

M.ª LUISA ESTEVE PARDO

*Profesora titular interina de Derecho Financiero y Tributario.
 Universidad de Barcelona*

Este trabajo es parte del que se presentó al 10.º Premio «Estudios Financieros», modalidad TRIBUTACIÓN, y que fue premiado con un accésit. El trabajo completo aparecerá publicado como monografía en la Editorial Estudios Financieros.

Extracto:

LAS consecuencias tributarias de la subcapitalización de las sociedades han sido una de las principales preocupaciones de las Haciendas públicas de los Estados de nuestro entorno en esta última década. El inmediato riesgo de pérdida de ingresos tributarios ha propiciado regulaciones como la contenida en el artículo 20 de la LIS, que prevé para los intereses provenientes de una sociedad subcapitalizada por socios no residentes la consideración, a efectos tributarios, de dividendos.

En este trabajo se analizan los presupuestos objetivos exigidos por la LIS para aplicar el régimen previsto en su artículo 20. Es decir, qué estructuras financieras son consideradas por el legislador constitutivas de subcapitalización. La LIS, en su afán de cubrir todas las situaciones posibles y evitar maniobras tendentes a escapar de la aplicación de este régimen, es voluntariamente imprecisa en la delimitación de algunos aspectos de los presupuestos objetivos. Así habla de endeudamiento sin definirlo -a diferencia de otros conceptos, como capital fiscal- e incluye el endeudamiento *indirecto*, probablemente para atraer a su ámbito de aplicación la financiación garantizada y los préstamos *back-to-back*. Éstas y otras cuestiones se discuten en este artículo.

Sumario:

- I. Aproximación a la cuestión de la subcapitalización en el Derecho tributario.

- II. Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización.
 1. Endeudamiento neto remunerado.
 - 1.1. Endeudamiento.
 - 1.2. Endeudamiento neto.
 - 1.3. Endeudamiento remunerado.

 2. Endeudamiento directo o indirecto.

 3. Medida del endeudamiento.

I. APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN DE LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL DERECHO TRIBUTARIO

En una primera aproximación, puede caracterizarse la subcapitalización como la elevada desproporción entre los fondos ajenos y los fondos propios de que dispone una entidad, de manera que la financiación a través de préstamos u otras modalidades de endeudamiento supera cuantitativamente con gran amplitud al capital propio.

Es una cuestión estrechamente ligada a las diferentes posibilidades de financiación de una sociedad y sus consecuencias tributarias. Los recursos financieros de las sociedades son fundamentalmente de dos tipos, o bien son recursos propios, o bien acuden a los recursos ajenos. Los fondos propios provienen de las aportaciones de capital realizadas por los socios y de los beneficios obtenidos por la sociedad y retenidos para desarrollar su actividad económica (autofinanciación). El capital aportado pasa a ser propiedad de la sociedad, mientras los aportantes obtienen títulos representativos de su participación en el capital que les otorgan, entre otros, un derecho abstracto ¹ a participar de los beneficios sociales, lo que supone asumir el riesgo empresarial. La financiación ajena consiste en la puesta a disposición de la sociedad de cantidades, a cambio de una retribución pactada previamente y por un período determinado de tiempo. La posición jurídica del prestamista es la de acreedor de la sociedad ².

¹ En el sentido de ser un derecho inherente a la condición de socio, individual e inderogable, pero que no predetermina ni el cuando ni el cuanto de la distribución de beneficios según ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo*, Sevilla, 1973, pág. 69. Sobre el alcance del contenido del derecho abstracto a participar en los beneficios existen diferentes opiniones en la doctrina vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y distribución del beneficio de la sociedad anónima*, Madrid-Roma, 1955, págs. 129-130, quien mantiene que si existe beneficio y se dan las circunstancias exigidas en la Ley los socios de una sociedad lucrativa tienen derecho al reparto anual del beneficio, mientras RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1964, pág. 292, considera que la Ley no impone tal reparto anual y deja mayor libertad a la sociedad para decidir su reparto o su destino a reservas o autofinanciación. En cualquier caso no es un derecho vacío de contenido, ya que como mínimo en su virtud son nulos los «pactos leoninos» que excluyan a uno o más socios de toda parte en las ganancias.

² En este punto conviene recordar que el hecho de que un socio conceda un préstamo a su sociedad no altera su posición jurídica en cuanto prestamista, coincidiendo en él las cualidades de socio, en cuanto aportante de capital, y de acreedor, en cuanto prestamista.

Junto a estas dos formas básicas, se habla de una tercera, llamada «financiación híbrida» por compartir notas de las dos anteriores. En esta modalidad, los fondos se otorgan a la sociedad formalmente a título de préstamo, pero bajo condiciones que les hacen participar del riesgo empresarial. Casos típicos los constituyen los préstamos concedidos con cláusulas de convertibilidad del crédito en capital social -como son las obligaciones convertibles en acciones- o los denominados préstamos participativos, en los que el interés se fija, total o parcialmente, en función del beneficio obtenido por la sociedad deudora.

Las sociedades son libres de financiarse como estimen conveniente, y la decisión a este respecto de los socios está influida por una multiplicidad de factores de muy diversa naturaleza ³, entre los cuales los motivos de índole fiscal no son en absoluto desdeñables ⁴. Es sobradamente conocido que según la normativa del Impuesto sobre Sociedades las distribuciones de beneficios no son aptas para minorar el beneficio gravable de la sociedad [art. 14.1 a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en adelante, LIS), mientras los intereses son gastos deducibles. En esta diferencia de trato consiste la que se ha dado en llamar beligerancia del Impuesto sobre Sociedades respecto a la estructura financiera de las empresas, por cuanto favorece la financiación mediante endeudamiento frente a las aportaciones de capital ⁵. En defensa de esta postura explica GOTA LOSADA, «La idea es muy clara: cuanto mayor sea la participación del capital prestado, en relación al capital aportado, mayores serán los intereses deducibles como gasto, y menor la base imponible, y por ende el Impuesto sobre Sociedades» ⁶. Sin embargo, esta pretendida beligerancia del impuesto deriva no tanto de una decidida opción del legislador en este sentido, como del concepto mismo de renta adoptado por el impuesto ⁷.

³ Vid. SUÁREZ SUÁREZ, A.S., *Decisiones óptimas de inversión y financiación en la empresa*, 8.ª ed., Madrid, 1987, especialmente por lo que se refiere al coste del capital, págs. 531-555, y en particular al papel de los impuestos, págs. 546-548.

⁴ A este respecto *cfr.* la afirmación de VAN DEN TEMPEL, A.J., «El impuesto sobre sociedades y el impuesto sobre la renta en la CEE», en LAGARES CALVO, M.J., *El impuesto sobre sociedades. Aspectos polémicos*, Madrid, 1972, págs. 255-383, esp. pág. 275, «Algunos autores consideran que la evidente doble imposición económica de los dividendos no es el principal defecto de los actuales Impuestos sobre Sociedades. El defecto más importante consiste en la diferencia de trato fiscal de los costes de financiación en el sentido de economía de la empresa».

⁵ Beligerancia que se proyecta también sobre la forma jurídica de la empresa si se tiene en cuenta que las consecuencias tributarias de cada forma de financiación no son idénticas para todas. Es lo que sucede si no se permite a los establecimientos permanentes deducir los intereses debidos a su casa central, como así establece el artículo 17.1 a) de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, sobre la Renta de no Residentes (en adelante, LRNR): «a) Para la determinación de la base imponible, no serán deducibles los pagos que el establecimiento permanente efectúe a la casa central o a alguno de sus establecimientos permanentes a título de cánones, intereses, comisiones, en contraprestación de asistencia técnica o por el uso o la cesión de bienes y derechos», mientras que para las sociedades filiales sí que son gasto deducible los intereses satisfechos a sus sociedades matrices no residentes.

⁶ GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto de Sociedades*, Madrid, 1988, tomo I, pág. 245.

⁷ Según el cual los intereses son gastos necesarios para obtener la renta y, por tanto, deducibles, mientras que los dividendos son aplicación de renta y, en consecuencia, no son deducibles.

Junto a ello, debe tenerse también en cuenta que la aportación de capital está sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Operaciones Societarias, a un tipo del 1 por 100 ⁸, mientras que los préstamos no están sujetos a ningún impuesto indirecto.

Por otra parte, junto a la incidencia sobre el beneficio gravable de la sociedad, las diferentes consecuencias tributarias de cada tipo de operación para el aportante y para el prestamista pueden influir en la decisión de la forma de financiación. Pese a que ambos tipos de rendimientos integrarán la renta de un sujeto que los perciba, el tratamiento que les dispensan las normas reguladoras de los impuestos es diverso y está con frecuencia influido en gran medida por razones de política económica, ajenas a las estrictamente tributarias.

En nuestro ordenamiento tributario ello es especialmente notable respecto de los intereses. Desde 1991 ⁹, los intereses percibidos por sujetos residentes en otros Estados de la Unión Europea disfrutaban de una exención [art. 13.1 b) de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en adelante, LRNR], establecida con el claro propósito de atraer capitales ¹⁰. Además, en los Convenios para evitar la Doble Imposición suscritos por España se suele contemplar un tipo impositivo en la fuente inferior para los intereses que para los dividendos.

Por su parte, la percepción de dividendos por sujetos residentes autoriza, en las condiciones requeridas, a practicar la deducción por doble imposición prevista en los artículos 66 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF) y 28 de la LIS, si los dividendos proceden de una sociedad residente. Si los dividendos proceden de fuente extranjera, la sociedad residente perceptora podrá aplicarse, si cumple las condiciones exigidas, la exención del artículo 20 bis de la LIS o las deducciones de los artículos 30 y 30 bis de la LIS. La situación varía para los socios no residentes, los cuales ven por lo general a sus dividendos exclui-

⁸ Artículo 26 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 septiembre.

⁹ Artículo 2.Tres.3 del Real Decreto-Ley 5/1990, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales Urgentes, respecto del IRPF y artículo 62.Tres.3 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, respecto del Impuesto sobre Sociedades.

¹⁰ Antes de su incorporación a nuestro Derecho tributario, se venía exigiendo una reforma del tratamiento fiscal de rendimientos del capital mobiliario para no residentes: «Un factor que ha ido cobrando una importancia creciente en esta década final del siglo es la *internacionalización de la fiscalidad*. La libertad de movimientos de capitales entre países va a dar un paso definitivo el próximo 1 de julio en Europa para la mayoría de los miembros de la CEE, decisión que para España se aplaza hasta 1993. El significado de esa decisión sobre la libertad de movimientos de capitales es grande para el impuesto personal sobre la renta y se reduce a un dilema: o España ajusta su tratamiento fiscal del ahorro al de los restantes países de la CEE o no podrá evitar que nuestro ahorro emigre en busca del mejor trato fiscal en el extranjero y que el ahorro exterior no acuda a nuestra economía (...), con lo que (España) va a pagar muy caro, si no reforma su fiscalidad, la libertad de movimientos de capital». FUENTES QUINTANA, E., *Las reformas tributarias en España. Teoría, historia y propuestas*, Barcelona, 1990, pág. 573.

dos de la aplicación de la deducción (art. 25 de la LRNR) o bien, si se trata de establecimientos permanentes, pueden practicarla si los dividendos provienen de una sociedad residente en España, pero no si tienen fuente extranjera [art. 18.4 a) de la LRNR]. La única excepción la constituye el supuesto específico de las sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea que perciban dividendos de sociedades filiales residentes, los cuales quedan exentos [art. 13.1 g) de la LRNR] ¹¹.

Es el diferente régimen tributario previsto para dividendos, en sentido amplio, e intereses tanto para la sociedad como para el socio el motivo de índole fiscal que puede inducir a subcapitalizar una sociedad ¹². Desde el punto de vista del aportante de capital, la elección alternativa entre ambas modalidades de financiación se presenta únicamente para los socios, que son los «subcapitalizadores» natos de las sociedades. Dentro de este grupo, serán los grupos de sociedades internacionales los que propenderán en mayor medida a alterar sus estructuras financieras de la manera más conveniente para modular y reducir la carga impositiva global soportada en función de todas las variables referidas y de la situación de cada una de las sociedades.

El hecho de que los dividendos no sean gasto deducible para la sociedad pagadora, mientras sí lo son los intereses, puede condicionar la estructura financiera de la misma. De hecho, es un factor fiscal en las decisiones de financiación conocido desde antiguo ¹³. Sin embargo, nunca ha determinado por sí solo el régimen fiscal de las sociedades, sino que era un elemento más a tener en cuenta, entre muchos otros, a la hora de establecer el tratamiento tributario de los dividendos.

No puede decirse lo mismo respecto del régimen tributario dispensado a los perceptores de intereses. Sin duda, el factor determinante que ha favorecido la proliferación de supuestos de subcapitalización ha sido la generalización de regímenes tributarios beneficiosos para los intereses percibidos por no residentes en la mayoría de Estados de la Unión Europea con el fin de atraer capitales de inversión ¹⁴.

¹¹ Estudia la posible aplicación directa de la Directiva 90/435/CEE del Consejo de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes a los establecimientos permanentes, de manera que éstos reciban el mismo trato que las sociedades matrices. GARCÍA PRATS, F.A., «Application of the Parent-Subsidiary Directive to Permanent Establishments?», en *European Taxation*, 1995, núm. 6, págs. 179-187.

¹² Es lo que SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades*, tomo I, 3.ª ed., Madrid, 1991, pág. 382, denomina «financiación anómala», distinguiéndola de la financiación «híbrida». Esta última es, como se ha visto, financiación con capitales ajenos aunque el prestamista participa en mayor o menor medida en el riesgo empresarial.

¹³ Vid. por ejemplo, ARCO RUETE, L. del, «Doble imposición económica de dividendos», en *HPE*, núms. 24-25, 1973, págs. 285-306, esp. págs. 295-298 y el INFORME DE LA REAL COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA FISCALIDAD (INFORME CARTER), vol. III, Madrid, 1975, págs. 9 y 33, sobre la falta de neutralidad del Impuesto sobre Sociedades respecto a las formas de financiación de las empresas.

¹⁴ Generalización que se ha dado en denominar «competencia fiscal», dado que en la lucha de los Estados de nuestro entorno económico por atraer capitales éstos han empleado intensamente el instrumento fiscal.

Debe añadirse que no son únicamente los intereses de la Hacienda Pública los que pueden resultar perjudicados en casos de subcapitalización, ya que ésta supone el desplazamiento del riesgo empresarial sobre los terceros acreedores de la sociedad ¹⁵, que ven cómo ésta dispone de un muy reducido patrimonio de responsabilidad para hacer frente a los riesgos asumidos.

Ello, sin embargo, no ha parecido preocupar en demasía al legislador tributario. De hecho no se ha producido una reacción generalizada de los Derechos tributarios de nuestro entorno económico frente a la subcapitalización hasta fechas bien recientes, coincidiendo con la referida generalización de regímenes tributarios claramente beneficiosos previstos para los intereses. Por otra parte, las Administraciones tributarias suelen mostrarse más recelosas frente a situaciones internacionales de subcapitalización que ante las meramente internas, evidentemente por la posibilidad, en el primer caso, de que la reducción de la base imponible de la sociedad subcapitalizada suponga una pérdida definitiva de ingresos tributarios. Ello se traduce con frecuencia en normas de Derecho positivo aplicables únicamente a la subcapitalización causada por no residentes.

II. PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SUBCAPITALIZACIÓN

1. Endeudamiento neto remunerado.

1.1. Endeudamiento.

Por endeudamiento debe entenderse todo tipo de medios de financiación puestos a disposición de la sociedad cuyos resultados sean equivalentes a la dotación de la sociedad con capital ajeno, cualquiera que sea el contrato u operación que lo instrumente ¹⁶. Puede tratarse de un préstamo, un crédito comercial, la emisión de bonos, pagarés, obligaciones... , siendo indiferente que los intereses sean explícitos o implícitos. Particularmente sospechosas son a este respecto las llamadas formas «híbridas» de financiación como los créditos participativos o las obligaciones convertibles en acciones cuyas características aproximan su naturaleza a la aportación de capital propio. Sin embargo, ninguna referencia explícita se hace a las mismas, por lo que dado el tenor objetivo de la norma, no se plantea ninguna especialidad, ni de requisitos de aplicación, ni de consecuencias jurídico-tributarias, respecto de

¹⁵ Al respecto *vid.* GALGANO, F., «La società per azioni. Principi generali. Artt. 2325-2341», en *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1996, págs. 177-181, quien considera que, en general, la limitación de responsabilidad de que disfrutaban las sociedades de capital supone una cierta traslación del riesgo empresarial a terceros acreedores, traslación que aumenta considerablemente en los casos de sociedades con capital irrisorio o subcapitalizadas.

¹⁶ En palabras de LETE ACHIRICA, C., *Las Entidades no Residentes en el Impuesto sobre Sociedades*, Barcelona, 1997, pág. 372, «lo que efectivamente tenga tal carácter respecto de la sociedad prestataria: lo que pueda calificarse como deudas incluíbles en las partidas de "Acreedores" en el Pasivo del balance de la sociedad (arts. 175-180 de la Ley de Sociedades Anónimas -LSA-)».

otras formas de financiación con capital ajeno ¹⁷. Antes al contrario, el legislador español se ha preocupado de que un tipo de financiación híbrida como son los préstamos participativos quede en determinados casos a salvo de la posibilidad de sufrir las consecuencias de la regulación de la subcapitalización. Así lo ha dispuesto a través del artículo 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, sobre reconversión y reindustrialización y del artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, referido a las sociedades de capital riesgo, normas que se preocupan de asegurar que los intereses por ellos debidos serán considerados en todo caso como partida deducible del Impuesto sobre Sociedades.

Pese a la ausencia de cualquier referencia explícita en la Ley, creemos que debe entenderse que el endeudamiento relevante lo conforman los préstamos a largo plazo, sin computarse los obtenidos a corto plazo, ya que éstos vienen únicamente a subvenir necesidades transitorias de financiación, y no a crear estructuras financieras subcapitalizadoras. Pese a que la interpretación teleológica conduce a este resultado, el tenor literal de la norma no impide que estos préstamos sean computados para tener en cuenta el nivel de endeudamiento medio de la entidad ¹⁸.

Además, se ha planteado la posibilidad de computar como endeudamiento supuestos que, sin suponer propiamente la puesta a disposición de capitales ajenos, son funcionalmente análogos.

Una primera posibilidad la constituye la financiación encubierta a través de operaciones comerciales en las que se concede un aplazamiento del pago. Siempre que el plazo de pago y las condiciones del mismo sean razonables y habituales en el sector de que se trate, no puede decirse que estemos ante una operación de financiación, sino ante una operación comercial. Cuestión distinta es que las condiciones del aplazamiento del pago sean anormales y permitan ver en él una auténtica operación de financiación ¹⁹. Pero, en cualquier caso, dado el sentido y finalidad de la norma, estimamos que debe tratarse de financiación a largo plazo, y no de la simple cobertura de necesidades coyunturales de financiación ²⁰.

¹⁷ No sucede así en otras legislaciones, en las que, si los intereses se pactan en función de los beneficios obtenidos, las *ratios* de endeudamiento tolerado son muy inferiores a las fijadas para los préstamos cuyo interés se establece sobre un porcentaje del capital prestado. Así, por ejemplo, §8a.S1. n1 y 2 *Körperschaftsteuergesetz* (Ley del Impuesto sobre Sociedades alemana, en adelante, *KStG*). La razón de tal distinción reside en que los préstamos participativos u otra forma de financiación híbrida son más sospechosos de constituir subcapitalización ya que el capital prestado participa del riesgo empresarial, de ahí que las *ratios* de financiación híbrida aceptadas sean inferiores a las toleradas en caso de financiación con claro capital ajeno.

¹⁸ *Vid. infra* epígrafe 2.3.

¹⁹ Como deja claramente de relieve, MALVÁREZ PASCUAL, L.A., *La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. Régimen General*, Madrid, 1996, pág. 77, «En la cifra de endeudamiento hay que incluir el pasivo exigible (pasivo total menos el neto patrimonial), salvo las deudas de tipo comercial cuyo período de cobro esté de acuerdo con el normal de mercado. En caso de que exceda de dicho período, las deudas comerciales aumentarían la cifra de endeudamiento, porque se considera que el mantenimiento durante un largo período de elevadas deudas comerciales con entidades vinculadas es un medio de financiación que distorsiona la base imponible que correspondería en situación de independencia, calificándose como precio de transferencia».

²⁰ Discrepamos de la opinión de REY ARNAIZ, A., «La subcapitalización» en *GF*, núm. 112, 1993, págs. 135-142, esp. págs. 136-137, quien considera que en el cómputo del endeudamiento debe incluirse cualquier forma de financiación, también a corto plazo y por aplazamiento de pago.

Asimismo, se ha analizado la denominada financiación *in natura*, la cual se caracteriza por venir los socios a cubrir las necesidades de financiación de la sociedad no con aportaciones de capital, sino suministrándole los bienes que necesita para desarrollar su actividad empresarial. Las modalidades de realización son muy variadas y destacan entre ellas el contrato de *leasing*, una cesión en uso o el arrendamiento ²¹.

La cuestión se ha planteado en Derecho tributario posiblemente por influencia del Derecho mercantil.

A diferencia de otros ordenamientos ²², falta en el nuestro una regulación específica positiva ²³, por lo que la doctrina se ha esforzado en buscar en las normas mercantiles y jurídico-privadas el fundamento que permita dar una respuesta adecuada a este fenómeno y ha estudiado y expuesto los presupuestos que dan lugar a la aplicación a determinados préstamos de algunos aspectos de la regulación propia del capital social ²⁴.

²¹ Sobre esta posibilidad como vía para eludir la aplicación de las normas sobre subcapitalización que entonces se proyectaba introducir en la *KStG*, vid. KNOBBE-KEUK, B., «Die Fremdfinanzierung inländischer Kapitalgesellschaften durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner», *StuW*, núm. 3, 1982, págs. 201-222, esp. pág. 213.

²² Como el alemán, cuya *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung Gesetz (GmbHG, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)*, a partir de la modificación de 1980 (*GmbHG-Novelle 1980*), incorpora el § 32a, el cual prevé la aplicación de las normas sobre capital social a los préstamos sustitutivos de capital propio en caso de insolvencia. Estas normas no alteran, sin embargo, la naturaleza jurídica del préstamo. Vid. HUECK, G., *Gesellschaftsrecht*, 19.ª ed., München, 1991, págs. 362-366, y SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, 2.ª ed., Köln, 1991, págs. 958-968.

²³ El Anteproyecto de Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada contenía una disposición adicional (12.ª) por la que se añadía un nuevo Capítulo a la LSA, que el artículo 128 del Anteproyecto declaraba aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada. En él se preveía la postergación legal de los créditos concedidos por socios con una participación en el capital social superior al 10 por 100, por los administradores o de sociedades pertenecientes al mismo grupo en todo procedimiento concursal. Dicha regulación, en la que se mezclaban elementos de las llamadas «concepción societaria» y «concepción concursal» del tratamiento a los créditos, fue finalmente eliminada del texto aprobado. Sobre la misma vid. ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A., «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 618, 1993, págs. 1.487-1.512, esp. págs. 1.506-1.512 y MASSAGUER, J., «La infracapitalización: La postergación legal de los créditos de los socios», en AA.VV., *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1994, págs. 941-977.

²⁴ A este respecto vid. el magnífico trabajo de PAZ ARES, C., «Sobre la infracapitalización de las sociedades», cit., *passim*. En él, ante la carencia en nuestro ordenamiento de normas de Derecho positivo material con relación a la subcapitalización, de propuestas doctrinales y de soluciones jurisprudenciales, realiza un brillante estudio sobre las dos clases de subcapitalización, material y nominal, los fundamentos de la responsabilidad de los socios, la articulación de la misma y los presupuestos cuya realización da lugar a la aplicación del régimen jurídico propuesto, a la luz de la doctrina y jurisprudencia alemana y estadounidense. Su postura sobre los sujetos merecedores de protección en caso de subcapitalización ha variado considerablemente, según expone en su trabajo posterior: «La infracapitalización. Una aproximación contractual», en *Revista de Sociedades*, núm. extraordinario sobre «La reforma del derecho de sociedades de responsabilidad limitada», 1994, págs. 253-269.

Por su parte, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Valencia, 1996, pág. 319, considera que con el actual estado de nuestra legislación, los jueces tienen instrumentos suficientes para reaccionar frente a las situaciones de infracapitalización, y también MASSAGUER, J., «La infracapitalización: La postergación legal de los créditos de los socios», cit., pág. 953, quien afirma: «Que el ordenamiento carezca de normas específicas sobre infracapitalización no significa que carezca de toda capacidad de reacción: a partir de las normas en vigor es posible construir un tratamiento

Entre otros aspectos, la doctrina mercantil ha estudiado, en efecto, si las operaciones de financiación *in natura* pueden ser equiparables a préstamos sustitutivos de capital propio, es decir, constitutivas de subcapitalización nominal de la sociedad por parte de los socios.

Por subcapitalización nominal se entiende la dotación financiera suficiente a la sociedad para desarrollar su objeto social, pero de manera que las necesidades de capital propio se cubren con créditos²⁵. La respuesta afirmativa supone la aplicación a los mismos de las consecuencias que se asocian a los supuestos de subcapitalización nominal: su sometimiento a la disciplina jurídica del capital propio. Para ello debe tratarse de casos funcionalmente equivalentes²⁶ a un préstamo sustitutivo de capital propio, y cumplir los requisitos que se exigen a éstos: tener su causa en la relación societaria que une a la sociedad con el socio y realizar la función económica del capital propio²⁷. Después

de la infracapitalización nominal que conduzca a resultados similares a los de la postergación de créditos» y acude para ello a la figura de fraude de Ley y de abuso del contrato de préstamo, mientras que sostiene (pág. 957) que de determinadas disposiciones legales (arts. 167, 168, 260.3.º y 282.1 de la LSA) se deduce un principio de capitalización adecuada, lo que permite, a través de los resortes técnicos del sistema jurídico-privado y de normas positivas precisas, alcanzar recalificación imperativa de los préstamos de socios en aportaciones de capital.

²⁵ A partir de la distinción perfectamente trazada por ULMER, P., «Gesellschafterdarlehen und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & Co. KG. Zehn Thesen», en *Festschrift für K. Duden*, München, 1977, págs. 661-683, esp. págs. 669-671, se distingue en Derecho mercantil entre dos tipos de subcapitalización: material y nominal. A diferencia de la nominal, la subcapitalización material se produce en aquellos casos en que los socios no proporcionan a la sociedad fondos suficientes para llevar a cabo la empresa proyectada. La distinción entraña una gran importancia por los efectos jurídicos que deben asociarse a cada una de ellas. En general se entiende que la subcapitalización material justifica la responsabilidad personal e ilimitada del socio por las deudas sociales. Respecto de la subcapitalización nominal se postula, en cambio, el sometimiento de los recursos aportados en concepto de préstamo a las normas reguladoras del capital social, particularmente si la sociedad prestataria entra en situación concursal.

²⁶ SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 962.

²⁷ Desarrollados por la doctrina alemana a partir del fundamento del régimen jurídico-mercantil a que se somete a estos préstamos, que es el principio de correcta financiación de las sociedades. Se trata de precisar qué operaciones de financiación con capital ajeno pueden calificarse de impropias por ser contrarias a dicho principio, calificación que no puede derivar más que de la aplicación de criterios objetivos como destaca SCHMIDT, K., «Kapitalersetzende Bankenkredite», *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR)*, núm. 147, 1983, págs. 165-194, esp. pág. 184.

Respecto a la causa societaria del préstamo, no basta para apreciar el cumplimiento de esta condición la simple coincidencia personal entre socio y prestamista, sino que debe tratarse de un socio cuya posición le permita conocer la situación financiera de la sociedad y con influencia suficiente para decidir el otorgamiento y el destino del préstamo (precisiones sobre este criterio en LUTTER, M., *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2.º ed., Köln, 1988, §57, núm. marg. 93; SCHMIDT, K., «Kapitalersetzende Bankenkredite», cit., págs. 185-187. En nuestra doctrina PAZ ARES, C., «Sobre la infracapitalización de las sociedades», cit., págs. 1.627-1.629).

Por lo que respecta a la función económica sustitutiva del capital propio de los medios de financiación puestos a disposición de la sociedad, esta condición se considera cumplida si el préstamo se otorga cuando la sociedad carece de capacidad de crédito, situación que se entiende producida en aquellos casos en que un tercero, en las mismas condiciones, no hubiera concedido el préstamo a la sociedad. La aplicación de este criterio ha dado lugar a una rica jurisprudencia y a una amplia discusión doctrinal en Alemania, a través de la cual se ha ido perfilando esta regla que se ha demostrado útil y adecuada. Así se consideran préstamos sustitutivos de capital propio los otorgados en situación de grave endeudamiento para evitar la apertura de un procedimiento concursal, son indicios del mismo la falta de petición de garantías o que éstas sean insuficientes, los préstamos por tiempo indefinido o prorrogables, los concedidos sin interés o a un interés excesivo. Precisiones en SCHMIDT, K., «Kapitalersetzende Bankenkredite», cit., págs. 188-189, con relación a la sociedad anónima LUTTER, M., *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, cit., § 57, núms. marg. 88-92. Sobre la concreta formulación del

de algunas vacilaciones, se ha considerado que, verificados estos requisitos, les resulta plenamente aplicable el régimen mercantil de la subcapitalización nominal ²⁸.

Estas conclusiones de Derecho mercantil no son, sin embargo, trasladables sin más al orden tributario. Así lo impiden los diferentes fundamentos, presupuestos y consecuencias que tienen el tratamiento mercantil y tributario de la subcapitalización ²⁹. En efecto, como pone de relieve la misma definición que se da de subcapitalización, «cualquier desproporción *commensurable* -o, si se prefiere, inequívocamente constatable- entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social» ³⁰, el problema central que plantea la subcapitalización en el ámbito mercantil es un problema de responsabilidad y de protección a terceros acreedores. En el caso de una sociedad con una estructura financiera volcada hacia los recursos ajenos, es decir, subcapitalizada nominalmente, se produce un inexorable desplazamiento del riesgo empresarial hacia los acreedores, agravado cuando son además los socios quienes los otorgan, ya que el capital de responsabilidad es insuficiente para cubrir dicho riesgo, al tiempo que los socios prestamistas concurren en su condición de tales con los restantes acreedores como un tercero acreedor más ³¹. Con el objeto de evitar estas consecuencias y de proporcionar a los acreedores ajenos a la relación societaria una adecuada protección, la doctrina ha profundizado en el sentido de la institución del capital social, sus funciones y sus normas rectoras y ha podido formular un principio de correcta financiación de la empresa, con validez respecto a todas las formas sociales ³². A partir de él es posible distinguir entre fondos ajenos y aquellas aportaciones que, otorgadas en forma de préstamo con la intención de que sean con-

§ 32 a y b de la *GmbHG*, SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, cit., págs. 958-961, y HUECK, G., *Gesellschaftsrecht*, cit., págs. 364-365, todos ellos con amplias referencias jurisprudenciales y bibliográficas. En nuestra doctrina, PAZ ARES, C., «Sobre la infracapitalización de las sociedades», cit., págs. 1.630-1.631, tiene en cuenta no sólo las circunstancias de concesión del préstamo, sino también la magnitud proporcional del mismo respecto del capital propio, considerando esta última como el dato más relevante para decidir su carácter substitutivo.

²⁸ Así opina la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, *cf.* las referencias recogidas por SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, cit., págs. 9.962-9.963, quien, sin embargo, se muestra contrario a esta conclusión con los argumentos de que, a diferencia de un préstamo, una cesión en uso, por ejemplo, no proporciona medios líquidos a la sociedad, no fundamenta ninguna partida del pasivo ni implica riesgo de pérdida de valor patrimonial en caso de que la sociedad entre en situación concursal, *ibidem*, págs. 963-964.

Entre nuestra doctrina, en el sentido indicado en el texto, PAZ ARES, C., «Sobre la infracapitalización de las sociedades», cit., págs. 1.634-1.638.

²⁹ Así lo destaca, entre otros, THIEL, J., «Im Grenzbereich zwischen Eigen- und Fremdkapital-Ein Streifzug durch die ertragsteuerlichen Probleme der Gesellschafter-Fremdfinanzierung», en *GmbH-Rundschau*, 1992, págs. 20-30, esp. pág. 27.

³⁰ PAZ ARES, C., «Sobre la infracapitalización de las sociedades», cit., pág. 1.588.

³¹ Con la de que una sociedad subcapitalizada está constantemente al borde de la quiebra y es constatable la tendencia de la misma a asumir mayores riesgos empresariales dadas las mínimas repercusiones que su fracaso tendría para los socios.

³² *Vid.* SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, cit., págs. 427-434, esp. págs. 431-434, quien pone de relieve que no se trata de una aplicación analógica de los preceptos de la *GmbHG* a otras formas sociales, sino expresión de principios jurídicos generales y un problema de todos los tipos sociales. Siguiéndole, VICENT CHULLÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1991, págs. 430-432. En *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pág. 318, VICENT CHULLÁ señala que en nuestro Derecho el principio general de capitalización adecuada existe «en base a los artículos 1.911 del Cc., 1 y 105 de la LSA y 12.3 de la LSL».

sideradas capital ajeno, de hecho actúan como capital propio y deben, por tanto, recibir el tratamiento jurídico aplicable al mismo ³³. Las consecuencias se centran, por tanto, en la calificación y las normas aplicables a los medios puestos a disposición de la sociedad. Así, dado que los supuestos de financiación *in natura* permiten a la sociedad desarrollar su actividad empresarial, pero los bienes no integran el patrimonio de responsabilidad de la sociedad, es más, los socios conservan su derecho real de propiedad sobre los mismos que podrán hacer valer en situación concursal y sustraer dichos bienes de la masa de la quiebra, es coherente con el fundamento de la subcapitalización considerarlos funcionalmente equivalentes a un préstamo.

De otro modo se presenta la cuestión en Derecho tributario. Lo relevante no es aquí la calificación del instrumento de financiación ni la función que éste venga a cumplir, imposible de determinar a través de la determinada proporción que guarda con el capital propio, sino la calificación y tratamiento a dispensar a la retribución o contraprestación debida por la sociedad, en función de su incidencia sobre la renta de la sociedad y del gravamen que soporte en manos de su perceptor. Si difícilmente pueden calificarse a efectos tributarios las operaciones de financiación *in natura* de endeudamiento, lo que está claro es que la contraprestación debida por ellas será normalmente un canon, que, siendo un rendimiento de capital mobiliario, no puede considerarse interés ni equipararse a él en modo alguno. Es, como el interés, un gasto deducible para la sociedad, pero el régimen tributario de los cánones en manos del perceptor, especialmente por lo que respecta a los sujetos pasivos no residentes, es diferente al de los intereses. En particular, no están incluidos en la exención del artículo 13.1 b) de la LRNR. Ya que según el artículo 20.1 de la LIS serán únicamente intereses los que sean considerados dividendos, el endeudamiento a considerar en la aplicación de este precepto es únicamente el que es retribuido con intereses, sin que pueda entenderse la denominada financiación *in natura* como endeudamiento.

Queda por analizar el tema de la financiación garantizada, aquella en la que el préstamo no es concedido por el socio o por una entidad vinculada, sino por un tercero independiente, limitándose el socio a prestar un aval u otra garantía. La doctrina se ha planteado esta modalidad de financiación como una posibilidad de endeudamiento indirecto. Por lo que aquí respecta, está claro que el aval, como cualquier otra forma de prestar garantía, es de naturaleza jurídica diversa al préstamo, y no da lugar a endeudamiento entre avalado y avalista, o más genéricamente entre el prestatario y el garante. La financiación obtenida de un tercero no vinculado, garantizada por la sociedad matriz no residente, no se incluye en el endeudamiento relevante para medir la situación de subcapitalización ³⁴.

³³ Los criterios para decidir el carácter sustitutivo de capital propio de un préstamo son estrictamente objetivos y no dependen de la calificación de la intención de las partes. Por ello, la aplicación de las consecuencias jurídico-mercantiles previstas para la subcapitalización no constituyen casos de «penetración», abuso de confianza o fraude de acreedores, sino del juego de los principios jurídicos que rigen una financiación correcta y adecuada. *Vid.* autores referidos en la nota anterior. Sobre los fundamentos de la responsabilidad por subcapitalización, PAZ ARES, C., «Sobre la infracapitalización de las sociedades», cit., págs. 1.607-1.615, con especial insistencia en la función del capital social no sólo como fondo de garantía de acreedores, sino también como fondo patrimonial para la obtención de un beneficio.

³⁴ Así GONZÁLEZ POVEDA, V., «La subcapitalización: un problema nuevo del Impuesto sobre Sociedades», *Impuestos*, 1992 (II), págs. 82-91, esp. pág. 86, y REY, R. y COLLADO, A., «Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado», *Impuestos*, 1993 (I), págs. 77-98, esp. pág. 89, a los que sigue CALDERÓN CARRERO, J.M., «Estudio de la

1.2. Endeudamiento neto.

La Ley del Impuesto precisa, a diferencia del artículo 16.9 de la Ley 61/1978, que el endeudamiento computable para comparar con el capital fiscal debe ser neto. Parece hacer con ello referencia a la posibilidad de que una sociedad mantuviera saldos pasivos con una o varias entidades vinculadas, al tiempo que ella les hubiera concedido también préstamos asimismo remunerados. En tal caso, será el saldo neto entre ambos el que determinará el nivel de endeudamiento.

Esta precisión, de la que por lo demás no había necesidad estricta, probablemente no tendrá gran utilidad práctica, porque es infrecuente que una sociedad que requiere financiación ajena de otras sociedades del grupo, otorgue a su vez préstamos a las mismas.

1.3. Endeudamiento remunerado.

Para poder incluir un préstamo en el cálculo del endeudamiento constitutivo de subcapitalización debe tratarse de un préstamo remunerado. Algún autor ya señaló la posibilidad de eludir la aplicación de la norma a través del pacto de un préstamo sin interés³⁵, con lo que sería fácil frustrar el objetivo del precepto. Sin embargo consideramos acertada la exigencia de este requisito y ello por dos motivos. En primer lugar, porque en el supuesto de que no exista remuneración la aplicación de la norma sobre subcapitalización carece de sentido por no responder a su fundamento, ya que la sociedad, al no devengarse interés alguno, no ve reducida su base imponible, mientras el socio tampoco percibe renta. Y en segundo lugar, porque a esta operación le será entonces de aplicación, en su caso, el régimen de las operaciones vinculadas (art. 16 LIS)³⁶, con lo que el eventual propósito elusivo del tributo no llegará a hacerse realidad.

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», en *Crónica Tributaria*, 1995, núm. 76, págs. 13-59, esp. pág. 22. También AA.VV., *Análisis de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades y de su Reglamento*, Pamplona, 1997, pág. 305, y LETE ACHIRICA, C., *Las Entidades no Residentes en el Impuesto sobre Sociedades*, cit., págs. 379-380.

³⁵ GONZÁLEZ POVEDA, V., «La subcapitalización: un problema nuevo del Impuesto sobre Sociedades», cit., pág. 85.

³⁶ En el supuesto aquí analizado, si la sociedad matriz concediera un préstamo sin interés a la sociedad filial, la calificación que merecería esta operación es la de aportación encubierta de capital, por lo que no procedería el ajuste bilateral que señala GONZÁLEZ POVEDA, V., «La subcapitalización: un problema nuevo del Impuesto sobre Sociedades», cit., pág. 85. Las consecuencias tributarias que desencadena son las siguientes: la base imponible de la sociedad filial no experimenta alteración alguna, puesto que las aportaciones de capital no constituyen renta para ella, mientras la base imponible de la sociedad matriz se verá incrementada en el importe de los intereses que hubiera exigido en condiciones normales de mercado de un tercero ajeno a la relación societaria, que es el importe de lo aportado de forma encubierta al tiempo que aumenta el valor fiscal de su participación. *Vid.* esta opinión en COMBARROS VILLANUEVA, V.E., *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas*, Madrid, 1988, págs. 125-129 y SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades*, tomo I, cit., págs. 365-366.

Si se trata de endeudamiento remunerado, incluso si lo es a un tipo de interés menor al normal de mercado, se computará a efectos de determinar la existencia de subcapitalización, y ello sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas sobre la diferencia del interés pactado con el interés normal de mercado.

2. Endeudamiento directo o indirecto.

En qué consiste el endeudamiento directo está claro: la relación crediticia se mantiene con la sociedad vinculada no residente.

Más problemas interpretativos plantea la modalidad indirecta de endeudamiento por la falta de precisión de los conceptos empleados. De la amplitud e inconcreción de la norma se desprende que la Ley pretende así evitar la elusión de la aplicación del precepto a través de la interposición de terceras personas en la relación de préstamo entre la sociedad matriz no residente y la sociedad filial, y cubrir el espectro más amplio posible de situaciones. Creemos que puede concretarse algo más el sentido del precepto a través de una interpretación guiada por el propio fundamento de la norma y por su tenor literal. De hecho, ambos criterios se complementan.

El artículo 20.1 de la LIS habla de endeudamiento indirecto. Es por tanto el endeudamiento el que debe ser indirecto, no la vinculación. Tampoco se contempla una modalidad indirecta de endeudamiento. Con ello quiere decirse que si se interpone una tercera persona en la relación crediticia, ésta debe estar a su vez endeudada con la sociedad matriz no residente. El caso típico sería la concesión de un préstamo por la sociedad matriz a otra entidad, residente o no, que a su vez concedería el préstamo a la sociedad residente o el concierto de un depósito en una entidad bancaria, y a continuación, en otra operación independiente de la primera, esta segunda entidad otorga un préstamo, cualquiera que sea la forma, a la sociedad filial. Esta forma de financiación *back-to-back* cabría dentro del endeudamiento indirecto. Las cantidades así obtenidas por la filial se integrarían en el endeudamiento objeto de medición, que de otra forma se vería reducido por estas maniobras de la sociedad matriz, de manera que ésta pudiera llegar a conseguir que el endeudamiento directo de la sociedad filial con ella, y, en su caso, con otras entidades vinculadas no residentes, no alcanzara la proporción respecto del capital fiscal exigida por la norma y evitar así que los intereses a percibir por ella fueran considerados dividendos.

Otra es la conclusión a la que se llega si es una tercera persona o entidad vinculada con la sociedad matriz la que concede el préstamo sin que se dé la circunstancia de que aquella esté endeudada con ésta. Dicho préstamo no se computa a efectos de determinar la subcapitalización, y ello con base en los criterios antes señalados. En primer lugar, no puede hablarse de endeudamiento indirecto. Si acaso sería endeudamiento directo con un sujeto indirectamente vinculado, pero no es éste el supuesto contemplado en la Ley. Por otra parte, y desde la perspectiva del fundamento de la norma, si dicha tercera sociedad es residente, los intereses devengados y por ella obtenidos quedarán sujetos a imposición en España, y esta situación no cae dentro del ámbito de aplicación de la norma, ya

que al legislador sólo le ha preocupado el posible perjuicio recaudatorio que pudiera resultar si el perceptor fuera no residente. Pero tampoco en este caso, en que el tercero fuera no residente, cabe hablar de endeudamiento indirecto. La única forma de incluir el préstamo en el montante del endeudamiento «sospechoso» de constituir subcapitalización sería demostrar que la sociedad filial y dicho tercero están vinculados, ya que el endeudamiento relevante es el total mantenido con personas o entidades no residentes vinculadas.

Resta únicamente por analizar si la financiación garantizada ³⁷ puede considerarse endeudamiento indirecto. Ya adelantamos más arriba nuestra opinión contraria a esta conclusión sobre la base de que el prestar garantía no da lugar a endeudamiento en el sentido del precepto ³⁸, es una relación de naturaleza jurídica distinta y, por tanto, la inexistencia de endeudamiento excluye la posibilidad de variedades del mismo.

Cabe, no obstante, plantearse si a través de la expresión endeudamiento indirecto, el legislador busca cubrir modalidades indirectas del mismo. Tal sería entonces efectivamente el caso de la financiación garantizada ³⁹. Sin embargo, a partir del fundamento de la norma se llega a otra conclusión. Tal como queda configurada, la norma sobre subcapitalización busca impedir la pérdida de ingresos tributarios que los desplazamientos de bases imponibles a sujetos vinculados no residentes en forma de intereses por préstamos pueden producir. En el caso de la financiación garantizada este resultado no se produce. Ciertamente la sociedad filial consigue reducir su base imponible en el importe de los intereses devengados, que serán percibidos por el sujeto prestamista, generalmente una entidad financiera, pero lo que no se produce es un desplazamiento de beneficios hacia la sociedad matriz, que, en su posición de garante, no percibirá los intereses, ésta no resulta «beneficiada» por la realización de la operación ⁴⁰. Una interpretación teleológica conduce a no aplicar la norma a situaciones que no producen el resultado elusor del tributo que ésta pretende evitar.

³⁷ La excluyen de sus normas sobre subcapitalización Australia, Canadá y Francia. Luxemburgo y Suiza por el contrario, que carecen de normas positivas específicas sobre subcapitalización, y recurren respectivamente al abuso de Ley y a los criterios establecidos a través de consultas vinculantes, sí incluyen los préstamos de terceros garantizados por la entidad vinculada para el cómputo del endeudamiento. Cfr. SOMMERHALDER, R.A., «Approaches to Thin Capitalization», en *European Taxation*, núm. 3, 1996, págs. 82-95, esp. pág. 83.

³⁸ Cfr. GONZÁLEZ POVEDA, V., «La subcapitalización: un problema nuevo del Impuesto sobre Sociedades», cit., pág. 86, y REY, R. y COLLADO, A., «Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado», cit., pág. 89.

³⁹ Como efectivamente es el criterio de la Administración. Vid. la contestación de la DGT de 24 de marzo de 1998 a la pregunta sobre si una entidad vinculada, sin ser prestamista, figura como avalista de un préstamo. La DGT considera que si la avalista asume el riesgo derivado de la posible insolvencia del deudor, se debe considerar endeudamiento indirecto y se le aplican las normas sobre subcapitalización.

⁴⁰ En este sentido, MEILICKE, W., «Erste Probleme mit §8 a des Körperschaftsteuergesetzes», en *Betriebs-Berater*, 1994, págs. 117-121, esp. pág. 118.

3. Medida del endeudamiento.

Evidentemente no todo interés por préstamo concedido por un sujeto no residente a una entidad es de inmediato considerado dividendo por imperativo legal. La Ley del Impuesto exige que el endeudamiento que reúna las condiciones establecidas supere en tres veces el capital fiscal para que los intereses devengados correspondientes al exceso puedan tener tal consideración.

Las condiciones del endeudamiento computable a estos efectos acaban de ser detalladas. Según el artículo 20.1 de la LIS, debe calcularse conjuntamente el endeudamiento mantenido con todas las personas y entidades no residentes vinculadas ⁴¹. Ello supone una diferencia respecto a la normativa anterior, a tenor de la cual la posible subcapitalización se medía respecto de cada sujeto no residente vinculado individualmente considerado, en función de la relación del capital fiscal con el endeudamiento mantenido con cada uno de ellos (art. 16.9 de la Ley 61/1978). Permitía así la posibilidad de evitar la aplicación de la norma por el sencillo expediente para los grupos de sociedades de descomponer el préstamo ⁴², de manera que lo concedieran varias entidades vinculadas no residentes sin que respecto de ninguna de ellas el endeudamiento superara en dos veces la cifra del capital fiscal ⁴³. De esta manera, el endeudamiento total de la sociedad filial podía superar en varias veces el coeficiente previsto sin que resultaran aplicables las consecuencias de la subcapitalización. Con el claro fin de cerrar esta posibilidad, la LIS impone ahora el cómputo conjunto ⁴⁴ del endeudamiento con «otra u otras personas o entidades» no residentes vinculadas ⁴⁵.

Ello plantea a su vez otra cuestión, que la Ley no soluciona expresamente, y es la imputación del exceso sobre el endeudamiento tolerado a cada uno de los sujetos vinculados en el caso de que sean varios los prestamistas. Caben al menos dos posibles soluciones. Aplicar la norma únicamente

⁴¹ Evidentemente, el endeudamiento mantenido con sujetos no vinculados no se computa a estos efectos.

⁴² Posibilidad puesta de relieve por PALAO TABOADA, C., «La subcapitalización y los Convenios de doble imposición», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, Derecho civil y Derecho público, Madrid, 1996, págs. 4.727-4.746, esp. pág. 4.738.

⁴³ En cumplimiento de la remisión reglamentaria que a este respecto hacía el artículo 16.9 de la Ley 61/1978, la disposición adicional 2.ª del Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF y se modifican otras normas tributarias, fijó el coeficiente a aplicar a la cifra del capital fiscal en dos.

⁴⁴ No obstante, AA.VV., *Análisis de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades y de su Reglamento*, cit., pág. 305, mantienen sorprendentemente que el cálculo del endeudamiento debe hacerse de forma separada para cada acreedor.

⁴⁵ No existe un criterio uniforme en las diferentes legislaciones, si bien la línea dominante en las legislaciones que definen la subcapitalización a través de *ratios* es comparar el endeudamiento total de la sociedad como así hacen la legislación francesa y la canadiense. Sobre los términos de comparación, capital y endeudamiento, y los diferentes criterios para la determinación del capital y el endeudamiento relevantes, *vid.* SOMMERHALDER, R.A., «Approaches to Thin Capitalization», cit., págs. 85-86.

En Alemania, donde el § 8a 1 y 2 *KStG* establece como términos de comparación los capitales ajenos puestos a disposición de la sociedad por un socio no admitido legalmente en el procedimiento de imputación con la concreta participación de éste en el capital social, se ha criticado este parámetro al no tener en cuenta la situación global de la sociedad, pudiendo afectar a sociedades que dispongan de una dotación de fondos propios adecuadas y no estén materialmente subcapitalizadas. *Vid.* la opinión de KNOBBE-KEUK, B., «Wieder einmal ein Entwurf zu § 8a KStG-Wiederauflage einer Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung im Standortsicherungsgesetz», en *Der Betrieb*, 1993, págs. 60-66, esp. págs. 64 y 65.

a los últimos préstamos concedidos, que hayan sido los determinantes del exceso de endeudamiento por encima del máximo tolerado por la Ley, pues quienes otorgaron tales préstamos conocían o debían conocer esta circunstancia, mientras que los préstamos concedidos con anterioridad no corrían riesgo de constituir un supuesto de subcapitalización, que, en este caso y respecto de ellos, sería sobrevenida y no imputable. Otra posibilidad es la de imputar a cada sujeto la parte del exceso proporcional al préstamo concedido por cada uno de ellos con relación al endeudamiento total. A falta de previsión legal expresa, parece más acorde con el planteamiento objetivo de la subcapitalización la segunda solución, aunque no faltarían argumentos al sujeto que pretendiera evitar la recalificación como dividendos de los intereses a él correspondientes sobre la base de que el préstamo por él concedido no era en su momento constitutivo de subcapitalización.

El término de comparación es el resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal que, según el segundo párrafo del artículo 20.2 de la LIS, está constituido por los fondos propios, excluyéndose de los mismos el resultado del ejercicio, ya que según el artículo 175 de la LSA, éstos integran los fondos propios junto al capital suscrito, las primas de emisión, la reserva de revalorización, las demás reservas y los resultados de ejercicios anteriores⁴⁶. Algún autor ha puesto de relieve la conveniencia de tener en cuenta las llamadas «plusvalías latentes» dentro del capital fiscal, con el argumento de que un tercero independiente las tendría en cuenta en su decisión de otorgar un préstamo⁴⁷. Pero su inclusión no es acertada ya que, además de impedirlo la literalidad del precepto, la subcapitalización se mide exclusivamente a partir de una proporción determinada de endeudamiento con relación al capital fiscal, no en función de la financiación que hubiera podido obtener la sociedad en condiciones normales de mercado, por lo que las plusvalías latentes son a este respecto totalmente irrelevantes.

La doctrina ha señalado que la definición de la subcapitalización a partir de la cifra del capital propio puede tener efectos negativos y conducir a la aplicación de sus normas a sociedades en pérdidas, ya que en esta situación el capital fiscal se reduce y se minorra por tanto también el margen de financiación con capital ajeno tolerado, y agrava aún más su crisis al incrementar su carga tributaria al impedirle dichos preceptos deducir los intereses debidos⁴⁸.

⁴⁶ Ni el artículo 16.9 de la Ley 61/1978 ni su desarrollo reglamentario precisaban el concepto de capital fiscal, para lo que había que acudir al artículo 17 del mismo cuerpo legal o al artículo 164 Real Decreto 2631/1982, de 15 de marzo, de Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, los cuales llegaban al mismo resultado con métodos diferentes, coincidente, por lo demás, con la determinación del artículo 20.2 de la LIS.

⁴⁷ REY, R. y COLLADO, A., «Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado», cit., pág. 97, observación también recogida por PALAO TABOADA, C., «La subcapitalización y los Convenios de doble imposición», cit., págs. 4.737-4.738.

⁴⁸ KNOBBE-KEUK, B., «Die Fremdfinanzierung inländischer Kapitalgesellschaften durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner», cit., pág. 211. Señala también el problema de que las pérdidas determinen la aplicación de las normas sobre subcapitalización a una sociedad que en el momento de otorgarle los préstamos no cumplía los requisitos de aplicación de las mismas; HERZIG, N., «Gesellschafter-Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften», en *StuW*, 1993, núm. 3, págs. 237-248, esp. pág. 247.

A ello hay que añadir las consecuencias de que un alto grado de apalancamiento financiero -término con que se designa en Economía de la Empresa el endeudamiento de una entidad- puede tener a este respecto. Así como en épocas de beneficios el apalancamiento resulta ser la forma de financiación más rentable, en temporadas de crisis, la agrava considerablemente, *vid.* SUÁREZ SUÁREZ, A.S., *Decisiones óptimas de inversión y financiación en la empresa*, cit., págs. 531-535.

Para calcular la proporción del endeudamiento respecto del capital fiscal ambos se han de reducir a su estado medio a lo largo del período impositivo (art. 20.2 de la LIS).

Es constitutivo de subcapitalización el endeudamiento que supere la cifra que resulte de aplicar al capital fiscal el coeficiente 3 (art. 20.1 de la LIS). El legislador ha optado por el empleo de una regla fija abstracta, conocida como fijación de *ratios* de endeudamiento, aplicable a todo tipo de entidades y situaciones ⁴⁹, superada la cual todo capital ajeno proporcionado a la sociedad será constitutivo de subcapitalización.

La determinación de una medida abstracta de la situación de subcapitalización a efectos tributarios no es sencilla. Menos aún cuando tal medida no existe realmente y además se intenta fijar de modo uniforme para todo tipo de entidades y en todos los sectores económicos, donde con frecuencia los usos en esta materia son diferentes. Su fijación incluye siempre, por tanto, un cierto componente de arbitrariedad, que es la contrapartida a la mayor seguridad jurídica que consigue este criterio frente a la mayor aproximación a cada caso que supone la determinación individualizada de cada situación de subcapitalización. Esta última permite tener en cuenta las diferentes condiciones de entidades y sectores económicos diversos y una mejor valoración de cada caso, pero también es mayor la inseguridad en que sitúa a los sujetos respecto a su constatación a efectos tributarios, que puede así resultar harto conflictiva.

En este difícil equilibrio, la LIS ha optado decididamente por la mayor seguridad que proporciona el método denominado de fijación de *ratios* o *safe haven* ⁵⁰. Mayor seguridad que implica menor conflictividad y litigiosidad, pero como se ha dicho puede resultar algo arbitraria. El seguimiento del procedimiento legislativo de la LIS muestra hasta qué punto ello es así en nuestra legislación, ya que la fijación del coeficiente tres fue el resultado de una enmienda transaccional entre el coeficiente dos señalado en el Proyecto y el coeficiente cuatro propuesto en una enmienda al artículo 20 ⁵¹.

⁴⁹ La legislación alemana -§8 a 1 *KStG*- establece *ratios* diversas en función de la dependencia o independencia de la retribución pactada por el préstamo respecto del beneficio. Para los llamados créditos participativos, la *ratio* de endeudamiento aceptada es seis veces menor que el establecido para préstamos cuyos intereses se fijan a través de un porcentaje sobre el capital prestado. La razón de esta diferencia, como ya se vio *supra* nota 17, reside en la mayor proximidad funcional de los créditos participativos a la aportación de capital. HERZIG, N., «Gesellschafter-Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften», cit., págs. 243-244. Nuestra legislación, acorde con su concepción objetiva e indiferenciada, ignora también esta distinción.

⁵⁰ Pero que, sin embargo, plantea otros problemas, principalmente su compatibilidad con los criterios de los Convenios de Doble Imposición suscritos por España.

⁵¹ Enmienda núm. 108 del Grupo Parlamentario Catalán Convergencia i Unió. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso, núm. 106-111.

Es expresiva la declaración del diputado del Grupo Catalán Homs i Ferret, aceptando la propuesta *in voce* de enmienda transaccional del Grupo Parlamentario Socialista, «el texto del proyecto de Ley hace referencia al coeficiente 2 de restricción; mi enmienda propone el 4. El punto medio de equilibrio es el 3. Aceptaría entonces, señor Presidente, situar el coeficiente en la cifra 3», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones. 1995, núm. 557, pág. 16.960.