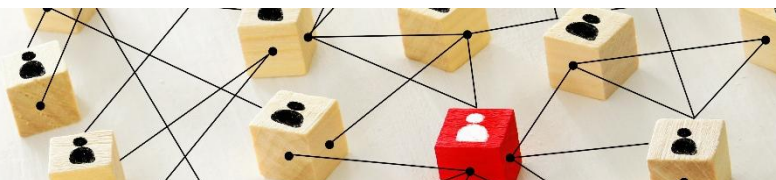


Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE

Sobre la posible existencia de un Establecimiento Permanente de una empresa en casos de prestación de servicios de un trabajador desde un Estado distinto al de residencia



El pasado 18 de noviembre, tras un periodo largamente esperado, el Consejo de la OCDE adoptó la actualización de su Modelo de convenio de doble imposición y sus Comentarios al mismo.

Una de las novedades más importantes la constituye la inclusión en el Comentario al artículo 5 (Definición de Establecimiento Permanente), de la posibilidad de que un trabajador de una empresa que trabaje en remoto desde su propia casa (todo el comentario asimila a la casa lo que denomina “otro lugar relevante”, que podría ser cualquier espacio utilizado por ese empleado) situada en un estado diferente al de la empresa, constituya en aquel estado un establecimiento permanente de dicha empresa.

Esta inclusión tiene su origen en la creciente tendencia de las personas físicas, facilitada por la **deslocalización del talento debido al uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información**, a trasladarse a vivir a un estado determinado con mayor calidad de vida, o simplemente por motivos familiares, sin dejar por ello de trabajar para una empresa no situada en ese estado.

Los nuevos párrafos del citado Comentario tienen por objeto resolver las dudas existentes sobre la posibilidad de que dicho trabajador constituya un establecimiento permanente de la empresa para la que trabaja (en el sentido de la “**existencia de un lugar fijo de negocios desde el que una empresa realiza todo o parte de su actividad**”) en el estado al que el trabajador se ha trasladado. Conviene precisar que la OCDE parece que ha dejado para un futuro cercano los comentarios relativos a la figura del “agente dependiente”, los cuales no se ven afectados de momento por estas actualizaciones.

Empecemos por decir que el Comentario no otorga una total seguridad jurídica, puesto que la propia OCDE ya reconoce que la existencia del EP solo se podrá determinar **sobre la base de los hechos y las circunstancias aplicables** durante un determinado periodo de tiempo, es decir, “**caso por caso**” y no, antes o después, de ese concreto periodo de tiempo.

Por tanto, aunque las diferentes situaciones analizadas deban ser objeto de asesoramiento especializado, las indicaciones que se proporcionan a continuación parecen razonables, y pueden resumirse brevemente diciendo que habrá un establecimiento permanente cuando la empresa “**se beneficie**” del hecho de que el trabajador desarrolle su trabajo en el otro estado. Por el contrario, no lo habrá cuando la presencia en aquel de dicho trabajador sea irrelevante para la empresa o bien, cuando aquella esté motivada por la necesidad de retener o cuidar al trabajador dentro de la empresa

A pesar de las cautelas anteriores, el Comentario al artículo 5 sí fija claramente unos casos en que **no se considerará que existe establecimiento permanente**:

1. En consecuencia con la definición de establecimiento permanente, **se exige que se trate de un lugar “fijo”**. Por tanto, se requiere un cierto grado de **permanencia**, no bastando una situación temporal.
2. Otro tanto ocurre con el **tipo de actividad** que lleve a cabo el empleado: **no existirá EP si tan solo desarrolla actividades auxiliares o preparatorias**.

3. El mero hecho de que el empleado utilice un determinado lugar **solo para desarrollar actividades relacionadas con el negocio de la empresa** no significa que exista un establecimiento permanente.
4. La casa (o el otro lugar relevante como podría ser un espacio de “co-working”, vivienda vacacional, de un amigo, etc.) no se considerará un EP si el empleado trabaja para la empresa desde dicha casa **menos del 50 por ciento de su tiempo laboral total durante un periodo de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado**; por el contrario, **si el tiempo dedicado por el empleado es superior**, es entonces cuando la existencia del EP vendrá determinada por los **hechos y las circunstancias de cada caso**.
5. Para que exista un establecimiento permanente de la empresa, **debe existir una razón comercial** para el desarrollo de las actividades llevadas a cabo por el trabajador desde su domicilio u otro lugar equivalente en ese otro Estado, debiendo existir una relación causal entre la presencia en su casa u otro lugar relevante y la actividad llevada a cabo por el trabajador dicho Estado. Es decir, **no existirá EP** si la empresa permite al empleado trabajar desde el otro estado **únicamente para obtener o retener a ese empleado**.
6. No existirá tampoco un EP cuando la empresa le permita trabajar desde ese otro estado **para ahorrar estructura**, tal como oficinas o sus correspondientes gastos.

Por el contrario, puede considerarse que **la empresa se beneficia de la presencia del empleado** en el otro estado y, por tanto, **existe EP**, si se puede llegar a la conclusión de que **existe dicha razón comercial** detrás de las actividades que el empleado desarrolla en el estado donde se ha trasladado. Por ejemplo, **existirá una razón comercial en los siguientes casos (aunque la lista es únicamente a título ejemplificativo)**: cuando la presencia del empleado facilite el acceso de la empresa a determinadas personas o recursos en ese estado, cuando la casa del empleado supla un local que la empresa debería alquilar, porque la presencia del empleado haga más fácil que este esté en contacto directo con clientes, proveedores, busque nuevos mercados, mantenga interacciones con clientes en tiempo real con clientes o proveedores localizados en diferentes husos horarios, mantenga reuniones personales con personal universitario que haga investigación para la empresa, colabore con otras empresas, etc. **Todo ello debe hacerse con una cierta continuidad y no solo ocasionalmente**.

Por último, y como especial referencia a los comúnmente llamados “nómadas digitales”, también habrá establecimiento permanente **cuando la persona física sea la única persona, o la más importante, que lleve los negocios de la empresa**. El ejemplo que da la OCDE es un consultor no-residente que transcurre un largo período en un estado determinado donde lleva a cabo la mayoría de las actividades **de su propia empresa de consultoría** desde un despacho en su casa. De acuerdo con la OCDE, ese despacho, consideraciones aparte sobre la posible residencia fiscal de la propia entidad, constituirá un lugar de negocios de la empresa en ese Estado.

Como corolario de todo lo anterior, a pesar de la gran relevancia que estas modificaciones puedan tener en el ámbito tributario, debemos estar atentos a la interpretación que de los mismos hagan las autoridades fiscales españolas sin dejar de lado la necesidad, mencionada por el propio Comité de la OCDE, de **analizar los hechos y circunstancias aplicables a cada caso concreto**. Lo anterior, sin dejar de lado los **potenciales efectos** que dicho “trabajo remoto” pueda tener en otros ámbitos de actuación como la **seguridad social, laboral, deber de protección**, etc.

Para más información puede contactar con:



Ramón Portela

Socio

ramon.portela@es.andersen.com



Stella Raventós

Of Counsel

stella.raventos@es.andersen.com

