

**EDUARDO SANZ GADEA**

*Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas*

**Extracto:**

**L**A presente colaboración analiza la norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, prestando especial atención a su compatibilidad con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición y el Derecho comunitario.

---

## Sumario:

---

1. Introducción.
2. Estructura de la norma de subcapitalización.
  - 2.1. Supuesto de hecho.
  - 2.2. Mandato.
3. Problemas de doble imposición.
  - 3.1. Entidad residente en la Unión Europea.
  - 3.2. Entidad residente en un país con convenio para evitar la doble imposición.
4. La subcapitalización y los convenios para evitar la doble imposición.
  - 4.1. Comentarios contenidos en el modelo de convenio en relación con la subcapitalización.
  - 4.2. La norma de subcapitalización y el principio de independencia.
5. El artículo 20 de la Ley 43/1995 y los convenios para evitar la doble imposición.
  - 5.1. El procedimiento del artículo 20.3 de la Ley 43/1995.
  - 5.2. El artículo 20.3 de la Ley 43/1995, a la luz de las normas del modelo de convenio y de su interpretación a tenor de los comentarios al mismo.
  - 5.3. La norma de subcapitalización y el procedimiento amistoso del artículo 25 del modelo de convenio.
6. El artículo 20 de la Ley 43/1995 y el Derecho comunitario.
  - 6.1. El Tratado de la Unión y la imposición directa.
  - 6.2. El principio de no discriminación.
  - 6.3. La norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995 y el principio de no discriminación.
  - 6.4. La norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995 y la libertad de movimiento de capitales.
  - 6.5. La norma de subcapitalización y el Informe *Ruding*.
7. Entidades excluidas de la norma de subcapitalización.

## 1. INTRODUCCIÓN

La norma sobre subcapitalización fue introducida en el Impuesto sobre Sociedades por la disposición adicional quinta de la Ley 18/1991, que, entre otras modificaciones, dio nueva redacción al artículo 16 de la Ley 61/1978, incorporando un nuevo apartado, a cuyo tenor los intereses satisfechos a entidades vinculadas no residentes en territorio español se consideraban, a efectos fiscales, dividendos cuando mediaba una determinada relación entre el endeudamiento y el capital fiscal.

Pertenece esta medida al conjunto de las que tratan de proteger las bases imponibles generadas en entidades residentes en territorio español pertenecientes a grupos multinacionales, pues es obvio que a través de una financiación sesgada en favor del endeudamiento se produce un desplazamiento anómalo de bases imponibles hacia la jurisdicción fiscal en la que reside la entidad prestamista. Si tenemos en cuenta que, en el estado actual de las relaciones fiscales internacionales, nos encontramos con países o territorios de fiscalidad débil o, lo que es más preocupante, con países o territorios de fiscalidad fuerte pero que tienen establecidos regímenes tributarios privilegiados para ciertas entidades jurídicas, no es de extrañar que los países hayan tomado medidas unilaterales de protección <sup>1</sup>.

En Francia la deducción de intereses pagados a los socios o accionistas que, de hecho o de derecho, dirijan la compañía o posean más del 50 por 100 del capital o los derechos de voto está limitada a los intereses del importe de la deuda que no excede del 150 por 100 del capital, pero dicho límite no se aplica respecto de los intereses pagados a la compañía matriz sujeta a imposición sobre los beneficios en Francia al tipo general de gravamen.

En Portugal los intereses pagados por una entidad residente a otra no residente vinculada que correspondan a deudas consideradas como excesivas no son fiscalmente deducibles, entendiéndose como deudas excesivas las que exceden dos veces el importe del capital perteneciente al prestamista. No obstante, los intereses serán deducibles si el contribuyente prueba que la financiación es aceptable según las condiciones que prevalecen en el mercado.

---

<sup>1</sup> Para un elenco de normas que establecen regímenes tributarios privilegiados puede consultarse *The Report of the Code of Conduct group* (<http://ue.eu.int/Newsroom>).

En Alemania los intereses correspondientes a préstamos a largo plazo pagados por una entidad residente a socios que posean una participación sustancial, entendiéndose por tal el 25 por 100 sobre el capital, son considerados como distribuciones encubiertas de beneficios en la medida en que el nominal del préstamo exceda de una determinada razón matemática del valor nominal de la participación. Las razones matemáticas son diferentes, en atención a la naturaleza de la operación, pero podríamos considerar como básica la de tres veces el capital, como acontece en la legislación española. No obstante, el interés será deducible si la entidad prestataria prueba que podría haber obtenido la misma financiación de personas o entidades no vinculadas. La norma de subcapitalización afecta, básicamente, a los préstamos concertados con entidades vinculadas no residentes, sindicatos y entidades no lucrativas.

En el Reino Unido, los intereses de préstamos pagados por una entidad filial, débilmente capitalizada, a una matriz no residente o entidad perteneciente al mismo grupo, mediando una relación de participación del 75 por 100 o más, pueden ser calificados como dividendos, hasta el punto y la medida en que dichos intereses exceden los que serían pagados entre partes no vinculadas considerando la relación deuda/capital. No hay una razón matemática o porcentaje legalmente establecido, pero en la práctica se aplica la unidad.

En los Estados Unidos no hay una razón entre el capital y los préstamos de entidades vinculadas que definan una situación financiera de subcapitalización, pero sí unos supuestos de hecho normativamente definidos en cuya virtud se determina si existe tal situación o si un determinado instrumento financiero que formalmente es un préstamo debe ser tratado como capital, con la consiguiente recalificación de intereses en dividendos.

La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades regula en su artículo 20 la subcapitalización, incorporando significativas innovaciones en relación con la regulación precedente:

- El coeficiente de subcapitalización se fija en la proporción 1 a 3.
- Se toman como intereses recalificables los devengados.
- Se toman como magnitudes de comparación el capital fiscal y el endeudamiento reducidos a su estado medio.
- Se establece un procedimiento para la determinación de un coeficiente distinto cuando media un convenio para evitar la doble imposición.

Además de los problemas de interpretación que, habitualmente, las normas fiscales suscitan, la relativa a la subcapitalización presenta otros adicionales, respecto de los que existe abundante y profunda literatura, concernientes a la compatibilidad de la misma con los convenios para evitar la doble imposición internacional y con determinadas normas y principios del Derecho comunitario.

## 2. ESTRUCTURA DE LA NORMA DE SUBCAPITALIZACIÓN

Como toda norma, la de subcapitalización consta de un supuesto de hecho y de un mandato. Los estudiamos separadamente, ya que la relativa novedad de la institución y su apreciable complejidad así lo aconsejan.

### 2.1. Supuesto de hecho.

La subcapitalización es una determinada composición de la financiación del sujeto pasivo, caracterizada porque «...el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, ...con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que está vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal...».

#### 2.1.1. El capital fiscal y el endeudamiento.

El supuesto de hecho de la norma de subcapitalización se asienta en dos conceptos, a saber, el capital fiscal y el endeudamiento.

El apartado 2 del artículo 20 define el capital fiscal como «...el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio...».

El artículo 175 del TRLSA enumera las partidas que integran los fondos propios. Éstas son las que integran el capital fiscal a que se refiere el artículo 20, tratándose de sociedades capitalistas mercantiles. Es difícil que otro tipo de entidades puedan incidir en la subcapitalización, pero, si así fuere, habrá que estar a las normas legales y reglamentarias relativas al balance de las mismas para identificar las partidas integrantes de los fondos propios.

El Plan General de Contabilidad desarrolla las diversas partidas que el artículo 175 del TRLSA considera integrantes de los fondos propios, debiendo destacarse que considera entre los mismos a las aportaciones de los socios para compensación de pérdidas.

Del artículo 175 del TRLSA y de su desarrollo reglamentario, se puede concluir que los fondos propios, y, por tanto, el capital fiscal, está integrado por tres fuentes de financiación:

- El capital suscrito. Por tanto el desembolsado y el pendiente de desembolso, si bien el capital suscrito pendiente de desembolso minorará la partida de endeudamiento neto, en cuanto que se trate de un crédito sobre una entidad vinculada no residente en territorio español.

- Las aportaciones de los socios no formalizadas como capital. Serán la prima de emisión de acciones y las aportaciones de socios para compensar pérdidas.
- Los resultados positivos acumulados en reservas. Recordemos que los resultados del propio ejercicio no se computan. Entendemos que los resultados negativos de ejercicios anteriores minoran los fondos propios.
- Las revalorizaciones mercantilmente permitidas, que son las efectuadas de acuerdo con las Leyes de Actualización. Por tanto otras revalorizaciones no integrarán los fondos propios. Entendemos que los fondos propios deben minorarse en el precio de adquisición de las acciones de la sociedad para su amortización.

Entre las partidas que inequívocamente forman parte de los fondos propios y aquellas otras que forman, también inequívocamente, parte del endeudamiento, existe un conjunto, cada vez más amplio de figuras que se agrupan, usualmente, bajo la denominación de «financiación híbrida». Entre ellas podemos citar a las obligaciones convertibles en acciones, los préstamos participativos, las participaciones preferentes, las cuentas en participación, las acciones rescatables y la financiación subordinada.

Las obligaciones convertibles en acciones no confieren la cualidad de socio, aunque sí una expectativa de alcanzarla, ya que el artículo 294 del TRLSA otorga a los obligacionistas la facultad de «...solicitar en cualquier momento la conversión». Pero lo decisivo no es la expectativa, sino la realidad de que el obligacionista no está investido de la cualidad de socio. Por esta razón nos inclinamos a considerar que las obligaciones convertibles forman parte del endeudamiento.

La financiación mediante cuentas en participación depara los riesgos propios del contrato de sociedad, pero sólo en relación con determinadas operaciones. Tal vez por ello el Plan General de Contabilidad excluye del resultado de la entidad gestora al beneficio que corresponde al partícipe no gestor y lo lleva directamente a una cuenta de pasivo exigible. Una consulta de la Dirección General de Tributos, de fecha 16 de enero de 1997, en la que se hacía referencia a otra del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas señalaba que «...el contrato de cuentas en participación participa de la naturaleza de un contrato por el que se cede la utilización de un capital mediante remuneración, por lo que la renta que obtiene el partícipe no gestor es la contraprestación derivada de la cesión a un tercero de capitales propios... para su registro contable se podrán emplear las cuentas 419 Acreedores por operaciones en común...». El tratamiento que el Plan General de Contabilidad otorga a las cuentas en participación abre la puerta a su calificación como endeudamiento.

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/1998, de 16 de noviembre, ha incorporado dos artículos, el 92 bis y el 92 ter, al TRLSA al objeto de regular las denominadas acciones rescatables. La peculiaridad de las acciones rescatables es que incorporan el derecho de rescate en favor de la entidad emisora, de los titulares de las mismas o de ambos. El derecho de rescate implica que su titular puede, a su voluntad, extinguir la relación de socio. Este peculiar derecho que, hasta el

momento, sólo se había concedido a los socios en el caso de actos societarios determinados, no impide que el desembolso de las mismas forme parte del capital social, de manera tal que entendemos que estamos, al menos formalmente, ante una financiación incluíble entre los fondos propios.

La financiación subordinada nace en el ámbito de las entidades de crédito, y estando éstas al margen de la norma de subcapitalización los problemas prácticos en relación con la misma no se suelen plantear. Nada obsta, sin embargo, a que este tipo de financiación u otro similar se extienda a otros sectores de actividad. El artículo 20.1.g) del Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, las califica implícitamente como deudas ya que las sitúa «...a efectos de la prelación de créditos... detrás de todos los acreedores comunes...».

Los préstamos participativos fueron calificados como recursos propios por el artículo 20.1.d) del Real Decreto-Ley 7/1996, pero la disposición adicional segunda de la Ley 10/1996 rectificó dicha calificación y estableció otra mucho más adecuada a su naturaleza jurídica al considerarlos «...patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades...». Por consiguiente, con carácter general, los préstamos participativos pertenecen a la financiación generadora de endeudamiento frente a terceros.

Una vez calificadas las diversas partidas que financian a la entidad como pertenecientes al endeudamiento o a los fondos propios, debe tenerse en cuenta que, a efectos de la determinación de la situación de subcapitalización, solamente debe tomarse el endeudamiento que reúna las siguientes características:

- Concertado con personas o entidades vinculadas no residentes en territorio español.
- Tanto de carácter directo como indirecto.
- Remunerado.
- Neto.

La primera característica del endeudamiento confiere su perfil a la norma de subcapitalización. No se trata de definir una estructura financiera fiscalmente aceptable, sino de evitar que a través de estructuras financieras sesgadas en favor del endeudamiento se produzca un desplazamiento de bases imponibles fuera de la soberanía fiscal española deliberadamente planificada por el sujeto pasivo. Por eso sólo se toma el endeudamiento con no residentes (desplazamiento de bases imponibles fuera de la soberanía fiscal española) y con personas o entidades vinculadas (planificación deliberada). Como veremos más adelante, el hecho de que solamente se tome el endeudamiento con no residentes ha suscitado dudas respecto de la conformidad de la norma de subcapitalización con el principio de no discriminación, tanto en relación con los convenios para evitar la doble imposición como en lo que concierne al Derecho comunitario.

Hubiera podido el legislador de la Ley 43/1995 haber salido al paso de estas dudas, por otra parte perfectamente conocidas habida cuenta del nutrido análisis doctrinal del artículo 16.9 de la Ley 61/1978, envolviéndose en un manto de pureza mediante la toma en consideración del endeudamiento con entidades residentes. A nuestro entender ello no habría sido acertado porque habría supuesto una extensión inusitada de la norma de subcapitalización, arrojando así, primero sobre los sujetos pasivos y después sobre la Administración tributaria, un pesado fardo. Y, por otra parte, sin ventaja para los principios esenciales del ordenamiento tributario, como son los de capacidad económica o redistribución.

Cuestión diferente es que, del mismo modo que el artículo 16.1 de la Ley 43/1995 concede a la Administración tributaria la potestad de valorar por el valor normal de mercado, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, las operaciones entre partes vinculadas, tal vez también hubiera sido pertinente establecer una potestad de corte similar en relación con las situaciones de subcapitalización internas, pero ello probablemente tampoco hubiera sosegado las dudas referidas y, desde luego, sí habría complicado la gestión del Impuesto sobre Sociedades.

Sea como fuere lo cierto es que la opción del legislador español configura a la norma de subcapitalización como un expediente dirigido exclusivamente a evitar la fuga de bases imponibles a otras jurisdicciones fiscales.

Las entidades no residentes titulares del endeudamiento han de estar vinculadas con la entidad residente, en el sentido del artículo 16.2 de la Ley 43/1995. Un caso particular es aquel en el que el préstamo está afectado a un establecimiento permanente que una entidad vinculada no residente tiene en territorio español o que una entidad vinculada residente tiene en el extranjero. Aunque desde el punto de vista jurídico-privado parece claro que el prestamista es la casa central, a efectos fiscales la renta derivada del préstamo se integra en la base imponible del establecimiento permanente, lo que nos inclina a entender que la norma de subcapitalización se aplicará en el segundo caso, pero no en el primero.

La segunda característica del endeudamiento con personas o entidades no residentes es que se toma tanto el directamente contraído con las entidades no residentes vinculadas como el contraído indirectamente con las mismas. La norma no define lo que debe entenderse por endeudamiento indirecto, como, por otra parte, sucede en la mayoría, por no decir la totalidad, de los casos en los que las normas fiscales recurren a las relaciones de carácter indirecto para construir el supuesto de hecho de una norma. Sin embargo, tomando en consideración los principios y objetivos que subyacen a la norma de subcapitalización, pueden esbozarse los rasgos del endeudamiento indirecto, que, a nuestro entender, podrían ser los siguientes:

- Formalmente procede de personas o entidades no vinculadas o vinculadas pero residentes.

- Las citadas personas o entidades han recibido, a su vez, un préstamo de personas o entidades vinculadas con la entidad residente que, racionalmente, ha servido para financiar el endeudamiento directo, o bien estas últimas han adoptado, frente al prestamista, compromisos de garantía en condiciones que denotan que los riesgos de la operación son asumidos por ellas, mediando determinadas condiciones económicas.

El supuesto en el que la entidad prestamista ha recibido, a su vez, un préstamo de otra persona o entidad no residente vinculada con la entidad prestataria no residente es, probablemente, el supuesto más claro de endeudamiento indirecto. No es tan claro el segundo supuesto que proponemos, esto es, aquel caso en el que la entidad no residente vinculada asume frente al prestamista compromisos de garantía en cuya virtud toma a su cargo los riesgos de la operación, siempre que medien determinadas circunstancias económicas. En este sentido, una consulta de la Dirección General de Tributos, de 24 de marzo de 1993, ha entendido que existe endeudamiento indirecto «...cuando la entidad no residente vinculada, si bien no es prestamista, en última instancia asume el riesgo derivado de la posible insolvencia del deudor, lo que sólo podrá ser constatado considerando el conjunto de circunstancias de cada supuesto: estructura financiera de la entidad prestataria, situaciones en las que deba hacerse efectivo el aval, posibilidad de que finalmente se incurra en insolvencia... a estos efectos... será ilustrativo constatar si en el mercado se hubiera podido concertar esta operación de endeudamiento que determina una relación entre fondos ajenos y fondos propios en la entidad prestataria, y con la concurrencia de otra entidad no vinculada con aquella que hubiera aceptado participar en la operación como avalista y en los mismos términos previstos en el supuesto planteado...».

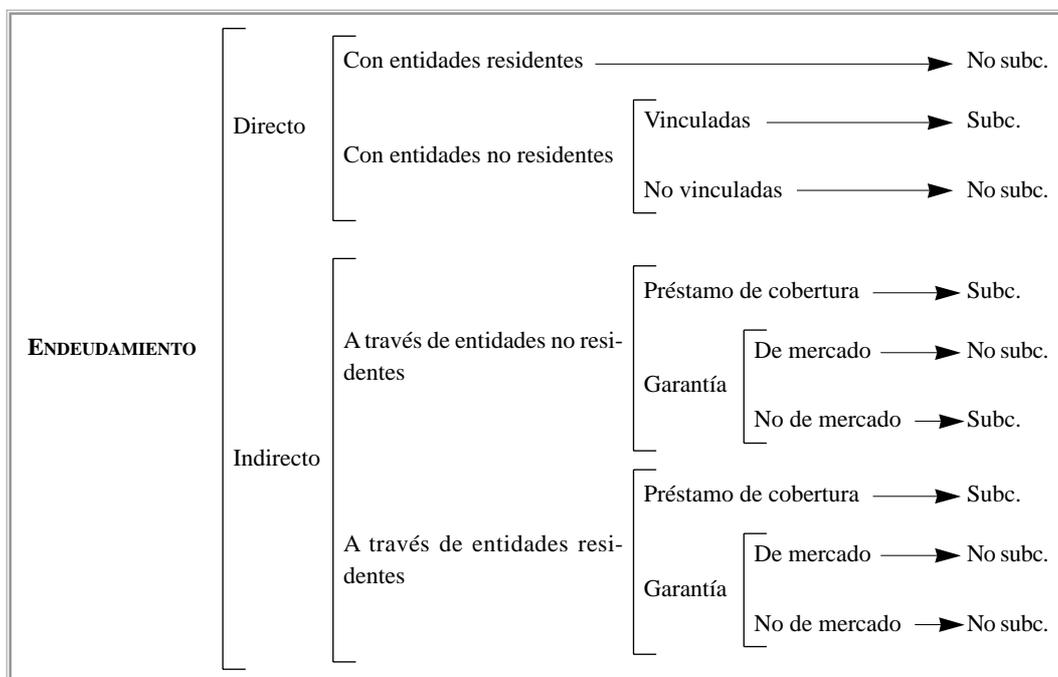
El criterio de la Dirección General de Tributos indica que el endeudamiento indirecto también se puede producir en virtud de la existencia de una garantía prestada por una entidad no residente vinculada en favor de la entidad prestamista, pero sólo en el caso de que, atendidas todas las circunstancias concurrentes, dicha garantía no habría sido prestada por un tercero.

El objetivo de la subcapitalización consiste, como ya se ha expuesto, en evitar la fuga de bases imponibles desde una entidad residente a otra entidad no residente vinculada. Por tanto, las situaciones de subcapitalización puramente internas no están legalmente contempladas, si bien es posible que una tal situación envuelva, realmente, un endeudamiento de carácter indirecto y, por tanto, exista subcapitalización. Así, habrá endeudamiento indirecto determinante de subcapitalización cuando la entidad prestamista sea residente en territorio español, y, a su vez, haya recibido un préstamo de una entidad no residente vinculada con la entidad prestataria final. La entidad afectada por la subcapitalización ha concertado un préstamo con una entidad residente, vinculada o no, pero el endeudamiento indirecto existe con una entidad no residente vinculada.

Sin embargo, cuando el prestamista es una entidad residente en territorio español y la misma ha recibido la garantía de una entidad no residente en territorio español vinculada con la prestataria final, no es claro que se presente un endeudamiento indirecto determinante de subcapitalización, aunque dicha garantía, por razón de las condiciones económicas de la operación, no habría sido concedida por un tercero. Nótese que los gastos financieros en la entidad residente prestataria son ingresos financieros para una entidad residente en territorio español, de manera tal que la fuga al exterior de bases imponibles no se produce, tanto si la entidad prestataria cumple como si no lo hace y la garantía es ejecutada.

Es importante considerar este matiz a los efectos de determinar la existencia de una situación de endeudamiento indirecto. En este sentido, las entidades residentes en territorio español pertenecientes a grupos multinacionales que se financian a través de entidades de crédito residentes en territorio español no estarán afectadas por la norma de subcapitalización, excepto si éstas han recibido un préstamo de una entidad no residente en territorio español vinculada con la prestataria final. Por el contrario, cuando la entidad de crédito reside en el extranjero, podrá producirse el supuesto de endeudamiento indirecto y, por tanto, la subcapitalización, cuando la referida entidad haya recibido una garantía de una entidad no residente en territorio español que no hubiera sido prestada por un tercero independiente.

De acuerdo con lo expuesto proponemos el siguiente esquema relativo al endeudamiento de una entidad residente en territorio español perteneciente a un grupo multinacional.



La tercera característica del endeudamiento es que debe ser remunerado. Por tanto, tan sólo se tomará aquel endeudamiento que genere intereses a la entidad prestataria, sean de carácter explícito o implícito. Los préstamos y créditos no remunerados no se toman a efectos de determinar la subcapitalización. Por remuneración debemos entender la pactada entre las partes, pero no la que pueda determinarse, a efectos fiscales, vía presunción del artículo 5 o, más probablemente, vía aplicación de la corrección por operaciones vinculadas. Téngase en cuenta que la remuneración a que se refiere el artículo 20 de la Ley 43/1995 es la correspondiente al endeudamiento, es decir, se predica como una característica del mismo, de manera tal que si el legislador hubiere deseado tomar en consideración el endeudamiento no remunerado pero que, en condiciones normales de mercado hubiera sido remunerado, así lo habría expresado. Nótese, finalmente, que esta interpretación casa perfectamente con el efecto de la norma de subcapitalización, que consiste en transformar, a efectos fiscales, intereses en dividendos, lo que sólo es concebible en relación con los intereses efectivos. De acuerdo con este criterio, el endeudamiento no remunerado no se tomará en consideración ni aun en el supuesto de que respecto del mismo se produjera una corrección por operaciones vinculadas, lo que, por otra parte, parece bastante improbable.

La cuarta, y última, característica consiste en que el endeudamiento que se toma en consideración es el neto, de manera tal que, los saldos acreedores y deudores remunerados mantenidos con entidades no residentes vinculadas se compensan entre sí a efectos de determinar la cifra de endeudamiento. Por el contrario, no son compensables entre sí los saldos remunerados con los que no lo son.

La norma no precisa si la remuneración debe ser la misma o, al menos, equivalente para que sea procedente la compensación, ni tampoco si la compensación debe ser realizada de manera individualizada o, por el contrario, de manera global.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, entendemos que no es necesario que la remuneración sea la misma para que sea procedente la compensación, pero sí que sea equivalente atendiendo a las circunstancias económicas de cada operación. No parece lógico que, por ejemplo, un saldo acreedor remunerado al 6 por 100 se compense con un saldo deudor remunerado al 1 por 100, cuando ambos proceden de operaciones económicas equivalentes. Pero sí lo es si el referido saldo deudor procede de una operación económica de naturaleza diferente, de manera tal que dicha remuneración es congruente con la misma.

En lo que concierne a la segunda cuestión, la literalidad de la norma conduce al cálculo global porque refiere el endeudamiento neto remunerado a «...otra u otras personas o entidades vinculadas no residentes...», pero también es verdad que la relación jurídica determinante del endeudamiento se establece con cada una de las entidades no residentes y no con la colectividad de las mismas. Siendo esto cierto, nos inclinamos por el cálculo globalizado ya que el mismo es el que mejor se adecua al supuesto de hecho de la norma de subcapitalización. En efecto, la norma de subcapitalización se fundamenta en la existencia de una composición de la financiación referida a la entidad como un todo y no a la particular composición de la financiación frente a las entidades no residentes vinculadas.

### 2.1.2. La reducción al estado medio.

Tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal deben reducirse «... a su estado medio a lo largo del período impositivo». El endeudamiento neto remunerado con entidades vinculadas no residentes y el capital fiscal pueden sufrir variaciones a lo largo del período impositivo, presentando diversos valores, de ahí la necesidad de reducir ambas magnitudes a su estado medio.

La norma no indica cómo debe hacerse la reducción al estado medio, como tampoco lo indicaba el único antecedente disponible, es decir, el artículo 31.3 del Texto Refundido de 1967, en relación con la previsión para inversiones. A nuestro entender, el estado medio no es la media aritmética simple de los diversos valores que presenten ambas magnitudes a lo largo del período impositivo, sino la media ponderada en función del tiempo de vida de cada valor. Llegamos a esta conclusión porque el estado medio se refiere al período impositivo, de manera tal que dicho estado medio necesariamente tiene una dimensión temporal que, precisamente, se expresa a través de una media ponderada en función del factor tiempo.

En este sentido el estado medio se expresará como resultado de la siguiente operación:

$$\frac{\sum e_1 \times t_1 + e_2 \times t_2 + \dots + e_n \times t_n}{\sum t_1 + t_2 \dots t_n} = \text{estado medio de endeudamiento calificado } (e_m)$$

$e_1, e_2 \dots e_n$  son los endeudamientos netos remunerados con entidades vinculadas

$$\frac{\sum C_1 \times t'_1 + C_2 \times t'_2 + \dots + C_n \times t'_n}{\sum t'_1 + t'_2 \dots t'_n} = \text{estado medio del capital fiscal (CF)}$$

$C_1, C_2 \dots C_n$  son los capitales fiscales

Cuando, como es habitual, el período impositivo coincida con el año natural o tenga una duración igual al año natural, el sumatorio del denominador será 365.

Los tiempos ( $t_1 \dots t_n$ ) y ( $t'_1 \dots t'_n$ ) que deben tomarse a efectos de la ponderación son tantos cuantas sean las variaciones de las magnitudes del endeudamiento neto remunerado con entidades residentes no vinculadas y del capital fiscal, que, obviamente, no tienen por qué ser coincidentes y lo más probable es que no lo sean. Por tanto, la ponderación no se sujeta a períodos de tiempo prefijados (semana, mes, semestre), sino a las sucesivas variaciones de los valores de una y otra magnitud.

Nótese que el endeudamiento va referido a las entidades vinculadas no residentes, pero el capital fiscal no es el perteneciente a dichas entidades sino el total. Por lo tanto, la subcapitalización no se produce frente a cada entidad vinculada no residente, sino que es una situación objetiva, una composición determinada de la financiación, basada, eso sí, en el endeudamiento mantenido con entidades no residentes vinculadas.

## 2.2. Mandato.

### 2.2.1. La naturaleza del mandato.

El mandato correspondiente al supuesto de hecho de la subcapitalización consiste en que «...los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos» (artículo 20.1 Ley 43/1995).

Probablemente el referido mandato, puesto en relación con el supuesto de hecho, permita entender que la norma de subcapitalización implica una ficción legal. En efecto, los intereses legalmente calificados como dividendos no son constitutivamente tales, de manera que estamos ante una construcción jurídica consistente en la creación de una realidad jurídica que es radicalmente diversa de la realidad jurídica subyacente.

La norma de subcapitalización no pertenece al ámbito de la prueba ni al de las valoraciones, sino al estrictamente normativo. En consecuencia, su mandato se impone a la Administración tributaria y al sujeto pasivo de forma absoluta. Ya con ocasión de la declaración, el sujeto pasivo debe liquidar la obligación tributaria de acuerdo con lo previsto en la norma de subcapitalización, y la Administración tributaria al comprobar debe atenerse a la misma, sin que ni aquél ni ésta tengan opción alguna para evitar sus efectos o imponer otros diferentes, por más que, atendiendo a las circunstancias del caso, ello pudiera ser apropiado.

La ficción legal en que la norma de subcapitalización consiste transforma la realidad jurídica subyacente constituida por el devengo de intereses en otra realidad jurídica constituida por el dividendo. En esto consiste la ficción.

### 2.2.2. Determinación del importe que se califica como dividendo.

Para determinar el importe que se califica como dividendo debemos partir del interés devengado y tomar aquella parte del mismo imputable al exceso del endeudamiento neto remunerado con entidades vinculadas no residentes reducido a su estado medio sobre el resultado de multiplicar por 3 el capital fiscal reducido a su estado medio.

Tampoco establece la norma legal la forma en cómo debe determinarse el interés devengado imputable al referido exceso, pero no es difícil colegir del espíritu y finalidad de la misma una regla de cálculo consistente en un simple reparto proporcional. En efecto, el interés devengado procede de la totalidad del endeudamiento remunerado, de manera tal que bastará repartirlo entre el exceso y el endeudamiento total reducido a su estado medio. La necesidad de reducir el endeudamiento total a su estado medio deriva de que el exceso es diferencia de dos magnitudes reducidas a su estado medio.

Para calcular el endeudamiento total reducido a su estado medio realizaremos la siguiente operación:

$$\frac{\sum E_1 \times t''_1 + E_2 \times t''_2 + \dots + E_n \times t''_n}{\sum t''_1 + t''_2 + \dots + t''_n} = \text{estado medio de endeudamiento total (En)}$$

Una vez determinado el endeudamiento total reducido a su estado medio, el importe del interés devengado que debe ser calificado como dividendos lo obtendremos de la siguiente manera:

$$\frac{Id \times (e_m - 3 CF)}{E_n} = \text{importe calificado como dividendo}$$

*Id* es el interés devengado

Una forma alternativa de calcular el importe calificado como dividendo consiste en identificar los intereses devengados correspondientes a la financiación contenida con entidades no residentes vinculadas y determinar la parte de los mismos que corresponde al exceso. En este caso se aplicaría la siguiente fórmula:

$$\frac{Idv \times (e_m - 3 CF)}{e_m} = \text{importe calificado como dividendo}$$

*Idv* es el interés devengado con entidades no residentes vinculadas

Esta fórmula parece más exacta que la anterior, pero debemos observar que la norma legal se refiere a los intereses devengados correspondientes al exceso, es decir, a los intereses devengados totales y no a los derivados del endeudamiento neto remunerado con entidades no residentes vinculadas, aunque en el contexto de la misma también cabría establecer la relación entre los intereses citados en segundo lugar y el exceso.

El importe calificado como dividendo es, por lo tanto, una parte de una magnitud contable, a saber, el interés devengado. Obsérvese que el interés devengado no tiene por qué coincidir con el interés pagado, aunque, finalmente, el interés devengado será pagado llegado el vencimiento de la obligación.

Bajo el concepto de interés devengado debemos encuadrar todas las remuneraciones devengadas por la financiación ajena. Por tanto no sólo los intereses de carácter explícito sino también los denominados implícitos, no sólo los de carácter fijo sino también los variables e incluso los subordinados al beneficio, en suma, la remuneración de la financiación ajena. Por tanto también la remuneración de todas aquellas operaciones financieras integrantes de la denominada financiación híbrida que son fiscalmente deducibles, como es el caso, por ejemplo, de las remuneraciones correspondientes al cuentapartícipe no gestor o a los titulares de créditos participativos.

### 2.2.3. Efectos del mandato.

El artículo 20.1 de la Ley 43/1995 califica los intereses devengados, calculados en la forma anteriormente expuesta, como dividendos: «tendrán la consideración de dividendos». ¿A todos los efectos? ¿Sólo a los efectos de la determinación de la base imponible por el Impuesto sobre Sociedades?

La norma efectúa una calificación derivada de un supuesto de hecho. Esta calificación, aunque insertada en el Título IV de la Ley 43/1995, es decir, en el capítulo dedicado a la base imponible, tiene un valor en sí misma que debe proyectarse respecto de las obligaciones tributarias de todas las personas o entidades involucradas en la situación de subcapitalización. Por tanto, no sólo en relación con la entidad en la que concurre el supuesto de hecho, sino también en las prestamistas. Una vez creada la ficción legal sus efectos serán los que resulten de aplicar la normativa fiscal vigente a la nueva verdad jurídica nacida de la misma. Existe un dividendo y como tal habrá de tratarse, a efectos fiscales.

#### 2.2.3.1. Efectos para la entidad prestataria.

El efecto para la entidad prestataria en la que concurre el supuesto de subcapitalización es claro. El dividendo es la expresión del beneficio distribuido y, por tanto, debe formar parte de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. También podría razonarse que la norma de subcapitalización tiene por efecto establecer que un gasto contable encubre una retribución a los fondos propios, en cuyo caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1.a) de la Ley 43/1995, no tendrá la consideración de fiscalmente deducible.

Por ambos razonamientos se llega al mismo resultado. Un gasto contable no es fiscalmente deducible. Sin embargo, hay un aspecto que conviene destacar. El dividendo, en cuanto parte del resultado contable positivo o beneficio, no coincide con la base imponible puesto que el Impuesto sobre Sociedades no es gasto fiscalmente deducible de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1.b) de la Ley 43/1995. ¿Qué deberá, entonces, integrarse en la base imponible de la sociedad prestataria, el dividendo o la base imponible correspondiente a ese dividendo?

Cuando el sujeto pasivo formule la autoliquidación deberá incorporar al resultado contable para determinar la base imponible el interés recalificado en dividendo y de ahí nace una porción de la cuota del Impuesto sobre Sociedades que tendrá la consideración de gasto contable, pero no fiscal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1.b) de la Ley 43/1995. Así pues, en el proceso de determinación de la base imponible a partir del resultado contable, en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 43/1995, el sujeto pasivo deberá efectuar el siguiente cálculo:

$$\text{Resultado contable} + \text{Interés calificado como dividendo} + \text{Impuesto sobre Sociedades (del resultado contable y del interés calificado como dividendo)} = \text{Base imponible}$$

El esquema responde a una diferencia de carácter permanente en los términos de la norma de valoración 16.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad.

#### 2.2.3.2. Efectos para la entidad prestamista.

La renta percibida por una entidad no residente pagada por una entidad residente está sujeta al Impuesto de no Residentes en cuanto «...renta obtenida en territorio español...», de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 41/1998. La norma de subcapitalización, sin embargo, plantea el problema del concepto bajo el cual se produce la sujeción a dicho tributo, a saber, como interés o como dividendo, debiendo observarse que la calificación no es indiferente debido al distinto régimen de uno y otro.

El artículo 12.4 de la Ley 41/1998 establece que, a los efectos de calificar los distintos conceptos de renta «...se atenderá a los criterios establecidos en la Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...». Si aplicáramos esta regla la renta en cuestión tendría la consideración de intereses, ya que el referido impuesto no contiene una norma que califique como dividendo lo que formalmente es un interés. Pero, a nuestro entender, lo previsto en el artículo 12.4 de la Ley 41/1998 debe ceder ante la calificación de la renta como dividendo efectuada por el artículo 20 de la Ley 43/1995. En efecto, si el legislador ha establecido que la referida renta tiene la consideración de dividendo huelga aplicar un precepto que establece el criterio para efectuar una calificación.

El interés calificado como dividendo también tendrá esta consideración a efectos de la tributación de la entidad prestamista en cuanto sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.

Ahora bien, en el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, el hecho imponible relativo a las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente se devenga, tratándose de rendimientos, «...cuando resulten exigibles o en la fecha de cobro si ésta fuese anterior» (artículo 26.1 Ley 41/1998), pero los intereses calificados como dividendos son los intereses devengados, sean o no exigibles.

La calificación de un interés devengado, todavía no exigible, como dividendo, plantea un problema de devengo del hecho imponible por el Impuesto de no Residentes. Si atendemos al dato de la exigibilidad de la renta, deberíamos concluir que el Impuesto de no Residentes no se devengará mientras el interés no sea exigible. Si atendemos al dato de la calificación del interés devengado como dividendo tal vez se pueda concluir que la referida calificación también trae como consecuencia que la renta en cuestión deba tenerse por exigible, de manera tal que la ficción legal en que consiste la norma de subcapitalización no solamente implica una calificación de la renta sino la atribución a la misma del carácter de exigible. Pero tampoco esta conclusión es del todo satisfactoria porque la norma de subcapitalización se limita a calificar una renta como dividendo, pero no matiza si se trata de un dividendo acordado o exigible, de manera tal que la calificación como dividendo no debe necesariamente presuponer la de dividendo exigible. Por tal razón la postura más ponderada quizá consista en entender que la calificación como dividendo no implica un pronunciamiento legal sobre la exigibilidad de la renta y que, por lo tanto, deberá estarse, en este punto, a lo convenido por las partes.

Una vez calificado el interés como dividendo entendemos que habrá de aplicarse la exención contenida en la letra f) del apartado 13.1 de la Ley 41/1998, en cuanto concurrieran los supuestos de hecho determinantes de la misma, y, por el contrario, no será aplicable la exención de la letra b) del mismo apartado y artículo relativa a los intereses.

### 3. PROBLEMAS DE DOBLE IMPOSICIÓN

La calificación del interés como dividendo y la consecuente inclusión del mismo en la base imponible de la entidad prestataria crea un supuesto de doble imposición a no ser que la entidad prestataria reciba en el país en que reside el tratamiento pertinente para evitar la doble imposición económica internacional. A primera vista no es éste un problema del país en que reside la entidad prestataria sino del que reside la entidad prestamista. Esto es cierto, pero también lo es que cuando media un convenio para evitar la doble imposición o la entidad prestamista es residente en un Estado miembro de la Unión Europea, la situación es diferente.

#### 3.1. Entidad residente en la Unión Europea.

La Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, contiene un conjunto de normas que, incorporadas por los referidos Estados a sus respectivos ordenamientos, tienen por objeto evitar la doble imposición económica internacional respecto de los flujos de renta entre entidades matrices y filiales.

Parece claro que la aplicación de la norma de subcapitalización debe hacerse de manera tal que no genere doble imposición económica porque, de lo contrario, los objetivos de la Directiva 90/435 quedarían burlados. Son varios los caminos que deben explorarse en este sentido.

En primer lugar, debemos examinar si la calificación como dividendo derivada de la norma de subcapitalización vincula al Estado miembro en que reside la entidad prestamista, porque, si así fuere, el problema de doble imposición quedaría inmediatamente resuelto.

La Directiva 435/1990 no establece un concepto de beneficio distribuido, ni tampoco prevé nada para el caso en que la calificación de la renta pagada por la entidad filial a su matriz sea diferente en uno y otro Estado miembro, seguramente porque, considerando el conjunto de las legislaciones concernidas, en la inmensa mayoría de los casos tal diferencia no existirá. El supuesto de la norma de subcapitalización es una excepción.

La ausencia de una definición de beneficio distribuido en la Directiva 435/1990 abre paso a la aplicación de las normas internas, de manera tal que lo que para el país en el que reside la entidad filial prestataria, en nuestro caso España, es calificado legalmente como dividendo, podrá tener la consideración de interés en la entidad prestamista, de manera tal que el país en que reside dicha entidad no se verá obligado a aplicar ninguna de las medidas que para evitar la doble imposición se contienen en el artículo 4 de la Directiva 435/1990. Esta conclusión se ve reforzada si tenemos en cuenta que el referido 4 establece las medidas para evitar la doble imposición cuando una sociedad matriz reciba «...en calidad de socio de su sociedad filial, beneficios distribuidos...».

De acuerdo con lo expuesto, podemos afirmar que la Directiva 435/1990 no contiene los resortes necesarios para evitar la doble imposición en los supuestos de intereses calificados como dividendos por aplicación de una norma de subcapitalización.

La segunda vía a explorar para eliminar la más que posible doble imposición derivada de la aplicación de la norma de subcapitalización, es el Convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de las empresas asociadas.

El Convenio 90/436/CEE se aplica cuando, a efectos fiscales, «...los beneficios que se hallen incluidos en los beneficios de una empresa de un Estado contratante estén incluidos o vayan a incluirse probablemente también en los beneficios de una empresa de otro Estado contratante, por no respetarse los principios que se enumeran en el artículo 4...». El artículo 4 establece el principio de determinación del beneficio fiscal, en relación con las operaciones entre partes vinculadas, con arreglo a lo que hubiera acontecido entre partes independientes, de manera tal que «...cuando las dos empresas, en sus relaciones comerciales o financieras, estén vinculadas por condiciones acordadas o impuestas que difieran de las que se acordarían entre empresas independientes, los beneficios que en caso de no haberse dado dichas condiciones, hubiese realizado una de las empresas, pero que no hayan podido realizarse debido a la existencia de dichas condiciones, podrán incluirse en los beneficios de dicha empresa y ser gravados consecuentemente...».

El artículo 4 legitima la corrección de valor de las operaciones realizadas entre partes vinculadas, y también la aplicación de las normas de subcapitalización, siempre que unas y otras respeten las condiciones que se hubieran producido entre partes independientes. Nótese que el artículo 4 se refiere a las condiciones acordadas o impuestas en las relaciones financieras, siendo así que la norma de subcapitalización se basa, precisamente, en la existencia de relaciones financieras entre partes vinculadas que no serían posibles entre partes independientes.

Ahora bien, si el artículo 4 del Convenio 436/1990 ampara la aplicación de las normas de subcapitalización que respeten el principio de determinación del beneficio de acuerdo con las condiciones imperantes entre partes independientes, la doble imposición que de ello pudiera derivarse cae de lleno en el campo de aplicación de las técnicas previstas en el mismo para evitarla, de acuerdo con lo previsto en su artículo 2. En este sentido se opina que el Convenio 436/1990 es el cauce jurídico que ha de seguirse para evitar los fenómenos de doble imposición derivados de la norma de subcapitalización, todo ello sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en relación con el principio de no discriminación.

### **3.2. Entidad residente en un país con convenio para evitar la doble imposición.**

En este caso habrá que estar a lo que establezca el convenio que sea aplicable, como se expone más adelante.

## **4. LA SUBCAPITALIZACIÓN Y LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN**

La compatibilidad de la norma de subcapitalización con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional es un tema difícil. Si nos atenemos al artículo 20.3 de la Ley 43/1995, la compatibilidad existe. Pero lo que está en tela de juicio es si, precisamente, el citado artículo es conforme con las normas establecidas en los convenios para evitar la doble imposición internacional.

Para examinar esta cuestión expondremos en primer lugar los criterios contenidos en los comentarios al modelo de convenio de la OCDE de 1992, en segundo lugar los elementos esenciales del artículo 20.3 de la Ley 43/1995, y finalmente estableceremos las conclusiones que se deriven de la comparación entre aquellos criterios y estos elementos.

### **4.1. Comentarios contenidos en el modelo de convenio en relación con la subcapitalización.**

Cuatro son las cuestiones abordadas por los referidos comentarios:

- La validez de las normas internas de subcapitalización, a los efectos de las categorías de rentas definidas en los convenios bilaterales.
- La corrección de la doble imposición que deriva de la aplicación de la norma de subcapitalización.

- La eficacia del principio de no discriminación cuando la norma de subcapitalización sólo opera en relaciones de financiación transfronterizas.

#### 4.1.1. Categorías de rentas y normas de subcapitalización.

A la primera cuestión se refiere el párrafo número 25 de los comentarios al artículo 10, el 19 de los comentarios al artículo 11 y el 2 de los comentarios al artículo 9.

Como es sabido, el artículo 10.3 del modelo de convenio describe el contenido del término «dividendos», y que respecto de las rentas que tengan tal consideración se predicen las normas de distribución de la competencia para gravar entre el Estado de la fuente y el de la residencia. Pues bien, en los comentarios al apartado 3 del artículo 10, se afirma que «El artículo 10 no se refiere tan sólo a los dividendos propiamente dichos sino también a los intereses de préstamos cuando el prestamista comparte los riesgos corridos por la entidad prestataria... Los artículos 10 y 11 no impiden asimilar los intereses a los dividendos en aplicación de las normas internas del país de la entidad prestataria relativas a la subcapitalización...». Este criterio se ratifica en el comentario 19 al artículo 11.3, donde se afirma que «...en las situaciones de subcapitalización presumida, es a veces difícil distinguir entre los dividendos y los intereses, y para evitar toda posibilidad de solapamiento entre las categorías de renta contempladas, respectivamente, en el artículo 10 y en el artículo 11, ha de entenderse que el término interés empleado en el artículo 11 no comprende los elementos de renta que caen bajo la aplicación del artículo 10».

De acuerdo con los comentarios precedentes, las calificaciones efectuadas por las normas internas de subcapitalización surten efecto respecto de las diversas categorías de rentas contempladas en los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, de manera tal que la renta afectada por la norma interna de subcapitalización será considerada también como dividendo a los efectos de la calificación de las rentas contenidas en los referidos convenios.

De esta manera la calificación de un interés como dividendo, de acuerdo con lo establecido en la norma de subcapitalización, no solamente tiene efectos respecto de la formación de la base imponible de la entidad prestataria, sino que, a efectos de la tributación del no residente prestamista, la renta que obtenga seguirá el régimen de los dividendos (artículo 10 del modelo de convenio) y no el de los intereses (artículo 11 del modelo de convenio).

Ahora bien, el artículo 9 del modelo de convenio, relativo a las empresas asociadas, permite que cuando dos entidades vinculadas, residentes en diferente Estado contratante, estén «...en sus relaciones comerciales o financieras, obligadas por condiciones convenidas o impuestas, que difieran de las que serían convenidas entre empresas independientes, los beneficios que, sin esas condiciones, habrían sido realizados por una de las empresas pero no lo han podido ser de hecho a causa de esas condiciones, pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y gravados en consecuencia».

Este artículo establece un mandato de doble contenido:

- Como regla general, los beneficios de una empresa que reside en un Estado contratante no pueden ser modificados por el mismo, a efectos fiscales, aunque dicha empresa esté vinculada con otra que resida en el otro Estado contratante y realice con la misma operaciones comerciales o financieras.
- Como regla excepcional, dichos beneficios pueden ser modificados, a efectos fiscales, si las referidas operaciones vinculadas se han realizado en condiciones distintas de mercado. La modificación del beneficio puede efectuarse para someter a tributación el que hubiere resultado aplicando a las operaciones vinculadas las condiciones de mercado. Una modificación de diferente alcance no sería admisible.

El artículo 9 impone una restricción en cuya virtud un Estado contratante no puede modificar el beneficio de las entidades residentes en el mismo a causa de operaciones efectuadas con entidades vinculadas residentes en el otro Estado contratante, excepto si dichas operaciones se realizaron en condiciones diferentes a las de mercado, y sólo para gravar el beneficio que hubiera resultado en condiciones normales de mercado. De inmediato surge la cuestión de la compatibilidad de las normas de subcapitalización con el artículo 9 del modelo de convenio. En efecto, la norma de subcapitalización produce el efecto de aumentar, a efectos fiscales, el beneficio, en la medida en que el dividendo no es deducible y los intereses sí lo son y, además, la modificación del beneficio, a efectos fiscales, se sustenta en la realización de unas operaciones financieras entre entidades vinculadas, residiendo cada una de ellas en diferente Estado contratante. Una modificación del beneficio por razón de una operación financiera entre entidades que residen en diferente Estado contratante, que es el efecto jurídico principal de la norma de subcapitalización, necesariamente conjuga el supuesto de hecho del artículo 9 del modelo de convenio.

Así lo reconocen los comentarios al modelo de convenio, a cuyo tenor, «...el artículo (9) no impide la aplicación de las reglas nacionales (de subcapitalización) ...en la medida en que su efecto es asimilar los beneficios del prestatario a aquellos que habrían sido realizados en una situación de plena concurrencia... el artículo (9)... permite... determinar si aquello que es presentado como un préstamo puede ser considerado como tal o debe ser considerado como una puesta a disposición de fondos de otra naturaleza y, en particular, como una participación en el capital social».

Los comentarios precedentes muestran, de manera concluyente, que la norma de subcapitalización, en cuanto que determina la modificación del beneficio por razón de operaciones financieras entre partes vinculadas, cae bajo el supuesto de hecho del artículo 9 del modelo de convenio. No es ya que el artículo 9 no es un obstáculo sino, lo que es más exacto, que la norma de subcapitalización, al implicar una modificación del beneficio por operaciones entre partes vinculadas, es uno de los variados supuestos que pueden ser subsumidos en la hipótesis del artículo 9. Vistas así las cosas, no existirá fricción alguna entre el artículo 9 y la norma de subcapitalización si la calificación de ciertos intereses como dividendos «...no tiene por efecto llevar el importe de los beneficios gravables de la empresa nacional afectada a un nivel superior a aquel que estos beneficios hubieran debido alcanzar en condiciones de plena concurrencia...».

Del examen conjunto de los comentarios a los artículos 9, 10 y 11 del modelo de convenio, se desprende que las normas de subcapitalización no entran en conflicto con los convenios para evitar la doble imposición, siempre que de la aplicación de las mismas no se derive un beneficio gravable superior a aquel que la entidad prestataria hubiera obtenido en condiciones de plena concurrencia.

Los artículos 10 y 11 no suponen un obstáculo a la calificación derivada de las normas de subcapitalización, siempre y cuando que los efectos de dicha calificación se mantengan dentro de los límites que impone el principio de independencia en el cual se fundamenta el artículo 9 del modelo de convenio, de manera tal que el impuesto que, finalmente, recaiga sobre la entidad prestataria sea el congruente con una situación en la que no exista vinculación entre dicha entidad y la prestamista.

#### *4.1.2. La corrección de la doble imposición.*

La calificación de un interés como dividendo por efecto de la norma de subcapitalización conduce a la ampliación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y, por lo tanto, a la liquidación de una cuota superior a la que habría resultado en caso de no mediar la calificación. Es evidente que tal efecto puede crear una situación de doble imposición que no se habría producido en ausencia de la norma de subcapitalización.

¿Contienen los convenios para evitar la doble imposición normas para eliminar tal efecto?

La respuesta a la pregunta precedente admite diversos matices.

##### *4.1.2.1. El convenio prevé métodos para evitar la doble imposición económica.*

Si el convenio prevé que el país de la entidad perceptora del dividendo deje exento al mismo (método de exención) o que lo grave pero deduciendo el impuesto correspondiente al beneficio del que procede el dividendo (método de imputación), la doble imposición derivada de la aplicación de la norma de subcapitalización quedará eliminada si el Estado de residencia del perceptor estuviera obligado a considerar como dividendo el interés que el Estado de la fuente ha calificado como tal. Pues bien, el Estado de la residencia estará obligado a ello cuando en el convenio se designen las rentas sujetas al método para evitar la doble imposición de forma tal que en las mismas queden comprendidos los intereses calificados como dividendos por virtud de la norma de subcapitalización. Así sucederá cuando el artículo del convenio que contenga uno u otro método (23 A y B en el modelo de convenio) se remita al artículo del convenio que se refiera a los dividendos, es decir, al artículo 10 del modelo de convenio. Ahora bien, esto será lo normal, y a ello conduce, además, en caso de duda una interpretación sistemática del convenio, ya que, en efecto, si el artículo 23 A y B se refiere a los dividendos lo apropiado es entender por tales aquellas rentas incluidas en el artículo 10.

Si el artículo 23 A y B se refiere a los dividendos en el sentido que tal renta tenga de acuerdo con la legislación interna del Estado en que reside la entidad perceptora, dicho Estado, en principio, calificará la renta como interés, sin tener, por tanto, que aceptar la calificación del Estado que ha aplicado la norma de subcapitalización. En este supuesto el Estado de residencia del receptor no aplicará el método para evitar la doble imposición de dividendos, sea el de exención o el de imputación, de manera tal que la norma de subcapitalización genera un supuesto de doble imposición.

El Comité Fiscal de la OCDE, en un informe relativo a la subcapitalización emitido en 1987, consideró que, a pesar de que el Estado de la residencia no estuviere obligado a aceptar la calificación derivada de la aplicación de la norma de subcapitalización, debería aplicar métodos para evitar la doble imposición en tres supuestos:

- Cuando el Estado de la fuente hubiere tratado el interés como dividendo en virtud del artículo 9 del modelo de convenio.
- Cuando el Estado de residencia tenga normas análogas en materia de subcapitalización.
- Cuando el Estado de la residencia considerase adecuado tratar el interés como dividendo.

Los dos últimos supuestos revisten una cierta ambigüedad, y, en definitiva, las acciones que para evitar la doble imposición pueda adoptar el Estado de residencia en consideración de los mismos no parece que deriven de la fuerza obligatoria del convenio sino de prácticas de conducta leal en las relaciones fiscales.

El primer supuesto sí reviste, por el contrario, fuerza obligatoria. En efecto, el artículo 9.2 del modelo de convenio obliga al Estado en el que reside la entidad perceptora del dividendo a realizar «...un ajuste apropiado...». Sin embargo, dicho ajuste «...no deberá operar automáticamente en el Estado B (en nuestro caso de la residencia del receptor) por el simple hecho de que los beneficios han sido rectificadas en el Estado A (en nuestro caso de la residencia del pagador); el ajuste no será debido sino cuando el Estado B estima que las cifras de los beneficios rectificadas corresponden a aquellas que habrían sido obtenidas si las transacciones hubieran sido realizadas con total independencia...» (comentario n.º 6).

Nótese que así como la aplicación de alguno de los métodos para evitar la doble imposición de dividendos procura la eliminación de la doble imposición, la corrección del beneficio prevista en el apartado 2 del artículo 9 del modelo de convenio no garantiza dicha eliminación. Por lo tanto, la corrección de la doble imposición que genera la aplicación de una norma de subcapitalización sólo queda garantizada cuando, debido a la propia redacción del convenio, el interés calificado como dividendo tiene tal consideración a los efectos de las normas establecidas para eliminar la doble imposición de dividendos.

#### 4.1.2.2. El convenio no prevé métodos para evitar la doble imposición económica.

Si el convenio no prevé algún método para evitar la doble imposición de dividendos, es decir, sólo prevé la eliminación de la doble imposición jurídica pero no la eliminación de la doble imposición económica, la aplicación de la norma de subcapitalización ensancha el importe de la renta sometida a doble imposición. En efecto, no ya sólo el dividendo en sentido estricto padece la doble imposición económica sino también el interés calificado como dividendo. La superación de este supuesto adicional de doble imposición tan sólo podría venir de la mano de la corrección prevista en el apartado 2 del artículo 9, en la forma anteriormente expuesta.

De acuerdo con lo expuesto, la norma de subcapitalización genera un supuesto de doble imposición que solamente será evitado de manera indubitada cuando el convenio prevea un método para eliminar la doble imposición económica y al mismo puedan acogerse todas las rentas comprendidas en el artículo 10.

¿Es incompatible, por tal motivo, la norma de subcapitalización con los convenios para evitar la doble imposición? Entendemos que no, porque el propio convenio no garantiza que, en todos los supuestos, se elimine la doble imposición. Así sucede cuando sólo contiene normas para evitar la doble imposición jurídica, permitiendo, por tanto, la doble imposición económica, o cuando un Estado hace una corrección del beneficio por causa de operaciones vinculadas y el otro Estado no acepta practicar la corrección correlativa en la otra parte vinculada. En suma, la aplicación de la norma de subcapitalización puede determinar supuestos de doble imposición que, dependiendo del contenido de las normas establecidas en el convenio para evitar la doble imposición y en la propia legislación interna del país en el que reside la entidad perceptora de los intereses, podrán o no ser eliminados, pero esto sucede también en otros supuestos de corrección por operaciones vinculadas, y, con carácter general, cuando sólo se prevé la eliminación de la doble imposición jurídica.

#### 4.1.3. El principio de no discriminación.

El apartado 4 del artículo 24 del modelo de convenio establece, como regla general que «...los intereses, cánones y otros gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante son deducibles, en las mismas condiciones que si los mismos hubieran sido pagados a un residente del primer Estado...». Esta regla general no se aplica cuando lo sean «...las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11...».

El comentario al referido apartado 4 establece que «El apartado 4 no prohíbe al país del prestatario asimilar los intereses a dividendos en virtud de sus reglamentaciones nacionales sobre la subcapitalización, en la medida en que las mismas son compatibles con el apartado 1 del artículo 9 o el apartado 6 del artículo 11. Sin embargo, si ese régimen deriva de reglamentaciones que no son compatibles con los referidos artículos y que no se aplican más que a los prestamistas no residentes (excluidos los prestamistas residentes), la aplicación de este régimen está prohibida por el apartado 4».

De acuerdo con los comentarios precedentes, la norma de subcapitalización no entrará en conflicto con lo establecido en los convenios para evitar la doble imposición en relación con la no discriminación cuando la corrección del beneficio derivada de su aplicación no determina el gravamen de un beneficio mayor al que se hubiere obtenido en caso de no mediar relaciones financieras de préstamo con entidades vinculadas.

El apartado 5 del artículo 24 del modelo de convenio prevé que las empresas residentes en un Estado contratante «...cuyo capital está en su totalidad o en parte, directa o indirectamente, poseído o controlado por uno o varios residentes del otro Estado contratante, no estarán sometidos, en el primer Estado a ninguna tributación u obligación, diferente o más pesada que aquellas a las que están o podrán estar sujetas otras empresas similares del mismo Estado».

Aparentemente esta norma impediría la aplicación de las normas de subcapitalización que, como la española, únicamente afectan a las entidades residentes participadas por entidades no residentes. Sin embargo, los comentarios al modelo de convenio son extraordinariamente matizados en este punto, ya que si bien reconocen que el artículo 24.5 se aplica a las normas de subcapitalización, también establecen que el mismo «...está redactado en términos muy generales, de manera tal que no debe tener sino un papel secundario en relación con otras cláusulas de la convención. En consecuencia, el apartado 4 (que se refiere al apartado 1 del artículo 9 y al apartado 6 del artículo 11) debería prevalecer sobre este apartado en lo que concierne a la deducción de los intereses».

La norma de subcapitalización no es contraria al principio de no discriminación, siempre que esté concebida de tal manera que no determine una vulneración del denominado principio de independencia, al que seguidamente nos referimos.

#### **4.2. La norma de subcapitalización y el principio de independencia.**

Los comentarios al modelo de convenio anteriormente examinados perfilan con claridad que la norma de subcapitalización entrará en conflicto con los convenios para evitar la doble imposición cuando la corrección del beneficio de la entidad prestataria no respete lo previsto en el artículo 9 del modelo de convenio. En otro caso no habrá conflicto. Desde esta perspectiva, la relación entre la norma de subcapitalización y los convenios para evitar la doble imposición puede plantearse tanto de manera negativa como positiva.

Un planteamiento negativo debe responder a la siguiente cuestión: ¿qué requisitos debe reunir la norma de subcapitalización para cumplir con el principio que anima al artículo 9.1 del modelo de convenio y las normas que en el mismo se contienen? Y un planteamiento positivo a esta otra cuestión: ¿en qué medida el principio que anima al artículo 9.1 del modelo de convenio puede realizarse plenamente en ausencia de las normas sobre subcapitalización?

Sabido es que un principio fundamental del Derecho tributario internacional es que el beneficio de las entidades sujeto a tributación en el país en que residen se determine despojado de toda influencia derivada de las relaciones habidas, en condiciones distintas a las de mercado, con entidades vinculadas. Este principio, al que habitualmente se designa en inglés *-arm's length principle-*, y que la doctrina española traduce como principio de tributación en situación de independencia, exige, a juicio de PALAO TABOADA, que «...el impuesto se aplique como si no existiese vinculación entre las sociedades implicadas...».

Pues bien, en ausencia de una norma de subcapitalización, dicho principio se vería fácilmente burlado, pues bastaría una financiación basada en los préstamos realizados por la sociedad matriz o por entidades controladas por la misma, para tumbar el beneficio de la entidad prestataria, dejándolo muy alejado del que se hubiera obtenido en base a una financiación obtenida de terceros, los cuales, probablemente, no arriesgarían sus capitales en una entidad con fuerte endeudamiento para obtener, tan sólo, la remuneración por intereses.

He aquí pues que la norma de subcapitalización se configura como un poderoso instrumento, al menos en teoría, para proteger el principio de independencia. En suma, para que el beneficio obtenido por una entidad residente en un Estado tribute en el mismo, sin que, por el efecto de una financiación entre partes vinculadas bajo la forma de préstamo, dicho beneficio pueda ser transferido a una entidad residente en el otro Estado, es necesaria la norma de subcapitalización.

Desde esta perspectiva sería la ausencia de la norma de subcapitalización lo que daría al traste con las reglas de distribución de la competencia para gravar los beneficios de las empresas entre los Estados contratantes. Ahora bien, dichas reglas constituyen la esencia de los convenios. En su virtud, los Estados contratantes se reparten equitativamente la renta gravable y, al así hacerlo, eliminan, total o parcialmente, la doble imposición. En suma, en ausencia de una norma de subcapitalización, el principio de independencia y las normas que lo concretan, contenidas, básicamente, en los artículos 9.1 y 11.6 del modelo de convenio, no se cumplirían realmente, aunque sí formalmente.

Esta visión positiva de la norma de subcapitalización es tanto más necesaria y conforme con la realidad cuanto que la libertad de movimiento de capitales es un hecho incontestable, conveniente e irreversible.

Nótese que el principio de independencia es propio del Derecho internacional tributario, en cuanto que sirve al objetivo de distribución de la competencia para gravar entre los Estados contratantes, de manera tal que su ausencia en el ámbito interno es perfectamente lógica ya que nada hay que distribuir, aunque desde la perspectiva del principio de capacidad económica, en ocasiones, también rendiría frutos apropiados con el mismo. Por esta razón carece de sentido plantear, de manera no matizada, la colisión de la norma de subcapitalización con el principio de no discriminación. Por el contrario, sirviendo la norma de subcapitalización al principio de independencia, y siendo este principio básico en el cuerpo de un convenio para evitar la doble imposición, el principio de no discriminación no ha de entrar en conflicto con la referida norma de subcapitalización sino en los supuestos en los que la misma no sea congruente con el principio de independencia.

Por consiguiente, la regularidad de la norma de subcapitalización ha de buscarse en el servicio que la misma rinda al correcto cumplimiento del principio de independencia. Sólo si la adecuación a dicho principio de independencia no se produce o se produce deficientemente, la norma de subcapitalización entrará en conflicto con el principio de no discriminación.

## 5. EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 43/1995 Y LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

El apartado 3 del artículo 20 de la Ley 43/1995, establece un procedimiento para, cuando medie un convenio para evitar la doble imposición, modificar al alza el coeficiente de subcapitalización. Esta posibilidad no existía en el artículo 16 de la Ley 61/1978, y revela la voluntad del legislador de adecuar la norma de subcapitalización a las exigencias de los convenios para evitar la doble imposición. Por lo tanto el debate ya no debe centrarse en la compatibilidad de la norma de subcapitalización respecto de los convenios para evitar la doble imposición, sino en la idoneidad de los procedimientos establecidos para cumplir con el denominado principio de independencia. En suma, la cuestión que debe abrir y presidir el referido debate es la siguiente: ¿a través de los procedimientos establecidos en el artículo 20.3 de la Ley 43/1995, queda garantizado que la norma de subcapitalización contenida en el apartado 1 no determinará el gravamen de unos beneficios superiores a los que hubiera obtenido la entidad en condiciones de libre competencia?

### 5.1. El procedimiento del artículo 20.3 de la Ley 43/1995.

Cuando la entidad o entidades prestamistas vinculadas residan en un país con el que España haya concluido un convenio para evitar la doble imposición, el artículo 20.3 de la Ley 43/1995 establece la facultad, en favor de la entidad prestataria residente en territorio español, de «...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 que se derive del ejercicio de la facultad debe fundamentarse «...en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas».

Puede apreciarse que el objetivo de la propuesta y, por tanto, del procedimiento conducente a su aprobación, es la fijación de un coeficiente diferente del previsto en el apartado 1. No se trata, de justificar que la situación real de endeudamiento respeta el principio de independencia, sino de establecer un coeficiente distinto y más elevado de 3. Con rotundidad se expresa el artículo 16.1 del Real Decreto 537/1997, que faculta a los sujetos pasivos para someter a la Administración tributaria una propuesta para «...la aplicación de un coeficiente de subcapitalización distinto del establecido en el apartado 1 del artículo 20 de la Ley del Impuesto», y también el artículo 19.5.e) de la referida disposición que señala como elemento integrante de la propuesta el «...coeficiente de endeudamiento

que se propone y justificación del mismo...», y también, finalmente, el artículo 22.4 igualmente del Real Decreto 537/1997, que establece como contenido de la resolución que ponga fin al procedimiento «...el coeficiente de subcapitalización aplicable...».

El coeficiente de subcapitalización no tiene consistencia propia, sino que es el resultado del enfrentamiento de dos magnitudes representativas de la financiación del sujeto pasivo: capital fiscal y endeudamiento neto remunerado con personas o entidades no residentes en territorio español vinculadas. De estas dos magnitudes el capital fiscal es un parámetro, y el endeudamiento la verdadera variable que va a decidir, confrontada con tal parámetro, el coeficiente de subcapitalización. Pues bien, ese endeudamiento es el que, como máximo, hubiere podido obtener el sujeto pasivo de personas o entidades no vinculadas, residentes o no. Se trata de una cifra teórica, de carácter máximo, cuya justificación corresponde al sujeto pasivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.5.b) del Real Decreto 537/1997.

Por lo tanto, el coeficiente de subcapitalización propuesto por el sujeto pasivo dependerá de la capacidad autónoma de endeudamiento que el mismo tenga y así lo justifique. A mayor capacidad de endeudamiento, mayor será el coeficiente de subcapitalización. Ahora bien, la capacidad de endeudamiento autónoma depende de un conjunto de circunstancias, algunas objetivas y otras subjetivas, pero todas ellas referidas al sujeto pasivo. El sector en el que opere es una circunstancia objetiva, pero no será ni la única ni la más importante. La acreditación de la marca que explote, la clientela, la serie de resultados histórica, la calificación de los directivos, la aptitud innovadora, las buenas prácticas mercantiles, la fiabilidad de sus estados contables, la regularidad en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, la existencia de plusvalías tácitas y de posibilidades de expansión, el grado de formación de sus empleados, la cuantía de los compromisos sociales, la regularidad en los pagos, el riesgo de sus operaciones..., son todas ellas circunstancias subjetivas que, desde luego, los terceros no vinculados toman en cuenta para decidir el endeudamiento que, en relación con el capital fiscal, están dispuestos a mantener.

De acuerdo con lo expuesto, el coeficiente de subcapitalización que, finalmente, debería resultar aprobado es consecuencia de todas las circunstancias que concurren en la empresa. De esta manera el coeficiente de subcapitalización pierde su carácter objetivo, al modo del apartado 1, y pasa a ser la expresión numérica de un conjunto, muy amplio, de circunstancias subjetivas.

Es evidente que posturas inflexibles de la Administración tributaria o, simplemente, poco sensibles a los fines y objetivos del procedimiento podrán frustrar los mismos. Pero el contribuyente no queda indefenso, ni inerte ante el coeficiente 3, ya que, si bien es verdad que la resolución que ponga fin al procedimiento no es, en sí misma, recurrible, sí lo serán los actos de liquidación que pudieran practicarse en virtud del aumento de base imponible derivado de la aplicación del referido coeficiente. En el ejercicio de estos derechos el contribuyente podrá aportar, de la misma manera que al procedimiento administrativo, cuantos medios de prueba entienda pertinentes para probar la cifra de endeudamiento que hubiera podido obtener de entidades no vinculadas.

Finalmente debe señalarse que el procedimiento descrito tan sólo es posible cuando medie reciprocidad, lo que, a nuestro entender, sucede en tres casos:

- Cuando el otro Estado contratante tiene establecida una norma de subcapitalización de carácter objetivo, al igual que la contemplada en el apartado 1 del artículo 20 de la Ley 43/1995 y permite al contribuyente la utilización de expedientes similares al previsto en el apartado 3 del aludido artículo 20. Nótese que se trata de expedientes similares, no estrictamente iguales.
- Cuando el otro Estado contratante no tenga establecido un coeficiente de subcapitalización de carácter objetivo, pero las autoridades fiscales puedan efectuar correcciones al beneficio gravable probando que el endeudamiento con las entidades no residentes vinculadas no habría sido concedido por entidades independientes, o bien probando hechos de análoga significación.
- Cuando el otro Estado contratante no tenga establecido ningún coeficiente de subcapitalización ni la autoridad fiscal estuviere facultada para efectuar correcciones al beneficio gravable por razones de subcapitalización.

De acuerdo con lo expuesto el requisito de reciprocidad tan sólo impedirá la apertura del procedimiento previsto en el artículo 20.3 de la Ley 43/1995 cuando el otro Estado tenga establecido un coeficiente objetivo de subcapitalización que se imponga de manera absoluta e incondicional a todos los sujetos pasivos por razón de sus relaciones financieras de endeudamiento con personas o entidades no residentes vinculadas, lo que, verdaderamente, no parece que pueda acontecer, en términos normales, ya que ello iría contra los principios en que se basan los convenios para evitar la doble imposición.

## **5.2. El artículo 20.3 de la Ley 43/1995, a la luz de las normas del modelo de convenio y de su interpretación a tenor de los comentarios al mismo.**

La doctrina, en general, no sin reconocer que el artículo 20.3 de la Ley 43/1995 ha supuesto un avance en relación con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 61/1978, ha mostrado ciertas dudas respecto de su plena adecuación a los principios y normas concernidas de los convenios para eliminar la doble imposición.

El profesor PALAO TABOADA ha resumido las causas que, según la doctrina mayoritaria, no permiten considerar a la norma de subcapitalización del artículo 20.3 de la Ley 43/1995 plenamente compatible con los convenios para evitar la doble imposición:

- Que el procedimiento reglamentario no tiene por objeto el examen *ex post* de la adecuación o inadecuación al principio de independencia del coeficiente legal de subcapitalización en un caso concreto, sino la fijación *ex ante* de un coeficiente alternativo. La naturaleza de la resolución que, en su caso, le ponga fin es más bien normativa.
- Que la exigencia de que la propuesta se fundamente en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas constituye una limitación contraria al modelo de convenio, interpretado a la luz de la doctrina de la OCDE, que permite tener en cuenta cualesquiera circunstancias del caso.
- Que la condición de reciprocidad supone subordinar a este criterio la aplicación de las normas del modelo de convenio.

Entiende el profesor PALAO «...de estos tres argumentos resultan sobre todo convincentes el primero y el tercero; no tanto, en cambio, a mi juicio, el segundo. Pienso que lo que ha pretendido el legislador, aunque con escasa fortuna, es proclamar su adhesión al principio de independencia, lo que pensaba le ponía al resguardo de las objeciones basadas en los CDI... Bastan, no obstante, los otros dos argumentos para impedir que el procedimiento logre su finalidad básica, si bien introduce un elemento de flexibilidad en las medidas contra la subcapitalización»<sup>2</sup>.

Los argumentos precedentes, y la valoración que de los mismos hace el profesor PALAO son consistentes y de peso. Sin embargo, a nuestro entender, admiten ciertas matizaciones que podrían apoyar la compatibilidad de la norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995 con los convenios para evitar la doble imposición internacional.

Como ya expusimos anteriormente, lo verdaderamente decisivo es que el procedimiento establecido en el artículo 20.3 de la Ley 43/1995, y su desarrollo reglamentario, garanticen que de la aplicación de la norma de subcapitalización no se derive una corrección de la base imponible que determine un beneficio gravable superior al beneficio obtenido por la entidad en condiciones de libre competencia. Es claro que el procedimiento referido, tal y como está definido en el artículo 20.3 de la Ley 43/1995 y en el Capítulo V del Título I del Real Decreto 537/1997, no tiene ese objetivo. El objetivo del procedimiento es fijar un coeficiente de subcapitalización distinto, y más elevado, del coeficiente objetivo, es decir, 3. La norma de subcapitalización no se construye a modo de presunción respecto de la que el contribuyente podría esgrimir cualesquiera medios de prueba a su alcance para demostrar que su situación de endeudamiento vinculado con no residentes cumple con el principio de libre competencia o, por mejor decir, con el principio de independencia. El resultado del procedimiento no es una declaración de compatibilidad o incompatibilidad de la situación financiera del contribuyente con el principio de independencia, sino la determinación de un coeficiente distinto de subcapitalización.

<sup>2</sup> «Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión». *Revista de Técnica Tributaria*, n.º 46/1999.

Ahora bien, lo verdaderamente importante no es, en realidad, que el objetivo del procedimiento sea establecer un coeficiente de subcapitalización distinto de 3, sino que el coeficiente así fijado garantice que los beneficios que se sometan a tributación no excedan de los que «...se habrían debido esperar en condiciones de plena concurrencia...» (comentario n.º 2 al artículo 9.1 del modelo de convenio). Pues bien, puesto que la distorsión del beneficio gravable se genera a causa de una situación de endeudamiento vinculado que la norma entiende anómala a partir del coeficiente de subcapitalización 3, el principio de independencia estará correctamente protegido si el contribuyente puede probar, a través de todos los medios válidos en Derecho, que igualmente habría podido obtener dicho endeudamiento de terceros no vinculados, derivándose del montante de dicho endeudamiento un determinado coeficiente de subcapitalización. Pero, nótese bien, el coeficiente de subcapitalización es la consecuencia matemática del «...endeudamiento que el sujeto pasivo hubiere podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas...» (artículo 20.3 Ley 43/1995), de manera tal que el objetivo subyacente del procedimiento es determinar dicho endeudamiento. Este endeudamiento «...en relación con el capital fiscal...» (artículo 19.5.b) Real Decreto 537/1997), es el que permite determinar el coeficiente de subcapitalización al que deberá atenerse el sujeto pasivo. En tal caso el problema se traslada hacia la forma en cómo el procedimiento regula la determinación del endeudamiento no vinculado. ¿Hay limitaciones que debiliten la posición del contribuyente? El artículo 19.5.b) y e) del Real Decreto 537/1997 se refiere expresamente a este punto en términos sumamente amplios, sin que se establezcan medios de prueba preferentes o específicos ni, en forma alguna, se limiten los medios de prueba. Ya adelantamos que la capacidad de endeudamiento con terceros depende de un amplísimo conjunto de circunstancias, en su mayor parte subjetivas. Pues bien todas estas circunstancias podrán ser traídas al procedimiento por el sujeto pasivo, al efecto de probar la capacidad de endeudamiento autónoma. No hay limitación de pruebas en relación con el objeto fundamental del procedimiento.

Nótese, por otra parte, que el procedimiento está dotado de una gran flexibilidad, ya que no se trata tan sólo de aprobar o rechazar la propuesta inicialmente formulada por el sujeto pasivo, sino también cualquier otra propuesta alternativa formulada por el mismo en el curso del procedimiento (artículo 22.1.b) Real Decreto 537/1997), de manera tal que en el fondo de lo que se trata es de enjuiciar a fondo si el endeudamiento vinculado impide la plena realización del principio de independencia.

Es cierto que una postura intransigente de la Administración podría dar al traste con el buen fin del procedimiento, pero no es eso lo que cabe esperar ni lo que las normas legal y reglamentaria fomentan, sino todo lo contrario, máxime después que la Ley 1/1998 haya abierto la puerta, con carácter general, a los procedimientos previos para la determinación de ciertos hechos o valoraciones trascendentes en el procedimiento general de comprobación.

Cuestión distinta, y ciertamente delicada, es que la exigencia de que la prueba se centre en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiere podido obtener de terceros en condiciones normales de mercado implique una limitación, no de los medios de prueba, pero sí del objeto a probar, que deba entenderse, en sí misma, impositiva de que el resultado del procedimiento, esto es, la fijación de un coeficiente de subcapitalización distinto de 3, respete plenamente al principio de independencia.

Podría entenderse, en efecto, que el contribuyente debería poder centrar su argumentación probatoria en cualesquiera otros hechos que pudieran demostrar que el endeudamiento vinculado cumple con el principio de independencia, de manera tal que cualquier corrección al resultado contable determinaría un exceso de imposición. ¿Cuáles podrían ser esos hechos diferentes al legalmente tipificado? Ciertamente, no podemos identificarlos en un plano lógico. Si la corrección del resultado contable deriva de un endeudamiento vinculado parece que la prueba en contrario debe versar sobre el endeudamiento que es capaz de obtener el contribuyente en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas. A nuestro entender la norma legal, al precisar el supuesto de hecho en que debe fundamentarse la propuesta, no está restringiendo los medios de prueba, sino identificando el hecho que debe probarse, y este hecho guarda una relación absolutamente lógica, precisa y directa con el supuesto de hecho de la norma de subcapitalización.

En este punto compartimos el criterio del profesor PALAO, para quien la exigencia de que la propuesta se fundamente en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas, no conforma un argumento convincente en orden a negar la adecuación al principio de independencia de la norma de subcapitalización española al artículo 20 de la Ley 43/1995.

Probablemente la inquietud de quienes reprochan que el artículo 20.3 de la Ley 43/1995 centre la prueba en el endeudamiento con terceros proviene del penúltimo párrafo del comentario n.º 4 al apartado 1 del artículo 9 del modelo de convenio. Este comentario se refiere, precisamente, al problema de determinar «...si las reglas de procedimiento especiales adoptadas por ciertos países para tratar las transacciones entre empresas asociadas son conformes a la Convención».

En particular, se plantea la cuestión de si «...la inversión de la carga de la prueba o las presunciones de toda naturaleza que se encuentran, en ocasiones, en el derecho interno son conformes con el principio del precio de plena concurrencia...». La respuesta que ofrece el comentario es, en cierto modo, ambigua, porque, de una parte, afirma que «...casi todos los países miembros consideran que peticiones de información adicional más complejas que aquellas que están normalmente establecidas, o incluso una inversión de la carga de la prueba al respecto, no constituirían medidas discriminatorias en el sentido del artículo 24...» pero, de otra, añade que «...en ciertos casos, la aplicación de la legislación interna de ciertos países puede resultar en ajustes de los beneficios que serían diferentes de aquellos obtenidos por aplicación de los principios del artículo (9)...».

Así pues, las correcciones del beneficio gravable en virtud de normas que establezcan presunciones parecen ser conformes al artículo 9 y no violentar al artículo 24, ambos del modelo de convenio, pero dichas presunciones deben permitir prueba en contrario.

Bajo dichas consideraciones debemos examinar la norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995. Tal y como está redactado el apartado 1 más que ante una presunción estamos ante una ficción, pero si examinamos dicho apartado conjuntamente con el apartado 3, se dibuja perfectamente la figura jurídica de la presunción *iuris tantum*, cuyos elementos serían los siguientes:

- El hecho base, un endeudamiento vinculado con residentes que excede del triple del capital fiscal.
- El hecho consecuencia, que la operación de endeudamiento vinculado con no residentes determina unos beneficios que son inferiores a los que se hubieran obtenido en condiciones de libre concurrencia.

Corresponde al contribuyente aportar los medios de prueba pertinentes para probar que el hecho consecuencia no se ha producido. Y, a tal efecto, estando el hecho base construido sobre la relación existente entre el capital fiscal y el endeudamiento vinculado con no residentes, el único camino lógico es probar que ese endeudamiento, atendidas todas las circunstancias del caso, también hubiera podido ser obtenido de terceros, sea total o parcialmente, derivándose de ello un coeficiente de subcapitalización diferente, cuya aprobación se solicita de la Administración tributaria, la cual, parece obvio decirlo, deberá formar su voluntad a la vista de las pruebas presentadas, y resolver conforme a las mismas estableciendo el coeficiente de subcapitalización que, de manera automática, resulte de la capacidad de endeudamiento con terceros.

El sistema de presunción, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba previsto en el artículo 20 de la Ley 43/1995 permite que el principio de independencia prevalezca. En tal sentido no parece que pueda entenderse contrario al artículo 9 ni al 24, ambos del modelo de convenio. Distinta sería la conclusión si el sistema de presunciones se entendiera contrario a los citados preceptos, pero ya vemos que los comentarios al modelo de convenio, por el contrario, admiten tal sistema, con tal que solamente suponga la inversión de la carga de la prueba, y no la negación de la misma.

El procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 20 se abre «...a condición de reciprocidad...». Ya expusimos en líneas anteriores en qué supuestos debía entenderse cumplida la condición de reciprocidad. De estos supuestos se deduce que el cumplimiento de la condición de reciprocidad debe ser la regla, y que lo excepcional es que la reciprocidad no concurra. No concurriría la condición de reciprocidad si la otra parte tiene establecida en su legislación interna una norma de subcapitalización de carácter objetivo que no puede ser exceptuada o modificada bajo ningún concepto. Si así fuere, la condición de reciprocidad no concurriría y el procedimiento del artículo 20.3 de la Ley 43/1995 no sería posible.

Ahora bien, de ello no se desprende, sin más, que la norma de subcapitalización es contraria o incompatible con el convenio para evitar la doble imposición concertado con un país que tuviere establecida una norma de subcapitalización como la descrita. Sucedería, más bien, que ese particular convenio ampara normas de subcapitalización basadas en coeficientes fijos no susceptibles de modificación, dado que ambos Estados contratantes así lo han aceptado. El convenio en cuestión no sería conforme a la doctrina de la OCDE, pero la norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995 sería plenamente respetuosa con el mencionado convenio.

Los argumentos precedentes en favor de la adecuación de la norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995 a los convenios para evitar la doble imposición se asientan en que el apartado 3 del artículo 20 establece un procedimiento para probar en contrario de los resultados derivados del coeficiente de subcapitalización del apartado 1. En este sentido, dichos argumentos no entran en conflicto con los expuestos por la doctrina mayoritaria, tan acertadamente resumida por el profesor PALAO, sino que, por el contrario, compartiendo los mismos, llegarían, sin embargo, a una conclusión diferente, en base a una interpretación finalista del verdadero significado del procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 20 de la Ley 43/1995.

Como bien concluye PALAO, «...los obstáculos derivados de la existencia de un CDI no quedaron suprimidos por la posibilidad de un acuerdo de fijación de un coeficiente alternativo... Para ello sería necesario admitir la prueba en contra de los resultados de la aplicación del coeficiente legal...». Pues bien, si nuestra interpretación del artículo 20.3 de la Ley 43/1995 es acertada, eso es justamente lo que sucede.

Es cierto que para llegar a ese resultado lo más certero, desde el punto de vista de la construcción de la norma de subcapitalización, hubiera sido tipificar los elementos propios de la presunción *iuris tantum* de manera inconfundible, pero, como conjetura el profesor PALAO, el temor de la Administración tributaria a verse envuelta en intrincados litigios, tal vez pueda explicar por qué la prueba en contrario aparezca subsumida en un procedimiento previo al de comprobación en sentido estricto.

### 5.3. La norma de subcapitalización y el procedimiento amistoso del artículo 25 del modelo de convenio.

El artículo 25 del modelo de convenio establece el denominado procedimiento amistoso, que tiene por objeto solventar los conflictos que puedan derivarse de la aplicación de un convenio. Advierte el comentario número 8 del apartado 1, que el procedimiento amistoso se aplica, principalmente, en relación con medidas que puedan causar doble imposición, y cita entre ellas «...los casos de una legislación concerniente a la subcapitalización, cuando el Estado de la sociedad deudora ha asimilado los intereses a dividendos, en la medida en que ese régimen está fundado sobre las cláusulas de un convenio que correspondan, por ejemplo, al artículo 9 o al artículo 11.6...».

Por consiguiente, en principio, el procedimiento amistoso podrá ser aplicado en los casos en que, por aplicación de la norma de subcapitalización, pueda generarse doble imposición. Los supuestos que pueden plantearse son muy variados, según cuál sea la entidad que plantee el caso ante el Estado de su residencia, y según cuál sea el Estado que se entienda generador de la doble imposición.

Supuesto que sea la norma de subcapitalización la que genere doble imposición, por determinar el gravamen de un beneficio superior al que correspondería a luz del principio de independencia, será la entidad prestataria la que deberá someter el caso a la autoridad fiscal española. Ahora bien, la Administración tributaria, aunque pudiera encontrar la reclamación fundada, deberá formar su voluntad a través del procedimiento del artículo 20.3 de la Ley 43/1995.

Supuesto que no sea la norma de subcapitalización la que genere doble imposición, y la entidad prestataria someta su caso a la Administración tributaria, y ésta encuentra bien fundada la reclamación, deberá abrir el procedimiento amistoso.

## 6. EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 43/1995 Y EL DERECHO COMUNITARIO

### 6.1. El Tratado de la Unión y la imposición directa.

Antes de entrar en la cuestión de la compatibilidad de la norma de subcapitalización con el Derecho comunitario, conviene recordar los elementos básicos de la relación entre el mismo y la imposición directa.

La imposición directa no forma parte de las competencias de la Unión Europea. Los Estados miembros tienen la plena competencia sobre esta materia, sin perjuicio, claro está, de la jurídicamente necesaria incorporación a su ordenamiento jurídico de las directivas que pudieran aprobarse, hasta el momento tan sólo dos, como es de sobra conocido. Además, en materia tributaria rige la norma de la unanimidad. Sin embargo de ello no se deriva que los Estados miembros puedan hacer un uso incondicional de la potestad tributaria que en exclusiva les corresponde. Por el contrario, las normas alumbradas en el ejercicio de esa potestad tributaria deben ser respetuosas con los principios básicos del Tratado de la Unión, en particular, los concernientes a las libertades fundamentales.

Esta relación entre la potestad tributaria de los Estados y el Tratado de la Unión Europea se percibe con toda intensidad en el artículo 56 del mismo, el cual, tras establecer en su apartado 1 una, llamémosle provisionalmente, reserva de soberanía fiscal en materia de imposición directa en favor de los Estados en relación con el principio de libertad de movimiento de capitales, puntualiza en su apartado 3 que dicha reserva «...no deberá constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos...». Este precepto, no hace sino recoger los criterios que ya había venido esbozando el Tribunal de Justicia, cuyo resumen es bien sencillo: la ausencia de normas sobre imposición directa en el Tratado de Roma no habilita a los Estados miembros para aprobar una norma contraria a las libertades fundamentales o al principio de no discriminación. De esta manera cualquier norma tributaria que impida el ejercicio de las libertades fundamentales o produzca discriminación será incompatible con el Tratado de la Unión. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido enjuiciando determinadas normas tributarias nacionales relativas a la imposición directa desde el prisma de las libertades fundamentales y del principio de no discriminación. Será pues a la luz de aquellas y de este que debemos examinar la norma de subcapitalización española.

## 6.2. El principio de no discriminación <sup>3</sup>.

El artículo 12 del Tratado de la Unión establece que «En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad».

El principio de no discriminación hunde sus raíces en el principio de igualdad ante la ley, de manera tal que, en términos generales, el cumplimiento del mismo se cifra en tratar igual a los iguales y de manera diferente y proporcionada a los que no lo son. Por esta razón, el principio de no discriminación del artículo 12 del Tratado de la Unión tiene un contenido semejante a otras manifestaciones del mismo, tales como el principio de no discriminación de los convenios para evitar la doble imposición internacional, el principio constitucional de igualdad ante la ley, y el principio de no discriminación del artículo 14 de la Convención de Derechos Humanos. Obvio es decir que, a pesar de la similitud de contenidos, las mencionadas manifestaciones del principio de igualdad no se solapan entre sí, debido a las diferentes funciones y objetivos que cumplen las mismas. Pero es interesante esta advertencia, en particular en el ámbito de nuestro estudio, porque la superación del juicio de no discriminación a la luz de la normativa de un convenio para evitar la doble imposición no implica, en absoluto, que el resultado del enjuiciamiento a la luz del principio de no discriminación comunitario deba llegar al mismo resultado.

El principio de no discriminación del Tratado de la Unión, contemplado en el contexto en el que se inserta, se configura como un potente instrumento para la realización del mercado interior. De esta constatación se siguen importantes consecuencias, tal como su carácter supletorio respecto de los preceptos que establecen mandatos específicos en relación con los derechos de los particulares necesarios para hacer efectivas las libertades fundamentales, y su alcance estrictamente limitado a aquellas situaciones protegidas por el Derecho comunitario. De aquí que una norma tributaria no discriminatoria pueda ser contraria al Tratado de la Unión si implica una restricción a alguna de las libertades fundamentales, y que el principio de no discriminación no pueda ser aplicado a las situaciones puramente internas. De esta suerte, los derechos en que consisten las libertades fundamentales -libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales- se protegen tanto a través de la prohibición de medidas restrictivas como a través del principio de no discriminación. Ahora bien, la prohibición de la restricción y de la discriminación, en cuanto que una y otra derivan del principio de igualdad ante la ley, tienen indudables concomitancias, como lo demuestra la estructura del proceso lógico del que se infiere la existencia o no, de restricción o discriminación.

En efecto, el proceso lógico para inferir la existencia de una restricción compara la situación, frente a una determinada norma, de aquellos sujetos que realizan una actividad económica transfronteriza en el ejercicio de una libertad fundamental y aquellos otros que realizan una actividad eco-

<sup>3</sup> Para redactar el presente apartado se ha tomado en consideración, básicamente: *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*. F.A. GARCÍA PRATS. Tecnos.

nómica interna y que por lo tanto no ejercitan tal libertad. Ahora bien el proceso lógico para inferir la existencia de discriminación, también se basa en la constatación de una diferencia de trato, frente a una determinada norma, de dos situaciones que se suponen comparables, derivándose la diferencia de la diferente nacionalidad de los sujetos intervinientes en las situaciones que se comparan. En la práctica, el Tribunal de Justicia ha utilizado tanto la argumentación relativa a la prohibición de restricciones como la concerniente a la no discriminación de manera coincidente, incluso para resolver cuestiones específicamente concernientes a la prohibición de restricción. En gran parte se ha podido llegar a esta situación, tal vez un tanto confusa, debido a la progresiva ampliación del principio de no discriminación por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Así, en los casos del *Avoir Fiscal* y en *Futura*, se entendió que la discriminación basada en el domicilio social era una discriminación por razón de nacionalidad, y en el caso *Commerbank* que la discriminación basada en la residencia fiscal también lo era por razón de nacionalidad. Unamos a todo esto la ampliación jurisprudencial de la discriminación a los supuestos de discriminación encubierta y de alcance indirecto y tendremos el panorama completo de la interpretación extensiva del principio de no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La constatación de la existencia de una discriminación de origen tributario debe ser realizada a través de un proceso lógico basado en los siguientes elementos:

- Los sujetos que ejercen un derecho amparado por el Tratado de la Unión, básicamente cualquiera de las libertades fundamentales, sufren una carga tributaria mayor, sea porque no disfrutan de una ventaja fiscal o porque soportan una penalización, respecto de otros sujetos que, hallándose en una situación comparable, no ejercitan tal derecho.
- Existencia o no de una causa que justifique la diferencia de trato, a efectos fiscales.

La comparabilidad se constituye, de esta manera, en el elemento básico del proceso. Sin comparabilidad de situaciones huelga cualquier argumentación. Por tal razón la doctrina de los autores se ha esforzado en desvelar los criterios de comparabilidad que se infieren de los casos sometidos al Tribunal de Justicia. Por esta razón tuvo una gran resonancia y trascendencia el asunto *Schumaker*, ya que el Tribunal de Justicia estableció que «...en materia de impuestos directos la situación de los residentes y la de los no residentes no son comparables... (excepto) en un supuesto como el del presente asunto, en el que el no residente no obtiene ingresos significativos en el Estado de su residencia y percibe la mayor parte de sus ingresos imponibles de una actividad ejercida en el Estado de empleo, de manera que el Estado de residencia no puede concederle las ventajas resultantes de tener en cuenta su situación personal y familiar...». Este criterio puede tenerse por general, aunque la aplicación que del mismo hizo el Tribunal de Justicia en el asunto *Asscher* desbordó las previsiones fundamentadas en el mismo, determinando una potencial expansión del círculo de las situaciones comparables.

Una vez advertida la comparabilidad de las situaciones, el segundo paso consiste en determinar que el tratamiento tributario es diferente según el sujeto que realiza los hechos constitutivos de las mismas. Es importante señalar que dicho tratamiento tributario debe definirse en fun-

ción de todas las normas que resulten aplicables y no sólo las normas puramente internas. Así, junto a las normas puramente internas deberán tomarse en consideración las incorporadas al ordenamiento interno a causa de la suscripción de un convenio para evitar la doble imposición o de cualquier otro tratado internacional que afecte a la materia tributaria, de todos los Estados miembros que resultan concernidos por razón de los hechos constitutivos de la situación comparable. En otras palabras, para determinar la tributación que corresponde al sujeto pasivo que ha incidido en una situación definida como comparable, es necesario tomar en consideración la totalidad de las normas que resulten aplicables, sean las del Estado miembro en el que reside o las del Estado miembro en el que realiza la actividad. Así se desprende de los casos *Schumaker*, *Asscher*, *Wielock* y *Gilly*, entre otros.

Finalmente, es preciso determinar si la diferencia de trato, a efectos fiscales, puede estar justificada, de manera tal que, aun existiendo discriminación en sentido objetivo, la misma pudiera entenderse no contraria al Tratado de la Unión. Este punto es de especial relevancia en materia fiscal, porque, de ordinario, las diferencias de trato responden a una causa, protegen unos intereses o, en fin, responden a prácticas, incluso internacionalmente admitidas, arraigadas. Ha sido precisamente el propio Tribunal de Justicia el que ha profundizado en las causas que podrían justificar un tratamiento diferente y objetivamente discriminatorio, a pesar de que en el Tratado de la Unión no hallamos preceptos consagrados a esta cuestión. En el caso *Futura*, se explicitan los criterios que deben presidir el proceso de justificación: la medida objetivamente discriminatoria debe perseguir un objetivo legítimo o compatible con el Tratado, estar justificada por razones imperiosas de interés general, ser adecuada para garantizar la realización del objetivo y no ir más allá de lo necesario a tal efecto.

Han sido, lógicamente, los Estados miembros concernidos los que han propuesto al Tribunal de Justicia las causas que justifican una medida objetivamente discriminatoria. Las más relevantes han sido las siguientes: armonización de la normativa tributaria, reciprocidad, cumplimiento de tratados bilaterales, control fiscal, riesgo de evasión fiscal y coherencia fiscal.

De todas las causas justificativas señaladas, la que más trascendencia ha tenido en el campo de la imposición directa sobre la renta ha sido la de la coherencia fiscal. Como es sabido el Tribunal de Justicia la formuló en el asunto *Bachman*, y aunque posteriormente, con ocasión del asunto *Wielockx*, su ámbito de aplicación se ha visto reducido, continúa siendo una importante causa de justificación de la discriminación. Así, una norma que produzca efectos discriminatorios, pero que sea estrictamente necesaria para mantener la coherencia del sistema tributario podrá entenderse no contraria al Tratado de la Unión, si, además, cumple con los criterios, anteriormente expuestos, del proceso de justificación que, en el fondo, no son sino expresión concreta y detallada del principio de proporcionalidad. En este sentido, normas que determinan un resultado objetivamente discriminatorio pero que sean indispensables para dar cumplimiento a los principios constitucionales de justicia tributaria o para asegurar el ejercicio legítimo de las competencias distribuidas por un convenio bilateral para evitar la doble imposición, podrán ser, dentro del marco del principio de proporcionalidad, compatibles con el Tratado de la Unión.

Al apretado resumen precedente del estado de la cuestión del principio de no discriminación, debemos añadir que sus perfiles no están tan indeleblemente trazados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como para discernir, con claridad, las normas tributarias de los Estados miembros contrarias al Tratado de la Unión en cuanto determinantes de discriminaciones no justificadas. Como veremos seguidamente, esta incertidumbre también pesa sobre la valoración que, en relación con el principio de no discriminación, proceda hacer del artículo 20 de la Ley 43/1995, como lo demuestran, por otra parte, las diversas posturas doctrinales sobre el particular.

### **6.3. La norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995 y el principio de no discriminación.**

En base a la doctrina del Tribunal de Justicia respecto del principio de no discriminación, anteriormente esbozada, podemos abordar el examen de la norma de subcapitalización española, con la modesta pretensión de alumbrar algunas conclusiones provisionales y tal vez parciales, ya que, a nuestro entender, el estado de la cuestión no permite, como ya hemos apuntado, otra cosa.

El proceso lógico para constatar la existencia de una posible discriminación producida por la norma de subcapitalización nos lleva a formularnos las siguientes interrogaciones:

- ¿La norma de subcapitalización versa sobre un sujeto que ejerce un derecho amparado por el Tratado de la Unión, singularmente cualquiera de las libertades fundamentales?
- ¿La norma de subcapitalización determina una carga tributaria mayor respecto de otros sujetos que, hallándose en una situación comparable, no ejercitan un derecho amparado por el Tratado de la Unión?
- ¿Existe alguna causa o circunstancia que pudiera justificar, caso de existir, la discriminación objetiva?

La norma de subcapitalización afecta a entidades residentes en territorio español por razón de la financiación recibida de entidades vinculadas residentes en el extranjero. Por tanto, de ordinario, la entidad residente en territorio español será una entidad filial de un grupo multinacional que, a través de la misma, ejerce actividades económicas en España. Pues bien, cuando la entidad matriz de ese grupo resida en un Estado miembro de la Unión Europea o lo haga la entidad matriz de la filial española, entendemos que estamos ante un supuesto de ejercicio de la libertad de establecimiento, del artículo 43 del Tratado de la Unión, pues, en efecto, «...la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades...» (segundo párrafo del artículo 43) es un supuesto, quizá el más típico, de derecho de establecimiento. También estamos ante un supuesto de ejercicio de libertad de movimiento de capitales, del artículo 56 del Tratado de la Unión, ya que la constitución de la entidad filial implica el desplazamiento de un capital que se afecta a la realización de las actividades de la misma. Más dudoso es que pudiéramos estar, además, ante un supuesto de ejercicio de libertad de prestación de servicios, en este caso financieros, del artículo 49 del Tratado de la Unión.

De acuerdo con lo expuesto la respuesta a la primera interrogación ha de ser positiva. La norma de subcapitalización versa sobre situaciones en las que, cuando menos, se están ejercitando las libertades de establecimiento y de movimiento de capitales. Por tanto es aplicable, con todas sus consecuencias, a las mismas el Tratado de la Unión y, más ampliamente, el Derecho comunitario.

Para responder a la segunda interrogación debemos, previamente, definir los términos de la situación comparable. Pues bien, es fácil apreciar que la situación comparable es aquella en la que una entidad filial residente en territorio español recibe financiación de una entidad del grupo residente en territorio español, sea la matriz u otra filial. Ambas situaciones son objetivamente idénticas, si bien en una de ellas, justamente a la que se aplica la norma de subcapitalización, se incide en virtud del ejercicio de libertades amparadas en el Tratado de la Unión, en tanto que aquella en la que se incide fuera del marco del ejercicio de tales libertades, no se aplica la norma de subcapitalización. Por tanto, existe una situación comparable que permite apreciar si existe o no una carga tributaria diferente. Ahora debemos adentrarnos en desvelar el importe de la carga tributaria que sufren los sujetos que se hallan en situaciones comparables para precisar si existe una diferencia, porque, si efectivamente existiere, deberíamos constatar la existencia de una discriminación, tal vez encubierta, pero no por ello inocua y, por tanto, una restricción a las libertades anteriormente mencionadas.

Dos son, como ya sabemos, los sujetos pasivos afectados por la norma de subcapitalización. La entidad prestataria sufre un aumento de la base imponible por el Impuesto sobre Sociedades, y la entidad no residente prestamista modifica el concepto por el que tributa en el Impuesto de no Residentes. Si contemplamos exclusivamente la tributación por ambos tributos llegamos sin dificultad a la conclusión de que los sujetos cuya situación deriva del ejercicio de libertades amparadas por el Tratado de la Unión sufren una mayor carga tributaria. Pero si contemplamos la tributación global la conclusión no es tan evidente. Son varios los supuestos que pueden plantearse. El más sencillo es aquel en el que se aplica el Derecho interno de ambos Estados miembros por el que se traspuso la Directiva 435/1990, relativa a un régimen común de las relaciones matriz-filial. En este caso la carga tributaria adicional sobre la entidad filial provocada por la norma de subcapitalización es compensada por el mecanismo de la deducción por doble imposición de dividendos. A su vez, los intereses calificados como dividendos estarían exentos del Impuesto de no Residentes. Ciertamente que en la hipótesis de que la entidad residente en el extranjero prestamista tributase por sus beneficios a un tipo mayor al del Impuesto sobre Sociedades español y el método para eliminar la doble imposición de dividendos fuere el de imputación, se produciría una diferencia de tributación en contra del sujeto que ejercita la libertad amparada por el Tratado de la Unión, pero debe observarse que se trata de una diferencia meramente temporal.

Cuando no proceda la aplicación de las normas derivadas de la Directiva 435/1990, parece, en principio, que se consolida la diferencia de carga tributaria en contra del sujeto que ejercita las libertades derivadas del Tratado de la Unión. Ahora bien, ese exceso de carga tributaria es, precisamente, el que podrá ser combatido y rectificado por aplicación del Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas.

La consistencia de la argumentación precedente depende de dos asunciones: que la carga tributaria debe determinarse tomando en consideración las normas aplicables a todos los sujetos que intervienen en la situación comparable, y que la eliminación del exceso de carga tributaria a través de un procedimiento previsiblemente complejo como es el establecido en el Convenio 90/436/CEE pueda entenderse satisfactorio a estos efectos.

La primera asunción parece lógica. Si se trata de enjuiciar una discriminación en relación con una libertad que precisamente ampara el ejercicio de actividades transfronterizas, parece coherente contemplar la fiscalidad global, ya que, en definitiva, sólo un exceso de carga tributaria global podrá constituir una restricción. Así, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido examinando, a los efectos de constatar la existencia de discriminación, la regulación fiscal de los Estados miembros concernidos, generalmente dos, respecto de los hechos constitutivos de la situación comparable, y no sólo la del Estado miembro en el que se realizan dichos hechos.

La segunda asunción es más discutible, porque el Tribunal de Justicia no sólo ha cifrado la diferencia de tributación en la cantidad resultante a ingresar, sino en los aspectos formales de la imposición. Así, en el caso *Futura*, se apreció discriminación porque la compensación de pérdidas de un establecimiento permanente estaba supeditada a que el sujeto pasivo hubiera llevado, durante el ejercicio en el que se sufrieron las pérdidas, una contabilidad adicional relativa a las actividades ejercidas en el Estado en el que se hallaba ubicado. Desde esta consideración es muy posible que la necesidad de superar el exceso de carga tributaria a través del procedimiento previsto en el Convenio 436/1990 pudiera entenderse como una discriminación con origen en el denominado Derecho tributario formal.

Ahora debemos centrarnos en la tercera interrogación. Ésta es, probablemente, la de mayor trascendencia en el caso que nos ocupa. Ya advertimos anteriormente que de todas las causas de justificación examinadas hasta la fecha por el Tribunal de Justicia la que más convenía a la materia fiscal era la de la coherencia del sistema tributario.

¿Es inexcusable la norma de subcapitalización para mantener la coherencia del sistema tributario? Evidentemente la respuesta a esta pregunta depende de lo que se entienda por coherencia fiscal. El Tribunal de Justicia argumentó respecto de la coherencia fiscal en los casos *Bachmann*, *Schumacker* y *Wielockx*, pero sin proponer un concepto de coherencia fiscal. No es difícil, sin embargo, inferir, a través de los casos examinados por el Tribunal de Justicia, que una determinada norma se inserta en el contexto de la coherencia fiscal cuando es imprescindible para garantizar determinados fines básicos del sistema tributario.

La norma de subcapitalización protege la correcta formación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, de manera inmediata o directa, pero además, de manera mediata, también protege la equidad en la distribución de los ingresos tributarios entre el Estado de la fuente y el de la residencia, o, de otra manera, entre el Estado en el que se realizan las inversiones y el Estado en donde reside el titular del capital. Por esta razón pensamos que la norma de subcapitalización hallaría fácil

cobijo en la justificación de la coherencia fiscal, máxime si, como hemos expuesto en apartados anteriores, el apartado 3 del artículo 20 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, permite la plena eficacia del principio de independencia, lo que, a su vez, da entrada al cumplimiento del principio de proporcionalidad, en los términos que también quedaron expuesto en líneas anteriores.

La arquitectura de la defensa de la norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995, reposa, de una parte, en que la misma es garantía del correcto reparto de los ingresos fiscales entre dos Estados miembros de la Unión Europea, y por ello imprescindible para que el sistema fiscal sea coherente, y de otra, en que el respeto del principio de independencia implica el cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, el respeto del principio de independencia, y por tanto el cumplimiento del principio de proporcionalidad, se canaliza a través de un procedimiento que se abre bajo el cumplimiento de una doble condición: existencia de un convenio para evitar la doble imposición y el título de reciprocidad. Inmediatamente reparamos en que el Tribunal de Justicia, en el caso del *Avoir Fiscal*, puntualizó que «...los derechos que se derivan para los beneficiarios de lo dispuesto en el artículo 52 (actual artículo 43) del Tratado son imperativos y un Estado miembro no puede hacer depender el respeto de estos derechos de un convenio celebrado con otro Estado miembro. En particular, este artículo no permite someter estos derechos a una condición de reciprocidad con el fin de obtener ventajas homólogas en otros Estados miembros»<sup>4</sup>.

El Tribunal de Justicia rechaza que el ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento quede supeditado a la existencia de un convenio celebrado con otro Estado miembro, es decir, de un convenio de carácter bilateral, y ello porque tal derecho nace directamente del Tratado de la Unión, de manera tal que su subordinación a una norma diferente no es admisible. En el supuesto que nos ocupa, no sería el derecho a la libertad de establecimiento el que estaría supeditado a un convenio celebrado con otro Estado miembro, sino el principio de proporcionalidad. Ahora bien, este principio, aunque no constituya en sí mismo un derecho o libertad fundamental, tiene la consideración de principio general del Derecho comunitario que facilita el correcto ejercicio de los derechos o libertades fundamentales y, en cuanto tal, no puede quedar supeditado a una norma diferente del Tratado de la Unión, es decir, a un convenio bilateral para evitar la doble imposición. Desde esta perspectiva, la supeditación del procedimiento establecido para proteger el principio de independencia a la existencia de un convenio para evitar la doble imposición y a la condición de reciprocidad, podría constituir una vulneración, al menos formal, del principio de proporcionalidad, y ello perjudicar la correcta conformación de la causa de justificación del tratamiento discriminatorio.

Es cierto que puesto que España tiene concluidos convenios para evitar la doble imposición de dividendos con los Estados miembros de la Unión Europea, la objeción es más bien formal que sustancial. En efecto, en todo caso, en la práctica podría abrirse el procedimiento previsto por el

<sup>4</sup> Citado por GARCÍA PRATS. Pág. 185.

artículo 20.3 de la Ley 43/1995 para garantizar el principio de independencia y con ello se habría respetado el principio de proporcionalidad, en el sentido de que la norma de subcapitalización, aun determinando efectos discriminatorios, tendría plena justificación y por ello no sería incompatible con el Tratado de la Unión.

La objeción teórica es, sin embargo, digna de consideración. En este contexto debemos preguntarnos si la supeditación del procedimiento del artículo 20.3 de la Ley 43/1995 al Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio, relativo a la supresión de doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas sanaría el reproche. Nótese que si el Convenio 90/436/CEE puede entenderse comprendido entre los referidos en el artículo 20.3 de la Ley 43/1995, el procedimiento para garantizar el principio de independencia se abriría sin restricción alguna frente a todo Estado miembro ya que, por otra parte, el requisito de reciprocidad siempre concurriría, habida cuenta del propio contenido del referido convenio. ¿Está comprendido el Convenio 90/436/CEE en el apartado 3 del artículo 20 de la Ley 43/1995? Y si lo está ¿quedaría correctamente salvaguardado el principio de proporcionalidad?

El apartado 3 del artículo 20 se refiere a «...un convenio para evitar la doble imposición...», sin matizar respecto de su carácter bilateral o multilateral, ni hacer mención a la otra parte contratante. En la exposición de motivos del Convenio 90/436/CEE se dice que las partes desean «...aplicar el artículo 220 del Tratado, con arreglo al cual se comprometieron a entablar negociaciones encaminadas a asegurar, en favor de sus nacionales, la supresión de la doble imposición...». El artículo 293 del Tratado de la Unión (antiguo artículo 220) convoca a los Estados miembros para que entablen «...negociaciones entre sí, a fin de asegurar a sus nacionales... la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad...». En consecuencia, el Convenio 90/436/CEE participa de la naturaleza de los convenios para evitar la doble imposición, y como tal debemos entenderlo a los efectos del artículo 20.3 de la Ley 43/1995.

El Convenio 90/436/CEE permite, en todo caso, abrir el procedimiento que pretende garantizar el principio de independencia y por lo tanto, como venimos repitiendo, el principio de proporcionalidad. Es verdad que la garantía no deriva de un reconocimiento expreso del artículo 20.3 de la Ley 43/1995 de que el procedimiento referido procede en todos aquellos casos en los que la entidad prestamista resida en algún Estado miembro de la Unión Europea, pero también lo es que todos los Estados miembros de la Unión Europea son signatarios del Convenio 90/436/CEE, de manera tal que mientras dicho convenio se halle en vigor, cuando la entidad prestamista resida en cualquier Estado miembro, el procedimiento debe abrirse. En cuanto a la condición de reciprocidad, la propia existencia del Convenio 436/1990/CEE determina su cumplimiento, ya que, como expusimos en un apartado anterior, el Convenio 436/1990/CEE también es aplicable al supuesto de corrección de beneficios por causa de la aplicación de una norma de subcapitalización. Añádase a lo anterior que el Convenio 436/1990/CEE tiene una clara vocación de permanencia después de la modificación de su artículo 20 mediante protocolo hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1999.

#### 6.4. La norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995 y la libertad de movimiento de capitales.

El artículo 56 del Tratado de la Unión prohíbe las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, y también las restricciones a los pagos. La creación de una entidad filial en el extranjero implica la inversión de capital en el exterior, por tanto la entidad matriz está ejercitando el derecho a la libertad de movimiento de capitales.

Es evidente que una disparidad de tratamiento fiscal sobre los rendimientos de la inversión exterior por relación a la inversión interior podría constituir una restricción encubierta a la libertad de movimientos de capital. Ahora bien, es práctica tradicional, y más aún, principio generalmente aceptado del Derecho internacional tributario, el diferente tratamiento de residentes y no residentes, e incluso, aunque con un grado menor de intensidad, el diferente tratamiento por razón del lugar de la realización de las inversiones. Seguramente para evitar conflictos, el artículo 58 (antiguo artículo 73 D) del Tratado de la Unión ha establecido una suerte de reserva de soberanía fiscal en favor de los Estados miembros en cuya virtud la libertad de movimiento de capitales se entiende «...sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital ... (y) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal...».

La norma de subcapitalización no implica, formalmente, una distinción entre residentes y no residentes, ni por el lugar de inversión del capital. Sin embargo, sustancialmente sí implica una distinción entre residentes y no residentes, ya que, en definitiva, la entidad filial constituida y residente en España no es sino un instrumento de la entidad matriz constituida y residente en el extranjero, a través del cual realiza una inversión en España.

Bajo esta consideración la norma de subcapitalización estaría comprendida en la que hemos denominado reserva de soberanía fiscal del artículo 58 del Tratado de la Unión. También podría ser considerada la norma de subcapitalización como una medida necesaria para proteger la correcta aplicación del sistema tributario, y, en tal concepto, estaría igualmente amparada por la reserva de soberanía fiscal.

Ahora bien, precisa el apartado 3 del artículo 58 del Tratado de la Unión, que las citadas medidas «...no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capital y pagos...». Por lo tanto, la referida reserva de soberanía fiscal no está exceptuada del tamiz del principio de no discriminación, de manera tal que no es correcto entender que son tolerables todas las normas fiscales de las que se deriva una diferencia de trato basada en la residencia, en el lugar de las inversiones o en la necesidad de proteger el sistema tributario. Serían, por el contrario, incompatibles con el Tratado de la Unión Europea aquellas normas que infringieran el principio de no discriminación en los términos que hemos expuesto en apartados anteriores.

### 6.5. La norma de subcapitalización y el Informe *Ruding*.

Con todas las reservas que es prudente adoptar, entendemos que la norma de subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995 no infringe el principio de no discriminación ni implica una restricción encubierta al ejercicio de las libertades fundamentales del Tratado de la Unión. Esto no quiere decir que la situación sea satisfactoria.

La norma de subcapitalización implica una toma de posición de cada Estado respecto de lo que, en principio y salvo prueba en contrario, entiende por financiación exterior vinculada aceptable. Ahora bien, esta toma de posición implica una suerte de definición unilateral de la distribución de la renta de la inversión exterior entre el Estado de la fuente y el Estado de la residencia. En el marco de un espacio económico sin fronteras esto es necesario, pero también es necesario que las posiciones adoptadas por los diversos Estados no sean en exceso divergentes porque, de lo contrario, la repartición de los ingresos fiscales entre los diversos Estados miembros no será equitativa o, en sentido contrario, se abrirán posibilidades de competencia fiscal desleal. Tal vez por ello el Comité *Ruding* (1992), recomendó que «...la Comisión tome medidas para coordinar con los Estados miembros una metodología común de la definición y el tratamiento de la subcapitalización».

La vía armonizadora del Comité *Ruding* no encontró eco entre los Estados miembros, sin duda temerosos de perder su soberanía fiscal en una parcela tan importante como la de la imposición sobre los beneficios.

La nueva vía abierta por el Código de Conducta (1997) no parece haberse preocupado de la subcapitalización. Sin embargo, la ausencia de normas de subcapitalización o su desigual exigencia según el tipo de actividad de la entidad residente afectada, puede determinar fenómenos de competencia fiscal desleal. Así, por ejemplo, una norma de subcapitalización liviana respecto de las entidades *holding*, puede ser un elemento importante en la elección del país sede de las mismas. En este sentido sería muy conveniente que, en el marco de los trabajos para la implantación del Código de Conducta, no se olvidara que, en sentido negativo, la normativa de subcapitalización puede constituir un poderoso instrumento de competencia fiscal desleal.

## 7. ENTIDADES EXCLUIDAS DE LA NORMA DE SUBCAPITALIZACIÓN

El apartado 1 del artículo 20 excluye expresamente del ámbito de la norma de subcapitalización a las «...entidades financieras...».

La expresión «entidades financieras» es ambigua. El Proyecto de Ley, con mayor precisión excluía a «...las entidades que, en virtud de precepto legal o reglamentario, hubieran de mantener una cifra mínima de fondos propios en relación al pasivo».

A nuestro modo de ver la modificación que sufrió el Proyecto de Ley debe entenderse en sentido ampliatorio del círculo de las entidades excluidas. Por tal razón se opina que bajo la expresión «entidades financieras» se comprenden todas aquellas cuya actividad consiste en dar y recibir crédito, las compañías de seguros, las que intermedian en los mercados de capitales, las que intermedian en los mercados de futuros financieros y, en general, todas aquellas que prestan servicios relacionados con los mercados financieros.

No creemos, sin embargo, que las entidades que, perteneciendo a un grupo de sociedades, realizan actividades de financiación para las entidades que lo componen, puedan entenderse excluidas de la norma de subcapitalización. La exclusión se predica respecto de las entidades que pertenecen al sector financiero y realizan las actividades propias del mismo en el ámbito de los mercados financieros, ampliamente hablando.