

TRIBUTACION

EL MERCADO UNICO FINANCIERO Y SUS  
IMPLICACIONES FISCALES EN LA  
ESFERA INTERNACIONAL

N.º 250

TRABAJO EFECTUADO POR:

---

**EDUARDO GRACIA ESPINAR**

---

*Analista Fiscal Internacional en «Arthur Andersen,  
Asesores Legales y Tributarios y Cía, S.R.C.»*

---

**1.º Premio Revista *Estudios Financieros* 1993.**

**Modalidad: *Tributación.***

## *Sumario:*

### I. Introducción.

### II. La nueva regulación de la actividad financiera: El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.

1. La libre circulación de capitales como punto de partida.
2. Las libertades de establecimiento y de prestación de servicios financieros.

### III. La tributación internacional de las anteriores modalidades de actividad bancaria en el Mercado Unico Financiero a partir del Modelo de Convenio de la OCDE, con especial referencia a la regulación española.

1. Introducción.
2. El concepto de beneficio empresarial.
3. El concepto de establecimiento permanente de una «entidad de crédito» o «establecimiento financiero» en España.

### IV. Conclusiones.

Anexo I. Lista de actividades que se benefician del reconocimiento mutuo.

Anexo II. Requisitos exigidos para el reconocimiento mutuo de las entidades financieras.

Bibliografía.

TRIBUTACION	<b>EL MERCADO UNICO FINANCIERO Y SUS IMPLICACIONES FISCALES EN LA ESFERA INTERNACIONAL</b>	N.º 250
-------------	--	---------

**«En lo que se refiere a la construcción europea, no creer en la posibilidad de la utopía es ser poco realista».**

*Walter Hallstein*

## I. INTRODUCCION

El proceso de creación del Mercado Unico Europeo tras la ratificación del Acta Unica Europea (1) por todos los Estados Miembros de las Comunidades Europeas (en adelante, CE) ha supuesto, o supondrá en los próximos años, la eliminación de gran número de obstáculos para la completa realización de las cuatro grandes libertades establecidas en el originario Tratado de Roma.

Así, el artículo 8 A del mismo (introducido por el art. 13 del Acta Unica) configura el mercado interior en su párrafo segundo, al señalar que «...implicará un espacio en sus fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado». Este mercado deberá haber sido instaurado tras un período que terminará el 31 de diciembre de 1992, según el párrafo primero del mismo artículo, aunque en la práctica simplemente se han puesto las bases de lo que, con el tiempo, será un auténtico mercado único.

De entre las múltiples medidas propuestas para la consecución del Mercado Unico Europeo, ocupan un lugar muy destacado aquellas destinadas a la desregulación y liberalización del sector financiero (en suma, a la creación del Mercado Unico Financiero) debido a su importancia e influencia en las economías de todos los Estados Miembros (2).

(1) DOCE n.º 2.169, de 29 de junio de 1987.

(2) Según el «Informe Cecchini» sobre «El coste de la no Europa», el valor añadido generado por los sectores de crédito y seguro representaba, en 1985, en torno al 6,5% del Producto Interior Bruto de la CE.

Las modificaciones previstas en las Directivas Comunitarias en este campo y especialmente, las libertades de establecimiento y de prestación de servicios financieros (3) van a suponer cambios importantes en el sector en todos los países, unificando el mercado financiero y mejorando su competitividad; afectará, por ende, al resto de las empresas establecidas en las CE, en cuanto que verán reducirse el coste de su financiación ajena por la mayor competencia que estas medidas traerán consigo, e influirá incluso en la dirección de la política macroeconómica de aquéllos, forzándolos a establecer las disposiciones que favorezcan la convergencia económica europea.

Por otra parte, y desde una perspectiva tributaria, las modificaciones que se avecinan son de primera magnitud. De hecho, razones de índole fiscal han provocado recortes en la desregulación planteada originariamente por la Comisión de las CE, debido al enorme peso recaudatorio que posee la actividad financiera en todos los Estados. Aun así, las medidas que éstos habían de implantar antes del 1 de enero de 1993, y que, en el caso de España se espera sean aprobadas por las Cortes durante el primer semestre de 1993, tienen repercusiones importantes desde una óptica fiscal que han de ser cuidadosamente analizadas, teniendo en cuenta la especificidad del negocio financiero, no sólo a la luz de la legislación fiscal interna española, sino especialmente de los tratados para evitar la doble imposición ratificados por España en el ámbito de las CE y de los Comentarios interpretativos al Modelo de Convenio de la OCDE.

Con este objetivo, se estudia en primer lugar la regulación comunitaria que hace posible el Mercado Unico Financiero y el Proyecto de Ley que la transpondrá al ordenamiento interno español, para posteriormente centrarse en las implicaciones fiscales en la esfera internacional que comportará este nuevo mercado, haciendo diversas remisiones a la legislación fiscal española en este campo cuando resulte apropiado.

## **II. LA NUEVA REGULACION DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA: EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACION DE SERVICIOS**

A continuación se expone el origen de la regulación creadora del Mercado Unico Financiero, íntimamente ligada a la liberalización de los movimientos de capitales, y los puntos clave que explican el contenido de las nuevas libertades en este campo, tanto desde la perspectiva comunitaria como desde la española.

---

(3) Regulados en la Primera Directiva Bancaria (77/780, de 12 de diciembre, DOCE L n.º 322/30, de 17 de diciembre) y la Segunda Directiva Bancaria (89/646, de 15 de diciembre, DOCE L n.º 386/1, de 30 de diciembre).

## 1. La libre circulación de capitales como punto de partida.

### 1.1. El Tratado de Roma.

El artículo 61.2 del Tratado de Roma establece que «la liberalización de los servicios bancarios ... vinculados a los movimientos de capitales se realizará en armonía con la liberalización progresiva de la circulación de capitales».

El negocio bancario está precisamente basado en la recepción de fondos del público, con la obligación de su restitución, para aplicarlos por cuenta propia a operaciones activas de crédito y a otras inversiones. Consecuentemente, las libertades de establecimiento y de prestación de servicios financieros son impensables si previamente no se establece un espacio económico en que los capitales puedan circular con total libertad, sin sujeciones a controles de cambios o controles relativos a la nacionalidad de las inversiones.

El vínculo existente entre ambos conceptos, así como la regulación comunitaria vigente en materia de movimiento de capitales hasta 1990 impidió la liberalización de los servicios financieros que ahora entra en vigor.

En efecto, los artículos 67 a 73 del Tratado de Roma, reguladores de la libertad de circulación de capitales, no establecían obligaciones liberalizadoras a los Estados Miembros, a diferencia de lo dispuesto para las otras tres grandes libertades comunitarias, sino que más bien suponían una declaración de principios por la que los Estados se comprometían a procurar el mayor grado posible de libertad en este ámbito.

Estas precauciones de los Estados Miembros tenían mucho que ver con la íntima relación existente entre esta libertad y sus decisiones soberanas en materia de política económica, tanto en el aspecto monetario como en el tributario, y se reflejaban en las numerosas cláusulas de salvaguarda previstas en el Tratado (4). Aun así, la Directiva 88/361, de 24 de junio (5), que liberaliza los movimientos de capitales en las CE, establece en su artículo 3 un nuevo procedimiento de restricción de esta libertad en casos de crisis monetaria.

En este sentido, ya en 1981, el Fundamento 9.º de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las CE (en adelante TJCE) en el asunto «Casati» (6), tras precisar que «...la libre circulación de capitales constituye, como la de personas, mercancías y servicios una de las libertades fun-

(4) *Vid.* artículos 70, 73, 104, 108 y 109 del mismo.

(5) DOCE L n.º 178/5, de 8 de julio.

(6) Sentencia de 11 de noviembre de 1981, AS. 203/80 «Recueil 1981».

damentales de la Comunidad ...» y que «... la libertad de ciertos movimientos de capitales es en la práctica una condición del ejercicio eficaz de las otras libertades garantizadas por el Tratado ...» indicaba que «... sin embargo, los movimientos de capitales presentan igualmente lazos estrechos con la política económica y monetaria de los Estados Miembros. En el estado actual, no podemos excluir que la libertad completa de todo movimiento de capital pueda comprometer la política económica de algún Estado Miembro o provocar un desequilibrio de su Balanza de Pagos, alterando así el buen funcionamiento del Mercado Común».

De ahí que, a diferencia de lo dispuesto respecto a las otras libertades, el artículo 67 del Tratado de Roma sólo obligase a liberalizar los movimientos de capitales «... en la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común».

### *1.2. Las Directivas de desarrollo.*

La falta de aplicación directa del artículo 67 permitía a los Estados regular la liberalización de la circulación de capitales mediante Directivas. Así la Primera Directiva, de 11 de mayo de 1960, estableció un primer avance en este campo, luego acelerado por las modificaciones introducidas en 1962 y 1986.

Al abrigo de esta tímida liberalización se aprobaron las Directivas 73/183 (7) y 77/780 (8). En la primera de ellas se abriría la puerta al libre establecimiento y la libre prestación de servicios por cuenta propia de bancos y otras entidades financieras en otros Estados Miembros en lo relativo a movimientos de capitales liberalizados por la Directiva de 11 de mayo de 1960 (especialmente inversiones directas y de cartera), obligando asimismo a cada uno de los entonces Estados Miembros a eliminar ciertas restricciones legislativas que afectaban a esta primera liberalización.

Sin embargo, es la Directiva de 12 de diciembre de 1977, la Primera Directiva Bancaria, la que puso las bases del proceso liberalizador, reconociendo su Exposición de Motivos que sus disposiciones debían limitarse por el momento a indicar las condiciones mínimas que todos los Estados Miembros debían respetar en lo referente al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio y especialmente en materia de aprobación de la constitución de entidades de crédito. Además, sujetaba a aprobación previa por la autoridad competente de cada Estado Miembro el establecimiento en su territorio de sucursales de entidades de crédito constituidas en otros Estados Miembros, y no se refería en ningún momento a la posibilidad de

(7) DOCE L n.º 194/1, de 16 de julio.

(8) *Cit. supra* (3).

captación de recursos del público en un Estado por entidades establecidas en cualquier otro, es decir, sin necesidad de establecerse en el primero mediante la apertura de una sucursal, por lo que se entendía que esta posibilidad de actuación no quedaba abierta en la entonces vigente normativa comunitaria.

La siguiente fase en este proceso tiene lugar con la aprobación de la Directiva 88/361, de 24 de junio (9), que vino a establecer la libertad total de movimientos de capitales a partir del 1 de julio de 1990 para nueve de los Estados Miembros, y en el caso de España a partir del 1 de enero de 1993, aunque nuestro país anticipó a febrero de 1992 dicha liberalización, si bien posteriormente las crisis monetarias de septiembre y octubre obligaron a restablecer temporalmente ciertas medidas restrictivas dirigidas a las entidades de crédito, en un intento de eliminar los movimientos especulativos en contra de la peseta. La liberalización propugnada por el acervo comunitario se completó con la nueva regulación aprobada en julio de 1992, de las inversiones extranjeras en España y de las inversiones españolas en el exterior.

Esta Directiva respondía a la introducción por el Acta Unica del artículo 8 A en el Tratado de Roma y abrió las puertas a la aprobación de la Segunda Directiva Bancaria de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio y por la que se modifica la Primera Directiva Bancaria. La Segunda Directiva, entre otras cuestiones, impone a sus destinatarios la adopción de las medidas necesarias para la consecución de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios financieros en todo el ámbito de las CE.

En el caso de España, el Tratado y Acta de Adhesión a las CE (10) obligaba a nuestro país a la adopción de la regulación comunitaria entonces vigente en esta materia, aunque le permitía imponer diversas trabas al establecimiento de entidades de crédito extranjeras (limitando el número de oficinas que podían abrir cada año en España) y a la captación de recursos financieros por aquéllas en España (limitando el porcentaje de recursos ajenos que podían obtener en el mercado no interbancario, lo que encarecía el coste de su pasivo), en ambos casos hasta el 31 de diciembre de 1992, fecha final en el período transitorio de integración en las CE.

Estas medidas quedaron reflejadas en el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio (11), posteriormente modificado por la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito (12).

---

(9) *Cit. supra* (5).

(10) Tratado de Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la CEE y a la CEEA, hecho en Lisboa y Madrid el 12 de junio de 1985.

(11) BOE n.º 155 de 30 de junio.

(12) Ley 26/88, de 29 de julio (BOE n.º 182 de 30 de julio).

Ambas leyes constituyen el armazón regulatorio básico del ejercicio de la actividad financiera en España, en la medida en que definen el concepto de «entidad de crédito» y de actividad financiera y establecen las condiciones de ejercicio de ésta. Así, y en lo que a estas condiciones respecta, prohibían a toda persona el ejercicio en territorio español de las actividades reservadas a las entidades de crédito sin haber obtenido la preceptiva autorización e inscripción en los correspondientes registros. De esta forma, quedaba prohibida la captación de recursos del público desde otros Estados Miembros, puesto que era necesario ser autorizado por el Estado español y quedar inscrito en el correspondiente registro del Banco de España, lo que conllevaba la necesidad de establecerse en territorio español, ya fuera mediante la apertura de una sucursal o la constitución de una filial, en ambos casos con la pesada carga de las restricciones operativas vigentes hasta el 31 de diciembre de 1992.

No obstante, la plena liberalización de las transacciones con el exterior adoptada por el Reglamento sobre Transacciones Económicas con el Exterior (13) que entró en vigor el 1 de febrero de 1992, ponía en entredicho la prohibición de captación de recursos ajenos en territorio español desde otros Estados Miembros en la medida en que los residentes en España podían obtener financiación sin limitaciones temporales o cuantitativas de cualquier «entidad de crédito» establecida fuera de España.

Es el Proyecto de Ley de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (14) el que permite la adecuación de la normativa en esta materia al régimen de transacciones diseñado por la nueva regulación de las transacciones con el exterior y el que, aunque con un apreciable retraso, permitirá el cumplimiento de nuestros compromisos con las CE en lo relativo a la creación del Mercado Unico Financiero.

## **2. Las libertades de establecimiento y de prestación de servicios financieros.**

### *2.1. La Segunda Directiva Bancaria.*

Esta norma es el fruto de un compromiso adoptado por todos los Estados Miembros con vistas a la consecución de un mercado financiero único. Sus disposiciones, en parte ambiguas a consecuencia de los en ocasiones radicalmente opuestos puntos de partida de las diferentes delegaciones, abarcan un amplio abanico de medidas cuya aplicación, hoy por hoy, queda restringida a las entidades residentes en cualquiera de los Estados Miembros, y que incluyen,

(13) Real Decreto 1816/91, de 20 de diciembre (BOE n.º 310 de 27 de diciembre).

(14) BOC n.º 125-1 Serie A, de 19 de enero de 1993.

entre otras, la armonización de las condiciones de autorización de las entidades de crédito, las normas sobre relaciones con terceros países, las relativas a la armonización de las condiciones del ejercicio de la actividad y las disposiciones reguladoras del libre establecimiento y la libre prestación de servicios, que son las que se analizan a continuación.

#### 2.1.1. El concepto de «entidad de crédito» frente al de «entidad financiera».

Es ésta una primera novedad de la Segunda Directiva. En efecto, la Primera Directiva, junto al resto de las normas hasta ahora en vigor, sólo regulaban la actividad de la «entidad de crédito», definida en su artículo 1 como una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.

Sin embargo, la Segunda Directiva amplía el ámbito de aplicación, al afectar no sólo a la «entidad de crédito», sino igualmente a la «entidad financiera». Así, mientras el concepto de «entidad de crédito» no varía, el artículo 1 de la Segunda Directiva define la «entidad financiera» como una empresa, distinta de una entidad de crédito, cuya actividad principal consiste en adquirir participaciones o en ejercer una o varias actividades de las que se enumeran en los puntos 2 a 12 de la lista anexa.

De acuerdo con dicha lista, recogida en el ANEXO I a este trabajo, una «entidad financiera» puede realizar todas las actividades mencionadas en la misma, excepción hecha de la captación de depósitos u otros fondos reembolsables, reservada a las entidades de crédito.

Es decir, la diferencia básica radica en que las entidades de crédito, pudiendo realizar todas las actividades de las entidades financieras, mantienen un pasivo en su balance compuesto en gran medida por recursos procedentes del público, mientras que las entidades financieras se configuran por la especialización en la realización de ciertas operaciones de activo.

En la medida en que sus recursos ajenos no pueden proceder mayoritariamente del público, y teniendo en cuenta las condiciones que han de cumplir para disfrutar de las libertades de establecimiento o prestación de servicios (véase el ANEXO II), estas últimas entidades resultan ser en la práctica filiales de grupos financieros, especializadas en la realización de una o varias de dichas operaciones, según lo que establezcan la ley nacional que las regule y los estatutos de las mismas.

En consecuencia, es de primordial importancia definir el concepto de «captación de recursos o de otros fondos reembolsables» para distinguir los conceptos de «entidad de crédito» y «entidad financiera» y, sin embargo, frente a lo detallado de sus normas en otros

aspectos, la Segunda Directiva no regula una definición de la captación de recursos, por lo que, en el ámbito comunitario, se configura como un concepto jurídico indeterminado que deberá ser integrado por la legislación de cada Estado Miembro.

La carencia de homogeneidad en este aspecto supone, sin duda alguna, una falla fundamental del Mercado Unico Financiero. Al delegar en la legislación interna su definición, se deja en manos de los Estados Miembros la posibilidad de atraer inversiones de este tipo simplemente mediante la flexibilización de su concepto, con lo que las decisiones de inversión se podrían adecuar más a razones de orden legal que a motivos de índole económica o de mercado, en busca de ordenamientos que permitan a una «entidad financiera» realizar actividades que en otros Estados quedan reservadas a una «entidad de crédito».

Ha de tenerse en cuenta, llegados a este punto, que los requisitos exigidos para la armonización de las condiciones de autorización establecidas en la Segunda Directiva sólo afectan a las entidades de crédito, pero no a las entidades financieras, por lo que la exigencia de aportar un capital mínimo de, en general, cinco millones de ecus (o superior, si así lo exige la legislación nacional) sólo afecta a la primera clase de entidades, encareciendo enormemente su constitución (15).

Por el contrario, la Segunda Directiva no exige que las entidades financieras sean autorizadas, por lo que no fija unas condiciones mínimas de armonización de la autorización o del ejercicio de su actividad, salvo por lo que respecta a los requisitos exigidos para que este tipo de entidades disfrute de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en el territorio de los Estados Miembros (véase ANEXO II).

Es cierto que todos los Estados tienden a definir esta actividad de la forma más amplia posible, lo que evita la existencia de diferencias radicales en lo relativo a su entendimiento en el ámbito de las CE. Sin embargo, mientras unas legislaciones atienden más a la esencia de la operación planteada, otras, por el contrario, acuden a criterios temporales o de corte objetivo para concluir acerca de su naturaleza, con lo que es factible la existencia de divergencias en torno a la materia.

La legislación española a este respecto adopta un criterio mixto. Así, existe una primera definición en el artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio (16) (modificado por la Ley de Disciplina e Intervención), que reserva a las entidades de crédito la «... actividad típica y habitual (de) recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo,

(15) Existe, no obstante, la posibilidad de conceder la autorización a categorías particulares de entidades de crédito cuyo capital inicial no sea inferior a un millón de ecus.

(16) *Cit. supra* (11).

cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza».

Sin embargo, la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (17) prohíbe a las conocidas en la legislación española como «entidades de crédito de ámbito operativo limitado» (18), «... recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas, a la vista, por plazo indeterminado o por plazo inferior al que se determine por el Ministerio de Economía y Hacienda. Dicho plazo no será, en ningún caso, inferior al año» [posteriormente la O.M. de 8-2-1991 (19), desarrolló esta Disposición Adicional manteniendo el plazo mínimo señalado en la Ley, consecuentemente sin hacer uso de su capacidad para aumentarlo].

En resumen, en España la naturaleza de una operación como de captación de recursos ajenos del público queda reforzada cuando se trata de plazos de devolución de aquéllos inferiores a un año. Por encima de este límite, y aunque la Ley sigue reservando la realización de esta actividad a ciertas entidades de crédito, dicha naturaleza queda diluida.

#### 2.1.2. El principio del «reconocimiento mutuo» respecto de la «entidad de crédito».

Se trata del principio en el que descansan las libertades de establecimiento y de prestación de servicios de las entidades de crédito en el ámbito de las CE. Obviamente no se extiende a las entidades de crédito ni a las autoridades competentes de terceros países. De acuerdo con el mismo, la autorización concedida para la constitución de una «entidad de crédito» por las autoridades competentes del Estado de origen habilita a dicha entidad a establecerse y ejercer todas las actividades enumeradas anteriormente en el territorio de cualquier otro Estado Miembro, sin necesidad de solicitar nuevas autorizaciones, siempre y cuando dicha actividad esté incluida entre las permitidas por la legislación de su Estado de origen y esté autorizada y supervisada por la autoridad competente del mismo.

Según el procedimiento establecido por la Segunda Directiva, bastará con notificar la intención de establecerse en otro Estado a la autoridad competente del mismo, quien se pondrá en contacto con la homóloga del Estado de origen para acordar los términos en que se llevará a cabo la supervisión de la entidad.

(17) *Cit. supra* (12).

(18) Las Sociedades de Crédito Hipotecario, las Entidades de Financiación, las Sociedades de Arrendamiento Financiero y las Sociedades Mediadoras en el Mercado de Dinero.

(19) BOE n.º 46 de 22 de febrero.

Es de resaltar que las condiciones de ejercicio de tales actividades en el territorio de otros Estados Miembros serán las fijadas en la autorización concedida por el Estado de origen, a salvo de las posibles razones de interés general que pudieran llevar a las autoridades del Estado de acogida a limitar su contenido.

Por otra parte, y aunque la supervisión corresponda primordialmente a las autoridades del Estado de origen, la Segunda Directiva reserva ciertas competencias a las autoridades del Estado de acogida, especialmente por lo que respecta a la liquidez de las sucursales, la política monetaria, la información estadística y, en general, el cumplimiento de las disposiciones legales reguladas por dicho Estado en virtud de la Segunda Directiva que impliquen una competencia de las autoridades de acogida. En cualquier caso, la Segunda Directiva fomenta, a través de los procedimientos establecidos para que una «entidad de crédito» se establezca o preste servicios en el territorio de otro Estado Miembro, el desarrollo de canales de comunicación permanentes entre las autoridades competentes de todos los Estados. Es éste, sin duda, uno de los aspectos esenciales para que el principio del «reconocimiento mutuo» se desarrolle en toda su amplitud.

Una última consecuencia que deriva de este principio es que el establecimiento de una «entidad de crédito» en el territorio de otro Estado Miembro mediante la apertura de una sucursal en el mismo ya no podrá ir acompañado de la exigencia de asignación a la misma de un capital de dotación mínimo, por lo general igual al que venía exigiéndose a las entidades constituidas al amparo de su legislación nacional, por parte de las autoridades de acogida. De esta medida se desprende que las entidades extranjeras que quieran establecerse en España eliminarán un coste operativo de importancia significativa, lo que facilitará la entrada de aquéllas en el mercado financiero español.

2.1.3. Las libertades de establecimiento y de prestación de servicios respecto de la «entidad financiera».

Como la Segunda Directiva no armoniza las condiciones para conceder la autorización ni para el ejercicio de las actividades de las entidades financieras, las anteriores libertades no pueden basarse en el mero reconocimiento mutuo de las autorizaciones otorgadas o de los requisitos legales exigidos por cada Estado Miembro para la constitución de una de estas entidades, puesto que dicha norma ni siquiera exige que la constitución de una de estas entidades esté sometida al requisito de concesión de una autorización.

Por ello, es la propia Segunda Directiva la que establece las condiciones que han de concurrir para que la «entidad financiera» pueda gozar de las mencionadas libertades. Se trata de las siguientes:

1. Que se trate de una filial de una o varias entidades de crédito, autorizadas por las disposiciones legales nacionales al desarrollo de alguna o varias de las actividades relacionadas en el mencionado ANEXO I.
2. Que las actividades de que se trata se ejerzan efectivamente en el territorio del mismo Estado Miembro.
3. Que la o las empresas matrices posean el 90% o más de los derechos de voto vinculados a la posesión de participaciones o acciones de la filial.
4. Que la o las empresas matrices hayan demostrado, a satisfacción de las autoridades competentes, que efectúan una gestión prudente de la filial y se hayan declarado, con el consentimiento de las autoridades competentes del Estado Miembro de origen, solidariamente garantes de los compromisos asumidos por la filial.
5. Que la filial esté incluida, de forma efectiva, en especial para las actividades referidas, en la supervisión sobre base consolidada a la que está sometida su empresa matriz o cada una de sus empresas matrices, de conformidad con la Directiva 85/350/CEE (20), en particular para el cálculo del coeficiente de solvencia, para el control de grandes riesgos y la limitación de las participaciones prevista en el artículo 12 de la presente Directiva.

De todas las condiciones, no cabe duda que las más controvertidas son la primera y la segunda.

En cuanto a la primera, una interpretación extensiva llevaría a concluir que una «entidad de crédito» por el hecho de serlo, estaría autorizada como tal en todo el ámbito de las CE, independientemente de cuál sea el Estado en el que fuera constituida, pudiendo establecer una «entidad financiera» filial en cualquier Estado Miembro distinto del suyo propio.

Por lo que se refiere a la segunda condición, el requisito del ejercicio efectivo, claramente diseñado para evitar la implantación de operaciones fraudulentas o elusivas consistentes en la localización del ahorro en jurisdicciones de baja o nula tributación, no se encuentra perfilado en la Directiva. Por ello, nuevamente será necesario acudir a la legislación de cada Estado Miembro, o incluso, mediante la interposición de una cuestión prejudicial (21), a la interpretación que del mismo haga el TJCE, única vía de evitar la inseguridad jurídica que deriva de la redacción actual de este precepto.

(20) Según la Rectificación de errores (DOCE L n.º 280/54, de 24 de septiembre) a la Directiva 92/30, de 6 de abril (DOCE L n.º 110/52, de 28 de abril), el artículo 10 de esta última cambia la mención a la Directiva 85/350 por la mención a la Directiva 92/30.

(21) Artículo 177 del Tratado de Roma.

Queda claro por lo demás que la «entidad financiera» se configura como una filial de un grupo financiero especializada en la realización de una o varias de las actividades del ANEXO I, en cuanto que el «pasaporte comunitario» sólo se concede a las filiales de entidades de crédito sujetas a la obligación de supervisión sobre base consolidada. No parece, pues, que las filiales financieras de empresas industriales gocen de las libertades de establecimiento o prestación de servicios con la Segunda Directiva.

En lo que respecta a los principios de control de estas entidades, son de aplicación las mismas reglas de atribución de competencias indicadas para las entidades de crédito.

#### 2.1.4. Algunas reflexiones prácticas.

De la regulación comunitaria hasta ahora expuesta se deduce, como ya se indicó anteriormente, las radicales diferencias existentes entre varias de las delegaciones de los Estados Miembros a la hora de entender el negocio financiero.

En efecto, la Segunda Directiva adolece de ambigüedad en asuntos de la máxima importancia. Es el caso del concepto de «recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables» o el de la amplitud de movimientos de la «entidad financiera» en el Mercado Unico Financiero.

Por lo que se refiere al primer aspecto, su definición es crucial para saber cuándo se estará ante una «entidad de crédito» y cuándo, por eliminación, se estará ante una «entidad financiera». Sin embargo, la remisión a la legislación nacional, como ya se ha indicado, puede provocar problemas prácticos importantes si la misma o similar actividad de captación realizada por una entidad en dos Estados distintos es calificada, según el país donde se constituya, como «de crédito» o «financiera» en términos comunitarios, ya que las actuales lagunas interpretativas de la regulación comunitaria, junto con la concesión del derecho de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, podría conllevar una «competencia a la baja» entre los Estados Miembros a la hora de entender el concepto de captación de recursos del público.

De este proceso saldrían beneficiados aquellos Estados con mayor flexibilidad a la hora de entender la actividad financiera y que, a la vez, otorgasen un tratamiento fiscal favorable al establecimiento de entidades pertenecientes al sector financiero.

En cuanto al segundo aspecto, las conclusiones anteriores dependen, además, de la interpretación que se haga de las condiciones para que una «entidad financiera» disfrute del «reconocimiento mutuo» en el Mercado Unico Financiero, dada la falta de armonización de sus condiciones de actuación y el mayor coste de constitución de una «entidad de crédito».

En este sentido, según se deduce de las condiciones establecidas por la Segunda Directiva, la intención del legislador comunitario es extensiva y trata de fomentar la actividad de las entidades financieras pertenecientes a grupos bancarios fuera de sus fronteras. La Segunda Directiva no es óbice para que una «entidad financiera» pueda constituirse como filial de una «entidad de crédito» en cualquier Estado Miembro distinto al de constitución de esta última, desde el cual poder, a su vez, operar a través de sucursales o mediante prestación de servicios en el resto de Estados Miembros, siempre y cuando se cumplan todas las condiciones establecidas en la Segunda Directiva.

Así, tal y como está regulada esta materia en la Segunda Directiva, sería también posible para las entidades financieras todo el elenco de modalidades de operaciones triangulares e incluso circulares que a partir de ahora serán factibles para las entidades de crédito. Las primeras son aquellas por las que una entidad residente en el Estado R («entidad de crédito» matriz o filial o «entidad financiera» filial de una «entidad de crédito») se establece mediante la apertura de una sucursal en E para prestar servicios financieros en uno o varios terceros Estados F sin establecerse en ellos. Una operación circular, por otro lado, es aquella por la que la misma entidad R abre una sucursal en E para prestar servicios financieros en R.

Estas formas de actuación bancaria no podrían ser rechazadas por las autoridades de ninguno de los Estados implicados, «... salvo que la autoridad competente del Estado Miembro de origen tenga razones para dudar, visto el proyecto en cuestión, de la adecuación de las estructuras administrativas o de la situación financiera de la entidad de crédito (o financiera)...» (22).

No obstante, la Exposición de Motivos de la Segunda Directiva, en su Considerando octavo, tiende a establecer un posible límite a las libertades previstas cuando señala que los principios de «reconocimiento mutuo» y de la supervisión ejercida por parte del Estado Miembro de origen exigen que las autoridades competentes de cada uno de los Estados Miembros no concedan o retiren la autorización en casos en que se manifieste de forma inequívoca, por factores tales como el contenido del programa de actividad, la distribución geográfica o la actividad efectivamente realizada, que la «entidad de crédito» ha optado por el sistema jurídico de dicho Estado Miembro con el propósito de eludir la normativa más rigurosa vigente en el Estado Miembro en cuyo territorio proyecta realizar o realiza la mayor parte de sus actividades.

Esta protección frente a posibles abusos, que podría aplicarse no sólo en los casos en que el establecimiento en un determinado país se decida por cuestiones de mayor flexibilidad regulatoria, sino también por razón de la existencia de un tratamiento fiscal más favorable que en el suyo propio, no tiene reflejo en el articulado de la Directiva, pero ha influido en la trans-

---

(22) Artículo 19.3 de la Segunda Directiva.

posición de la misma a la legislación de todos los Estados Miembros, especialmente por lo que se refiere a las entidades financieras y en concreto, como veremos a continuación, en el Proyecto de Ley español, que se ha realizado no sólo a la luz de lo dispuesto en la Directiva, sino también de las interpretaciones emanadas, a consulta de los Estados Miembros, del Comité consultivo ante la Comisión creado por el artículo 11 de la Primera Directiva Bancaria y compuesto por representantes de aquéllos y de la propia Comisión.

En cualquier caso, queda claramente establecido en la Segunda Directiva el «principio del reconocimiento mutuo» para las entidades de crédito. Este principio, y las libertades que conlleva, tiene importantes implicaciones de fiscalidad internacional relativas a la localización del beneficio de éstas en una u otra jurisdicción y a las repercusiones de esta localización, que se analizan en la tercera parte de este trabajo.

Para concluir, conviene abordar un último aspecto, como es el que la nueva normativa que se avecina supondrá con el tiempo una mayor competencia para las entidades de crédito españolas, que verán reducirse sus márgenes y probablemente sus actuales cuotas de mercado internas. Por este motivo, las entidades españolas deberían concentrar una parte sustancial de sus esfuerzos en la expansión internacional, con vistas a recuperar aquellas porciones de mercado que pierdan en España.

No cabe duda de que de un tiempo a esta parte la Administración española ha alentado el fortalecimiento de las entidades de crédito, y de ahí el apoyo concedido (vía bonificaciones fiscales) a las fusiones entre ellas realizadas. En esta misma línea de fomento se enmarca la Resolución de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT), de 1 de junio de 1992, que permite que las sucursales en el extranjero de entidades de crédito españolas no practiquen retención a cuenta sobre los rendimientos que abonen «directamente» a los titulares de cuentas abiertas en la propia sucursal, aunque éstos sean residentes en España, con lo que pone en igualdad de condiciones a las entidades de crédito españolas y extranjeras respecto a los depositantes residentes en España.

Esta Resolución es sorprendente si se tiene en cuenta el artículo 98 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (23) (en adelante, LIRPF), que señala que las personas jurídicas y entidades que satisfagan o abonen rentas sujetas a este Impuesto estarán obligadas a retener, en concepto de pago a cuenta, y a ingresar su importe en el Tesoro, por lo que una sucursal, que no es sino un mero apéndice en otro Estado de una persona jurídica residente en España, queda también obligada por esta norma.

---

(23) Ley 18/1992, de 6 de junio (BOE n.º 136, de 7 de junio).

En conclusión, es éste un ejemplo de esa otra manifestación de la competencia entre los Estados Miembros, consistente en facilitar, en la medida de lo posible, la actividad de las entidades nacionales frente a las del resto de Estados de las CE, para favorecer así la captación de mercado por aquéllas. Esta tendencia también quedará reforzada con el establecimiento del Mercado Unico Financiero.

## 2.2. *El Proyecto de Ley de adaptación de la legislación española a la Segunda Directiva Bancaria.*

Aunque en líneas generales el Proyecto de Ley recoge, literalmente incluso, lo dispuesto en la Segunda Directiva, también refleja ciertas restricciones, producto de las consultas planteadas por los Estados Miembros en el seno del Comité consultivo ya mencionado anteriormente, tendentes a limitar las libertades de establecimiento y de prestación de servicios financieros. A continuación, se exponen las notas más sobresalientes del mismo, cuya entrada en vigor permitirá la implantación del Mercado Unico Financiero por lo que a España compete.

### 2.2.1. Concepto de «entidad de crédito».

Como se ha visto previamente, el concepto de «entidad de crédito» está ligado al de «recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables» y, según el Proyecto de Ley, es el que establece el artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio (24), cuyo número 1 define la actividad financiera, mientras que su número 2 enumera qué entidades serán consideradas como «de crédito». De esta manera queda claro lo que el legislador español considera como entidades de crédito: lo son tanto los bancos y cajas de ahorro como las «entidades de crédito de ámbito operativo limitado» (25), a pesar de las restricciones establecidas a su capacidad de captación de depósitos del público.

Todas estas entidades disfrutarán del principio del «reconocimiento mutuo» en el resto de Estados Miembros, puesto que su capital social es, en cualquier caso, superior a un millón de ecus (26), su constitución ha sido autorizada por el Banco de España y están sujetas a toda la normativa de supervisión en base consolidada, recursos propios, régimen de participaciones significativas, etc., igual que si de un banco o caja de ahorro, entidades de crédito por excelencia, se tratara.

(24) *Cit. supra* (11).

(25) *Cit. supra* (18).

(26) *Cit. supra* (15).

2.2.2. El acceso de las entidades de crédito de otros Estados Miembros al mercado financiero español.

Se recoge el principio del «reconocimiento mutuo» para las entidades de crédito autorizadas en otro Estado Miembro respecto de las actividades que se señalan en el ANEXO I a este trabajo, aunque se establecen ciertas limitaciones que pueden afectar a dicho principio.

En efecto, la actual redacción del Proyecto señala que, en el ejercicio de dichas actividades en España «...deberán respetar las disposiciones de interés general o de ordenación y disciplina de las entidades de crédito que, en su caso, resulten aplicables».

La mención a las disposiciones de interés general se encuentra también en la Exposición de Motivos de la Segunda Directiva, y no era necesaria. Sin embargo, el legislador español ha querido subrayar que a las entidades extranjeras también les serán de aplicación las normas coercitivas establecidas para las entidades españolas, lo que, dada la territorialidad de las normas sancionadoras (27), tampoco era necesario señalar.

Si, adicionalmente, el legislador realiza una remisión encubierta a la Ley de Disciplina e Intervención (28), sí se produce una limitación a la actividad de las entidades de crédito extranjeras en España, que ya no quedarán sometidas a su normativa nacional, como exige la Segunda Directiva, sino también a la normativa bancaria española, en la medida en que dicha Ley regula multitud de aspectos básicos de la actividad de las entidades de crédito constituidas en España.

### 2.2.3. Concepto de «establecimiento financiero».

Este concepto es la traducción del de «entidad financiera» previsto en la Segunda Directiva. La legislación bancaria española no reconoce esta categoría a ningún tipo de entidad española, puesto que la actividad crediticia (entendidas de manera amplia) queda reservada exclusivamente a las entidades de crédito, pero se regula en el Proyecto de Ley para permitir el acceso de las mismas al mercado financiero español.

Según el mismo, un «establecimiento financiero» es aquella entidad que no sea «de crédito» y cuya actividad principal consista en adquirir participaciones en otras entidades o ejercer una o varias de las actividades que se enumeran previamente, salvo la de captación de depósitos, la de realización de informes comerciales o la de alquiler de cajas fuertes, aunque estas dos últimas actividades no estaban prohibidas a las entidades financieras en la Segunda Directiva.

(27) Artículo 8.1 del Código Civil.

(28) *Cit. supra* (12).

Las condiciones en que dichos establecimientos podrán ejercer su actividad en España serán las siguientes:

1. Tendrán consideración de establecimientos financieros aquellas entidades que no sean de crédito y cuya actividad principal consista en adquirir participaciones en otras entidades o ejercer una o varias de las actividades que se enumeran en el artículo 50 (29), salvo las previstas en las letras a), m) y n).
2. Dichos establecimientos financieros deberán estar controlados por una o varias entidades de crédito que tengan su misma nacionalidad y que, además, posean el 90 por 100 o más de los derechos de voto.
3. Los establecimientos financieros deberán estar autorizados para realizar, y realizarán efectivamente en el Estado donde tengan su domicilio, las actividades que pretendan efectuar en España.
4. La o las entidades de crédito dominantes deberán haber demostrado, a satisfacción de sus autoridades supervisoras, que efectúan una gestión prudente de los establecimientos financieros y, con el consentimiento de dichas autoridades, haberse declarado solidariamente garantes de los compromisos asumidos por dichos establecimientos.
5. Los establecimientos financieros y sus entidades de crédito dominantes deberán ser objeto de una supervisión sobre base consolidada según la legislación prudencial aplicable.

Una comparación con las condiciones previstas en la Segunda Directiva se encuentra en el ANEXO II a este trabajo.

Como se ve, el legislador español ha precisado especialmente la interpretación de las condiciones más problemáticas previstas en la Segunda Directiva.

Así, al exigir que la o las entidades de crédito matrices de un «establecimiento financiero» tengan su misma nacionalidad, va más allá de lo previsto en la Segunda Directiva, que sólo exigía a aquellas que estuvieran reconocidas como entidades de crédito según la legislación del Estado a cuyo derecho estuviera sujeta la filial (el «establecimiento financiero»). De acuerdo con el principio del «reconocimiento mutuo», una «entidad de crédito» constituida en cualquier país de las CE goza de tal calificación en los 11 restantes.

---

(29) Al parecer es un error material y debería entenderse 52.

No se facilita, pues, a las entidades de crédito españolas, la constitución de establecimientos financieros en los Estados que regulen este tipo de sociedades, ya que para ello deberían primeramente constituir en dicho Estado una «entidad de crédito» filial (previo desembolso del capital mínimo exigido por su legislación) de la que, a su vez, dependerá el «establecimiento financiero».

Este inciso dificulta igualmente las operaciones circulares o triangulares, ya que la constitución de una «entidad de crédito» matriz del «establecimiento financiero» encarecería el proyecto excesivamente y no aportaría grandes ventajas respecto a la apertura de una sucursal en tal país por la misma «entidad de crédito» que planee una expansión internacional en las actividades propias del «establecimiento financiero».

Por otro lado, el legislador español, temeroso de las operaciones ya mencionadas que puedan tener un mero carácter de deslocalización del ahorro con fines exclusivamente tributarios, subraya que los establecimientos financieros han de realizar efectivamente sus actividades en el Estado donde tengan su domicilio, como prueba de las intenciones de los fundadores del establecimiento. Nuevamente ha de reiterarse la inseguridad jurídica que supone esta cláusula, que permite un excesivo grado de arbitrariedad al Banco de España a la hora de decidir si un «establecimiento financiero» cumple o no con este requisito, que, por otra parte, no parece pueda definirse reglamentariamente, puesto que el actual Proyecto no remite al Gobierno para su precisión.

### **III. LA TRIBUTACION INTERNACIONAL DE LAS ANTERIORES MODALIDADES DE ACTIVIDAD BANCARIA EN EL MERCADO UNICO FINANCIERO A PARTIR DEL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACION ESPAÑOLA**

Una vez señaladas las claves explicativas del ordenamiento del Mercado Unico Financiero, se exponen a continuación las principales implicaciones tributarias que acarreará la implantación del mismo. Para ello, se analizan los conceptos de beneficio empresarial y de establecimiento permanente (en adelante, EP), así como las formas de tributación que derivan de uno y otro, con el fin de dar una visión lo más completa posible de las consecuencias de índole fiscal que generan las libertades ya mencionadas.

#### **1. Introducción.**

Como se ha visto, la regulación de la actividad financiera en las CE ha supuesto un gran paso adelante con la aprobación de la Segunda Directiva Bancaria, de manera que los Estados Miembros se encuentran ya muy próximos a alcanzar la plena armonización de sus legisla-

ciones en materia de establecimiento. Por contra, la armonización de la fiscalidad directa sufre aún un enorme retraso, fruto especialmente de la cautela de los distintos países en ceder en sus competencias recaudatorias, una de las principales manifestaciones de la soberanía de cualquier Estado, y sin la cual muchas de sus iniciativas quedarían recortadas o incluso anuladas, a falta de medios para poder ponerlas en práctica.

El déficit que supone la falta de armonización en este campo afectará sobremanera a la actividad bancaria en las CE, dado que las condiciones en que las entidades de crédito o financieras tributarán serán diferentes según el territorio del Estado Miembro del Mercado Unico Financiero en que estén establecidas.

A su vez, estas diferencias conllevarán «desviaciones de tráfico» a la hora de localizar una inversión internacional, producto de un proceso de «competencia a la baja» entre los Estados Miembros en lo relativo a la tributación de los beneficios de estas entidades, con objeto de favorecer la atracción de estos capitales a sus respectivas jurisdicciones.

Así pues, conviene señalar que esta tendencia puede producirse no sólo desde la óptica regulatoria -cuando se trate de definir el concepto de «captación de depósitos»-, sino también desde la perspectiva tributaria.

No obstante, y pese a la falta de armonización fiscal en la normativa comunitaria (30), no es menos cierto que la fiscalidad directa internacional se encuentra coordinada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de la que forman parte los 24 países más industrializados, a través de los trabajos del Comité de Asuntos Fiscales.

El fruto más destacado de este Comité es el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional en materia de fiscalidad directa, en sus versiones de 1963, 1977 y 1992, y sus correspondientes Comentarios.

El Modelo ha sido el principal instrumento armonizador en este campo en la esfera internacional, permitiendo un interesante grado de homogeneización de los criterios aplicables a la tributación de los no residentes en un país determinado y consiguiendo la limitación de la potestad tributaria de los Estados contratantes respecto de los beneficios obtenidos en cada uno de ellos por los residentes en el otro, con vistas a evitar la doble imposición jurídica (y, en ocasiones, también la económica) sobre los mismos.

(30) Salvo lo previsto por la Directiva 90/434, de 23 de julio (DOCE L n.º 225/6, de 20 de agosto) relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones y la Directiva 90/435, de 23 de julio (ídem), relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes. Ambas han sido trasladadas a la legislación española por medio de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre (BOE n.º 301, de 17 de diciembre), de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

En el ámbito de las CE este instrumento se convierte en el principal medio de armonización de la fiscalidad directa, resultando imprescindible mantener una red de convenios lo más completa posible para evitar quedar apartado de la corriente de inversiones internacionales. Así lo recomienda el Informe Ruding (31), como uno de los elementos de la Fase I hacia la armonización de la fiscalidad directa en las CE, fase que debería completarse el 31 de diciembre de 1994. En el caso de España, nuestro país tiene firmados y ratificados, a marzo de 1993, tratados con nueve de los once restantes Estados Miembros, a falta, por tanto, de convenios con Irlanda y Grecia. Se espera, no obstante, que se llegue a un pronto acuerdo con el primero de los mencionados, con lo que España estaría alineada con los países más desarrollados de las CE a la hora de ser considerada como lugar de establecimiento de inversiones internacionales.

## 2. El concepto de beneficio empresarial.

### 2.1. Consideraciones generales.

El objeto sobre el que todos los Estados ejercen sus potestades tributarias es el del «beneficio empresarial». Este concepto no se encuentra definido en el Modelo de Convenio, pues la OCDE no lo ha considerado necesario, dada la similitud con que se encuentra perfilado en la mayoría de las legislaciones fiscales de sus Estados Miembros, aunque sí apunta en el Comentario número 32 al artículo 7.7 del mismo que, en cualquier caso, incluye las rentas generadas en la realización de una actividad económica.

La legislación tributaria española, como la mayoría de las normativas nacionales, establece unas reglas omnicomprendivas sobre el concepto de beneficio empresarial y sobre su conexión con el territorio español. Es precisamente ese ánimo expansivo de la potestad tributaria nacional el que provoca multitud de supuestos de doble imposición económica o jurídica del beneficio empresarial que la OCDE trata de evitar mediante el establecimiento de una serie de principios básicos en el Modelo de Convenio.

Sin duda, uno de los más relevantes es el establecido en su artículo 7.1:

«Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en este Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a este establecimiento permanente».

(31) «Conclusiones y recomendaciones del Comité de expertos independientes en la imposición de sociedades», dirigido por el Sr. Onno Ruding, según mandato de la Comisión de fecha 25 de octubre de 1990.

Este artículo tiene por objeto limitar la capacidad tributaria de los Estados contratantes, al impedirles gravar los beneficios obtenidos por un no residente en su territorio sin mediación de EP.

Como señala el Comentario número 3 a este artículo, la justificación de esta limitación radica en que, en el ámbito de la fiscalidad internacional, hasta que la empresa de un Estado no opera en el otro Estado mediante un EP, no puede ser considerada como un participante activo en la vida económica de este último que justifique la sujeción a su potestad tributaria.

Queda de esta forma reducida la potestad tributaria del Estado español, respecto de aquellos Estados con los que tiene ratificados convenios de doble imposición, a los beneficios generados e imputables a un EP en España de la empresa no residente, por lo que una empresa que realice una prestación de servicios en España sin mediación de dicho EP no tributará en nuestro país por los beneficios así obtenidos, de acuerdo con el artículo 7.1 del Modelo de Convenio.

## *2.2. El concepto de beneficio empresarial en la actividad financiera.*

La aplicación del principio general establecido en el artículo 7.1 del Modelo de Convenio a los beneficios de las entidades de crédito y establecimientos financieros es problemática, dado el carácter subsidiario de las disposiciones del artículo 7 respecto de lo previsto en otros artículos, y ello en aplicación del principio de especialidad en la clase de renta. Así lo reconoce el artículo 7.7 al indicar que cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos del Convenio, las disposiciones de aquellos artículos no quedarán afectadas por las del artículo 7.

Este es el caso de los intereses, componente fundamental del beneficio de cualquier entidad bancaria, cuyo tratamiento tributario viene recogido en el artículo 11 del Modelo de Convenio. Según el artículo 11.3 del mismo, el término «intereses» significa los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantías hipotecarias o cláusulas de participación en los beneficios del deudor, y especialmente las rentas de fondos públicos o bonos y obligaciones, incluidas las primas y lotes unidos a estos títulos, aunque España se ha reservado el derecho a ampliar el concepto mediante la inclusión de una precisión en los textos ratificados por nuestro país que le permita considerar igualmente como «intereses» toda renta asimilada a los rendimientos de las cantidades dadas a préstamo.

El mencionado artículo 11, en su apartado 2, establece un principio de imposición compartida entre los dos Estados Contratantes, de manera que el Estado de donde procedan los intereses podrá, si las disposiciones de su legislación interna así lo ratifican, gravar la renta a un tipo que no exceda del 10%.

A su vez, y a tenor de lo previsto en el apartado 4 del artículo 11, esta disposición no se aplicará a las entidades beneficiarias de los intereses si las mismas actúan en el país de procedencia de éstos por medio de un EP al que se le puedan atribuir como ingreso en base a la actividad desarrollada por dicho EP.

En consecuencia, y a pesar del principio general del artículo 7.1 sobre el beneficio empresarial, en el caso de una «entidad de crédito» o «establecimiento financiero» que preste servicios en un Estado en el que no esté establecido, pero con el que su Estado de residencia mantenga un convenio para evitar la doble imposición, serían de aplicación preferente las disposiciones del artículo 11 (Intereses) frente a las del artículo 7 (Beneficio empresarial), con lo que los intereses obtenidos en su actividad internacional sufrirían un recorte fruto de la potencial imposición a soportar en el país de procedencia de aquéllos, y ello a pesar de ser obtenidos sin mediar un EP, por lo que, en aplicación del principio general de no imposición sobre los beneficios empresariales establecido en el artículo 7.1, no deberían quedar sujetos a imposición sobre tales rentas (intereses).

No es menos cierto que el propio Comité para Asuntos Fiscales de la OCDE reconoce (32) que, para una entidad bancaria, los intereses tienen un carácter de beneficio empresarial, en el sentido de que constituyen el ingreso típico de su actividad ordinaria, por lo que habría que concluir que los beneficios obtenidos por una entidad de este tipo en un país distinto al de su residencia y sin mediación de un EP deberían quedar sujetos igualmente al principio general de no imposición del beneficio empresarial, tal y como se dispone en el artículo 7.1 del Modelo de Convenio ya que, de otra forma, este artículo queda vacío de contenido en el caso de entidades dedicadas al negocio financiero.

Sin embargo, la OCDE no lo indica expresamente, a pesar de que al abrigo de la anterior precisión del Comité de Asuntos Fiscales se han adoptado acuerdos que comportan un tratamiento diferenciado de las entidades bancarias respecto de otros negocios de carácter industrial o comercial a la hora de establecer su régimen de tributación en la esfera internacional. Por su parte, las autoridades fiscales españolas tampoco han acogido esta interpretación, aunque las exenciones previstas en los últimos años por nuestra normativa, sin duda con vistas a la captación de capitales extranjeros en particular para la financiación de nuestro déficit público, producen un efecto mitigador de la tributación que, de otra manera, sufrirían estas entidades.

(32) «The taxation of multinational banking enterprises», estudio publicado en «Transfer pricing and multinational enterprises», OCDE, París, 1984.

### *2.3. La tributación en España por la prestación de servicios financieros desde otro Estado Miembro.*

Aunque, como se señala anteriormente, el principio general es el de tributación por obligación real de los intereses obtenidos por entidades de crédito o establecimientos financieros en España sin mediación de un EP, lo cierto es que existen importantes excepciones al mismo.

Un primer caso es el señalado por el artículo 70, uno, g) del Reglamento del IRPF (en adelante, RIRPF) (33) y el artículo 334 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (34) (en adelante, RIS), al establecer que no tendrán la consideración de rentas obtenidas en España los rendimientos de los depósitos y operaciones análogas en moneda extranjera y de las cuentas extranjeras en pesetas que se satisfagan a entidades no residentes en España, salvo que el pago se realice a un EP, por las, en general, entidades de crédito establecidas en España.

Por otro lado, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1993 (35) continúa la tendencia iniciada en 1991, según la cual la necesidad de captación de financiación exterior ha llevado a una reducción sustancial de la tributación soportada por no residentes que no operen en España a través de un EP.

Así, el artículo 70, tres, e), 1 de esta Ley exime de tributación en España los incrementos de patrimonio derivados de bienes muebles y los intereses obtenidos por una persona jurídica no residente que tenga su residencia habitual en otro Estado Miembro de las CE, siempre que no tenga la consideración de paraíso fiscal según la lista establecida al efecto (36). Más aún, el artículo 70, tres, e), 2 exime igualmente los intereses e incrementos de patrimonio derivados de la Deuda Pública, independientemente del lugar de residencia de la entidad no residente que los haya obtenido, siempre que opere en España sin mediación de un EP (o aunque exista dicho EP, si éste no ejerce una fuerza atractiva sobre tal ingreso).

No cabe duda que, dada la naturaleza del negocio financiero, las entidades de crédito y establecimientos financieros residentes en otro Estado Miembro de las CE que no operen en España por medio de un EP, resultan muy beneficiados por estas disposiciones, no sólo por la realización de inversiones para su propia cartera o por su enajenación, sino también por las

(33) Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre (BOE n.º 313 de 31 de diciembre).

(34) Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre (BOES núms. 252 a 265, ambos inclusive, de 21 a 27 de octubre y 4 de noviembre).

(35) Ley 39/1992, de 29 de diciembre (BOE n.º 313 de 30 de diciembre).

(36) Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios calificados como «paraísos fiscales» (BOE n.º 167, de 13 de julio).

comisiones que obtienen al invertir en España por cuenta de sus clientes. En cualquier caso, les será imprescindible, como se verá en el siguiente capítulo, que su actividad no llegue a constituir un EP en nuestro país, pues en tal caso los beneficios atribuibles al mismo quedarían sometidos a imposición en España.

### **3. El concepto de establecimiento permanente de una «entidad de crédito» o «establecimiento financiero» en España.**

La Segunda Directiva ha eliminado definitivamente los obstáculos al libre establecimiento de las entidades de crédito y financieras en cualquier Estado Miembro de las CE. Este hecho, junto con la posibilidad, también permitida con la nueva normativa, de captar pasivo en un país sin estar establecido en el mismo, va a dar lugar a bastantes supuestos en los que la determinación de si la actividad de la entidad en España se realiza o no a través de un EP será complicada. Esta afirmación se basa en que, aunque el concepto de EP es clave en el Modelo de Convenio para delimitar a qué Estado se atribuye la potestad de gravar los beneficios obtenidos por una empresa, el artículo 5 del Modelo no agota su contenido, dado que en última instancia dicho concepto depende de las circunstancias de hecho en cada caso concreto, por lo que resulta imposible dar una definición cerrada del mismo.

#### *3.1. El supuesto típico: la sucursal bancaria.*

El artículo 5.1 del Modelo de Convenio señala que el término «establecimiento permanente» significa un lugar fijo de negocios a través del que se desarrolla la actividad de la empresa en todo o en parte, y el apartado 2 del mismo detalla una serie de casos en que se estaría ante un EP, sin que la lista sea *numerus clausus*. Entre otros, el término comprende las sedes de dirección, las sucursales y las oficinas.

Con base en este artículo y en el artículo 7 a) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS) (37) (38), es claro que el supuesto típico de EP de una «entidad de crédito» o «financiera» en España es el de la sucursal bancaria, manifestación clara de que una entidad no residente participa de forma activa en la vida económica española, por lo que se justifica su sometimiento a la imposición en España. De acuerdo con la regulación vigente, ha de ser inscrita en el Registro Mercantil y en el Registro Especial del Banco de España.

(37) Ley 61/1978, de 27 de diciembre (BOE n.º 312, de 30 de diciembre).

(38) Según dicho artículo:

«Se entenderá que una Sociedad realiza operaciones en España por medio de un establecimiento permanente cuando directamente o mediante apoderado posea en territorio español una sede de dirección, sucursal, oficinas, ... u otros establecimientos ...».

A la hora de optar por operar a través de una sucursal o de una filial, una «entidad de crédito» o un «establecimiento financiero» deberá sopesar diversas razones de orden legal, comercial o tributario. En el caso español, las entidades de crédito extranjeras que han venido estableciéndose en la última década, optaron por la compra de una «ficha bancaria» ya concedida por el Banco de España, para evitar así las trabas al establecimiento de bancos extranjeros establecidos en el Tratado y Acta de Adhesión a las CE (39).

Posiblemente, la transposición de la Segunda Directiva fomentará la actividad de estas entidades por medio de sucursales al desaparecer dichas trabas de carácter legal, y por el bajo coste que conlleva su apertura en relación a la constitución de una filial, aparte de por la existencia de posibles ventajas en el tratamiento tributario de este tipo de operación. No es descartable, no obstante, la constitución de filiales para el desarrollo de líneas especiales de productos o por razón del mercado al que se dirija el negocio financiero.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 259 del Reglamento del Registro Mercantil (40), la sucursal es un establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través de la que se desarrollan, total o parcialmente, las actividades de la sociedad.

En primer lugar ha de indicarse que las sucursales de entidades extranjeras adolecen en España de una regulación insuficiente desde el punto de vista mercantil. Esta carencia es fuente permanente de inseguridad jurídica, especialmente por lo que se refiere a la práctica registral. En efecto, al no existir reglas precisas que regulen este instituto jurídico, no son pocas las ocasiones en que se viene exigiendo a las sucursales los mismos requisitos que a una sociedad mercantil para poder conseguir la inscripción registral de los actos que afectan a su tráfico, siendo éste un punto de partida equivocado que sólo acabará por corregirse el día en que exista un cuerpo de normas exclusivamente aplicable a las sucursales.

De acuerdo con la doctrina (41), la diferencia primordial entre una sucursal y una filial consiste en la falta de personalidad jurídica propia de la primera al tratarse de un mero apéndice en otro Estado de la sociedad extranjera. De este hecho derivan dos consecuencias que también diferencian a la sucursal de la filial: La falta de nacionalidad y de responsabilidad autónomas de la primera; la sucursal tendrá la nacionalidad del lugar del domicilio social de la empresa a la que representa en España y será esta última la que responda en última instancia de las obligaciones contraídas por su sucursal.

(39) *Cita supra* (10).

(40) Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre (BOE n.º 313, de 30 de diciembre).

(41) DE JUAN PEÑALOSA, J.L. «Estudios sobre tributación bancaria», pág. 396, Cit. Bibliografía.

Estas diferencias no suelen resaltarse lo necesario en el tráfico mercantil, puesto que, de hecho, y dadas las exigencias mercantiles y fiscales de llevanza de libros de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil, apoderamiento de su director para poder actuar en la vida económica ..., la sucursal de una entidad extranjera goza de una autonomía de actuación que ordinariamente consigue difuminar las diferencias existentes con la filial. En este sentido, la normativa bancaria exige, hasta que entre en vigor el Proyecto de Ley de adecuación a la Segunda Directiva, exactamente los mismos requisitos y el cumplimiento de las mismas obligaciones a una sucursal de una entidad bancaria extranjera que a una filial de la misma sociedad a la hora de actuar en el mercado financiero español.

### 3.2. Otros posibles supuestos de EP.

Es necesario subrayar que la definición de EP perfilada por la OCDE atiende a circunstancias de hecho mucho más que a cuestiones formales, y ello porque está basada en conceptos económicos más que jurídicos.

Por lo tanto, pudiera darse el caso de que la mera utilización continuada en el tiempo de un despacho situado en España por parte de un empleado o de un apoderado de una «entidad de crédito» o «financiera» no residente, con objeto de participar en operaciones tales como por ejemplo la concesión de préstamos a clientes residentes en España u otros países, diera lugar a la existencia de un EP de dicha sociedad en España desde la óptica fiscal. En tal caso, dicha entidad quedaría obligada a darse de alta ante la Hacienda española y a tributar según se verá más adelante, y todo ello sin perjuicio de que desde la perspectiva regulatoria bancaria se estuvieran infringiendo normas básicas de actuación en España que darían lugar, en su caso, a la imposición de sanciones por infracciones graves o muy graves, a tenor de lo dispuesto por los artículos 3 y siguientes de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Consecuentemente, es de primordial importancia para cualquier «entidad de crédito» o «financiera» que pretenda prestar servicios en España sin establecerse en nuestro territorio, el diseñar previamente el procedimiento de captación de clientela en España. Una mala planificación en este sentido puede tener consecuencias muy graves desde un punto de vista regulatorio y onerosas desde un punto de vista tributario. Esta advertencia no tiene, por el contrario, tanta importancia para aquella entidad que piense establecerse en nuestro país, puesto que en tal caso lo lógico será que abra una sucursal, por razones de diversa índole, ya apuntadas.

Así pues, una de las consecuencias fundamentales de la liberalización propugnada por la Segunda Directiva es el incremento de supuestos borrosos, en los que no será fácil concluir *a priori* si la presencia de dicha entidad en España supone una mera prestación de servicios o constituye, por el contrario, un EP en España. Es más, dicha conclusión se basará en los hechos, es decir, será *a posteriori*, por lo que también aquí se producirán muchos supuestos de

inseguridad jurídica frente a los cuales el único instrumento válido, al menos teóricamente, puede ser la formulación de una consulta a la Administración según el procedimiento previsto en el artículo 107 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT) (42), procedimiento muy empleado por las Administraciones Tributarias de otros países de las CE, dados los buenos resultados que produce al evitar un gran número de supuestos de inseguridad jurídica.

En este sentido, sería deseable que se desarrollara finalmente el procedimiento previsto en la letra b) del número 2 del artículo 107 LGT para que los no residentes que deseen invertir capitales en España puedan formular consultas vinculantes.

De acuerdo con lo anterior, se exponen a continuación, a modo de ejemplo, diversos supuestos en los que la conclusión *a priori* es, como mínimo, dudosa.

### 3.2.1. La oficina de representación.

A tenor de lo previsto en el artículo 9 del Reglamento de creación de nuevos bancos privados y el establecimiento de los extranjeros en España (43), se trata de oficinas de entidades de crédito extranjeras cuya actividad debe limitarse a facilitar o captar información sobre cuestiones bancarias, financieras, comerciales o económicas en general, sin que, en modo alguno, puedan llevar a cabo operaciones de crédito, depósito o intermediación financiera, ni ninguna otra clase de prestación de servicios bancarios.

Tal y como las define este Reglamento, la figura de la oficina de representación queda comprendida entre las excepciones a la existencia de un EP previstas en el artículo 5.4 del Modelo de Convenio (44), puesto que se trata de un lugar fijo de negocios con el único fin de recoger información para la empresa no residente [letra d)] o con el único fin del ejercicio continuado de esta actividad y otras, siempre de carácter preparatorio o auxiliar, tal como faci-

(42) Ley 230/1963, de 28 de diciembre (BOE n.º 313, de 31 de diciembre). La actual redacción del artículo 107 proviene de la redacción dada por la Ley 10/1985, de 26 de abril (BOE n.º 101, de 27 de abril), de modificación de la anterior.

(43) Real Decreto 1144/1988, de 30 de septiembre (BOE n.º 241 de 7 de octubre).

(44) Entre otros, se contemplan los siguientes supuestos:

«(...)

- d) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar o de recoger información para la empresa.
- e) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de desarrollar, para la empresa, cualquier otra actividad de carácter preparatorio o auxiliar.
- f) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin del ejercicio combinado de las actividades mencionadas en los apartados a) a e), a condición de que el conjunto de las actividades del lugar fijo de negocios conserve su carácter auxiliar o preparatorio».

litar información a potenciales clientes [letra f) en relación con las letras anteriores]. Ha de resaltarse que la letra f) fue introducida en la versión del Modelo de Convenio de 1977, por lo que no se encuentra en ninguno de los tratados firmados con países miembros de la CE, salvo con Luxemburgo (45), por estar el resto basado en la versión de 1963. Este hecho podría llevar a afirmar que si la oficina de representación se destinara a más de una actividad (por ejemplo recoger y facilitar información) se estaría ante un EP, aunque el ejercicio combinado de dichas actividades fuera meramente auxiliar. Sin embargo, esta conclusión sería excesivamente rigurosa y no tendría en cuenta el carácter evolutivo de las diversas versiones del Modelo de Convenio.

De hecho, la propia Introducción a la versión de 1992 subraya que, cuando se modificó la de 1963 para dar lugar a la de 1977, el Comité de Asuntos Fiscales, del que forman parte todos los países miembros de la OCDE, consideró que, en la medida de lo posible, los convenios inspirados en la versión de 1963 debían interpretarse en concordancia con los nuevos Comentarios, aunque el articulado de aquéllos no recogiera los supuestos contemplados en el nuevo, fruto de las aportaciones realizadas por los Estados Miembros en esos catorce años.

No obstante, la propia OCDE invitaba a las partes a adoptar acuerdos expresos en este sentido a través del procedimiento de mutuo acuerdo previsto en el propio texto de los tratados. Incluso, resalta la Introducción, las adiciones realizadas en las versiones de 1977 y 1992 no pueden servir para realizar interpretaciones «a contrario», es decir, inferir que la precisión incluida en la nueva versión denota la previa existencia del supuesto contrario en la antigua.

Por otro lado, también sería posible que el personal de la oficina disfrutara de poderes para contratar en nombre y por cuenta de la entidad bancaria representada, siempre y cuando tales poderes no se refirieran a la actividad financiera típica de ésta, de acuerdo con el artículo 9 anterior, sino a su forma de procedimiento interna; por ejemplo la contratación de empleados o de una campaña de pura promoción (46). Por el contrario, si los poderes le permitieran concluir contratos con clientes de forma habitual (por ejemplo para la concesión de préstamos) en nombre y por cuenta de la entidad representada, o simplemente participar de manera significativa en la conclusión de tales contratos, aunque la firma se produjera fuera de España, su actividad no podría calificarse como accesorio, y dicha entidad sería objeto de imposición en España por el beneficio atribuible a su actividad en nuestro país (47).

(45) Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y para prevenir la evasión y el fraude fiscal y Protocolo anexo, hecho en Madrid el 3 de junio de 1986 (BOE n.º 185, de 4 de agosto de 1987).

(46) *Vid.* Comentario n.º 33 al artículo 5.5 del Modelo de Convenio en su versión de 1992.

(47) *Vid.* Comentarios núms. 32 y 33 ídem.

Conviene igualmente reseñar que si la actividad principal de la «entidad de crédito» o «establecimiento financiero» no residente es la de realizar informes comerciales o prestar servicios de consultoría como los previstos en las letras m) y k) de la lista de actividades que se benefician de reconocimiento mutuo, la oficina de representación estaría participando en la realización de la actividad principal de la entidad no residente, con lo que sería considerada como un EP en España de la misma.

Por esta interpretación se inclina la DGT en Resolución de 23 de noviembre de 1977, al señalar que:

«... el seguimiento de la evolución de los mercados españoles y de su marco normativo y la captación de información especializada por la oficina en España constituye un aspecto sustancial de la actividad de una empresa de consultoría, que hay que entender referida básicamente a la cesión de información fiable y actual, elaboración de estudios o prestación de consejo técnico basado en el conocimiento inmediato de una realidad económica. En consecuencia, la actividad de dicha oficina, incumpliendo la condición de accesoriedad respecto del objeto empresarial que exige el artículo 5.3 del Convenio (con el Reino Unido), constituye a la misma en un establecimiento permanente de la empresa consultante en territorio español».

Por otro lado, la legislación interna española, aplicable a estos efectos a los supuestos de entidades bancarias residentes en Irlanda o Grecia, países con los que España aún no tiene ratificados convenios para evitar la doble imposición, consideraría este tipo de oficina como un EP que no cierra un ciclo mercantil, por lo que debería tributar según el sistema previsto en los artículos 329 y siguientes RIS.

### 3.2.2. La agencia en nombre propio y por cuenta ajena.

Cuando los números 5 y 6 del artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE perfilan el concepto del agente dependiente como otro supuesto de EP del no residente en España (48), exigen, entre otros requisitos, la concurrencia de 2 factores, sin los cuales no puede concluirse la existencia en España de un EP sujeto a imposición: tales factores son la actuación del agente dependiente en nombre y por cuenta ajena.

(48) Según el articulado del Modelo de Convenio:

«5. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, cuando una persona -distinta de un agente que goce de un estatus independiente, al cual se le aplica el párrafo 6- actúe por cuenta de una empresa y ostente y ejerza habitualmente en un Estado Contratante poderes que le faculten para concluir contratos en nombre de la Empresa, se considerará que esta Empresa tiene un establecimiento permanente en este Estado respecto de todas las actividades que esta persona realiza por cuenta de la Empresa, a menos que las actividades de esta persona se limiten a

En consecuencia, una entidad bancaria podría disfrutar de un grado de presencia en España muy significativo sin, en principio, llegar a tener un EP en nuestro país. Bastaría para ello, sin perjuicio de otras obligaciones que pudieran existir, con que llegara a un acuerdo de agencia con una entidad bancaria ya establecida en España y que esta última entidad actuara frente a sus clientes en nombre propio, es decir, como si el negocio se estuviera realizando directamente entre la entidad establecida y los clientes cuando, realmente, la operación se efectúa por cuenta de la entidad no residente a cambio de una comisión que retribuye la relación fiduciaria que caracteriza esta operación.

La anterior conclusión está basada en la literalidad del articulado del Modelo de Convenio y en la interpretación de los Comentarios al mismo. En ambos textos se exige la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos previstos en la norma (49), por lo que la carencia de uno solo de ellos (la actuación *en nombre propio* pero por cuenta ajena) impide que la actuación de ese agente capacite a la Hacienda española a someter a imposición los beneficios generados por dicha actividad como si se tratara de un EP en España de la empresa bancaria no residente.

Únicamente Gran Bretaña ha expresado, mediante observación al Modelo de Convenio, que su interpretación del artículo 5.5 incluye a los agentes que actúen en nombre propio (50).

### 3.2.3. La red de agencias independientes en España.

Un tercer supuesto en que la «entidad de crédito» o el «establecimiento financiero» no residente disfrutaría de un grado de presencia considerable en España sin, en principio, tener un EP en nuestro país, sería el del mantenimiento de una red de agentes independientes (o que por cualquier otra razón no estuvieran comprendidos en el artículo 5.5 del Modelo de Convenio) en territorio español. Obviamente dichos agentes no podrían dedicarse a la captación de recursos del público, pero sí estarían capacitados para ofrecer al público español productos financieros típicos de cualquier «entidad de crédito» (véase la lista de servicios que disfrutaban del «reconocimiento mutuo» en el ANEXO I).

---

las mencionadas en el párrafo 4 y que, de haber sido ejercidas por medio de un lugar fijo de negocios, no se hubiera considerado este lugar como un establecimiento permanente, de acuerdo con las disposiciones de ese párrafo.

6. No se considera que una Empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado Contratante por el mero hecho de que realice sus actividades por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente que goce de un estatuto independiente, siempre que estas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad».

(49) *Vid.* Comentario n.º 35 al artículo 5.5 del Modelo de Convenio en su versión de 1992.

(50) *Vid.* Comentario n.º 45 ídem.

En este sentido, el artículo tercero del Proyecto de Ley de Coordinación Bancaria introduce el artículo 30 bis en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito remitiendo al Consejo de Ministros la competencia para la regulación de los requisitos que deban reunir «... quienes actúen con carácter habitual como agentes en España de entidades de crédito, y las condiciones a que estarán sometidas en el ejercicio de su actividad».

Desde un punto de vista fiscal, el Comentario número 39 al Modelo de Convenio prevé este mismo supuesto aplicado al negocio asegurador. En opinión del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, en la medida en que dichos agentes no queden incluidos entre los previstos en el artículo 5.5 del Modelo, la red de agentes no puede calificarse como un EP de la entidad no residente en España, salvo si expresamente se contemplara así en el tratado bilateral firmado por ambos Estados.

Según este comentario, una decisión en este sentido sólo se adoptará si la regulación y la práctica del negocio asegurador en uno o ambos Estados Contratantes así lo aconsejan. En cualquier caso, el Comité opina que el Modelo no debe incluir esta modalidad de actuación como si constituyera un EP.

### *3.3. La tributación del EP.*

#### *3.3.1. Los ingresos atribuibles y su cuantificación.*

Como ya se indicó al explicar el contenido del artículo 7.1, si una empresa realiza operaciones en otro Estado por medio de un EP, los beneficios de aquélla podrán someterse a imposición en el otro Estado, en la medida en que puedan atribuirse al EP, por lo que es básico que las autoridades fiscales determinen en primer lugar los criterios de atribución que vinculen al EP situado en España el beneficio generado por el mismo, ya que el artículo 7.1 no descarta que una empresa no residente, que opere en España por medio de un EP, pueda obtener un beneficio por sí sola que no sea atribuible a dicho EP.

En principio, debe asumirse que serán atribuibles al EP los ingresos generados por activos que estén incluidos en su balance de situación. También, aquellos en los que, aun cuando el activo al que se refieren no quede comprendido en el balance, la actividad desarrollada por el EP para su obtención haya sido sustancial. En el caso concreto de una sucursal bancaria, el Comité de Asuntos Fiscales ha destacado, como indicios de atribución del bene-

ficio a la misma, las siguientes actividades: participación en la consecución de la demanda de crédito, estudio de su riesgo y solvencia, negociación de las condiciones del contrato y decisión sobre la concesión o denegación del crédito (51). Este enfoque se encuentra recogido en el artículo 315 RIS.

En este mismo sentido es importante reseñar que el EP bancario deberá tributar en España no sólo por los ingresos de fuente española, sino también por aquellos otros que, procediendo de terceros países, sean atribuibles a su actividad en España. Así lo especifica el artículo 21.2 del Modelo de Convenio, al referirse a «Otras rentas», donde han de entenderse comprendidas las rentas no generadas en ninguno de los Estados Contratantes en un determinado convenio.

Nuevamente es necesario señalar que esta previsión no se encontraba en la versión del Modelo de 1963, por lo que sólo se encuentra incluida en el Tratado con Luxemburgo (52), entre los firmados con Estados Miembros de las CE. En consecuencia, una interpretación literal del texto de las mismas llevaría a excluir de tributación en España los ingresos de las sucursales de las entidades bancarias residentes en la mayoría de aquéllos (todos, excepto Luxemburgo) que tuvieran su origen en un tercer Estado.

Más allá de los argumentos señalados anteriormente, a la luz del artículo 3.1 del Código Civil esta interpretación sería contraria a la realidad social del tiempo en que los convenios han de ser aplicados, ni atendería a su espíritu y finalidad, reflejados en los Comentarios al Convenio, que como ya se indicó anteriormente, son periódicamente revisados para reflejar las opiniones de los países miembros de la OCDE sobre nuevas realidades o nuevos enfoques de antiguos problemas. Desde luego, la experiencia práctica del método de determinación de la base imponible de las sucursales bancarias ya establecidas en España viene a apoyar esta segunda interpretación.

En segundo lugar, el artículo 7.2 establece el principio de «empresa distinta» o «empresa independiente» al indicar que las operaciones realizadas por el EP deben efectuarse siempre en condiciones de mercado, incluso si se trata de operaciones con la casa central.

El mismo ha sido recogido en el artículo 16, apartados 3 y 4 a) LIS, por primera vez en la legislación española, permitiendo por consiguiente a las autoridades inspectoras la realización de ajustes del beneficio declarado por el EP si en la gestión del negocio la valoración de las operaciones no se hubiera realizado de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre partes independientes.

---

(51) «The taxation of multinational banking enterprises», *cit. supra* (30).

(52) *Cit. supra* (45).

El Comité de Asuntos Fiscales entiende que normalmente la contabilidad del EP reflejará este principio. Si no fuera así, los ajustes del beneficio por las autoridades fiscales se realizarían sobre la base del beneficio declarado por dicho EP. Estos ajustes deberán basarse en datos reales tomados del mercado, siempre que ello sea posible, y su objetivo final es evitar que se produzcan transferencias de beneficios vía facturación entre casa central y EP que reducirían la base imponible atribuible a uno de ellos.

Ha de entenderse que el ajuste efectuado por la inspección fiscal española sobre los beneficios del EP tiene eficacia bilateral en los casos en que el correspondiente convenio establezca el método de imputación para evitar la doble imposición; si por el contrario se prevé el método de exención, probablemente se producirá un supuesto de doble imposición sobre la parte de los beneficios que haya sido ajustada (positivamente) en España. En cualquier caso, no es de aplicación el ajuste unilateral dispuesto por el artículo 16.3 LIS para los supuestos en que la Inspección de los Tributos proceda a ajustar la valoración de las operaciones realizadas, ya que sólo es de aplicación a sociedades vinculadas y no a la relación entre la casa central y su EP en España.

### 3.3.2. La deducibilidad de los gastos del EP.

Aunque aplicable igualmente al contenido del apartado anterior, conviene destacar ahora el principio de no discriminación previsto en el artículo 24.3 del Modelo de Convenio:

«Los establecimientos permanentes que una Empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante no serán sometidos a imposición de este Estado de manera menos favorable que las Empresas de este otro Estado que realicen las mismas actividades ...».

Según los Comentarios números 24 y siguientes a dicho artículo, este principio implica que de los ingresos del EP se podrán deducir los gastos relativos a la actividad ordinaria que sean permitidos a una «entidad de crédito» residente en España y le serán de aplicación los mismos coeficientes de amortización y la misma regulación sobre la dotación de provisiones que a esta última; asimismo tendrá derecho a la compensación de pérdidas y al tratamiento de los incrementos de patrimonio realizados en los mismos términos que la legislación tributaria española prevea para las entidades de crédito residentes en España. Este principio ha sido recogido por el artículo 316 RIS, que remite al régimen general a la hora de determinar la base imponible del EP con actividad continuada.

En este sentido, el artículo 7.3 del Modelo de Convenio establece que, para la determinación de la base imponible del EP, se permitirá la deducción de los gastos en que se incurra para la realización de los fines de aquél. Más aún, el mismo apartado 3 especifica que tendrán la consideración de deducibles los gastos de dirección y generales de administración relativos a los mismos fines, e independientemente de dónde se hayan producido.

Respondiendo a esta última especificación, el artículo 13 n) LIS considera, para el caso de un EP, que se trata de una partida deducible para la determinación de los rendimientos netos de éste, con la condición de que el criterio de imputación de dichos gastos al EP sea racional. Con valor simplemente indicativo, el artículo 317 RIS considera que cumplen dicha condición aquellos sistemas de imputación basados en la utilización de un coeficiente que emplee algún parámetro general de la actividad del EP en relación con el grupo del que forma parte (coste de factores, cifra de negocios, gastos directos, etc.). En cualquier caso, el mismo artículo no considerará cumplida esta condición cuando los gastos correspondan al coste de los capitales propios de la entidad afectos al EP en España.

Más detalladamente, el Comité de Asuntos Fiscales ha estudiado la problemática de la atribución y cálculo de este tipo de gastos en los grandes grupos multinacionales (53), indicando que no se considerarán deducibles los gastos de gestión centralizados (auditoría de la casa central, servicios jurídicos propios a la actividad de ésta, etc.), puesto que sólo benefician a esta última, y sí lo serán aquellos en que incurra en beneficio del grupo, prefiriendo en este caso los métodos de facturación directa sobre los de facturación estimada con base en otros parámetros, métodos que han de ser empleados únicamente cuando el coste administrativo de determinación del gasto en que se ha incurrido sea excesivo. Además, se exige que el parámetro empleado refleje adecuadamente la relación entre el servicio prestado y el beneficio (o su expectativa) que producirá al EP.

Aunque el estudio anterior se refiere concretamente a los gastos facturados entre distintas sociedades vinculadas, parece que las anteriores directrices son igualmente aplicables a los incurridos y facturados entre la casa central y su EP en otro Estado, en aplicación del principio de «empresa distinta o independiente».

No obstante, el Comentario número 16 al artículo 7.3 señala que la deducibilidad de este tipo de gastos no depende de que el EP los reembolse efectivamente a su casa central. Bastaría, pues, que esta última comunicara a su EP en España a cuánto han ascendido los mismos y qué importe se incurrió por cuenta del EP, indicando los conceptos y los métodos de cálculo e imputación empleados. En la práctica es aconsejable aportar igualmente un certificado de sus auditores que asevere la realidad de tales extremos.

Nótese que la precisión dada por la OCDE es contraria al principio de inscripción contable recogido en los artículos 16.1 LIS y 88.9 RIS y la Disposición Final Séptima 2 del Reglamento de aprobación del Plan General Contable (54), en la medida en que, al no tener intención de pagarse, no existirá flujo de fondos y no podrá contabilizarse el gasto correspon-

(53) «The allocation of central management and service costs», publicado en «Transfer pricing and multinational enterprises», OCDE, París, 1984.

(54) Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre (BOE n.º 310, de 27 de diciembre).

diente. Para salvar este aparente conflicto normativo sería necesario tener en cuenta el principio de especialidad, por lo que ha de entenderse que los convenios para evitar la doble imposición son normas fiscales de aplicación preferente a la LIS en este aspecto concreto.

Incluso podría entenderse que los tratados para evitar la doble imposición son disposiciones fiscales en el sentido de la mencionada Disposición Final, con lo que la deducibilidad de dichas partidas no dependería de su cargo en la cuenta de resultados del ejercicio, al igual que sucede con la parte representativa de la recuperación del coste del bien en el caso de los bienes adquiridos en «leasing», supuesto expresamente previsto en la mencionada Disposición Final.

Por otra parte, los Comentarios al Modelo de Convenio (55) consideran que los pagos o cobros producidos entre casa central y EP y correspondientes a simples movimientos de fondos entre diferentes partes de la entidad, no son deducibles, con la excepción de los que atañen a las entidades bancarias. En efecto, el Comité de Asuntos Fiscales (56) basándose en el principio de «empresa distinta o independiente» ha considerado que los anticipos de fondos entre casa central y sucursal bancarias constituyen una parte fundamental de la actividad ordinaria del negocio financiero que responde a la realización de operaciones de activo o pasivo con terceras personas, generadoras al fin y al cabo de un ingreso o de un gasto para la entidad que trata con éstas. Puesto que, en aplicación del artículo 7, este ingreso o gasto será atribuido, en principio, a quien realice la operación con el tercero, es necesario reconocer igualmente que el previo anticipo de fondos entre casa central y sucursal supondrá un correlativo ingreso y gasto para cada una de ellas, como si se tratara de empresas independientes actuando en condiciones de mercado.

El Comité se encarga a continuación de señalar que, puesto que estos ingresos o pagos son presuntos y destinados únicamente a determinar la base imponible de la sucursal, cuando los intereses sean imputables a la casa central como ingreso, no deben ser objeto de tributación por obligación real en el país de la sucursal, ya que de otra forma se iría demasiado lejos en la ficción según la cual se trata de dos empresas distintas o independientes. Esta opinión se refleja en nuestro ordenamiento interno cuando se establece que el devengo de este tipo de rentas vendrá dado por la exigibilidad o el pago (57): puesto que se trata de un mero ajuste fiscal, de un flujo presunto, dichos intereses no serán exigibles ni se pagarán nunca, por lo que no serán objeto de tributación en la fuente.

(55) *Vid.* Comentario n.º 18 al artículo 7.3 del Modelo de Convenio en su versión de 1992.

(56) «The taxation of multinational banking enterprises», *cit. supra* (32).

(57) Artículo Primero, Cuatro, 4 a) de la Orden Ministerial de 31 de enero de 1992 (BOE n.º 28, de 1 de febrero).

Por el contrario, el Comité, en el mismo informe, entiende que no será deducible el gasto por intereses imputado a la sucursal bancaria que retribuya a la casa central por los gastos en que haya incurrido para poder asignarle una cifra de capital a aquélla. Esta conclusión nuevamente surge de la aplicación a la sucursal del principio tributario de «empresa distinta o independiente»: puesto que la remuneración que obtiene la matriz (dividendos) por la aportación de capital a su filial no es deducible en la cuenta de resultados de esta última, los intereses abonados por la sucursal para resarcir a su casa central del gasto en que ésta incurrió para asignarle una dotación de capital tampoco deben serlo.

Este aspecto, de gran relevancia cuando las legislaciones bancarias de cada Estado Miembro podían exigir la dotación de un capital mínimo a una sucursal, como si se tratara de una empresa distinta con personalidad jurídica propia, deja de tener trascendencia con la nueva regulación establecida en la Segunda Directiva, a tenor de la que los Estados Miembros no tienen ya la posibilidad de exigir dicha cifra mínima a las sucursales de entidades residentes en otros Estados Miembros.

Así pues, a partir de la entrada en vigor del Proyecto de Ley de Adecuación a la Segunda Directiva Bancaria, cualquier sucursal establecida en España de una entidad bancaria residente en un Estado de las CE podrá operar en nuestro país exclusivamente a base de anticipos recibidos de su casa central, siendo deducible para esta última el gasto que dichos anticipos le supongan, en aplicación de las conclusiones del Comité de Asuntos Fiscales antes expuestas.

Por otro lado, esta vía de financiación de la sucursal no se ve obstaculizada por la aplicación del «coeficiente de infracapitalización» (58) previsto por primera vez en nuestra regulación tributaria con objeto de evitar la reducción del beneficio imponible vía gasto financiero de la entidad vinculada que es sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades en España, y ello porque la literalidad de la norma exige que este último sea una sociedad, por lo que no pueden ampliarse sus disposiciones a las sucursales que, por definición, como ya se apuntó previamente, no tienen personalidad jurídica propia.

En este mismo sentido, el Comité de Asuntos Fiscales (59) se pronuncia en contra de la aplicación de este coeficiente a las sucursales, ya que, aunque ha de prevalecer el principio de «empresa distinta o independiente» (lo que llevaría a concluir que también les sería de aplicación) establecido en el artículo 7.2 tantas veces mencionado, dicho principio ha de ser atempe-

(58) Según el artículo 16.9 LIS y la Disposición Adicional 2.ª RIRPF, cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y vinculada a ella, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 2 a la cifra de capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos.

(59) «The taxation of multinational banking enterprises», *cit. supra* (32).

rado teniendo en cuenta las condiciones en que se desarrolla la actividad de la sucursal en el otro país, como también señala este artículo. Por ello, el Comité alega que la financiación que emplea la sucursal sería precisamente el capital de que disfrutaría de ser una sociedad filial.

En conclusión, desde esta perspectiva parece más ventajosa para una entidad que tenga intención de establecerse en nuestro país la opción de abrir una sucursal que la de constituir una filial, que sí quedaría sujeta a este coeficiente, con el consiguiente coste que ello supone. Más aún, la apertura de una sucursal sin asignación de capital de dotación evitaría el pago del 1% sobre la cifra asignada en aplicación del concepto «Operaciones Societarias» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (60).

### 3.3.3. La tributación del EP que no cierra un ciclo mercantil.

Conviene señalar brevemente el método de determinación de la base imponible de las oficinas de representación de entidades residentes en Estados Miembros con los que España no tiene ratificado convenio para evitar la doble imposición.

Puesto que la actividad de estos centros no genera ingresos directamente atribuibles a los mismos, la base imponible se determina como un porcentaje sobre sus gastos (61).

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (62) ha considerado que este medio de determinación de la base imponible, al estar regulado en el RIS, es ilegal, puesto que la LIS no lo contempla como método de determinación de la base imponible y, sin embargo, el artículo 10 LGT exige que sea una disposición con rango de ley la que fije tal método.

Cierto que esta Sentencia no tiene eficacia *erga omnes* (63), por lo que el Reglamento no quedaría en modo alguno afectado. Sin embargo, la doctrina que contiene permitiría asimilar el régimen tributario de las oficinas de representación de entidades residentes en Irlanda o Grecia con la del resto de los Estados Miembros, aunque España no tuviera ratificados los correspondientes tratados con aquéllos.

(60) Artículos 19 y 20 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (BOE n.º 29, de 3 de febrero de 1981), según redacción dada por Ley 29/1991, *cit. supra* (30).

(61) Según el artículo 329 RIS y la Disposición Adicional 2.ª de la Orden Ministerial de 31 de enero de 1992 (BOE n.º 28, de 1 de febrero), la base imponible será del 15% sobre la cuantía íntegra de sus gastos, adicionando a dicho resultado los ingresos accesorios íntegros que puedan obtener.

(62) Sentencia de 31 de octubre de 1991 (Sección 5.ª P. Sr. Garzón Herrero).

(63) Artículo 1.6 del Código Civil.

3.3.4. La tributación del resultado obtenido por la sucursal en el Estado de residencia de la casa central. El nuevo enfoque de las operaciones triangulares.

La base imponible de la casa central va a reflejar, en principio, el resultado (beneficio o pérdida) obtenido por su sucursal en España.

En el supuesto de obtener beneficios, si el Modelo de Convenio no estableciera diversos métodos de evitar la doble imposición, se produciría un claro ejemplo de doble imposición jurídica de dichos beneficios, ya que tributarían en España (constituirían la base imponible de la sucursal) y en el Estado de residencia de la casa central (como parte de su propia base imponible), sin que hubiera existido una transferencia de la titularidad de los mismos, ya que la sucursal y la casa central tienen la misma personalidad jurídica. De ahí que el Modelo prevea dos métodos de aplicación alternativa para evitar la doble imposición, como son el de exención y el de imputación.

El primero (el método de exención) consiste en la renuncia del Estado de residencia de la casa central a la tributación de los beneficios generados por su sucursal en España, mientras que el segundo (el método de imputación) supone volver a integrar los beneficios de la sucursal (que ya tributaron en España) en la base imponible de la casa central y conceder a esta última una deducción por doble imposición en la cuota resultante, ya sea con el límite de lo que se pagaría por dichos beneficios si se hubieran obtenido en el Estado de residencia de la casa central (modalidad de imputación ordinaria) o sin límite, es decir, por el importe total del impuesto pagado en España (modalidad de imputación plena).

Aunque el método previsto en el ordenamiento interno español es el de imputación ordinaria (64), varios de los convenios ratificados por el Estado español recogen el método de exención como forma de evitar la doble imposición.

No obstante, la problemática de la doble imposición de los beneficios de una «entidad de crédito» o «entidad financiera» establecido en otro Estado Miembro no queda agotada con la aplicación de uno de los métodos anteriores, ya que la naturaleza del negocio financiero da lugar a innumerables casos de las conocidas como «operaciones triangulares». En efecto, una sucursal en España de una «entidad de crédito» residente en un Estado comunitario R, podrá obtener parte de sus beneficios en operaciones realizadas con un tercer Estado F, ya sea o no comunitario, teniendo normalmente dichos beneficios la calificación jurídica de intereses, por lo que el Estado F también tendrá derecho a gravarlos, aunque sea de forma limitada si es de aplicación un convenio de doble imposición.

(64) Véanse artículos 24 LIS y 18 Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a la normativa comunitaria, *cit. supra* (30).

Como la sucursal no tiene personalidad jurídica propia, ni por tanto es residente a efectos fiscales del país donde está establecida, no es fácil concluir qué convenio es el aplicable, ni qué Estado es el que ha de evitar la doble imposición sobre los intereses obtenidos en F, ya que éstos tributarán allí, pero también en España, donde se ubica la sucursal, y, salvo que se aplique el método de exención, en R como parte de la base imponible de la casa central.

El Comité de Asuntos Fiscales ha emitido recientemente un informe en torno a la materia (65), entre otras razones con objeto de hacer frente a la nueva realidad del Mercado Unico Financiero, que sin duda va a favorecer este tipo de operaciones. Entre otras conclusiones, el Comité, apoyado por la mayoría de los Estados Miembros de la OCDE, recomienda la aplicación del convenio entre F y R a los intereses obtenidos por la sucursal establecida en otro Estado (en el supuesto de este trabajo, España), en aplicación del principio según el cual un convenio bilateral sólo es de aplicación a residentes en uno de ambos Estados Contratantes.

Sin embargo, deberá ser el Estado donde se encuentre la sucursal (España) el que evite la doble imposición sobre tales beneficios, mediante la concesión al EP del derecho a la deducción por doble imposición internacional, como si se tratara de una empresa residente en España, aunque con una especialidad: El importe de la deducción tendrá como límite el menor de los tipos de «withholding» (66) sobre intereses previstos entre el convenio ratificado por R y F y el ratificado por España y F. En este último caso no se eliminará completamente la doble imposición (ya que el tipo de «withholding» efectivo habrá sido superior al tenido en cuenta para la concesión del derecho a deducción en España), salvo lo que R tuviera dispuesto en su regulación interna para solucionar estos supuestos.

El Comité entiende que este procedimiento puede deducirse de la actual redacción del artículo 24.3 del Modelo de Convenio, aunque reconoce que varios Estados no lo consideran así, por lo que el Comentario número 52 recoge una mención expresa que, en opinión de tales Estados, debería incluirse en el artículo 24.3 para justificar esta nueva vía de actuación.

Igualmente, en el Comentario número 53, el Comité recomienda que, en el proceso de certificación de la residencia de la «entidad de crédito» en R, requisito imprescindible para la aplicación de los tipos reducidos del convenio entre F y R, participe el Estado donde se sitúe la sucursal (España), especialmente si el tratado entre este Estado y R prevé la exención como método para evitar la doble imposición, con vistas a que el Estado de la sucursal (España) tenga conocimiento de la existencia del ingreso obtenido en F por la sucursal establecida en España.

(65) «Triangular cases», publicado en el número 4 de «Issues in international taxation», titulado «Model Tax Convention: Four related studies», OCDE, París, 1992.

(66) Se emplea esta palabra ante la dificultad de encontrar un vocablo en castellano que defina precisamente este mecanismo de tributación.

Dada la novedad de este enfoque, el autor no puede confirmar si la postura de las autoridades fiscales españolas será la de aplicar las conclusiones del Comité, aun cuando los convenios ratificados por España con Estados Miembros de las CE no lo recogen expresamente, o si, por el contrario, entenderán que la redacción de las mismas ha de ser modificada en el sentido apuntado en el artículo 24.3 del Modelo de Convenio.

Por último, conviene señalar que el artículo 22 de la Ley de adecuación de determinados conceptos impositivos a la normativa comunitaria (67) exime expresamente de tributación las transferencias de beneficios de un EP a su casa central en el extranjero (68), siempre que esta última tenga su residencia fiscal en otro Estado Miembro de las CE.

De esta manera, las transferencias de beneficios entre una sucursal bancaria y su casa central residente en cualquier otro Estado Miembro no quedarán sometidas a ninguna otra imposición fruto de su actividad en España. Esta medida, de carácter fiscal, nuevamente fomenta la actuación en España de una «entidad de crédito» o «establecimiento financiero» a través de una sucursal en lugar de mediante la constitución de una filial.

En cuanto al supuesto en que la sucursal generara pérdidas, sólo si se previera el método de imputación la casa central podría compensarlas con beneficios propios, ya que el método de exención impide al Estado de residencia de la casa central el tenerlas en cuenta, al igual que renuncia a la imposición de los beneficios.

No parece defendible que una «entidad de crédito» residente en un Estado con el que España tenga ratificado un convenio de este tipo, y donde se disponga la aplicación del método de exención, pueda acudir al método de imputación regulado en la normativa interna española (69) para poder compensar las pérdidas generadas por su sucursal en España con los beneficios obtenidos en el resto de sus actividades en su Estado de residencia, alegando que se trata de una norma más favorable que la prevista en el correspondiente convenio.

En efecto, dicho convenio es norma especial frente al ordenamiento interno, por lo que sus disposiciones se aplican con primacía. Además, y en esta misma línea, hay que señalar que los términos empleados por todos los convenios en esta materia son imperativos, por lo que no cabe alegar que la legislación interna no ha ratificado sus disposiciones.

(67) *Cit. supra* (30).

(68) Se trata de un nuevo hecho imponible recogido en el artículo 23, cuatro LIS, según redacción dada por la Disposición Adicional Quinta, siete LIRPF, por influencia de la normativa tributaria norteamericana.

(69) *Cit. supra* (64).

Nótese, por último, que la aplicación del método de imputación puede dar lugar a un supuesto de elusión fiscal, puesto que las pérdidas podrán ser objeto de compensación doblemente, tanto en España como en el Estado de residencia de la casa central, salvo si los diversos tratados prevén alguna regla para evitar este supuesto (70).

#### IV. CONCLUSIONES

Como se deduce de lo expuesto en este trabajo, los Estados Miembros de las CE han sido capaces de alcanzar un acuerdo suficiente para la realización del Mercado Unico Financiero, aunque no es menos cierto que el acuerdo comunitario no resuelve todas las cuestiones planteadas por aquél, por lo que bien pudiera catalogarse dicho mercado de «mercado de mínimos». En cualquier caso, y de acuerdo con la filosofía posibilista que sustenta todo el mecanismo de construcción europea, es necesario felicitarse por la desregulación que va a implicar en los próximos años, siempre y cuando aquellas cuestiones que no quedan resueltas en el marco comunitario no constituyan un obstáculo al desarrollo económico al que va dirigido el proceso liberalizador por las cautelas que puedan imponerse ni impliquen una disminución de la protección del ciudadano como resultado de la lucha entre todos los Estados Miembros por atraer este tipo de inversiones. Es de esperar, en este sentido, que los mecanismos de colaboración establecidos entre las autoridades competentes de todos ellos funcionen apropiadamente.

Por su parte, y desde una óptica de índole privada, la desregulación planteada fomentará las operaciones transnacionales, lo que favorecerá a aquellos grupos bancarios que sean competitivos en la captación de pasivo. En lo que respecta a las grandes entidades españolas, su futuro depende de que consigan diversificar su negocio también en la vertiente geográfica, puesto que, tarde o temprano, su cuota de mercado en España irá reduciéndose.

En cuanto a los aspectos tributarios de este nuevo mercado, es criticable que su regulación no haya ido acompañada de una similar armonización de la fiscalidad directa, lo que constituye otro argumento para catalogarlo de «mercado de mínimos». Dada la rigidez existente en el seno de las CE para la adopción de acuerdos en este campo, se hace imprescindible acudir a la vía alternativa de la OCDE -que aunque más modesta se ha demostrado muy eficaz- si no se pretende quedar aislado de las corrientes inversoras internacionales.

(70) Véanse el artículo 23.2 del Convenio entre España y Bélgica para evitar la doble imposición y regular determinadas cuestiones en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, hecho en Bruselas el 24 de septiembre de 1970 (BOE n.º 258, de 27 de octubre de 1972) y el artículo 25.5 del Convenio entre el Gobierno del Estado español y el Gobierno del Reino de los Países Bajos para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, hecho en Madrid el día 16 de junio de 1971 (BOE n.º 248, de 16 de octubre de 1972).

Con vistas a no quedar aislado de dicha corriente, España debería, por un lado, completar cuanto antes su red de convenios para evitar la doble imposición con todos los Estados Miembros de las CE y, por otro, superar las lagunas y contradicciones existentes entre su normativa tributaria interna y los Comentarios del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE al Modelo de Convenio. En consecuencia, sería aconsejable que la futura Ley del Impuesto sobre Sociedades las superase e integrara, respectivamente, lo que resulta fundamental para que nuestro país se alinie con aquellos que disponen de un sistema tributario más moderno. Por lo demás, será imprescindible que la Administración Tributaria española disfrute de mayor agilidad a la hora de responder a las nuevas situaciones que se producirán, puesto que, en otro caso, los supuestos de inseguridad jurídica, tan poco recomendables para la consecución de inversiones extranjeras, se repetirán con una frecuencia indeseable.

En fin, y como se apuntaba al inicio en relación con la construcción europea, «... no creer en la utopía es ser poco realista». Es de esperar que el proceso de armonización que estos días conocen las CE sirva para que los Estados Miembros decidan finalmente establecer unas bases comunes también por lo que concierne a la imposición directa. Hasta entonces, el Mercado Unico no será una realidad acabada.

## ANEXO I

### LISTA DE ACTIVIDADES QUE SE BENEFICIAN DEL RECONOCIMIENTO MUTUO

Según la Directiva	Según el Proyecto de Ley
1. Recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables.	a) Captación de depósitos u otros fondos reembolsables, según lo previsto en el artículo primero del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

Según la Directiva	Según el Proyecto de Ley
2. Préstamos (*).	<p>b) Préstamo y crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario, y la financiación de transacciones comerciales.</p> <p>c) «Factoring» con o sin recurso.</p>
3. Arrendamiento financiero («leasing»).	d) Arrendamiento financiero.
4. Operaciones de pago.	e) Operaciones de pago, con inclusión, entre otras, de los servicios de pago y transferencia.
5. Emisión y gestión de medios de pago (tarjetas de crédito, cheques de viajes, cartas de crédito).	f) Emisión y gestión de medios de pago tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cartas de crédito.
6. Concesión de garantías y suscripción de compromisos.	<p>g) Concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares.</p> <p>h) Intermediación en los mercados interbancarios.</p>
<p>(*) Comprenden en especial:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Crédito al consumo.</li> <li>– Crédito hipotecario.</li> <li>– «Factoring» con o sin recurso.</li> <li>– Financiación de transacciones comerciales (incluido el «forfaiting»).</li> </ul>	

Según la Directiva	Según el Proyecto de Ley
<p>7. Transacciones por cuenta propia de la entidad o por cuenta de su clientela que tengan por objeto:</p> <p>a) Instrumentos del mercado monetario (cheques, efectos, certificados de depósito, etcétera).</p> <p>b) Mercados de cambios.</p> <p>c) Instrumentos financieros a plazo y opciones.</p> <p>d) Instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés.</p> <p>e) Valores negociables.</p>	<p>i) Operaciones por cuenta propia o de su clientela que tengan por objeto: valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, u opciones y permutas financieras sobre divisas o tipos de interés.</p>
<p>8. Participaciones en las emisiones de títulos y prestaciones de los servicios correspondientes.</p>	<p>j) Participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación; y aseguramiento de la suscripción de emisiones.</p>
<p>9. Asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia industrial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de la fusión y la compra de empresas.</p>	<p>k) Asesoramiento y prestación de servicios a empresas en las siguientes materias: estructura de capital, estrategia empresarial, adquisiciones, fusiones y cuestiones similares.</p>
<p>10. Intermediación en los mercados interbancarios.</p>	
<p>11. Gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios.</p>	<p>l) Gestión de patrimonios y asesoramiento a sus titulares.</p>

Según la Directiva	Según el Proyecto de Ley
12. Custodia de valores negociables.	ll) Actuar, por cuenta de sus titulares, como depositarios de valores representados en forma de títulos, o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta.
13. Informes comerciales.	m) Realización de informes comerciales.
14. Alquiler de cajas fuertes.	n) Alquiler de cajas fuertes.
<div data-bbox="671 1003 916 1106" style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block; background-color: #f0f0f0;">ANEXO II</div>	
<b>REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS</b>	
Según la Directiva	Según el Proyecto de Ley
1. Que se trate de una filial de una o varias entidades de crédito, autorizadas por las disposiciones legales nacionales al desarrollo de alguna o varias de las actividades relacionadas en el mencionado ANEXO I.	1. Tendrán consideración de establecimientos financieros aquellas entidades que no sean de crédito y cuya actividad principal consista en adquirir participaciones en otras entidades o ejercer una o varias de las actividades que se enumeran en el artículo 50 (71), salvo las previstas en las letras a), m) y n).
<p>(71) Al parecer, es un error material y debería entenderse 52.</p>	

Según la Directiva	Según el Proyecto de Ley
<p>2. Que las actividades de que se trata se ejerzan efectivamente en el territorio del mismo Estado Miembro.</p>	<p>2. Dichos establecimientos financieros deberán estar controlados por una o varias entidades de crédito que tengan su misma nacionalidad y que, además, posean el 90 por 100 o más de los derechos de voto.</p>
<p>3. Que la o las empresas matrices posean el 90% o más de los derechos de voto vinculados a la posesión de participaciones o acciones de la filial.</p>	<p>3. Los establecimientos financieros deberán estar autorizados para realizar, y realizarán efectivamente en el Estado donde tengan su domicilio, las actividades que pretendan efectuar en España.</p>
<p>4. Que la o las empresas matrices hayan demostrado, a satisfacción de las autoridades competentes, que efectúan una gestión prudente de la filial y se hayan declarado, con el consentimiento de las autoridades competentes del Estado Miembro de origen, solidariamente garantes de los compromisos asumidos por la filial.</p>	<p>4. La o las entidades de crédito dominantes deberán haber demostrado, a satisfacción de sus autoridades supervisoras, que efectúan una gestión prudente de los establecimientos financieros y, con el consentimiento de dichas autoridades, haberse declarado solidariamente garantes de los compromisos asumidos por dichos establecimientos.</p>
<p>5. Que la filial esté incluida, de forma efectiva, en especial para las actividades referidas, en la supervisión sobre base consolidada a la que está sometida su empresa matriz o cada una de sus empresas matrices, de conformidad con la Directiva 85/350/CEE (72), en particular para el cálculo del coeficiente de solvencia, para el control de grandes riesgos y la limitación de las participaciones prevista en el artículo 12 de la presente Directiva.</p>	<p>5. Los establecimientos financieros y sus entidades de crédito dominantes deberán ser objeto de una supervisión sobre base consolidada según la legislación prudencial aplicable.</p>
<hr/> <p>(72) Según la Rectificación de errores (DOCE L n.º 280/54, de 24 de septiembre) a la Directiva 92/30, de 6 de abril (DOCE L n.º 110/52, de 28 de abril), el artículo 10 de esta última cambia la mención a la Directiva 85/350 por la mención a la Directiva 92/30.</p>	

**BIBLIOGRAFIA**

- OECD Committee on Fiscal Affairs, «Model Tax Convention on Income and on Capital» (updated as of 1st September 1992), París, 1992.
  
- OECD, «Transfer pricing and multinational enterprises, three taxation issues», París, 1984.
  
- OECD, «Model Tax Convention: Four Related Studies», Issues in international taxation, n.º 4, París, 1992.
  
- GONZALEZ POVEDA, V., «Tratados y Convenios internacionales. Impuesto sobre la Renta. Impuesto sobre Sociedades. Impuesto sobre el Patrimonio», Editorial CISS, Bilbao, 1988.
  
- CARMONA FERNANDEZ, N., CISNEROS GUILLEN, L., PEREZ RODILLA, G. y SERRET DE MURGA, I., «Fiscalidad de no residentes según la doctrina administrativa», Editorial CISS, Bilbao, 1992.
  
- BURGERS, I.J.J., «Taxation and supervision of branches of multinational banks. A comparative study of banks and other enterprises», IBFD Publications, Amsterdam, 1991.
  
- DE JUAN PEÑALOSA, J.L., «Problemática tributaria internacional. Actuación bancaria a través de filiales y sucursales», (en «Estudios sobre tributación bancaria», dir. Martínez Lafuente, Antonio, Editorial Cívitas, Madrid, 1985).

- DE LA VILLA, J.M., «Comentarios a las leyes tributarias y financieras», Tomo XIV, volúmenes 1.º y 2.º, dir. Amorós Rica, N., *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* y *EDERSA*, Madrid, 1982.
  
- ERNST & YOUNG, «International bank taxation», Second edition, Euromoney Publications, Londres, 1993.