

R e v i s t a
T é c n i c a
T r i b u t a r i a

E S T U D I O S

**LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE
SOCIEDADES Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS
CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN***

José Antonio Sánchez Galiana

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Granada
Miembro de la AEDAF*

Rosario Pallarés Rodríguez

Prof. Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Granada

SUMARIO

- 1. EL PROBLEMA DE LA SUBCAPITALIZACIÓN. ANTECEDENTES NORMATIVOS.**
- 2. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN LA LEY 43/1995, DE 27 DE DICIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.**
- 3. LA SUBCAPITALIZACIÓN Y LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN.**
- 4. CONCLUSIONES.**
- 5. BIBLIOGRAFÍA.**

E S T U D I O S

1. EL PROBLEMA DE LA SUBCAPITALIZACIÓN. ANTECEDENTES NORMATIVOS.

La problemática en torno a la subcapitalización surge como consecuencia de la diferencia de tratamiento fiscal a que pueden verse sometidas las distintas entidades según la forma en que se financien -a través de fondos propios o a través de financiación ajena o préstamos-. Diferencia de tratamiento fiscal que puede llevar a que la carga impositiva global soportada por un grupo de entidades que operan en diferentes Estados sea, por el modo en que se estén financiando, distinta; es decir, superior o inferior.

Los socios que participan en el capital social de una entidad ostentan el derecho a participar en el beneficio de la sociedad. La forma de remunerar a estos socios se realiza a través de la distribución de dividendos, que pueden soportar doble imposición económica intersocietaria cuando el perceptor sea otra sociedad. En cambio, en la financiación ajena mediante préstamos, el prestamista tiene derecho a una retribución fija, el interés, que es independiente de los resultados de la sociedad prestataria, y a recuperar el capital prestado en el plazo acordado.

Cuando el Estado de residencia de la sociedad que financia a otra, ya sea a través de fondos propios como a través de fondos ajenos, tenga establecido el Impuesto sobre Sociedades en el que no se adoptan medidas para evitar la doble imposición económica de los dividendos que procedan de otros Estados, lógicamente la carga fiscal conjunta que soportaría un grupo de sociedades variará, sustancialmente, en función de cómo se financien las sociedades integrantes del mencionado grupo.

No obstante, si el Estado de residencia de la sociedad que financia, en su regulación del Impuesto sobre Sociedades, hubiera adoptado las medidas necesarias para evitar la doble imposición económica de los dividendos, podría interesar, desde un punto de vista fiscal, en cambio, la financiación de las sociedades a través de préstamos, cuando la sociedad prestamista tuviera acumuladas pérdidas o créditos fiscales pendientes de compensar y los intereses percibidos absorbieran dichas pérdidas de tal manera que el resultado fuera nulo, ni positivo ni negativo.

La financiación ajena resulta, en numerosas ocasiones, más ventajosa para las sociedades vinculadas que si se financiaran a través de recursos propios. Los intereses que remuneran al prestamista no soportan doble imposición económica y constituyen un gasto de explotación deducible de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la entidad prestataria. Además, estos intereses en sede de tributación internacional están sujetos, generalmente, a tipos de gravamen inferiores a los que gravan los dividendos. Por ello, en sede internacional, es donde puede obtenerse una ventaja fiscal mayor en el supuesto de una financiación ajena. Ventaja fiscal que puede resultar importante cuando la sociedad prestamista resida en un Estado de baja tributación o goce de un estatuto privilegiado.

Una financiación excesiva o «anormal» mediante préstamos entre una entidad residente con otra entidad o con personas no residentes y vinculadas, se acepta con rece-

lo por parte de las Administraciones fiscales de los distintos países. Y el hecho de que el otro Estado elimine o no la doble imposición económica de los dividendos resulta irrelevante, a estos efectos, porque cada Estado quiere cobrar los impuestos sobre los beneficios que considera que se han obtenido en su territorio, con independencia de cómo se les grave a los accionistas extranjeros en los Estados de residencia. La subcapitalización, así, se conecta con el principio internacional de distribución internacional del poder tributario entre los Estados -principio de plena concurrencia entre partes independientes-, por el que cada Estado tiene derecho a gravar los beneficios que los contribuyentes hubieran obtenido en su país de haber sido personas independientes en situación de plena concurrencia en el mercado.

El fenómeno de la subcapitalización va a operar en el marco de sociedades vinculadas -matriz y filial, una residente y otra no residente- con una financiación ajena excesiva, de tal manera que esa operación de endeudamiento constituya una aportación encubierta de capital de la matriz a la filial, y cuyo objetivo fundamental va a ser el de reducir la base imponible de la filial. El endeudamiento se va a considerar excesivo cuando la proporción entre el volumen de recursos propios y ajenos procedentes directa o indirectamente de sociedades del grupo supera aquella proporción que podría considerarse normal en situaciones de libre concurrencia.

Para contrarrestar la pérdida de ingresos tributarios por la vía del endeudamiento excesivo, los ordenamientos tributarios introducen la regla de la subcapitalización. Esta puede responder o bien a métodos objetivos o bien a métodos subjetivos. Entre los subjetivos se encuentra el análisis de todas las circunstancias presentes en el caso concreto para determinar si en condiciones de libre concurrencia en el mercado, la sociedad prestataria habría sido capaz de obtener los préstamos representativos del nivel de endeudamiento existente con una entidad independiente. Bélgica e Italia son dos Estados que han optado por utilizar el método subjetivo en la regulación de la subcapitalización. Y entre los objetivos ha de incluirse el sistema de ratio o coeficiente fijo de recursos ajenos/propios por encima del cual el préstamo tendría el tratamiento de aportación a capital. EE.UU., Francia, Japón y Canadá han utilizado el método objetivo. Australia y Suiza, que han escogido también el método objetivo, fijan distintos ratios dependiendo del sector económico de que se trate.

La aplicación de las normas nacionales antisubcapitalización no han de incrementar los beneficios de la empresa nacional más allá del beneficio en situación de plena concurrencia. Y las consecuencias de aplicar estas normas afectan a las dos partes del préstamo, tratando de anular la pérdida recaudatoria inicialmente originada, y dándole a la operación el tratamiento fiscal correspondiente a su verdadera naturaleza: los intereses pagados en exceso tendrán la consideración tributaria de dividendos. Así, la sociedad pagadora de estos dividendos no los podrá deducir de su base imponible, y la sociedad perceptora de los mismos se verá sujeta en la fuente por obligación real al tipo de gravamen aplicable a dichos dividendos.

E S T U D I O S

Para que un Estado pueda llevar a cabo una regulación de la subcapitalización coherente con el principio internacional de libre concurrencia, al que ya hemos hecho referencia más arriba, tendrá que regularla, o bien mediante métodos subjetivos, o bien mediante el método objetivo pero en el que se permita que los sujetos puedan probar, por cualquier medio válido en derecho, que un coeficiente superior no conlleva que se vulnere el principio de libre concurrencia.

En España la problemática surgida en torno a la subcapitalización es tenida en cuenta a partir de la regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por la Ley 18/1991, cuya disposición adicional quinta añade un nuevo apartado al artículo 16 de la LIS, Ley 61/1978, en los siguientes términos: «9. Cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y relacionada con ella en el sentido de los apartados 4 y 5 de este artículo, exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra de capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos». El RD 1841/1991, Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, fija el coeficiente en 2 y además excluye de la subcapitalización, sin base legal para ello, a las entidades que, por norma legal o reglamentaria, deban mantener un determinado volumen de recursos propios en relación con las inversiones realizadas y los riesgos asumidos (Disposición Adicional 2ª del RD 1841/1991). En este sentido, España opta por introducir la regla de la subcapitalización en base al método objetivo, ya que fija el coeficiente 2 recursos ajenos/propios. Legalmente no se contempla ninguna corrección ni exclusión de este método objetivo; pero el Reglamento sí que permite la no aplicación del coeficiente atendiendo a circunstancias concretas de las sociedades intervinientes. Ahora bien, este aspecto no se halla amparado en norma legal alguna. La entrada en vigor de esta norma de subcapitalización es para períodos impositivos iniciados con posterioridad a 31 de diciembre de 1991 (Disposición Final 2ª.4. de la Ley 18/1991).

La subcapitalización, en base a esta normativa, se aplica cuando la sociedad residente en España se endeude, directa o indirectamente, con una persona o entidad no residente vinculada en el sentido de los apartados 4 y 5 del artículo 16 de la Ley 61/1978, -el prestamista no residente es socio o consejero de la sociedad; el prestamista es socio o consejero de otra sociedad del mismo grupo; el prestamista es cónyuge, descendiente o ascendiente de los socios o consejeros; la sociedad residente en España y la sociedad prestamista no residente tienen socios o cónyuges, ascendientes o hermanos de éstos que poseen al menos el 25 por 100 del capital de ambas, o estas personas pueden ejercer en ambas funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión; la sociedad residente en España y la sociedad prestamista no residente participan directa o indirectamente, al menos en el 25 por 100, en el capital social de otra cuando sin mediar esta circunstancia, una sociedad ejerza en otra funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión; y aquellas sociedades que pertenezcan a un grupo de sociedades en los términos definidos por la legislación mercantil-; y cuando además los capitales ajenos superen el doble de los capitales propios.

2. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN LA LEY 43/1995, DE 27 DE DICIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.

Actualmente la regla sobre subcapitalización se recoge en el artículo 20 de la LIS. Literalmente este precepto señala:

«1. 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 del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos.

2. Para la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo.

Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio.

3. Cuando medie un convenio para evitar la doble imposición y a condición de reciprocidad, los sujetos pasivos podrán someter a la Administración Tributaria, en los términos del artículo 16.6 de esta Ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas».

A. Presupuestos de aplicación de la regla de la subcapitalización.

A.1. Vinculación.

En primer lugar, este artículo 20 exige para la aplicación de la regla de la subcapitalización la relación de vinculación entre una entidad y otra entidad, o entre una entidad con una persona física. Por tanto, en este aspecto es preciso remitirse al artículo 16 de la LIS, precepto que regula dichos supuestos de vinculación. En concreto, el apartado 2 de este artículo 16 es el que enumera la relación de personas o entidades vinculadas.

Así, las relaciones de vinculación se darían en los siguientes supuestos:

1. Una sociedad y sus socios, consejeros o administradores.
2. Una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios, consejeros o administradores.
3. Dos sociedades que formen parte de un mismo grupo, de acuerdo en el artículo 42 del Código de Comercio.

E S T U D I O S

4. Una sociedad y los socios o los consejeros o administradores de otra sociedad, cuando ambas pertenezcan a un mismo grupo de sociedades, conforme al artículo 42 del Código de Comercio.

5. Una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios o consejeros de otra sociedad, cuando ambas sociedades pertenezcan a un mismo grupo de sociedades conforme al artículo 42 del Código de Comercio.

6. Una sociedad y otra sociedad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social.

7. Una sociedad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero, y viceversa.

8. Dos entidades que forman parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.

9. Dos sociedades, cuando una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra.

Cuando la vinculación se refiera a la relación sociedad-socio, la participación habrá de ser igual o superior al 5 por 100 o al 1 por 100 si se trata de valores cotizados en un mercado secundario organizado.

A.2. Residencia en territorio español y no residencia en territorio español.

Además de la relación de vinculación se precisa para la aplicación del artículo 20 de la LIS que una entidad tenga el carácter de residente en territorio español y la otra no. Una sociedad se considera que tiene su residencia en territorio español si se ha constituido conforme a las leyes españolas, o si tiene su domicilio social en territorio español o si tiene la sede de dirección efectiva en territorio español (art. 8.3. de la LIS). Ante esta flexibilidad de la normativa española para alcanzar la condición de sociedad residente en territorio español no sería extraño ni infrecuente que nos encontremos ante supuestos de doble residencia, que deberán solventarse mediante las normas de resolución de conflictos de residencia de los convenios de doble imposición, si procede, y si no, mediante la aplicación de los criterios recogidos a este respecto en el Convenio Modelo de la OCDE.

A.3. Endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto.

El endeudamiento, ya sea directo o indirecto, que ha de tenerse en cuenta, a estos efectos, es el que pueda originarse por cualquier tipo de contrato, a excepción de las operaciones comerciales que no encubran una financiación. Se incluyen, por tanto, las operaciones financieras -como préstamos, créditos participativos, deuda subordinada y obligaciones convertibles- y las operaciones de tipo comercial en las que el período de cobro sea sustancialmente mayor al normal del mercado.

José Antonio Sánchez Galimera - Rosario Pallares Rodríguez

Además, el endeudamiento ha de computarse por su importe neto; es decir, se compensan los préstamos con los créditos entre entidades vinculadas. Y, por otro lado, remunerado, por lo que los préstamos sin interés no tienen ninguna relevancia en el fenómeno de la subcapitalización. No obstante, se habrá de tener en cuenta la opinión de la DGT, manifestada en la Resolución de 9 de septiembre de 1996, que, a estos efectos, ha señalado: «De los términos empleados por la entidad consultante parece deducirse que las dos sociedades, prestataria y prestamista, incurren en alguno de los supuestos de vinculación descritos, por lo que se plantean las consecuencias de pactar entres ambas una cesión de capitales propios no remunerada.

El artículo 16.1. de la LIS previene que la Administración tributaria podrá valorar, dentro del período de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas y entidades vinculadas siempre que la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas y entidades, una tributación en España inferior a la que hubiera correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación».

En el endeudamiento indirecto habrá de tenerse en cuenta aquellos supuestos en los que medie interposición de personas independientes, como los préstamos back to back, pero no los meramente garantizados por la sociedad matriz extranjera. No obstante, la DGT, en la Resolución de 23 de noviembre de 1993, mantiene una opinión distinta, aunque dicha opinión la manifestó bajo la vigencia de la anterior normativa del Impuesto sobre Sociedades.

En este sentido, la DGT en esta Resolución afirmó: «La entidad consultante es una sociedad anónima luxemburguesa que tiene intención de adquirir la entidad española «Media Control, SA». A tal efecto, la entidad consultante constituirá una sociedad anónima española de la que será su único accionista. La sociedad constituida suscribirá un préstamo a largo plazo con diversas entidades bancarias españolas, estando el reembolso del mismo garantizado por la entidad consultante. (...).

En el caso de la consulta, hay que entender que la entidad española que paga los intereses a las determinadas instituciones bancarias españolas está indirectamente endeudada con la entidad consultante no residente, ya que es ésta la que en su condición de garante del reembolso sufre en última instancia los riesgos derivados del préstamo recibido por la primera».

Y a este respecto, la DGT cambia de opinión en la Resolución de 24 de marzo de 1998, y ya bajo la vigencia de la Ley 43/1995, aclarando que la regla de la subcapitalización se aplica también a los supuestos de endeudamiento indirecto. Este carácter «indirecto», con criterio muy discutible, ha de predicarse de la relación existente entre el prestatario y la persona que haya asumido, de alguna forma, el riesgo de la operación, y ello aunque el prestamista no sea residente.

Sin embargo, a juicio de la DGT, en la mayoría de los casos habrá que acudir a un expediente de fraude de ley para aplicar este artículo 20. Y si se atiende a la relación

E S T U D I O S

del prestatario con quien asume el riesgo (avalista, por ejemplo), y no con el prestamista, las cantidades tratadas como dividendos, en lugar de intereses, habrán de ser en todo caso las correspondientes al coste del aval, manteniendo su calificación a efectos tributarios los intereses del préstamo propiamente dichos.

También en esta Resolución de la DGT se aclara lo que ha de entenderse por «endeudamiento neto remunerado»; que incluirá el saldo de crédito y débitos recíprocos que devenguen intereses, entendiéndose comprendidos entre los mismos los que pudieran ser consecuencia de relaciones de endeudamiento indirectas.

A.4. Coeficiente 3.

Por último, para la aplicación de la norma sobre subcapitalización se requiere que el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, supere el ratio 3 a la cifra del capital fiscal.

Y a estos efectos, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal han de considerarse en su estado medio a lo largo del período impositivo.

El capital fiscal lo constituyen los fondos propios de la entidad, a excepción del resultado del propio ejercicio. Esta normativa no indica más en relación con dicho capital fiscal porque sigue la tónica general del Impuesto, en el sentido de no dar ninguna definición que se encuentre en la normativa mercantil (art. 10.3. de la LIS). No obstante, la utilización del capital fiscal para determinar el ratio de endeudamiento no parece del todo correcta porque en ella no se tienen en cuenta las plusvalías latentes.

Teniendo en cuenta el PGC (RD 1643/1990), los fondos propios de una entidad lo constituyen el capital social (grupo 10 del PGC); las reservas -prima de emisión de acciones, reservas de revalorización, reserva legal, reservas especiales, reservas para acciones de la sociedad dominante, reservas para acciones propias, reservas estatutarias, reservas voluntarias y reserva por capital amortizado- (grupo 11 del PGC); y los resultados pendientes de aplicación -remanente, resultados negativos de ejercicios anteriores, aportaciones de socios para compensación de pérdidas y ganancias- (grupo 12 del PGC). De esta relación, y sólo a los efectos de la subcapitalización, el artículo 20 de la LIS indica que no ha de tenerse en cuenta el resultado del propio ejercicio, que según la normativa mercantil sí formaría parte de los fondos propios de la entidad.

En cambio, la normativa anterior del Impuesto sobre Sociedades, Ley 61/1978 y RD 2631/1982, sí que recogían lo que había de entenderse por capital fiscal (artículo 17 de la LIS y artículo 164 del RIS). Así el artículo 17 de la anterior LIS establecía que el capital fiscal habría de determinarse por la diferencia entre el importe del activo y el de las obligaciones para con terceros, minorada, en su caso, por el saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias. Y el artículo 164 del anterior Reglamento, a su vez, especificaba que el capital fiscal lo constituyen los capitales propios, que son: con signo positivo, el capital social escriturado, las aportaciones al patrimonio social, la prima de emisión de acciones, las

reservas constituidas con cargo a resultados, las cuentas de actualización a partir del día siguiente a aquél en que surtan efecto, las plusvalías contabilizadas por revalorizaciones, las provisiones, los remanentes de ejercicios anteriores y los beneficios del ejercicio minorados en el importe aplicado a conceptos representativos de obligaciones para con terceros; y con signo negativo, las pérdidas de ejercicios anteriores, las del propio ejercicio y las acciones y participaciones sociales en la parte pendiente de desembolso. El apartado 4 de este artículo 164 del anterior RIS, contenía además algunas exclusiones del capital fiscal: amortizaciones y provisiones admitidas o requeridas fiscalmente y que se encontraran debidamente contabilizadas; el fondo de reversión y los fondos de obras sociales de las Cajas de Ahorro y de Educación y Obras Sociales de las entidades cooperativas.

B. Efecto de la aplicación de la norma sobre subcapitalización

Cuando se den todos y cada uno de los supuestos de aplicación de la norma sobre subcapitalización, la consecuencia tributaria que se produce es que los intereses que superan el coeficiente 3 tendrán la consideración y el tratamiento fiscal de dividendos. De este modo, no podrán ser deducidos en la base imponible de la prestataria por lo que se producirá un incremento de su beneficio imponible y, también, serán tratados como dividendos a los efectos de la obligación real de contribuir del prestamista.

Desde el punto de vista del perceptor de los dividendos, y atendiendo a que opere en España o no a través de establecimiento permanente, las implicaciones fiscales podrían resumirse del siguiente modo:

1. Entidad no residente con establecimiento permanente en España. Los intereses integrarán la base imponible del establecimiento permanente cuando estuvieran afectados a su actividad al haber sido éste el que materialmente realizara el préstamo. En este caso, estas rentas soportarán una tributación similar a la de un residente al someterse a imposición a un tipo de gravamen del 35 por 100 y gozar de similares deducciones. Pero la carga tributaria puede verse incrementada en el supuesto de transferencia al extranjero del beneficio, ya que, en este caso, se ha de soportar una imposición complementaria del 25 por 100, que únicamente se excluye cuando la transferencia al extranjero se realizara en favor de una entidad con residencia fiscal en algún Estado miembro de la Unión Europea (art. 51 de la LIS).

2. Entidad no residente sin establecimiento permanente en España. Los dividendos que perciba la entidad no residente habrán de soportar una retención en la fuente al tipo de gravamen general del 25 por 100.

Los intereses a tener en cuenta para su recalificación como dividendos, por lo que respecta al fenómeno de la subcapitalización, son los intereses «devengados». Con anterioridad, el artículo 16.9. de la Ley 61/1978 recogía los intereses «satisfechos», por lo que los intereses devengados pero aún no satisfechos o pagados no se tenían en cuenta a la hora de calcular el ratio de endeudamiento.

E S T U D I O S

3. LA SUBCAPITALIZACIÓN Y LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN.

Las normas contenidas en el artículo 20, 1 y 2 de la LIS, que establecen el método de un «ratio» genérico de recursos ajenos/proprios, con la finalidad de solucionar el problema de la subcapitalización, pueden resultar incompatibles con la aplicación de convenios para evitar la doble imposición suscritos por nuestro país. Estos convenios, en la medida en que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno, y según dispone el artículo 3 de la LIS habrían de prevalecer sobre la aplicación de la propia Ley.

Precisamente, para evitar los posibles obstáculos que puedan surgir en relación a la compatibilidad de estos convenios con las normas sobre subcapitalización, se ha introducido, con carácter de salvaguarda, el apartado 3 del artículo 20, en el que literalmente se dispone que «cuando medie un convenio para evitar la doble imposición y a condición de reciprocidad, los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del artículo 16.6. de esta Ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas».

La anterior regulación de la subcapitalización, contenida en el apartado 9 del artículo 16 de la Ley 61/1978, no aludía en absoluto al tema de los convenios para evitar la doble imposición.

El problema que plantean los convenios suscritos por nuestro país para evitar la doble imposición reside en que la gran mayoría de los mismos van a constituir en gran medida una copia del «Convenio Modelo» de la OCDE para evitar la doble imposición de 1977, cuya compatibilidad con las normas de subcapitalización, en general, fue analizada detenidamente en un informe elaborado por el Comité Fiscal de la OCDE publicado en 1987 -informe titulado «Thin capitalization»-, cuyas conclusiones han sido incorporadas a la nueva versión del Modelo de Convenio de la OCDE de 1992, a través de comentarios detallados de su articulado. Dicho informe va a poner claramente de manifiesto las condiciones o requisitos que se estiman necesarios para que la aplicación de normas internas que tratan de evitar la subcapitalización resulten compatibles con el Convenio Modelo, y en consecuencia con todos aquellos convenios de doble imposición que vengan a ser, en lo esencial, idénticos al mismo.

La introducción en la Ley 43/1995, del precepto contenido en su artículo 20.3. va a perseguir, sin lugar a dudas, el objetivo de compatibilizar la normativa española sobre subcapitalización con los principios recogidos en el Convenio Modelo de la OCDE, y en especial, el principio de no discriminación, para salvaguardar así la plena efectividad de dicha normativa, en relación a las entidades o personas residentes en países con los que se haya suscrito un convenio de doble imposición, con las que mantengan un endeudamiento entidades vinculadas residentes en territorio español.

Los principales artículos del Convenio Modelo de 1977 que plantean dudas acerca de su compatibilidad o no con las normas de subcapitalización serían: el artículo 9, que regula las relaciones entre «empresas asociadas»; los artículos 10 y 11, que se refieren al tratamiento fiscal de «dividendos» e «intereses»; el artículo 23, relativo a los métodos para evitar la doble imposición; y el artículo 24, que establece, entre otras medidas, una cláusula genérica sobre el principio de no discriminación.

El artículo 9 del Convenio Modelo OCDE, que regula las relaciones entre empresas vinculadas, establece el principio de plena competencia para determinar los beneficios imponibles de estas empresas, o lo que es igual, deberán, en todo caso, someterse a tributación aquellos beneficios que habrían obtenido estas empresas si no hubiese existido la vinculación o en situación de independencia (*arm's length principle*). Este principio debería ser respetado por las normas antisubcapitalización, de modo que se lleguen a realizar los ajustes necesarios para que el beneficio de la entidad pagadora de los «intereses» sometido a tributación no sea menor que el que hubiere correspondido gravar si el préstamo lo hubiese realizado una persona o entidad no vinculada a la misma.

Según el Informe del Comité Fiscal de la OCDE sobre este artículo 9, las normas «antisubcapitalización» no lo vulnerarían, en principio, ya que podría perfectamente cuestionarse tanto si los tipos de interés de un préstamo entre entidades vinculadas son tipos de interés de mercado, como si el «ratio» recursos ajenos/propios es el que se podría haber obtenido en una situación de independencia. Los ajustes para conseguir el tratamiento similar al derivado de esta situación de independencia, en caso de subcapitalización, serían permitidos siempre que la tributación resultante no sea superior a la derivada de esta situación -situación en la que, y como ejemplo, se hubiera acudido al crédito bancario o de sociedades o personas no vinculadas-.

Y es más, el informe se refiere a los posibles métodos que se podrían seguir, por parte de los Estados, para aplicar normas «antisubcapitalización» en respeto al artículo 9 del Convenio Modelo. Estos métodos consistirían bien en analizar cada supuesto concreto para determinar si la sociedad prestataria habría sido capaz de obtener en las mismas condiciones el préstamo de una entidad independiente -método subjetivo que conduciría en definitiva a plantearse si una entidad o persona no vinculada habría prestado un capital para recibir intereses en una proporción tan elevada o bien habría exigido en este caso una participación en los beneficios de la entidad prestataria, en lugar del abono de intereses-, o bien en establecer un «ratio» fijo de recursos ajenos/propios, que determinará el endeudamiento cuyo exceso dejará de tener la consideración de préstamo que origina intereses para ser tratado como aportación generadora de dividendos -método objetivo-. Tanto uno como otro método serían admisibles o compatibles con el artículo 9 del Convenio Modelo, si bien el segundo va a exigir, para su validez, que «se deje a la Sociedad implicada la opción de demostrar que el «ratio» de recursos ajenos/propios es de mercado (quizás, por ejemplo, demostrando que se corresponde con el «ratio» que es habitual en compañías independientes en el mismo tipo de negocios

E S T U D I O S

en el país)...». Es decir, el método del «ratio» o coeficiente fijo sería válido siempre que se admitiese la prueba en contrario, en el sentido de que existe una situación de independencia en el acceso al préstamo, a pesar de superarse el «ratio» legal establecido. De no admitirse esta prueba en contrario, por parte de la Sociedad vinculada que ha obtenido el préstamo, la norma antisubcapitalización sería contraria al artículo 9 del Convenio Modelo.

Por otra parte, los comentarios a los artículos incorporados a la nueva versión del Convenio Modelo de 1992 van a recoger las conclusiones del Comité Fiscal de la OCDE, expresando con rotundidad que «la aplicación de las reglas destinadas a combatir la subcapitalización no deberían normalmente producir el efecto de incrementar los beneficios fiscales de la empresa nacional hasta una cuantía superior al beneficio en situación de independencia y este principio debería observarse en la aplicación de los convenios en vigor».

Si bien en la normativa española anterior a la Ley 43/1995, se admitía, como anteriormente se ha indicado, la no aplicación de la regla sobre subcapitalización, y más en concreto del «ratio» establecido -entonces un 2- a las entidades que «por norma legal o reglamentaria deban tener un determinado volumen de recursos propios en relación a las inversiones realizadas y los riesgos asumidos», dicha excepción era, sin lugar a dudas, muy limitada, no permitiéndose, en modo alguno, que cualquier entidad, con independencia de su volumen de recursos propios en relación a sus inversiones o endeudamiento, pudiese demostrar que hubiese podido obtener la misma financiación obtenida de la entidad o persona vinculada, de una entidad o persona no vinculada.

Y en la vigente regulación -artículo 20.3. de la LIS-, a que posteriormente aludiremos, se va a permitir la aplicación de un coeficiente o «ratio» distinto al establecido -ahora un 3-, pero ante la concurrencia de una serie de requisitos o condiciones que se alejan, ciertamente, de lo que sería una mera prueba de que, a pesar de haberse superado el «ratio» legal, el préstamo se ha obtenido en una situación de independencia, por lo que los intereses del mismo deberían mantener el tratamiento fiscal que legalmente les corresponde. La compatibilidad de la actual normativa con el artículo 9 del Convenio Modelo sería, pues, y posteriormente insistiremos en ello, más que discutible.

Los artículos 10 y 11 del Convenio Modelo van a contener sendas definiciones de «dividendos» e «intereses» a efectos del Convenio, definiciones que, según ha entendido el Comité Fiscal de la OCDE, no impedirían la aplicación de normas antisubcapitalización cuando el acreedor del préstamo, en nuestro caso la entidad o persona vinculada no residente, comparta efectivamente los riesgos de negocio del deudor. Se va a permitir, pues, recalificar los intereses como dividendos, sin que para ello sea óbice la definición de estos conceptos. De hecho, en la definición que de dividendos ofrece el artículo 10 se incluyen las rentas provenientes de «otros derechos a excepción de los créditos, así como las rentas de otras participaciones sociales sometidas al mismo régimen fiscal que las rentas de acciones por la legislación del Estado de la residencia de la

José Antonio Sánchez Galicena - Rosario Pallarés Rodríguez

sociedad distribuidora», y precisamente en la definición de interés del artículo 11 se incluyen «los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza con o sin cláusulas de participación en los beneficios del deudor ...».

No obstante, y como hemos avanzado, el Comité Fiscal estimó que en determinados casos sería adecuado considerar como dividendo un pago que haya sido tratado como tal de acuerdo con las normas antisubcapitalización. Y en los comentarios incorporados a la nueva versión del Convenio Modelo de 1992 se va a expresar que el artículo 10 «no sólo trata de los dividendos sino también del 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», añadiendo que «en consecuencia, los artículos 10 y 11 no impiden el tratamiento de este tipo de interés como dividendo con arreglo a las normas nacionales sobre subcapitalización aplicadas en el país del prestatario. La cuestión de si el aportante del préstamo comparte los riesgos de la empresa debe determinarse en cada caso individual en vista de todas las circunstancias».

El problema que plantean, pues, estos artículos respecto a la normativa española va a estar en que la interpretación de los mismos, en relación con el artículo 9, parece conducir más bien a la aplicación de un método subjetivo para delimitar el tratamiento fiscal de «intereses/dividendos», que atendería a las circunstancias de cada caso concreto, que a su vez determinarían si existe o no un riesgo empresarial, y no ya el método objetivo del coeficiente o «ratio» que, en el caso de nuestra legislación, ni siquiera admite abiertamente la prueba en contrario. Además, en diversos apartados del informe del Comité Fiscal se van a proponer otras soluciones al problema de la subcapitalización como la no deducibilidad de todos los intereses, aun manteniendo su calificación, en la medida en que su pago no se considere un gasto necesario; y en otro momento - apartado 61 del informe- se va a permitir el ajuste en el importe del interés para adecuarlo al principio «arm's length», pero no recalificarlo como dividendo, con lo que parece contradecir lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio Modelo. En cualquier caso, la solución adoptada en la vigente normativa española no es, evidentemente, la que mejor se adapta a lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del Convenio Modelo, en sus dos versiones de 1977 y 1992, teniendo en cuenta el informe del Comité Fiscal de 1987 y las interpretaciones incorporadas a la versión de 1992.

El artículo 23 del Convenio Modelo establece los métodos para evitar la doble imposición, y en particular, afectaría a la doble imposición originada bien cuando se reparten dividendos bien cuando se pagan intereses que, por aplicación de las normas antisubcapitalización se traten fiscalmente como dividendos en el país de origen. El problema se va a plantear en relación con el tratamiento fiscal que el país del prestamista otorgue a los «intereses» que, en el país del prestatario han sido considerados como «dividendos», y en particular si existe o no vinculación, por parte del país del prestamista, a la calificación dada en el país de origen, para seguidamente, aplicar el método oportuno que evite la doble imposición.

E S T U D I O S

El informe del Comité Fiscal de la OCDE va a establecer que en el caso de que el convenio de doble imposición incluya en su artículo 23 una referencia expresa a «los ingresos definidos como dividendos en el artículo 10» o a «las rentas sometidas al régimen del artículo 10», el Estado de residencia del perceptor estaría obligado a aceptar la calificación de dividendos realizada por el Estado de la fuente, aplicando consecuentemente los métodos para evitar la doble imposición que aplicaría si hubiera sido un dividendo. Si, por el contrario, no se hubiese hecho en el convenio suscrito, ninguna referencia al artículo 10, el Estado de residencia del perceptor no estaría, en principio, obligado a aceptar la calificación del Estado de la fuente, pudiendo producirse supuestos de doble imposición. No obstante, y a pesar de esta «no obligación», se deberían aplicar los métodos para evitar la doble imposición, permitiendo la calificación de dividendos, en tres supuestos: cuando el Estado de la fuente haya tratado el «interés» como «dividendo» en virtud del artículo 9 del Convenio, por lo que el ajuste vendría ya más bien determinado por el propio artículo 9; cuando el Estado de la residencia tenga normas análogas en materia de subcapitalización que hubiesen permitido, por tanto, un trato recíproco en una situación idéntica; y en cualquier otro supuesto en que el Estado de la residencia considerase adecuado el tratar el interés como dividendo.

En definitiva, si bien en principio se prevé una recomendación amplia, con la finalidad de evitar la doble imposición, que haría compatible la normativa española sobre subcapitalización con el artículo 23 del Convenio, la alusión al supuesto concreto de la aplicación del artículo 9, haría reconducir, en un sentido más estricto, dicha compatibilidad al respeto de dicho artículo, con lo que se plantearían de nuevo las dudas acerca de la idoneidad o no de la vigente regulación española en esta materia.

Finalmente, el artículo 24 del Convenio Modelo va a establecer el principio general de no discriminación, disponiendo que «los nacionales de un Estado contratante no serán sometidos en el otro Estado contratante a ningún impuesto ni obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquéllos a los que están o puedan estar sometidos los nacionales de este otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones». Y más en concreto en su párrafo 5 -párrafo 4 en la versión de 1992- se va a establecer que «a menos que se apliquen las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9, del párrafo 6 del artículo 11 o del párrafo 4 del artículo 12, los intereses, cánones y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante son deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de esta empresa, en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del primer Estado». Por tanto, la norma antisubcapitalización sería contraria a este artículo si niega la deducción de intereses, aplicándose tan sólo cuando el acreedor es no residente, a no ser que este tratamiento derive de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 9 y 11.

El Comité Fiscal de la OCDE manifestó de forma muy clara, con la única reserva de Francia, en relación a este artículo 24.5. del Convenio Modelo, que «los términos de esta disposición no impiden al país del deudor asimilar los intereses a dividendos por aplicación de las reglas sobre subcapitalización que sean compatibles con el artículo 9.1. o el

artículo 11.6. Sin embargo, si esta asimilación resulta de reglas que no son compatibles con dichos artículos y que se aplican sólo a prestamistas no residentes (y no a prestamistas residentes) la asimilación está prohibida por el artículo 24.5.». Y esta argumentación se incorpora a los comentarios incluidos en la versión del Convenio Modelo de 1992.

Así pues, si la norma antisubcapitalización española tan sólo se aplica cuando los acreedores son personas no residentes vinculadas con el deudor, y además, si esta norma utiliza el «ratio» fijo de endeudamiento sin permitir la prueba en contrario, lo que no sería acorde, en principio, con el artículo 9 del Convenio Modelo, la incompatibilidad de nuestra normativa con el artículo 24 resulta evidente.

A pesar de que, según un primer análisis de algunos artículos que integran el Convenio Modelo al que se ajustan la gran mayoría de los convenios de doble imposición suscritos por España, habría que excluir la aplicación del artículo 20 de la LIS cuando el prestamista sea residente en un país con convenio, por vulneración de dichos artículos, y en particular el 9 y 24 -por supuesto en el caso de que efectivamente hayan sido incorporados en su tenor literal a los convenios suscritos-, resultará conveniente examinar con mayor detenimiento el párrafo 3 del artículo 20, que precisamente trata de evitar la incompatibilidad que hemos puesto de manifiesto.

El artículo 20.3. de la LIS va a tratar de atenuar la aplicación del método objetivo del «ratio» recursos ajenos/proprios, fijado en «3» en el apartado 1, en el supuesto en que medie un convenio para evitar la doble imposición, teniendo en cuenta el endeudamiento que hubiese podido obtener el sujeto pasivo en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas, y ello para tratar de compatibilizar la regulación sobre subcapitalización contenida en los apartados 1 y 2, con lo establecido en el Convenio Modelo OCDE, seguido por la gran mayoría de los convenios suscritos por nuestro país.

Pero esta atenuación del principio general, aun teniendo presente el principio «arm's length» -tan sólo se debería someter a imposición el beneficio que las empresas hubieran obtenido en situación de independencia-, no va a seguir los dictados del Comité Fiscal de la OCDE que hubieran conducido, al utilizar el método del «ratio» fijo, a la admisión sin más de la prueba en contrario, sino que va a establecer un procedimiento para la posible aplicación de un coeficiente distinto, que va a suponer a la postre una obstaculización al fin perseguido.

En efecto, el artículo 20.3. exige, para la aplicación de un coeficiente distinto, en el caso de convenios para evitar la doble imposición, la formulación de una propuesta en dicho sentido ante la Administración tributaria -propuesta fundamentada en el principio «arm's length»-, y en todo caso, la aplicación de dicho coeficiente tendría lugar a condición de reciprocidad.

La propuesta en cuestión habrá de regirse por lo dispuesto en el artículo 16.6. de la LIS, según la remisión expresa que hace el artículo 20.3. Así, dicha propuesta deberá

E S T U D I O S

ser sometida a la Administración tributaria con carácter previo a la realización de las operaciones -en este caso, se entiende, antes de concederse el préstamo-, surtiendo efectos su aprobación respecto a las operaciones que se inicien con posterioridad a la misma y que, por supuesto, se efectúen según los términos de la propuesta aprobada, teniendo validez durante tres períodos impositivos -entendemos que si, en las mismas condiciones, se efectúan nuevos préstamos por parte de la entidad o persona vinculada, no sería preciso formular una nueva propuesta de aplicación de un coeficiente distinto durante este tiempo-. Y en el caso de variación significativa de las circunstancias económicas existentes en el momento de la aprobación de la propuesta -modificación del «ratio» de endeudamiento-, ésta podría ser modificada para adecuarla a las nuevas circunstancias económicas. Una vez transcurrido el plazo de resolución, las propuestas podrán entenderse desestimadas.

El procedimiento para la tramitación y resolución de las propuestas sometidas a la Administración tributaria se regula en los artículos 16 a 28 del Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, artículos referidos en general, a propuestas para la valoración previa de operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, gastos de investigación y desarrollo, de apoyo a la gestión y coeficiente de subcapitalización.

Entre las peculiaridades relativas a las propuestas sobre el coeficiente de subcapitalización, destaca la obligación de presentar, además de la documentación previa exigida en el artículo 18 relativa a la identificación de las personas o entidades que vayan a realizar las operaciones, identificación de las operaciones y descripción sucinta del contenido de la propuesta, la siguiente documentación descrita en el artículo 19.5. del Reglamento: «a) Cuentas anuales de la entidad.

b) Endeudamiento que, en relación al capital fiscal, estima el sujeto pasivo que hubiere podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas y justificación del mismo.

c) Descripción del grupo de sociedades al que pertenece la entidad. A estos efectos, se entenderá por grupo de sociedades el formado por las sociedades entre las cuales se dan las relaciones previstas en el artículo 42 del Código de Comercio.

d) Identificación de las entidades no residentes vinculadas con las que la entidad ha contraído o contrae el endeudamiento.

e) Coeficiente de endeudamiento que se propone y justificación del mismo, destacando las circunstancias económicas que deban entenderse básicas en orden a su aplicación.

f) Justificación del tratamiento de reciprocidad».

Tras el examen de la propuesta, pruebas y alegaciones, a que se refiere el artículo 21, la resolución que ponga fin al procedimiento podrá aprobar la propuesta formulada

por los sujetos pasivos, desestimarla, o aprobar otra propuesta formulada por los sujetos pasivos en el curso del procedimiento. La aprobación de la propuesta relativa al coeficiente de subcapitalización, según dispone el artículo 22.4. del Reglamento, deberá plasmarse en un documento en el que se consignarán el lugar y fecha de su formulación, la identificación de los sujetos pasivos a que se refiere la propuesta, el período de tiempo a que se refiere y las razones o motivos por las que la Administración tributaria aprueba la propuesta. Asimismo, deberá mencionarse expresamente el coeficiente de subcapitalización aplicable.

La resolución dictada no será recurrible ni tampoco el acto presunto desestimatorio, sin perjuicio de los recursos y reclamaciones que puedan interponerse contra los actos de liquidación que en su día se dicten (art. 23 del Reglamento).

El efecto esencial de la resolución que aprueba la propuesta en relación al coeficiente de subcapitalización, será que la Administración tributaria y los sujetos pasivos deberán atenerse a lo que resulte de su aplicación (art. 24 del Reglamento). En el caso de revocación de la resolución que aprobó la propuesta en relación al coeficiente de subcapitalización, se deberá aplicar el previsto en el artículo 20 de la Ley del Impuesto (art. 28.6. del Reglamento), coeficiente que deberá también ser aplicado en el supuesto de desestimación de la modificación formulada por los sujetos pasivos (art. 28.7. del Reglamento).

El procedimiento iniciado por el sujeto pasivo -supuesto normal en el caso de aplicación de un coeficiente distinto al previsto en el artículo 20.1. de la Ley-, deberá finalizarse antes de los seis meses, contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente o desde la subsanación de la misma a requerimiento de dicho órgano. Transcurrido este plazo sin haberse producido una resolución expresa, la propuesta de modificación podrá entenderse desestimada (art. 28.8. del Reglamento).

La regulación legal y reglamentaria del supuesto relativo a la existencia de convenios para evitar la doble imposición que, como hemos indicado, persigue la finalidad de compatibilizar la aplicación de las normas sobre subcapitalización con el contenido esencial del Convenio Modelo de la OCDE, es a todas luces insuficiente.

Partiendo de la generalidad de la norma que, en principio, no tiene en cuenta las características específicas del sujeto pasivo -no existen «ratios» recursos ajenos/proprios distintos para sectores económicos específicos-, no se prevé la posibilidad de que el coeficiente no se aplique si la entidad puede demostrar que habría sido capaz de obtener la misma financiación de una entidad o persona no vinculada. Por lo que la incompatibilidad con el artículo 9 del Convenio Modelo parece evidente. Además, se podría estar vulnerando el principio de no discriminación establecido en los convenios, si en ellos se plasma el artículo 24 del Convenio Modelo, pues la norma antisubcapitalización tan sólo sería aplicable cuando el prestamista fuese un no residente vinculado, no aplicándose la misma a los residentes vinculados, dejando de respetar al mismo tiempo el artículo 9 anteriormente aludido.

E S T U D I O S

El procedimiento establecido en la LIS y el Reglamento que lo desarrolla para permitir aplicar un coeficiente distinto al establecido con carácter general, en los supuestos de convenios de doble imposición, es absolutamente inadecuado, no pudiendo justificar y menos fundamentar una vulneración de los artículos 9 y 24 del Convenio Modelo cuando, por supuesto, dichos artículos hayan sido trasladados a los convenios en cuestión.

La exigencia de reciprocidad, la presentación de una «propuesta» acompañada de una excesiva documentación, que en ningún caso garantiza su aprobación y que excede de lo que sería una simple prueba de un endeudamiento distinto al admitido, así como la imposibilidad de recurrir una resolución o acto presunto desestimatorios, junto a la posibilidad de que la resolución estimatoria sea revocada, hacen realmente incompatible la normativa española con la que se plasma en el Convenio Modelo.

De todo lo expuesto se va a deducir que la normativa española sobre subcapitalización no se ha engarzado adecuadamente con las normas contenidas en los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, por lo que el ámbito de aplicación de la misma puede verse muy reducido. De hecho, no podrá ser aplicada cuando el no residente afectado resida en un país con convenio para evitar la doble imposición y dicho convenio reproduzca fielmente el Convenio Modelo de la OCDE -entre las pocas excepciones estarían los Convenios con el Reino Unido, Estados Unidos o Australia-. Habrá, pues, que estar al contenido de cada convenio, cuya aplicación será en todo caso prevalente respecto a la norma interna, para determinar si la normativa española sobre subcapitalización resultaría o no aplicable a los sujetos pasivos vinculados con personas o entidades no residentes, afectados por el convenio en cuestión. Y ello sin perjuicio de que en los supuestos en que se entienda que no son vulneradas las disposiciones contenidas en el Convenio, y en consecuencia quede clara la compatibilidad con los artículos contenidos en el Convenio Modelo, resulte aplicable el procedimiento establecido en el artículo 20.3. de la LIS, y desarrollado en los artículos 16 a 28 del Reglamento del Impuesto, que podría conducir a la aplicación de un coeficiente distinto al establecido con carácter general en el artículo 20.1.

4. CONCLUSIONES.

Para que pueda aplicarse la regla de la subcapitalización han de darse todas y cada una de las siguientes circunstancias: existencia de vinculación entre una entidad residente en territorio español y la no residente; existencia de endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, entre la sociedad residente y la no residente; y que el endeudamiento medio del ejercicio supere el triple del capital fiscal medio del ejercicio.

Una vez cumplidos esos requisitos, la consecuencia fiscal que se deriva de la aplicación del artículo 20 de la LIS es que el exceso de interés se recalifica como dividendo, tanto para la sociedad residente como para la no residente. Así, para la sociedad residente, este exceso no tiene la consideración de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades y para la sociedad no residente tendrá la consideración de dividendo.

La norma de subcapitalización no se aplica a las entidades financieras, en las que, por su objeto social, lógicamente no cabe entender que poseen un endeudamiento excesivo en proporción a su capital fiscal.

La aplicación de las normas sobre subcapitalización contenida en el artículo 20 de la LIS ha de ser compatible con los convenios de doble imposición suscritos por España. Y esta compatibilidad se logrará, según el Informe de la OCDE de 1987 sobre «thin capitalization», de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Cabe examinar todas las circunstancias del caso (el ratio de endeudamiento antes de la operación, la proporción que representa el préstamo respecto a las participaciones, el hecho de que el préstamo se destine a cubrir pérdidas importantes, su convertibilidad, el carácter de préstamo participativo y la subordinación o atribución de un rango inferior a otros créditos de la sociedad, entre otros) con objeto de determinar si una persona independiente habría proporcionado capital en forma de préstamo o habría exigido una participación en los beneficios, para en este último caso negar la deducibilidad de los intereses.

2. Alternativamente cabe acudir a un ratio o coeficiente fijo de endeudamiento, por encima del cual el préstamo tiene el tratamiento de aportación, pero en este caso es necesario que se admita la prueba en contrario, pues de nó ser así el sistema resultaría contrario al artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE.

Por otro lado, el párrafo 4 del artículo 24 del Convenio Modelo en su versión de 1992 impone el mismo tratamiento a los pagos efectuados a residentes y a no residentes, habiendo formulado respecto al mismo reserva Francia, con objeto de asegurarse la «posibilidad de aplicar las disposiciones de sus normas internas relativas a la deducción del interés pagado por una sociedad francesa a una matiz extranjera», e igualmente Australia, pero no así España.

La mayoría de los convenios suscritos por España siguen el Convenio Modelo, lo que parece excluir la posibilidad de aplicar el artículo 20 de la LIS cuando el prestamista sea residente de un país con convenio, ya que este artículo utiliza un sistema de coeficientes, sin admitir prueba en contrario, y se aplica sólo a los no residentes, vulnerando en consecuencia tanto el artículo 9 como el 24 del Modelo OCDE.

En un intento de curarse en salud, el párrafo 3 del artículo 20 de la LIS establece que si media un convenio, y a condición de reciprocidad, se podrá someter a la Administración una «propuesta» para la aplicación de un «coeficiente distinto», fundamentada en el «endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado». Ahora bien, aunque se interprete este precepto en un sentido amplio, dudosamente resulta compatible con el artículo 9 del Modelo, en la medida en que se refiere sólo a «propuestas», sin admitir plenamente la prueba en contrario, ya que no se garantiza que la Administración acepte la propuesta cuando la misma esté efectivamente basada en el endeudamiento que se podría obtener en una situación de inde-

E S T U D I O S

pendencia. Y en todo caso, la norma interna, en la medida en que sólo se aplica cuando el prestamista es no residente, vulneraría el artículo 24 del Modelo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- 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 (1)», CT, núm. 76, 1995, pp. 13 y ss.
- FALCÓN Y TELLA, R.: «Transparencia fiscal internacional, subcapitalización y convenios de doble imposición», Editorial, QF, núm. 16, 1997, pp. 5-7.
- FARRE ESPAÑOL, J. M.: La doble imposición. Modelo OCDE 1992, Einia, Barcelona, 1994.
- GÁLVEZ, J. F.: «Subcapitalización», Revista de Estudios Financieros, núm. 134, 1994.
- GONZÁLEZ POVEDA, V.: «La subcapitalización: un problema nuevo del Impuesto sobre Sociedades», Impuestos, Tomo II, 1992, pp. 82 y ss.
- GUTIÉRREZ DE PABLO, G.: «Diversos aspectos de la planificación fiscal internacional y el uso de los paraísos fiscales. Análisis de algunas medidas de prevención», Impuestos, núm. 10, 1995, pp. 3 y ss.
- GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, J. M^a, REGIFE LONGEDO, A. y TOMÁS HERNÁNDEZ, P.: «Aspectos internacionales de la evasión y el fraude fiscal», Impuestos, núm. 22, 1993, pp. 3 y ss.
- HERNÁNDEZ, J. y ECHEVARRÍA, F.: «Régimen Fiscal común aplicable a las Sociedades matrices y filiales de Estados miembros de la CEE. Aplicación al Derecho Fiscal Español de la Directiva 90/435/CEE», QF, núm. 9, 1993, pp. 104 y ss.
- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A.: «Grupos de sociedades: subcapitalización. Efecto impositivo», Revista de Estudios Financieros, núm. 129, 1993.
- O.C.D.E.: «La Sous-Capitalization», Questions de Fiscalité Internationale, núm. 3, París, 1987.
- O.E.C.D.: Model double taxation convention on income and on capital, París, 1977.
- PALAO TABOADA, C.: «La subcapitalización y los convenios de doble imposición», Revista de Estudios Financieros, núm. 137-138, pp. 77 y ss.
- Resolución de la Dirección General de Tributos de 23 de noviembre de 1993. Préstamos a una sociedad, avalados por la sociedad matriz. Subcapitalización, Aranza-di Fiscal, núm. 30.

Jose Antonio Sánchez Galiana - Rosario Pollarés Rodríguez

- Resolución de la Dirección General de Tributos de 9 de septiembre de 1996. Operaciones vinculadas. Endeudamiento de una entidad española con una entidad no residente. Ajustes para determinar la base imponible. Subcapitalización, Aranzadi Fiscal, núm. 76.
- Resolución de la Dirección General de Tributos de 24 de marzo de 1998. Aplicación del régimen de subcapitalización en los supuestos de endeudamiento indirecto. QF, núm. 15, 1998, pp. 35-36.
- REY, F. y COLLADO, A.: «Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado», Impuestos, Tomo I, 1993, pp. 77 y ss.

