



La interpretación de los convenios de doble imposición en los tiempos de la COVID-19

José Manuel Calderón Carrero

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

Extracto

Este trabajo analiza la importante Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 3 de marzo de 2020, en el caso Stryker, que establece una doctrina de gran relevancia en materia de interpretación de convenios de doble imposición (CDI). El Alto Tribunal rechaza que la Administración tributaria o los tribunales puedan fundamentar una regularización tributaria, de forma exclusiva o principal, en materiales (no normativos) de *Soft-law*, como los comentarios al MC OCDE. La sentencia del TS también rechaza interpretaciones unilaterales de las cláusulas de los convenios fiscales, y establece importantes límites a la denominada «interpretación dinámica» de los CDI. Esta jurisprudencia limita igualmente la utilización expansiva (en ocasiones impropia) y mecánica del *Soft-law* OCDE relativo al proyecto BEPS, a efectos de interpretar la legislación interna y la red de los CDI.

Palabras clave: convenios de doble imposición; interpretación de convenios de doble imposición; *Soft-Law* OCDE.

Fecha de entrada: 19-07-2020 / Fecha de aceptación: 27-07-2020 / Fecha de revisión: 23-07-2020

Cómo citar: Calderón Carrero, J. M. (2020). La interpretación de los convenios de doble imposición en los tiempos de la COVID-19. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 449-450, 51-76.



Tax treaty interpretation in the times of the Covid

José Manuel Calderón Carrero

Abstract

This work analyzes the important judgment of the Supreme Court, of March 3, 2020, in the Stryker case, which establishes a doctrine of great relevance in the matter of interpretation of Double Taxation Agreements. The Supreme Court rejects that the tax administration or the courts can base a tax regularization, exclusively or principally, on (non-normative) Soft-law materials, such as the commentaries to the OECD MC. The Supreme Court's ruling also rejects unilateral interpretations of the clauses of the tax treaties, and establishes important limits to the so-called «dynamic interpretation» of the double tax conventions.

Keywords: double tax conventions; interpretation of tax treaties; OECD Soft-law.

Citation: Calderón Carrero, J. M. (2020). La interpretación de los convenios de doble imposición en los tiempos de la COVID-19. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 449-450, 51-76.





Sumario

1. Introducción
2. Exposición de la doctrina establecida por el TS en el caso Stryker
 - 2.1. Antecedentes del caso objeto de la Sentencia del TS de 3 de marzo de 2020
 - 2.2. Exposición de la fundamentación y doctrina establecida por el TS en el caso Stryker
 - 2.2.1. Delimitación del objeto del recurso de casación
 - 2.2.2. Fundamentación de la doctrina del TS sobre la cuestión litigiosa: naturaleza jurídica y valor interpretativo de los comentarios al MC OCDE, límites de la interpretación dinámica de los CDI, y alcance de la cláusula de auxiliariidad del PC OCDE de 1963
 - 2.2.3. La doctrina jurisprudencial fijada por el TS en el caso Stryker
3. Algunas reflexiones sobre la doctrina del TS en el caso Stryker: una visión sobre las implicaciones de fondo de esta jurisprudencia en relación con la utilización expansiva e impropia del *Soft-Law* OCDE
 - 3.1. Sobre la interpretación de la cláusula de auxiliariidad prevista en el artículo 5.3 e) del CDI hispano-suizo de 1966
 - 3.2. Sobre la interpretación de los CDI a la luz de los comentarios al MC OCDE, particularmente la denominada «interpretación dinámica o ambulatoria»
 - 3.3. La interpretación bilateral de los CDI y sus potenciales implicaciones prácticas en el contexto de un marco de fiscalidad internacional inestable y que erosiona el derecho a la seguridad jurídica

Referencias bibliográficas

1. Introducción

Este trabajo analiza la importante Sentencia 308/2020 del Tribunal Supremo (TS) de 3 de marzo de 2020, en el caso Stryker (rec. núm. 5448/2018 –NFJ077876–), que establece una doctrina de gran relevancia en materia de interpretación de convenios de doble imposición (CDI).

El Alto Tribunal rechaza que la Administración tributaria o los tribunales puedan fundamentar una regularización tributaria, de forma exclusiva o principal, en materiales (no normativos) de *Soft-law*, como los comentarios al Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE).

La sentencia del TS también se muestra contraria a interpretaciones unilaterales de las cláusulas de los convenios fiscales, y establece importantes límites a la denominada «interpretación dinámica» de los CDI.

Esta jurisprudencia, a nuestro juicio, limita igualmente la utilización expansiva (en ocasiones impropia) y mecánica del *Soft-law* OCDE relativo al proyecto BEPS (erosión de las bases y la transferencia de beneficios), a efectos de interpretar la legislación interna y la red de los CDI. En este sentido, cabría destacar el importante impacto que posee este pronunciamiento del TS sobre la estrategia y gestión de la controversia fiscal internacional, considerando la doctrina establecida tanto en relación con la redefinición del uso hermenéutico del *Soft-law* de la OCDE como sobre la interpretación bilateral de los CDI.

2. Exposición de la doctrina establecida por el TS en el caso Stryker

2.1. Antecedentes del caso objeto de la Sentencia del TS de 3 de marzo de 2020

La citada Sentencia 308/2020 del TS de 3 de marzo de 2020 (NFJ077876) (ponente don Francisco José Navarro Sanchís) resuelve en sentido estimatorio un recurso de casación interpuesto por la sociedad mercantil Stryker Iberia contra la Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 9 de febrero de 2018 (rec. núm. 335/2015 –NFJ070241–), relativa a la devolución de ingresos indebidos del impuesto sobre sociedades (IS) 2005-2008 por un importe total de 40.593.382 euros.

La referida sentencia de la AN desestimó el recurso formulado por la entidad Stryker Iberica, SA contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 5 de febrero de 2015, por la que este tribunal rechazó la indicada reclamación de ingresos indebidos.

Los hechos sobre los que versó la controversia tributaria, en los términos fijados por el TS, son los siguientes:

- a) IS ejercicios 2006 y 2007: la entidad recurrente presentó autoliquidaciones por el IS, incluyendo una exención por doble imposición en aplicación del artículo 22 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades –RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo– (TRLIS), por unos importes de 25.750.110 euros en el ejercicio 2006 y de 25.733.670 euros en el ejercicio 2007, como consecuencia de la obtención de dichas rentas a través de un establecimiento permanente (EP) situado en Suiza.

El 12 de abril de 2010 se extendió acta de disconformidad, por los conceptos y periodos impositivos indicados, proponiéndose la práctica de dos liquidaciones tributarias en las que se realizaban ajustes frente a lo declarado por el sujeto pasivo. El 30 de junio de 2010, se confirmó la propuesta de liquidación consignada en el acta, por entender que el contribuyente no tenía derecho a la exención del artículo 22 del TRLIS.

Interpuesta y desestimada la reclamación del contribuyente ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Madrid, se interpone recurso de alzada ante el TEAC, en relación con el IS años 2006 y 2007.

- b) IS 2005: la recurrente (Stryker) presentó su autoliquidación del IS incluyendo una aplicación de la exención del artículo 22 del TRLIS, por importe de 25.808.056 euros, por las mismas razones antes expresadas.
- c) IS 2008: la entidad recurrente presentó su autoliquidación del IS, incluyendo la aplicación de la exención del artículo 22 del TRLIS por importe de 26.591.183 euros. Frente a la consiguiente liquidación tributaria, el contribuyente interesó reclamación ante el TEAR de Madrid que fue desestimada y recurrida en alzada ante el TEAC, solicitando la anulación de la resolución del TEAR impugnada y de la liquidación practicada en relación con la declaración del IS 2008, respecto de la cual la Administración rechazó la aplicación de la exención del artículo 22 del TRLIS.

El TEAC, a través de su Resolución de 5 de febrero de 2015, confirmó las liquidaciones tributarias y desestimó los recursos presentados por el contribuyente (IS 2005-2008).

Igualmente, la AN, en su Sentencia de 9 de febrero de 2018 (rec. núm. 335/2015 –NFJ070241–), también desestimó el recurso contra la resolución del TEAC. Tal y como consta en la sentencia del TS objeto de análisis, los principales razonamientos utilizados

por la AN para desestimar el recurso del contribuyente aparecen sintetizados en sus fundamentos jurídicos 3.º y 4.º, en el sentido siguiente:

- En primer lugar, la AN no considera acreditada mediante prueba documental la concurrencia de los requisitos necesarios para considerar que existe un EP en Suiza. Y ello a pesar del reconocimiento de un lugar fijo de negocios (oficinas subcontratadas y un director a cargo), toda vez que se pone el acento en la naturaleza de la «actividad» (auxiliar) realizada a través de la «sucursal».
- La AN considera que la actividad estrictamente financiera de la sucursal consistente en la realización de préstamos intragrupo (desarrollando actividades de gestión) «debe ser calificada de accesoria». El tribunal comparte la posición de la Administración recogida en el acuerdo de liquidación en el sentido de que el cobro de unos intereses y, en su caso la renovación de un préstamo a su vencimiento sin desembolso alguno ni necesidad de realizar negociación de ninguna clase, no puede considerarse una actividad financiera sustancial y esencial y significativa para el conjunto de la empresa sino una actividad meramente auxiliar. Se concluye que «no existe actividad económica o comercial alguna en Suiza, en relación con el préstamo que le fue cedido frente a Stryker Pine, SAS. Solo se ha justificado que la sucursal es una mera tenedora de dicho préstamo».
- La conclusión relativa a la auxiliariadad de la sucursal suiza se fundamenta por la AN en los comentarios al MC OCDE (actualización de 2005 y según la homogeneización lingüística de julio de 2010). En particular, la AN hace referencia y transcribe varios párrafos de los comentarios al artículo 5 del MC OCDE (2005-2010):
 - Párrafo 5.1 de los comentarios al artículo 5 del MC OCDE sobre la existencia de un lugar fijo de negocios y los criterios de coherencia comercial y geográfica que aplican para determinar la cuestión de la «multiplicidad de EP».
 - Párrafo 5.3 de los comentarios al artículo 5.1 del MC OCDE, sobre los referidos criterios de coherencia comercial y geográfica.
 - Párrafo 7 de los comentarios al artículo 5.1 del MC OCDE, sobre la realización de actividades de forma regular a través del lugar fijo de negocios, esto es, sobre la intensidad temporal de la actividad realizada a través del EP.
 - Párrafos 23 y 24 de los comentarios al artículo 5.4 del MC OCDE, sobre la realización de una actividad meramente preparatoria o auxiliar.
 - Párrafo 15.2 de los comentarios al artículo 7.1 del MC OCDE sobre la atribución de beneficios al EP, donde se mencionan las transferencias de préstamos entre una casa central y una sucursal y criterios para su reconocimiento fiscal.

- La AN, por otro lado, menciona el concepto de EP recogido en el artículo 22 del TRLIS, donde se recoge una remisión al artículo 13 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes –RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo–, sin realizar ninguna valoración interpretativa al respecto, más allá de reiterarse que desde el lugar fijo de negocios en Suiza no se realiza ninguna actividad económica o comercial de la empresa, puesto lo único que se hace es anotar el cobro de los intereses. La AN, no obstante, incluye un matiz adicional al indicar que el hecho de que el director de la sucursal firme un contrato marco de préstamo con una entidad irlandesa del grupo y que tal sucursal forme parte de un acuerdo de *cash-pooling* en la que interviene el Bank of America resulta irrelevante a estos efectos, ya que considera que en la sucursal «no se realiza una actividad empresarial o económica esencial a su matriz». Se añade que el hecho de que la actividad de la sucursal no sea «interna» sino externa (frente a las filiales del grupo) no convierte tal actividad en esencial, como tampoco lo convierte el volumen de ingresos anuales de la compañía. Por tanto, la AN considera no probada que la actividad realizada por la sucursal suiza del contribuyente superara el umbral de auxiliariedad y constituyera un EP. Llama la atención que la AN no abundara en la interpretación del artículo 5 del Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio entre el Estado Español y la Confederación Suiza, de 26 de abril de 1966 (CDI hispano-suizo de 1966), y se limitara a revisar el concepto de auxiliariedad recogido en el artículo 5.4 del MC OCDE, que la normativa española que regula el concepto de EP no contempla.
- En segundo lugar, la AN (fundamento jurídico 4.º) se refiere a la cláusula del artículo 23 del CDI hispano-suizo de 1966, que regula el «procedimiento amistoso»¹. Con base en este precepto, la AN realiza una serie de afirmaciones un tanto crípticas y generales que vendrían a fundamentar que no procede aplicar una medida para eliminar la doble imposición (entendemos que recogida en el CDI) allí donde

¹ La referencia al artículo 23 del CDI hispano-suizo de 1966 debe entenderse realizada a su artículo 25, ya que el precepto citado en primer lugar regula los métodos para evitar la doble imposición, incluyendo el método de exención (art. 23.1) aplicable a establecimientos permanentes situados en el otro Estado contratante. Nótese que, tanto el artículo 23 como el artículo 25 del CDI hispano-suizo de 1966, fueron modificados de forma significativa por el Protocolo de 27 de julio de 2011 (BOE de 11 de junio de 2013); en particular, el Protocolo de 2011 modifica la cláusula de eliminación de la deducción para evitar la doble imposición (DDI) en España, eliminando el método de exención convencional y sustituyéndolo por el método de imputación, pero permitiendo la aplicación de la exención prevista en la legislación española (v. gr., los arts. 21 y 22 TRLIS) a opción del contribuyente. En relación con la evolución de estas cláusulas del CDI hispano-suizo de 1966 pueden consultarse los comentarios de Calderón y Martín en los capítulos dedicados a la eliminación de la doble imposición internacional y al procedimiento amistoso en la obra de Carmona, Calderón, Martín Jiménez y Trapé (2019-2020). Nótese que el TS, en la sentencia Stryker, menciona en los fundamentos jurídicos 3.º y 4.º, el artículo 23 del CDI hispano-suizo, pero el Alto Tribunal sí se está refiriendo al precepto convencional que regula el método para eliminar la doble imposición.

no concurren los requisitos necesarios para su aplicación, como es el caso de la inexistencia de un EP. La AN razona a este respecto que:

[...] no es posible que las autoridades españolas procedan a hacer el ajuste bilateral respecto a lo decidido por las autoridades fiscales extranjeras, pero tampoco lo es que se admita una deducción por doble imposición cuando no se reúnen los requisitos para ello.

Todo ello conduce a la AN a la desestimación del recurso interpuesto por Stryker.

- La AN, por tanto, rechaza la aplicación de la exención convencional del artículo 23.1 del CDI hispano-suizo en relación con los beneficios atribuidos a la actividad financiera de la sucursal suiza de la entidad española Stryker, al considerar que tal sucursal no constituía un EP en el sentido del artículo 5 del convenio² a partir del conjunto de elementos de prueba aportados por el contribuyente que resultaban indicativos de una actividad auxiliar a la luz de los comentarios al artículo 5 del MC OCDE 2005-2010.

2.2. Exposición de la fundamentación y doctrina establecida por el TS en el caso Stryker

A efectos de exponer de forma más ordenada la doctrina del TS en el caso Stryker, estructuramos este epígrafe en tres partes, a saber: a) la delimitación del objeto de recurso de casación a la luz del auto y la posterior sentencia; b) la fundamentación de la sentencia en relación con la naturaleza de los comentarios al MC OCDE, los límites de la interpretación dinámica y el alcance de la cláusula de auxiliariadad del Proyecto de Convenio de la OCDE de 1963 (PC OCDE de 1963); y c) la doctrina jurisprudencial fijada sobre la interpretación de los CDI.

2.2.1. Delimitación del objeto del recurso de casación

La entidad Stryker presentó recurso de casación el 9 de julio de 2018, impugnando la Sentencia de la AN de 9 de febrero de 2018.

El TS, a través de su **Auto de 28 de noviembre de 2018** (rec. núm. 5448/2018–NFJ072201–), apreció la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, enunciada en los siguientes términos:

² Nótese que, tal y como resulta de la lectura de la Sentencia de la AN de 9 febrero de 2018 en el caso Stryker, el contribuyente había acreditado la existencia y tributación efectiva de la sucursal en Suiza (como EP a los efectos del CDI) en relación con los rendimientos de la actividad financiera, habiéndose aportado igualmente certificados emitidos a este respecto por las autoridades fiscales suizas (FTA).

[...] Determinar los límites de la conocida como interpretación «dinámica» de los Convenios internacionales para evitar la doble imposición en materia de renta y patrimonio suscritos por el Reino de España con base en el Modelo Convenio de la OCDE, como es el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio entre el Estado Español y la Confederación Suiza de 26 de abril de 1966, cuando se comprueba que, bastante tiempo después de que se produjeran los hechos controvertidos y respecto de los preceptos interpretados, los Estados signatarios, el Reino de España y la Confederación Suiza, consideraron necesario modificar la redacción del artículo 5.4 e incorporar al artículo 5.3 una nueva letra f), que hasta entonces diferían de los preceptos correlativos del posterior Modelo Convenio de la OCDE [artículos 5.5 y 5.4.f)], haciéndolas coincidir, e innecesario modificar la redacción de letra e) del artículo 5.3, pese a que también difería de la del precepto correlativo del posterior Modelo Convenio de la OCDE [el artículo 5.4.e)].

La **Sentencia del TS de 3 de marzo de 2020** precisó con mayor detalle el **objeto del recurso y su contexto**.

El **fundamento jurídico primero** de la sentencia está dedicado precisamente a explicarlo en los siguientes términos:

El objeto de este recurso de casación consiste en examinar la sentencia impugnada, a fin de determinar los límites de la conocida como *interpretación dinámica* de los Convenios internacionales para evitar la doble imposición en materia de renta y patrimonio suscritos por el Reino de España, con base en el Modelo Convenio de la OCDE, como es el Convenio celebrado con la Confederación Suiza el 26 de abril de 1966.

En este asunto, lo sucedido es que, bastantes años después de que se produjeran los hechos controvertidos y la deuda regularizada, del periodo 2005 a 2008, en relación con los preceptos interpretados, los Estados signatarios, el Reino de España y la Confederación Suiza, consideraron necesario modificar la redacción del originario artículo 5.4 e incorporar al artículo 5.3 una nueva letra f), que hasta entonces diferían de los correlativos del posterior Modelo Convenio de la OCDE [artículos 5.5 y 5.4.f)], haciéndolas coincidir, e innecesario modificar la redacción de letra e) del artículo 5.3, pese a que también difería de la del correlativo del posterior Modelo Convenio de la OCDE [el artículo 5.4.e)].

Ello nos lleva a precisar los puntos neurálgicos del problema aquí planteado para la decisión del recurso de casación y la formación de doctrina jurisprudencial en esta materia:

- a) qué es la *interpretación dinámica* de los Convenios y si se trata de una expresión que puede encontrar equivalentes en nuestra tradición jurídica;
- b) si los modelos de convenio OCDE o sus comentarios, por su origen, son normas jurídicas que los tribunales de justicia hayan de tener en cuenta para interpretar

las normas pactadas en los Convenios, a tenor de lo dispuesto en los artículos 94 y 96 de nuestra CE;

c) si tales comentarios, pautas o modelos interpretativos pueden anteponerse a las reglas hermenéuticas, bien las pactadas entre los estados firmantes o en otros convenios y tratados, bien las propias de sus respectivos ordenamientos internos, y en virtud de qué fuente de legitimación;

d) si cabe hacer uso de esa *interpretación dinámica* para interpretar un artículo del Convenio en función del contenido de otro posterior, no vigente al tiempo de aplicarse a las rentas aquí gravadas; y

e) si cabe que España interprete de forma unilateral, con fundamento en esa regla, el concepto de establecimiento permanente, para negar que concurra, de un modo antagónico al que ha llevado a Suiza a afirmar su existencia y a gravar las rentas conforme a tal calificación.

En relación con esta delimitación del objeto del recurso que realiza el TS, cabe realizar algunas observaciones. Básicamente, el TS destaca que durante los ejercicios fiscales objeto de regularización en el caso Stryker (IS 2005-2008) estaba vigente el CDI hispano-suizo en su redacción original de 1966, y en tal sentido la cláusula aplicable para determinar la existencia de un EP era la prevista en el artículo 5 de tal convenio, de suerte que la cláusula de auxiliariadad aplicable recogida en el artículo 5.3 e) estaba definida de forma estricta al referirse a:

El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de hacer publicidad, suministrar información, realizar investigaciones científicas o desarrollar otras actividades similares que tengan carácter preparatorio o auxiliar, *siempre que estas actividades se realicen para la propia empresa.* (La cursiva es nuestra).

Esta cláusula del CDI hispano-suizo (1966) está inspirada en el artículo 5.3 e) del Proyecto de Convenio de la OCDE de 1963 (PC OCDE de 1963), en tanto que la modificación del CDI hispano-suizo (1966) por el Protocolo de 2011, añadió (sin eliminar el art. 5.3 e)³ una cláusula

³ Nótese que el MC OCDE de 1977 modificó la cláusula de auxiliariadad del artículo 5.3 e) del PC OCDE de 1963 de la siguiente manera: por un lado, la cláusula del artículo 5.3 pasa al artículo 5.4; por otro, el MC OCDE de 1977 añadió una letra f) (combinación de actividades auxiliares/preparatorias) a la cláusula de auxiliariadad (renumerada como art. 5.4); de acuerdo con el nuevo artículo 5.4 f) del MC OCDE de 1977 no se considerará que constituye un EP:

[...] el mantenimiento de un lugar fijo de negocios únicamente como combinación de las actividades mencionadas en los sub-párrafos a) al e), en la medida en que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios resultante de tal combinación sea de naturaleza auxiliar o preparatoria.

Y, en tercer lugar, el MC OCDE de 1977 modificó de forma relevante el tenor y configuración de la letra e) del antiguo artículo 5.3 del PC OCDE de 1963 que establecía que no se considera que constituya un EP «e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios únicamente con el objetivo de publicidad, suministro de

adicional (art. 5.3 f)⁴, siguiendo la cláusula (art. 5.4 f) del MC OCDE de 1977 (vigente hasta la modificación BEPS del MC OCDE de 2017) que instrumentaba un concepto todavía más complejo de auxiliariadad siguiendo las referidas versiones posteriores del MC OCDE (1977-2014)⁵.

A nuestro juicio, la delimitación del objeto del recurso desde la perspectiva de la «interpretación dinámica» y el valor jurídico del *Soft-law* podría calificarse como instrumental, toda vez que lo relevante aquí pasa por interpretar la cláusula del CDI hispano-suizo (1966) en la redacción vigente en los ejercicios fiscales objeto de controversia a efectos de determinar si la interpretación dada por la Administración (y confirmada por el TEAC y la AN) resultaba o no correcta. Es cierto que los comentarios a los MC OCDE (y en su caso ONU) pueden constituir elementos informativos que contribuyan a entender los términos de una cláusula del CDI, pero el CDI debe interpretarse, con arreglo a los cánones hermenéuticos tradicionales y específicos, en sus propios términos, sin necesidad de atender a elementos externos (comentarios MC OCDE) máxime cuando los términos de la cláusula convencional son suficientemente claros como para identificar una incorrecta aplicación de los mismos por una de las partes de la relación jurídico-tributaria. Nótese que la cláusula de auxiliariadad del artículo 5.4 e) del CDI aplica «siempre que estas actividades se realicen para la propia empresa», lo cual no acontecía en el caso que nos ocupa.

2.2.2. Fundamentación de la doctrina del TS sobre la cuestión litigiosa: naturaleza jurídica y valor interpretativo de los comentarios al MC OCDE, límites de la interpretación dinámica de los CDI, y alcance de la cláusula de auxiliariadad del PC OCDE de 1963

En primer lugar, el TS, a través de su fundamento jurídico 2.º, se refirió a la interpretación dinámica de los CDI, desarrollando valiosas reflexiones sobre su concepto y funcionalidad, como elemento externo al sistema jurídico de fuentes.

información, o para investigación científica o para actividades similares que posean naturaleza preparatoria o auxiliar, para la empresa» (la cursiva es nuestra); la letra e) del artículo 5.4 del MC OCDE de 1977 se configura de la siguiente forma: no se considera que constituyan un EP «e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios únicamente con el objetivo de llevar a cabo, para la empresa, cualquier otra actividad de naturaleza preparatoria o auxiliar» (la cursiva es nuestra); como veremos más adelante, el TS considera que la modificación operada en este punto por el MC OCDE de 1977 amplía el concepto de actividad auxiliar. Esta modificación del artículo 5.4 del MC OCDE de 1977 perduró en el MC OCDE hasta 2017. La cláusula del artículo 5.3 del CDI hispano-suizo (1966) está alineada con la cláusula de auxiliariadad del PC OCDE de 1963; el Protocolo de 2011 que modifica el referido CDI hispano-suizo se limitó a añadir en la referida cláusula de auxiliariadad una nueva letra f) que se corresponde con la letra e) del artículo 5.4 del MC OCDE de 1977, sin modificar la letra e) (cláusula de auxiliariadad PC OCDE de 1963).

⁴ Véase lo indicado en la nota precedente.

⁵ En relación con las implicaciones de la acción 7 del Proyecto BEPS sobre el artículo 5 del MC OCDE de 2017, véanse nuestros comentarios en Calderón (2020).

El TS parte de un concepto de interpretación dinámica propio de la fiscalidad internacional, cuyo objeto serían los CDI, y cuya finalidad sería servir de elemento instrumental para adaptar la exégesis de los preceptos convencionales a las realidades jurídicas, sociales o tecnológicas que no se pudieron prever al momento de su concertación. La sentencia conecta la interpretación dinámica con las propias cláusulas convencionales y con las reglas de interpretación de tratados internacionales recogidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, aunque el TS no acaba de definir con precisión tal conexión más allá de las afirmaciones genéricas antes comentadas.

Seguidamente, el TS realiza una serie de reflexiones (más bien precisiones) sobre la interpretación dinámica al hilo de su propia jurisprudencia precedente (que, a nuestro juicio, de alguna manera parece querer matizar):

- 1.º El TS reconoce la utilización de la «interpretación dinámica» en su jurisprudencia precedente⁶. Sin embargo, el Alto Tribunal precisa que tal utilización no tuvo carácter sustancial en el sentido de fundamentar la interpretación del CDI o determinar la resolución del recurso de casación planteado, siendo lo fundamental la interrelación entre el convenio y lo dispuesto en el derecho interno.
- 2.º El TS trae a colación pronunciamientos precedentes donde se indica que las reglas, modelos o comentarios que inspiran normalmente la redacción de los convenios no son fuentes normativas que condicionen o vinculen el criterio del Alto Tribunal, ni pueden ser invocadas como infringidas en casación⁷.
- 3.º En tercer lugar, el TS, entrando ya al objeto del recurso de casación del caso Stryker, pone de relieve que la infracción cometida por la sentencia de la sala de instancia (AN) no solo resulta de aplicar la pauta interpretativa suministrada por un comentario a los modelos de convenio –advirtiendo que tal fundamentación por sí sola no es admisible sin el sustento de una justificación directa en las propias fuentes del ordenamiento jurídico (el CDI o el derecho interno)–, sino, principalmente, porque el efecto producido es el de dejar sin efecto el concepto pactado de EP del artículo 5.3 del CDI hispano-suizo para reemplazarlo por otro posterior, no vigente en el periodo regularizado, lo cual conduce, todo ello en palabras del TS, a una notable ampliación del concepto (de auxiliariedad).

⁶ El TS cita los precedentes relativos a las Sentencias del TS de 11 de junio de 2008 (rec. cas. núm. 7710/2002 –NFJ030221–) y de 9 de febrero de 2016 (rec. cas. núm. 3429/2014 –NFJ078367–).

⁷ El TS cita la Sentencia del TS de 21 de febrero de 2017 (rec. cas. núm. 2970/2015 –NFJ065744–), donde se rechaza que las Directrices OCDE de Precios de Transferencia posean naturaleza normativa, ni fuentes del derecho. Igualmente, se hace referencia a la Sentencia del TS de 19 de octubre de 2016 (rec. cas. núm. 2558/2015 –NFJ064434–), que insiste en la falta de valor normativo de las referidas directrices, que únicamente poseen valor interpretativo de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 36/2006 (*id.*: Sentencia del TS de 18 de junio de 2012, rec. cas. núm. 3779/2009 –NFJ048045–).

Una vez realizadas estas precisiones, el TS volvió sobre el objeto del caso Stryker para rechazar la interpretación realizada por la AN del artículo 5 del CDI hispano-suizo al considerar que está basada en una aplicación retroactiva de una cláusula recogida en un MC OCDE (2005) posterior, que está configurada de forma distinta a la prevista en el referido Convenio con Suiza, y que permite expandir el concepto de actividad auxiliar más allá de lo que resulta de este Convenio de 1966. El TS razona que la cláusula del artículo 5.3 e) del CDI hispano-suizo (1966) –en línea con la recogida en el PC OCDE de 1963, como ya hemos comentado –articula un concepto de auxiliariedad más estricto que la «misma» cláusula del artículo 5.4 e) del MC OCDE de 2005, ya que esta extiende la exclusión del concepto de EP a casos que no son los descritos en el referido artículo 5.3 e) original, que «solo descartaba determinadas actividades y las similares a ellas, no cualesquiera otras que tuvieran carácter auxiliar o preparatorio»⁸.

En este sentido, el Alto Tribunal rechaza el recurso al *Soft-law* (MC OCDE de 2005 y comentarios al art. 5) que, a su juicio, realiza la AN en su sentencia, porque considera que determina una interpretación unilateral del concepto de EP que es ajena a lo pactado en el CDI (art. 5.3 e) de 1966), y, por tanto, contraria a la norma jurídica de prevalente aplicación desde un punto de vista constitucional (arts. 94 y 96) e internacional. El TS insiste en que la interpretación realizada por la AN del artículo 5.3 e) del CDI hispano-suizo (1966) es contraria al convenio, porque no se basa en lo dispuesto en la cláusula que regula el concepto de EP, sino en una interpretación retroactiva de una cláusula distinta incluida en el MC OCDE de 2005 (que ni es norma jurídica ni puede aplicarse retroactivamente), y que representa una interpretación unilateral del CDI que se materializa y concreta en la generación de doble imposición resultante de la tributación (extranjera) de la renta obtenida por el EP situado en el otro Estado (Suiza) y reconocido por el mismo. Todo ello se considera contrario al sentido y finalidad del CDI.

⁸ Como veremos más adelante al hilo del epígrafe 3 dedicado a algunas reflexiones sobre la doctrina del TS en el caso Stryker, podría argumentarse que la cláusula del artículo 5.3 e) del CDI hispano-suizo (que reproduce la misma disposición del PC OCDE de 1963) articula un concepto de «auxiliariedad» más estricto que la cláusula del artículo 5.4 e) del MC OCDE de 1977-2014, ya que limita su aplicación a una serie de actividades que realice el lugar fijo de negocios que son objeto de mención específica y bajo condiciones estrictas: «con el único fin de hacer publicidad, suministrar informaciones, y realizar investigaciones científicas o desarrollar otras actividades similares que tengan carácter preparatorio para la propia empresa»). La cláusula gemela del MC OCDE de 1977-2014 elimina la referencia a las tres actividades que se consideran auxiliares y también suprime del tenor de la cláusula el elemento de analogía, de manera que bien pudiera argumentarse que la cláusula ahora resulta más abierta o flexible en relación con el concepto de actividad auxiliar (aunque se mantiene el requisito de que la actividad debe realizarse para la propia empresa y no para terceros u otras empresas que formen parte del mismo grupo). Los propios comentarios del Comité Fiscal OCDE referidos a la letra e) (art. 5.3/4 PC OCDE de 1963/MC OCDE de 1977) resultan alterados de manera que el MC OCDE de 1977 no reproduce las mismas consideraciones que el PC OCDE de 1963, lo cual bien puede evidenciar una innovación sustantiva que trasciende el efecto meramente clarificador. Nótese, a su vez, que en este caso no estamos ante un caso típico donde la cláusula del MC OCDE resulta inalterada, pero sí se modifican los comentarios a la cláusula, sino que aquí concurre una doble alteración de la cláusula y de los comentarios del MC OCDE.

A este respecto, resulta llamativo que el TS no contextualizara la interpretación de la cláusula del artículo 5.3 del CDI, considerando su funcionalidad en el convenio para distribuir el poder tributario entre el Estado de la fuente y el Estado de la residencia respecto de actividades realizadas a través de un lugar fijo de negocios de un residente de un Estado en el territorio del otro, y cómo Suiza opera como Estado fuente que puede gravar (y grava el beneficio del EP) y como España debe eliminar la doble imposición a través del método de exención del CDI (art. 23).

2.2.3. La doctrina jurisprudencial fijada por el TS en el caso Stryker

Una vez realizadas tales consideraciones de fondo, el TS fijó su doctrina al hilo del caso planteado en los siguientes términos:

En realidad, el recurso de casación no requiere, para ser resuelto, aportar una definición acerca de la interpretación dinámica de los convenios, que aquí no está en juego.

Sí puede aclararse que en ningún caso:

- a) tal interpretación podría proyectarse retroactivamente sobre un caso regido por la norma anterior;
- b) tal interpretación podría fundarse exclusivamente en comentarios, modelos o pautas interpretativas que no hayan sido explícitamente asumidos por los estados signatarios en sus convenios, a los efectos de los artículos 94 y 96 CE, sin perjuicio de que el criterio establecido pueda servir de orientación a los tribunales cuando el comentario o recomendación pueda coincidir con la resultante de interpretar el propio convenio u otros, o las demás fuentes del ordenamiento; y
- c) en ningún caso puede la interpretación adoptada por la Administración y por los Tribunales dar lugar a una situación de doble imposición sin valorar previamente la tributación efectiva acreditada en el otro país firmante del Convenio y las posibilidades de evitarla que prevé el artículo 23, en relación con sus concordantes, del propio convenio.

Como comentaremos en el siguiente epígrafe, resulta destacable cómo el TS deja claro que el caso de Stryker se estima porque se ha producido una interpretación errónea del ordenamiento jurídico, reconociéndose el derecho a la aplicación de la exención convencional prevista en el artículo 23 del CDI hispano-suizo.

Sin embargo, el Alto Tribunal, como acabamos de ver, no renuncia a establecer una doctrina jurisprudencial muy restrictiva sobre la utilización de la interpretación dinámica a los efectos de la aplicación de los CDI (*vid. infra*).

En relación con la aplicación de la doctrina jurisprudencial establecida al caso concreto, el TS se pronunció en los siguientes términos:

Por su propia naturaleza, las consideraciones anteriores nos llevan a la necesidad de casar y anular la sentencia de instancia, por fundarse en una interpretación errónea del ordenamiento jurídico y, resolviendo en su lugar el debate trabado en la instancia, estimar el recurso contencioso-administrativo, anulando los acuerdos de liquidación y revisión procesalmente recurridos, con reconocimiento de la exención pedida con amparo en el artículo 23 del convenio reiteradamente citado e indebidamente denegada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1.º) Fijar los criterios interpretativos sentados en el fundamento jurídico tercero.
- 2.º) Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la procuradora doña María Cruz Reig Gastón, en nombre y representación de la entidad mercantil STRYKER IBERICA, SL, contra la sentencia de la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2018 en el recurso 335/2015, sentencia que se casa y anula.
- 3.º) Estimar el recurso contencioso-administrativo n.º 335/2015 y, en su virtud, anular los actos administrativos de liquidación y revisión administrativa impugnados en la instancia, reconociendo al recurrente la exención reclamada y no otorgada, con todos los efectos inherentes a dicha declaración.
- 4.º) No hacer imposición de las costas procesales, ni de las de esta casación, ni las causadas en la instancia.

3. Algunas reflexiones sobre la doctrina del TS en el caso Stryker: una visión sobre las implicaciones de fondo de esta jurisprudencia en relación con la utilización expansiva e impropia del *Soft-Law* OCDE

La sentencia del TS, básicamente, se refiere a dos cuestiones que merecen tratamiento separado, a saber: por un lado, la cuestión de la interpretación de la cláusula de auxiliariidad recogida en el artículo 5.3 e) del CDI hispano-suizo de 1966, y, por otro, el tema de la interpretación de los CDI a la luz de los comentarios al MC OCDE, particularmente la denominada «interpretación dinámica o ambulatoria».

3.1. Sobre la interpretación de la cláusula de auxiliariedad prevista en el artículo 5.3 e) del CDI hispano-suizo de 1966

Tal y como ya indicamos en el epígrafe 2.2.2, la interpretación de la cláusula de auxiliariedad prevista en el artículo 5.3 e) del Convenio hispano-suizo de 1966 sigue o está alineada con la prevista en el PC OCDE de 1963, y establece que:

El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de hacer publicidad, suministrar información, realizar investigaciones científicas o desarrollar otras actividades similares que tengan carácter preparatorio o auxiliar, siempre que estas actividades se realicen para la propia empresa.

El artículo 5.3 del referido CDI hispano suizo (1966) fue modificado por el Protocolo 2011, añadió (sin eliminar el art. 5.3 e) una cláusula adicional (art. 5.3 f), que sigue e incorpora la cláusula-tipo (art. 5.4 f) del MC OCDE de 1977 (vigente hasta la modificación BEPS del MC OCDE de 2017) que instrumentaba un concepto más complejo de auxiliariedad siguiendo las referidas versiones posteriores del MC OCDE (1977-2014); nótese, a este respecto, como la evolución de la cláusula de auxiliariedad hasta nuestros días (MC OCDE de 2017 post-BEPS), en gran medida, persigue expandir la tributación en la fuente (rebajando el umbral mínimo de presencia o actividad en el país fuente/mercado que habilite la imposición en tal jurisdicción, el denominado «*cliff-effect*») a través de la ampliación indirecta del concepto de EP (gravable).

Como se sabe, la cláusula de auxiliariedad del artículo 5.3/4 del PC/MC OCDE opera como norma que modula en sentido negativo el concepto general de EP (art. 5.1), excluyendo la tributación en la fuente de determinados lugares fijos de negocios de naturaleza auxiliar o preparatorios considerando la (*a priori*) baja aportación de valor de su actividad económica y, por tanto, cómo la limitada imputación de beneficios que correspondería asignar en estos casos puede ser muy inferior a los costes de cumplimiento y de supervisión administrativa que resultarían de su sometimiento a gravamen en la fuente.

La letra e) del artículo 5.3 PC OCDE de 1963, que aparece recogida en el CDI hispano-suizo de 1966, está configurada de forma distinta a la prevista en el MC OCDE de 1977 (y versiones posteriores del mismo modelo). Esta circunstancia, cuando menos, aconseja realizar una interpretación basada en sus propios términos, sin acudir mecánicamente a los comentarios al artículo 5 del MC OCDE de 1977-2014, dado que entre ambas cláusulas existen diferencias importantes. En este sentido, consideramos correcto el razonamiento desarrollado por el TS (fundamento jurídico 2.º 3) cuando invoca la interpretación de la cláusula del artículo 5.3 e) del CDI hispano-suizo, en sus propios términos, rechazando una suerte de «reinterpretación» a la luz de los comentarios elaborados al hilo del artículo 5 de una versión posterior del MC OCDE que ha introducido modificaciones significativas en el tenor literal de la cláusula convencional objeto de análisis. En este sentido, no se trataría

tanto de rechazar el valor informativo a efectos interpretativos de los comentarios al MC OCDE, como su utilización instrumental con fines suprainterpretativos, cuando existen diferencias relevantes entre la cláusula convencional interpretada y la cláusula-tipo del MC OCDE cuyos comentarios se toman como fuente interpretativa⁹.

La cláusula del artículo 5.3 e) del CDI hispano-suizo de 1966, en línea con el PC OCDE de 1963, no solo limita su ámbito de aplicación a una serie de actividades que se consideran auxiliares o preparatorias (incluyendo referencia a otras similares), sino que además contiene una regla (cumulativa) de «confinamiento a actividades internas para la propia empresa» (Reimer, 2011, p. 94). De esta forma, para que un lugar fijo de negocios pueda ser calificado como «auxiliar o preparatorio» con arreglo a tal cláusula (art. 5.3 e) del CDI/PC OCDE de 1963) la actividad realizada a través del mismo no solo debe encuadrarse en las referidas en tal precepto («con el único fin de hacer publicidad, suministrar información, realizar investigaciones científicas o desarrollar otras actividades similares que tengan carácter preparatorio o auxiliar»), sino también estar confinada a la propia empresa y no «externalizarse» o dirigirse a terceros o tener lugar respecto de otras entidades del grupo (*vid.* Vogel, 1997, art. 5.4).

No resulta claro que la «actividad financiera» (gestión de préstamos y la participación en un *cash pooling*) de la sucursal suiza de la entidad Stryker pueda calificarse como «otra actividad similar» a las de «publicidad, suministrar información o realizar investigaciones científicas»¹⁰, y tampoco puede afirmarse que tal actividad financiera quedara confinada a

⁹ Un estudio histórico de los cambios introducidos por el MC OCDE de 1977 en el tenor y comentarios relativos al artículo 5.3 e) del PC OCDE de 1963 pone de relieve cómo las modificaciones alteraron de forma relevante el alcance de tal subcláusula de auxiliariedad. En particular, la nueva cláusula del artículo 5.4 del MC OCDE de 1977 no prejuzga que los lugares fijos de negocios referidos en la misma constituyan un EP con arreglo a otras disposiciones del artículo 5; a su vez, la cláusula de la letra e) se desdobra con la finalidad de superar las dudas interpretativas que venía planteando y fueron suscitadas por las delegaciones de EE. UU. y Japón, sobre los casos donde el lugar fijo de negocios llevaba a cabo varias actividades calificadas como auxiliares; la nueva redacción de la cláusula e) (art. 5.4) ya no queda circunscrita a actividades auxiliares referidas al marketing, información o investigaciones científicas, pero sí permanece el elemento de «confinamiento interno»; el MC OCDE de 1977 añadió, a su vez, una cláusula adicional (letra f) referida a casos de acumulación de actividades auxiliares o preparatorias. El hecho de que el MC OCDE de 1977 ya no mencione a las actividades de marketing, suministro información o investigaciones científicas no significa que no puedan ser calificadas auxiliares en el marco de CDI que sigan esta cláusula, sino que ahora tal calificación ya no viene sustentada por una presunción (*iuris et de iure* según el parecer mayoritario aunque en modo alguno unánime), de auxiliariedad, sino que tal calificación (con respecto a lo dispuesto en las letras e) y f) del art. 5.4 del MC OCDE de 1977-2014) debe analizarse caso a caso considerando la actividad y objeto social de la empresa y la realizada por el EP. Por otro lado, el MC OCDE de 1977 reestructuró de forma significativa los comentarios al artículo 5.4, de cara a reflejar tales cambios en el tenor literal de tal cláusula, evidenciando nuevamente cambios sustantivos con respecto al PC OCDE de 1963. *Vid.*: Otegui (2011, pp. 248-250) y Calderón (2004, pp. 314 y ss.).

¹⁰ El TS en el fundamento jurídico 2.º *in fine* de la sentencia Stryker destaca que el artículo 5.3 e) del CDI no comprende cualquier otra actividad auxiliar (como sí hace el art. 5.4 e) del MC OCDE de 1977 y versiones posteriores), sino actividades auxiliares o preparatorias similares a las mencionadas en tal precepto del

la propia empresa. Hubiera resultado interesante que la controversia administrativa y el debate judicial versara sobre si la sucursal en realidad constituye un lugar fijo de negocios que realiza una parte de la *actividad de la empresa*.

Asimismo, no puede dejar de señalarse la cierta inconsistencia del enfoque administrativo en el caso Stryker a la hora de realizar una interpretación amplia de la cláusula de auxiliariadad en un contexto *outbound* (exención de renta extranjera), cuando en una situación de *inbound* la tendencia pasa por interpretaciones estrictas de la cláusula de auxiliariadad prevista en los CDI que favorecen la tributación en sede del impuesto sobre la renta de no residentes (sujeción fiscal mediando EP) de las empresas no residentes (Calderón, 2020, pp. 253 y ss.). Con ello no queremos decir que no pueda existir un concepto asimétrico a efectos *inbound & outbound*, pero tal asimetría fiscal debe tener soporte normativo, tal y como acontece en algunos países.

Ciertamente, la configuración y «débil sustancia» de la estructura enjuiciada en el caso Stryker podría haber propiciado otros ángulos de regularización, desde cuestionar el alcance de la exención a partir de la imputación de ingresos y gastos al EP, pasando por la afectación funcional de los préstamos, hasta el desarrollo de enfoques antiabuso más generales que trascendieran del mero análisis binario de la estructura.

En todo caso, se echa en falta un razonamiento interpretativo más desarrollado sobre la aplicación al caso de las cláusulas convencionales objeto de controversia.

3.2. Sobre la interpretación de los CDI a la luz de los comentarios al MC OCDE, particularmente la denominada «interpretación dinámica o ambulatoria»¹¹

La sentencia del TS en el caso Stryker, tal y como nosotros la entendemos desde el máximo respeto, no supone un «apagón interpretativo» en relación con la aplicación de los CDI, en el sentido de privar de valor informativo a los comentarios a los MC OCDE/ONU de cara a entender o contextualizar las cláusulas recogidas en los CDI que están alineadas con tales modelos o «convenios-tipo».

convenio. El alcance del artículo 5.3 e) del PC OCDE de 1963 no es claro, sin embargo, los comentarios históricos militan a favor de una interpretación restrictiva del mismo: «13. [...] Teniendo en cuenta los ejemplos que en él se dan, la referencia a las actividades análogas no puede conducir a una extensión excesiva de la derogación contenida en el apartado e)».

¹¹ Nótese que en este epígrafe no nos referimos a la interpretación de la normativa nacional de precios de transferencia o de atribución de beneficios al EP a la luz de los estándares fiscales OCDE, dado que la utilización y efectos de este *Soft-law* plantea cuestiones específicas dependiendo del sistema doméstico de recepción del mismo y los propios límites establecidos por la regulación interna en relación con sus consecuencias jurídicas. Sobre este tema pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: Kobetsky (2020) y Calderón (2007).

Antes al contrario, consideramos que esta sentencia fundamentalmente vendría a sistematizar y estructurar el valor informativo de estos materiales de *Soft-law*, evidenciando que no estamos ante fuentes del derecho, o instrumentos normativos, de manera que su función pasa por constituir *en determinados casos* un elemento que puede servir al operador jurídico para entender mejor las distintas cláusulas de un CDI por referencia a un «contexto externo», allí donde las cláusulas del convenio objeto de interpretación siguen o están configuradas de forma idéntica a las del MC OCDE/ONU¹². Los casos donde el propio CDI remite a los comentarios al MC OCDE son distintos, de suerte que aquí tales comentarios representan el «contexto interno» del convenio y constituyen elementos interpretativos asumidos bilateralmente que tienen efectos hermenéuticos con los límites del propio clausulado del CDI¹³.

De forma consistente con la naturaleza no normativa de los comentarios al MC OCDE resulta la posición del TS en el sentido de que en modo alguno:

[...] la pauta interpretativa suministrada por un comentario a los modelos de convenio, por sí sola –lo que no es admisible sin el sustento de una justificación en las propias fuentes del ordenamiento jurídico [...] puede dejar sin efecto el concepto pacto de establecimiento permanentes del artículo 5.3 del convenio hispano-helvético para reemplazarlo por otro posterior [...].

El TS, a nuestro juicio, no solo estaría poniendo coto o limitando la «interpretación dinámica creativa» a partir de la utilización de comentarios al MC OCDE posteriores a la firma del CDI que introducen cambios significativos o sustantivos con respecto a los «vigentes» en la versión del MC OCDE utilizada de forma contemporánea o sincrónica por las autoridades competentes en el momento de la firma de un CDI, sino que también se estaría oponiendo a que las regularizaciones tributarias se fundamentaran principalmente en este *Soft-law* (los comentarios al MC OCDE, contemporáneos o posteriores a la firma del CDI), dado que tal material solo tiene en su caso valor informativo y no normativo, de manera que la clave de la motivación de toda regularización basada en un precepto de un CDI tiene que fundamentarse en la propia interpretación (bilateral) de las correspondientes disposiciones del convenio, utilizando para ello las reglas y principios de interpretación propias de estos instrumentos internacionales¹⁴. Nótese que, en muchos casos, la tensión interpretativa se traslada o tiene como centro de gravedad la interrelación entre las cláusulas convenciona-

¹² A este respecto, cabe mencionar un pronunciamiento del Tribunal Supremo italiano de 13 de julio de 2020 (Cass. 10.07.2020, n.º 14756), donde este Alto Tribunal de forma muy pragmática pone de relieve el valor interpretativo de los comentarios al MC OCDE, reconociendo que no constituyen normas jurídicas ni poseen valor normativo.

¹³ La red española de CDI incluye un cierto número de convenios que, en relación con determinadas cláusulas convencionales, incorporan remisiones interpretativas a los comentarios al MC OCDE. Veáanse, por ejemplo, los CDI con Croacia, Costa Rica, Canadá, Alemania, o Serbia, por citar algunos.

¹⁴ Véase a este respecto lo expuesto en Martín Jiménez (2003) y Calderón y Martín (2020).

les objeto de aplicación al caso y la normativa doméstica de los Estados contratantes, entrando en juego las complejas reglas del artículo 3 del MC OCDE.

Tal y como se deduce de la sentencia del TS, la interpretación de los tratados internacionales (considerando los arts. 94 y 96 CE) requiere que los actos administrativos que apliquen sus disposiciones se fundamenten en las normas bilateralmente aceptadas por los Estados contratantes (tras su ratificación parlamentaria e incorporación al ordenamiento jurídico), de manera que toda interpretación unilateral basada en únicamente en la legislación doméstica o en el *Soft-law* puede ser constitutiva de *treaty overriding* y, por tanto, contraria a derecho. A este respecto, conviene recordar que en el ordenamiento español, de acuerdo con lo previsto en el artículo 96.1 de la CE, los CDI, como tratados internacionales, prevalecen sobre la normativa interna y están dotados de «fuerza pasiva» en el sentido de que ni siquiera disposiciones con rango y fuerza de ley dictadas con posterioridad pueden alterar su contenido¹⁵.

Llegados a este punto y, particularmente considerando la doctrina jurisprudencial establecida en el fundamento jurídico 3.º de la sentencia Stryker, cabe preguntarse si el TS admite o no la interpretación dinámica, o si existe algún caso o situación donde tal interpretación dinámica resulta aplicable.

A nuestro juicio, el TS, a través de esta sentencia Stryker, en modo alguno pretende «agotar» el debate conceptual sobre la interpretación dinámica, ni esta sentencia constituye una bola de demolición conceptual de la teoría de la interpretación dinámica.

Antes al contrario, pensamos que el TS únicamente habría pretendido «aclarar» qué casos de «interpretación dinámica» no son admisibles por constituir un uso suprainterpretativo de tales materiales que puede determinar una interpretación unilateral e impropia del CDI que constituya una infracción del convenio (*treaty overriding*) y del ordenamiento jurídico.

El TS, en particular, parece referirse a situaciones donde existen diferencias sustantivas entre el texto del CDI objeto de interpretación y aplicación, y el MC cuyos comentarios se toman como fuente interpretativa principal para fundamentar un acto administrativo sobre la aplicación de tal convenio. La doctrina del TS también parece referirse o proyectarse sobre casos donde el CDI sigue el MC OCDE y no concurre una modificación de la cláusula convencional objeto de interpretación (que coincide con la del Modelo OCDE), pero se utilizan a

¹⁵ El Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 96 de la CE que determina la primacía de lo previsto en los tratados internacionales respecto de la normativa interna española (Sentencias del TC 76/1982, 11/1985, 49/1988, 16/1989, 28/1991, 37/1994, entre otras). La jurisprudencia del TS y la AN han puesto de relieve cómo la regulación prevista en los CDI prevalece sobre la normativa doméstica que ordena la misma materia; véanse entre otras: Sentencias del TS de 18 de mayo de 2005 o de 26 de junio de 2000 o las Sentencias de la AN de 24 de enero de 2008, de 16 de julio de 2009, de 10 de julio de 2015 o de 26 de octubre de 2018.

efectos interpretativos unos comentarios al MC OCDE que son posteriores a los existentes en la fecha de la firma del CDI y que reflejan cambios significativos que revelan una modificación del sentido de la cláusula-tipo. El TS parece considerar, por tanto, la interpretación dinámica en casos donde es «evidente la voluntad de modificar que tiene el precepto transcrito –y no solo aclarar o esclarecer– [...]» (fundamento jurídico 2.º).

El TS no admite que la interpretación de los CDI pueda fundamentarse *exclusivamente* en comentarios, modelos o pautas interpretativas que no hayan sido explícitamente asumidos por los Estados signatarios (ya que no son fuentes normativas del ordenamiento jurídico), pero sí reconoce que los criterios interpretativos recogidos en tales comentarios o convenios-tipo pueden servir de orientación a los tribunales para cuando el comentario o recomendación pueda coincidir con la resultante de interpretar el propio convenio u otros, o las demás fuentes del ordenamiento jurídico. Es decir, el TS no rechaza de plano el valor interpretativo de los comentarios al MC OCDE (sean anteriores o posteriores al CDI objeto de aplicación), pero redefine su uso hermenéutico de manera que deje de constituir el principal material interpretativo utilizado en la práctica por las autoridades fiscales (y contribuyentes) para constituir un instrumento de ayuda a la interpretación del texto del CDI. No pensamos que eso signifique que los operadores jurídicos, a partir de ahora, debemos buscar los zapatos en la habitación a oscuras y con la luz apagada, sino que tal luz (el *Soft-law* OCDE) no debe deslumbrarnos a la hora de identificar cuáles son realmente nuestros zapatos.

A este respecto, no podemos dejar de destacar que existen muchos tratados internacionales que poseen implicaciones de gran alcance que no vienen acompañados de comentarios o directrices de *Soft-law* que reflejan un convenio-tipo que sirve de base para su negociación, de suerte que en estos casos la práctica internacional revela que los operadores jurídicos utilizan las reglas y principios internacionales para la aplicación de tratados internacionales a efectos de determinar sus efectos; la principal consecuencia que se observa es una mayor heterogeneidad en los pronunciamientos nacionales o arbitrales sobre la interpretación de sus disposiciones, lo cual permite poner en valor el *Soft-law* OCDE a los efectos de la aplicación de los CDI, pero también evidencia que no estamos ante unos materiales sin los cuales no resulta posible una correcta interpretación de los mismos (Hattingh, 2020).

Dando un paso más sobre nuestra interpretación de la doctrina del TS en el caso Stryker, tampoco consideramos que esta sentencia excluya en todo caso la «interpretación dinámica» de los CDI, sino que las limitaciones que resultarían de la doctrina establecida en este caso únicamente se proyectarían sobre la «interpretación dinámica creativa», esto es, la que no se limita a esclarecer comentarios precedentes sino que va más allá y determina un cambio de sentido o del significado sustantivo de la norma interpretada. De esta manera, se evita la «petrificación» de la red de CDI, pero es cierto que se traslada de nuevo el problema al ámbito de la interpretación situando el foco del debate en la concurrencia de «interpretación dinámica creativa» vs. «interpretación dinámica meramente clarificadora», y siempre considerando los límites fijados en relación con la utilización de estos materiales a los efectos de la interpretación de convenios.

3.3. La interpretación bilateral de los CDI y sus potenciales implicaciones prácticas en el contexto de un marco de fiscalidad internacional inestable y que erosiona el derecho a la seguridad jurídica

El último apartado (letra c) del fundamento jurídico 3.º de la sentencia del TS en el caso Stryker merece un comentario específico. En esta letra c) se indica que:

[...] en ningún caso puede la interpretación adoptada por la Administración y por los tribunales dar lugar a una situación de doble imposición sin valorar previamente la tributación efectiva acreditada en el otro país firmante del Convenio y las posibilidades de evitarla que prevé el artículo 23, en relación con sus concordantes, del propio convenio.

A nuestro juicio, este pronunciamiento del TS constituye una importante llamada a la «interpretación bilateral» de los CDI que supere enfoques hermenéuticos unilaterales que, como regla, serán constitutivos de *treaty overriding* o infracción del convenio. Los CDI son tratados bilaterales donde los Estados distribuyen el poder tributario de forma analítica con el objetivo principal de evitar la doble imposición internacional. Allí donde existan evidencias de que la interpretación de una cláusula puede generar doble imposición estaremos ante un indicio de interpretación unilateral de dudosa compatibilidad con el CDI. Ello no equivale a decir que toda aplicación de un CDI que genere doble imposición (residual) determina una interpretación contraria al CDI, ni tampoco que las autoridades del Estado de residencia del contribuyente deben aceptar mecánicamente la imposición exaccionada en el Estado de la fuente.

El TS, a nuestro juicio, simplemente parece querer llamar la atención sobre la necesidad de que las autoridades fiscales del Estado de la residencia del contribuyente a la hora de aplicar las disposiciones del CDI desde esta perspectiva (y considerando en particular las normas convencionales de eliminación de la doble imposición) deben tomar en consideración la tributación en la fuente y los documentos expedidos a este respecto por las autoridades fiscales del Estado de la fuente, a efectos de llevar a cabo una interpretación bilateral de las disposiciones del CDI.

Esta doctrina sobre la interpretación bilateral ni es nueva¹⁶ ni encarna una declaración exótica, sino que el propio TC¹⁷, y otros tribunales extranjeros¹⁸, se han pronunciado en

¹⁶ Véase, por ejemplo, la Sentencia del TS de 19 de noviembre de 2014 (rec. núm. 553/2014 –NFJ056744–).

¹⁷ El TC ha puesto de relieve la aplicación de las reglas de interpretación de tratados internacionales previstas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, que persiguen en gran medida instrumentar tal interpretación bilateral (véase la Sentencia del TC 140/1995).

¹⁸ A este respecto, resulta reseñable es la sentencia del **Tribunal Supremo del Reino Unido** en el caso *Anson vs. HMRC* (de 1 de julio de 2015, UKSC44), donde el más alto tribunal británico estableció una

este mismo sentido en relación con otro tipo de tratados internacionales, considerando las reglas y principios que en materia de interpretación de convenios codificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. A este respecto, se ha observado como los jueces o tribunales constituyen el operador de entre las principales «comunidades interpretativas» del Derecho Tributario (administración, contribuyentes e intermediarios fiscales, y tribunales), que resulta menos poroso o proclive a integrar una interpretación influenciada por el *Soft-law*, sin que ello signifique que permanezcan al margen o sean inmunes a los cambios de paradigma fiscal que consolida tal *Soft-law* (Hattingh, 2020).

Lógicamente, la propia existencia de cláusulas convencionales dirigidas a resolver conflictos en la aplicación de los convenios de doble imposición (art. 25 MC OCDE: procedimientos amistoso y de arbitraje) evidencia que pueden surgir litigios y controversias interpretativas entre la Administración y los contribuyentes o entre las propias autoridades fiscales de los Estados contratantes en relación con la aplicación de las disposición de los CDI; sin em-

relevante doctrina sobre interpretación de CDI; por un lado, declaró que la interpretación del CDI debe realizarse con arreglo al sentido ordinario de las palabras y en su propio contexto, superando interpretaciones técnicas restrictivas que puedan frustrar el objetivo fundamental de un CDI consistente en la eliminación de la doble imposición internacional; por otro, el Tribunal Supremo también apeló a la necesidad de que se realice una interpretación internacional de los CDI, evitando interpretaciones basadas en la legislación interna (material-fiscal) del Estado que aplica el CDI, debiendo prevalecer la aplicación contextual de los términos utilizados en el CDI considerando de forma prevalente la finalidad del convenio, de acuerdo con el artículo 31.1 de la CVDT (Convención de Viena de Derecho de los Tratados), lo cual conduce a minimizar el impacto aplicativo del artículo 3.2 de los CDI en relación con el recurso a la legislación fiscal interna. En este mismo sentido, se ha destacado como los tribunales alemanes y suizos realizan una interpretación de los CDI estática y contextual, basada en los términos utilizados en las cláusulas convencionales, con uso limitado de los comentarios al MC OCDE, al considerar que estos constituyen una «fuente administrativa» y no legal producida por la OCDE que no es Administración nacional; en este sentido, tal interpretación convencional contextual y prevalentemente gramatical se basa en la teoría de la separación de poderes y en la falta de legitimación democrática de la OCDE y sus comentarios desde una perspectiva de legalidad tributaria (Bauserman, Stehn y Lovett, 2015). Recientemente, el Tribunal Supremo del Reino Unido, en el caso *Fowler vs. HMRC* (2020 UKSC 22; *vid.*: Goel, 2020) ha vuelto a insistir sobre la necesidad de que las disposiciones de los CDI se interpreten en sus propios términos con arreglo a su significado ordinario y atendiendo al objeto y fin del convenio, de manera que la normativa doméstica (v. gr., ficciones jurídicas o *deeming provisions*) se aplica en este contexto siempre y cuando sea compatible con la distribución del poder tributario y objetivos establecidos a través del CDI. La **jurisprudencia del Bundesfinanzhof alemán** también estaría evolucionando hacia la interpretación contextual autónoma basada en el texto de la cláusula convencional en aras de lograr una interpretación común y simétrica de los CDI, evitando el recurso mecánico y principal a una interpretación atendiendo a la legislación interna del Estado de la fuente (*vid.*: BFH de 21 de junio de 2016, I R 49/14; *vid.*: Cloer y Sixdorf, 2017, pp. 302 y ss.). La **jurisprudencia del Tribunal Supremo de Suiza** (véanse, por ejemplo, las Sentencias de 26 de julio de 2019, 2C_653/2018, y de 19 de mayo de 2020, 2C_880/2018) ha enfatizado que los Estados contratantes están obligados, de buena fe, a evitar cualquier comportamiento e interpretación a través de la cual pudieran infringir sus obligaciones o vaciar el contrato de su objetivo y finalidad; ante varias posibles interpretaciones de un término o definición recogida en un CDI la interpretación correcta pasa por aquella que garantiza que su efectiva aplicación no conduce a resultados contradictorios con los compromisos asumidos a través del convenio.

bargo, estos mecanismos de resolución de controversias están pensados para operar de forma residual y *ex post*, de suerte que la correcta aplicación de los CDI por los obligados tributarios y las Administraciones constituye la mejor fórmula de evitar el surgimiento de conflictos fiscales y de una doble imposición contraria tanto a un gravamen con arreglo a la capacidad económica como al propio fin y objetivo principal de los CDI.

Es cierto que los últimos desarrollos y tendencias de fiscalidad internacional (BEPS 1.0 & 2.0) apenas han profundizado en el desarrollo de mecanismos al servicio de la finalidad principal de los CDI (eliminar la doble imposición y reducir los obstáculos fiscales para la realización de inversiones transfronterizas favoreciendo el comercio y la actividad económica internacional); los avances que se han introducido en el MC OCDE para mejorar la eficacia de los mecanismos de resolución de controversias fiscales internacionales son bastante limitados (acción 14 BEPS), y, en cambio, la introducción en los CDI (a través del Convenio Multilateral BEPS-MLI, o de protocolos o de nuevos CDI que sigan el MC OCDE de 2017) de cláusulas de compleja aplicación (acción 7 BEPS) o que instrumentan estándares muy subjetivos y casuísticos (acción 6 de BEPS: el *Principal Purpose Test* o PPT) se ha expandido haciendo más difícil la correcta interpretación y aplicación de los mismos, erosionando su finalidad principal y la efectividad del principio de seguridad jurídica en el marco de las relaciones fiscales internacionales¹⁹.

En cierta medida, estos desarrollos de fiscalidad internacional (BEPS) pueden determinar que el régimen general y prevalente derivado del minisistema fiscal que un CDI articula entre dos países termine operando en la práctica como un «régimen especial» sujeto a un complejo procedimiento de acreditación de las condiciones de su aplicación. Ello no solo puede «desestabilizar» el «sistema de fiscalidad internacional», sino también privarle de buena parte de su finalidad estructural, en un mundo que, además, desde el punto de vista económico, trasciende los estándares fiscales binarios. Todo ello está transformando la praxis de aplicación de los CDI, de manera que está convirtiéndose más en un arte que en una técnica, lo cual no son buenas noticias para la fiscalidad internacional.

Finalmente, cabría poner de relieve como la jurisprudencia fijada por el TS en el caso Stryker, a pesar de que no está concebida para agotar la doctrina sobre la interpretación

¹⁹ De hecho, algunos destacados autores consideran que la progresiva incorporación de los nuevos estándares fiscales BEPS a los CDI (v. gr., la PPT) termina erosionando significativamente la planificación fiscal internacional basada en una interpretación textualista o legalista de los CDI (De Broe, L, 2020); y Traversa (2020) que llega a cuestionar la compatibilidad de la PPT con el Derecho de la Unión Europea, considerando su configuración subjetiva, la inseguridad jurídica que genera, demandando una interpretación comunitaria que siga la Recomendación de la Comisión de 28 de enero de 2016, de manera que los contribuyentes que aporten indicios de estructuras u operaciones dotadas de realidad económica se beneficien de los CDI, y sea la Administración en todo caso quien tenga que probar el abuso. En la misma línea se ha señalado como el proyecto y los estándares fiscales BEPS intensifican el valor de la interpretación finalista de los CDI a la luz de los cambios en su propia funcionalidad, reduciendo el valor del textualismo jurídico, aunque no lo anula en modo alguno (Hattingh, 2020).

de CDI y su conexión con el *Soft-law* OCDE, resulta evidente que limita de forma relevante el uso de los comentarios al MC OCDE como instrumento para fundamentar posiciones fiscales interpretativas sobre la aplicación de disposiciones de los CDI. La fundamentación de la interpretación debe realizarse atendiendo al CDI, a partir de un correcto uso de los cánones generales de interpretación de tratados internacionales en combinación con las reglas hermenéuticas específicas que contienen los CDI, leídas en su contexto, considerando en particular su objeto y finalidad, en conexión con la normativa doméstica aplicable.

En este sentido, la tentación (y cierta tendencia) a realizar una «interpretación progresiva» y mecánica de la red de CDI²⁰ (o de la propia legislación doméstica o «europea»²¹) a la luz de los nuevos desarrollos y estándares fiscales internacionales que materializan el Proyecto G20/OCDE BEPS, se topa con importantes limitaciones que no deben ser pasadas por alto por los contribuyentes y las Administraciones tributarias; la implementación y el enforcement administrativo de los nuevos estándares fiscales internacionales debe realizarse de forma acorde y compatible tanto con el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico como con los principios constitucionales de legalidad tributaria y seguridad jurídica.

²⁰ Varios autores han destacado como la red de CDI (incluso en un contexto post-BEPS) sigue estando muy fragmentada y ello determina que cada CDI debe interpretarse en sus propios términos, sin que el desarrollo de BEPS vía *Soft-Law* o *Hard-Law* (MLI) determine una multilateralización interpretativa de la red global de CDI basada en el MLI y los materiales BEPS relacionados con el mismo (*vid.*: Haslechner, 2020). La referida fragmentación jurídica deriva, a su vez, de realidades fiscales bilaterales muy dispares atendiendo a las peculiaridades de los distintos CDI (que deben leerse convenio a convenio), de la legislación interna de cada país y de los enfoques locales sobre la interpretación de convenios; ello limita de forma importante la «multilateralización interpretativa» que se ha tratado de llevar a cabo a través del MLI (Danon y Schön, 2020; Hattingh, 2020).

²¹ El profesor W. Schön (2020) ha puesto de relieve las limitaciones que existen para utilizar los informes BEPS como materiales interpretativos a los efectos de aplicar normativa europea (o doméstica de transposición de directivas) que implementa (o sigue) los «estándares» fiscales BEPS, no solo poniendo de relieve las diferencias que existen en la configuración de las mismas, sino también destacando como el contexto jurídico europeo (Derecho Originario y Secundario de la UE) condiciona la integración de los principios BEPS. En parecidos términos, el profesor Traversa (2020) también ha puesto de relieve la tensión entre los objetivos del proyecto BEPS y la finalidad del Derecho Originario de la Unión Europea.

Referencias bibliográficas

- Bauserman, D; Stehn, M y Lovett, K. L. (2015). Report of the Proceedings of the Fifth Assembly of the International Association of Tax Judges (23-24 October 2014). *BIT*, 69(6/7).
- Broe, L. de. (2020). Role of the Preamble for the Interpretation of Old and New Tax Treaties and on the Policy of the Prevention of Treaty Abuse. *BIT*, 74(4/5).
- Calderón, J. M (2004). *Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña: FPBM.
- Calderón, J. M. (2007). The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law. *Intertax*, 4.
- Calderón, J. M. (2020). Tributación de Beneficios Empresariales. En *Convenios de Doble Imposición. El Impacto de BEPS. Análisis de la red española de tratados fiscales*. Valencia: CISS (actualizado a febrero 2020).
- Calderón, J. M. y Martín, A. J. (2020). Los tratados internacionales. Los Convenios de Doble Imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos, interpretación e impacto del proyecto BEPS a la luz del Convenio Multilateral. En *Convenios de Doble Imposición. El Impacto de BEPS. Análisis de la red española de tratados fiscales*. Valencia: CISS (actualizado a febrero 2020).
- Carmona, N.; Calderón, J. M.; Martín, A. J. y Trapé, M. (2019). *Convenios de Doble Imposición. El Impacto de BEPS. Análisis de la red española de tratados fiscales*. Valencia: CISS (actualizado a febrero 2020).
- Cloer, A. y Sixdorf, F. (2017). Tax Treaty Interpretation in Germany: Utilizing the OECD's New Approach to Qualification of Income. *ET*, 57(7).
- Danon, R. y Schön, W. (2020). Tax Treaty Interpretation after BEPS. *BIT*, 74(4/5).
- Hattingh, J. (2020). The Relevance of BEPS Materials for Tax Treaty Interpretation. *BIT*, 74(4/5).
- Haslehner, W. (2020). A Multilateral Interpretation of the Multilateral Instrument (and covered tax agreements)? *BIT*, 74(4/5).
- Goel, A. (2020). UK Supreme Court Ruling on Deeming Fictions and Tax Treaty Interpretation. *Bloomberg BNA, DTR*, June 30.
- Kobetsky, M. (2020). The Status of the OECD Transfer Pricing Guidelines in the Post-BEPS Dynamic. *International Tax Studies*, 3(2).
- Martín Jiménez, A. J. (2003). Los Comentarios al MC OCDE: su incidencia en el sistema de fuentes del Derecho Tributario y sobre los derechos de los contribuyentes. *Carta Tributaria*, 20.
- Otegui, F. (2011). Article 5: The concept of permanent establishment. En T. Ecker y G. Ressler (eds.). *History of Tax Treaties*. Wien: Linde.
- Reimer, E. (2011). *Permanent Establishments*. The Netherlands: Kluwer.
- Schön, W. (2020). Interpreting European Law in the Light of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Action Plan. *BIT*, 74(4/5).
- Traversa, E. (2020). The Prohibition of Abuse of Rights in European Tax Law: sacrificing the internal market for the fight against BEPS? *Studi Tributari Europei*, 9.
- Vogel, K. (1997). *Double Taxation Conventions*. Deventer: Kluwer.