



Roj: **ATS 2220/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2220A**

Id Cendoj: **28079130012021200374**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/02/2021**

Nº de Recurso: **5441/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SAN 809/2020,**  
**ATS 2220/2021**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Fecha del auto: 25/02/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5441/2020

Materia: RENTA Y RENTA NO RESIDENTES

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5441/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Excmos. Sres.

D. César Tolosa Tribiño, presidente



D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 25 de febrero de 2021.

## HECHOS

### PRIMERO.- Preparación del recurso de casación.

1. El procurador don Antonio Miguel Ángel Araque Almendros en representación de NINTENDO IBÉRICA, S.A., asistido del letrado don Miguel Muñoz Pérez, preparó recurso de casación contra la sentencia de 5 de marzo de 2020 de la Sección 2<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso 670/2016, promovido contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de octubre de 2.016 que, a su vez, había desestimado la reclamación económico-administrativa n<sup>o</sup> 7071/2012 interpuesta contra la liquidación practicada por el Jefe de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes por el concepto de retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de No residentes, correspondiente al ejercicio de octubre de 2.008 a marzo de 2.009.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos los artículos 12 y 13 del Convenio para evitar la Doble Imposición entre el Reino de España y la República Federal de Alemania (BOE de 8 de abril de 1968); el epígrafe 3<sup>o</sup> de la letra f) del apartado 1 del artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (12 de marzo) ["TRLIRNR"]; el artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre) ["LGT"].

3. Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida .

4. Subraya que la norma que entiende vulnerada forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.

5. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque se dan las circunstancias contempladas en las letras b) (la doctrina fijada puede ser gravemente dañosa para los intereses generales) y c) (la doctrina que sienta la sentencia recurrida afecta a un gran número de situaciones) del artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ["LJCA"], así como la presunción contenida en el artículo 88.3, letra a) de la LJCA (se han aplicado normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia).

6. No aporta razones específicas y distintas de las que derivan de lo expuesto para fundamentar el interés casacional objetivo con el objeto de justificar la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

### SEGUNDO.- Auto teniendo por preparado el recurso de casación y personación de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 16 de septiembre de 2020, habiendo comparecido la recurrente, NINTENDO IBÉRICA, S.A., ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

De igual modo lo ha hecho como parte recurrida el abogado del Estado en la representación que le es propia, quien se ha opuesto a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda, Magistrado de la Sala.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO.- Requisitos formales del escrito de preparación.

1. El escrito de preparación fue presentado en plazo ( artículo 89.1 de la LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de recurso de casación ( artículo 86 de la LJCA, apartados 1 y 2) y NINTENDO IBÉRICA, S.A., se encuentra legitimada para interponerlo, al haber sido parte en el proceso de instancia ( artículo 89.1 LJCA).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal que fueron alegadas en la demanda y tomadas en



consideración por la Sala de instancia. También se justifica que las infracciones imputadas a la sentencia han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [ artículo 89.2 de la LJCA, letras a), b), d) y e)].

3. El repetido escrito fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la base de las circunstancias anteriormente referidas. De las razones que ofrece para justificarlo se infiere la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que se cumple también el requisito exigido por el artículo 89.2.f) de la LJCA.

#### **SEGUNDO.- Hechos relevantes a efectos del trámite de admisión del presente recurso de casación.**

Un análisis del expediente administrativo y de las actuaciones judiciales, nos lleva a destacar como datos importantes para decidir sobre la admisión a trámite del recurso de casación los siguientes:

Nintendo Ibérica, S.A. suscribió un contrato con Nintendo of Europe GmbH, el 24 de marzo de 2009, para la cesión de datos de clientes portugueses y datos operativos (información financiera confidencial y datos relevantes para la prestación de los servicios de distribución de la entidad portuguesa Concentra Productos para Crianças, S.A.).

En virtud de dicho contrato Nintendo Ibérica SA pagó a Nintendo of Europe GmbH 1.850.000 euros sobre los que no practicó ninguna retención a cuenta del IRNR

Por acuerdo de 2 de octubre de 2.012 el Jefe de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes practicó liquidación por el concepto de retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de No residentes, correspondiente al ejercicio de octubre de 2.008 a marzo de 2.009, interponiendo frente al mismo reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, que la desestimó mediante resolución de 6 de octubre de 2.016.

NINTENDO IBERICA, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la mencionada resolución, dando lugar a la sentencia objeto del presente recurso de casación, que apreció una compraventa de determinados datos (art.3 del contrato de 24.3.2009) y no una cesión de uso temporal, si bien admite "que la transmisión de los datos de clientes y datos operativos pertenecientes en su momento a la empresa Concentra constituyen un "know how", y, por tanto, información de carácter no pública, conforme a los Comentarios al modelo de convenio de la OCDE (apartado 11), cuyo valor interpretativo sido reconocido reiteradamente por el Tribunal Supremo ( STS de 9.2.2016, recurso 3429/2014, 19.3.2013, recurso 3732/2010, 7.12.2012, recurso 1139/2010, por todas)".

#### **TERCERO.- Marco jurídico.**

1. A estos efectos, el recurrente plantea la necesidad de interpretar el artículo 12 de la TRLIRNR que define el "Hecho imponible" de este impuesto: "1. Constituye el hecho imponible la obtención de rentas, dinerarias o en especie, en territorio español por los contribuyentes por este impuesto, conforme a lo establecido en el artículo siguiente".

También será preciso interpretar el artículo 5 de la TRLIRNR, que se intitula "Contribuyentes", y determina que: "Son contribuyentes por este impuesto:

a) Las personas físicas y entidades no residentes en territorio español conforme al artículo 6 que obtengan rentas en él, salvo que sean contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas".

Y, por último, en artículo 13 de la TRLIRNR, que bajo la rúbrica "Rentas obtenidas en territorio español" señala que: "1. Se consideran rentas obtenidas en territorio español las siguientes: [...] f) Los siguientes rendimientos de capital mobiliario: [...]

3.º Los cánones o regalías satisfechos por personas o entidades residentes en territorio español o por establecimientos permanentes situados en éste, o que se utilicen en territorio español.

Tienen la consideración de cánones o regalías las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso de:

[...]

Informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

Derechos personales susceptibles de cesión, tales como los derechos de imagen.

Equipos industriales, comerciales o científicos.

Cualquier derecho similar a los anteriores.



En particular, tienen esa consideración las cantidades pagadas por el uso o la concesión de uso de los derechos amparados por el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, y la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas".

2. También será preciso tener en cuenta los artículos 6, 12 y 13 del Convenio firmado entre España y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio fue firmado el 5 de diciembre de 1966.

#### **CUARTO.- Cuestión en la que se entiende que existe interés casacional.**

Conforme a lo indicado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el 90.4 de la misma norma, procede admitir a trámite este recurso de casación, al apreciar esta Sección de admisión que el mismo presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de la siguiente cuestión:

Determinar si a los efectos de practicar la retención por el concepto de Impuesto sobre la Renta de no Residentes, se produce el hecho imponible -como rendimientos de capital mobiliario, específicamente, como cánones o regalías- en virtud de las cantidades satisfechas por una entidad residente a una entidad no residente como consecuencia de la cesión de datos de clientes y datos operativos.

#### **QUINTO.- Justificación suficiente de que el recurso planteado cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.**

Esta cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, porque en la sentencia recurrida se han aplicado normas que sustentan la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo [ artículo 88.3.a) LJCA], y porque la cuestión planteada afecta a un gran número de situaciones [ artículo 88.2.c) LJCA], lo que hace conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que las esclarezca, en beneficio de la seguridad jurídica y de la consecución de la igualdad en la aplicación judicial del Derecho ( artículos 9.3 y 14 CE).

En efectos, no existe jurisprudencia de este Tribunal Supremo en relación a la calificación como canon o regalías de las cantidades satisfechas por una entidad residente a una entidad no residente en virtud de un contrato por el que se acuerda la cesión de datos de clientes y datos operativos. Y, por otro lado, no es infrecuente que dentro del ámbito mercantil se produzcan cesiones de datos de clientes de unas empresas a otras. Conviene, por lo tanto, un pronunciamiento del Tribunal Supremo que, cumpliendo su función uniformadora, sirva para dar respuesta a la cuestión nuclear que suscita este recurso de casación a fin de formar jurisprudencia.

#### **SEXTO.- Admisión del recurso de casación. Normas que en principio serán objeto de interpretación.**

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 de la LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la cuestión descrita en el fundamento jurídico cuarto.

2. Las normas que en principio serán objeto de interpretación son:

2.1. Los artículos 6.2, 12 y 13 del Convenio para evitar la Doble Imposición entre el Reino de España y la República Federal de Alemania.

2.2. Los artículos 5 y 12 y el epígrafe 3º de la letra f) del apartado 1 del artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

#### **SÉPTIMO.-Publicación en la página web del Tribunal Supremo.**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

#### **OCTAVO.- Comunicación inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.**

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.



Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión

**acuerda:**

**1º)** Admitir el recurso de casación RCA/5441/2020, preparado por procurador don Antonio Miguel Ángel Araque Almendros en representación de NINTENDO IBÉRICA, S.A., asistido del letrado don Miguel Muñoz Pérez, contra la sentencia dictada el 5 de marzo de 2020 por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso 670/2016.

**2º)** La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar si a los efectos de practicar la retención por el concepto de Impuesto sobre la Renta de no Residentes, se produce el hecho imponible -como rendimientos de capital mobiliario, específicamente, como cánones o regalías- en virtud de las cantidades satisfechas por una entidad residente a una entidad no residente como consecuencia de la cesión de datos de clientes y datos operativos.

**3º)** Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación:

**3.1.** Los artículos 6.2, 12 y 13 del Convenio para evitar la Doble Imposición entre el Reino de España y la República Federal de Alemania.

**3.2.** Los artículos 5 y 12 y el epígrafe 3º de la letra f) del apartado 1 del artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

**4º)** Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

**5º)** Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

**6º)** Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme ( artículo 90.5 de la LJCA).

Así lo acuerdan y firman.

D. César Tolosa Tribiño

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo Dª. Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso D.Dimitry Berberoff Ayuda