

Revista
Técnica
Tributaria

E S T U D I O S

LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA NORMA ESPAÑOLA CONTRA LA SUBCAPITALIZACIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN*

Carlos Palao Taboada

Catedrático de Derecho Financiero Tributario

Universidad Autónoma de Madrid

Miembro de la AEDAF

1. FUNDAMENTO DE LAS NORMAS CONTRA LA SUBCAPITALIZACIÓN. EL PRINCIPIO DE TRIBUTACIÓN EN SITUACIÓN DE INDEPENDENCIA.
2. LAS NORMAS ESPAÑOLAS EN MATERIA DE SUBCAPITALIZACIÓN Y LAS CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN. EL PROBLEMA DE LA ASIMETRÍA EN LA CALIFICACIÓN.
3. LÍMITES DERIVADOS DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN.
4. ACUERDOS DE FIJACIÓN DE COEFICIENTES DE SUBCAPITALIZACIÓN.
5. INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO EN LA REGULACIÓN DE LA SUBCAPITALIZACIÓN.
6. CONCLUSIÓN.

* Ponencia presentada en el seminario "Los problemas actuales de la fiscalidad internacional. La posición española", celebrado en La Coruña los días 16 y 17 de junio de 1999 bajo la dirección del Prof. Alberto Gago Rodríguez, en el Instituto de Estudios Económicos de Galicia, Fundación Pedro Barrié de la Maza

E S T U D I O S

1. FUNDAMENTO DE LAS NORMAS CONTRA LA SUBCAPITALIZACIÓN. EL PRINCIPIO DE TRIBUTACIÓN EN SITUACIÓN DE INDEPENDENCIA.

Se entiende por "subcapitalización" o "infracapitalización" de una sociedad sencillamente aquella situación en la que el capital es menor de lo que debiera. Esto cabe entenderlo en dos sentidos distintos, que reciben los nombres de subcapitalización material y formal, respectivamente. La primera existe cuando el capital (en el sentido de neto patrimonial) es inferior al necesario para el funcionamiento de la sociedad y, sobre todo, para hacer frente a sus responsabilidades, que es el aspecto que primariamente interesa al Derecho privado. Existe subcapitalización en sentido formal en aquella situación en la que, si bien la sociedad posee los recursos financieros necesarios, éstos no se le han proporcionado en forma de aportación, es decir, de fondos propios, sino en forma de préstamo, o sea de financiación ajena; en otros términos, se canaliza por medio de un préstamo lo que desde el punto de vista económico es una aportación. Es esta segunda modalidad de subcapitalización la que interesa al Derecho tributario.

A ella puede recurrirse por diversos motivos, no necesariamente fiscales, como asegurar la disponibilidad de los fondos al vencimiento del préstamo o eludir restricciones a la participación en determinado tipo de sociedades. Pero muchas veces el motivo fiscal será el determinante. Este motivo se basa en la diferencia de tratamiento entre el dividendo y el préstamo:

- En el impuesto de sociedades, los dividendos no son deducibles en la base imponible, mientras que sí lo son los intereses de los préstamos.

- En la imposición indirecta, las aportaciones societarias están gravadas (1 por 100 en el Impuesto sobre Operaciones Societarias), mientras que no lo están los préstamos.

Por otra parte, a diferencia de los intereses, los dividendos, en cuanto son beneficios distribuidos, han soportado el impuesto correspondiente en la sociedad participada, lo cual, en el plano internacional, da lugar a una doble imposición (la llamada doble imposición económica) si no se adoptan medidas para evitarlo.

Finalmente, dividendos e intereses estarán sujetos muchas veces a distintos tipos de retención, lo cual también es más probable que suceda en el ámbito internacional.

En virtud del contrato de préstamo el prestamista arriesga su capital sin intervenir en la administración de la sociedad prestataria. Esto no sería económicamente racional en una situación de subcapitalización, en la que el riesgo que corren los fondos prestados es mucho mayor que en una situación real de préstamo. Por eso se requiere generalmente para que tal situación se produzca que el prestamista pueda controlar la gestión del prestatario por otras vías; es decir, la existencia de otras relaciones entre ellos que permitan dicho control. Estas relaciones darán lugar a una situación entre ambos que en Derecho tributario se denomina de "vinculación"; por ejemplo, si se trata de sociedades, la pertenencia de ambas a un mismo grupo, la existencia de consejeros comunes o, y este será el caso más usual, la participación de una en el capital de la otra, o sea, la existencia de una relación matriz-filial. En el Derecho internacional tributario,

La subcapitalización

especialmente en los trabajos de la OCDE, la subcapitalización es un aspecto del tratamiento de las empresas multinacionales.

El fenómeno de la subcapitalización interesa al legislador fiscal sobre todo por razones recaudatorias: la transformación (en sentido económico) que produce de dividendos en intereses reduce, en virtud del tratamiento fiscal antes expuesto, la base imponible de la sociedad prestataria. Normalmente este hecho es intrascendente en la esfera interna, pues los intereses deducidos por la sociedad prestataria serán renta sujeta en la prestamista; pero habrá una pérdida neta de recaudación para el Estado de la residencia de la prestataria cuando la prestamista sea una entidad no residente. He aquí la justificación de las medidas destinadas a combatir este fenómeno.

Las medidas destinadas a combatir la subcapitalización pueden abordar el problema desde dos perspectivas distintas. La primera es considerar que en ella lo que existe es una discrepancia entre la realidad económica y la forma jurídica; para esta forma de ver la cuestión, el préstamo encubre, en realidad una aportación de capital, ésta es su verdadera naturaleza económica. La forma de combatir el fenómeno es descubrir la verdadera realidad subyacente a la forma jurídica. Para el segundo punto de vista, lo que importa es que la subcapitalización significa la concesión de un préstamo en condiciones distintas de las de mercado, sólo explicables por la vinculación entre las sociedades implicadas. Como consecuencia de ello, también el beneficio de la sociedad prestataria difiere del que existiría si ambas sociedades fuesen independientes entre sí. Se infringe así un principio fundamental del Derecho tributario internacional, que con frecuencia se designa con su denominación en inglés: *arm's length principle*. Prefiero traducirlo por "principio de tributación en situación de independencia", o abreviadamente "principio de independencia", que por "principio de libre concurrencia", pues lo importante es que el impuesto se aplique como si no existiese vinculación entre las sociedades implicadas, no el tipo de mercado en que realicen su actividad, que puede ser distinto del de libre concurrencia.

El principio de independencia está formulado en el ámbito interno en el artículo 16.1 LIS, y en el internacional en el artículo 9 del Modelo de Convenio de doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio de la OCDE y de él ha pasado al del mismo número de los Modelos de las Naciones Unidas y de los Estados Unidos. Todos ellos llevan precisamente la rúbrica de "empresas asociadas". El apartado 1 del este artículo dispone, en la parte aquí relevante, lo siguiente¹:

"[Cuando] en sus relaciones comerciales o financieras dos [empresas asociadas] estén vinculadas por condiciones convenidas o impuestas, que difieren de las que serían convenidas entre empresas independientes, los beneficios que, sin esas condiciones, hubiera obtenido una de las empresas pero que, a causa de dichas condiciones, de hecho no obtuvo, pueden ser incluidos en los beneficios de dicha empresa y gravados en consecuencia".

¹ La traducción es mía.

E S T U D I O S

Según la OCDE, una razón fundamental por la que los Estados miembros de dicha organización y otros Estados han adoptado el principio de independencia es que éste proporciona una básica igualdad de tratamiento para las empresas multinacionales y las independientes, evitando así la creación de ventajas o desventajas que en otro caso distorsionarían las posiciones relativas de ambos tipos de entidades en relación con la competencia. Al eliminar las consideraciones fiscales de las decisiones económicas, el principio de independencia promueve el crecimiento del comercio y la inversión internacionales².

El principio de independencia no sólo preside la tributación de los beneficios de las empresas vinculadas en el plano internacional y, por consiguiente, la compleja cuestión de los precios de transferencia, sino también el problema de la subcapitalización que ahora nos ocupa, que los estudios de la OCDE consideran estrechamente relacionada con la anterior, en la medida en que se trata de ajustar una operación entre dos sociedades vinculadas para adecuarla al principio de independencia.

Por otro lado, existen dos formas distintas de combatir la subcapitalización. Una consiste en examinar caso por caso para, a la luz de las circunstancias concretas, determinar, según la concepción que se tenga sobre la subcapitalización, si debe prevalecer la realidad económica subyacente y calificar en consecuencia la operación como aportación, en lugar de préstamo, o, alternatively, si el préstamo excede o no del que se hubiera pactado en condiciones de mercado y por tanto, si hay que practicar o no un ajuste en el beneficio de la sociedad prestataria. Si la finalidad del examen es la primera, la Administración necesita basarse en alguno de los principios generales en materia de interpretación de las leyes tributarias o calificación de los hechos imponibles, como la cláusula general de sanción del fraude a la ley o la de exclusión de la simulación. Las posibilidades de utilización de tales preceptos en nuestro Derecho tributario contra la subcapitalización, en cuyo análisis no nos detendremos, dado su carácter meramente especulativo, nos parecen, sin embargo, bastante escasas, lo que justifica que el legislador español haya recurrido a la otra técnica de combate de la subcapitalización. Esta consiste en fijar un límite máximo a la relación (ratio) que puede existir entre el endeudamiento y los fondos propios de la sociedad y tratar a efectos fiscales como dividendos la parte del interés que corresponda al exceso.

2. LAS NORMAS ESPAÑOLAS EN MATERIA DE SUBCAPITALIZACIÓN Y LAS CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN. EL PROBLEMA DE LA ASIMETRÍA EN LA CALIFICACIÓN.

No es nuestro propósito realizar un análisis minucioso de las normas que el Derecho español dedica a la subcapitalización, sino simplemente recordar sus líneas generales y señalar las consecuencias que pueden derivarse de su aplicación.

La norma contra la subcapitalización fue introducida por vez primera en el artículo 16.9 de la Ley 61/1978, del Impuesto de Sociedades, redactado por la Ley 18/1991

² OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, edición en hojas intercambiables, actualizada a 1998, párrafo 1.7.

del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ya hemos dicho que el método adoptado fue el del ratio fijo de endeudamiento, que se estableció en 2 por la D.A. 2ª del R.D. 1841/1991, que aprobó el Reglamento del IRPF. La disposición actualmente vigente en esta materia es el artículo 20 de la LIS 43/1995, que aunque sigue el mismo método que su precedente, introduce algunas variantes de interés. Además de establecer los elementos del supuesto de hecho de la subcapitalización y su consecuencia jurídica, el apartado 3 del citado artículo contempla la posibilidad de acuerdos entre la Administración y los contribuyentes para el establecimiento de un ratio distinto del legal. Esta posibilidad está destinada a salvar los obstáculos que, como veremos, pueden oponerse a la aplicación de la norma contra la subcapitalización en virtud de un convenio de doble imposición (CDI). Por ello, comentaremos ese precepto una vez que hayamos visto en qué consisten tales obstáculos.

Los elementos del supuesto de hecho son los siguientes:

1. Existencia de un *endeudamiento neto*,

- *remunerado*
- *directo o indirecto*

2. Con una persona o entidad

- *no residente y*
- *vinculada*

3. Que dicho endeudamiento exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, entendiendo por éste el importe de los fondos propios excluido el resultado del ejercicio³. Tanto el endeudamiento como la cifra del capital fiscal se reducen a su estado medio a lo largo del periodo impositivo⁴.

³ Aunque se trata de una cuestión de detalle, que me había propuesto rehuir, no me resisto a mencionar la cuestión que se ha suscitado acerca de la inclusión o no en los fondos propios de los préstamos participativos. Los comentaristas habían dado una respuesta negativa a este interrogante, basándose fundamentalmente en la modificación introducida por la D.A. 2ª de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, en la letra d) del artículo 20 del R. D.-L. 7/1996 de 7 de junio, que regula dicha clase de préstamos. Según la redacción primitiva, "los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil". La nueva redacción dispone que dichos préstamos "se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil". Cfr. en este sentido, los comentarios de ERNST & YOUNG, *Análisis de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades y de su Reglamento*, Aranzadi, 1997, pág. 313, y CARREÑO, F., en LAORDEN, J./ARQUÉS, J. (dirs.), *Comentarios al Impuesto de Sociedades*, t. I, Civitas, 1998, págs. 797 y s. Este criterio ha sido aceptado por la DGT en respuesta a la consulta núm. 20551997, de 9-10-97 (*Normacef*), según la cual, en cambio, los préstamos participativos sí forma parte del endeudamiento a efectos de la norma sobre subcapitalización.

⁴ Respecto al cálculo del valor medio del endeudamiento CARREÑO, op. cit., pág. 796, reprocha a la norma que no aclare "si debe realizarse un cálculo diario, mensual, trimestral, semestral o con cualquier otra periodicidad que pudiera ocurrirnos", en vista de lo cual juzga aplicable la periodicidad que resulte más beneficiosa para la entidad residente. Sin embargo, la mayoría de los comentaristas han entendido que lo que la norma dispone es que se ponderen los valores de los distintos componentes del capital fiscal por el tiempo en que cada uno de ellos se ha mantenido. Cfr. ERNST & YOUNG, op. cit., pág. 312, que cita una consulta de 19-4-94.

E S T U D I O S

4. Se exceptúa de la aplicación de la norma a las *entidades financieras*.

La consecuencia jurídica es que "los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos".

Ejemplo:

El endeudamiento de una filial española de una sociedad no residente es de 500 millones, con un interés del 6 por 100 anual. El capital fiscal de la filial es de 100 millones. Se cumple el supuesto del artículo 20 LIS, ya que $500:100=5>3$.

El exceso del capital del préstamo sobre el correspondiente al ratio 3 es 200 millones y el interés proporcional es de 12 millones, que serán tratados como dividendo. Este tratamiento consiste en lo siguiente:

a) En España:

- El dividendo ficticio no será deducible en la base del Impuesto de Sociedades de la prestataria; en consecuencia quedará sujeto a dicho impuesto.

- Estará sujeto a retención en calidad de dividendo. Ello carece de trascendencia cuando resulte aplicable el Derecho interno español, pues, en el supuesto de que el préstamo no se haya hecho mediante un establecimiento permanente en España de la sociedad prestamista, la retención es en todo caso del 25 por 100 (art. 24, Ley 41/1998, del Impuesto sobre la renta de no residentes). Puede tenerla, sin embargo, en el caso de que sea aplicable un CDI en el que se establezcan límites distintos a la retención en el Estado de la fuente (el de la prestataria; España en nuestro caso) para intereses y dividendos. En el supuesto contrario (préstamo hecho por establecimiento permanente en España) no existe diferencia alguna en el tratamiento en este aspecto de los intereses y los dividendos.

b) En el Estado de la residencia de la prestamista, hay que distinguir según que este Estado acepte o no la recalificación de los intereses en dividendos:

- Si la acepta, dará a los intereses recalificados el tratamiento de dividendos y, por tanto, les aplicará la deducción para evitar la doble imposición económica si su Derecho interno contiene normas destinadas a evitarla del tipo de las de los artículos 30 ó 30 bis de la LIS española.

- Si, por el contrario, no acepta la recalificación, normalmente eliminará la doble imposición jurídica (retención española), pero no la económica, que no se produce respecto a los intereses, ya que éstos son gasto deducible para el prestatario.

En este último supuesto, de asimetría en la calificación, que será el normal, se produce, por tanto, una doble imposición económica⁵.

⁵ Cfr. 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 con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario", *Crónica Tributaria*, núm. 76 (1995), págs. 13 y ss. (pág. 32).

3. LÍMITES DERIVADOS DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN.

Los obstáculos que pueden derivarse de un CDI frente a la aplicación de una norma contra la subcapitalización, que, como la española, utilice el método del coeficiente fijo de endeudamiento, son de tres clases:

1ª) El principio de independencia se opone a que la aplicación del ratio legal arroje un resultado que exceda del (beneficio) que correspondería con arreglo al mercado.

2ª) La recalificación de los intereses como dividendos puede contravenir la definición de unos y otros recogida en el CDI.

3ª) Si la norma es aplicable únicamente cuando el prestamista es un no residente, como sucede con la española, podría ser contraria al principio de no discriminación establecido en el Modelo de Convenio de la OCDE (art. 24), al igual que en los demás Modelos.

La doctrina de la OCDE, formulada inicialmente en un informe de 1987 sobre la subcapitalización, y recogida luego en los comentarios de la versión de 1992 y posteriores del Modelo de Convenio, puede resumirse en que los mencionados principios y normas del CDI no se oponen a la aplicación por uno de los Estados signatarios de las medidas contra la subcapitalización siempre que el resultado de esas medidas se mantenga dentro de los límites resultantes del principio de independencia. Es de señalar que dichos comentarios tienen un peso especial en la interpretación de los CDI celebrados entre Estados miembros de esa organización.

Tiene interés señalar, por otra parte, que con relación al conflicto de calificaciones que surge cuando el Estado de la fuente, basándose en su norma contra la subcapitalización, recalifique el interés como dividendo, el informe de la OCDE de 1987, después de reconocer que el Estado de la residencia no está vinculado por dicha calificación, indica que está obligado, no obstante, a admitirla especialmente en dos supuestos: cuando se haya realizado de conformidad con el artículo 9 del Modelo y cuando en dicho Estado existan normas análogas en materia de subcapitalización y en el caso recíproco también habría calificado la renta como dividendo, supuesto en el que la negativa a aceptar la calificación del Estado de la fuente sería contraria al principio de buena fe.

Ya hemos indicado más atrás que según la concepción de la OCDE el principio de independencia constituye el fundamento común tanto de la subcapitalización como del problema de los precios de transferencia. Sin embargo, las normas relativas a ambas cuestiones operan independientemente entre sí. En efecto, la norma contra la subcapitalización entrará en juego cuando se produzca el correspondiente supuesto -en el caso de la norma española, el endeudamiento superior al coeficiente legal-, independientemente de que el interés pactado sea o no el de mercado. Cuando no lo sea, sino que obedezca a la existencia de vinculación, es cuando será de aplicación la norma sobre valoración de operaciones vinculadas (art. 16.1 LIS). Esta última, a diferencia de la

E S T U D I O S

norma contra la subcapitalización, es aplicable a las operaciones tanto entre residentes como entre residentes y no residentes⁶.

Los comentarios al artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE no condenan expresamente el método del ratio fijo de endeudamiento, aunque sí lo hacen implícitamente, en la medida en que dicho método no garantiza el respeto del principio de independencia en cada caso. El informe de 1987 lo declaraba admisible a condición de que se admitiese prueba en contrario; es decir, prueba de que en el caso concreto el endeudamiento superior al coeficiente legal es conforme con el principio de independencia.

Por lo que se refiere al concepto de dividendo e interés, el párrafo 25 del comentario del Modelo al artículo 10 afirma que el concepto de dividendo se extiende al interés de los préstamos "en la medida en que el prestamista comparta efectivamente los riesgos de la sociedad, es decir, cuando la devolución dependa en gran medida del éxito o fracaso de la empresa", determinación que habrá de hacerse en vista de las circunstancias del caso concreto. Ciertamente una norma que aplique el método del ratio de endeudamiento prescinde de esta condición, por lo que no podría encontrar apoyo en esta interpretación del CDI. Únicamente la prueba en contra del coeficiente da entrada a las consideraciones de hecho en las que se basa la interpretación expuesta.

La misma doctrina se aplica en relación con el principio de no discriminación del artículo 24 del Modelo, especialmente su apartado 4, en el que expresamente se salvan las consecuencias de la aplicación del principio de independencia, que en el sistema del Modelo opera en las relaciones entre residentes y no residentes y, por tanto, es formalmente discriminatorio. Los comentarios a dicho apartado declaran incompatible con él a las normas contra la subcapitalización aplicables sólo a los no residentes que no respeten el principio de independencia⁷. Como es obvio, el obstáculo que representa el principio de no discriminación no existe en aquellos CDI que no lo recogen en todo o en parte, como los de Australia y la antigua URSS.

Las serias dudas sobre la compatibilidad de la norma interna española en materia de subcapitalización con los CDI que sigan el Modelo de la OCDE, han motivado el establecimiento de normas especiales con el fin de salvarla, generalmente en Protocolos adicionales al Convenio. Así en los CDI con Portugal, Irlanda, Argentina, México y Francia. Otros CDI utilizan la técnica consistente en remitir íntegramente al Derecho interno del Estado de la fuente para la calificación como dividendo o interés de la renta (Australia y URSS).

⁶ Cfr. CALDERÓN CARRERO, op. cit., págs. 17 y s.; TOMÉ, B., "Operaciones vinculadas y subcapitalización", cap. XII de DÍAZ YANES, I. et alii, *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia, 1996, pág. 373.

⁷ Sobre la compatibilidad con la norma española contra la subcapitalización con los apartados 3 y 5 del artículo 24 del Modelo, cfr. CALDERÓN CARRERO, op. cit., págs. 36 y ss.

La misma motivación tiene, por otro lado, lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 20 LIS con relación a acuerdos de fijación de coeficientes distintos del legal, como lo evidencia el hecho de que la posibilidad de estos acuerdos se limite a los supuestos en los que medie un CDI. Examinaremos a continuación estos acuerdos.

4. ACUERDOS DE FIJACIÓN DE COEFICIENTES DE SUBCAPITALIZACIÓN.

Respecto a ellos la norma legal contiene las siguientes precisiones:

- Debe existir un CDI con el Estado de la residencia del prestamista, perceptor del interés que se recalifica como dividendo por aplicación de la norma contra la subcapitalización;

- Se impone una condición de reciprocidad, es decir, el Estado de la residencia debe admitir la posibilidad de acuerdos análogos. Esta exigencia carece de sentido cuando la norma sobre la subcapitalización del otro Estado no utiliza, en su caso, el método del coeficiente de endeudamiento, sino el de determinación caso por caso de la existencia de dicha subcapitalización. Y también, si utiliza el método del ratio de endeudamiento, cuando admite prueba en contrario.

- La propuesta (de ratio distinto del legal) debe fundamentarse en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.

El desarrollo de este precepto se encuentra en el capítulo V, artículos 16 a 28, del reglamento del IS, en el que se regula un procedimiento de "valoración previa" aplicable, además del coeficiente de capitalización, a otros varios conceptos, señaladamente a la "valoración de las operaciones efectuadas con personas o entidades vinculadas" y a la "deducción de gastos en concepto de contribuciones a actividades de investigación y desarrollo realizadas por una entidad vinculada". Estos dos supuestos son los que dan lugar al problema de los "precios de transferencia": el procedimiento en cuestión es, por tanto, la versión española de los "acuerdos previos sobre precios de transferencia" internacionalmente designados con la expresión *advance pricing agreements* o APAs. Se pone así nuevamente de manifiesto la relación existente entre los precios de transferencia y la subcapitalización.

No nos interesa aquí hacer un examen minucioso de este procedimiento, que, aunque se construye como la aceptación por la Administración de una propuesta que presenta el particular, apenas consigue disimular la naturaleza de pacto de la resolución que le pone fin. En efecto, la Administración no puede modificar las propuestas formuladas por el contribuyente, sino que ha de limitarse a aceptarlas o rechazarlas. La naturaleza de tales propuestas es, por tanto, más cercana a la de una oferta de contrato que a la de un proyecto de resolución administrativa. La pregunta que aquí nos hacemos es si la existencia de ese procedimiento elimina las objeciones que se oponen a la aplicación de la norma contra la subcapitalización derivadas de un CDI.

E S T U D I O S

La mayoría de los autores⁸ ha contestado de manera negativa a esta pregunta, basándose en las siguientes consideraciones: 1ª) El procedimiento reglamentario no tiene por objeto el examen *ex post* de la adecuación o inadecuación del coeficiente legal de subcapitalización en un caso concreto, sino la fijación *ex ante* de un coeficiente alternativo. La naturaleza de la resolución que, en su caso, le ponga fin es más bien normativa. 2ª) La exigencia de que la propuesta se fundamente en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas constituye una limitación contraria al CDI, interpretado a la luz de la doctrina de la OCDE, que permite tener en cuenta cualesquiera circunstancias del caso. 3ª) Finalmente, la condición de reciprocidad supone subordinar a este criterio la aplicación de las normas del CDI.

De estos tres argumentos resultan sobre todo convincentes el primero y el tercero; no tanto, en cambio, a mi juicio, el segundo. Pienso que lo que ha pretendido el legislador, aunque con escasa fortuna, es proclamar su adhesión al principio de independencia, lo que pensaba que le ponía al resguardo de las objeciones basadas en los CDI. Desde este punto de vista lo que quiso decir es que la finalidad del procedimiento de valoración es fijar el coeficiente que hipotéticamente hubiera resultado del mercado entre partes independientes, a cuyo fin el particular puede hacer cuantas alegaciones crea convenientes y aportar cuantos medios de prueba estime oportunos. Por lo demás, así lo dispone el artículo 21.2 del Reglamento. Bastan, no obstante, los otros dos argumentos para impedir que el procedimiento logre su finalidad básica, si bien introduce un elemento de flexibilidad en las medidas contra la subcapitalización.

5. INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO EN LA REGULACIÓN DE LA SUBCAPITALIZACIÓN.

El Derecho comunitario europeo puede incidir en la cuestión de la subcapitalización por diversas vías. De un lado, determinadas normas de armonización en materia de imposición directa pueden alterar las consecuencias de las normas contra la subcapitalización. De otro, algunos principios del Derecho comunitario pueden también impedir la aplicación de estas normas. Finalmente, algunas normas no de Derecho comunitario pero sí elaboradas en el marco de la Unión Europea, establecen procedimientos destinados a la resolución de conflictos surgidos en la esfera fiscal que pueden ser aplicados también a la subcapitalización.

⁸ CALDERÓN CARRERO, op. cit., págs. 34 y sigs.; VILLAR EZCURRA, M., "El tratamiento tributario de la subcapitalización en España frente a las exigencias de no discriminación del Derecho comunitario", en *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário*, Lisboa, 1998, págs. 191 y ss. (págs. 196 y s.), reproducido en *Carta Tributaria*, monografía núm. 300 (1998). En contra, TOMÉ, B., op. cit., pág. 374, para el que "la norma del artículo 20 de la LIS es compatible con los convenios para evitar la doble imposición al existir la posibilidad de que la Administración y los contribuyentes lleguen a acuerdos para aplicar un coeficiente de endeudamiento [distinto] al previsto con carácter general".

CONCLUSIONES

A) Dentro de las normas de armonización fiscal en materia de impuestos directos, la que es necesario considerar aquí es la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros. Las disposiciones básicas de la citada Directiva pueden resumirse de la siguiente manera:

- El Estado de la sociedad matriz no someterá a imposición a los beneficios distribuidos por la sociedad filial, para lo cual o bien se abstendrá de gravarlos (método de exención) o bien permitirá deducir de la cuota el impuesto satisfecho por la filial correspondiente a dichos beneficios hasta el límite del impuesto de dicho Estado (método de imputación ordinaria).

- Los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de retención en origen, al menos cuando la segunda tenga una participación de un 25 por 100 como mínimo en el capital de la filial.

- El Estado de la sociedad matriz no podrá percibir una retención en origen sobre los beneficios que reciba de su filial.

La Directiva se aplica solamente a las sociedades enumeradas en su Anexo, que, por lo que se refiere a España, son la sociedad anónima, la de responsabilidad limitada y la comanditaria por acciones, además de las entidades de Derecho público que operen en régimen de Derecho privado. Por otra parte, el concepto de sociedad matriz se define por una participación mínima del 25 por 100 en el capital de la filial.

La trasposición al Derecho español de la Directiva 90/435/CEE, está contenida actualmente, en cuanto a la primera de las disposiciones antes enumeradas, en los artículos 30 y 30 bis de la LIS, que generalizan la desgravación para evitar la doble imposición económica de beneficios, reduciendo la participación mínima al 5 por 100. Por lo que se refiere a la segunda, en el artículo 13.1,g) de la Ley 41/1998, del Impuesto sobre la renta de no residentes. La retención sobre los beneficios percibidos de la filial no está prevista en el Derecho tributario español.

Es evidente que en el caso de que por aplicación de la norma contra la subcapitalización se recalifiquen intereses como dividendos, si la sociedad prestamista es la matriz residente en otro Estado miembro de la Unión Europea el gravamen de estos dividendos ficticios estará excluido por las normas de trasposición de la Directiva 90/435/CEE antes citadas. Por otra parte, están también exentos los intereses obtenidos sin mediación de establecimiento permanente por residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 13.1,b), Ley 41/1998). Por consiguiente, en principio la norma contra la subcapitalización no altera el tratamiento de estas rentas.

Sin embargo, se ha observado que la Directiva no cubre todos los supuestos de beneficios distribuidos por sociedades no residentes participadas por otras residentes: en primer lugar, tienen que cumplirse los requisitos establecidos por dicha norma y re-

E S T U D I O S

cogidos por las internas de trasposición⁹. Por otro lado, se señala que en el caso de que el préstamo se realice por el establecimiento permanente de la sociedad matriz situado en un tercer país comunitario, la Directiva no impide la doble imposición económica de los dividendos, puesto que no obliga a adoptar las medidas conducentes a eliminar esa doble imposición al Estado del establecimiento. Es de señalar que la adopción por el Estado de residencia de la matriz de una medida semejante a la establecida en el artículo 29 bis LIS, añadido por la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, que aplica a las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente el método de exención con progresividad, suprime la doble imposición económica con el Estado del establecimiento, pero no la originada en el Estado de residencia de la filial (prestataria). Para ello sería necesario que esta medida se adoptase por el Estado del establecimiento permanente¹⁰.

B) También pueden incidir en las consecuencias de la norma contra la subcapitalización los principios de Derecho comunitario, en particular las distintas libertades comunitarias (circulación de personas, capitales, mercancías y servicios), y, con carácter más general, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 6 del tratado de la Unión Europea. Como ha señalado la doctrina¹¹, este principio es compatible con discriminaciones basadas en la residencia, en las que precisamente se funda el sistema general del Derecho internacional tributario. El artículo 24.1 del Modelo de Convenio de la OCDE salva esta posibilidad al condicionar la aplicación del principio de no discriminación que los nacionales de ambos Estados se encuentren en las mismas circunstancias, "en particular con respecto a la residencia". Esto no significa, sin embargo, que toda discriminación atendiendo a la residencia sea admisible. En particular con respecto a la norma española contra la subcapitalización, que, como hemos visto, es aplicable únicamente al endeudamiento con personas o entidades no residentes, Calderón Carrero¹², basándose en un detenido estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (entre otras de las importantes sentencias *Schumacker* y *Wielockx*), considera que la compatibilidad de dicha norma con los principios comunitarios debe examinarse atendiendo a los tres siguientes factores: a) la existencia de diferencias de trato que originan obstáculos o restricciones contrarias al Tratado de Roma; b) la comparabilidad de la situación del residente y el no residente, y c) la existencia o no de una justificación de la discriminación. A pesar de las limitaciones inherentes a un análisis abstracto como el que lleva a cabo este autor, sus conclusiones son terminantes: la regulación española en materia de subcapitaliza-

⁹ CALDERÓN CARRERO, op. cit., págs. 29 y 43.

¹⁰ Ibidem, págs. 28, 43 y 52 (nota 152).

¹¹ Cfr. CALDERÓN CARRERO, op. cit., págs. 44 y ss.

¹² Op. cit., pág. 51..

ción "resulta incompatible con el ordenamiento comunitario al contravenir ... el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. La consecuencia jurídica de esta vulneración del acervo comunitario radica en la inaplicación de la misma frente a los contribuyentes comunitarios amparados por este derecho, así como la posterior erradicación de nuestro ordenamiento jurídico de los aspectos antijurídicos de esta normativa"¹³. Es importante su observación de que en virtud de la prohibición comunitaria de discriminación la norma sobre subcapitalización sería inaplicable, cuando se trate de un residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, aun cuando el CDI con dicho Estado no recoja ese principio¹⁴.

C) Es oportuno recordar aquí simplemente la vigencia del Convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas. La finalidad de este Convenio es la eliminación de la doble imposición originada por ajustes basados en el principio *arm's length* llevados a cabo por un Estado. La subcapitalización entra, por tanto, plenamente en el ámbito objetivo de aplicación de esta norma. A fin de lograr esa finalidad, las medidas que prevé el Convenio consisten, en brevísima síntesis, en entablar primero un procedimiento amistoso entre los dos Estados implicados. En el caso de que mediante este procedimiento no se llegue a un acuerdo, la cuestión se somete al arbitraje de una comisión consultiva mixta, compuesta por representantes de ambos Estados y personalidades independientes, que emitirá un dictamen en el plazo de seis meses, que vincula a dichos Estados, salvo que éstos logren un acuerdo en el plazo de otros seis meses. Este procedimiento no sustituye sino que complementa el procedimiento amistoso previsto en los CDI, que es el cauce natural para solucionar los problemas a que puede dar lugar la aplicación de la norma en materia de subcapitalización¹⁵.

6. CONCLUSIÓN.

La conclusión a la que se llega después de examinar los impedimentos que se oponen a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización es que, en su estado actual, dicha aplicación tiene un ámbito sumamente reducido. Según la opinión generalizada de la doctrina, los obstáculos derivados de la existencia de un CDI no quedaron suprimidos por la posibilidad de un acuerdo de fijación de un coeficiente alternativo introducida por la versión más reciente de la norma. Para ello sería necesario admitir la prueba en contra de los resultados de la aplicación del coeficiente legal. La resistencia del legislador a hacerlo no es fácil de entender, aunque se puede conjeturar que es debida al temor de la Administración a verse envuelta en intrincados litigios, que posiblemente sea un rasgo característico de su psicología colectiva como organización.

¹³ Op. cit., pág. 58. Estas conclusiones son aceptadas por VILLAR EZCURRA, op. cit., págs. 202 y ss.

¹⁴ Op. y loc. cit., nota 166.

¹⁵ Cfr. CALDERÓN CARRERO, op. cit., págs. 30 y ss.

E S T U D I O S

Por otra parte, las dificultades que se oponen a la medida contra la subcapitalización fundadas en el principio de no discriminación, tanto en el plano de los CDI como en el del Derecho comunitario se eliminarían de raíz simplemente extendiendo la aplicación de tal medida a los supuestos de vinculación entre personas o entidades residentes. Tampoco es evidente la razón por la que dicha medida no se aplica con carácter general.

Hasta el presente no existen experiencias conocidas en la aplicación de esta norma, fuera de algunas consultas que se refieren a detalles técnicos. Habrá que esperar, por tanto, a que las cuestiones de principio que suscita lleguen a las instancias competentes tanto en el ámbito interno como en el comunitario.

