

EL RÉGIMEN FISCAL
DE LOS ESTABLECIMIENTOS
PERMANENTES DE ENTIDADES
FINANCIERAS EN ESPAÑA

AMELIA MAROTO SÁEZ

**EL RÉGIMEN FISCAL
DE LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES
DE ENTIDADES FINANCIERAS EN ESPAÑA**

AMELIA MAROTO SÁEZ



MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES
Madrid, 2015

© Instituto de Estudios Fiscales

Todos los derechos reservados. No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor.

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

Las opiniones expresadas pueden no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

Diseño de portada: Miguel Ángel Aguilar Martín (IEF)

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Depósito Legal: M-33046-2015

I.S.B.N.: 978-84-8008-385-0

N.I.P.O.: 634-15-033-6

Edita: Instituto de Estudios Fiscales

Avda. Cardenal Herrera Oria, 378

C. P. 28025 Madrid (España)

Tel.: 91 339 89 02 - Fax: 91 339 89 68

www.ief.es

Impresión y maquetación: Dagaz Gráfica, s.l.u.

INDICE

	<i>Páginas</i>
ABREVIATURAS	11
PRÓLOGO, por Néstor Carmona Fernández	13
INTRODUCCIÓN	17
Capítulo 1. ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES SITUADOS EN ESPAÑA.	23
1. Introducción.....	23
2. Definición de establecimiento permanente	24
2.1. Ámbito mercantil. Sucursal	24
2.2. Ámbito fiscal. Establecimiento permanente	26
2.2.1. Normativa interna.....	26
2.2.2. Normativa comunitaria.....	28
2.2.3. Normativa convenida	28
3. Apuntes contables y fiscales sobre las operaciones realizadas entre entidades vinculadas.....	32
4. Atribución de beneficios a establecimientos permanentes	37
4.1. Planteamiento general	37
4.2. Normativa interna	40
4.3. Normativa convenida.....	42
4.3.1. Versión Modelo OCDE, de 17 de julio de 2008.....	44
4.3.2. Versión Modelo OCDE, de 22 de julio de 2010.....	49
4.4. Tributación de las rentas del establecimiento permanente en el Estado de la fuente.....	57
5. Operaciones entre casa central y establecimiento permanente.....	60
5.1. Clasificación de las operaciones realizadas entre casa central y establecimiento permanente.....	61
5.1.1. Operaciones consideradas desde el punto de vista de la actividad desarrollada por la casa central	61
5.1.2. Operaciones consideradas desde el punto de vista del objeto	67
Capítulo 2. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE ENTIDADES FINANCIERAS	77
1. Introducción	77
2. Constitución de entidades financieras y de sucursales	77

2.1.	Entidades financieras constituidas en España	77
2.2.	Establecimientos permanentes de entidades de crédito autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea	79
2.2.1.	Normativa comunitaria	79
2.2.2.	Normativa interna	81
2.3.	Establecimientos permanentes de entidades de crédito autorizadas en Estados terceros	83
2.3.1.	Normativa comunitaria	83
2.3.2.	Normativa interna	83
3.	La actividad de la casa central y la actividad del establecimiento permanente	84
4.	El capital y sus funciones	87
4.1.	Función operativa o de explotación	87
4.2.	Función de garantía	88
4.3.	Función contable	89
5.	El capital en las entidades financieras	89
5.1.	La <i>ratio</i> de solvencia	90
5.2.	Normas que regulan la <i>ratio</i> de solvencia	92
5.2.1.	Normativa marco internacional	92
5.2.2.	Normativa comunitaria	102
5.2.3.	Normativa interna	106
5.3.	Recursos propios computables a los efectos de la determinación de la <i>ratio</i> de solvencia	113
5.3.1.	Recursos propios. Normativa bancaria	113
5.3.2.	Recursos propios. Ámbito mercantil	115
5.3.3.	Recursos propios. Ámbito contable	116
5.3.4.	Recursos propios. Ámbito fiscal	117
5.4.	Cálculo de los requerimientos de recursos propios mínimos	119
5.4.1.	Áreas de riesgo a cubrir	120
5.4.2.	Ejemplo práctico de cálculo de los requerimientos de recursos propios mínimos	121
Capítulo 3. ATRIBUCIÓN DE CAPITAL LIBRE AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE		129
1.	Introducción	129
2.	Argumentos que avalan la atribución de capital libre a EP	130
3.	Cuantificación de la cifra de capital libre. Métodos	138
3.1.	Método de imputación de capital. Párrafos 98/105, parte II Informe OCDE (2010)	139
3.2.	Método de imputación de capital económico. Párrafo 106, parte II Informe OCDE (2010)	141
3.3.	Método de subcapitalización. Párrafos 107/111, parte II Informe OCDE (2010)	141

3.4. Método de <i>safe harbour</i> o <i>quasi</i> subcapitalización. Párrafos 112/115, parte II Informe OCDE (2010)	143
4. Elección de método para atribuir capital libre al establecimiento permanente.....	144
5. Ajuste en concepto de intereses no deducibles por la utilización de capitales ajenos. Estado de la fuente	146
5.1. Ejemplo numérico	148
5.2. Normas de cobertura para practicar el ajuste	150
5.2.1. Normas de cobertura internas.....	150
5.2.2. Normas de cobertura convenidas	159
6. Ajuste en el Estado de residencia.....	166
6.1. Ejemplo numérico	168
6.2. Normas de cobertura.....	172
6.2.1. Normas de cobertura comunitarias.....	172
6.2.2. Normas de cobertura convenidas	174
7. Ajustes mediante procedimiento amistoso.....	176
7.1. Norma comunitaria	176
7.2. Norma convenida.....	178
7.3. Norma interna	181
8. Asignación de capital a establecimientos permanentes cuando la sociedad financiera autorizada en un Estado comunitario tiene sucursales y filiales en Estados comunitarios y no comunitarios	185
9. Eficacia temporal de la atribución de capital libre a establecimientos permanentes. ¿Nuevo criterio de interpretación?	188
9.1. Informe OCDE (1984), «La imposición de las empresas bancarias multinacionales».....	189
9.2. Informe OCDE (1993), «La atribución de rentas a establecimientos permanentes».....	192
9.3. Norma interna	195
9.4. Norma convenida.....	196
9.4.1. Modelo Convenio OCDE, versión (2005)	196
9.4.2. Modelo convenio OCDE, versión (2008).....	197
10. Práctica administrativa española y pronunciamientos de tribunales.....	199
10.1. Actuaciones de la administración tributaria.....	199
10.1.1. Actuaciones de comprobación.....	199
10.1.2. Acuerdos previos de valoración.....	200
10.1.3. Procedimientos amistosos	202
10.2. Tribunales Administrativos y de Justicia.....	204
Capítulo 4. EXPERIENCIA DE ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS Y DE CAPITAL LIBRE A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES EN EL DERECHO COMPARADO	211
1. Introducción	211

	<u>Páginas</u>
2. Estados miembros de la Unión Europea	212
2.1. Dinamarca	212
2.2. Francia	213
2.3. Países Bajos	216
2.4. Reino Unido	223
2.5. Bélgica	225
2.6. Portugal	228
3. Estados terceros	231
3.1. Estados Unidos	231
3.1.1. Convenio Estados Unidos/España	239
3.1.2. Convenio Estados Unidos/Reino Unido	240
3.2. Canadá	241
CONCLUSIONES	243
BIBLIOGRAFÍA	257

Prólogo

El paisaje de la fiscalidad internacional presenta con toda probabilidad su momento de mayor hervor y agitación en estos últimos años y no se espera que esa tendencia decaiga sino que se agudice incluso en un futuro próximo.

En el marco de la normativa doméstica viene produciéndose un casi natural ajeteo dispositivo, cuyos últimos exponentes hallan cabida en las Leyes 26 y 27 de 2014 y su desarrollo reglamentario en julio de 2015. Y este hecho debe unirse el número creciente de tratados fiscales bilaterales en vigor, nuevos y renegociados, de capital importancia en la delimitación del alcance efectivo de la fiscalidad transfronteriza de rentas, junto con la también permanente actualización de la doctrina de la OCDE —los cruciales Comentarios al Modelo de Convenio, la última de las cuales es de julio de 2014— en la que descansa su interpretación.

Y, cómo no, el influjo de los aires comunitarios —en términos normativos, «casi normativos» (códigos de conducta, recomendaciones, etc.) o jurisprudenciales—, no cesa de soplar; la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como vigilante de la compatibilidad de las normas fiscales dictadas por cada Estado que puedan pugnar con los principios que presiden los Tratados comunitarios en materia de no discriminación, percute cada vez de modo más potente sobre las legislaciones nacionales.

Pero el gran protagonista más reciente es el denominado Proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) contra la erosión de bases y el desplazamiento o deslocalización de beneficios) asumido por la OCDE/G20, que a su vez se inscribe en un contexto más complejo en buena medida a causa de los considerables avances producidos o por producirse en el marco de la transparencia e intercambio de información (Acuerdos FATCA con EEUU, Estándar de Intercambio automático en el marco del Foro Global de Transparencia, intercambio y comunicación de *tax rulings*, etc.), o los que pueden generarse en otros escenarios dentro o fuera de la UE. De hecho, hay significativas acciones que en paralelo con BEPS se encuentran en desarrollo en el marco comunitario: recomendaciones sobre planificación fiscal agresiva, el paquete de medidas anunciado en junio de 2015, comprendiendo incluso la reactivación de los trabajos sobre la base imponible común consolidada, etc.

El Proyecto BEPS, en el que las autoridades fiscales de nuestro país tienen una activa participación, está pretendiendo adoptar posibles soluciones (modificación de determinados estándares normativos, recomendaciones legislativas y doctrinales diversas que incluso pudieran tomar cuerpo a través de un pretendido instrumento o convenio multilateral) ante el cúmulo de desajustes (y el rechazo social consiguiente) derivados de la existencia de estructuras de planificación fiscal «excesivas» o agresivas, a

las que, con frecuencia, se han dado respuestas administrativas que, a juicio de algunos, pudieran también ser consideradas en exceso contundentes. Con las acciones de BEPS se pretende, entre otras metas, evitar supuestos de manifiesta desimposición o infraimposición (ocasionados por el uso tendencioso o artificioso de las normas domésticas o bilaterales).

Pues bien, precisamente una de las caras del poliedro BEPS —la Acción 7—, y una de las más relevantes (y en buena parte de la Acción 1), es aquella en la cual se abordan las distorsiones prácticas a la noción de establecimiento permanente y a las reglas de atribución de beneficios a dichos establecimientos.

Que este último extremo, que por otra parte quiere referirse a modelos operativos ajenos al estrictamente propio de las entidades financieras, quede para abordar en 2016 (y no se cierre en diciembre de 2015, fecha de conclusión de la primera oleada BEPS), pone de manifiesto la trascendencia de la figura del establecimiento permanente y de la asignación adecuada de una base de imposición a dichas estructuras o formas de operar en que una entidad no residente no genera un sujeto jurídico diferente de sí misma sino que desmembra una porción de su «empresa» ubicándola en otra jurisdicción.

Que, por otra parte, aspectos financieros conflictivos (deducibilidad de gastos financieros, valoración de operaciones y actividades financieras en materia de precios de transferencia, etc.) sean objeto de atención también en otras acciones del Proyecto BEPS, subraya la trascendencia de la temática objeto de la obra aquí prologada.

El estudio que aborda Amelia Maroto se adentra en un territorio trufado de conflictos interpretativos y aspectos polémicos y que no ha sido hasta la fecha tratado monográficamente: las pautas para construir el beneficio sometido a imposición cuando se trata de entidades financieras no residentes que operan con establecimientos permanentes situados en España.

Partiendo de una imprescindible aproximación a la noción de establecimiento permanente, la obra se adentra en el análisis de la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes tanto desde la perspectiva de la normativa doméstica como de la contenida en los convenios para evitar la doble imposición, prestando especial atención a las operaciones entre los establecimientos permanentes y su cabecera empresarial o casa central.

El estudio luego se demora en las singularidades de la normativa propia de las entidades financieras desde el ámbito regulador, haciendo hincapié en un aspecto nuclear en la materia: el papel que desempeña el «capital libre» en el desarrollo de la actividad financiera y, en concreto, los motivos que reclaman la exigencia de dicho grado de capitalización «propia» en los establecimientos permanentes, y las diferentes maneras de alcanzar su determinación.

Los frutos de la práctica administrativa y los desencuentros en tribunales entre Administración y contribuyente tratándose de esta materia, son asimismo expuestos.

La obra se cierra con un recorrido sobre los pronunciamientos del Derecho comparado en la materia.

La relación de Amelia Maroto con la fiscalidad internacional viene de antiguo. Pertenece al reducido grupo, casi secta, de pioneros en la práctica y en el estudio de esta área de la tributación en España. Ya a finales de los años ochenta aparecía alguna de sus publicaciones sesgada hacia este ámbito. Y esa inclinación no ha desaparecido sino que, como refleja este libro, se ha potenciado con el paso del tiempo.

Ese rasgo —la permanente inquietud y curiosidad intelectual— es una de las virtudes que adornan a la autora: a la faceta científico-narrativa se unen otras como las de conferenciante habitual e infatigable asistente a cuantos actos o cursos de formación juzgue de interés. Diríase que no conociera la pereza o la autocomplacencia.

A su formación inicial como economista hasta llegar a doctorarse en Derecho, le acompañan un ingente reguero de hitos formativos que demuestra su versatilidad y amor al conocimiento. Desde su salto desde el Cuerpo de Contadores del Estado al de Inspección de Hacienda del Estado ha nadado siempre con mucho estilo y realizado trabajos muy reconocidos.

A sus tareas habituales, incluida la docencia, suma otras de alcance más institucional: en la actualidad ostenta la Presidencia de la Fundación para la Promoción de Estudios Financieros

En su amplio recorrido profesional, con un marcado acento en el ejercicio de funciones inspectoras, el tiempo y la terca realidad le han asignado la vitola de experta no sólo en el entorno de la fiscalidad internacional, sino también en el área financiera.

Ambas potencialidades se funden en el trabajo que aquí ve la luz, y en el que se ve reflejada su amplia experiencia y conocimiento en dichos ámbitos, y su minuciosa y sistemática capacidad de análisis. Y por todo ello es una suerte para el lector disfrutar del estupendo producto consecuente, que se abre tras esta página.

Néstor Carmona Fernández
Julio 2015

Introducción

Este volumen reproduce el contenido de la Tesis Doctoral defendida por su autora el 13 de febrero de 2015, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Las únicas variaciones respecto de su original han sido, por un lado la eliminación, para facilitar la lectura, de determinados apartados del Capítulo 2 referidos a la evolución de los Acuerdos de Capital de Basilea, de manera que se recoge exclusivamente el Acuerdo de Capital actualmente en vigor, Basilea III; de otro, para incluir las modificaciones normativas acaecidas hasta 31 de julio de 2015.

Como indica el título del libro, la investigación se focalizó en los Establecimientos Permanentes (EP) financieros, si bien que la mayoría de sus conclusiones pueden aplicarse a EP que trabajan en cualquier otro sector económico, y el motivo fue debido a que el sector financiero ofrece oportunidades de estudio muy diversas, entre otras razones, porque las entidades financieras hace mucho tiempo que superaron el enfoque de actividad local para alcanzar metas más ambiciosas al hilo de la globalización..

Así, en el ámbito financiero se esconden importantes cuestiones jurídicas que distan mucho de estar completamente resueltas y que son merecedoras de un análisis global y sistemático, precisamente por su repercusión en la determinación de la responsabilidad tributaria en España, tanto de las entidades financieras residentes, como de los EP de entidades financieras residentes en el extranjero. Estas cuestiones se han puesto en evidencia a través del estudio de diferentes aspectos:

- El ámbito territorial en que las entidades financieras desenvuelven sus actividades, que va más allá del estrictamente nacional, actuando en el extranjero a través de filiales y de EP.
- El encaje de la actividad financiera en las disciplinas jurídicas que les son propias, tales como, bancaria, mercantil, contable y fiscal, algunas con marcadas diferencias de las que afectan a otras actividades económicas sujetas a una reglamentación menos rígida.
- El dinamismo del sector, en el que continuamente se están innovando activos, pasivos y derivados financieros cada vez más sofisticados, que precisamente por esta sofisticación no son apropiados nada más que para un público avisado y entendido. A su vez las operaciones sobre instrumentos financieros derivados pueden realizarse con carácter especulativo —lo que entraña un riesgo que las entidades han de ser capaces de evaluar— o para cobertura de riesgo de determinadas operaciones principales —que se realizan normalmente para limitar las pérdidas que pudieran generar las operaciones principales—.

—La regulación de la actividad financiera, que ha llevado al regulador en los últimos tiempos y más concretamente a raíz de la crisis económica iniciada en 2007, que puso de manifiesto el fracaso de la función supervisora, a una intensa y continuada labor de vigilancia de los niveles mínimos de capital de las entidades financieras, ajustando los mismos casi en tiempo real. Esto se ha realizado a través de una sucesión de normas, la mayoría, con una vigencia muy limitada, pues no daba tiempo a asumir un nivel de capital establecido en una norma, cuando era necesario hacer otro retoque, promulgando otra. Como resultado de esta frenética actividad, las entidades financieras se han visto abocadas a reforzar su *ratio* de solvencia, fortaleciendo sus niveles de recursos propios tanto en términos cuantitativos —aumento de fondos propios— como cualitativos —instrumentos de deuda con naturaleza de capital con capacidad de absorber pérdidas¹—.

A título de ejemplo de cuestiones controvertidas, se señalan:

1. ENTIDADES FINANCIERAS AUTORIZADAS EN ESPAÑA

Las entidades forman sus recursos propios, de acuerdo con la normativa bancaria, no solo con acciones, sino también con pasivos financieros, siempre que los mismos reúnan ciertos requisitos, instrumentos denominados pasivos con naturaleza de capital. A diferencia de la calificación otorgada a los mismos por la normativa bancaria, estos instrumentos desde la perspectiva del Derecho mercantil, del Derecho contable y del Derecho fiscal se califican como recursos ajenos. De ahí la calificación fiscal de su retribución a los efectos del Impuesto sobre Sociedades (IS) como gasto fiscalmente deducible, diferente a la calificación fiscal que se otorga a los dividendos que retribuyen los recursos propios, los cuales no gozan de esa consideración.

Sin embargo, es la diferente calificación de un mismo instrumento financiero en dos Estados lo que provoca asimetrías fiscales, cuando su retribución está llamada a tener consecuencias en los dos Estados; este escenario puede provocar problemas de desimposición.

Basta analizar un instrumento financiero calificado como pasivo en el Estado del prestatario, en tanto que en el Estado del prestamista el mismo instrumento se considera capital para darse cuenta de la magnitud del problema. La retribución del instrumento en el primer Estado se califica como interés y en consecuencia deducible en el IS, en tanto que en el Estado del prestamista la misma retribución se considera dividendo y en consecuencia ingreso tributable, por lo que el prestamista demandará deducción por doble imposición, ya que parte del hecho de que, de acuerdo con la calificación del instrumento, su retribución en el Estado de la fuente ha sido objeto de imposición.

¹ Anteriormente los instrumentos de deuda cualificados para formar el capital regulatorio de las entidades financieras no eran aptos para absorber pérdidas.

Este ejemplo pone de manifiesto la problemática de una adecuada calificación de los instrumentos utilizados por cualquier entidad para financiarse —no es solo un problema de las financieras—, tanto en el plano mercantil como en el fiscal y la necesidad de evitar desimposiciones cuando la financiación rebasa las fronteras del Estado receptor de la misma².

2. ENTIDADES RESIDENTES EN ESPAÑA. CONSOLIDACIÓN CONTABLE Y FISCAL CON SUS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES EN EL EXTRANJERO

El campo de estudio, en este caso, abarca, entre otras, las siguientes cuestiones:

—Determinadas operaciones que afectan exclusivamente al EP se anotan en libros de la Casa Central (CC), pero no en libros del EP.

Este modo de conducirse repercute en la cuantificación de la renta generada por el EP en el extranjero, sobre la cual debe evitarse la doble imposición en España, aplicando la deducción por doble imposición internacional prevista en la normativa correspondiente, bien convenida o interna. Pues bien, las entidades por lo general, no en todos los casos, consideran que la renta respecto de la que se tenía que evitar la doble imposición debe coincidir con el resultado contable del EP, cuando a veces realmente este no daba la representación exacta o imagen fiel del valor añadido por el EP, por cuanto se habían obviado determinados ingresos y gastos —normalmente gastos— que se habían reconocido a la CC, calculando una deducción por doble imposición incorrecta.

De hecho, esta práctica contable se produce, fundamentalmente, cuando se trata de un gasto del EP que carece de cobertura deducible en el Estado de la fuente, pero que la norma del Estado de residencia obliga a contabilizar, por ejemplo: deterioro de activos. Otro ejemplo se relaciona con los sueldos del personal desplazado al Estado de la fuente, sueldos que necesariamente son altos si la entidad desea desplazar a su personal más experimentado al extranjero, una parte importante de estas retribuciones se contabiliza en libros de la CC, cuando la normativa laboral del Estado de ubicación del EP no permite unas retribuciones tan elevadas para la categoría del personal desplazado.

—Ausencia de capital contable en el EP.

Este hecho aparece avalado por la normativa bancaria, cuando se trata de EP de entidades autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea —también para EP de entidades autorizadas en Estados terceros, a cambio de reciprocidad— ya que la autorización o licencia para ejercer actividades financieras dada en un Estado de la Unión Europea permite la constitución de sucursales en cualquier otro Estado miem-

² Tanto la OCDE, en el ámbito de la actuación multilateral BEPS, en la Acción 2 «Híbridos», como la Unión Europea en el Foro de «Híbridos» abordan estos problemas, con el objetivo de evitar desimposiciones o dobles deducciones.

bro, sin necesidad de autorización adicional y sin necesidad de dotación de capital. Ello lleva a unos balances del EP un tanto curiosos, pues la cifra de recursos ajenos alcanza niveles muy elevados dentro del pasivo del EP, sin embargo el EP está capitalizado, en la medida en que lo está la entidad de la que forma parte, habida cuenta que todas las entidades financieras, sin excepción, han de disponer de una cifra de recursos propios mínimos durante toda su vida, cifra que depende de los riesgos asumidos en la realización de sus actividades y que se controlaba y supervisaba, hasta el 4 de noviembre de 2014, por parte del regulador del Estado de autorización, de ahí que se permita que las sucursales bancarias puedan trabajar en el Estado de situación sin dotación de capital.

A partir del 4 de noviembre de 2014, el Banco Central Europeo —BCE— desempeña la competencia de supervisión de las entidades merecedoras de la calificación de «entidades significativas» de la zona Euro, competencia que ejerce con el apoyo de los Supervisores nacionales, que además llevan a cabo la supervisión del resto de entidades financieras autorizadas en sus respectivos Estados. En lo que respecta a España, este cambio en el ámbito de la supervisión financiera ha supuesto que 15 grupos de entidades de crédito que representan más del 90% del volumen de activos del sistema financiero español estén bajo la supervisión del BCE.

—Capitalización del EP, a nivel fiscal, en su Estado de ubicación.

Como norma general, en las declaraciones por Impuesto sobre beneficios presentadas en el Estado de localización del EP se observa que la base imponible del EP aparece corregida por una determinada cantidad que viene a representar el montante de intereses por el uso de capitales ajenos que no tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible del Impuesto y que, en definitiva, viene a corregir la subcapitalización del EP en fuente. En los casos en que no se corrige por el contribuyente, se suele corregir por la Administración fiscal.

3. EP EN ESPAÑA DE ENTIDADES FINANCIERAS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO

Las cuestiones que merecen ser objeto de estudio, por su relación con la fiscalidad de los EP, son:

—La opción de contabilizar las operaciones —todas o algunas— de acuerdo con la norma contable del Estado de autorización de su CC, en lugar de contabilizar conforme a las normas recogidas en la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros. Ni que decir que la contabilización de las operaciones con arreglo a la norma contable del Estado de residencia también debe pasar por el tamiz de las normas del IS, ya que en ningún caso por esta vía se puede deducir un gasto o no hacer tributar un ingreso en el Impuesto sobre la Renta de No Residen-

tes (IRNR) que con arreglo a la norma española fuesen no deducible o tributable, respectivamente³.

- La *ratio* de solvencia de la sucursal, cuya vigilancia es competencia del Supervisor que la ostenta respecto de la entidad financiera de la que el EP es parte.
- Los bajos niveles de capitalización, amparados por la normativa bancaria, en determinados casos, aspecto íntimamente relacionado con el mencionado en el párrafo anterior.

La mayoría de estas cuestiones y alguna más fueron clave para profundizar en ellas y desarrollarlas en la Tesis Doctoral, por cuanto las mismas son determinantes para cuantificar en el IS la deducción por doble imposición en España de las rentas generadas por EP de entidades autorizadas en España situados en el extranjero, así como para determinar la responsabilidad tributaria en el IRNR de los EP en España de entidades financieras autorizadas en el extranjero.

De hecho, la experiencia demuestra que los contribuyentes residentes en España, aunque cumplen puntualmente sus obligaciones fiscales tanto en España como en los Estados donde localizan EP, en algunas ocasiones, no son rigurosos en sus cálculos, precisamente porque no dan importancia a las cuestiones apuntadas, dado que se trabaja con cifras consolidadas, por lo que es muy posible que el Impuesto sobre beneficios calculado en el Estado de la fuente no responda a la capacidad económica generada por el EP en dicho Estado, como tampoco en España se calcula con exactitud el IS. El pago global de impuestos en la mayoría de las ocasiones puede ser correcto, pero no su distribución entre los Estados con derecho a los mismos. La situación espejo de esta es la de la entidad autorizada en el extranjero y su EP en España.

Siguiendo el esquema de la Tesis Doctoral, en este volumen se analiza la atribución de beneficios al EP, con especial atención a los siguientes puntos:

- El tratamiento que debe darse a las operaciones realizadas entre CC y EP, que a diferencia de las que tienen lugar entre entidades no vinculadas apoyadas formalmente en contratos, requieren de un minucioso análisis para detectar si lo que se presenta como una operación interna tiene sustancia económica suficiente para catalogarla como tal o no.
- La incidencia de la ausencia de capital contable en el EP en la atribución de beneficios al mismo, con arreglo al principio de plena competencia.
- El cumplimiento por parte del EP del mandato contenido en el artículo 18.1.c) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (TRLIRNR), que se refiere a la no deducibilidad, por la vía directa o indirecta, de la retribución de los capitales propios.

³ La Circular 4/2004, constituye el Plan General de Contabilidad adaptado al sector financiero.

El objetivo de la Tesis Doctoral fue analizar si la ausencia de capitalización o la deficiente capitalización de un EP son incompatibles con el mandato contenido en la norma convenida y en la interna de atribuir beneficios al EP con arreglo al «principio de libre competencia», con el resultado último de recortar los ingresos tributarios del Estado de la fuente —erosión de las bases imponibles del Estado de la fuente—, en beneficio de los ingresos tributarios del Estado de residencia —aumento de las bases imponibles en el Estado de residencia—.

Para ello se ha profundizado en el análisis de: 1) la necesidad de capitalizar a los EP⁴, siquiera a niveles mínimos y 2) las operaciones realizadas entre la CC y el EP, dada la ausencia de contratos e inclusive de objetivos opuestos entre ellos que garanticen un precio de mercado en sus operaciones, como presupuesto inexcusable para atribuir beneficios al EP, de acuerdo con el principio de plena competencia y de rebote, calcular correctamente su responsabilidad tributaria.

El volumen se ha estructurado en cuatro Capítulos, finalizando con las conclusiones de la Tesis Doctoral.

⁴ De hecho, estos estudios se iniciaron con el trabajo desarrollado para acceder al Diploma de Estudios Avanzados, en el que se expusieron las líneas generales de la atribución de beneficios y capital libre a EP y los problemas que ello acarrea. Y aunque en dicho trabajo se apuntaron algunas ideas para su solución, lo cierto es que las diversas cuestiones tratadas eran merecedoras de un análisis más profundo, lo que se ha llevado a cabo con la tesis doctoral, incluyendo en la misma otras cuestiones relativas al mismo tema que no fueron objeto de estudio en dicho trabajo.