

TRIBUTACION

LA SUBCAPITALIZACION Y LOS CONVENIOS
DE DOBLE IMPOSICION

N.º 281

TRABAJO EFECTUADO POR:

CARLOS PALAO TABOADA

*Catedrático de Derecho Financiero y
Tributario. Universidad Autónoma
de Madrid. Abogado*

Sumario:

- I. El problema de la subcapitalización.
- II. Reacción de los ordenamientos tributarios contra la subcapitalización.
- III. Aplicabilidad de las disposiciones internas anti-subcapitalización en presencia de un convenio de doble imposición. El informe de la OCDE de 1987 y la nueva versión de Modelo de Convenio.
 - 1. El informe de 1987.
 - 1.1. Artículo 9.
 - 1.2. Artículos 10 y 11.

...

...

1.3. Artículo 23.

1.4. Artículo 24.

2. La nueva versión del Modelo de Convenio.

IV. Comentario del artículo 16.9 de la LIS.

V. Práctica española reciente en materia de CDI.

TRIBUTACION	LA SUBCAPITALIZACION Y LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICION (*)	N.º 281
-------------	---	---------

I. EL PROBLEMA DE LA SUBCAPITALIZACION

Los recursos financieros de las sociedades pueden ser de dos clases: propios y ajenos.

Los fondos propios provienen de las aportaciones de los socios o de la retención de beneficios, que desde el punto de vista económico es una forma de aportación. Los titulares de participaciones en el capital de las sociedades tienen derecho a participar en el beneficio social, que es el excedente una vez que se han retribuido los factores de producción. A la liquidación de la sociedad los socios sólo cobran lo que quede después de pagar a los acreedores.

La financiación ajena se hace por vía de préstamo. El prestamista tiene derecho generalmente a una retribución fija, independiente de los beneficios sociales, y a recuperar el capital en el plazo estipulado.

Desde el punto de vista fiscal, el tratamiento de ambas formas de financiación es muy distinto: fundamentalmente, y aparte de otras posibles diferencias, mientras que la retribución de los fondos propios (generalmente en forma de dividendos) no es deducible para la determinación de la base imponible del impuesto sobre los beneficios, los intereses sí son gasto deducible.

(*) Este trabajo se publicará en los Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez.

Este tratamiento da lugar a una doble imposición de los beneficios distribuidos que generalmente se trata de evitar o paliar por los sistemas fiscales, con distintos métodos, en el ámbito interno y, menos frecuentemente, en el internacional. En España sólo existe una disposición de carácter general en este sentido desde la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que dio una nueva redacción al artículo 24.5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), según la cual se admite la deducción del «impuesto subyacente» a los dividendos siempre que la sociedad residente perceptora tenga una participación directa de al menos el 25 por 100 en el capital de la no residente. Se anticipaba así a la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, que estableció el mismo régimen para las matrices españolas de filiales residentes en otros Estados miembros de la Comunidad Europea.

Por otra parte, en el ámbito internacional tanto dividendos como intereses son ordinariamente sometidos a imposición tanto por el Estado de la residencia de la sociedad pagadora (Estado de la fuente) como por el de la perceptora (Estado de la residencia). Los convenios de doble imposición (CDI) generalmente limitan el primero de estos gravámenes: el Modelo de Convenio de la OCDE (MC-OCDE) establece dicho límite en el 15 por 100 (el 5 por 100 si la participación es al menos del 25 por 100) del importe bruto de los dividendos y el 10 por 100 del importe bruto de los intereses.

Esta diferencia de tratamiento puede inducir a las sociedades aportante y receptora de capital a preferir una forma de financiación a otra, normalmente el préstamo a la participación en fondos propios, si bien los factores fiscales puede que no sean los únicos que influyan en esta decisión. Es posible, entonces, que se utilice la forma de préstamo para una financiación que en realidad constituye una aportación a los fondos propios de la receptora. En tal caso se está llevando a cabo una «aportación encubierta de capital» (*hidden equity capitalization; verdecktes Eigenkapital*). Este fenómeno no interesa sólo al Derecho Tributario, sino también al Mercantil, a efectos, por ejemplo, de la posible responsabilidad de los socios prestamistas cuando la sociedad tiene un capital inferior al necesario para su funcionamiento.

Indicios de esta aportación encubierta pueden ser la existencia de cláusulas en el préstamo que vinculan la retribución a los beneficios sociales (préstamos participativos) o la convertibilidad de las obligaciones. Se habla a veces de «financiación híbrida» para referirse a estas figuras. También puede serlo la existencia de un elevado ratio fondos ajenos/fondos propios (*debt/equity ratio*). En esto último consiste propiamente la subcapitalización, término con el que se traduce a las lenguas latinas la expresión inglesa *thin capitalization*, aunque a veces se emplean estos mismos términos para referirse a la problemática de la aportación encubierta en sentido amplio.

II. REACCION DE LOS ORDENAMIENTOS TRIBUTARIOS CONTRA LA SUBCAPITALIZACION

A los Estados les es en principio indiferente la forma de capitalización de las sociedades, especialmente en el ámbito interno; puede, sin embargo, preocuparles el fenómeno de la subcapitalización, en primer lugar por razones recaudatorias, dado que aquélla disminuye el beneficio gravable de las filiales residentes. Otras razones pueden ser las derivadas de consideraciones de neutralidad si las distintas formas de empresa no tienen las mismas posibilidades de opción entre una y otra forma de financiación; por ejemplo, si los establecimientos permanentes no pueden deducir los intereses pagados a la casa central.

De aquí que en tiempos recientes diversos países hayan adoptado normas tendentes a limitar este fenómeno, entre ellos Australia, Canadá, Estados Unidos, Francia y Japón. Otros países como Holanda, Luxemburgo, Reino Unido y Suiza aplican ciertas restricciones por vía de prácticas administrativas. La evolución de las distintas legislaciones sobre esta cuestión es, sin embargo, muy fluida (1).

En España se ha introducido una norma de esta naturaleza en el artículo 16.9 de la LIS, según la redacción que le dio la disposición adicional 5.^a de la Ley 18/1991. Aunque más adelante la comentaremos con algún detenimiento, indicaremos ahora que esta norma utiliza la técnica de establecer un ratio máximo de endeudamiento, que es la empleada por los países mencionados. La otra alternativa posible es aplicar las disposiciones generales sobre el fraude de ley o el abuso del derecho. Este es de manera destacada el caso de Alemania e Italia.

Por lo que respecta a Alemania, se han presentado desde 1980 por el Gobierno diversos proyectos de ley sobre esta cuestión, ninguno de los cuales ha llegado a aprobarse. Uno de ellos, de 1986, fue puesto en práctica por una Instrucción del Ministerio Federal de Hacienda de 16 de marzo de 1987. De acuerdo con ella, el préstamo de un socio se trataría como «capital encubierto» (*verdecktes Nennkapital*) cuando el capital fuese igual o inferior a un 10 por 100 del activo social, salvo que en el sector económico correspondiente fuese usual un capital inferior.

(1) Cfr. F. REY/A. COLLADO, «Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado», *Impuestos*, 1993, II, pág. 77 y ss. (80 y ss.). V.t. J. FAIRLEY/M. PENNEY, «Thin Capitalization», *Tax Planning International Review*, n.º 4 (1988), pág. 8 y ss.; T. HUGHES/R. COLLIER, «Thin Capitalization Following the OECD Report: A Country Survey», *ibidem*, n.º 8 (1989), pág. 3 y ss.; B. JACKSON, «Thin Capitalization», *European Taxation*, 1990, pág. 319 y ss.

Los proyectos de ley basados en esta técnica, a la que se ha dado en llamar la «gran solución» (*grosse Lösung*) han sido severamente criticados por la doctrina, según la cual chocan con el principio constitucional de igualdad (art. 3.º de la Ley Fundamental), con las libertades fundamentales de los artículos 52.2 (establecimiento) y 67 (circulación de capitales) del Tratado de Roma y con la prohibición de discriminación de los convenios de doble imposición (art. 24.5 del MC-OCDE) (2).

El Tribunal Federal de Hacienda alemán (*Bundesfinanzhof*) ha rechazado en una importante Sentencia de 5 de febrero de 1992 (3) la Instrucción del Ministerio de Hacienda antes citada, negando que pudiese hallar fundamento en el parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria (norma sancionatoria del fraude de ley). Según el Tribunal, la aplicación de este precepto requiere la prueba en cada caso de la intención fraudulenta, cuya carga recae sobre la Administración. En su opinión, el socio extranjero podrá generalmente aducir diversos motivos económicos razonables para la aportación de capitales ajenos (es decir, por medio de préstamo); en primer lugar la recuperación más rápida y sencilla del capital o el hecho de que otros socios no quieran contribuir proporcionalmente al saneamiento de la sociedad. Todo ello excluye, siempre según el *Bundesfinanzhof*, que pueda presumirse en general que se elija la financiación ajena sólo para eludir la tributación de los dividendos.

En general, el Tribunal Federal concede preferencia en la sentencia citada a la forma privada de préstamo, tanto desde el punto de vista jurídico-contable como tributario, por lo que la aportación genera intereses en favor del socio deducibles fiscalmente. Señala el Tribunal que a la libertad del socio de aportar capital por esta vía no se oponen las normas de la Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que únicamente afectan a la responsabilidad de aquél: el Derecho Civil no contiene prohibición alguna de aportación de capital ajeno (4).

(2) Cfr. B. KNOBBE-KEUK, *Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht*, 9.ª ed., O. Schmidt, Colonia, 1993, pág. 612 y ss.; *id.*, «Wieder einmal ein Entwurf zu Par. 8a KStG - Wiederauflage einer Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung im Standortssicherungsgesetz», *Der Betrieb*, 1993, pág. 60 y ss.

(3) Su texto puede verse en *Der Betrieb*, 1992, pág. 783 y ss. y en *Betriebs-Berater*, 1992, pág. 676 y ss. (con una nota de W.-D. Hoffmann).

(4) V., además de la literatura mercantil citada por el propio Tribunal, B. KNOBBE-KEUK, *op. cit.* (*supra*, n. 2), pág. 585 y ss.

III. APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES INTERNAS ANTI-SUBCAPITALIZACION EN PRESENCIA DE UN CONVENIO DE DOBLE IMPOSICION. EL INFORME DE LA OCDE DE 1987 Y LA NUEVA VERSION DE MODELO DE CONVENIO

1. El informe de 1987.

Las implicaciones que los CDI pueden tener respecto de las normas internas para evitar la subcapitalización fueron analizadas por el Comité Fiscal de la OCDE en un informe publicado en 1987 bajo el título «*Thin capitalization*» («*La sous-capitalisation*» en la versión francesa). En él se estudian las consecuencias que respecto de las normas anti-subcapitalización pueden derivarse de varios artículos del MC-OCDE. Estos artículos son los siguientes:

1.1. Artículo 9.

Se trata del artículo relativo a las empresas vinculadas (correspondiente al 16.3 de la LIS): permite a los Estados contratantes someter a imposición el beneficio que dichas empresas hubieran obtenido en situación de independencia (*arm's length principle*). La aplicación de este principio a la subcapitalización resulta del siguiente razonamiento: en virtud de la subcapitalización el beneficio de la sociedad pagadora sometido a imposición resulta reducido respecto al correspondiente a la situación de independencia; luego el Estado de la residencia de dicha sociedad (Estado de la fuente del rendimiento) tiene derecho a practicar el correspondiente ajuste sobre la base del artículo 9(1) del MC. Sin embargo, nótese bien, únicamente en la medida permitida por la aplicación del principio de independencia, no más. Este es el punto en torno al cual gira todo el informe: las normas internas sobre subcapitalización deben estar en armonía con el principio de imposición en situación de independencia.

Esto supone, en primer lugar, que la aplicación de las normas anti-subcapitalización no serían aplicables más que en el supuesto de sociedades vinculadas, si bien el informe deja a salvo, aunque casi de pasada, los supuestos de acuerdos fraudulentos o de elusión abusiva (5). De esta manera se convierten las normas anti-subcapitalización en una aplicación concreta del principio *arm's length*; en cierto sentido se objetivizan estas normas, al menos en el plano internacional, apartándose de su posible enfoque como normas anti-elusión, al que parece apuntar la descripción del supuesto como «capitalización encubierta» (*hidden equity capital*).

(5) Párrafo 72. En el párrafo 80 se plantea la cuestión de si el resultado de la aplicación de las normas generales de condena del fraude de ley debe respetar el principio de independencia, pero expresamente declara que «el Comité no hace ningún comentario acerca de este punto».

Sin embargo, este enfoque anti-elusión reaparece cuando el informe examina los criterios para determinar si la configuración como préstamo es la que se hubiera adoptado entre sociedades independientes. Estos criterios o métodos son, según el informe, de dos tipos:

- 1.º El examen de las circunstancias del caso concreto con el fin de determinar la «verdadera naturaleza» del pago (recuérdese el art. 25 de la LGT). El informe menciona, entre otros, los siguientes hechos que pueden tomarse en consideración a estos efectos: el ratio endeudamiento/capital antes de la operación, la proporcionalidad del préstamo con participaciones, el hecho de que se destine a cubrir pérdidas importantes, su convertibilidad o la vinculación del interés a los beneficios y la subordinación (es decir, la atribución de un rango inferior) a otros créditos de la sociedad. Al utilizar este método la pregunta que habría que hacerse es si una persona independiente habría proporcionado capital en forma de préstamo en una proporción tan elevada o habría exigido una participación en los beneficios. Podría adoptarse para contestar a esta pregunta la perspectiva del banquero. Este método es claramente compatible, en opinión del Comité, con el principio *arm's length*.
- 2.º Establecer un ratio o coeficiente fijo de endeudamiento por encima del cual el préstamo tiene el tratamiento de aportación. Este es el método utilizado en varios países, entre ellos España, y el informe no tiene ninguna objeción contra él siempre que se admita la prueba en contrario, en el sentido de que a pesar de superarse el ratio legal existe una situación de independencia. En otro caso sería contrario al principio *arm's length*.

1.2. Artículos 10 y 11.

En cuanto definen los conceptos de «dividendo» e «interés» estos artículos pueden constituir un obstáculo a la aplicación de las normas anti-subcapitalización al impedir que se trate como dividendo un pago que, de acuerdo con ellas, entra en el concepto de interés o no entra en el de dividendo.

Así, el artículo 10(3) incluye entre los dividendos a las rentas provenientes de «otros derechos *a excepción de los créditos*, así como las rentas de otras participaciones sociales sometidas al mismo régimen fiscal que las rentas de acciones por la legislación del Estado de la residencia de la sociedad distribuidora». Por consiguiente, de los «otros derechos» que pueden constituir dividendos excluye el MC-OCDE expresamente a los créditos. Por otra parte, la remisión al Derecho del Estado de la fuente no incluye el concepto de «participación social», que debe deducirse de manera autónoma del CDI (6).

(6) Cfr. VOGEL, K., *Doppelbesteuerungsabkommen-Kommentar*, Beck, Munich, 2.ª ed., 1990, Comentario al artículo 10, número marginal 188. Existe una traducción al inglés de esta obra: *Double Taxation Conventions*, Kluwer, Deventer/Boston, 1991.

En vista de ello no parece posible incluir en el concepto de «participación social» a derechos de crédito. Este concepto implica la asunción de un riesgo empresarial, comprensivo de la posibilidad de pérdida del capital y del derecho a participar en el producto de la liquidación (7).

Esta interpretación se refuerza a la vista del artículo 11(3) del MC-OCDE, que incluye en el concepto de interés a «los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin ... cláusulas de participación en los beneficios del deudor ...».

Sin embargo, el informe, recogiendo una opinión mayoritaria de los miembros del Comité Fiscal, estima que es adecuado en determinados casos considerar como dividendo un pago que haya sido tratado como tal de acuerdo con las normas anti-subcapitalización. Estos casos son *grosso modo* los mismos que permiten la recalificación de acuerdo con el método del caso particular.

Otra solución que propone el informe (número marginal 54) es entender que la calificación como interés del pago no supone necesariamente su deducibilidad: si el pago no es un gasto necesario no será deducible. Sin embargo, el artículo 24(4) del MC-OCDE impone que este tratamiento sea el mismo para los pagos hechos a residentes y no residentes (*v. infra*).

Por otra parte, el artículo 11(6) permite solamente, como reconoce el informe (párr. 61), el ajuste en el importe del interés con el fin de adecuarlo al principio *arm's length*, pero no recalificarlo como dividendo («... habida cuenta del crédito por el que se paguen ...»). De aquí que pueda surgir un conflicto entre este artículo y el 9.

1.3. Artículo 23.

El problema que se plantea a la vista de este artículo y de las normas correspondientes de los CDI es si el Estado de la residencia del perceptor estaría obligado a conceder la deducción por dividendos -incluido en su caso el impuesto subyacente- a los intereses tratados como dividendos en virtud de las normas anti-subcapitalización del Estado de la fuente.

Según el informe, compete al Estado del prestamista la calificación del pago de acuerdo con su Derecho, sin estar vinculado por la calificación hecha por el Estado de la fuente. No obstante, debe permitir la calificación como dividendos hecha por éste en tres situaciones:

- Cuando el ajuste en el Estado de la fuente se haya hecho de conformidad con el artículo 9 del MC. El ajuste en el Estado de la residencia vendría impuesto por el artículo 9(2) del MC y tal ajuste supondría aceptar el tratamiento como dividendo;

(7) *Cfr. VOGEL, op. y loc. cit.*, número marginal 189.

- Cuando el Estado de la residencia tenga normas análogas en materia de subcapitalización y en el caso recíproco dicho Estado habría tratado el pago como dividendo; y
- En cualquier otro caso en que el Estado de la residencia reconociese que era adecuado tratar el interés como dividendo.

1.4. Artículo 24.

Es claro que si las normas anti-subcapitalización se aplican solamente cuando el acreedor es no residente, negar la deducción de los intereses es abiertamente contrario al párrafo 4 de este artículo (en la versión del MC de 1992, que corresponde al párr. 5 en la de 1977). El precepto salva, sin embargo, lo dispuesto en los artículos 9 y 11(6). El informe entiende por ello que el artículo 24(4) solamente impide la aplicación de las normas anti-subcapitalización cuando éstas no estén en armonía con dichos preceptos. Por consiguiente, la conformidad de dichas reglas con el artículo 24(4) dependerá de que el ajuste que ellas disponen esté o no cubierto por el CDI, lo cual es dudoso si éste sigue el MC-OCDE, a la vista de las definiciones de dividendo e interés de los artículos 10(3) y 11(3).

En conclusión, por tanto, el informe trata la subcapitalización como una aplicación del principio *arm's length* y, por consiguiente, rechaza todo ajuste que lleve a un impuesto superior al resultante de este principio. Condena también las normas anti-subcapitalización basadas en el método del ratio de endeudamiento, a no ser que se admita la prueba de que en el caso concreto el endeudamiento corresponde a una situación de independencia. Por último, minimiza las dificultades que este tratamiento, ya apuntado en el informe de 1979 sobre precios de transferencia, encuentra en otros preceptos del MC, en especial los artículos 10, 11 y 24.

El informe tiene evidentemente una fuerza vinculante muy escasa para los Estados miembros de la OCDE; desde luego menos que los comentarios al MC (*v. infra*). Sin embargo, algunos de ellos han formulado reservas a ese documento para evitar que su silencio pudiese ser interpretado como conformidad con las tesis que en él se sustentan.

Francia formuló una reserva respecto al artículo 24 en el sentido de que a pesar de lo que dispone este artículo se reserva la posibilidad de aplicar sus disposiciones internas respecto de la deducción del interés pagado por una sociedad francesa a su matriz extranjera.

Alemania formuló una reserva de mayor calado respecto a la utilización del principio *arm's length*. Observa, en primer lugar, que el informe se basa en la noción de «beneficio en situación de independencia» (*arm's length profit*) en lugar de la noción generalmente aceptada de «precio en situación de independencia» (*arm's length price*). Señala después que el consenso recogido en el informe acerca de la aplicación efectiva del principio *arm's length* es

extremadamente vago y precario. Lamenta que el informe pueda conducir a la disminución de la protección que proporciona el artículo 24 del MC contra la discriminación en caso de que un Estado afirme que sus normas anti-subcapitalización están amparadas por el principio *arm's length*. Finalmente, reserva su posición en cuanto a la interpretación que hace el informe de la definición de dividendo.

España no formuló ninguna reserva por no tener en vigor normas anti-subcapitalización cuando el informe fue elaborado.

2. La nueva versión del Modelo de Convenio.

Las conclusiones del informe sobre la subcapitalización han sido incorporadas a la nueva versión del MC por el procedimiento de modificar no su texto sino los comentarios a los artículos. A estos comentarios se les atribuye en la práctica internacional y en la doctrina un valor que excede del de una mera opinión doctrinal, por autorizada que ésta sea, o del de un antecedente histórico (8). Las modificaciones afectan, como es de suponer, a los comentarios a los artículos 9 (párr. 2), 10 (párr. 25), 11 (párr. 19), 23 (párrs. 67 y 68), 24 (párr. 56) y 25 (párr. 34).

El párrafo 2 del comentario al artículo 9 recoge las conclusiones fundamentales del informe, que resume del siguiente modo:

- «a) El artículo no impide la aplicación de las normas nacionales sobre la subcapitalización en la medida en que su efecto sea equiparar los beneficios del prestatario al importe que correspondería a los beneficios que hubiera obtenido en situación de independencia;
- b) El artículo no sólo es relevante para determinar si el tipo de interés establecido en un contrato de préstamo es el correspondiente a una situación de independencia, sino también si un préstamo *prima facie* puede ser considerado como tal o debería considerarse como un pago de otra naturaleza, en particular una contribución al capital;
- c) La aplicación de las reglas destinadas a combatir la subcapitalización no deberían normalmente producir el efecto de incrementar los beneficios fiscales de la empresa nacional hasta una cuantía superior al beneficio en situación de independencia y este principio debería observarse en la aplicación de los convenios en vigor».

(8) Cfr. VOGEL, *op. cit.* (*supra*, n. 5), Introducción, nn. mm. 78 y ss.

Este nuevo párrafo del comentario al artículo 9 del MC ha sido objeto de dos «observaciones» formuladas por Alemania y los Estados Unidos. La primera, manteniendo sus reservas al informe de 1987, indica que «no está de acuerdo con el empleo de la expresión "beneficio en situación de independencia" empleado en el párrafo 2 (de los comentarios)» (párr. 14 del comentario al art. 9). Por su parte, los Estados Unidos señalan que «puede haber otras formas razonables de abordar los casos de subcapitalización además de cambiar la naturaleza del instrumento financiero de préstamo a participación en el capital y la del pago de interés a dividendo. Por ejemplo, en los casos adecuados la naturaleza del instrumento (como préstamo) y la del pago (como dividendo) pueden permanecer inalteradas, pero el Estado de la imposición puede diferir la deducción del interés satisfecho, que en otro caso estaría permitida al calcular la renta neta del prestatario».

El párrafo 25 del *comentario al artículo 10* indica que dicho artículo «no sólo trata de los dividendos sino también del interés de los préstamos en la medida en que el prestamista comparta efectivamente los riesgos de la sociedad, es decir, cuando la devolución dependa en gran medida del éxito o fracaso de la empresa». Y añade: «En consecuencia, los artículos 10 y 11 no impiden el tratamiento de este tipo de interés como dividendo con arreglo a las normas nacionales sobre subcapitalización aplicadas en el país del prestatario. La cuestión de si el aportante del préstamo comparte los riesgos de la empresa debe determinarse en cada caso individual en vista de todas las circunstancias». A continuación enumera algunos ejemplos tomados del párrafo 58 del informe (9).

Por lo que respecta al principio de no discriminación, el párrafo 56 del *comentario al artículo 24* del MC dice lo siguiente:

«El párrafo 4 [del art. 24, correspondiente al párr. 5 del MC de 1977] no prohíbe al país del prestatario que trate al interés como dividendo de acuerdo con sus normas internas sobre la subcapitalización, en la medida en que sean compatibles con el párrafo 1 del artículo 9 o el párrafo 6 del artículo 11. Sin embargo, si ese tratamiento resulta de normas incompatibles con dichos artículos aplicables únicamente a acreedores no residentes (con exclusión de los acreedores residentes), dicho tratamiento está prohibido por el párrafo 4».

En relación con el párrafo 4 del artículo 24, Francia había formulado una reserva ya en las anteriores versiones del MC acerca de la «posibilidad de aplicar las disposiciones de sus normas internas relativas a la deducción del interés pagado por una sociedad francesa a una matriz extranjera» (párr. 70 del MC de 1992).

(9) El origen del nuevo párrafo 25 de los comentarios al artículo 10 del MC se encuentra en los párrafos 57 y 58 del informe, no en el 29, como seguramente por una errata dice la nota histórica del MC.

En definitiva, por tanto, para no contravenir el principio de no discriminación la medida anti-subcapitalización tiene que reunir alternativamente uno de estos dos requisitos:

- Ser conforme con el principio *arm's length*;
- Aplicarse indistintamente a residentes y no residentes.

Según el párrafo 58 del comentario al mismo artículo 24, el párrafo 5 de éste, como norma general se aplica subsidiariamente respecto al párrafo 4. Es decir, no existe la discriminación que condena este apartado mientras que el tratamiento de la sociedad no residente se mantenga dentro de los límites de los artículos 9(1) y 11(6) (principio *arm's length*).

IV. COMENTARIO DEL ARTICULO 16.9 DE LA LIS

Según la redacción que le dio la disposición adicional 5.^a de la Ley 18/1991, el artículo 16.9 de la LIS dispone lo siguiente:

«Cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y relacionada con ella en el sentido de los apartados cuatro y cinco de este artículo exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos».

a) El *supuesto* es, por tanto, el siguiente:

- existencia de un *endeudamiento*
- *directo o indirecto*
- con una persona o entidad
 - *no residente, y*
 - *vinculada*
- que el endeudamiento *exceda* del resultado de aplicar el coeficiente que reglamentariamente se determine al *capital fiscal*.

El coeficiente se fijó en 2 por la disposición adicional 2.^a del Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, que aprobó el Reglamento del IRPF.

Analicemos estos elementos del supuesto:

1. *Endeudamiento*, cualquiera que sea la operación o contrato que lo origina, salvo que se trate de deudas por operaciones de tráfico de la empresa (comerciales), a no ser que éstas encubran una financiación de la sociedad (10).

El endeudamiento que se toma en consideración es el *medio* (disp. adic. 2.^a del R.D. 1841/1991) -hay que entender que ponderado- y debe ser *remunerado* (*ibídem*); es decir, no incluye los préstamos sin interés. El tratamiento de estos préstamos cuando el prestamista es el residente es el previsto en el artículo 16.3 de la LIS; bajo un CDI resulta aplicable en su caso el artículo 9 del MC.

2. *Directo o indirecto*. El segundo puede darse en los supuestos de interposición de personas independientes, como en los llamados préstamos *back-to-back* (11). Es dudoso que se incluyan en el endeudamiento los préstamos garantizados por la matriz extranjera: la doctrina lo niega con base en una interpretación literal de la ley (12).

3. El prestamista debe ser una persona *no residente y vinculada* con el prestatario residente en el sentido de los apartados 4 y 5 del artículo 16 de la LIS. Por tanto, en principio, la situación de endeudamiento puede producirse en cualquiera de los supuestos de vinculación previstos en dichos apartados, pues no es necesario que exista una previa condición de socio del prestamista, lo que reduciría los supuestos de aplicación de la norma anti-subcapitalización al de participación de la extranjera en la residente, excluyendo, por ejemplo, el de existencia de socios comunes.

GONZALEZ POVEDA (13) manifiesta sus dudas a este respecto, poniendo como ejemplo el supuesto de financiación de la matriz por la filial, pero señala lo inequívoco del

(10) Cfr. REY, F./ COLLADO, A. «Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado», *Impuestos*, 1993, II, pág. 77 y ss. (89).

(11) En este sentido, V. GONZALEZ POVEDA, «La subcapitalización: un problema nuevo en el Impuesto sobre Sociedades», *Impuestos*, 1992, II, pág. 82 y ss. (85).

(12) Cfr. REY/COLLADO, *ibídem*; V. GONZALEZ POVEDA, *loc. cit.*, pág. 86; ídem, *Tributación de no residentes*, 2.^a ed. Madrid, 1993, pág. 231. También en otros países con normas anti-subcapitalización, como Canadá y Australia, se excluye del concepto de endeudamiento a las garantías prestadas por la sociedad vinculada; cfr. FAIRLEY/PENNEY, *op. cit. (supra, n. 1)*, págs. 10 y 11; HUGHES/COLLIER, *op. cit.*, pág. 4; y JACKSON, *op. cit.*, pág. 321.

(13) *Tributación de no residentes, loc. cit.*

precepto. Lo que sucede es que en virtud de la ficción legal la sociedad prestamista se convierte, a estos solos efectos, en socio de la prestataria aunque no lo fuese con anterioridad; incluso en el caso de que el prestamista sea la filial.

4. El ratio de endeudamiento se calcula sobre el capital fiscal:

$$\frac{\text{Endeudamiento}}{\text{Capital fiscal}} > 2$$

El capital fiscal, definido en los artículos 17.1 de la LIS y 164 y siguientes del RIS, equivale al neto patrimonial de la sociedad. El capital fiscal considerado es el *medio* del ejercicio.

La utilización del capital fiscal como denominador del ratio ha sido criticada por REY y COLLADO (14) por no tener en cuenta las plusvalías latentes. Observan también que cuando el prestatario es la cabeza de un grupo debería tenerse en cuenta el capital fiscal consolidado. Sin embargo, no vemos en principio ningún inconveniente para ello si el grupo está acogido al régimen de declaración consolidada.

Es obvio que no se computa el endeudamiento con personas no vinculadas. Si existe endeudamiento con varias personas vinculadas, del texto de la ley se deduce que el ratio se computa separadamente para cada uno de los acreedores, lo que abre una posibilidad de elusión para las sociedades pertenecientes a un mismo grupo mediante fraccionamiento del préstamo.

b) *Consecuencia jurídica*: «Los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendo».

Se ha planteado (15) si los intereses a que se refiere este precepto son los efectivamente «satisfechos» o pagados o los devengados. La ortodoxia contable nos lleva a inclinarnos por esta última alternativa superando la literalidad de la ley. La disposición adicional 2.^a del Real Decreto 1841/1991 elude la expresión «satisfechos».

El tratamiento como dividendos de los intereses implica:

(14) *Op. cit.*, pág. 97.

(15) REY/COLLADO, *op. cit.*, pág. 91.

- Su no deducibilidad en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la sociedad española pagadora [art. 14 b) de la LIS].
- Su tratamiento como dividendos a efectos de la obligación real de contribuir. Es necesario, a su vez, distinguir los siguientes supuestos:
 - Si el país de la residencia del perceptor no tiene CDI con España, se someterán al tipo general del 25 por 100, salvo que se trate de un miembro de la Comunidad Europea (lo que sólo sucede con Grecia e Irlanda). En este último caso resulta de aplicación el artículo 20 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, y los «dividendos» están exentos de la obligación real y no sujetos a retención, siempre que la matriz haya poseído una participación directa de al menos el 25 por 100 durante los dos años anteriores a la distribución del beneficio (pago del interés).
 - Si el país de residencia del prestamista tiene CDI con España, surgirán las dificultades puestas de manifiesto, salvo que el CDI permita expresamente la aplicación de la norma anti-subcapitalización. En efecto, como sabemos, según el criterio del informe de la OCDE, la norma española, al utilizar el método del coeficiente fijo sin admitir prueba en contrario, no podría encontrar apoyo en el artículo 9 del MC-OCDE.

Por otra parte, la disposición adicional 2.^a del Real Decreto 1841/1991 salva también la aplicación de la norma a las «entidades que, por norma legal o reglamentaria, deban mantener un determinado volumen de recursos propios en relación con las inversiones realizadas y los riesgos asumidos». No es, sin embargo, tan evidente la razón de la excepción, pues los riesgos no constituyen endeudamiento sino activos de las entidades financieras. Quizá pensó el redactor de la norma que en tales entidades la financiación propia no tiene que exceder de la que establezcan las disposiciones que les sean aplicables, sin que los mandatos de éstas se vean perturbados por disposiciones de carácter fiscal.

V. PRACTICA ESPAÑOLA RECIENTE EN MATERIA DE CDI

En el aspecto que aquí nos interesa, los CDI españoles se ajustan en su inmensa mayoría al MC-OCDE. Únicamente contienen alguna variante de interés los que mencionamos a continuación.

El artículo 10(4) del CDI con el Reino Unido añade al texto del 10(3) del MC-OCDE lo siguiente: «... e incluye también cualquier otro concepto (distinto de los intereses cuyo impuesto se deduzca de acuerdo con lo establecido en el art. 11 del presente Convenio) que,

según la ley del Estado contratante en que resida la sociedad que paga el dividendo, sea considerado como dividendo o distribución de beneficios de una sociedad». El inciso transcrito remite, pues, al Derecho del Estado de la fuente para la calificación como dividendo de un rendimiento sin límites en cuanto a su naturaleza («cualquier otro concepto»), salvo el decisivo de que no sean intereses definidos en el artículo 11, lo cual otorga prioridad a este último concepto. Por consiguiente, este precepto no permite recalificar un interés como dividendo.

El CDI con los Estados Unidos, artículo 10(3), añade a la definición de dividendos del MC-OCDE el siguiente inciso: «El término "dividendos" incluye también los rendimientos de otras operaciones, *incluso las de crédito, que atribuyan derecho a participar en los beneficios*, en la medida en que se consideren como tales por la legislación del Estado contratante del que procedan los rendimientos». Este inciso no figura tampoco en el MC de los Estados Unidos de 1981, que coincide en este punto con el MC-OCDE. Por su parte, el artículo 11(4) del CDI con los Estados Unidos salva expresamente la definición de dividendos del artículo 10(3).

No parece, sin embargo, que el inciso transcrito cubra suficientemente las normas anti-subcapitalización, puesto que exige, para que los rendimientos de otras operaciones («incluso las de crédito») puedan ser calificados como dividendos por el Estado de la fuente, que «atribuyan derecho a participar en los beneficios». Se refiere, pues, a figuras como los créditos participativos u otras análogas.

Otros CDI de fecha posterior al de los Estados Unidos, como los de Bulgaria, China y Ecuador, se ajustan al MC-OCDE. No así el de Australia, cuya definición de dividendos, contenida en el artículo 10(3), es la siguiente: «El término "dividendos" empleado en este artículo significa los rendimientos de las acciones y otros rendimientos que la legislación fiscal del Estado contratante del que sea residente la sociedad que los distribuye asimile a los rendimientos de las acciones». Como vemos, el precepto transcrito remite para la calificación de los dividendos al Derecho Fiscal del Estado de la fuente sin restricción alguna, ni siquiera la de que los rendimientos procedan de «participaciones sociales», que figura en el MC-OCDE. Por otra parte, el CDI con Australia no contiene un artículo relativo a la no discriminación equivalente al 24 del MC-OCDE, en consonancia con la reserva formulada al mismo por dicho país (*cfr.* párr. 64 de su comentario). En consecuencia, cabe concluir que el CDI con Australia da cobertura suficiente a la aplicación del artículo 16.9 de la LIS. Además de la práctica australiana en materia de CDI, ello se explica quizá porque el CDI con Australia, último de los suscritos por España, es, a diferencia de los demás, de fecha posterior a esa norma; en efecto, fue suscrito el 22 de marzo de 1992.

En definitiva, con excepción del de Australia, ninguno de los CDI suscritos por España permite la aplicación de la norma anti-subcapitalización del artículo 16.9 de la LIS, ni siquiera acogiendo a criterios de interpretación adoptados por el informe del Comité Fiscal de la

OCDE y recogidos en los comentarios al MC. En efecto, como sabemos, estos criterios no amparan a las normas que, como la española, emplean el método del ratio fijo de endeudamiento sin permitir la prueba en contrario. Por otra parte, al ser aplicable únicamente a no residentes, dicho artículo incurre en la prohibición de la no discriminación del párrafo 4 (actual) del artículo 24 del MC, según los comentarios a este precepto a los que más atrás hemos hecho referencia, y contraviene *a fortiori* el párrafo 5 del mismo artículo (16). El ámbito de posible aplicación de dicha norma es, pues, sumamente reducido, en vista de lo cual cabe pensar que el legislador se ha precipitado al incorporarla a nuestro Derecho (17).

(16) Cfr. GONZALEZ POVEDA, *ibídem*, pág. 91; A. VELDT, «A new Spanish Legislation against Thin Capitalization for Spanish Companies with non-resident Shareholders only», *Intertax*, 1992, pág. 293 y ss. (296).

(17) Recuerda GONZALEZ POVEDA, «La subcapitalización ...», *cit. (supra, n. 11)*, pág. 84, que la disposición del artículo 16.9 de la LIS no figuraba en el texto aprobado por el Congreso y se introdujo («apresuradamente» dice el autor) por una enmienda en el Senado.

El «Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades» de 1994 de la Secretaría de Estado de Hacienda afirma que «la norma establecida actualmente en el artículo 16.9 de la Ley 61/1978 debe ser recogida y perfeccionada al objeto de que pudiendo cumplir perfectamente con la función que se le asigna, tenga el engarce más idóneo con las normas de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional que tiene su antecedente en el artículo 24(5) y (6) [(4) y (5) del MC de 1992] del Convenio Modelo de la OCDE» (pág. 117).