

REVISTA TÉCNICA TRIBUTARIA



ESTUDIOS



Juan Calvo Vérguez

José M. Domínguez Martínez

Adolfo J. Martín Jiménez

José Manuel Tejerizo López

Antonio Cayón Galiardo



Asociación Española de

Asesores Fiscales



Logic Win Global. Soluciones para Despachos Profesionales.

Logic Win Global, el software que integra aplicaciones, comunicaciones y servicios. Soluciones integradas en el área contable, fiscal, laboral y gestión interna para despachos profesionales.



Logic Control®

ÚLTIMA TECNOLOGÍA EN SOFTWARE

Infórmese: 902 200 246 · www.logiccontrol.es · informa@logiccontrol.es



ESTUDIOS

■ **Problemas interpretativos planteados por la institución de la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades. Análisis de su proyección sobre los convenios de doble imposición**

■ **Juan Calvo Vérguez**

Colaborador del Área de Derecho Financiero y Tributario
de la Universidad de Alcalá

■ **SUMARIO:**

1. Introducción
2. Condiciones necesarias para la aplicación de la norma sobre subcapitalización
3. Consecuencias derivadas de la aplicación de la regla de subcapitalización
4. La proyección de los convenios de doble imposición en las normas sobre subcapitalización
5. Conclusiones

I. Consideraciones preliminares

Como es sabido, la financiación de las sociedades, ya sea a través de recursos propios o de recursos ajenos, presenta desde una perspectiva fiscal una especial trascendencia, dado que el tratamiento que reciben las retribuciones a estas dos fuentes de financiación resulta completamente distinto. En efecto, mientras que la retribución por la utilización de fondos ajenos (los intereses) adquiere la consideración de gasto deducible al objeto de poder determinar la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades, la retribución de los fondos propios por el contrario (los llamados dividendos) no goza de dicha consideración.

Las sociedades pueden por tanto financiarse mediante la emisión de acciones o mediante préstamos, y la fórmula por la que finalmente se opte no va a resultar neutral en el Impuesto sobre Sociedades. Tal y como señala GOTA LOSADA¹, *"cuanto mayor sea la participación del capital prestado en relación al capital aportado, mayores serán los intereses deducibles como gasto, y menor la base imponible y, por ende, el Impuesto sobre Sociedades"*.

A la luz de este diferente tratamiento, cabe la posibilidad de que tanto la sociedad aportante como la receptora decidan optar por una u otra forma de financiación². En principio, parece lógico que los sujetos pasivos del impuesto opten por acudir a la financiación externa, toda vez que, de este modo, podrán reducir sus bases imponibles como consecuencia de los intereses que se devenguen. Ahora bien, esta situación puede llegar a provocar un exceso de endeudamiento o una baja capitalización. Surge así el concepto de infracapitalización o subcapitalización.³

Permite la subcapitalización la transferencia solapada de beneficios a través del pago de los mayores intereses consecuentes al desequilibrio entre la financiación propia y la financiación ajena. La entidad formaliza operaciones de préstamo con otra vinculada cuando la auténtica finalidad de la operación no es otra que capitalizar a la teórica prestataria. De

¹ GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto de Sociedades*, tomo I, ed. Banco Exterior de España, Madrid, 1988, pág. 245. En este mismo sentido se pronuncia ESCRIBANO LÓPEZ, F., "Operaciones vinculadas y subcapitalización. Operaciones societarias en el marco del Impuesto sobre Sociedades", en *RTT*, nº 37, 1997, págs. 47 a 69 y ROSEMBUJ, T., "Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades", en *Impuestos*, nº 17, 1997, págs. 12 a 45.

² Desde el punto de vista del aportante de capital, la elección alternativa entre ambas modalidades de financiación se presente únicamente para los socios, que son los "subcapitalizadores natos" de las sociedades. Suelen ser los grupos de sociedades internacionales los que tienden en mayor medida a alterar sus estructuras financieras de la manera más conveniente para modular y reducir la carga impositiva global soportada.

³ Define PAZ ARES, C., *Sobre la infrautilización de las sociedades*, en *ADC*, tomo 36, 1983, pág. 1588, la infracapitalización como "cualquier desproporción conmensurable –o si se prefiere, inequívocamente constatable– entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social". Obsérvese que esta definición comprende tanto la llamada "subcapitalización material" (consistente en una aportación insuficiente de capital a la empresa que produce una escasez de capital de responsabilidad y de capital crediticio por parte de los socios), como la "subcapitalización nominal" (caracterizada por la realización de aportaciones en forma de capital de crédito sustraídos a la reglamentación del capital propio o de responsabilidad).

este modo, la entidad prestataria puede deducir en su IS los intereses, al tiempo que se evita el gravamen de los dividendos.⁴

Desde un punto de vista estrictamente tributario, es la subcapitalización nominal la que origina la creación de gastos financieros deducibles en el IS correspondiente al prestatario y los correlativos ingresos en sede del prestamista, ya sea éste una entidad residente en territorio español o, por el contrario, se halle situada fuera de España (en territorio comprendido dentro de la Unión Europea o fuera de ella).

La subcapitalización puede producirse tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Es en éste último sin embargo donde actúan las legislaciones fiscales, con el objetivo claro de evitar que se produzca una reducción de las bases imponibles nacionales. En efecto, las Administraciones tributarias suelen mostrarse más recelosas frente a situaciones internacionales de subcapitalización ante la posibilidad de que la reducción de la base imponible de la entidad origine una pérdida definitiva de ingresos tributarios⁵.

Piénsese además en la dificultad añadida que plantea poner en relación a diferentes jurisdicciones fiscales, no sólo debido a la existencia de distintos ratios que midan la proporción de endeudamiento/fondos propios de las entidades a las que puedan resultar de aplicación, sino incluso a la ausencia en diversas legislaciones nacionales de esta figura tributaria.

Así, en la medida en que la financiación externa se obtenga a través de entidades no residentes vinculadas en una cuantía superior a la que se hubiera obtenido en condiciones normales de mercado entre partes independientes, han de aplicarse las normas sobre subcapitalización.

Aún en el caso de que el Estado de residencia de la sociedad prestamista elimine la doble imposición económica de dividendos, la financiación vía préstamos puede ser ventajosa fiscalmente para un concreto grupo de sociedades si, por ejemplo, la sociedad prestamista tiene acumuladas pérdidas o créditos fiscales pendientes de compensar que puedan absorber los ingresos cobrados por intereses, resultando un Impuesto a pagar nulo.

La regla de subcapitalización tiene como finalidad limitar la deducción de los gastos financieros en concepto de intereses efectuada por las filiales españolas endeudadas con sus matrices en el extranjero. Lo que se pretende es evitar la reducción de bases imponibles internas, limitando el endeudamiento que una sociedad residente pueda tener con entidades vinculadas no residentes y, en definitiva, la cuantía de los intereses que puedan pre-

⁴ GONZÁLEZ POVEDA, V., *Tributación de no residentes*, 2ª ed., 1993, pág. 229 afirma que la subcapitalización societaria a efectos fiscales viene determinada por "la situación financiera de una sociedad residente en la que el volumen de recursos ajenos respecto de los recursos propios de aquélla supera la proporción que puede considerarse normal respecto de las operaciones que se efectúen en libre concurrencia, alcanzándose dicha situación a través de préstamos con entidades vinculadas no residentes en aras de lograr un fin de reducción de la carga fiscal de la sociedad residente".

⁵ Véase CALDERÓN CARRERO, J. M., "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario", en *CT*, nº 76, pág. 22.

sentar la consideración de gasto deducible. Para ello se circunscribe el endeudamiento razonable y admisible al triple del capital fiscal de la filial, considerándose que por encima de dicha cifra la filial está, en realidad, repartiendo beneficios a su matriz encubiertos bajo la forma de intereses.

Tal y como se analizará posteriormente, la consecuencia esencial de esta consideración es que las citadas partidas no serán gasto deducible, como lo serían si se tratase de intereses. Por su parte, la matriz soportará, como no residente, el impuesto sobre los dividendos, los cuales no se hallan exentos como los intereses. Se produce así la alteración de uno o varios pagos efectuados por la entidad residente en territorio español a otra no residente, acreedora de la primera.⁶

El hecho de que los dividendos no sean gasto deducible para la sociedad pagadora mientras sí lo son los intereses puede condicionar la estructura financiera de aquella. Sin embargo, parece difícil que pueda llegar a determinar por sí sólo el régimen fiscal de las sociedades, constituyendo simplemente un elemento más a tener en consideración a la hora de configurar el tratamiento tributario de los dividendos. Por el contrario, el régimen tributario dispensado a los preceptores de intereses sí que constituye un factor determinante que favorece la proliferación de supuestos de subcapitalización.

La financiación vía préstamos de una sociedad perteneciente a un grupo puede no obstante tener motivaciones distintas a las de lograr una disminución de la carga impositiva global del grupo de sociedades. Así, puede constituir un instrumento más flexible que la financiación vía capital, que permite movilizar de inmediato capitales de un país a otro. En este sentido, cabe señalar que no son los intereses de la Hacienda Pública los únicos que pueden resultar perjudicados en los casos de subcapitalización, dado que ésta supone el desplazamiento del riesgo empresarial sobre los terceros acreedores de la sociedad, quienes contemplan como ésta dispone de un reducido patrimonio de responsabilidad para hacer frente a los riesgos asumidos.⁷

⁶ Recuérdese que, ya desde 1991, en nuestro ordenamiento tributario los intereses percibidos por sujetos residentes en otros Estados de la Unión Europea disfrutaban de exención. Así lo establecieron el art. 2.Tres.3 del Real Decreto-Ley 5/1990, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales Urgentes, respecto del IRPF y el art. 62.Tres.3 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, respecto del IS. En esta misma línea se sitúa el art. 13.1. b) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del IRNR, medida esta última adoptada con el claro propósito de atraer capitales. Por su parte, la percepción de dividendos por sujetos pasivos residentes autoriza, en las condiciones requeridas, a practicar la deducción por doble imposición prevista en los arts. 81 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LIRPF y 30 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LIS si los dividendos proceden de una sociedad residente. Si los dividendos proceden de fuente extranjera, la sociedad residente preceptora podrá aplicarse, si cumple las condiciones exigidas, la exención del art. 21 del RDL 4/2004 o las deducciones de los arts. 31 y 32 de dicho cuerpo legal. La situación es distinta para los socios no residentes, cuyos dividendos están excluidos con carácter general de la aplicación de la deducción, excepto si se trata de establecimientos permanentes, los cuales podrán practicarla si los dividendos provienen de una sociedad residente en España pero no si tienen fuente extranjera, con la única excepción de aquellas sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la UE que perciban dividendos de sociedades filiales residentes (art. 13.1 f del RDL 5/2004).

⁷ ESTEVE PARDO, M^a. L., "Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización", en *RCT*, n^o 216, marzo 2001, pág. 9, constata esta última circunstancia, precisando que "ello sin embargo no ha parecido preocupar en demasía al legislador tributario. De hecho no se ha producido una reacción generalizada de los Derechos tributarios de nuestro entorno económico frente a la subcapitalización hasta fechas bien recientes, coincidiendo con la generalización de regímenes tributarios claramente beneficiosos previstos para los intereses".

Ya la antigua Ley 61/1978, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, se refería al concepto de subcapitalización. A través de la Disposición Adicional 5ª de la Ley 18/1991 del IRPF, se añadió un apartado 9º a su art. 16, de aplicación para todos aquellos períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 1992.

La Ley 43/1995 dedicaba su art. 20 a la subcapitalización. De conformidad con lo dispuesto por este precepto, *“cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda de aplicar el coeficiente 3 a la cifra de capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos”*⁸. El actual Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades mantiene esta misma redacción en su art. 20.

En la práctica, cabe entender que la subcapitalización constituye un aspecto parcial de un problema más amplio, como es el de la calificación que se ha de otorgar desde una perspectiva fiscal a aquellas sumas que los socios o las personas vinculadas a una sociedad ponen a disposición de éstas, las cuales si bien técnicamente pueden ser consideradas como préstamos, acometen de *facto* funciones idénticas a las características de las aportaciones al capital social.

En suma, la subcapitalización no viene a ser sino un indicio más de que una parte, o incluso la totalidad de los préstamos otorgados a la sociedad no se diferencian, desde un punto de vista estrictamente económico, de los capitales propios. Como bien señala MORENO FERNÁNDEZ⁹, la existencia de un elevado “ratio” de recursos ajenos/recursos propios no tiene por qué indicar en sí mismo un problema de subcapitalización, existiendo otros muchos factores, tales como el propio sector de actividad o la existencia de reservas ocultas en la sociedad que pueden incidir en la cuestión.

2. Condiciones necesarias para la aplicación de la norma sobre subcapitalización

Ciertamente, la redacción contenida en el art. 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (antiguo art. 20 de la Ley 43/1995) adolece de numerosos problemas interpretativos que vienen a dificultar la resolución de las múltiples cuestiones planteadas por

⁸ Destaca CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., en AA.VV. (CLAVIJO HERNÁNDEZ, FERREIRO LAPATZA, MARTÍN QUERALT, TEJERIZO LÓPEZ y PÉREZ ROYO), *Curso de Derecho Tributario. Parte especial. Sistema tributario: los tributos en particular*, Marcial Pons, 2003, pág. 327, la minuciosidad de la regulación contenida en este artículo, más propia a su juicio de un reglamento que de una ley. Acerca del alcance de este precepto, véanse igualmente AA.VV. (YEBRA MARTUL-ORTEGA, P., GARCÍA NOVOA, C. y LÓPEZ DÍAZ, A. coord.) *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, Comares, 1998, AA.VV. (dir. y coord.: FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.) *Impuesto sobre Sociedades: aspectos fundamentales*, Lex Nova, 1997, CHECA GONZÁLEZ, C., CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., DE LA PEÑA VELASCO, G. y FALCÓN Y TELLA, R., *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Régimen general*, Marcial Pons, 2000, FERREIRO LAPATZA, J. J., “Sobre la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades”, en QJF, nº 5, 1996, págs. 11 y ss.

⁹ MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La tributación de las operaciones vinculadas*, 2ª ed., Aranzadi, 2003, pág. 114.

esta institución. Consideramos conveniente a este respecto analizar separadamente las distintas circunstancias o condiciones que determinan la subcapitalización. Varias son las condiciones que han de cumplirse para poder proceder a la aplicación de la norma sobre subcapitalización:

- a) Es necesario que el acreedor, directo o indirecto, sea una persona o entidad no residente en territorio español. Entre la sociedad residente preceptora de fondos o prestataria y las personas o entidades no residentes que aporten los mismos, es decir, los prestamistas, debe existir vinculación¹⁰. Obsérvese por tanto que la norma sólo resulta de aplicación si concurren ambos requisitos. Significa ello que en las relaciones internas no operan las normas sobre subcapitalización¹¹. La exclusión de las llamadas "entidades financieras" de la aplicación de la regla de subcapitalización parece lógica, dado que el endeudamiento se configura precisamente como una de las actividades principales a desarrollar por este tipo de entidades.

No debe confundirse sin embargo la subcapitalización con la realización de operaciones vinculadas, con independencia de que aquélla implique necesariamente como acabamos de señalar la concurrencia de éstas. En efecto, en los préstamos entre entidades vinculadas, lo que se pretende con la calificación de la operación no es sino ajustar el contenido de la misma al valor de mercado de manera que aquélla no represente ni mayor ni menor ingreso o gasto para ninguna de las partes intervinientes, evitándose así la trasla-

¹⁰ Tal y como señala COMBAROS VILLANUEVA, V. E., *Régimen tributario de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Tecnos, 1988, pág.21, ambas entidades (deudora y acreedora) han de estar vinculadas de acuerdo con lo establecido en el art. 16.2 del RDL 4/2004, a tenor del cual, "Se consideran personas o entidades vinculadas las siguientes:

- a) Una sociedad y sus socios.
- b) Una sociedad y sus consejeros o administradores.
- c) Una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios, consejeros o administradores.
- d) Dos sociedades que, de acuerdo con lo establecido en el art. 42 del Código de Comercio, reúnan las circunstancias requeridas para formar parte de un mismo grupo de sociedades, sin que sean de aplicación, a estos efectos, las causas de exclusión previstas en el art. 43 del mismo.
- e) Una sociedad y los socios de otra sociedad, cuando ambas pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el art. 42 del Código de Comercio, sin que sean de aplicación a estos efectos las causas de exclusión previstas en el art. 43 del mismo.
- f) Una sociedad y los consejeros o administradores de otra sociedad, cuando ambas pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el art. 42 del Código de Comercio, sin que sean de aplicación a estos efectos las causas de exclusión previstas en el art. 43 del mismo.
- g) Una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios o consejeros de otra sociedad cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el art. 42 del Código de Comercio, sin que sean de aplicación, a estos efectos, las causas de exclusión previstas en el art. 43 del mismo.
- h) Una sociedad y otra sociedad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25% del capital social.
- i) Dos sociedades en las cuales los mismos socios o sus cónyuges, ascendientes o descendientes participen, directa o indirectamente, en al menos el 25% del capital social.
- j) Una sociedad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.
- k) Una sociedad residente en el extranjero y sus establecimientos permanentes en territorio español.
- l) Dos entidades que formen parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.
- m) Dos sociedades, cuando una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra.

En los supuestos en que la vinculación se defina en función de la relación socio-sociedad, la participación deberá ser igual o superior al 5% o al 1% si se trata de valores cotizados en un mercado secundario organizado".

¹¹ CENCERRADO MILLÁN, E., *El tratamiento de las entidades vinculadas en la imposición directa española*, Aranzadi, 2000.

ción de beneficios o pérdidas entre sociedades. Por el contrario, en aquellos préstamos entre entidades vinculadas que determinen además el que la entidad prestataria asuma un grado de endeudamiento superior a tres veces el capital fiscal, los intereses abonados correspondientes al exceso de dicho endeudamiento adquieren la naturaleza de dividendos por la entidad prestataria.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 2004 declara en materia de subcapitalización la no aplicación de esta norma cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, excepto si residen en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. Esta modificación viene motivada por la jurisprudencia que el TJCE ha venido elaborando en los últimos tiempos, y en especial por su Sentencia de 12 de diciembre de 2002, que examinaremos posteriormente.

¿Puede ser de aplicación la regla del art. 20 del RDL 4/2004 a un establecimiento permanente situado en territorio español? Nos encontramos ante una cuestión ciertamente compleja y que demanda una remisión normativa a varios textos reguladores de distintos tributos.

El punto de partida del análisis quizás deba situarse en el art. 18.1 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. Dispone el citado precepto que *“la base imponible del establecimiento permanente se determinará con arreglo a las disposiciones generales de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”*. Dado que la regla de subcapitalización pertenece al conjunto de normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades y en tanto en cuanto el art. 20 del RDL 4/2004 se remite a los supuestos de vinculación que el art. 16 del citado cuerpo normativo contempla, podría afirmarse que el apartado 2º del art. 16 del RDL 4/2004 respalda la consideración de la relación existente entre un establecimiento permanente situado en territorio español y su matriz ubicada en el extranjero como un supuesto de vinculación que permitiría por ejemplo proceder a la corrección extracontable de las operaciones llevadas a cabo entre ambas cuando su valoración hubiese originado una tributación en España inferior a la que correspondería por la aplicación del valor normal de mercado.¹²

Igualmente ha de ser tomado en consideración el art. 20 del RDLeg. 1/1993, regulador del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD). Señala el citado precepto que *“las entidades que realicen, a través de sucursales o establecimientos permanentes, operaciones de su tráfico en territorio español y cuyo domicilio social o sede de dirección efectiva se encuentren en países no pertenecientes a la Comunidad Económica Europea o, encontrándose en éste, no estuvieren sometidos a un gravamen al que es objeto del presente Título, vendrán obligados a tributar por los mismos*

¹² No existe por tanto ninguna norma de Derecho interno que excluya la aplicación de la regla de subcapitalización a los establecimientos permanentes situados en España, de la misma manera que podría afirmarse también que no existe ninguna norma que contemple directamente su aplicación.

conceptos y en las mismas condiciones que las españolas por la parte de capital que destinen a dichas operaciones”.

Por su parte, el art. 56.2 del Reglamento del ITPyAJD establece que *“las entidades a que se refiere el apartado anterior deberán hacer constar expresamente en el documento en que figure el acuerdo social encaminado a la realización de tales operaciones la dotación patrimonial que se destine a las operaciones en territorio español, y si no lo hicieren así o si la cifra fijada resultase inferior, servirá de base para la determinación del capital aportado la correspondiente a la cifra relativa de negocios por comparación de las actividades realizadas en territorio español y fuera de él. Dicho porcentaje así obtenido se aplicará al capital fiscal de la sociedad determinado conforme a la normativa del Impuesto sobre Sociedades, y la cifra resultante servirá de base para practicar las liquidaciones correspondientes”*.

Apunta LETE ACHIRICA¹³ que, en la medida en que el citado art. 56.2 del RITPyAJD contiene una previsión relativa a la dotación patrimonial de las sucursales y de los establecimientos permanentes situados en territorio español, exigiendo a los efectos del gravamen por el concepto de Operaciones Societarias que conste en el documento en el que se recoge el acuerdo social relativo a las operaciones en España de las sucursales o establecimientos permanentes de entidades domiciliadas fuera del territorio español la dotación patrimonial que se destine a dichas operaciones, podría llegar a afirmarse la posible aplicación del art. 20 del RDL 4/2004 a los establecimientos permanentes radicados en territorio español.¹⁴

Ahora bien, tal y como precisa el propio autor, *“no puede afirmarse con total rotundidad que ésta sea una cuestión in controvertida porque la posible aplicación del art. 20 de la LIS a los establecimientos permanentes situados en territorio español no resulta directamente del supuesto de hecho de dicha norma, sino del ejercicio de un variado juego de remisiones legales y reglamentarias”*. Estamos de acuerdo con esta apreciación. Cabe señalar por otra parte que si bien el art. 56.2 del RITPyAJD constituye un precepto de carácter reglamentario, se excede notablemente de la mera función ejecutiva que tiene encomendada, incidiendo en el ámbito sustantivo de aplicación del art. 20 de la Ley reguladora del ITPyAJD.

A nuestro juicio, el art. 20 del nuevo Texto Refundido no debe aplicarse a las operaciones efectuadas por establecimientos permanentes de entidades no residentes con sus matrices o casas centrales. Consideramos que carece de trascendencia el hecho de que el préstamo que efectúe una entidad vinculada no residente a otra residente se articule a través de un establecimiento permanente sito en territorio español.

Tal y como destaca MORENO FERNÁNDEZ¹⁵, admitir lo contrario podría suponer la apertura de una vía a la elusión de la norma, ya que bastaría con materializar los presta-

¹³ LETE ACHIRICA, C., “La subcapitalización societaria a efectos fiscales”, en REDF, nº 118, 2003, pág. 279.

¹⁴ Téngase presente no obstante que el referido precepto reglamentario del ITPyAJD alude como criterio delimitador subsidiario a la “cifra relativa de negocios por comparación de las actividades realizadas en territorio español y fuera de él”.

¹⁵ MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La tributación de las operaciones vinculadas*, ob. cit., págs. 113 y 114.

mos efectuados por entidades no residentes a través de sus establecimientos permanentes sitios en España para evitar la aplicación de la regla de subcapitalización.

- b) Si la entidad residente tiene deudas y créditos remunerados con la entidad vinculada no residente, ha de determinarse el saldo neto del endeudamiento. En consecuencia, además de tomar en consideración las cantidades adeudadas por la entidad española a las entidades vinculadas no residentes, debe de computarse igualmente, a efectos de minorar el endeudamiento, los posibles créditos o préstamos que la entidad española haya podido conceder a su vez a las entidades no residentes. Se están excluyendo así posibles endeudamientos no remunerados, al margen de la eventual consideración de estos como operación vinculada en términos de mercado.

Habrán de considerarse por tanto no sólo los pasivos sino también los activos, descontándose los créditos que la residente tenga frente a la no residente¹⁶. No parece probable sin embargo que una sociedad que requiere financiación ajena de otras sociedades del grupo otorgue a su vez préstamos a las mismas.

¿Qué ha de entenderse por endeudamiento? Siguiendo a LETE ACHIRICA¹⁷, por endeudamiento se ha de entender todo tipo de medios de financiación puestos a disposición de la sociedad cuyos resultados sean equivalentes a la dotación de la sociedad con capital ajeno, cualquiera que sea el contrato u operación que lo instrumente. Puede tratarse de un préstamo, de un crédito comercial, de la emisión de bonos, pagarés u obligaciones, etc. En definitiva, de todos aquellos instrumentos que sean susceptibles de proporcionar fondos o financiación ajena para la entidad que los obtiene.¹⁸

Ahora bien, dado el carácter objetivo de la norma, existen diversos supuestos de financiación en relación con los cuales se plantea la cuestión de si deben o no integrar el concepto de endeudamiento. Es el caso por ejemplo de los préstamos participativos o de las obligaciones convertibles en acciones, cuyas características se asemejan a las aportaciones de capital propio. Dada la ausencia de referencia explícita a estas formas "híbridas" de financiación así como a los requisitos de su aplicación, no parece que planteen ningún tipo de consecuencias jurídico-tributarias en materia de subcapitalización¹⁹.

¹⁶ Tal y como declaró la DGT en contestación a Consulta de 24-3-1993, la entidad española que paga los intereses bancarios está indirectamente endeudada con su matriz no residente ya que es ésta, como garante, la que sufre los riesgos derivados del préstamo recibido por la primera.

¹⁷ LETE ACHIRICA, C., *Las Entidades no Residentes en el Impuesto sobre Sociedades*, 1997, pág. 372.

¹⁸ ESTEVE PARDO, M^a. L., "Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización", ob.cit., pág. 10, declara a este respecto que "pese a la ausencia de cualquier referencia explícita en la Ley, creemos que debe entenderse que el endeudamiento relevante lo conforman los préstamos a largo plazo, sin computarse los obtenidos a corto plazo, ya que estos vienen únicamente a subvenir necesidades transitorias de financiación y no a crear estructuras financieras subcapitalizadoras".

¹⁹ Incluso la propia regulación normativa desarrollada en materia de préstamos participativos parece proteger a éstos de la aplicación de la regla de subcapitalización. Véase a este respecto el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, cuyo art. 20, referido a las sociedades de capital-riesgo, establece que los intereses debidos por dichos préstamos serán considerados en todo caso como partida deducible del IS. Ello contrasta con lo dispuesto por la Ley del Impuesto sobre Sociedades alemana (*Körperschaftsteuergesetz*), en la que se dispone que habiéndose pactado los intereses en función de los beneficios obtenidos, las ratios de endeudamiento tolerado serán muy inferiores a las fijadas para los préstamos cuyo interés se establece sobre un porcentaje del capital prestado.

En efecto, por lo que se refiere a los préstamos participativos, en tanto en cuanto su normativa reguladora les considera como patrimonio contable a los únicos efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades en los términos previstos en la legislación mercantil, no resulta posible calificar a tales préstamos como fondos propios a los efectos de la aplicación de la regla de subcapitalización, sino como endeudamiento.

En cuanto a las obligaciones convertibles cabe considerar que, mientras no se ejercite el derecho de conversión, los titulares de las obligaciones convertibles son obligacionistas frente a la entidad emisora y no socios, de manera que el importe de las obligaciones no computa como parte integrante de los fondos propios. Caso distinto es el de las llamadas "acciones rescatables" las cuales, mientras no se ejercite el derecho de rescate sobre las mismas (bien a solicitud de la entidad emisora, de los titulares de las acciones o de ambos), deben formar parte de los fondos propios de la entidad residente.

Más problemática resulta la cuestión en relación con los contratos de cuentas en participación. SANZ GADEA²⁰ defiende la consideración de estos contratos de cuentas en participación como endeudamiento a los efectos del art. 20 del RDL 4/2004 al entender que a través de estos contratos se está cediendo capital mediante remuneración. Apoya el autor su consideración en el art. 22.2º del RDLeg. 1/1993 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto y que otorga la consideración de sociedades, a los efectos del Impuesto sobre Operaciones Societarias, a dichos contratos.

En un sentido contrario, LETE ACHIRICA²¹ argumenta que dicha interpretación no encaja con el tenor literal del art. 229 C.Com, de conformidad con el cual, *"podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen"*. Estamos de acuerdo con esta apreciación. Desde nuestro punto de vista, resulta difícil considerar estos contratos de cuentas en participación como cesión onerosa de capital a los efectos de su cómputo dentro del endeudamiento.

Cabe referirse igualmente a aquellas operaciones comerciales en las que se concede un aplazamiento del pago, las cuales constituyen como es sabido un supuesto de financiación encubierta. ¿Constituyen un supuesto de puesta a disposición de capitales ajenos susceptible de ser computado como endeudamiento? A nuestro juicio, en la medida en que el plazo y las condiciones del pago resulten razonables, la respuesta debe ser negativa. Coincidimos en este sentido con lo manifestado por autores como MÁLVAREZ PASCUAL²² o REY FERNANDO Y COLLADO²³, para quienes solamente si el período de

²⁰ SANZ GADEA, E., "La subcapitalización", en *EF*, nº 206, 2000, pág. 8.

²¹ LETE ACHIRICA, C., "La subcapitalización societaria a efectos fiscales", ob. cit., pág. 277.

²² MÁLVAREZ PASCUAL, L.A., *La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. Régimen General*, 1996, pág. 77. Véase igualmente MÁLVAREZ PASCUAL, L.A. y MARTÍN ZAMORA, P., *El Impuesto sobre Sociedades. Régimen General*, CEF, 1998. En un sentido contrario se pronuncia REY ARNAIZ, A., "La subcapitalización", en *GF*, nº 112, 1993, pág. 139, para quien en el cómputo de todo endeudamiento se ha de incluir cualquier forma de financiación, también a corto plazo y por aplazamiento de pago.

²³ REY FERNANDO Y COLLADO, A., "Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado. Análisis y crítica de su regulación en España", en *Impuestos*, I, 1993, pág. 89.

cobro de estas deudas de tipo comercial excede notablemente del período normal de mercado, las mismas aumentarán la cifra de endeudamiento, considerándose que el mantenimiento de aquéllas con entidades vinculadas constituye un medio de financiación que distorsiona notablemente la base imponible.

Especialmente significativo es el caso de la llamada financiación *in natura*, caracterizada como es sabido por el hecho de que son los socios quienes vienen a cubrir las necesidades de financiación de la sociedad suministrando a ésta aquellos bienes que necesita para desarrollar su actividad empresarial, ya sea a través de un contrato de leasing, de una cesión de uso o de arrendamiento. Ante la ausencia de una específica regulación positiva tanto en el Derecho Mercantil como en el Tributario, ha sido la doctrina de ambas materias jurídicas la que ha procedido a analizar la cuestión.

La práctica totalidad de la doctrina mercantilista ha coincidido en subrayar que estas operaciones de financiación *in natura* pueden ser equiparables a préstamos sustitutivos de capital propio, constituyendo por tanto un supuesto de subcapitalización nominal de la sociedad por parte de los socios²⁴. En efecto, dado que los supuestos de *financiación in natura* permiten a la actividad desarrollar su actividad empresarial y no integrando los bienes el patrimonio de responsabilidad de la sociedad, los socios conservan su derecho real de propiedad sobre los mismos, pudiendo hacerlo valer en situación concursal y sustrayendo dichos bienes de la masa de la quiebra. Resulta por tanto coherente con la propia esencia de la subcapitalización considerar aquéllos como equivalentes a un préstamo.

En el ámbito del Derecho Tributario sin embargo, la situación es bien distinta. Téngase presente que lo que se ha de calificar aquí no es el instrumento de financiación en sí ni la función que el mismo haya de cumplir, sino el tratamiento que se ha de dispensar a la retribución o contraprestación debida por la sociedad en función de su incidencia sobre la renta de ésta y del gravamen que soporte en manos de su perceptor. ¿Pueden calificarse a efectos tributarios estas operaciones de financiación *in natura* como de endeudamiento? A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa.

Por otra parte, la contraprestación debida por estas operaciones será normalmente un canon con lo que, constituyendo un rendimiento de capital mobiliario, no podrá adquirir la consideración de interés ni podrá equipararse a éste en modo alguno. Podrá tratarse de un gasto deducible para la sociedad, al igual que sucede con el interés. Pero téngase presente que el régimen tributario de los cánones en manos del preceptor en relación con los sujetos pasivos no residentes resulta diferente al de los intereses.

En conclusión, puesto que el art. 20.1 del RDL 4/2004 considera únicamente como intereses a los dividendos, el endeudamiento a considerar sería exclusivamente el que es retri-

²⁴En este sentido se han pronunciado, entre otros autores, PAZ ARES, C., "La infracapitalización. Una aproximación contractual", en *Revista de Sociedades*, 1994, págs. 259 y ss, VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 11ª ed., 1998, pág. 320, ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A., "Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 618, 1993, págs. 1503 y ss y MASSAGUER, J., "La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de los socios", en AA.VV. *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 1994, págs. 970 y ss.

buido con aquellos, no pudiendo considerarse la financiación *in natura* como endeudamiento.

También la denominada “financiación garantizada” plantea diversos aspectos problemáticos. Debe entenderse por financiación garantizada aquella en la que el préstamo no es concedido por el socio o por una entidad vinculada sino por un tercero independiente, limitándose el socio a prestar un aval u otra garantía. ¿Hasta qué punto esta modalidad de financiación puede ser considerada como un supuesto de endeudamiento indirecto?

A juicio de CALDERÓN CARRERO²⁵ el aval, como instrumento de garantía que es, no da lugar a endeudamiento alguno entre avalado y avalista, de modo que la financiación obtenida de un tercero no vinculado garantizada por la sociedad matriz no residente no ha de incluirse en el endeudamiento relevante para medir la situación de subcapitalización. Estamos de acuerdo con esta consideración.²⁶

Obsérvese que la LIS no define qué se entiende por endeudamiento directo o indirecto. Tampoco precisa cuál es la diferencia que existe entre uno y otro tipo de endeudamiento. Sostiene CLAVIJO HERNÁNDEZ²⁷ que el endeudamiento será directo cuando el prestamista que tiene derecho a la percepción del capital y los intereses sea una persona o entidad vinculada no residente. Esta consideración parece clara: en el endeudamiento directo la relación crediticia se mantiene con la sociedad vinculada no residente, debiendo existir al mismo tiempo una situación de vinculación entre las dos entidades en los términos previstos en el art. 16.2 del nuevo Texto Refundido regulador del IS.

La problemática surge en relación con las modalidades indirectas de endeudamiento. Manifiesta el citado autor que el endeudamiento será indirecto cuando la relación de préstamo haya sido realizada entre las personas o entidades vinculadas no residentes por medio de personas o entidades interpuestas o simplemente intermediarias.

Estimamos que la norma es excesivamente amplia e inconcreta en este punto. Da la impresión de que el legislador pretendía así evitar la elusión de la aplicación de la norma a través de la interposición de terceras personas en la relación de préstamo entre la sociedad matriz no residente y la sociedad filial.

A la luz del tenor literal del art. 20.1, cabe afirmar que lo que ha de ser indirecto es el endeudamiento, no la vinculación. Significa ello que si tiene lugar la interposición de una tercera persona en la relación crediticia, ésta deberá estar a su vez endeudada con la socie-

²⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, ob. cit., pág. 25.

²⁶ En este mismo sentido se han pronunciado GONZÁLEZ POVEDA, V., “La subcapitalización: un problema nuevo del Impuesto sobre Sociedades”, en *Impuestos*, 1992, (II), pág. 87 y LETE ACHIRICA, C., *Las Entidades no Residentes en el Impuesto sobre Sociedades*, ob. cit., pág. 380.

²⁷ CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., en AA.VV. *Curso de Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 329. Véase igualmente de este mismo autor CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., y otros, *Impuesto sobre Sociedades: aspectos fundamentales*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

dad matriz no residente. Piénsese por ejemplo en aquellas operaciones en las que, independientemente de cual sea la entidad que otorga el préstamo, existe al menos otra entidad no residente vinculada a la entidad prestamista que, en definitiva, es quien asume el riesgo de la operación de préstamo realizada²⁸.

Es posible igualmente que la entidad vinculada, aún no siendo la prestamista, asuma el riesgo derivado de la posible insolvencia del deudor figurando como avalista del préstamo. ¿En qué medida puede llegar a sostenerse la inclusión dentro de la noción legal de endeudamiento indirecto de estos compromisos de garantías que puedan pactarse respecto de operaciones de préstamo celebradas entre entidades entre las que concurra vinculación en alguno de los supuestos del art. 16.2 del Texto Refundido?

Desde un punto de vista jurídico-formal, aun concurriendo una situación de vinculación entre la entidad residente en territorio español y su acreedora situada fuera de dicho territorio, al otorgarse sobre dicha relación una garantía por parte de otra entidad nos encontramos ante un supuesto no recogido expresamente en el art. 20 del RDL, respecto del cual parece difícil su encaje dentro de la noción de endeudamiento indirecto. Téngase presente que la relación jurídica en base a la cual se origina la garantía constituye una relación independiente de la operación principal del préstamo.

La DGT considera no obstante en contestación a Consulta de 24-3-1998 que son de aplicación las normas sobre subcapitalización en este supuesto, declarando que *“estas normas también se aplican en los casos de endeudamiento indirecto, cuando la entidad no residente vinculada, si bien no es prestamista, en última instancia asume el riesgo derivado de la posible insolvencia del deudor, lo que sólo podrá ser constatado considerando el conjunto de circunstancias de cada supuesto”*.

Adopta así la Administración tributaria una interpretación del art. 20 del RDL de carácter esencialmente finalista, la cual ha sido cuestionada desde diversos sectores doctrinales. En opinión de CORDÓN EXQUERRO y GUTIERREZ LOUSA²⁹, *“resulta ilustrativo considerar que en aquellos supuestos en los que prestamista y prestatario son entidades residentes en España, la existencia de un garante de la operación de préstamo, vinculado con la entidad prestataria y residente fuera de España no produce efectos tributarios en territorio español, puesto que no se materializa un traslado de bases imponibles al exterior”*.³⁰

²⁸ Nos referimos concretamente a los denominados préstamos *back to back*, en virtud de los cuales se dota de fondos a la entidad residente por parte de una entidad no vinculada a la primera, habiéndose proporcionado dichos fondos a la entidad prestamista por otra no residente vinculada a la entidad prestamista. En relación con el preciso funcionamiento de estos préstamos, véase CORDÓN IZQUIERDO, T y GUTIÉRREZ LOUSA, M., “La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación”, en AA.VV. *Manual de Fiscalidad Internacional*, Madrid, 2001, pág. 314.

²⁹ CORDÓN IZQUIERDO, T y GUTIÉRREZ LOUSA, M., “La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación”, ob. cit., pág. 315.

³⁰ En un sentido contrario se pronuncia SANZ GADEA, E., “La subcapitalización”, ob. cit., pág. 11, quien comparte los fundamentos del criterio seguido por la DGT.

Otro supuesto de endeudamiento indirecto sería aquél en el que una entidad residente en España recibe un préstamo de su matriz no residente, represtando parte del capital a otra entidad residente en España que es filial de la primera. Dada esta situación, considera la DGT en Consulta de 4-9-2001 que la entidad residente no puede tomar la diferencia entre el préstamo recibido de su matriz no residente y la parte del mismo represtado a su filial española. Señala expresamente la DGT que *“en esta situación de endeudamiento indirecto entre la matriz extranjera y la filial española, la recalificación se efectuaría, si fuera procedente, en la entidad residente, al ser ésta la que satisface los intereses a su matriz no residente, aun cuando las condiciones de la subcapitalización se valoren en la entidad filial a la que se ha represtado parte del préstamo”*.

¿Qué trascendencia puede llegar a tener el hecho de que el endeudamiento sea directo o indirecto? A nuestro juicio ninguna, con independencia de las dificultades que puedan derivarse en el segundo supuesto a efectos de prueba³¹. Cabe reconocer que si el texto legal se hubiese referido exclusivamente al endeudamiento directo, las posibilidades de aplicar lo dispuesto en el art. 20 hubiesen quedado notablemente reducidas a la luz del elevado coeficiente de endeudamiento que ha sido establecido.

En la práctica sin embargo, existen numerosas dificultades para probar la existencia de un endeudamiento indirecto, dado que la cadena de personas o entidades interpuestas suele ser muy compleja en los grupos de sociedades³². En base a esta apreciación, cabe plantearse si, a través de la expresión “endeudamiento indirecto”, lo que el legislador ha pretendido es cubrir diversas modalidades indirectas del mismo. Considera ESTEVE PARDO³³ que una interpretación teleológica de la norma no conduce a esta conclusión, no debiendo por tanto aplicarse ésta a aquellas situaciones que no producen el resultado elusor del tributo que la norma pretende evitar. Se está refiriendo concretamente la autora a las situaciones de financiación garantizada.

En nuestra opinión, dado que lo que pretende la norma sobre subcapitalización es impedir la pérdida de los ingresos tributarios que los desplazamientos de bases imponibles a sujetos vinculados no residentes en forma de intereses por préstamos pueden llegar a ocasionar, deberá analizarse si esta situación se produce o no en cada supuesto concreto que

³¹ La DGT, en contestación a Consulta de 26-12-2001 se refiere a un supuesto en que una entidad contrae una serie de deudas con entidades no residentes con las que está vinculada. Entiende este organismo que si bien los intereses pagados no resultan fiscalmente deducibles por aplicación de las reglas de subcapitalización, cosa distinta puede suceder con las cantidades pagadas por la citada entidad en concepto de penalización por la cancelación anticipada de los préstamos. En el caso de que estas cuantías abonadas por cancelación no tengan condición remuneratoria alguna y sean exclusivamente indemnizatorias, no tendrán la consideración de intereses y por tanto serán deducibles con carácter general. A estos efectos, tendrán la consideración de indemnizatorias las cuantías satisfechas en la medida que tanto la calificación contractual de las mismas como su cuantía respondan a lo que, en condiciones normales de mercado, hubiesen pactado partes independientes como indemnización. Por tanto, no es de aplicación el art. 20 sobre estas cantidades, las cuales son totalmente deducibles. Este criterio es ratificado en contestación a Consulta de 26-12-02.

³² Aún así, tal y como ha señalado SANZ GADEA, E., “La subcapitalización”, ob.cit., pág. 7, refiriéndose a la legislación anterior; *“no ha habido otra solución que la de acudir al vago término de ‘indirecto’ para ofrecer alguna virtualidad a esta institución. De otro modo hubiese nacido muerta”*.

³³ ESTEVE PARDO, M^a. L., “Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización”, ob.cit., pág. 17.

se pretenda calificar como “endeudamiento indirecto”. No creemos que esta circunstancia se produzca en las modalidades de financiación garantizada, en las que, si bien la sociedad filial puede llegar a obtener una reducción de su base imponible en el importe de los intereses devengados percibidos por el sujeto prestamista, no tiene lugar sin embargo un desplazamiento de beneficios hacia la sociedad matriz.

Para poder incluir un préstamo en el cálculo del endeudamiento constitutivo de subcapitalización debe tratarse de un préstamo remunerado. Ello parece lógico a la luz del propio fundamento de la norma. Piénsese que en caso de ausencia de remuneración (no devengándose interés alguno) la sociedad no vería reducida su base imponible y el socio no percibiría ninguna clase de renta. Sería en consecuencia eventualmente aplicable el régimen de operaciones vinculadas del art. 16 del RDL 4/2004, no llegando a verificarse el eventual propósito elusivo del tributo.

Por otra parte, si la sociedad matriz concediera un préstamo sin interés a la sociedad filial, la operación podría ser calificada como de aportación encubierta de capital. En este caso, si bien la base imponible de la sociedad filial no experimentaría alteración alguna (dado que las aportaciones de capital no constituyen renta para ella), la base imponible de la sociedad matriz sí que se vería incrementada en el importe de los intereses que hubiera exigido en condiciones normales de mercado de un tercero ajeno a la relación societaria, que sería el importe³⁴ de lo aportado de forma encubierta, aumentando el valor fiscal de su participación.

Tratándose de un endeudamiento remunerado (aunque lo sea a un tipo de interés menor al normal del mercado), el mismo habrá de ser computado a efectos de determinar la existencia de subcapitalización, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas relativas a la diferencia del interés pactado con el normal de mercado. Por remuneración debe entenderse la estipulada por las partes contratantes y no aquella otra que pueda presumirse fiscalmente o que proceda de correcciones efectuadas en el ámbito general de las operaciones entre sociedades vinculadas.

Finalmente, debe subrayarse que la expresión “endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto” debe entenderse entre la entidad residente y la no residente, sin que se vea afectado por el destino que se de a ese capital por la entidad residente que lo perciba.

- c) El concepto de capital fiscal se refiere al importe de los fondos propios de la entidad residente. Lógicamente no se incluye el resultado del propio ejercicio en que se mida el grado de endeudamiento, ya que de conformidad con lo dispuesto por el art. 175 de la LSA, éstos integran los fondos propios junto al capital suscrito, las primas de emisión,

³⁴ Véanse a este respecto SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades*, tomo I, 3ªed., 1991, pág. 366 y COMBARROS VILLANUEVA, V.E., *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas*, 1988, págs. 127 y 128. Desde una perspectiva distinta GONZÁLEZ POVEDA, V., “La subcapitalización: un problema nuevo del Impuesto sobre Sociedades”, ob. cit., pág. 85, alude a la posibilidad de evitar la aplicación de esta norma a través del pacto de un préstamo sin interés.

la reserva de revalorización, las demás reservas y los resultados de ejercicios anteriores, que sí que han de ser incluidos.³⁵

Es por tanto la distribución de beneficios de ejercicios anteriores y no la distribución de dividendos a cuenta de los beneficios del propio ejercicio la que afecta al capital fiscal. Nótese que el precepto no alude a la inclusión dentro del capital fiscal de las denominadas "plusvalías latentes". Apunta sin embargo PALAO TABOADA³⁶ la conveniencia de tener presentes las mismas afirmando al respecto que un tercero independiente las tendría en consideración a la hora de decidir el otorgamiento del préstamo. Ahora bien, la subcapitalización no toma como parámetro de referencia la financiación que hubiese podido obtener una sociedad en condiciones normales de mercado, sino por el contrario una proporción determinada de endeudamiento con relación al capital fiscal. No parece por tanto que las citadas plusvalías latentes hayan de ser consideradas como parte integrante del capital fiscal.

d) Tanto la cifra de capital fiscal como la de endeudamiento neto remunerado han de reducirse a su estado medio a lo largo del período impositivo. Resulta así aplicable al endeudamiento el mismo requisito que el fijado para el capital fiscal o fondos propios de la entidad prestataria residente. Opta así el legislador por el empleo de una regla fija abstracta aplicable a toda clase de entidades, superada la cual todo capital ajeno proporcionado a la sociedad será constitutivo de subcapitalización. En caso de variación de su cuantía a lo largo del ejercicio, deberán ponderarse en función del número de días del año que cada cuantía haya tenido vigencia.

Se ha de precisar no obstante que este valor medio no debe entenderse como la media aritmética de los capitales fiscales inicial y final de ejercicio considerados de forma estática, dado que sus partidas integrantes pueden variar, incluido el resultado del ejercicio. Así lo reconoce la Dirección General de Tributos (DGT) en contestación a Consulta de 5-5-1994, en la que se destaca además que para el cálculo del endeudamiento debe computarse la deuda contraída con la vinculada no residente, con independencia de cual sea la fuente de financiación de ese crédito para la no residente.

La interpretación del estado medio del endeudamiento a lo largo del período impositivo de la entidad residente ha de ser entendido como equivalente a la media ponderada, expresando precisamente dicha ponderación las sucesivas variaciones del endeudamiento neto remunerado a lo largo del período impositivo.

³⁵ Coincidimos con MORENO FERNÁNDEZ, J.L., *La tributación de las operaciones vinculadas*, ob. cit., pág. 118 en que esta configuración del capital fiscal como importe de los fondos propios de la entidad sin incluir el resultado del ejercicio mejora el concepto que existía con anterioridad en el art. 164.1 del RIS de 1982, en virtud del cual los capitales propios se determinaban por la diferencia entre el capital social escriturado (o, en su caso, las aportaciones al patrimonio social, la prima de emisión de acciones, las reservas constituidas con cargo a resultados, las cuentas de actualización, las plusvalías contabilizadas por revalorizaciones, las provisiones, los remanentes de ejercicios anteriores y los beneficios de ejercicio) y las pérdidas de ejercicios anteriores, las del propio ejercicio y las acciones y participaciones sociales en la parte pendiente de desembolso.

³⁶ PALAO TABOADA, C., "La subcapitalización y los Convenios de doble imposición", en *Revista de Estudios Financieros*, núms. 137-138, pág. 79. Véase en esta misma línea el trabajo de REY, R. y COLLADO, A., "Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado", en *Impuestos*, 1993, (I), pág. 84.

En cualquier caso, la determinación de una medida abstracta de la situación de subcapitalización a efectos tributarios plantea una cierta complejidad. Dado que la misma ha de ser fijada de un modo uniforme para todo tipo de entidades y teniendo en cuenta los diferentes criterios seguidos en esta materia por los distintos sectores económicos, su determinación puede llegar a originar un cierto riesgo de arbitrariedad. A nuestro juicio sin embargo, la seguridad jurídica ofrecida por esta medida es notablemente superior a la que pueda resultar de la determinación individualizada de cada situación de subcapitalización, lo que determina una menor litigiosidad y, en definitiva, una menor conflictividad.³⁷

e) El endeudamiento neto remunerado medio debe ser superior al triple del capital fiscal medio. Si el cociente resultante de dividir el endeudamiento neto remunerado medio entre el capital fiscal medio es superior a 3, existirá subcapitalización y los intereses devengados que correspondan al exceso deben tratarse como dividendos del prestamista. Por el contrario, si dicho cociente resultase igual o inferior a 3, no se producirá la referida subcapitalización.³⁸

Obsérvese que la norma no señala expresamente si la compensación ha de realizarse de manera individual o conjunta. La antigua Ley 61/1978, en su art. 16. 9º, disponía que la subcapitalización había de medirse respecto de cada sujeto no residente vinculado individualmente considerado en función de la relación del capital fiscal con el endeudamiento mantenido con cada uno de ellos. Ello permitía en la práctica a los grupos de sociedades evitar la aplicación de la norma descomponiendo el préstamo. En efecto, siendo el mismo concedido por varias entidades vinculadas no residentes sin que respecto de ninguna de ellas el endeudamiento superase en dos veces la cifra del capital fiscal, se producía la circunstancia de que, si bien el endeudamiento total de la sociedad filial superaba en varias veces el coeficiente previsto, no resultaban aplicables las consecuencias de la subcapitalización.³⁹

A priori, podría considerarse que la relación jurídica que constituye el presupuesto para la aplicación del art. 20 del nuevo Texto Refundido existe con una entidad no resi-

³⁷ En efecto, piénsese que si bien esta segunda permitiría tomar en consideración las diferentes condiciones de entidades y sectores económicos así como, lógicamente, una mejor valoración de cada caso, también podría llegar a provocar a los sujetos pasivos una importante inseguridad en relación con su constatación a efectos tributarios. Aún así, MORENO FERNÁNDEZ, J.L., *La tributación de las operaciones vinculadas*, ob. cit., pág. 118 defiende la conveniencia de adecuar la aplicación de la regla de subcapitalización al caso concreto, señalando que "de este modo se ajustarían los efectos de la norma a cada caso particular, evitándose así la aplicación de una norma que supone la existencia de una presunción genérica de fraude y además 'iuris el de iure', para sólo desplegar sus efectos cuando verdaderamente haya motivos fundados para apreciar la existencia de una evasión de rendimientos". Véase igualmente en este sentido CALDERÓN CARRERO, J. M., "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario", ob. cit., pág. 56.

³⁸ La fijación de este coeficiente tuvo lugar como consecuencia de una enmienda transaccional presentada por el Grupo Parlamentario Catalán Convergencia i Unió (Enmienda núm. 108) entre el coeficiente dos señalado en el Proyecto y el coeficiente cuatro propuesto en una enmienda al art. 20.

³⁹ Esta circunstancia es puesta de manifiesto por PALAO TABOADA, C., "La subcapitalización y los Convenios de doble imposición", ob. cit., pág. 82.

dente o, en determinados casos, con cada una de las entidades no residentes vinculadas con la entidad prestataria. Esta perspectiva permitiría computar el endeudamiento neto remunerado de modo individualizado, tomando en consideración cada relación deudor-acreedor que exista entre entidades vinculadas en los términos dispuestos por la norma.

Sin embargo, en tanto en cuanto el precepto se refiere expresamente al “*endeudamiento con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español*”, parece más razonable entender que dicho endeudamiento debe computarse de modo global o total, referido a todas las personas y entidades no residentes vinculadas. Coincidimos en este sentido con lo manifestado por SANZ GADEA⁴⁰, para quien “*la norma de subcapitalización se fundamenta en la existencia de una composición de la financiación referida a la entidad como un todo y no a la particular composición de la financiación frente a las entidades no residentes vinculadas*”. Piénsese además que la referida práctica elusoria que se producía al amparo de la legislación anterior no resultaría actualmente posible

¿Qué sucede con la imputación del exceso sobre el endeudamiento tolerado a cada uno de los sujetos vinculados en el caso de que sean varios los prestamistas? De una parte, podría pensarse en la posibilidad de aplicar la norma exclusivamente a los últimos préstamos concedidos que hubiesen dado lugar al exceso de endeudamiento por encima del máximo tolerado por la Ley, argumentándose al respecto que quienes otorgaron tales préstamos podrían conocer esta circunstancia, a diferencia de lo que sucedería con los préstamos concedidos con anterioridad. En relación con estos últimos, la subcapitalización sería de carácter sobrevenido y no imputable. O bien puede imputarse a cada sujeto pasivo la parte del exceso proporcional al préstamo otorgado por cada uno de ellos con relación al endeudamiento total. Si bien la Ley nada prevé al respecto, es esta segunda posibilidad la que, a nuestro juicio, parece más acorde con el espíritu y la finalidad de la norma reguladora de la subcapitalización.

Ciertamente, cabe considerar que esta comparación del endeudamiento de la entidad prestataria con un coeficiente fijo que, aún siendo el ratio 3:1, podría haber sido cualquier otro, resulta un tanto arbitraria, máxime si se tiene en cuenta que el art. 20 de la LIS se limita a considerar los efectos tributarios de ciertas operaciones financieras cuando éstas se efectúan por parte de entidades residentes en España con entidades no residentes. Parecen así preocuparle al legislador las operaciones a las que puede resultar de aplicación el art. 20 de la LIS exclusivamente cuando dichas operaciones se traducen en un menoscabo de bases imponibles españolas a los efectos del IS.⁴¹

⁴⁰ SANZ GADEA, E., “La subcapitalización”, ob.cit., pág. 13.

⁴¹ LETE ACHIRICA, C., “La subcapitalización societaria a efectos fiscales”, ob. cit., pág. 273 se refiere igualmente a esta circunstancia señalando que, por el contrario, “*si las operaciones tienen lugar entre entidades residentes, el legislador asume que no se produce ningún desplazamiento de bases, puesto que al mayor gasto que corresponda a la entidad prestataria le correspondería un mayor ingreso en beneficio de la entidad prestamista y ambos, ingreso y gasto, permanecen dentro de la jurisdicción tributaria española*”.

3. Consecuencias derivadas de la aplicación de la regla de subcapitalización

Los efectos derivados de la aplicación de la norma fiscal de subcapitalización pueden contemplarse desde diversas perspectivas.

Para la entidad residente, los intereses devengados derivados del exceso de endeudamiento neto remunerado adquieren la consideración de dividendos y no de gastos deducibles. Se trata de un efecto primario que tiene lugar en todo caso, produciéndose el correspondiente ajuste positivo sobre el resultado contable por el importe de los intereses que correspondan al exceso constatado, el cual acrecerá la base imponible⁴².

¿Cuál es la verdadera naturaleza de este efecto jurídico? A juicio de ESEVERRI MARTÍNEZ⁴³, lo que contiene el art. 20 es una presunción implícita en la que, partiendo de un hecho base (que se aprecien operaciones de endeudamiento entre sociedades vinculadas, una filial en España y otra matriz en el extranjero) se presume un hecho consecuencia (la posibilidad de que esas operaciones no se correspondan con la realidad y pretendan disminuir el beneficio social declarable a los efectos del impuesto). En palabras de este autor; *“la Ley crea la ficción de que los intereses satisfechos que excedan del triple del capital fiscal de la entidad filial son dividendos que no minoran la base imponible y no son intereses computables como gastos financieros”*.

Desde una perspectiva distinta, LETE ACHIRICA⁴⁴ sostiene que el art. 20 del actual Texto Refundido regulador del IS constituye una ficción jurídica, al tratarse de un precepto que sustituye un hecho efectivamente realizado (el pago de intereses devengados en virtud de un contrato de préstamo) por otro hecho no realizado formalmente pero cuya realización se atribuye imperativamente a las partes contratantes (la distribución de dividendos). Subraya este autor que *“desde el punto de vista de la naturaleza jurídica del precepto no nos encontramos ante una presunción, puesto que dicho precepto no admite ningún margen de contradicción por parte de las entidades contratantes, sino que se limita a fijar unos efectos jurídicos que serán consecuencia directa de una recalificación jurídica de la operación ya realizada”*.

En nuestra opinión, lo que el RDL 4/2004 establece es una *fictio legis* de que lo entregado no constituye interés sino un dividendo pagado a la sociedad no residente vinculada, la cual va acompañada además de una presunción iuris et de iure con la que se pretende enervar la actividad probatoria de la Inspección que, en este caso, precisaría de la constatación de que lo contabilizado como gasto financiero no es tal, sino la retribución de una aportación patrimonial encubierta de la sociedad vinculada no residente.⁴⁵

⁴² En caso de que el interés pactado difiera del de mercado, la Administración puede además corregir dicho interés en la forma y condiciones establecidas por el art. 16 del RDL 4/2004.

⁴³ ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales y Derecho Tributario*, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1990, pág. 92.

⁴⁴ LETE ACHIRICA, C., “La subcapitalización societaria a efectos fiscales”, ob. cit., pág. 272.

⁴⁵ Esta consideración del contenido del art. 20 de la LIS como ficción que no admite prueba en contrario es asimismo defendida por CALDERÓN CARRERO, J. M., “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, ob. cit., pág. 22 y por VILLAR EZCURRA, M., “El tratamiento tributario de la subcapitalización en España frente a las exigencias de no discriminación del Derecho Comunitario”, en *Carta Tributaria*, nº 300, 1998, pág. 11.

¿Qué sucede en el caso de que la entidad forme parte de un grupo consolidado? Entendemos que en cualquier caso se ha de efectuar un ajuste extracontable positivo en la base imponible por el importe de los intereses que correspondan al exceso de endeudamiento. Ahora bien, si tratándose de un grupo de sociedades el endeudamiento fuese indirecto a través de otra sociedad del mismo, además del ajuste correspondiente, habrá de eliminarse el correlativo gasto e ingreso financiero contabilizado en ambas sociedades⁴⁶.

Por otra parte, la entidad prestataria habrá de practicar las correspondientes retenciones, esto es, las mismas que debería haber practicado con ocasión del pago de intereses, excepto si se trata de alguno de los supuestos exceptuados de retención. A este respecto, si la matriz prestamista es no residente en territorio nacional pero residente en algún país de la Unión Europea, no existirá para la filial prestataria residente en territorio nacional obligación de practicar retención alguna, al estar exentos en España los rendimientos obtenidos por la matriz.

Para las personas o entidades no residentes, el exceso de intereses es igualmente objeto de recalificación, debiendo ser considerados como dividendos. Téngase presente que los intereses que han de tomarse en consideración son los devengados y no sólo los satisfechos. Esta recalificación de los intereses en dividendos constituye además una norma de valoración que no admite prueba en contrario.

La tributación de la no residente por los dividendos obtenidos en España se producirá con arreglo a las normas propias de esta categoría de contribuyentes. Y por lo que se refiere a la admisión para esta entidad, en su caso, de la deducción por dividendos, habrá que estar a la normativa interna del país de residencia de esa sociedad así como a la existencia o no de CDI con normas de subcapitalización y tratamiento recíproco en materia de deducción de dividendos.

Quedan sin embargo exceptuadas de la aplicación de la norma fiscal sobre subcapitalización las entidades financieras. Esta exclusión de las entidades financieras complementa el régimen de la subcapitalización regulado en el art. 20 de la LIS y determina que en todos aquellos casos en los que una entidad financiera española se halle endeudada con su matriz extranjera no se aplicará esta institución, siendo los intereses correspondientes al endeudamiento de la entidad deducibles de la base imponible de la entidad financiera residente.

En relación con estos efectos derivados de la aplicación de la norma de subcapitalización, queremos referirnos siquiera brevemente a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002 (asunto *Lankhorst-Hohorst GmbH*), en la que se declaró que la norma de subcapitalización alemana, regulada en el art. 8 bis apartado 1 punto 2 de la Ley del Impuesto de Sociedades (*Körperschaftsteuergesetz*) resulta contraria a la libertad de establecimiento reconocida con carácter general por el art. 43 del Tratado de la Comunidad Europea.

⁴⁶ Véase en este sentido la Consulta de la DGT de 24-3-1993.

En la citada Sentencia se declara contraria a la libertad de establecimiento una cláusula que atribuye a los intereses pagados a un socio que no tenga derecho a la deducción por dividendos la consideración de dividendos a efectos fiscales. Considera el Tribunal, al enjuiciar la diferencia de trato existente en el Derecho tributario alemán para aquellos contratos de préstamo celebrados en otros Estados miembros, que el hecho de que la diferenciación se realice en función del domicilio de la sociedad matriz constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento, siendo por tanto contrario al art. 43 del Tratado CE.

En efecto, a juicio del Tribunal, *“la disposición fiscal controvertida en el litigio principal hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de sociedades domiciliadas en otros Estados miembro, los cuales en consecuencia podrían renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el Estado miembro que adopte dicha disposición”*.

Obsérvese que el Tribunal no admite el riesgo de la evasión fiscal como justificación de la norma de subcapitalización y como eventual obstáculo a la libertad de establecimiento, a pesar de que en el ordenamiento alemán se admite la prueba en contrario por parte de la entidad prestataria. Se afirma que la norma alemana de subcapitalización no tiene por objeto excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objeto sea eludir el peso de la obligación fiscal, sino que por el contrario, contempla en general cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, sea cual fuere el motivo, su domicilio fuera del Estado alemán. En palabras del Tribunal, *“esta situación no implica, en sí, un riesgo de evasión fiscal, ya que la sociedad en cuestión estará sujeta, de todos modos, a la legislación fiscal del Estado de establecimiento”*.

¿Qué consideraciones cabe realizar a la luz de la proyección de esta doctrina del TJCE sobre nuestra normativa interna? Como es sabido, el art. 20 del RDL se aplica exclusivamente a aquellas situaciones de endeudamiento entre entidades residentes en territorio español y entidades no residentes con las que aquéllas se encuentren vinculadas.

Tal y como ha señalado CLAVIJO FERNÁNDEZ⁴⁷, existen ciertas diferencias entre la normativa alemana y la española. En efecto, el art. 20 del RDL sólo es aplicable cuando exista vinculación entre la entidad española y la que concede el préstamo o crédito, sin que sea necesario que posea una participación significativa en la entidad española, a diferencia de lo que exige la norma alemana para aplicar la subcapitalización.

Por otra parte, la norma alemana permite como se ha indicado la prueba en contrario, mientras que la norma española se limita a admitir la presentación por parte de las entidades españolas de propuestas previas para la aplicación de un coeficiente distinto al establecido por el art. 16.1 del nuevo Texto Refundido. Unas propuestas previas que podrán ser aceptadas o rechazadas por la Administración tributaria. Como bien señala CALDERÓN CARRERO⁴⁸, no existe un verdadero principio de contradicción por parte del sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.

⁴⁷ CLAVIJO FERNÁNDEZ, F., en AA.VV. *Curso de Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 332.

⁴⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, ob. cit., pág. 22.

A nuestro juicio no cabría argumentar que la norma interna española en materia de subcapitalización vulnera la libertad de establecimiento. En este sentido, valoramos positivamente la modificación operada por la Ley 62/2003, en aras de permitir la deducción de los intereses pagados por las entidades españolas procedentes de contratos de préstamo concertados con entidades vinculadas que residan en otros países comunitarios. Téngase presente que, a tenor de la doctrina establecida por el TJCE, ningún Estado comunitario puede establecer restricción alguna a las libertades fundamentales justificada en base a criterios tributarios.

Estimamos conveniente una modificación del art. 20 del RDL 4/2004 que admita con carácter general la prueba en contrario y arbitre un sistema de presunción *iuris tantum* en lugar de la actual ficción legal existente.

4. La proyección de los convenios de doble imposición en las normas sobre subcapitalización

Dado que la subcapitalización constituye un problema que tiene lugar en el ámbito internacional, ha de tenerse presente la incidencia que los convenios de doble imposición pueden llegar a plantear en la aplicabilidad de las normas internas sobre subcapitalización.

Desde el punto de vista de la fiscalidad internacional, los intereses por la utilización de capitales ajenos obtenidos por un no residente suelen disfrutar con carácter general de un tratamiento más favorable con respecto a los dividendos. En efecto, la gran mayoría de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDIs) autorizan al Estado de la fuente a establecer gravámenes por obligación real o bien atribuyen al Estado de residencia, lo que determina la exención en el Estado de la fuente. Cabe además la posibilidad de que los Estados unilateralmente no graven por obligación real de contribuir los intereses obtenidos por no residentes.⁴⁹

Así las cosas, mientras los intereses no sufren doble imposición económica, los dividendos en cambio son susceptibles de sufrirla, puesto que el beneficio del que proceden se grava tanto en sede de la sociedad pagadora como del socio. Téngase presente que los CDIs autorizan al Estado de la fuente gravámenes superiores con respecto a los intereses. Y a diferencia de lo que sucede con estos últimos, los Estados no suelen renunciar unilateralmente al gravamen por obligación real de los dividendos.

Los intereses apenas sufren doble imposición jurídica, a tenor de la operatividad de los CDIs o de la propia legislación del Estado de la fuente, que renuncia a gravarlos. Por el contrario, en materia de dividendos se produce normalmente doble imposición jurídica internacional. Los convenios eliminan la doble imposición internacional a través del método de imputación ordinaria, siendo así el Estado de residencia el que autoriza al contribuyente a

⁴⁹ En este sentido, el art. 14.1.c) del RDL 5/2004 que aprueba el Texto Refundido regulador de la LIRNR declara exentos de la obligación real de contribuir los intereses obtenidos sin mediación de establecimiento permanente en España por residentes en Estados miembros de la Unión Europea.

practicar una deducción por el montante del impuesto satisfecho en el Estado de la fuente. Sin embargo este método no garantiza la eliminación de la doble imposición jurídica.⁵⁰

Ciertamente, la eliminación de la doble imposición económica no constituye, en principio, una materia que sea objeto de tratamiento en los convenios que siguen el Modelo OCDE. No obstante, las legislaciones de los distintos Estados han desarrollado métodos para eliminar la doble imposición jurídica y económica internacional en materia de dividendos, siendo el método más utilizado el de la exención, que evita que se produzca doble imposición jurídica y económica internacional⁵¹.

Así, en el ámbito comunitario la Directiva 90/435/CEE de 23 de julio, relativa al régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales, elimina tanto la doble imposición jurídica como económica en los dividendos pagados entre matrices y filiales residentes en la Unión Europea. La doble imposición jurídica se evita atribuyendo al Estado de residencia la competencia exclusiva para gravar las distribuciones de beneficios, eliminando correlativamente el Estado de residencia del perceptor la doble imposición económica a través de un método de imputación o exención.

Se contribuye así a equiparar la carga tributaria final soportada por una operación de financiación, ya se articule a través de un préstamo o mediante una aportación de capital. Obsérvese por tanto que no siempre la financiación a través de préstamos obtiene un mejor tratamiento fiscal que la financiación mediante recursos propios. Nos encontramos ante una cuestión que requiere un análisis específico en cada caso concreto a la luz de las legislaciones estatales y de los convenios para evitar la doble imposición implicados.

Desde el punto de vista de la sociedad que recibe la financiación, la realización de ésta a través de préstamos remunerados contribuye a minorar su base imponible por tener el interés la consideración de gasto deducible. No sucede lo mismo sin embargo cuando lo que se retribuye son fondos propios. Tal y como señala PISTONE⁵², *“el distinto tratamiento tributario que reciben dividendos e intereses constituye un elemento importante a la hora de decidir como se financia una sociedad, precisamente por la deducibilidad del interés”*. Lo mismo cabe afirmar desde el punto de vista de la carga tributaria que sufre el preceptor de la retribución. Pues bien, desenvolviéndose la operación en el ámbito internacional, salvo que el perceptor pueda acogerse a alguno de los regímenes especiales en materia de participaciones empresariales, la retribución de la financiación sufre una carga tributaria inferior cuando se trata de un préstamo.

⁵⁰ En efecto, el método de imputación ordinaria no elimina completamente la doble imposición, puesto que la deducción del impuesto pagado en la fuente tiene como máximo el importe del impuesto que se hubiera pagado en el Estado de residencia de haber obtenido aquí los rendimientos. Si este último resulta inferior la deducción se reduce en igual cuantía. Véase a este respecto VOGEL, K., *On Double Tax Conventions*, Kluwer; Londres, 1997, págs. 1221 y ss y CALDERÓN CARRERO, J. M., *La doble imposición internacional en los convenios de doble imposición y en la Unión Europea*, Aranzadi, 1997, págs. 108 y ss.

⁵¹ Este es por ejemplo el régimen establecido por el art. 21 del RDL 4/2004, en virtud del cual los dividendos procedentes de participaciones superiores al 5% en sociedades no residentes se encuentran exentos de tributación en España siempre y cuando se cumplan el conjunto de requisitos establecidos en dicho precepto.

⁵² PISTONE, A., *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati*, Cedam, Padova, 1994, pág. 299.

En términos generales se estima que una sociedad se encuentra subcapitalizada cuando su estructura financiera revela una evidente desproporción entre la cifra resultante de computar los recursos propios y aquella otra que resulte de las distintas partidas que integran los recursos ajenos. En el ámbito tributario, este endeudamiento excesivo plantea problemas cuando quienes financian a la sociedad son sujetos con los que se encuentra vinculados, pudiendo sus resultados suponer un perjuicio recaudatorio para el Estado del prestamista, especialmente cuando los sujetos vinculados son no residentes, así como una quiebra de los principios que informan la tributación internacional y, particularmente, los que consagra el Modelo de Convenio de la OCDE.

De conformidad con el llamado principio de independencia o *arms length*, entendido como criterio para garantizar la correcta distribución de poder tributario entre los Estados, los sujetos deben operar en sus transacciones como sujetos independientes, incluso cuando dichas transacciones se produzcan entre sujetos vinculados.

Ha de reconocerse que la existencia de vinculación entre las partes intervinientes en una transacción puede originar la duda acerca de si el valor de la misma se ajusta con el que aquellas hubieran acordado de haberse realizado esa misma transacción entre partes independientes. Esta es la razón por la que el art. 9 del Modelo de Convenio OCDE autoriza a los Estados parte de un Convenio a realizar ajustes en las transacciones entre sujetos vinculados, cuando no respeten el citado principio de independencia.

Como es sabido, el art. 9 de este Modelo de Convenio se refiere a las empresas asociadas o vinculadas, permitiendo a los Estados contratantes someter a imposición el beneficio que las citadas empresas hubiesen obtenido en condiciones independientes⁵³. De conformidad con lo dispuesto en los comentarios a este art. 9 de la OCDE derivados del último Informe de la OCDE sobre subcapitalización⁵⁴, el art. 9 no impide la aplicación de las normas nacionales sobre la subcapitalización en tanto en cuanto su efecto no sea otro que el de equiparar los beneficios del prestatario al importe que correspondería a los beneficios que hubiera obtenido en situación de independencia.

⁵³ Dispone este art. 9 del Modelo de Convenio fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio que *"1. Cuando una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia."*

2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado –y someta en consecuencia a imposición– los beneficios sobre los cuales una empresa del otro Estado contratante ha sido sometida a imposición en ese otro Estado, y los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen acordado entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario".

⁵⁴ Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE "La sous-capitalisation", París, 1987.

El principal problema se plantea cuando la recalificación de los intereses a consecuencia de aplicar la normativa interna de cada país sobre subcapitalización conduce a la imputación a la entidad de un beneficio superior al que habría obtenido en condiciones normales de mercado. Téngase presente que la aplicación de las normas anti-subcapitalización no debe dar lugar en ningún caso al incremento de los beneficios fiscales de la empresa nacional hasta una cuantía superior al beneficio en situación de independencia.

El principio *arms lenght* avala la realización de estos ajustes, puesto que en definitiva tienden a asegurar la recta asignación del beneficio al territorio de cada una de las partes intervinientes de la transacción, estableciendo como criterio rector el precio que pactarían dos partes independientes. Este principio de independencia constituye el presupuesto y el límite de los referidos ajustes. Puesto que la base imponible de la sociedad debe ser el fiel reflejo del beneficio obtenido en una situación de independencia, toda eventual corrección sólo estará justificada en la medida en que ajuste el beneficio de la sociedad a ese principio. Cualquier ajuste por encima del beneficio obtenido en una situación de independencia no resultará admisible en el ámbito de los convenios que siguen el Modelo OCDE.⁵⁵

¿Cuál es entonces la finalidad del art. 9 del Modelo OCDE? Sencillamente, garantizar que cada Estado pueda sujetar a tributación los beneficios obtenidos realmente en su territorio. En efecto, para evitar que este beneficio pueda alterarse cuando las transacciones se realizan entre sujetos vinculados, se permite la posibilidad de adecuar el resultado reflejado en la contabilidad a la expresión de la capacidad económica del sujeto conectada con el territorio del Estado en el que se encuentra sujeto a gravamen.

En consecuencia, a diferencia de lo que sucede con otras normas del Modelo OCDE, el art. 9 no constituye una norma de distribución de poder tributario sobre determinados componentes de renta, sino que lo que pretende es asegurar que el beneficio es gravado en aquel sujeto que lo obtiene realmente y adicionalmente en el Estado al que se atribuye el poder de someterlo a tributación.

Es en este marco en el que deben situarse las normas tributarias en materia de subcapitalización. No cualquier desproporción manifiesta entre recursos ajenos y propios es objeto de la norma tributaria sobre subcapitalización, sino únicamente aquella en la que el endeudamiento desproporcionado con sujetos con los que la entidad financiada se encuentra vinculada excede de su capacidad de crédito. Solamente en aquellos supuestos en los que se sobrepase la capacidad de crédito en una situación de independencia, actuará la norma de subcapitalización, articulando las correcciones oportunas con el fin de evitar que se produzca un desajuste en la recta asignación del beneficio a cada uno de los Estados en los que residan los sujetos que intervengan.

A la luz de las anteriores consideraciones, la principal cuestión que se ha de dilucidar es si las medidas adoptadas por los Estados en situaciones de infracapitalización tienen o no

⁵⁵ Es por ello por lo que señalan los Comentarios al art. 9 del Modelo (apartado primero) que “no será admisible la recalificación de la contabilidad de las empresas asociadas si sus transacciones se han producido en condiciones de libre mercado”.

cabida bajo el art. 9 del Modelo OCDE. Esta cuestión fue ya analizada en su momento por la OCDE en el Informe de su Comité de Asuntos Fiscales, cuyas conclusiones fueron introducidas en los Comentarios a la versión de 1992 del Modelo de Convenio.

Tal y como hemos señalado, el art. 9 del Modelo OCDE autoriza cualquier corrección de la base imponible de la sociedad siempre que tenga por finalidad ajustar el beneficio obtenido al que correspondería en una situación de independencia. En palabras de PICCIOTTO⁵⁶ *“el Modelo no impide la aplicación de las normas nacionales sobre subcapitalización en la medida en que tengan por objeto la asimilación de los beneficios del prestatario a la cuantía que hubiera realizado en condiciones normales de mercado”*.

Ante una situación de independencia, una vez agotada la capacidad de crédito de la sociedad, no es posible económicamente obtener financiación alguna que adopte la forma de préstamo. Cualquier instrumento adicional recibido por la sociedad y procedente de sujetos con los que ésta se encuentre vinculada no podrá recibir el tratamiento previsto para las operaciones de préstamo, puesto que en tal situación de independencia dicha operación no hubiera resultado posible. Una vez superada la referida capacidad de crédito, cualquier recurso puesto a disposición de la sociedad sólo tendría sentido en una situación de independencia si se hubiera efectuado en concepto de aportación de capital.

El Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE al que nos venimos refiriendo alude a dos métodos para determinar la subcapitalización: el método subjetivo y el objetivo.

El método subjetivo consiste en determinar si la sociedad disponía en el momento de la concesión del préstamo de la posibilidad de obtener de un tercero idénticos recursos a los aportados con el prestamista con el que se encuentra vinculado⁵⁷. La carga de la prueba en este método corresponde a la Administración tributaria, que habrá de constatar si la sociedad hubiera obtenido igualmente de un sujeto independiente los mismos recursos aportados en concepto de préstamo por el sujeto vinculado.

Por lo que respecta al método objetivo, utilizado por la mayoría de los Estados, su articulación se produce en base a unos criterios distintos. Es la norma tributaria la que establece un coeficiente máximo de endeudamiento por comparación con el capital fiscal de la sociedad, presumiéndose que una vez superado el coeficiente de endeudamiento establecido la sociedad queda subcapitalizada, y aplicándose sobre el exceso las consecuencias jurídicas de la norma.

⁵⁶ PICCIOTTO, S., *Internacional Business Taxation*, Quórum Books, Nueva Cork, 1992, pág. 27.

⁵⁷ VEGA BORREGO, F.A., “La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario”, en *Crónica Tributaria*, n° 104, 2002, pág. 105, considera que aquellos supuestos en los que, a pesar de no existir una desproporción manifiesta entre los recursos propios y los ajenos, la capacidad de crédito se ha agotado, también deberían tratarse como supuestos de infracapitalización bajo este método. Matiza no obstante este autor que *“es improbable que la Administración entre a valorar si existe infracapitalización, porque materialmente no existe indicio alguno de este fenómeno”*.

Siguiendo el criterio establecido por el Informe de la OCDE, este método sólo será compatible con el art. 9 del Modelo de Convenio si la sociedad, pese a superar el coeficiente legal de endeudamiento, es capaz de evitar las consecuencias de la norma en materia de subcapitalización probando que su endeudamiento se ajusta al principio de independencia⁵⁸. Cabe reconocer no obstante que la articulación de esta prueba tiende a materializarse en términos análogos al método subjetivo, puesto que en definitiva el contribuyente debe probar que su endeudamiento con sujetos vinculados, pese a exceder el límite legal, es conforme al principio de independencia.

Como es sabido, el legislador español optó por el método objetivo, estableciendo además un coeficiente único sin perjuicio de que cada contribuyente pueda solicitar a la Administración tributaria la aplicación de un coeficiente distinto fundamentado en las posibilidades del propio sujeto pasivo de acceso al crédito en condiciones normales de mercado entre partes independientes, esto es, con personas o entidades no vinculadas, tal y como permite el apartado 3º del art. 20 del RDL 4/2004.

Recuérdese que el art. 20 del RDL no permite prueba en contrario. Significa ello que las consecuencias jurídicas previstas en este precepto no dejan de ser aplicadas cuando el sujeto afectado prueba que su situación patrimonial, a pesar de superar el coeficiente 3, responde a las circunstancias del mercado. Desde nuestro punto de vista, ello determina que la normativa española incumpla las exigencias del art. 9 del Modelo OCDE, puesto que tal y como establecen los Comentarios a este artículo, *“la aplicación de las normas de subcapitalización no debe conducir a aumentar los beneficios imposables de la empresa nacional considerada más allá de la cuantía correspondiente a los beneficios de libre mercado”*. Al no permitirse la prueba en contrario, la normativa española no está garantizando que los ajustes respeten el principio de independencia.

No creemos que la posibilidad de que el sujeto afectado pueda solicitar a la Administración la aplicación de un coeficiente distinto fijado si resulta aprobado por la Administración con anterioridad a la realización de las operaciones de endeudamiento modifique la anterior consideración. Téngase presente que en aquellos casos en los que la aplicación de dicho coeficiente distinto no resulte aceptada, no existe posibilidad alguna de evitar la aplicación de la norma sobre subcapitalización, aunque la situación patrimonial se ajuste al principio de independencia.⁵⁹

Tan sólo si se considera que el art. 20.3 del nuevo Texto Refundido establece un procedimiento para articular prueba en contrario en el que la fijación de un nuevo coeficiente pudiese tener lugar no solo *ex ante* sino también *ex post*, cabría interpretar la norma de

⁵⁸ Tal y como afirma PILTZ, D., “Aspectos internacionales de la subcapitalización”, en *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXXIb, Kluwer, 1996, pág. 231, *“la inversión de la carga de la prueba consiste en demostrar que en una situación de independencia podría haber obtenido el mismo volumen de fondos ajenos”*.

⁵⁹ Es más, aún cuando un coeficiente mayor sea aplicable, puede suceder que, aunque se supere, se siga respetando el principio de independencia. Obsérvese por tanto que no se garantiza plenamente el principio de independencia, concretado siempre en la posibilidad de evitar la norma de subcapitalización probando que el endeudamiento se ajusta a dicho principio.

conformidad con el art. 9 del Modelo OCDE. No obstante, la posibilidad de admitir que el art. 20.3 del RDL establece un procedimiento para la determinación de un coeficiente *ex post* es discutible, puesto que el citado precepto se remite al art. 16.6 del Texto Refundido que regula como es sabido los acuerdos en materia de precios de transferencia entre la Administración y el contribuyente, debiendo tener lugar la propuesta de valoración con carácter previo a la realización de las operaciones. A la luz de lo dispuesto en este precepto, no parece que pueda sostenerse la aplicación de un coeficiente distinto al legalmente previsto a operaciones ya realizadas.⁶⁰

Al margen del método empleado al efecto, una vez determinado el endeudamiento excesivo debe analizarse como opera el ajuste. Tal y como hemos venido manifestando, los intereses devengados por el exceso no minoran la base imponible de la sociedad, articulándose el ajuste mediante la calificación como dividendos de los intereses devengados por el exceso, lo que implícitamente determina la calificación como capital del endeudamiento excesivo.

¿Permite el art. 9 del Modelo de Convenio la recalificación como capital del endeudamiento excesivo? A tenor de lo dispuesto en los Comentarios al Modelo, la respuesta debe ser afirmativa. Señalan los Comentarios que el art. 9 afecta también a la cuestión de si lo que se presenta como un préstamo puede ser considerado como tal, o si debe estimarse como una entrega de fondos de otro tipo, en particular como una aportación de capital⁶¹. No obstante, el ajuste que se materialice en la base imponible requerirá calificar previamente como capital el endeudamiento excesivo. Puesto que el ajuste positivo resulta de la calificación como dividendos de los intereses devengados, y en tanto en cuanto esta recalificación presupone la calificación como capital del endeudamiento, una vez agotada la capacidad de crédito, cualquier aportación que reciba la sociedad sólo será resultará si es en forma de capital.

La norma interna española no sólo incide sobre la base imponible de la sociedad prestataria, sino también sobre la tributación en la obligación real de contribuir del rendimiento percibido por el prestamista. ¿Qué consecuencias plantea la norma de subcapitalización sobre el perceptor del rendimiento? ¿Puede el Estado de la fuente gravar los intereses devengados por el exceso del endeudamiento como dividendos? ¿En caso afirmativo, ¿tiene el Estado de residencia la obligación de aceptar esta calificación?

El Modelo OCDE se refiere en sus arts. 10 y 11 al régimen tributario de los dividendos e intereses. Tanto el Estado de la fuente como el Estado de residencia pueden someter a tributación esos rendimientos. En relación con el primero, el Modelo contempla un límite de imposición calculado por la aplicación de un porcentaje sobre el montante bruto del ren-

⁶⁰ En este sentido se pronuncia VEGA BORREGO, F.A., "La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario", *ob. cit.*, pág. 106.

⁶¹ Se establece en los Comentarios a este respecto que "cuando un préstamo o cualquier otra aportación a la sociedad no constituya capital en el estricto sentido de la legislación de sociedades, pero en base al derecho o a los usos internos (subcapitalización, asimilación de un préstamo al capital social) la renta que proceda de los mismos se considere como dividendo por el art. 1, el valor de ese préstamo o de esta aportación debe considerarse también como capital".

dimiento. Por su parte, el segundo tiene la obligación de eliminar la doble imposición internacional utilizando el método de imputación ordinaria previsto en el art. 23 del Modelo.

Define el Modelo OCDE los dividendos en su art. 10 como *“los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como los rendimientos de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que hace la distribución sea residente”*. En cuanto a los intereses, adquieren esta consideración, a tenor de lo dispuesto por el art. 11 *“los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular los rendimientos de valores públicos y los rendimientos de bonos y obligaciones, incluidos las primas y lotes unidos a esos títulos”*.

Tomando como punto de partida ambas definiciones, cabría considerar en principio que los intereses recalificados como dividendos por la norma española no pueden ser tratados como tales al amparo de la definición prevista en el Modelo OCDE. En efecto, habiendo celebrado la sociedad y el sujeto vinculado un contrato de préstamo por el que el prestatario se obliga a pagar un interés y a devolver el principal una vez concluido el período de duración del contrato, parece claro que la sociedad está retribuyendo al sujeto por su condición de prestamista y no de partícipe.

No obstante, estimamos que la calificación de los rendimientos devengados por las distintas aportaciones en los supuestos de subcapitalización no debe limitarse a la aplicación de las definiciones contenidas en los arts. 10 y 11 del Modelo de Convenio. En tanto en cuanto la norma en materia de subcapitalización devuelve la base imponible de la sociedad a la situación de independencia calificando como dividendo el interés devengado por la parte de endeudamiento que excede la capacidad de crédito de la sociedad, la operación presupondrá materialmente la calificación como aportación de capital. Por este motivo la norma recalifica también las aportaciones realizadas por los sujetos vinculados de acuerdo con su verdadera naturaleza.

Obsérvese por tanto que ante una situación de infracapitalización, la calificación de los pagos realizados por la sociedad parte de un problema previo de calificación jurídica de los recursos que esos pagos retribuyen, los cuales deberán considerarse como operación de préstamo o aportación de capital. Así las cosas, el modo de realizar el ajuste en la base imponible en materia de subcapitalización resuelve de una parte la cuestión relativa a la determinación del beneficio realmente obtenido por la sociedad, y de otra la referente a la calificación de las aportaciones realizadas por sujetos vinculados de acuerdo con su verdadera naturaleza.

En suma, no parece existir problema alguno para calificar como dividendo el interés devengado por la parte del endeudamiento calificado como capital. Materialmente constituyen retribuciones de fondos propios en el sentido del art. 10 del Modelo de Convenio OCDE. Para lograr coherencia entre las disposiciones del convenio ante una situación de infracapitalización consideramos que sólo debe acudir al dispuesto en los arts. 10 y 11 del Modelo OCDE una vez que hayan sido calificadas correctamente las aportaciones de las que procedan los rendimientos.

Habrà de ser el ajuste en la base imponible realizado de conformidad con lo dispuesto por el art. 9 del Modelo OCDE el que establezca cual es la naturaleza de cada aportaci3n, ya sea como capital o como préstamo. Una vez efectuada esta calificaci3n previa, los rendimientos de cada aportaci3n se calificarán de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10 y 11, tributando los intereses devengados por el endeudamiento excesivo como dividendos en el Estado de la fuente.

Por otra parte, parece lógico pensar que el Estado de residencia pueda mostrarse reticente a aceptar la calificaci3n como dividendo del interés en virtud de la norma del Estado de la fuente en materia de subcapitalizaci3n. Tal y como afirma VOGEL⁶², el Estado de residencia tiene en principio la obligaci3n de aceptar la calificaci3n del Estado de la fuente. Ahora bien, puesto que la calificaci3n como dividendo se deriva esencialmente de las correcciones realizadas en la base imponible de la sociedad pagadora con base a lo dispuesto en el art. 9 del Modelo, si bien el Estado de residencia no podrá discutir la calificaci3n como dividendo, sí que podrá en cambio plantearse el ajuste realizado conforme al art. 9.

Ciertamente, en caso de disconformidad con el ajuste realizado, tampoco se debe aceptar la calificaci3n como dividendo, puesto que lo primero es consecuencia de lo segundo. No obstante, el único motivo que puede justificar la negativa es que el ajuste no haya respetado el principio de independencia. Si materialmente este principio ha sido respetado, las medidas que se han de aplicar para eliminar la doble imposici3n jurídica y, en su caso, económica, serán inevitablemente las previstas para los dividendos.

Con carácter general, los Comentarios al Modelo OCDE distinguen a este respecto dos supuestos. En primer término, cuando los métodos para eliminar la doble imposici3n del Convenio establecen expresamente su aplicaci3n “a las rentas definidas como dividendos en el art. 10 o a los elementos de renta contemplados en el art. 10”. En este primer caso el Estado de residencia tendrá la obligaci3n de autorizar la aplicaci3n de estos métodos si el ajuste en la fuente ha respetado los parámetros establecidos en el art. 9 del Modelo de Convenio. De conformidad con el segundo supuesto, los métodos para eliminar la doble imposici3n previstos en el Convenio no se remiten a las categorías de rentas reguladas en el mismo, concretamente al artículo previsto que define el concepto de dividendos. Las normas en esta materia del Convenio se remiten al concepto de dividendos previsto en la legislaci3n interna del Estado de residencia, y no al previsto en el Convenio.

Cuando el Convenio se remite a la legislaci3n del Estado de residencia, el rendimiento se calificará en principio de acuerdo con la legislaci3n de este último Estado. El Estado de residencia habrá de aplicar el método para eliminar la doble imposici3n previsto en el Convenio de acuerdo con la calificaci3n del rendimiento que otorgue su ordenamiento. ¿Qué significa ello? Que solamente si su ordenamiento califica como dividendo el rendi-

⁶² VOGEL, K., *On Double Tax Conventions*, ob. cit., pág. 649. Subraya este autor que el art. 10 del Modelo remite a la legislaci3n del Estado de la fuente, por lo que la Ley del Estado de la fuente se convierte en Ley del Tratado, sin dejar margen alguno para que el Estado de residencia califique el rendimiento de manera distinta.

miento obtenido en la fuente el contribuyente podrá acogerse a las medidas previstas para eliminar la doble imposición en materia de dividendos.

Lo que los Comentarios pretenden sin embargo es que, bajo determinadas circunstancias, se produzca en este supuesto un tratamiento paralelo en ambos Estados, contemplando al efecto tres posibles circunstancias en las que el Estado de residencia debería admitir la calificación otorgada por el Estado de la fuente, a pesar de que no coincida con la de su legislación: cuando el Estado de la fuente hubiera tratado el interés como dividendo en virtud de lo dispuesto por el art. 9 del Modelo; cuando el Estado de residencia disponga de normas análogas en materia de subcapitalización y cuando el Estado de residencia considere adecuado tratar el interés como dividendo.

Considera SANZ GADEA⁶³ que el primer supuesto presenta un carácter obligatorio, en tanto en cuanto el art. 9.2 del Modelo de Convenio obliga al Estado de residencia a efectuar un “ajuste apropiado”. Respecto a los otros dos supuestos, afirma el autor que *“revis-ten cierta ambigüedad y, en definitiva, las acciones para evitar la doble imposición que pueda adoptar el Estado de residencia en consideración de los mismos no parece que deriven de la fuerza obligatoria del convenio, sino de prácticas de conducta leal en las relaciones fiscales”*.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que los métodos para eliminar la doble imposición se remitan al concepto de dividendos recogido en el Convenio no exonera del cumplimiento de las exigencias del art. 9, puesto que en definitiva la calificación como dividendo procede del ajuste realizado en la base imponible. En consecuencia, el Estado de residencia podrá negarse a su aplicación si estima que dicho ajuste en la fuente no respeta los parámetros del art. 9. Si el Convenio se remite a la legislación interna del Estado de residencia, tal y como señalan los Comentarios, estimamos que el ajuste podrá venir a través de la vía del art. 9.2 del Convenio.⁶⁴

En conclusión, si los ajustes realizados en la base imponible de la sociedad pagadora respetan el art. 9 del Modelo, el Estado de residencia tendrá la obligación de otorgar a los intereses recalificados la consideración de dividendos en virtud de una norma en materia de subcapitalización del Estado de la fuente.

Como es sabido, **la norma española sólo toma en consideración el endeudamiento con no residentes**. El art. 2.siete de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, confirió una nueva redacción al citado art. 20.3 de la LIS con efectos desde el 1-1-2002 permitiendo propuestas de coeficientes de subcapitalización distintas del establecido con carácter general cualquiera que fuese el país o territorio en el que residan las entidades con las que se hubieran establecido las relaciones financieras vinculadas, y exceptuando el supuesto de aquellos calificados reglamentariamente como paraísos fiscales. En base a esta modificación por tanto, cualquier sujeto pasi-

⁶³ SANZ GADEA, E., “La subcapitalización”, ob. cit., pág. 25.

⁶⁴ De este modo, la posibilidad de que el Estado de residencia acepte el ajuste se incrementará en la medida en que sus normas en materia de subcapitalización se asimilen al Estado de la fuente. Esta circunstancia contribuirá a la aceptación del ajuste, con independencia de que el único parámetro válido sea el principio de independencia.

vo podrá instar una propuesta de coeficiente distinto, y ello con independencia de que medie o no la aplicación de un convenio.

Tal y como se ha indicado, la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 2004 establece la no aplicación de las normas reguladoras de la subcapitalización cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo si residen en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Lógicamente, estas consideraciones resultan relevantes cuando el Estado de residencia del perceptor del rendimiento ha celebrado un convenio para evitar la doble imposición que introduce una disposición de carácter similar a la prevista en el art. 24 del Modelo OCDE. ¿Cómo cabe articular la compatibilidad entre las referidas normas internas y lo dispuesto a este respecto en los arts. 9 y 24 del Modelo de Convenio OCDE? ¿Es posible hablar de una vulneración del “principio de no discriminación” entre residentes y no residentes postulado por la OCDE al producirse una aplicación exclusiva de la norma de subcapitalización a las operaciones efectuadas por residentes con otras entidades no residentes?

El art. 24 del Modelo de Convenio (relativo a la no discriminación) dispone en su apartado cuatro que *“los intereses pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar”*.

Con carácter general, el apartado 4º de este precepto tiene por objeto eliminar una práctica frecuente en algunos Estados consistente en aceptar la deducción de determinadas partidas cuando el beneficiario resulta ser un residente, negándola cuando se trata de un no residente. El Modelo de Convenio sólo admite dicha negativa cuando la misma se justifique en razón de un ajuste realizado de conformidad con lo dispuesto por el art. 9 del Modelo. Resulta necesario por tanto para poder admitir la compatibilidad que el ajuste se realice sobre la base del principio de independencia.

Obsérvese que este apartado 4º del art. 24 del Modelo de Convenio no está negando en realidad la deducibilidad de interés alguno, sino que simplemente está sometiendo un rendimiento al régimen jurídico que le es propio a la luz de la naturaleza correspondiente a la aportación de la que procede. Su verdadera naturaleza se va a determinar utilizando como parámetro el principio de independencia.

A tenor de esta consideración, podría afirmarse que los ajustes realizados en virtud de lo dispuesto por el art. 9 del Modelo no articulan un tratamiento discriminatorio autorizado por el art. 24.4, sino que simplemente establecen una serie de reglas para determinar correctamente los beneficios de las sociedades vinculadas cuando sus transacciones no se ajustan al principio de independencia. Lo que este art. 24.4 prohíbe es que las normas

internas reguladoras de los ajustes que el art. 9 autoriza no sólo resulten aplicables cuando las operaciones se realizan con no residentes. Se pretende así que este tipo de normas internas resulten de aplicación tanto si se producen en el ámbito interno como en el ámbito internacional. Si únicamente inciden sobre los no residentes, aunque los ajustes respeten el principio de independencia, la norma interna resultará incompatible con esta parte del Convenio.⁶⁵

Cabe plantearse a este respecto la posibilidad de que baste con que el ajuste realizado por la norma en materia de subcapitalización respete el principio de independencia para que la norma interna resulte admisible, sin que sea necesario además tomar en consideración el endeudamiento con residentes. A nuestro juicio, una interpretación sistemática del art. 24.4 demanda la exigencia de los dos requisitos, conformidad con el principio de no independencia y aplicación tanto a residentes como a no residentes. En consecuencia, para que la norma interna en esta materia sea compatible con los términos del art. 24.4 debe aplicarse a los residentes, además de ajustarse al principio de independencia.⁶⁶

El propio art. 24.4 establece que lo dispuesto en el mismo no resultará de aplicación cuando entre las empresas existan condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, esto es, cuando deba aplicarse lo dispuesto por el párrafo 1º del art. 9 del Modelo de Convenio, al que nos hemos referido con anterioridad. La eventual aplicación del art. 24 cede en este caso ante otra disposición de carácter más específico, el art. 9.1, que permite corregir los beneficios de empresas asociadas o vinculadas, siendo de este modo aplicables las normas internas sobre subcapitalización.

Así las cosas, si el interés recibe un tratamiento de un dividendo como consecuencia de aplicar las disposiciones sobre la subcapitalización en relación con las normas sobre los intereses y los cánones, que permiten rectificar su importe cuando no sean los normales entre personas independientes y se trate de empresas vinculadas, no habrá vulneración del principio de no discriminación.

La Dirección General de Tributos (DGT) ha manifestado que el art. 24.4 no prohíbe en ningún caso al Estado español recalificar como dividendos los intereses en aplicación de lo dispuesto por el art. 20 del nuevo Texto Refundido⁶⁷, siempre que esta disposición resulte compatible con el art. 9.1 del Convenio. También el TEAR de Madrid tiene declarado en

⁶⁵ Tal y como señala VOGEL, K., *On Double Tax Conventions*, ob. cit., pág. 1326, "la norma en materia de subcapitalización debe respetar tanto el art. 9 del Modelo como aplicarse también a los sujetos residentes".

⁶⁶ Con carácter general, el trato discriminatorio que sufren los no residentes deriva indirectamente del régimen fiscal que soportan dividendos e intereses. Los no residentes se encuentran en una posición menos ventajosa a la hora de financiar una entidad porque los intereses satisfechos por el prestatario corren el riesgo de no ser deducibles en virtud de la norma en materia de subcapitalización, prefiriendo la sociedad endeudarse con sujetos residentes ante la evidencia de ese riesgo. Precisamente para eliminar este obstáculo, el Modelo exige igualdad de trato, lo que no se conseguiría si la norma se aplicase exclusivamente a no residentes.

⁶⁷ Esta medida estaba recogida con anterioridad en el art. 16.9 de la antigua Ley 61/1978 de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

Resolución de 22-7-1997 que la norma sobre subcapitalización es compatible con los convenios para evitar la doble imposición internacional.

A juicio de CALDERÓN CARRERO⁶⁸, la aplicación de la norma española anti-subcapitalización genera una discriminación injustificada por cuanto sólo afecta a las relaciones entre sociedades residentes con otras no residentes, pero no a aquellas relaciones que únicamente se dan entre entidades residentes. Señala este autor que *“habiendo optado el legislador español por aplicar esta normativa anti-subcapitalización únicamente allí donde el prestamista es no residente, ello puede implicar una diferencia de trato injustificada y, por tanto, antijurídica, ya que de una parte también puede producirse este fenómeno a nivel interno, y de otra parece carente de justificación que ésta opere en relación con los préstamos realizados por un establecimiento permanente ubicado en España perteneciente a una entidad no residente en favor de una sociedad residente en nuestro territorio”*.

En un sentido contrario, sostiene MORENO FERNÁNDEZ⁶⁹ que no se produce vulneración alguna del principio de no discriminación previsto por la OCDE en la medida en que éste solo resulta de aplicación para el trato que la normativa interna de un Estado pueda dispensar a los residentes de otro Estado firmante del Convenio de Doble Imposición (CDI). Estamos de acuerdo con esta apreciación. Téngase presente que la regla de subcapitalización española afecta exclusivamente a la entidad residente en España, la cual no puede deducirse como gasto aquello que ha configurado como un interés, adquiriendo la consideración de dividendo y quedando por tanto sujeto a imposición en España. No afecta por el contrario a la no residente, que quedará sujeta a su propia normativa, la cual podrá aceptar o no la recalificación de los intereses en dividendos efectuada en territorio español.

¿Qué sucede en relación con los establecimientos permanentes residentes en España de entidades no residentes? En principio los establecimientos permanentes situados en el Estado de la fuente que pertenezcan a sujetos residentes en el otro Estado parte del convenio “no serán sometidos a imposición en el primer Estado de manera menos favorable que las empresas de este otro Estado que realicen las mismas actividades”.

El problema puede plantearse sin embargo cuando el préstamo proceda de un establecimiento permanente situado en España. El art. 20 del RDL es aplicable en estos casos, por lo que los intereses recibidos por el establecimiento permanente serán tratados como dividendos. Los sujetos residentes no se ven afectados por la norma, pudiendo la sociedad prestataria deducirse plenamente los intereses pagados. En cambio, los intereses recalificados como dividendos percibidos por el establecimiento permanente sufren un gravamen superior, al producirse doble imposición económica. La tributación sufrida solamente se igualará con la de los residentes si puede practicarse íntegramente la deducción por doble

⁶⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, ob. cit., pág. 23.

⁶⁹ MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La tributación de las operaciones vinculadas*, ob. cit., pág. 121.

imposición de dividendos del art. 30 del RDL 4/2004, de 5 de marzo. En caso contrario, se recibiría un tratamiento incompatible con el convenio.

¿Podría producirse una vulneración del “principio de no discriminación” en la medida en que, tratándose de empresas que residen en España, se hayan sometidas a distinto gravamen? MORENO FERNÁNDEZ⁷⁰ y CALDERÓN CARRERO⁷¹ apuntan esta posibilidad. Manifiestan ambos autores que en presencia de un CDI, y dado el carácter preferente que tiene ésta en su aplicación, a menos que se haya neutralizado expresamente la eficacia del principio de no discriminación por no recogerse en el CDI o por dar prioridad a la regla anti-subcapitalización sobre el mismo, se producirá una discriminación.⁷² ■

⁷⁰ MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La tributación de las operaciones vinculadas*, ob. cit., págs. 122 y 123.

⁷¹ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad de los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario”, ob. cit., pág. 36.

⁷² Realmente la razón por la que el legislador español no distingue entre no residentes con o sin establecimiento permanente en orden a la aplicación de la norma antisubcapitalización parece estar conectada con la amplitud del concepto de establecimiento permanente que adopta el art. 13 del RDL 5/2004, de 5 de marzo. Piénsese que si se hubiese excluido del ámbito de aplicación de la norma sobre subcapitalización a las entidades que operan en territorio español mediante establecimiento permanente, bastaría con designar a una persona en territorio español que actuase en nombre y por cuenta de la entidad no residente para crear la apariencia de establecimiento permanente y, de este modo, eludir la norma antisubcapitalización.

