento del contrato por parte del cliente. Ejemplos similares se pueden encontrar en el sector asegurador.

Este ejemplo, en principio, invita a pensar que el valor generado en España por esta única operación debería tributar aquí y en este punto surge otro problema: la medida de ese valor, que no es otra cosa que atribuir beneficios a esa actividad continuada de 15 años realizada en España²⁸. Sin duda en el oro Estado se realizarán las funciones que completan el ciclo mercantil, tales como obtención de fondos, cálculo de solvencia, etc. y que también deberían ser retribuidas, considerando el valor aportado.

Las fórmulas de actividad a que nos hemos referido en este trabajo, van a quedar superadas, más pronto que tarde, por otras muy diferentes, debido por un lado, a la digitalización que ya se

²⁷ Algunas jurisdicciones con anterioridad a la publicación de la Acción 7 de BEPS ya habían salido al paso de esta situación, como Reino Unido que desde el 1 de abril de 2015 aplica a estos casos la norma antielusión denominada *Diverted Profit Tax*.

²⁸ Ver “La atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia: ¿una reconsideración del criterio *arm’s length*?”, de DOMINGO J. JIMÉNEZ VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS, Accésit del Premio de Estudios Financieros 2016, publicado en la *Revista RC y T*, CEF, n.º 403 (octubre 2016), donde el autor desarrolla un trabajo muy minucioso, apuntando como alternativas de atribución de beneficios al “EP Agente” sin quebrantar el principio de libre competencia: i) considerar al EP de Agencia como un revendedor puro, y ii) recurrir al método *profit split* entre las relaciones entre Casa Central y EP.

está acometiendo tanto en el sector financiero como en el asegurador y por otro, a la irrupción de las empresas tecnológicas en ambos sectores para aprovechar el nicho de información que brindan las entidades financieras y de seguros. Dicho de otra manera, el dinamismo inherente a la actividad económica está desembocando, entre otros, a que la ubicación física de las partes de una transacción –en este caso financiera o de seguros– haya perdido importancia, de esta manera ya están surgiendo y ello irá en aumento nuevos canales de distribución, nuevos modelos de negocio y por supuesto nuevos productos que suponen un reto desde el punto de vista tributario, en lo que se refiere a su encaje en un molde de los ya conocidos. Prueba de este panorama son las dificultades a las que se enfrentan los encargados de desarrollar la Acción 1 de BEPS “Economía Digital”, que a pesar del tiempo que estos expertos llevan consumido todavía no han dado con una respuesta satisfactoria.

A título de ejemplo de nuevas fórmulas de negocio y o productos en los ámbitos analizados, se citan:

- 1) Programas para retirar dinero en efectivo de centros comerciales, gasolineras, entre otros. Programa Pop de ING.
- 2) Entidades tecnológicas autorizadas a trabajar en el sector financiero. Recientemente Facebook ha obtenido autorización para operar en España como entidad de dinero electrónico. Esta entidad tiene registrados en España aproximadamente a 21.000.000 de usuarios, los cuales ya pueden realizar envíos de dinero a otras personas a través de dicha entidad. Se resalta que estos operadores no son proveedores de servicios financieros.
- 3) Préstamos contratados a través de dispositivos móviles.
- 4) Pagos realizados a través de dispositivos móviles.
- 5) Préstamos entre pares.
- 6) Programa “OPEN API” desarrollado por el BBVA, a través de este programa la entidad financiera pretende compartir sus bases de datos con empresas de otros sectores en orden a poner en contacto a empresas y clientes.
- 7) Programa de seguros colaborativos diseñado por la *start up* “Sharenjoy”, permite a varias personas agruparse para contratar a un precio mínimo una póliza que les indemnice, por ejemplo, de no poder asistir a un evento o les garantice asistir a otro similar en cualquier rincón del mundo.
- 8) La creación de microseguros para ocasiones específicas. Ajustar el seguro al tiempo previsible en que se puede correr un riesgo.

Es prematuro enjuiciar si los ajustes al artículo 5 provocados por la Acción 7 de BEPS van a poder dar el tratamiento adecuado a las rentas generadas en España bajo la cobertura de estas nuevas opciones, sin embargo basta con echar una mirada al pasado más cercano para darse cuenta de que es imposible “cercar tributariamente una renta por vía normativa”. Las normas, por lo general y por decirlo de manera gráfica cierran, delimitan situaciones, y los supuestos están dentro de los límites o fuera, pero sucede que la globalización de la economía, unida a la evolución tecnológica y

al propio dinamismo de aquella, llevan a que los cambios económicos se sucedan a velocidad de vértigo, en tanto que las modificaciones normativas llevan otros tiempos, tiempos, se podría decir, muy pausados. Ello puede hacer, en algunos casos, irreconciliable en tiempo real los avances en los modelos económicos con la tributación que correspondería a las rentas que de ellos se derivan de acuerdo con el objetivo *BEPS: tributación de las rentas en el territorio en que se genera valor*.

Quedan por ver las conclusiones de la Acción 1 de *BEPS*, pero no es arriesgado aventurar que las mismas darán solución a los modelos de negocio que ya estén en el mercado en el momento de la entrada en vigor de la norma, sin embargo es probable que en un corto periodo de tiempo tales modelos queden obsoletos y por ello serán sustituidos por otros. Llegados a este estado de la cuestión, lo aconsejable sería establecer unas convenciones abiertas basadas en la sustancia o fondo económico de la actividad en España de la entidad no residente, como normas de broche, cierre o complemento de la norma convencional de EP, que impidan la erosión de rentas a otros Estados, sin necesidad de ceñirse a una definición rígida de EP.

Bibliografía

ALAMO CERRILLO, R. (2016): “La obsolescencia del concepto de establecimiento permanente”, *Carta tributaria*, n.º 13/2016.

BARRENO, M.; FERRERAS, J.; MAS, J.; MUSILEK, A., y RANZ, A. (2015): “El proyecto *BEPS* de la OCDE/G20: resultados de 2014”, *Crónica Tributaria*, n.º 55/2015.

CARMONA, N. (2012): “La noción de establecimiento permanente en los Tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas”, *Crónica Tributaria*, n.º 145/2012.

JIMÉNEZ VALLADOLID, D. (2016): “La atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia: ¿una reconsideración del criterio *arm’s length*?”, *Revista RC y T*, CEF n.º 403.

OECD (2010): *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, OECD Publishing.

OECD (2013a): *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

OECD (2013b): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

OECD (2015): *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD (2016): *Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments. Action 7. Public Discussion Draft*, OECD Publishing, Paris.

MAROTO SAEZ, A. (2016): “Atribución de beneficios a Establecimientos Permanentes. Operaciones Vinculadas”, coordinador Néstor CARMONA, *Nuevo Régimen Fiscal de las Operaciones Vinculadas*, Wolters Kluwer.

MAS HERNÁNDEZ, J. (2016): “Acotado el abuso del EP: medidas adoptadas en el marco de *BEPS*”, *Crónica Tributaria*, n.º 158/2016.