

BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE

Referencia: NFJ059306

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia 89/2015, de 10 de julio de 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 281/2012

SUMARIO:

IRNR. Rentas obtenidas mediante establecimiento permanente. Determinación de la base imponible. No deducibilidad de los capitales propios. En lo que respecta al capital libre *-free capital-*, no estamos en presencia de capitales propios, es decir, de una utilización de capital propio por parte de la sucursal, *-cesión de activos de la casa central a la sucursal-* pues todo el riesgo de las operaciones propias de ésta las asume la casa central, respondiendo ésta con todo su patrimonio de las pérdidas de aquél, por lo que la aplicación del art. 17.1 a) Ley 41/1998 (Ley IRNR) no resulta posible.

El fundamento de la regularización se basa en la necesidad de que las entidades financieras se sometan a una disciplina de índole fiscal, de manera que responda al concepto de empresa separada e independiente, todo ello para evitar un trato más favorable, en el ámbito de la fiscalidad del país de acogida, que las entidades residentes en España que operan en el sector financiero, a las que sí se les exige una determinada disciplina en relación con la composición de sus fuentes de financiación a efectos de la determinación de su base imponible, lo cual no resulta aceptable partiendo en este caso de la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio), el art. 53.1 Ley 26/1988 (Disciplina e intervención de las entidades de crédito) y el art. 9.3 RD 1245/1995 (Creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito) que establecen que la apertura en España de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro estado miembro de la Comunidad Europea no requerirá autorización previa, ni dotación específica de «recursos».

Principios constitucionales y generales del Derecho Tributario. Seguridad jurídica. Aplicación temporal de los Convenios para evitar la doble imposición. Fuerza vinculante de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE. En los CDIs concluidos con anterioridad al Modelo de Convenio de 2008 *-informe final OCDE 2008 sobre atribución de beneficios al EP-*, el modelo de atribución de los beneficios al EP que debe aplicarse es el modelo tradicional de independencia restringida y de aplicación matizada del principio de plena competencia, tal y como se refleja en los Comentarios al art. 7 anteriores a 2008. Más dudosa puede ser la situación de los CDIs que se concluyan siguiendo el MOCDI 2008 si bien, en opinión del Tribunal, la aplicación del nuevo modelo de tránsito basado en el enfoque autorizado pasa por el establecimiento de normas a nivel interno que delimiten cómo debe aplicarse este nuevo sistema de atribución de rentas al EP. Los principios de legalidad y seguridad no parecen permitir que las reglas del nuevo modelo de atribución de beneficios al EP resulten de Comentarios al Modelo y mucho menos de un informe OCDE *-a pesar de que tal informe pueda considerarse parte de los CMC al Modelo de 2008-*.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 96.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, arts. 31 a 33.

Ley 41/1998 (Ley IRNR), art. 17.

PONENTE:

Don Jesús María Calderón González.

Magistrados:

Don ANGEL NOVOA FERNANDEZ

Doña CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA

Doña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

Don FERNANDO ROMAN GARCIA

Don JESUS MARIA CALDERON GONZALEZ

Doña TRINIDAD CABRERA LIDUEÑA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000281 / 2012

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05801/2012

Demandante: ING DIRECT, N.V. SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador: DOÑA ISABEL ALONSO RODRÍGUEZ

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

S E N T E N C I A N º:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D. ÁNGEL NOVOA FERNÁNDEZ

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA

D^a. TRINIDAD CABRERA LIDUEÑA

Madrid, a diez de julio de dos mil quince.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 281/2012 se tramita a instancia de ING DIRECT, N.V. SUCURSAL EN ESPAÑA, entidad representada por la Procuradora doña Isabel Alonso Rodríguez, contra resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de fechas 30 de mayo y 26 de junio de 2012, respecto del Impuesto sobre la Renta de No Residentes ejercicios 2002 y 2003 ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo de 757.198'33 euros, y superior a 600.000 la cuota del ejercicio 2003.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

- La parte indicada interpuso, en fecha 13 de julio de 2012, este recurso respecto de los actos antes aludidos, admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICA A LA SALA que admita este escrito, y tenga por formulada en tiempo y forma demanda, correspondiente al recurso que se tramita bajo el número 281/2012 y, en méritos a los argumentos vertidos en la misma, dicte sentencia por la que estimando las pretensiones de esta parte, declare la nulidad y/o anule y/o revoque dejando sin efecto las resoluciones del TAC, de fechas 30 de mayo de 2012 y 26 de junio de 2012, y los Acuerdos de liquidación relativos al concepto Impuesto sobre la Renta de No Residentes, ejercicios 2002 y 2003, con números de referencia respectivos A0271426540 Y A0271439140 por no ser conformes a derecho origen de las presentes actuaciones."

Segundo.

De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

"A LA SALA SUPLICO que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por contestada la demanda, y tras los trámites oportunos, dicte sentencia desestimando el mismo y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida."

Tercero.

No solicitado el recibimiento a prueba del recurso siguió el trámite de Conclusiones en que las partes, por su orden, han concretado sus posiciones reiterando sus respectivas pretensiones; quedando los autos pendientes de señalamiento, lo que se hizo constar por medio de diligencia de ordenación de 7 de octubre de 2013, y, finalmente, se señaló para votación y fallo el día 25 de junio de 2015, fecha en la que definitivamente se deliberó y falló.

Cuarto.

En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción, incluida la del plazo para dictar sentencia. Y ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ, Presidente de la Sección, quien expresa el criterio de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.

El presente recurso contencioso administrativo se interpone por la representación de la entidad ING DIRECT, N.V. SUCURSAL EN ESPAÑA, contra las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central, de 30 de mayo y 26 de junio de 2012, desestimatoria la primera y estimatoria parcial la segunda, de las reclamaciones económico administrativas, formuladas en impugnación de Acuerdos de liquidaciones dictados en fecha 23 de julio de 2008, por el Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributaria y Aduanero de la Delegación de Grandes Contribuyentes, referentes al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, ejercicios 2002 y 2003, por un importe de 0 euros y a devolver en una cuantía de 677.992 euros y los intereses de demora de 79.206'33 euros, respectivamente.

El Tribunal Económico Administrativo Central, (en adelante TEAC) en su resolución de 26 de junio de 2012 se remite íntegramente a la de 30 de mayo de 2012, reproduciendo, en su Fundamento de Derecho Segundo, "in toto" los Fundamentos Primero a Décimo Noveno de esta última.

Son antecedentes a tener en cuenta en la presente resolución y así derivan del expediente administrativo, tal como reseña la resolución de 30 de mayo de 2012, los siguientes:

"PRIMERO: Que de los antecedentes unidos la expediente se desprenden las siguientes las actuaciones realizadas:

1º: Las actuaciones de comprobación se iniciaron el día 15 de marzo de 2006, mediante comunicación de inicio del mismo día, según se hace constar en el Acta de Disconformidad, nº A02 71426540, de fecha 21 de mayo de 2008. En relación a la misma comprobación, y con la misma fecha se incoa acta de conformidad nº A01 75750626, con el carácter de previa.

La comunicación de inicio de actuaciones inspectoras esta fechada el 15 de marzo de 2006.

2º En el cómputo del plazo máximo de duración de las actuaciones regulado en el art. 150 LGT y en los art. 31.bis y 31.ter RGIT debe atenderse a las siguientes circunstancias:

No se computan las dilaciones no imputables a la Administración que se relacionan a continuación que supone un total de 191 días.

MOTIVO DE DILACIÓN /INTERRUPCIÓN	INICIO	FIN
Solicitado por la entidad	12/04/2006	19/04/2006
Solicitado por la entidad	12/09/2006	19/09/2006
Solicitado por la entidad	13/12/2006	20/12/2006
Solicitado por la entidad	03/01/2007	10/01/2007
Retraso entrega de documentos	07/07/2007	30/07/2007
Solicitado por la empresa	30/07/2007	11/09/2007
Retraso entrega de documentos	11/09/2007	28/09/2007
Retraso en la entrega de documentos	21/12/2007	10/03/2008

En fecha 5-02-2007 se acordó por el Inspector-Jefe la ampliación del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras a 24 meses por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 31 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, en la redacción introducida por Real Decreto 136/2000, de 4 de febrero. Este acuerdo de ampliación del plazo fue notificado el 7-02-2007.

Considerando las circunstancias anteriores, el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras concluiría el día 17 de agosto de 2008.

3º- En las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación se pone de manifiesto lo siguiente:

La entidad ING BANK NV, con domicilio en Holanda, esta autorizada como entidad bancaria por el Banco Central Holandés, y a su vez, ING BANK NV, Sucursal en España, es una de sus sucursales que desarrolla una actividad clasificada en el epígrafe de IAE 811 de BANCA..

El negocio bancario del Grupo ING se ejerce a través de las siguientes actividades, que constituyen sus dos líneas de negocio:

- una, realizada por ING Bank NV y sus sucursales y filiales,
- otra, realizada por ING Direct NV, (filial 100% de ING Bank NV), e igualmente domiciliada en Holanda, y sus sucursales y filiales.

El único negocio desarrollado históricamente en España a través de la Sucursal de ING Bank NV, ha sido el de banca directa, de suerte que a partir del cierre de la Sucursal de esta última y del traspaso total de su actividad a la Sucursal de ING Direct NV, ha sido ésta la que ha desplegado exclusivamente tal línea de negocio, todo ello bajo licencia bancaria única otorgada por el Banco Central de Holanda. Es por ello que, en el informe de la Inspección, se refiere en lo sucesivo a ING Bank NV, Sucursal en España, como instrumento de efectiva realización de la actividad de banca directa en 2001 y 2002, actividad en la que se subrogó íntegramente, desde 2003, la Sucursal en España de ING Direct NV.

4º- Con anterioridad al inicio de las actuaciones inspectoras, el obligado tributario había presentado con fecha 16 de julio de 2003 la declaración-liquidación por el período, consignando una base imponible negativa de 25.144.512,80 euros y solicitando una devolución de 2.138.426,39 euros que le fue practicada el 27-01-2004.

Como resultado del Acta A01 075750626 incoada por este mismo impuesto y período, la base imponible negativa previa comprobada ha quedado fijada en 24.672.196,06 euros.

En el Acta 02, objeto del presente expediente, se propone la minoración de dicha base imponible negativa previa fijada en el Acta A01 en un importe de 348.068,27 euros en concepto de menor gasto por intereses de

capitales ajenos deducidos indebidamente como consecuencia de la recalificación de una parte de los recursos ajenos anotados en libros de la Sucursal, en Capital libre.

La cifra de Capital libre se ha determinado en base a los requerimientos de capitalización mínima que se exige para las entidades financieras en la Directiva 2000/12/CE del Parlamento-Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, - artículo 47 - y en la Circular 5/1993, de 26 de abril, del Banco de España, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, (vigente hasta junio de 2008) -Norma Duodécima-, instrumento por el que se ha transpuesto la normativa bancaria comunitaria en materia de recursos propios mínimos, a la normativa interna.

5º- La cuestión, por tanto, que se debate en el expediente de comprobación inspectora, es la determinación de la base imponible de la entidad.

La inspección, en su regularización, basa la propuesta en corregir el resultado que aparece reflejado en la contabilidad del establecimiento permanente aumentándolo en aquella porción de los intereses devengados que se corresponde con la cifra de fondos propios del obligado tributario y que afecta a las operaciones realizadas a través del establecimiento permanente, y que se corresponden con préstamos realizados por la casa central no apareciendo dicha cifra contabilizada, como tal, en los libros del establecimiento permanente. No versa, por tanto, la mencionada regularización, sobre aquella parte de la cifra de fondos propios del obligado tributario que sí está recogida en la contabilidad del establecimiento permanente.

El obligado tributario al ser una entidad residente en Holanda que opera en territorio español a través de establecimiento permanente, es sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (IRNR), y será gravado por "...la renta obtenida en territorio español..." (art. 14 Ley 41/1998) en la medida en que sea "... imputable al establecimiento permanente..." (art. 16.1 Ley 41/1998).

6º- La entidad no presentó alegaciones, por lo que la inspección, a la hora de adoptar el acuerdo de liquidación, consideró que la disconformidad debía de circunscribirse a la determinación de la Base Imponible.

La Inspección tributaria, en el acuerdo de liquidación, manifiesta que, si bien la contabilidad que lleva la sucursal no refleja realmente el resultado contable que se deriva de sus operaciones, ello es debido a que la entidad ha ejercitado la opción, prevista en la legislación financiera, consistente en que los requerimientos normativos concernientes a los recursos propios, y por ende, a los fondos propios, puedan residenciarse en la casa central. Desde esta perspectiva, la contabilidad refleja la opción operativa que, respecto del cumplimiento de la obligación de mantener unos recursos propios mínimos, prevé la legislación financiera.

Por lo tanto el obligado tributario ha aplicado correctamente las normas mercantiles de naturaleza contable, y en consecuencia, a efectos de la determinación de la base imponible, la inspección parte del resultado contable que se refleja en los libros de contabilidad.

Siendo el resultado contable el punto de partida para determinar la base imponible, la Inspección aplicó las correcciones al mismo legalmente establecidas y, en concreto, lo previsto en el artículo 17.1.c) de la Ley 41/98 reguladora del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que establece:

"c) En ningún caso resultarán imputables cantidades correspondientes al coste de los capitales propios de la entidad afectos, directa o indirectamente, al establecimiento permanente..."

Según el acuerdo de liquidación, la Inspección considera que el establecimiento permanente, a través del cual el sujeto pasivo opera en territorio español, tiene afecto un capital de manera indirecta, a saber, el que dicho sujeto pasivo, en cuanto empresa o casa central, tiene anotado en su contabilidad en la porción del mismo racionalmente imputable a las operaciones realizadas mediante dicho establecimiento permanente.

Esta situación se produce porque para operar en el sector financiero es necesario cumplir con las obligaciones que la legislación financiera -esencialmente la Directiva 2000/12/CE- establece respecto de los recursos propios mínimos, y consecuentemente sobre los fondos propios.

Pues bien, la Inspección concluye, que el establecimiento permanente, a tenor de sus estados financieros, no los cumple por sí mismo, pero puede operar porque la casa central si los cumple, en ello consiste la afectación indirecta de fondos propios o capital que la entidad realiza en favor de su establecimiento permanente.

La Inspección en su acuerdo de liquidación, sigue razonando, que es esa porción de fondos propios mantenidos por la casa central, económicamente determinable aplicando criterios de racionalidad, la que permite o respalda las operaciones del establecimiento permanente en territorio español, lo que ha de ser calificado como capital propio de la entidad afectado indirectamente al establecimiento permanente, verificándose así el supuesto de hecho del artículo 17.1.c) de la Ley 41/98 .

La Inspección tributaria basa el fundamento jurídico de su regularización en el precepto anterior, de tal manera que los intereses imputables al capital indirectamente afectado al establecimiento permanente no serán deducibles para determinar su base imponible.

7º- Una vez expuesto lo anterior, la Inspección procede a determinar la cuantía de gastos financieros fiscalmente no deducibles.

Considera, como gastos financieros no deducibles, a partir del cálculo de la cifra del capital o fondos propios atribuible al establecimiento permanente o sucursal según una metodología derivada de la legislación financiera en la que se toman en consideración los activos afectados funcionalmente al establecimiento permanente, considerando el riesgo ínsito en los mismos, llegándose así a un importe que implica:

"... atribuir a la Sucursal en España la misma cuantía de "Capital libre" que la exigida por el Organismo regulador del país receptor a los bancos independientes que operan en dicho país, es decir la cifra de "Capital libre" se identificaría con los recursos propios mínimos establecidos en la Norma Duodécima de la Circular 5/1993, de 26 de marzo, del Banco de España...".

Dicho método supone:

" la disminución de la masa, de Recursos Ajenos de la Sucursal a efectos fiscales lleva anudada la disminución de los gastos financieros asociados a dicha minoración. De ahí que se haya cifrado el ajuste propuesto por la inspección en el resultado de multiplicar el tipo de interés medio de las operaciones pasivas de la Sucursal por la cuantía en que se ha concretado el déficit contable de "Capital libre" mínimo de la Sucursal....".

8.- La regularización propuesta por la Inspección tributaria se acoge a lo previsto en el artículo 7 del Convenio hispano-holandés para evitar la doble imposición (BOE 16/10/1972), relativo a los beneficios de las empresas, apartados 2 y 3. El apartado 2 establece que los beneficios imputables al establecimiento permanente son los que a éste le correspondería en cuanto empresa totalmente independiente y separada de la casa central, y determina la no deducción de los gastos financieros, en la forma expuesta, considerando, a efectos fiscales, al establecimiento permanente cómo si fuera una empresa separada e independiente. A su juicio la declaración formulada por el obligado tributario en relación con el IRNR conculca el citado artículo del convenio hispano-holandés, puesto que una empresa separada e independiente no podría operar en el sector financiero con la cifra de fondos propios que explícitamente tiene asignada y contabilizada el establecimiento permanente, por lo que procede efectuar la corrección sobre el resultado contable.

9º.- Por último el acuerdo de liquidación termina abordando la doble imposición que se produce como consecuencia de que los intereses cuya deducción se deniega son gastos contables que, indudablemente, han contribuido a la formación de la renta del obligado tributario.

Así pues, en la propuesta de regularización se manifiesta que, de acuerdo con lo previsto en el art.7.2 del Convenio, son los propios mecanismos del convenio los que pueden evitar la doble imposición, de acuerdo con los procedimientos establecidos al efecto por los Estados contratantes o, en último extremo, a través del procedimiento amistoso previsto en el art.26 del citado Convenio. Propuesta que es confirmada en el acuerdo de liquidación.

En cuanto a la liquidación practicada resulta que:

Base imponible previa comprobada según Acta AO1 nº 75750626
-24.672.196,06
Gastos financieros no deducibles: -348.068,27
Base imponible comprobada: -24.324.127,79
Retenciones soportadas: 2.138.426,39 euros
Retenciones devueltas: 2.138.426,39 euros
Cuota resultante: 0 euros.

SEGUNDO: Notificado el acuerdo de liquidación con fecha 24 de julio de 2008, la entidad reclamante interpone reclamación económico administrativa ante este Tribunal Económico Administrativo Central mediante escrito de fecha 14 de agosto siguiente, y puesto de manifiesto el expediente, la interesada presenta escrito de alegaciones el 23 de octubre siguiente en el que, en defensa de su derecho, manifiesta, en síntesis las siguientes argumentaciones que se pueden concentrar básicamente en:

A) Alegaciones relativas a la aplicación de los Comentarios al Modelo de Convenio del 2008, en concreto se opone a:

- Que la Inspección de los tributos pretende, a partir de la atribución a efectos fiscales de una cifra de capital a ING Direct NV, sucursal en España, disminuir los gastos financieros asociados a la indicada Sucursal en aplicación de lo establecido en el artículo 7 del Convenio de Doble Imposición, aun cuando pueda conducir a doble imposición en base a una nueva interpretación del citado artículo 7. La Inspección pretende aplicar a unas situaciones tributarias acaecidas en los ejercicios 2001, 2002 y 2003, una interpretación al modelo del Convenio

de la OCDE aprobada en el ejercicio 2008, que modifica sustancialmente la interpretación del art.7 del Convenio citado.

- Que la interpretación dinámica no puede conllevar en modo alguno una nueva lectura de un determinado artículo y pretender su aplicación a los contribuyentes, ello iría en contra del principio de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima y provocaría indefensión en el contribuyente.

B) Alegaciones relativas a la regularización practicada, en concreto

- Se opone a que la Inspección de forma artificial, (pues al carecer de personalidad jurídica la sucursal jurídicamente no es exigible), traslade el importe de la financiación, obtenida de terceros y del grupo al que pertenece la Sucursal, a capital social, para con ello modificar la consideración de deducibles de los intereses pagados y modificar así, al alza, el beneficio obtenido por la sucursal y, en consecuencia, pretender una mayor tributación.

Jurídicamente la sucursal no tiene personalidad jurídica distinta de la de su matriz, por lo que la matriz responde siempre de cualquier contingencia de su Sucursal.

-La regularización propuesta por la Inspección no tiene soporte en la normativa doméstica.

Manifiesta el reclamante que, aun aceptando la interpretación y aplicación que la Inspección realiza de los Comentarios, el Modelo de la OCDE y el Convenio con Holanda, la regularización propuesta por la Inspección no estaría justificada por el ordenamiento jurídico español. Según la teoría de las funciones, activos y riesgos descrita por el Informe de la OCDE de 2006 y aceptada y aplicada por la Inspección, los capitales propios que realmente necesita el EP son mínimos, estando cubierta dicha necesidad con los fondos propios de los que, sin estar obligado a ello, actualmente dispone el EP, toda vez que, es la casa central quien responde de los riesgos y soporta los activos del EP derivados de su actividad en España.

En cualquier caso, a pesar de que se considerara que el EP está infracapitalizado, la normativa doméstica no permite la reclasificación de deudas a capitales propios realizada por la Inspección toda vez que no dispone de ningún precepto que contemple la ficción de la creación de un capital a efectos fiscales, sino que, muy al contrario, si el EP no tiene asignados capitales propios, como es el caso, el referido artículo 17 LIRNR permite expresamente la deducibilidad de los intereses pagados por EP de entidades bancarias.

En ausencia de norma específica, la Inspección no puede realizar dicha reclasificación, y no puede entenderse que dicha reclasificación está habilitada por el artículo 13 de la Ley 58/2003, General Tributaria, "las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez", en la medida que no hay acto o negocio que calificar. Es decir, no se está clasificando un acto, sino que se está construyendo una operación inexistente (la aportación de capitales propios a un EP), en base a la aplicación analógica de una estructura de capital ideal que se presume que debe tener una entidad de las características de la sucursal. En nuestro ordenamiento, esta presunción exige un respaldo legal que no se da en este caso.

De la misma forma lo entiende la Dirección General de Tributos en su Consulta 1272-98 que, en un caso muy similar al que nos ocupa, establece claramente que ni la LIRNR y ni la LIS establecen en ningún momento la necesidad de una cantidad mínima de capitales propios y que por tratarse de un EP de una entidad bancaria, los intereses pagados a su casa central, serán plenamente deducibles, sin ni tan siquiera hacer mención del principio de valor de mercado del artículo 16 de la LIS.

Como tiene dicho la DGT, la legislación doméstica no dispone de ningún precepto que contemple la ficción de la creación de un capital a efectos fiscales.

A pesar de que la Inspección manifiesta en repetidas ocasiones y asume que el artículo 20 LIS no es de aplicación al presente caso, la regularización que propone no es más que una aplicación indirecta por analogía del referido artículo 20 a una situación no cubierta por su supuesto de hecho. La norma de la subcapitalización, es decir, la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros debido a una pobre capitalización de una sociedad, no se puede aplicar ni a entidades financieras y su aplicación a los EP es discutible. No obstante, a pesar de dicha prohibición expresa, la Inspección la aplica, atentando directamente contra el principio de no analogía previsto en el artículo 14 de la LGT.

En consecuencia pide que se anule el acuerdo de liquidación por improcedencia de la regularización efectuada.

TERCERO: El Tribunal Económico Administrativo Central, (en adelante TEAC) en resoluciones de 30 de mayo y 26 de junio de 2012 desestimó la primera reclamación económico administrativa formulada, estimando parcialmente la segunda. Contra dichas resoluciones se interpone el presente recurso.

Segundo.

-La recurrente, centrando su impugnación en conseguir que los intereses pagados por ING a su clientes titulares de la "Cuenta Naranja" sean fiscalmente deducibles, expone, en su escrito reactor las siguientes alegaciones:

Primera- Sobre la eficacia de los Convenios para evitar la doble imposición internacional y la interpretación y aplicación de los mismos.

El Convenio de Doble Imposición distribuye potestades tributarias pero no sustituye la norma interna.

El Convenio suscrito entre España y los Países Bajos publicado en el BOE en 1972 es de aplicación mientras no se publique una norma posterior de suficiente rango que la modifique o que, cuanto menos, modifique la forma en que ha de interpretarse.

Considera por tanto incorrecto -por contravenir el artículo 96 de la C.E.- pretender la aplicación de una interpretación retroactiva del Modelo de Convenio de la OCDE aprobado en 2006, a unas situaciones acaecidas en los ejercicios 2002 y 2003, más aún cuando aquel Convenio no ha sido modificado.

Tras hacer una referencia a la Convención de Viena - en orden a interpretar los Convenios de Doble Imposición -, al Modelo de Convenio de la OCDE y a los Comentarios al Modelo de Convenio, con eficacia interpretativa (sof law), expone que ha de seguirse una interpretación dinámica de los convenios, excepto cuando se altere sustancialmente el texto del Modelo de Convenio y de sus recomendaciones o cuando habiendo sido redactados en base a un modelo de Convenio, posteriormente se modifique el mismo; es decir, cuando se evidencia tal cambio de tendencia interpretativa que es necesario modificar el modelo de Convenio.

Y esa interpretación dinámica no es exigible respecto de periodos en que dichos Comentarios todavía no han cambiado o estaban en fase de discusión, como sucede en este caso, porque ello colocaría en una situación de absoluta indefensión a la parte contribuyente.

Se cita la sentencia de esta Sala y sección de 3 de octubre de 2002, recurso 226/2002 .

Y por ello se niega que unos nuevos Comentarios al Modelo de Convenio, que no estaban aprobados ni siquiera en el momento de la liquidación, puedan ser de aplicación a los ejercicios 2002 y 2003, cuando modifican la interpretación del artículo 7 del Convenio de Doble Imposición , suscrito entre el Reino de España y los Países Bajos. En suma, los Comentarios no pueden superar el texto interpretado.

Expone, además, que resulta de plena aplicación el principio jurídico de introactividad de las normas, en el que se pretende dar seguridad jurídica al ordenamiento jurídico, que la interpretación contraria a la expuesta supone vulnerar los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima que deben regir las relaciones entre la Administración y el administrado.

Segunda.- El artículo 7 del Convenio de Doble Imposición suscrito entre España y los Países Bajos.

La Inspección de Tributos pretende, a partir de la distribución a efectos fiscales de una cifra de capital a ING, disminuir los gastos financieros asociados a la indicada sucursal en aplicación de lo establecido en el artículo 7 de Convenio de Doble Imposición suscrito con Holanda aunque ello pueda conducir a la doble imposición.

Según la parte, ésta atribución de "free capital" limitadora de los gastos financieros, representa un cambio sustancial en la posición de la O.C.D.E., cuyo punto de inflexión se inicia en el año 2006, cambio que pasa del principio de empresa separada, con determinación del beneficio empresarial tomando como base la contabilidad, a la prevalencia, en la cuantificación de esa magnitud, del análisis de funciones, activos y riesgos. La atribución del denominado "free capital" a efectos fiscales es consecuencia directa del análisis funcional que se introduce por la OCDE a partir de 2006. Antes no era exigido ni por el Modelo de Convenio ni por los Comentarios entonces vigentes .

El proceso de revisión, al que se refiere ampliamente la demanda, concluyó con la publicación en julio de 2010 del nuevo Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes (el Informe 2010), el nuevo Texto del Modelo de Convenio de 2010 y los Comentarios de ese año.

Y es este año cuando se modifica el artículo 7 del Modelo de Convenio para introducir las modificaciones relativas al análisis factual en la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes.

Y como tal, no puede afectar a situaciones jurídicas acaecidas antes de su publicación.

Se cita el artículo 7 del Convenio Bilateral significando que en él nada se dice del análisis funcional, pues en el mismo sigue el principio de empresa separada.

Tras comparar las redacciones de los Comentarios al Modelo de Convenio se aduce que si con el texto anterior a 2008 en los Comentarios rige el principio de empresa separada, el arm's length y se parte del principio de contabilidad, en los Comentarios 2008 y el Informe de 2006, rige el análisis funcional y factual de la actividad y la atribución de un capital adecuado para el desempeño de las funciones, los activos y los riesgos.

Y todo ello lleva a una modificación indispensable en el artículo 7 del Modelo de Convenio de 2010.

Y en base a este principio, la Casa Central atribuyó a la Sucursal los recursos considerados necesarios para operar en España, importe que se reveló suficiente durante los años concernidos por la Inspección.

Cubrieron ese capital asignado las pérdidas incurridas en dichos ejercicios de manera efectiva. No es hasta 2006 que se introduce el análisis funcional por la OCDE que lleva mucho más allá el concepto de empresa separada, tanto que provoca la atribución de un capital a los solo efectos fiscales derivados de las funciones, activos y riesgos asumidos.

Y es tal la magnitud del cambio que se hace indispensable la modificación del artículo 7 del Modelo de Convenio de CDI, lo que no ha ocurrido hasta 2010.

Y si la nueva interpretación hubiera sido posible en la redacción originaria del artículo 7, no se hubiera cambiado su redacción.

Tercera.- En cuanto al capital de ING BANK, de ING Direct NV y de la sucursal en España de ING Direct NV.

Distingue tres funciones: En la operativa, entiende que al ser una entidad financiera la norma especial aplicable debe ser el artículo 53.1 de la Ley 26/1988, de 20 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que establece que la apertura en España de sucursales no requiere autorización previa, ni dotación especial de recursos. Por tanto considera no aplicable el TRLSA.

En lo que respecta a la función de garantía, manifiesta que es la Casa Matriz la que debe cumplir con los requisitos establecidos tanto en cuanto al capital mínimo como al ratio de solvencia.

En cuanto a la contable, se remite a lo antes manifestado.

Respecto del capital de ING Bank NV la Administración Tributaria considera que cumple sobradamente los ratios exigidos y por lo tanto, en aplicación de la Directiva 2000/12/CE, la Sucursal en España de dicha entidad también ve cumplidos los anteriores ratios.

En cuanto al capital de la Sucursal en España, disiente de las afirmaciones de la Inspección de que la misma debe tener anotada en sus libros una cifra determinada de capital social, si en el presente caso se cumplen con todos los ratios exigidos en la normativa aplicable.

Cuarta.- Argumentos que avalan, a criterio de la Administración Tributaria, la atribución de capital mínimo a la sucursal en España. Discordancia de la parte.

Manifiesta, nuevamente, que no existe disposición legal alguna que exija a una Sucursal en España de una entidad financiera con sede en otro Estado de la Unión, Holanda, que la indicada Sucursal tenga asignada una cifra de capital mínimo.

Además, la Sucursal carece de todos los efectos de personalidad jurídica propia, siendo una mera extensión de la Casa Central, y a la que debe exigirse que refleje la imagen fiel de su patrimonio, cuando, además, está sometida a supervisión continua por el Banco Central Holandés.

En consecuencia, el método de libre competencia, sin buscar bancos que siguieran el mismo modelo de negocio desarrollado por ING, supone invertir la carga de la prueba, desplazándola al contribuyente.

La Administración Tributaria se basa en presunciones e indicios que la llevan a afirmar que la falta de asignación de una cifra de capital mínimo en la sociedad le ha llevado a no actuar de acuerdo con el principio de libre competencia, pero ni aporta prueba de tal manifestación ni ha efectuado un estudio de otras entidades que operan como ING.

Vuelve a reiterar la improcedencia de aplicar la versión vigente del artículo 7 del Convenio de Doble Imposición a un Convenio suscrito en 1971 y publicado en 1972.

Continúa manifestando que la Sucursal no tiene el mismo trato que una filial o establecimiento permanente, por lo que no pueden hacerse comparativos entre ambas; pretender modificar el resultado contable de aquella y su base a efectos del IRNR supone, a juicio de la parte, contra legem.

Es decir, la dotación de capital a la Sucursal, pasa a manos de la Casa Central, que puede dotarla o no, siempre que ella cumpla los ratios exigidos y no puede hacerlo la Administración trasladando a efectos fiscales el importe de la financiación obtenida de terceros a capital, con objeto de modificar con ello la consideración de deducibles de los intereses pagados a terceros completamente ajenos. (titulares de Cuentas Naranja, en nuestro caso) y modificar así, al alza, el beneficio imponible obtenido por la Sucursal.

Quinta.- Cobertura doméstica de la regularización realizada por la Inspección.

Indica que la regularización propuesta por la Inspección no estaría justificada por el ordenamiento español.

Invoca el artículo 17 de la Ley 41/1998, señalando que de este precepto se desprende, en general, que los intereses pagados por el EP a su Casa Central no son fiscalmente deducibles por tratarse de una única personalidad jurídica. No obstante, este principio se excepciona expresamente en el caso de EPS de banco extranjeros, en cuyo caso se permite la deducibilidad de los intereses pagados derivados de la realización de su

actividad con la única limitación de (i) que no se trate de la retribución de capitales propios del EP y que (ii) dichos intereses respeten el valor de mercado.

Y en el caso de autos, los intereses por la Sucursal a titulares de Cuentas Naranja no deben ser considerados bajo ningún concepto como retribución de capitales propios, y si deben ser considerados acordes con el mercado, por lo que deben ser íntegramente deducibles del IRNR del EP.

Y no se trata de una retribución de capitales propios, pues el EP está suficientemente capitalizado, real y jurídicamente.

Solo en el caso de que el EP reciba de su Casa Central cantidades que, de hecho, puedan considerarse capitales propios, la Inspección podría, si la legislación domestica lo permite, reclasificar parte de los intereses pagados como remuneración no deducible a los fondos propios.

Pero esto no sucede, pues el capital que tiene asignado el EP es más que suficiente para cubrir las funciones, activos y riesgos relativos al EP y sus actividades en España, partiendo siempre que el riesgo empresarial lo soporta la Casa Central.

En cualquier caso, a pesar de que el EP estuviera infracapitalizado, la normativa doméstica no permite la clasificación de deudas a capitales propios realizada por la Inspección, dado que el citado artículo 17 permite expresamente la deducibilidad de los intereses pagados por EPS de entidades bancarias.

Y es que no estamos ante una reclasificación del artículo 13 de la Ley 58/2003, sino ante una construcción de una operación inexistente (la aportación de capitales propios a un EP), en base a la aplicación analógica de una estructura de capital ideal que se presume que debe tener una entidad de las características de la Sucursal.

El artículo 20 de la LIS no resulta aplicable porque este precepto no lo prevé expresamente, por lo que la actuación de la Inspección, que se basa en dicho precepto, resulta claramente antijurídica, y atenta contra el principio de "No Discriminación" previsto en el artículo 26 del Convenio con Holanda.

Pero es más, el EP no se está deduciendo intereses por prestaciones recibidas de su casa central sino que se trata de intereses pagados a terceros que no son otros que los clientes de la "Cuenta Naranja", del ING.

Añade también, en su escrito rector, que tampoco resulta procedente que la Inspección utilice el artículo 16 de la LIS para concluir que la financiación recibida de terceros (de los clientes de la "Cuenta Naranja") deba ser reclasificada como capitales propios generadores de gastos financieros no deducibles, pues ni hay operaciones ni partes vinculadas y las mismas se han realizado a valor de mercado.

Por ello, entiende que la Inspección no puede pretender aplicar al caso que nos ocupa una especie de seudosubcapitalización en base al artículo 16 de la LIS cuando el legislador ya decidió en su día que la subcapitalización no debería regularse por dicho artículo sino bajo el nuevo artículo 20 de la LIS y en los términos previstos por éste.

Tercero.

-De la extensa (81 folios) resolución recurrida, de 30 de mayo de 2012, reseñamos los puntos fundamentales.

1) La Inspección, atendiendo a la Circular 5/1993, de 26 de marzo, del Banco de España, hace un estudio pormenorizado del Grupo Consolidado ING y llega a la aplicación del 4% para la determinación de la cifra de capital libre aplicable a la Sucursal, y disminuye los gastos financieros asociados a la citada Sucursal, derivados de prestamos concedidos por la Casa Central.

2) El artículo 53.1 de la Ley 26/88, de 29 de julio, Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, como el 9.3. del Real Decreto 1245/95, de 14 de julio, admiten la ausencia de dotación de capital en Sucursales, permitiendo que la dotación de capital de la Sucursal la mantenga la Casa Central.

3) Se citan los criterios contenidos en los nuevos Comentarios del 2008 al Modelo de Convenio de la OCDE en relación al artículo 7 del Convenio de Doble Imposición suscrito entre España y los Países Bajos.

4) Se inclina por considerar que resulta aplicable una interpretación dinámica de los tratados, siempre que los cambios en los Comentarios lo único que pretendan sea aclarar el contenido o la redacción de los artículos, invocando diversas resoluciones, del TEAC y la SSTS de 11 de junio de 2008, RC 7710/2002, y 13 de abril de 2011, RC. 456/06.

Y citando los Comentarios de 2008 al artículo 7 afirma que este en sus conclusiones precisa que "estos no contradicen las versiones anteriores de otros Comentarios", concluyendo que el Informe de la OCDE de diciembre de 2006 como los Comentarios de 2008 no tienen carácter innovador, sino unificador de los criterios o principios internacionalmente admitidos con la finalidad de dotar al contribuyente de más certidumbre.

5) Manifiesta, tras reproducir parte de los Comentarios del 2006 y del 2008 al artículo 7, que no es hasta 2010 con la nueva versión de Modelo de Convenio en que se culmina el proceso de revisión de aquel artículo, cuando se produce una auténtica reforma del citado precepto.

6) Ya desde el informe de 1984 (regla 80), a la O.C.D.E. se le plantea la cuestión de la atribución de una cifra de capital a la Sucursal (asimilación de parte de sus fondos a una dotación de capital) con el fin de asegurar un trato equiparable con las empresas nacionales de tamaño semejante al EP.

Por tanto, no admite la interpretación de la parte de pretender que la atribución de capital al EP ni el análisis de sus funciones sea una construcción nueva de los Comentarios de la OCDE de 2008.

7) Los Comentarios de 2000, comentario 11 al artículo 7, apartado 2, hacen referencia al concepto de empresa independiente, con el principio de plena competencia, del artículo 9.

8) El informe de la OCDE de 2006 como los Comentarios de 2008, al aplicar el análisis funcional al EP siguen las pautas que ya se encontraban en las Directrices de 1995, para la aplicación del principio de plena competencia. Y este sirve, según los Comentarios de 2000, para la determinación del concepto de empresa separada.

9) Afirma que la Administración fiscal del país de acogida del establecimiento permanente puede rectificar su contabilidad con el objeto de determinar el beneficio de dicho establecimiento permanente en España.

10) La atribución de la cifra de capital social por la Inspección a la recurrente se lleva a cabo, precisamente, para que a través de la atribución de una cifra de negocios propios adecuados el EP funcione como una empresa separada e independiente que opera en condiciones de plena competencia.

Y a partir de ello, es decir, de la cifra de capital afectado indirectamente al EP, la no deducción de los gastos financieros viene dada por el artículo 17.1.c) de la Ley 41/98, que impide la deducción de la base imponible de las cantidades correspondientes al coste de los capitales propios de la entidad afectos, directa o indirectamente, al E.P.

Y se expone que "Esto es el fundamento de la regularización contenida en el Acuerdo de liquidación".

11) La actuación de la Inspección en el Acuerdo de liquidación ha estado dirigida a determinar si el establecimiento permanente, considerado como empresa separada e independiente, actúa en condiciones de plena competencia con las entidades financieras del país receptor que operan en dicho país.

12) Admite que la ausencia de dotación de capital en Sucursales pueda ser mantenida por la Casa Central, todo ello para garantizar la existencia de un espacio armonizado como el europeo.

13) Lo que la Inspección ha hecho es precisamente atender a la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas y, por ello, ha asignado al establecimiento permanente la cifra de capital que resulta imprescindible para que este funcione en condiciones de mercado, en competencia con las entidades financieras del país de acogida.

14) La Inspección ha detectado que el establecimiento permanente no puede actuar en condiciones de competencia con las empresas financieras nacionales y ha procedido a realizar la regularización anteriormente examinada, aplicando el artículo 7 del CDI, en relación con el 9, de lo que ha extraído las consecuencias indicadas de conformidad con la normativa interesada.

15) Desaparecida la posibilidad de acudir al artículo 20 de la Ley 43/1995 -referido a la subcapitalización de entidades No Residentes-, al ser dicho artículo 20 un caso particular de precios de transferencia, precisamente por eso permanece la posibilidad de regularizar estas situaciones por la vía del artículo 16.1. de la Ley 43/1995. Siempre, claro está, partiendo de que el precepto traslada la carga de la prueba a la Administración, que deberá probar que la estructura de capital no responde al principio de plena competencia. Se citan las sentencias de esta Sala de 16 de enero de 2003 y de 15 de enero de 2004.

16) Si se permite que el establecimiento permanente residente en España, por el hecho de que haya hecho uso de la opción que le concede la Directiva 2000/12/CE., de que los requerimientos normativos relativos a recursos y fondos propios se residencien en la Casa Central, no tenga asignada una cifra de capital mínimo suficiente para hacerse frente a los activos, funciones y riesgos que asume, a efectos de determinar la base imponible que estará sometida a tributación en España, se le permitiría una tributación mucho más favorable que la exigida a las entidades residentes al poderse deducir unas cantidades mayores en concepto de intereses.

No cabe olvidar que ha de tenerse en cuenta que, de haber contado con esa cifra de capital mínimo exigible para hacer frente a su actividad, no le habría hecho falta acudir a ese exceso de financiación ajena y por tanto, habría soportado un menor gasto financiero, y estaría en una situación de mayor comparabilidad con las entidades que operan en el mercado español.

y 17) La alegación de la parte relativa a que el establecimiento permanente no es una entidad jurídica, distinta de su Casa Matriz, es una cuestión ampliamente superada con los razonamientos anteriormente expuestos.

Añadir, por último, como se recoge en el Acuerdo de liquidación de 23 de julio de 2008, correspondiente al ejercicio 2003, que la propuesta por este se concreta en los siguientes extremos:

- Atribuir a la Sucursal una cifra de "Capital libre".

- El establecimiento permanente no cumple, por sí mismo, con las obligaciones que la legislación financiera -esencialmente la Directiva 2000/12/CE- establece respecto de los recursos propios, mínimos y consecuentemente sobre los fondos propios, pero puede optar porque la Casa Central si los cumpla. Y en ello consiste la afectación indirecta de fondos propios o capital que la entidad realiza en favor de su establecimiento permanente.

Es esa porción económicamente determinable, aplicando criterios de racionabilidad, de fondos propios mantenidos por la casa central la que permite o respalda las operaciones de establecimiento permanente en territorio español, lo que ha de ser calificado como capital propio de la entidad afectado indirectamente al establecimiento permanente, verificándose así el supuesto de hecho del artículo 17.1.c) de la Ley 41/1998 , actualmente artículo 18.1.c) del Texto Refundido del IRNR ; la casa central aplica una porción de un capital a la financiación de los activos afectados funcionalmente al establecimiento permanente sin que tal afectación se explicita en la contabilidad del establecimiento permanente, de manera que en virtud del mencionado artículo 17.1.c) los intereses imputables al capital indirectamente afectado al establecimiento permanente no serán deducibles para determinar su base imponible. El exceso de financiación ajena correspondiente no estará por ello financiando la actividad del EP por lo que no será deducible el gasto financiero en España.

La disminución de la masa de recursos ajenos de la sucursal -a efectos fiscales- lleva anudada la disminución de los gastos financieros asociados a dicha minoración.

- La regularización propuesta por la Inspección Tributaria respeta plenamente lo previsto en el artículo 7 del Convenio con Holanda .

Es decir, la no deducción de los gastos financieros, en la forma expuesta, es, justamente, lo que permite tratar, a efectos fiscales, el establecimiento permanente como si fuera una empresa separada e independiente.

Una empresa separada e independiente no podría operar en el sector financiero con la cifra de fondos propios que explícitamente tiene asignada y contabilizada el establecimiento permanente.

Ni el referido artículo 7 ni tampoco los Comentarios al Modelo de Convenio vigentes en el periodo impositivo sujeto a regularización prevén expresamente una corrección sobre el resultado contable del establecimiento permanente fundamentada en la afectación de una parte del capital o fondos propios de la casa central, u, obligado tributario, pero tal corrección es totalmente necesaria para que se cumpla el mandato de gravar el beneficio que hubiera obtenido el establecimiento permanente "como si fuese una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades". Se cita el informe de la O.C.D.E. de 2006, sobre "Atribución de los beneficios a los Establecimiento Permanentes".

El Convenio con Holanda, a la vista de los actuales al MCOCDE, permite atribuir al EP una cifra de capital adecuada a sus funciones, activos y riesgos asumidos, rechazándose así el exceso de financiación que no se habría obtenido de haber dotado la Casa Central al EP de un capital adecuado.

- El hecho de que el artículo 20 de la Ley 43/1995 no sea aplicable, no implica que las entidades financieras se hallen libres de toda disciplina en relación con la composición de sus fuentes de financiación, a efectos de la determinación de la base imponible. Esta disciplina es la que impone la legislación financiera.

No cabe desconocer que la regularización propuesta determinará doble imposición (la de la Casa Central), pero que de la misma forma que dicho artículo 7.2. respalda el ajuste propuesto por la Inspección, igualmente daría cobertura al ajuste bilateral que en su caso pudiera practicarse respecto del Impuesto sobre los Beneficios de la Casa Central en Holanda, habida cuenta que también en Holanda se atribuirán a la Sucursal los beneficios que la misma hubiera podido obtener "si fuese una empresa distinta y separada que realizase las mismas y similares actividades, en los mismos o similares condiciones, y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.

Cuarto.

Antes de emitir nuestras conclusiones, se impone efectuar algunas consideraciones sobre el thema debati, del presente recurso, a la vista del contenido de las resoluciones administrativas de los escritos de demanda y contestación y la más autorizada doctrina:

a) En el actual contexto de globalización económica no puede dejar de señalarse cómo los tratados internacionales cada vez ejercen una influencia más determinante a la hora de configurar el poder tributario de los Estados. Los tratados internacionales, son hoy una fuente principal del Derecho tributario.

La noción clásica de tratado internacional la proporciona la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT, en adelante), de 23 de mayo de 1969 (ratificada por España y publicada en el BOE de 13 de junio de 1980); el art. 2.a) de la CVDT define el tratado internacional como:

"Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualesquiera que sea su denominación particular".

En este sentido, constituye un tratado internacional todo acuerdo escrito entre Estados celebrado con arreglo al Derecho Internacional, con independencia de su denominación como "acuerdo", "convenio", "carta", "canje de notas", "protocolo", etc.

Ni que decir tiene que los tratados internacionales que se encuentren en vigor despliegan importantes efectos para los Estados parte (y para las personas físicas y jurídicas comprendidas en su ámbito subjetivo de aplicación), en la medida en que, con carácter general, limitan o modifican el ejercicio de los poderes soberanos que corresponden a los Estados con arreglo al Derecho Internacional. Este principio o regla de pacta sunt servanda viene recogida en el artículo 26 de la CUDT y tiene su correspondiente reflejo en el artículo 96 de la Constitución Española .

El principal criterio de clasificación de los tratados internacionales atiende al número de partes contratantes.

En el ámbito estrictamente tributario, nos encontramos tanto con convenios bilaterales (los Convenios de Doble Imposición, CDIs) como con tratados multilaterales (Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, relativo a la corrección de beneficios de empresas asociadas); también existen convenios generales que contienen cláusulas con relevancia jurídico-tributaria (por ejemplo, el Tratado Constitutivo de la UE o el regulador de las relaciones diplomáticas y consulares) y tratados específicamente fiscales (como los CDIs).

Los artículos 31 a 33 de CVDT establecen las siguientes reglas de interpretación de los tratados o convenios internacionales.

-Los Tratados deben ser interpretados de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que quepa atribuir a los términos del Tratado o en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad (art. 31.1).

-El contexto a efectos de la tributación comprenderá además del Texto del Tratado, y el preámbulo y anexos, cualquier acuerdo relativo al Tratado que haya sido celebrado por las partes en conexión con la celebración de un Tratado y que haya sido aceptado por las otras partes como un instrumento relativo al Tratado (art. 31.2).

-Además del contexto, cualquier acuerdo sucesivo entre las partes relativo a la interpretación o aplicación del Tratado o cualquier práctica subsiguiente en la aplicación del Tratado que permita deducir el acuerdo en la interpretación del Tratado por las partes o cualquier regla relevante de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes (art. 31.2)

b) Los Convenios de Doble Imposición son tratados internacionales de carácter bilateral a través de los que se encauzan y ordenan las relaciones fiscales internacionales que tienen lugar entre dos países (entre residentes de los dos Estados). Los primeros convenios internacionales que abordaron de forma global cuestiones de distribución de poder tributario entre Estados datan de finales del siglo XIX. No obstante, no fue hasta bien entrada la primera mitad del siglo XX cuando empezó a generalizarse la vía de los convenios de doble imposición para resolver los principales conflictos fiscales entre los diferentes Estados cuya economía comenzaba a internacionalizarse. La conclusión de estos convenios fue impulsada fundamentalmente por determinadas organizaciones internacionales interesadas en eliminar los obstáculos a los flujos económicos internacionales. Primero la Sociedad de Naciones y más tarde la OCDE elaboraron modelos de convenio o convenios-tipo a efectos de articular un marco uniforme a nivel internacional para repartir el poder tributario entre los Estados y eliminar los principales obstáculos fiscales al desarrollo del comercio mundial. Tanto la Sociedad de Naciones como la OCDE elaboraron progresivamente estos modelos de convenio al objeto de que los Estados miembros de tales organizaciones internacionales se sirvieran de los mismos a la hora de negociar y concluir convenios fiscales entre ellos y con terceros países. Los modelos de convenio que más se han empleado son los elaborados por la OCDE para eliminar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal (Modelos de Convenio de 1963, 1977, 1992, 2000, 2003 y 2005, 2008 y 2010); actualmente, existen más de 2000 CDIs en vigor que siguen estos modelos de la OCDE y su influencia sigue siendo creciente tanto dentro como fuera del ámbito de esta organización internacional

Debe señalarse que, aunque estos modelos de convenio de la OCDE, son objeto de recomendaciones por parte del Consejo de la OCDE y son seguidos con bastante fidelidad por parte de los Estados miembros de esta organización internacional, no constituyen tratados internacionales en sentido estricto, sino que integran lo que ha venido denominándose como "soft-law" o "legislación blanda"; este "Derecho blando" no viene dotado de los efectos propios de las normas jurídicas pero puede llegar a poseer relevancia jurídica (piénsese, por ejemplo, en los comentarios elaborados en torno a los artículos del Modelo de la OCDE). Así, el hecho de que los Estados sigan habitualmente las cláusulas articuladas en estos modelos OCDE cuando concluyen sus CDIs posee gran relevancia práctica y dota a estos modelos de unos efectos nada desdeñables tanto de cara a la interpretación de estos CDIs como de cara a la coordinación internacional de los diferentes sistemas fiscales estatales.

c) La Constitución española parece situar a los tratados internacionales en una posición de prevalencia frente a la ley interna (art. 96 CE), aunque hay quien piensa que la relación es de especialidad material. Así, se viene entendiendo que los CDIs deben aplicarse imperativamente y de oficio por las autoridades españolas y por los obligados tributarios al constituir el Derecho aplicable, salvo cuando el propio CDI dispusiera otra cosa (lo cual sucede en determinadas ocasiones). Y las disposiciones internas o domésticas que se opongan o contradigan de alguna forma lo dispuesto en los tratados internacionales (los CDIs) deben resultar inaplicadas a favor de lo

dispuesto en tales convenios; tal regla de prevalencia resulta igualmente reproducida en la ley del IRPF (art. 5), en la LIS (art. 3) y LIRNR (art. 4).

No puede dejar de destacarse que la correcta operatividad del sistema convencional requiere que la regulación prevista en los CDIs prevalezca sobre las normas internas que puedan regular o afectar a lo ordenado por tales convenios. La regla de prevalencia salvaguarda así la autonomía y correcta aplicación del sistema de eliminación de la doble imposición encarnado por los CDIs.

Ahora bien, la relación entre las disposiciones previstas en los CDIs y la legislación estrictamente interna no se reduce ni se puede explicar únicamente a partir de tal regla de primacía convencional. Así, por un lado la prioridad o prevalencia de los CDIs sobre el Derecho interno no debe llevar a la conclusión de que los CDIs y el Derecho interno constituyen compartimentos estancos. Por el contrario, entre las normas convencionales y la normativa interna existe una interrelación normativa en el sentido de que complementa la regulación convencional; estamos ante conjuntos normativos que interseccionan para complementarse; por ejemplo, las disposiciones internas reguladoras de los métodos para eliminar la doble imposición dotan de contenido concreto a los principios generales establecidos en el artículo 23 de los CDIs y complementan la regulación convencional allí donde ésta resulta muy genérica o donde simplemente no se ha regulado expresamente una concreta cuestión. En muchos casos resultaría prácticamente imposible la eliminación de la doble imposición internacional si la regulación prevista en el artículo 23 de un CDI no resultara complementada por lo dispuesto en la legislación interna del Estado contratante de residencia del sujeto pasivo.

Por otro lado, para delimitar las relaciones entre los CDIs y la legislación interna también hay que considerar la posición en que están las concretas normas convencionales de que se trate (art. 5 MOCDI) respecto de las normas internas afectadas. Es cierto que el CDI constituye el Derecho aplicable, integra una norma de orden público indisponible y que resulta de obligada observancia por la Administración y los tribunales nacionales. No obstante, tal aplicación prevalente del CDI respecto del Derecho interno se produce fundamentalmente respecto de las normas internas que se encuentran en una posición horizontal respecto de las establecidas en el Convenio (por ejemplo, las que regulan el concepto de EP). Pero tal prevalencia del CDI, en general, no afecta a las normas internas que se hallan en una "posición vertical" respecto de las disposiciones convencionales; ello acontece cuanto las normas internas regulan una materia o cuestión que es previa al convenio, sobre la que pivota el convenio, o que no es regulada por el CDI; ello acontece, por ejemplo, en relación con la delimitación del hecho imponible de los impuestos cubiertos por el CDI; son los Parlamentos nacionales los que establecen a través de su legislación interna qué hechos imposables se someten a imposición por el IRPF, el IS o el IP (SAN de 16 de julio de 2009, rec.216/2007). Los CDIs pueden restringir el ejercicio efectivo del poder tributario por parte de los Estados contratantes, lo cual se articula, principalmente, a través de exenciones tributarias o estableciendo una limitación de tipos de gravamen. Ahora bien, los CDIs con carácter general no recogen cláusulas que contribuyan a delimitar en sentido positivo el hecho imponible de los impuestos de los Estados contratantes, aunque es cierto que desde un punto de vista teórico los CDIs en casos excepcionales sí pueden crear hechos imposables complementarios. Así las cosas, puede afirmarse, con carácter general, que las disposiciones internas que configuran el hecho imponible de los impuestos cubiertos por un CDI (IRPF, IS, IRNR e IP) se encuentran en "posición vertical" frente a las normas de los CDIs; ello significa que tales disposiciones internas configuradoras del hecho imponible son previas a los CDIs o constituyen una suerte de presupuesto sobre el que luego se aplican o pivotan las normas de los CDIs. La ley del IRPF o del IRNR es la que delimita cuál es la materia imponible que el legislador español ha seleccionado para ser sometida a imposición; partiendo de tal selección el CDI delimitará si el Estado español puede o no gravarla y en qué medida puede hacerlo. Nótese en todo caso que tales afirmaciones son válidas respecto de España, atendiendo al sistema constitucional de articulación de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, en otros países, como EEUU o Italia, donde rige un sistema distinto o donde se ha articulado el denominado principio de "no agravación", lo más frecuente es que los CDIs no puedan "agravar" la carga fiscal de los contribuyentes amparados por los mismos en relación con lo dispuesto en la normativa interna; en esta línea, existen algunos pronunciamientos en materia de métodos para eliminación de la doble imposición que aceptan que los contribuyentes opten por los métodos previstos en la legislación interna en lugar de lo establecido en el CDI (SAN de 18 de noviembre de 2008, Rec. 633/2005 , RCT n° 312, 2009). Asimismo, también existen sentencias que confirman regularizaciones tributarias que agravan la posición del contribuyente como consecuencia de la aplicación de un CDI (SSAN de 3 de junio de 2008, Rec. 108/2005 caso Banco Vitalicio de España , y de 18 de diciembre de 2008, Rec.633/2005, Caso BSCH).

Por último, puede resultar interesante traer a colación algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo que enfatizan la fuerza jurídica derivada de las disposiciones de los CDIs y su interrelación con la normativa interna. Así, por un lado, en su STS de 26 de junio de 2000 (RC 5165/1995), declaró que "en virtud del principio iura novit curia dichos preceptos convenidos debieron ser tenidos en consideración en el caso de autos, y no haberlo hecho significa una infracción del ordenamiento jurídico, denunciable como motivo de casación a través del artículo 95.1.4° de la ley jurisdiccional ". Por otro lado, el TS en su sentencia de 18 de mayo de 2005, (RC 754/2000), Caso "Goldman Sach ", delimitó la naturaleza, alcance y efectos de los CDIs en los siguientes términos, a saber:

"A) En cuanto a su objetivo: se pretende con ellos eliminar la doble imposición, y, de modo subordinado, prevenir la evasión fiscal, y procurando evitar la discriminación por razón de nacionalidad.

B) Atendiendo a una naturaleza jurídica son tratados internacionales, a menudo bilaterales y de carácter contractual, sujetos al régimen jurídico establecido en el artículo 96 de la Constitución, con rango de Ley y que regulan un sector específico del ordenamiento.

C) En punto a interpretación ha de estarse a su texto y a la intención de las partes, ofreciendo a tal fin gran ayuda los comentarios que acompañan a los modelos. Además, la interpretación ha de ser preferentemente dinámica, autónoma para cada Convenio.

D) Son de naturaleza omnicomprensiva.

(...). En lo referente a su naturaleza jurídica no se puede olvidar su rango de Ley, su bilateralidad y la especificidad del sector del ordenamiento que regula. El régimen jurídico que le es aplicable es el establecido en el artículo 96 de la Constitución. Ello explica que OOMM aprobadas por los Estados firmantes del Convenio prevalezcan sobre las normas internas de mayor rango (Decretos) de origen unilateral.

Desde el punto de vista de la eficacia es evidente su obligatoriedad y la inaplicabilidad de las normas internas, "para la resolución de las controversias que de ellos se derivan". En parecidos términos véase la SAN de 24 de enero de 2008, Rec. 894/2004 (caso Roche Vitamins). También la DGT se ha hecho eco de esta doctrina del TS en su RDGT de 07-07-2008 (V1410-08), comentada más adelante.

El TEAC ha clarificado que allí donde la Administración tributaria no ha justificado la inaplicación de un CDI a un contribuyente, deben reponerse actuaciones a efectos de manera que éste pueda probar las condiciones de aplicación del convenio (RTEAC de 23 de noviembre de 2006). No obstante, en todo caso el contribuyente que invoque un CDI debe acreditar que cumple los requisitos para su aplicación, lo cual no acontece en casos de letter-box companies sin actividad real y domicilio fiscal aparente (SAN de 4 de mayo de 2007).

"Finalmente, y en punto a la interpretación, ha de tomarse en consideración el texto y la intención de las partes. Constituyen un cuerpo especial y distinto cada uno de los tratados, siendo el Derecho interno la última ratio, para la resolución de los conflictos que de ellos se generen."

d) En el momento actual, la inexistencia, a pesar de las reclamaciones de un sector importante de la doctrina, de una organización tributaria internacional, hace que tal papel sea desempeñado por la OCDE. De ahí que sus trabajos tengan una gran importancia en materia tributaria y, más concretamente, en relación con la interpretación de los CDI. Por esta razón, es preciso considerar la función, desde el punto de vista interpretativo, que corresponde a los Comentarios al MOCDI, como explicación del texto del MOCDI, el cual frecuentemente es tomado como modelo por los CDI de los distintos Estados, ya sean miembros o no de la OCDE.

Como es sabido, la OCDE es una organización internacional, creada por el Tratado de París de 14 de diciembre de 1960, cuyos objetivos son, fundamentalmente, la promoción del crecimiento económico y el comercio internacional. Sus miembros, entre ellos España, son 30 países entre los que se encuentran los más desarrollados del mundo, sin perjuicio de que en sus trabajos participen y expresen su opinión también Estados no miembros (v.gr. éste es el caso del MOCDI y sus Comentarios, sobre el que unos 25 países han expresado, de manera oficial, su posición). La OCDE, por lo que respecta a la materia tributaria, no tiene poderes normativos, se limita a emitir "recomendaciones", que, según las define la propia OCDE, "no son [actos] legalmente vinculantes pero la práctica les atribuye una fuerza moral importante por representar la voluntad política de los Estados miembros y existir una expectativa de que los Estados miembros harán el máximo posible para seguir las Recomendaciones". El propio TEAC ha puesto de relieve que las recomendaciones de la OCDE no constituyen normas jurídicas y, por tanto, no poseen tal efecto, salvo que se incorporen a una norma jurídica (RTEAC de 2-2-2006).

En un primer momento, las distintas versiones del MOCDI y de sus comentarios (1977, 1992, 1995, 1997) adoptaron la forma de Recomendaciones del Consejo de la OCDE. En 1997, se produjo, sin embargo, una novedad importante: la Recomendación del Consejo de 23 de octubre de 1997 relativa al MOCDI introdujo, con respecto a recomendaciones anteriores, una cláusula adicional que autorizaba al Comité de Asuntos Fiscales a proponer de forma periódica las correspondientes modificaciones al MOCDI y sus Comentarios. Con esta nueva cláusula, la OCDE amplía de manera importante el sentido de la Recomendación que hace a los Estados miembros: no sólo se recomienda a estos Estados que realicen esfuerzos para celebrar, con otros Estados, miembros o no miembros, de la OCDE, CDI que sean "conformes" con el MOCDI, tal y como está interpretado en los Comentarios, sino que, además, se recomienda a las administraciones fiscales que sigan los Comentarios al MOCDI, con las modificaciones que se introduzcan, al aplicar e interpretar las disposiciones de los CDIs que estén basados en el MOCDI y se da la instrucción al Comité de Asuntos Fiscales para que continúe con su tarea de revisión y actualización de los Comentarios. Es decir, desde 1997, se autoriza al Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE a realizar cambios en los Comentarios al MOCDI que, con la aprobación del Consejo, que deben ser tenidos en cuenta por los Estados miembros. Las nuevas versiones del MOCDI de 2003, 2005 y 2008,

probablemente, porque afectan a artículos del propio MOCDI y realizan adiciones sustantivas a los Comentarios, fueron aprobados por el propio Consejo de la OCDE.

Desde una óptica puramente internacional, el MOCDI y sus Comentarios son auténtico "soft-law": no poseen fuerza normativa propia pero tienen una indudable vocación de producir efectos en los ordenamientos nacionales. Y, efectivamente, ésta es la pretensión de la OCDE, quién, en la Introducción al MOCDI 1977- 2008, insiste sobre la importancia del MOCDI entre los Estados miembros y no miembros de la OCDE y subraya que los Comentarios se han convertido en una guía ampliamente aceptada para la interpretación y aplicación de los propios CDIs, subrayando la "importancia especial" de los Comentarios para la interpretación de los CDIs tanto para las Administraciones como para los contribuyentes o los tribunales. Por una parte, el MOCDI y sus Comentarios están sometidos dentro de la OCDE a procedimientos que tienden a evaluar y a hacer público en el seno de la OCDE hasta qué punto un Estado miembro cumple con los principios y "normas" que se derivan del MOCDI y sus Comentarios ("peer review" o "peer pressure"). Es decir, aunque no se trata de auténticas normas, el MOCDI y sus Comentarios tienen una importancia fundamental en la práctica internacional: por un lado, la OCDE insiste en la utilización del MOCDI como modelo para los CDI entre miembros de la OCDE, pero también entre Estados miembros y no miembros; por otro, atribuye una importante fuerza interpretativa a los Comentarios al MOCDI en relación con los CDI que sigan el MOCDI. Sin embargo, no debemos olvidar que no se trata de auténticas normas de Derecho internacional con eficacia vinculante para sus destinatarios.

e) Desde la óptica del ordenamiento nacional español, ni el MOCDI ni sus Comentarios tienen la naturaleza de tratado internacional que despliegue sus efectos en el ordenamiento interno, para ello sería preciso que fueran publicados en el BOE, como requiere el art. 96.1 de la Constitución (así lo afirma, por ejemplo, la Resolución del TEAC de 2 de febrero de 2006). En España, los tribunales se refieren frecuentemente a los Comentarios al MOCDI a la hora de interpretar una disposición de nuestros CDIs (v.gr. SSTs de 14 mayo 2000, la Resolución TEAC 9 febrero 2001 y de 7 noviembre 2003), pero quizás llame la atención la fuerza que a los mismos atribuye la doctrina del TS en sus últimas sentencias (v.gr. SSTs 29 julio, de 3 junio y 8 abril de 2000): el Alto Tribunal considera que "la Administración española está incuestionablemente obligada a respetar la interpretación auténtica, acordada en el seno de la OCDE, puesto que no ha formulado reserva alguna", aunque tales criterios de interpretación auténtica "no constituyen normas cuya infracción pueda dar lugar al recurso de casación" (SSTs de 15 julio 2002, de 12 febrero y 15 abril de 2003).

En definitiva, los Comentarios al MOCDI son un elemento importante que tanto la Administración como los Tribunales tienen en cuenta a la hora de interpretar un CDI.

f) La Introducción al MOCDI explica, en primer lugar, que, en el contexto del MOCDI 1977, ya se interpretó que los CDI celebrados de conformidad con el Proyecto del MOCDI de 1963, se debían interpretar, en la medida de lo posible, de acuerdo con los Comentarios del MOCDI 1977. En segundo lugar, ya de una forma más general, el Comité de Asuntos Fiscales entiende que, cuando los artículos del MOCDI permanecen inalterados, los cambios en los Comentarios al MOCDI despliegan sus efectos interpretativos sobre los CDIs anteriores que sigan al MOCDI. Es decir, para la OCDE, los cambios en los Comentarios tienen efectos retroactivos "porque reflejan el consenso de los Estados miembros de la OCDE acerca de la interpretación correcta de las disposiciones existentes y su aplicación a situaciones específicas" (párr. 35 de la Introducción al MOCDI). En parte esto es así, continúa la OCDE, porque los nuevos Comentarios "simplemente clarifican, no cambian, el significado de los Artículos o de los Comentarios" (párr. 36). Además, la OCDE constata que las autoridades de los Estados miembros siguen los principios generales de la OCDE acerca de la aplicación de los comentarios posteriores a los CDI anteriores y, en consecuencia, el Comité de Asuntos Fiscales considera que también puede ser útil para los contribuyentes que consulten las versiones posteriores de los Comentarios al interpretar los CDIs anteriores. En realidad, la posición de la OCDE y del Comité de Asuntos Fiscales a favor de la interpretación ambulatoria o dinámica de los CDIs en relación con los nuevos Comentarios pretende dar respuesta a un problema práctico importante: si se modificaran los propios artículos del MOCDI, este cambio tardaría años, incluso décadas, en generalizarse en la red mundial de CDIs, puesto que habría que esperar a la renegociación de los CDIs existentes para que pudieran seguir los nuevos cambios.

Desde la óptica del Derecho internacional, la posición que defiende la OCDE acerca de la eficacia interpretativa de los nuevos Comentarios sobre los CDIs anteriores puede resultar problemática, especialmente cuando los nuevos Comentarios añaden consideraciones que difícilmente puedan considerarse como meras aclaraciones puesto que tienen un contenido sustantivo propio (v.gr. las modificaciones del año 2000 relativas a "partnerships", las realizadas en 2003 con respecto al uso impropio de los CDIs). En el CVDT, los nuevos Comentarios, si no puede entenderse que tienen un sentido meramente aclaratorio (e incluso en estos casos, cuando el contribuyente adoptara una posición plenamente conforme con el espíritu y finalidad del CDI que no resulta corroborada por las aclaraciones posteriores) no constituyen ni el contexto ni el significado especial de los CDIs más antiguos cuando introduzcan variaciones sustanciales con respecto a los Comentarios al MOCDI de fecha anterior.

En resumen, podemos decir que los Comentarios posteriores sólo producirán efectos sobre los CDIs anteriores cuando: (1) se trate de meras aclaraciones que no añadan un contenido sustantivo nuevo; es decir, los

Comentarios no pueden superar el texto interpretado, lo cual sucede en muchas ocasiones; (2) el texto del artículo del CDI que pretenda ser interpretado con los nuevos Comentarios no haya variado de forma que bajo los nuevos Comentarios tenga un significado sustancialmente distinto al que tenía en anteriores versiones del MODCDI. Lógicamente, el problema principal será cómo distinguir los cambios sustantivos de los meramente formales y no es posible dar reglas apriorísticas con una validez universal. Se trata de una labor que corresponde al intérprete del CDI, comparando el texto del CDI antiguo con el nuevo texto del artículo correspondiente en el MODCDI, los Comentarios antiguos y los nuevos, así como la finalidad del CDI antiguo con los problemas nuevos que tratan de resolver los Comentarios posteriores.

En suma, el intérprete de las CDLs no debe utilizar de forma automática y acritica los Comentarios al MOCDI más modernos como instrumento interpretativo de los CDIs concluidos con anterioridad.

g) Los principios establecidos por la OCDE para atribuir beneficios al EP han experimentado una notable evolución a lo largo del modelo OCDE, en especial en los últimos tiempos. Ello contrasta, sin embargo, con la "estabilidad" del clausulado del propio artículo 7 MOCDI que ha permanecido inalterado a lo largo del tiempo, salvando las modificaciones de estilo y aclaratorias incluidas en la versión de 1977. En este sentido, la evolución que hemos apuntado en los principios de atribución de beneficios al EP se ha construido fundamentalmente a través de los cambios introducidos en los Comentarios al art.7. En este orden de cosas, las principales modificaciones fueron introducidas primeramente en el año 1994, con motivo de la revisión de 1994, tras el informe del Comité Fiscal del mismo año sobre Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes, de cara a incorporar en el art.7 MOCDI los avances y desarrollos de la OCDE sobre el principio de plena competencia. No obstante, lo cierto es que desde 1994 no se llevó a cabo ninguna reforma sustantiva del art.7 MOCDI ni de sus Comentarios (hasta el año 2008, con motivo de la versión 2008 del MOCDI), a pesar de que la OCDE sí estaba desarrollando todo el cuerpo material aplicativo del principio de plena competencia a través de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 1995. Es decir, el principio de plena competencia se estaba desarrollando en relación la tributación de las operaciones entre empresas asociadas, pero tal desarrollo y evolución no se había volcado o trasladado al ámbito del artículo 7 MOCDI, debido a la dificultad para determinar el concreto alcance de tal principio en relación con las operaciones entre el EP y su casa central (las otras partes de la empresa) así como con terceros y otras empresas vinculadas. De esta forma, puede afirmarse que en el ámbito del art.7 MOCDI se aplicaba una fórmula que pasaba por la aplicación matizada del principio de plena competencia para la atribución de beneficios al EP, en tanto que fuera del ámbito del art.7 el principio de plena competencia se aplicaba sin tales matizaciones en relación con las restantes operaciones entre empresas asociadas (distintas de las "operaciones" entre el EP y su casa central, o con otras partes de la misma empresa).

El Informe final OCDE 2008 sobre Atribución de Beneficios al EP, como ya hemos indicado, se hizo público el 17 de julio de 2008. Por lo que se refiere a las reglas generales aplicables a la tributación de los EPs (Parte I), este nuevo informe OCDE 2008 reemplaza (y consolida) a todos los anteriores y profundiza en la aplicación al EP del principio de plena competencia por la vía de la aplicación analógica de las Directrices OCDE 1995 de precios de transferencia, en la misma línea en que se pronunciaban los informes OCDE de 2001, 2004 y 2006. En el informe de 2008, no obstante, se enfatiza la incompatibilidad con el principio de plena competencia de algunos pasajes de los CMC al art. 7 Mod 2005 e incluso de algunos apartados del propio precepto (apartados 4 y 5 del art. 7 MOCDI); igualmente, el informe OCDE fija una interpretación autorizada de los apartados 1 a 3 del artículo 7 MOCDI, a efectos de evitar las interpretaciones asimétricas que actualmente se hacían de los mismos y que generaban problemas de doble imposición y no imposición.

Según la doctrina, dada la profundidad y heterogeneidad de los cambios que se deducen de este informe en relación con la tributación del EP en el marco de los CDIs, el Comité Fiscal OCDE ha ideado un modelo dual de implementación de estas nuevas reglas. Por un lado, se elaboraría durante el 2008 una nueva versión del artículo 7, así como unos nuevos comentarios al mismo, al objeto de establecer un nuevo marco jurídico-tributario para la tributación de los beneficios de los EPs en el marco de los CDIs en línea con la interpretación del principio de plena competencia a la luz de las Directrices OCDE 1995 de precios de transferencia; en concreto, el borrador de la nueva versión del artículo 7 MOCDI se hizo pública el 7 de diciembre de 2008, aunque, debido a la gran cantidad de comentarios críticos realizados sobre tal versión, se ha elaborado una versión revisada del Borrador art.7 MOCDI que se expuso en la página web de la OCDE el 24 de noviembre de 2009 (OECD, Revised discussion draft of a new article 7 of the OECD Model Tax Convention, OECD, November 2009). Se pretendía que esta nueva versión del artículo 7 se incluyera en el MOCDI 2010 y sirva para negociar futuros CDIs y actualizar los existentes por la vía de la modificación del tratado (protocolos); no se pretende, por tanto, que la nueva configuración de la tributación del EP se aplique con carácter retroactivo a través de nuevos comentarios al MOCDI. Y de hecho el MOCDI 2008 (adoptado el 18 de julio 2008) no contiene tal nueva versión del artículo 7 MOCDI y por otro lado, el Comité Fiscal OCDE consideró más apropiado revisar los comentarios al art. 7 MOCDI 2005-2008, con el objeto de clarificar la interpretación consensuada de tal precepto, de suerte que la revisión de los Comentarios del art.7 MOCDI 2008 responde precisamente a esta finalidad; en este caso, no se pretende volcar las conclusiones del informe 2008 en los comentarios al art. 7 MOCDI 2008 en el sentido de aplicar en este ámbito el principio de plena competencia entendido en el sentido de las Directrices OCDE 1995, sino únicamente

modificar los CMC al art. 7 (sin modificar el texto del precepto) fijando la interpretación de sus actuales disposiciones en los términos en que se ha consensuado a nivel OCDE; en principio, tal modificación de los Comentarios no debería entrañar cambios sustantivos respecto de los términos en que está configurado el art. 7 MOCDI, y por ello, se pretende únicamente clarificar su alcance eliminando interpretaciones asimétricas generadoras de doble imposición y doble no imposición. Esta segunda fórmula de clarificación del actual art. 7 MOCDI 2005-2008, en principio, no conlleva la actualización de las reglas de tributación del EP asimilándolas totalmente a las aplicables a las empresas asociadas del art. 9; tal actualización se realizará a través de la futura nueva versión del art. 7 MOCDI 2010 y CMC y resultará aplicable en el marco de los CDIs que se negocien con arreglo a este nuevo modelo. A este respecto, el modelo dual por el que ha optado la OCDE para actualizar las reglas de tributación del EP, por muy lógico y razonable que sea, no deja de plantear problemas de gran alcance. Piénsese, por ejemplo, que la legislación interna de la mayoría de los países OCDE, como España, sigue el enfoque tradicional de tributación del EP, de manera que las relaciones Casa Central-EP no están plenamente asimiladas a operaciones entre personas vinculadas o empresas asociadas, de manera que se aplica de forma muy matizada el principio de plena competencia en este ámbito. Allí donde Estado concluyera un CDI siguiendo el (futuro) nuevo artículo 7 MOCDI (2010) articulando el denominado "enfoque autorizado OCDE" del principio de plena competencia a las relaciones EP con el resto de la empresa de la que forme parte, lo cierto es que tal Estado, cuando menos, tendría en su ordenamiento un modelo dual de tributación del EP; por un lado, existirán las reglas que se han venido aplicando a nivel interno y en el marco de los CDIs concluidos sobre los modelos OCDE anteriores a la nueva versión del art. 7 MOCDI y por otro lado, deberían articularse nuevas reglas para la tributación del EP en el marco de CDIs cuyo artículo 7 siga el nuevo modelo OCDE resultante del informe OCDE 2008 y del MOCDI 2010. Nótese, a su vez, que los cambios que propone la OCDE en el modelo de tributación de los beneficios atribuibles al EP, lejos de simplificar su régimen fiscal, añaden mayor complejidad a su estatuto fiscal por la vía de extender por analogía la aplicación de las Directrices OCDE de Precios de transferencia, cuya aplicación en el ámbito que les es propio -las empresas asociadas- es ya de por sí harto difícil. Este panorama resulta complejo también en el marco de los actuales CDIs que siguen la versión "tradicional" del art.7 MOCDI, dado que la OCDE considera que las conclusiones y principios recogidos en el informe final 2008 sobre Atribución de Beneficios al EP son aplicables en el marco de CDIs concluidos con anterioridad, en la medida en que tales principios no entren en conflicto con los Comentarios vigentes en el momento en que se concluyeron tales convenios. Tal afirmación (recogida en el párrafo 8 del informe OCDE 2008 y en el párrafo 7 de los CMC al art.7 MOCDI 2008) sin duda puede provocar un buen número de conflictos, dado que en ciertas ocasiones no resultará evidente cuándo hay conflicto entre el enfoque tradicional y el enfoque dinámico establecido en el 2008; se repite aquí la problemática de la interpretación dinámica vs estática sobre la que ya nos referíamos anteriormente. A estos efectos, no sólo habrá que atender a los nuevos párrafos añadidos en los CMC al MOCDI 2008, sino a aquellos que han sido eliminados. Existen, a nuestro juicio, algunos elementos donde resulta más claro que se ha introducido un cambio sustantivo o material en los CMC 2008 (véanse los paras.41 y ss de los CMC al art.7 MOCDI 2008, en relación con la atribución de "capital libre" al EP) - la negrita siempre es nuestra - en relación con la posición anterior establecida en los propios CMC en versiones anteriores del MOCDI, lo cual posee implicaciones de cara a su irretroactividad aplicativa. La "regla de conflicto" articulada en el párrafo 7 de los CMC al art.7 MOCDI 2008 no sólo debe aplicarse para establecer la interrelación entre los CMC al art.7 y el Informe OCDE 2008 en relación con la interpretación de las reglas de tributación de los EPs, sino también para limitar los efectos de los nuevos Comentarios añadidos en el año 2008 cuando estuvieran en conflicto con la interpretación dada por los Comentarios a versiones precedentes del MOCDI. Así, resulta evidente que en caso de conflicto prevalecen los Comentarios anteriores (contemporáneos) a los efectos de la interpretación del CDI negociado siguiendo tal versión precedente del MOCDI.

La posición adoptada por el Comité fiscal en 2008 (Art.7 MODCDI e Informe final 2008 sobre atribución de beneficios al EP) ha sido objeto de severas críticas procedentes tanto desde el mundo académico como desde el sector privado. En línea con las consideraciones que acabamos de realizar, se han realizado críticas de forma y de fondo.

Se viene objetando al modelo de implementación "bifásica" o "modelo dual" (piece-meal implementation model) del enfoque autorizado de la OCDE, que pretende implementarse en primer término a través de los CMC al MODCDI 2008 (¿con efectos retroactivos?) y en segundo término a través de un nuevo art.7 MODCDI (2010), al considerarse que ello plantea un buen número de problemas de sede una perspectiva legal y práctica.

En este orden de cosas, se considera que el enfoque tradicional de atribución de beneficios al EP (principio de empresa separada e independencia restringida) y el enfoque autorizado de la OCDE en realidad constituyen dos sistemas distintos de atribución de renta al EP. El primero parte de una aplicación matizada del principio de plena competencia a las operaciones EP-otras partes de la empresa y establece un reparto razonable de gastos/costes entre el EP y la casa central (normalmente sin margen o mark-up), en tanto que el enfoque autorizado pasa por la asignación de activos, funciones y riesgos al EP, el establecimiento de "acuerdos internos/internal dealings", la aplicación analógica de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia y la asignación de capital libre al EP. En este sentido, se considera que el enfoque autorizado OCDE de atribución de

beneficios al EP solo puede aplicarse en el marco de CDIs que lo establezcan expresamente en su art. 7 y que además se requiere legislación interna que regule cómo realizar todo ese complejo proceso de atribución de funciones, activos, riesgos, capital libre, reconocimiento de "acuerdos" y aplicación analógica de las Directrices OCDE. De este modo, se rechaza que el nuevo enfoque autorizado OCDE pueda aplicarse a los CDIs negociados o concluidos con anterioridad al 2008. De esta conclusión resulta que durante un cierto número de años los Estados y sus contribuyentes pueden verse abocados a aplicar dos regulaciones diferentes de atribución de beneficios al EP, lo cual no parece muy razonable y consistente.

En esta misma línea argumental, se critica que el MOCDI 2008 haya incorporado a los CMC Art.7 una "parte" del enfoque autorizado OCDE 2008 y que además se haya establecido la regla conforme al cual el Informe final OCDE 2008 de atribución de beneficios al EP se aplicará en el marco del art. 7 actual en la medida en que no colisione con los CMC actuales. Se considera que tal posición OCDE, cuando menos, plantea dos problemas: por un lado, determinar qué porción del enfoque autorizado OCDE puede ser aplicado en el marco actual del art. 7 (qué parte colisiona y cuál no con los actuales CMCs); y por otro la posibilidad de aplicar (retroactivamente) los CMC 2008 para la interpretación y aplicación de CDIs negociados con anterioridad. Particularmente, se considera que algunas de las nuevas reglas que establecen los CMC 2008 no aportan una mera clarificación sino reglas sustantivas (v.gr, la aplicación analógica de las Directrices OCDE, la asignación de activos, riesgos, capital libre), lo cual debería impedir su eficacia retroactiva. Curiosamente, los CMCs 2008 al art. 7 no tocan la parte de los CMCs que afecta al reparto de costes entre la casa central y el EP en relación las "cesiones" de intangibles o prestaciones de servicios, mientras que el enfoque autorizado OCDE 2008 sí establece matizaciones importantes en este punto. Otra diferencia entre los CMCs 2008 al art. 7 y el enfoque autorizado 2008 se refiere a la prohibición general de la deducibilidad de deudas internas (salvo para bancos), de suerte que en el Mod CDI 2008 hay continuidad sobre las reglas preexistentes, salvo en lo que se refiere a la regla de atribución de capital libre al EP. De esta manera, el Mod CDI 2008 no solo establece una novedad sustantiva respecto de los modelos precedentes sino que tampoco acaba de incorporar plenamente el enfoque autorizado 2008. Llama también la atención la nueva regla que se ha pretendido establecer en el párrafo 48 de los CMCs para evitar los problemas de doble imposición internacional que pueden surgir cuando los dos Estados contratantes utilizan métodos diferentes para atribuir capital libre al EP; tal regla pretende salir al paso de los problemas que plantea la falta de simetría en la atribución de beneficios al EP, pero ha sido muy criticada por su parcialidad (solo se refiere a cuestiones que derivan de diferentes los de atribución de capital libre) y por su regulación sustantiva, de suerte que varios (Alemania, Japón y EEUU.) ya han introducido observaciones en el sentido de que la aplicación de la misma requiere un acuerdo en el marco del procedimiento amistoso. En último análisis, lo que parece terminar estableciendo los CMC al art. 7 MOCDI 2008 es modelo de tránsito hacia el enfoque autorizado en la atribución de beneficios al EP. Ello plantea dudas sobre la aplicación de los CMC 2008 en el marco de CDIs anteriores. Y es que resulta muy dudoso que el modelo de tránsito o las nuevas reglas planteadas de los CMC 2008 (que incorporan además en la medida de lo posible el informe 2008) puedan aplicarse retroactivamente en el marco de CDIs concluidos con anterioridad, en la medida en que estamos ante cambios sustantivos y que requieren no solo un cambio en el tenor del art. 7 sino también legislación interna específica que establezca y regule los nuevos principios y reglas de atribución de beneficios al EP.

El nuevo enfoque autorizado OCDE (parcialmente incorporado en los CMCs art.7 MOCDI 2008) ha sido objeto de severas críticas desde un punto de vista sustantivo.

Por un lado, se considera que el nuevo enfoque intensifica los problemas de aplicación "práctica de la atribución de beneficios al EP generando un mayor déficit de seguridad jurídica, en la medida en que estamos ante un modelo de atribución de beneficios más complejo "técnicamente y más incierto y subjetivo al pivotar sobre un conjunto de asunciones que debe hacer el contribuyente sobre asignación activos, funciones, riesgos, reconocimiento de "acuerdos internos", aplicación analógica de Directrices OCDE al EP, asignación de capital "libre". Se indica que al tratarse de un modelo tan subjetivo en la apreciación de sus elementos estructurales propicia los desacuerdos de la Administración con el contribuyente o entre Administraciones tributarias. Y ello no solo redundaría en un modelo más incierto y que conlleva un menor grado de seguridad jurídica al contribuyente, sino también un modelo donde los problemas de doble imposición internacional por diferente atribución de beneficios al EP en los dos Estados contratantes se agravarán sin que se haya establecido un mecanismo que garantice el principio de simetría y la eliminación de tal doble imposición internacional. En relación con esto último, ya apuntamos más arriba que la solución recogida en el párrafo 48 CMC art. 7 MOCDI 2008 es parcial y dependiente de un acuerdo en el procedimiento amistoso, aunque es cierto que el Borrador de nuevo art. 7 2008 ya la incorpora en su apartado 3 del art. 7. En este sentido, el nuevo enfoque OCDE no termina por garantizar uno de los principales fines de los CDIs que no es otro que la eliminación de la doble imposición internacional. Es cierto, sin embargo, que en el borrador de nueva versión del art. 7 Mod CDI publicada en noviembre de 2009, se ha incluido un apartado 3 cuya finalidad principal es garantizar la eliminación de la doble imposición que puede resultar de una asimétrica atribución de beneficios al EP en los dos Estados contratantes; ahora bien, a pesar de que tal art.7.3 articula una cláusula más garantista que el actual art. 9,2 Mod CDI no cabe excluir que se produzca doble imposición por tal diferente atribución de beneficios al EP.

Por otro lado, el enfoque autorizado ha sido también puesto en tela de juicio sobre la base de una serie de argumentos que mencionamos:

Se ha indicado que el nuevo enfoque autorizado OCDE puede resultar incompatible con el principio de capacidad económica recogido a nivel Constitucional en el ordenamiento de muchos países. Así, se considera que tal enfoque autorizado puede conducir al reconocimiento y gravamen de una renta totalmente ficticia, en la medida en que tal renta deriva de una ficción fiscal y además una persona no puede obtener ni generarse renta alguna haciendo negocios consigo misma (véase en este sentido las sentencias de tribunales canadienses (Imperial Oil case) y australianos (Max Factor case)).

El nuevo enfoque autorizado también puede plantear problemas desde el principio de no discriminación del art. 24.3 MODCDI, así como considerando el principio de no discriminación comunitario en la medida en que una empresa residente en un Estado no es gravada por la transferencia de activos (o cesión de bienes) a una "rama de negocio" que forma parte de la misma empresa.

El nuevo enfoque autorizado carece de una clara orientación de política fiscal, en la medida en que no resultan previsibles sus consecuencias de tipo recaudatorio para los dos Estados contratantes.

El nuevo enfoque autorizado no lleva hasta sus últimas consecuencias la personificación del EP, en relación con su consideración como residente del Estado en el que está situado, ni tampoco se reconoce tal personificación a nivel de exacción de retenciones en origen en los "pagos" del EP a las otras partes de la empresa.

El nuevo enfoque autorizado requiere la articulación de un conjunto de normas a nivel interno que regulen el proceso de atribución de beneficios al EP, no resultando suficiente la previsión de tal nuevo modelo en los CMCs o en el propio art.7 MODCDI. Debe regularse a nivel interno cómo debe hacerse la asignación de funciones, activos y riesgos, cómo reconocer los acuerdos internos, cómo aplicar analógicamente las Directrices OCDE, el método de asignación de capital libre, cómo resolver los problemas de doble imposición derivados de atribuciones no simétricas de beneficios al EP.

De los documentos OCDE sobre atribución de beneficios al EP no cabe extraer una posición clara de las autoridades españolas sobre el enfoque autorizado, al no haber incluido ninguna observación al mismo ni en relación con el art. 7 MOCIDI 2008. En este sentido, podría inferirse una posición alineada con el nuevo enfoque OCDE de atribución de beneficios al EP.

Respecto de la posición de la legislación española en esta materia, lo cierto es que, a nuestro juicio, puede resultar confusa. Por un lado, se ha establecido la aplicación del principio de plena competencia en el art.16TRLIS y art.15.2 TRLIRNR en relación con las "operaciones" entre el EP y la casa central (y otras partes de la empresa, y otras personas vinculadas). Sin embargo, no se ha establecido cómo debe realizarse la aplicación de los métodos de determinación de precios de mercado ni de las propias Directrices OCDE en materia de precios de transferencia. Tampoco se ha establecido cómo debe realizarse la asignación de activos, funciones y riesgos al EP, ni cómo hay que reconocer los acuerdos o internal dealings EP-Casa central ; esta situación de desregulación, sin duda, resulta criticable por la inseguridad jurídica que deriva del mismo, sin mencionar los problemas que pueden derivarse desde una perspectiva constitucional de legalidad tributaria. Por otro lado, el art. 18. TRLIRNR establece importantes restricciones a la deducibilidad de gastos en la base imponible del EP situado en España, lo cual puede resultar contrario (o debe inaplicarse) al art.7.3/art.24.3 MODCDI, así como al principio comunitario de no discriminación. Tampoco se ha establecido un método de dotación o atribución de capital libre al EP, aunque es cierto que el art.18.1 .c) TRLIRNR (art. 17.1 del IRNR) establece la no deducibilidad de los costes financieros incurridos por la entidad para obtener capital propio, aunque esté afecto, directa o indirectamente, al EP; nótese que tal precepto refiere al coste de capitales propios de la entidad y no establece un sistema de atribución o de asignación de capitales propios al EP, entre otras razones porque el art.18.1 del TRLIRNR excluye la deducibilidad de los intereses en la base imponible del EP, salvo en el caso de bancos extranjeros, que es el supuesto hoy enjuiciado, tal como luego reseñaremos.

Así las cosas, el modelo de tributación del EP es diferente según exista no un CDI, de suerte que cuando media CDI el art.7 incide de forma relevante en la determinación de la base imponible del EP. No obstante, la normativa española no regula un conjunto de cuestiones claves para la determinación y atribución de beneficios al EP (tanto cuando este esté situado en territorio español como cuando esté localizado en el extranjero); en particular, no se ha regulado cómo se aplica el principio de plena competencia, ni el método de atribución de capital libre al EP . Aunque un CDI siguiera el MOCIDI 2008 resultaría muy dudoso mantener que los contribuyentes deben aplicar el "modelo de tránsito" previsto en los CMC art.7 MOCIDI 2008, dado que la norma española no ha sido modificada implementando los principios derivados de tal modelo, cuando menos desde una perspectiva de legalidad tributaria y seguridad jurídica. Es decir, consideramos que en los CDIs concluidos con anterioridad al MOCIDI 2008 (el informe final OCDE 2008 sobre atribución de beneficios al EP), el modelo de atribución de los beneficios al EP que debe aplicarse es el modelo tradicional de independencia restringida y de aplicación matizada del principio de plena competencia, tal y como se refleja en los CMCs art.7 anteriores a 2008 . Más dudosa puede ser la situación de los CDIs que se concluyan siguiendo el MOCIDI 2008, aunque pensamos

que la aplicación del nuevo modelo de transito basado en el enfoque autorizado pasa por el establecimiento de normas a nivel interno que delimiten cómo debe aplicarse este nuevo sistema de atribución de rentas al EP. Los principios de legalidad y seguridad no parecen permitir que las reglas del nuevo modelo de atribución de beneficios al EP resulten de CMCs al MOCDI y mucho menos de un informe OCDE (a pesar de que tal informe pueda considerarse parte de los CMC al MODCDI 2008).

En este mismo contexto, debe ponerse de relieve la asimetría de trato fiscal que existe en el ámbito de la imposición directa y en el IVA en relación con las operaciones casa Central-EP; la STJCE de 23 de marzo de 2006, Asunto FCE Bank, C-210/04, ha clarificado la inaplicación del principio de empresa separada e independiente del MOCDI a los efectos del IVA en las operaciones entre la Casa Central y el Establecimiento Permanente. Esta sentencia aborda la cuestión de tributación en el ámbito de la Sexta Directiva del IVA de las prestaciones de servicios (back office) realizadas por la Casa Central de un banco a favor de sus establecimientos permanentes en el extranjero sobre la base de un acuerdo de reparto de costes. La práctica italiana enjuiciada en el presente asunto se basaba en la consideración del carácter oneroso de las prestaciones para someterlas al IVA, con independencia de que la operación tuviera lugar en el marco de una misma persona jurídica. El Gobierno portugués defendía la misma posición de sujeción al IVA de la operación sobre la base de la unidad económica y patrimonial propia de los establecimientos permanentes. La Comisión se opuso a esta interpretación a partir de lo dispuesto en el art. 4 de la Sexta Directiva en el sentido que son sujetos pasivos los que realicen una actividad económica de carácter independiente. A partir de esta consideración, el TJCE consideró que una sucursal bancaria no desarrollaba una actividad independiente en relación con la de su Casa Central, ya que no asume personalmente los riesgos económicos derivados del ejercicio de la actividad crediticia. En suma, el TJCE declaró que la Sucursal de una sociedad no residente carece de autonomía y, por consiguiente, no existe relación jurídica alguna entre ellas de manera que deben considerarse un único y mismo sujeto pasivo con arreglo al art. 4.1 de la Sexta Directiva. En este sentido, cabe destacar que el Tribunal de Justicia rechazó la incidencia del principio de empresa separada e independiente que regula la tributación de las operaciones entre la casa central y el EP en el marco del MOCDI y los convenios de doble imposición que lo siguen. Sin duda, esta dualidad de enfoques fiscales viene a intensificar la complejidad intrínseca de la tributación de las operaciones entre la casa central y el EP, la cual, dicho sea de paso, está lejos de resultar clara tanto a nivel nacional como internacional.

Expuesto lo anterior, el recurso debe ser estimado en base a los siguientes razonamientos:

1) Esta Sala se encuentra, en primer lugar, por concretar, a que obedecen los intereses que no se consideran deducibles por la Inspección.

Según ésta, pag. 5/ de 24 del Acuerdo de liquidación de 2003, (folio 32 del expediente), corresponden "9.698.644.51 €, en concepto de menor gasto por intereses de capitales prestados por sociedades terceras y vinculadas, como consecuencia de la calificación de una parte de los recursos prestados por sociedades terceras y vinculadas, como consecuencia de la recalificación de una parte de los recursos prestados por dichas sociedades terceras y vinculadas, en Capital libre".

Consta en la pág. siguiente de dicho Acuerdo.

"Recursos propios anotados en libros de la Sucursal española:

Activos y pasivos, contingentes ponderados por el coeficiente de riesgo correspondiente a su estado medio: 1.879.000.000 euros. (...)

Las operaciones pasivas se han contratado en parte con la entidad vinculada ING Diba Ag, con domicilio en Alemania: financiación obtenida de esta entidad por importe de 4.050.000.000 euros" En el mismo sentido, pag. 6 de 19 del Acuerdo de liquidación del ejercicio 2002.

La recurrente en su escrito rector alega, sin embargo, que se trata de intereses pagados por ING a sus clientes titulares de la "Cuenta Naranja", y esta afirmación no resulta combatida por la representación del Estado.

2) La actora, y así lo reconoce la Administración, puede operar, de acuerdo con la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de entidades de crédito y a su ejercicio, traspuesta al derecho interno -en lo que se refiere a los recursos propios- por la Circular 5/1993, de 26 de marzo, del Banco de España, sobre determinación y contenido de los recursos propios mínimos, en el ámbito financiero en España con cobertura de la autorización concedida a ING Bank NV, por la Autoridad competente holandesa, sin necesidad de dotación de capital en España, toda vez que a ING Bank NV, se le exige el cumplimiento del "ratio de solvencia" coeficiente de "recursos propios mínimos" en Holanda, según lo dispuesto en el artículo 40.3. de la mencionada Directiva 2000/12/CE, a nivel consolidado.

3) La demandante, no está obligada, como también reconoce la Inspección, al depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil y de hecho no formula cuentas a título individual, correspondiendo a ING Bank NV la obligación de presentar cuentas anuales.

En cuanto a los requerimientos de recursos propios mínimos, exigidos por la normativa bancaria al Grupo ING, es la entidad ING Bank NV, la obligada al cálculo de los mismos y en definitiva la responsable del cumplimiento de las obligaciones de índole bancaria cuya supervisión es competencia del Banco Central Holandés.

4) A través del coeficiente de solvencia (proporción existente entre los fondos propios y los activos y pasivos contringentes representativos de compromisos con terceros de las entidades financieras) la autoridad monetaria se asegura que el capital en las entidades financieras responda al principio de "Capital suficiente", en el sentido de que dicho capital pueda absorber las pérdidas de la actividad.

El Grupo ING tiene un volumen de recursos propios, en sede consolidada, superior a los requerimientos mínimos exigidos por el artículo 47 de la Directiva 2000/12/CE y la Norma Duodécima de la Circular 5/1993.

5) La Sucursal en España esta correctamente capitalizada a nivel económico.

6) La interpretación dinámica de los Convenios o de los Modelos de Convenio solo es posible siempre que respecto de los originales, como reconoce el TEAC, no haya "diferencias sustanciales" o de fondo entre unos y otros, y en el caso, de autos, como ha quedado reseñado, en el Convenio de 2008, y el Informe de 2006, se introducen novedades de calado respecto de la cuestión que nos ocupa, es decir del capital libre - free capital-.

Y ello no supone ignorar en modo alguno el criterio sentado por el T.S. en Sentencia de 11 de junio de 2008, RC 7710/2002 , referido a una problemática distinta - una cláusula de elusión prevista en el artículo 17.2. Modelo de Convenio de 1992 para evitar la doble imposición sobre la Renta- teniendo en cuenta que allí se cuestionaba la tributación del contribuyente en 1995 y los Comentarios al Modelo de Convenio con Holanda eran de 1992.

A la misma problemática se refería la STS de 13 de abril de 2011, RC 456/2006 y en la que la devolución de ingresos indebidos era la correspondiente al ejercicio 1999. La sentencia del Tribunal Supremo Holandés citada en las resoluciones del TEAC, es derecho extranjero y ni siquiera ha sido aportada al recurso.

Y recalando nuestras argumentaciones, no cabe considerar que el paso de una atribución de beneficios, tomando como base el principio de empresa separada con beneficio empresarial, a partir de la propia contabilidad, a la prevalencia del análisis funcional, es decir, del análisis de funciones, activos y riesgos, pueda considerarse una matización en los términos expuestos. Es la propia Administración la que reconoce (folio 15 de 19 sobre el Acuerdo de liquidación del ejercicio 2002 y folio 18 de 24 del Acuerdo de liquidación del ejercicio del 2003), que el artículo 7 del Convenio hispano holandés no prevé expresamente una corrección sobre el resultado contable del establecimiento permanente fundamentada en la afectación de una parte del capital o fondos propios de la Casa Central al obligado tributario, ni tampoco lo hacen los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE vigentes en los periodos impositivos sujetos a regulación.

Lo contrario supondría atentar contra los principios de irretroactividad de las normas, confianza legítima y buena fe (artículos 2.3 , 7.1 Cc , y 3.1 de la ley 30/1992).

Y es que no ha de olvidarse, como expone la demanda, que en base al principio de empresa separada, en los ejercicios 2002 y 2003, la Casa Central atribuyó a la Sucursal los recursos necesarios para operar en España, recursos que se revelaron suficientes durante ese periodo, cubriendo así las pérdidas incurridas en dichos ejercicios de manera efectiva.

Es con la introducción en el ejercicio 2006 del análisis funcional cuando se atribuye un capital a los solos efectos fiscales derivados de las funciones, activos y riesgos. Ello ha determinado que se modifique en el 2010, el Modelo de Convenio, lo que no habría tenido lugar si el cambio no conlleva la trascendencia que aquí reseñamos.

7) Y si como antes indicábamos, haciendo referencia al reconocimiento de este extremo por la Inspección, resulta que es el Banco Central Holandés el que debe vigilar la cifra de capital de las entidades bancarias y sus Sucursales a lo largo de toda su existencia, todo ello en un marco europeo armonizado, no tiene sentido que otros organismos supervisores, refiriéndonos a los españoles, comprueben la ratio de solvencia de las entidades financieras asentadas en dicho espacio comunitario.

8) La Administración afirma que la asignación de una cifra de capital en la sociedad provoca que la recurrente no hubiera actuado conforme al principio de libre competencia, pero no aporta prueba alguna de dicha alegación, ni acredita cómo se conducen otras entidades financieras que se desarrollan como aquella, o cómo se desenvuelven entidades de esta naturaleza con sede en un país de la Unión Europea que operan en otro a través de Sucursales.

9) Como ya reseñamos anteriormente, la normativa nacional no permite negar la deducibilidad de los intereses hoy discutidos.

El artículo 17,1, del IRNR, Ley 41/1998, de 9 de diciembre , racione temporis aplicable, establecía en lo que ahora interesa:

"1º La base imponible del establecimiento se determinará con arreglo a los principios del régimen general del Impuesto sobre Sociedades, sin perjuicio de lo dispuesto en las letras siguientes

a) Para la determinación de la base imponible no serán deducibles los pagos que el establecimiento permanente efectúe a la casa central o a alguno de sus establecimientos permanentes en concepto de cánones, intereses, comisiones, abonados en contraprestación de servicios de asistencia técnica o por el uso o la cesión de bienes o derechos.

No obstante lo dispuesto anteriormente, serán deducibles los intereses abonados por los establecimientos permanentes de bancos extranjeros a su casa central o a otros establecimientos permanentes, para la realización de su actividad".

Añadiendo posteriormente en su apartado c)

"En ningún caso resultaran imputables cantidades correspondientes al coste de los capitales propios de la entidad afectos, directa o indirectamente, al establecimiento permanente"

En el supuesto de autos, y con la salvedad a la que hacíamos referencia en el punto 1 de este Fundamento de Derecho, es claro que nos encontramos en el apartado a) del mencionado artículo 17.1 del IRNR.

En este sentido deviene plenamente aplicable la Consulta en la DGT de 1272-98 de 13 de julio de 1998 citada por la recurrente, al igual que en las resoluciones recurridas, aunque en estas se arguya, para discutir su eficacia, que no es vinculante y no se refiere al Convenio con Holanda ni al Modelo de Convenio y Comentarios al artículo 7, vigentes en el periodo de consulta, argumentos que no resultan relevantes para esta Sala.

10) En el apartado 2 del artículo 17 del IRNR se establece "2. Las operaciones realizadas por el establecimiento permanente con su casa central o en otros establecimientos permanentes del contribuyente, ya estén situados en territorio español o en el extranjero, o en otras sociedades o personas a él vinculadas, se valorarán con arreglo a las disposiciones del artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades."

Y si anteriormente hemos hecho referencia a que no estamos en presencia de capitales propios, es decir, de una utilización de capital propio por parte de la Sucursal, -cesión de activos de la Casa Central a la Sucursal- pues todo el riesgo de las operaciones propias de esta las asume la Casa Central, respondiendo esta con todo su patrimonio de las pérdidas de aquel y dicha Casa ha emitido una garantía sobre todas las deudas del EP, según lo dispuesto por el Código de Comercio Holandés, afirmación recogida en el escrito rector (pag 52) y no combatida en la contestación de la demanda, resulta de una parte que la aplicación del párrafo segundo del artículo 17 del IRNR no resulta posible.

De otra, la cita del artículo 16 del la Ley 43/1995 tampoco resulta pertinente pues era a la Administración a quien correspondía probar que esos "intereses" pagados -según la Administración a la Casa Central y según la parte a sus clientes, reiteramos- no se han realizado a precio de mercado, prueba que, en el caso de autos, no se ha producido.

Así lo reconoce -en cuanto a la carga probatoria- el Acuerdo de liquidación del ejercicio 2003, pag 20/de 24, al referirse al Informe A/2/3/08 de la S.G.D.L.

La referencia al artículo 20 de la LIS, que no es invocado directamente como fundamento de regularización practicada, tampoco devendría suficiente pues en las resoluciones recurridas al hablar de su aplicación respecto de los supuestos de un trato discriminatorio por aplicación de la normativa antesubcapitalización, lo ciñen a que concurren dos circunstancias, la existencia de "un montaje permanente artificial con fines exclusivamente fiscales" y que "demostrada la existencia de tal montaje, la referida legislación -incluyendo tanto la normativa nacional, como la comunitaria- solo califique dichos intereses como beneficios distribuidos en la medida en que superen los que se habían acordado en condiciones de libre competencia", extremos estos que, en absoluto, derivan del supuesto hoy enjuiciado.

Y es que hoy estamos ante un supuesto de Sucursal de una entidad financiera extranjera con un tratamiento específico en el artículo 17.1.a) apartado segundo del IRNR.

11) El principio de empresa independiente debe ser también matizado, pues una Sucursal o un EP, a diferencia de la filial no tiene personalidad jurídica propia e independiente de su Matriz o Casa Central.

y 12) En realidad, el fundamento de la regularización se basa en la necesidad de que las entidades financieras se sometan a una disciplina de índole fiscal, de manera que responda al concepto de empresa separada e independiente, todo ello para evitar un trato más favorable, en el ámbito de la fiscalidad del país de acogida, que las entidades residentes en España que operan en el sector financiero, a las que sí se les exige una determinada disciplina en relación con la composición de sus fuentes de financiación a efectos de la determinación de su base imponible, no resulta aceptable partiendo en este caso de la propia normativa antes citada, la Directiva 2000/12 CE, el artículo 53.1. de la Ley 26/88, de 29 de julio, Ley de Entidades de Crédito y el artículo 9.3 del Real Decreto 1245/95 de 14 de julio que establecen "que la apertura en España de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro estado miembro de la Comunidad Europea no requerirá autorización previa, ni dotación específica de "recursos".

En suma, haciendo nuestros los términos de la Consulta - antes reseñada - de la DGT, de 1272-98 de 13 de julio "En consecuencia, en la medida en que la sucursal o establecimiento lo es de una entidad bancaria, los intereses abonados a la central serán deducibles", procede estimar íntegramente el recurso interpuesto.

Quinto.

Con arreglo al artículo 139.1 de la Ley LJCA de 29 de julio de 1998 procede imponer las costas a la Administración demandada, con arreglo al criterio del vencimiento.

FALLO

En atención a lo expuesto y en nombre de Su Majestad El Rey, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de la entidad ING DIRECT, N.V. SUCURSAL EN ESPAÑA , contra las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de 30 de mayo y 26 de junio de 2012, a que las presentes actuaciones se contraen, las cuales anulamos por no ser conformes a derecho, con las consecuencias legales inherentes a la declaración, incluidas la devolución de las cantidades pertinentes en relación con la autoliquidación del IRNR correspondiente al ejercicio 2003, con devolución de los intereses de demora correspondientes, aplicando lo establecido en los artículos 31 y 125 de la L.G.T. de 2003 , y con imposición de costas a la Administración demandada.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.