



Contabilidad y Negocios

Revista del Departamento Académico
de Ciencias Administrativas
año 3, número 5
julio 2008

- Actualidad Contable
- Tributación
- Contabilidad y Gestión
- Administración



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

La naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización y su aplicación práctica como norma doméstica antielusión en el Reino de España

Zully Chevarría

Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Ciencias Administrativas

1. Introducción

La internacionalización de la economía se pone de manifiesto no solo en el auge de las relaciones comerciales entre empresas pertenecientes a distintos países, sino que el mismo proceso conlleva al surgimiento y rápida expansión de las empresas transnacionales.

En ese contexto, la fiscalidad internacional incluye un régimen de medidas antielusión con la finalidad de evitar planificaciones fiscales abusivas. Esas medidas marcan su diferencia según se encuentren en el ordenamiento doméstico de cada Estado —como en el caso español— o en los convenios de doble imposición suscritos por un Estado con otros países. Una de esas medidas se conoce como la norma de subcapitalización, la misma que trata de evitar la capitalización encubierta por medio de la cual una sociedad formaliza operaciones de préstamo con otra sociedad vinculada cuando el objetivo real de la operación es capitalizar a la prestataria. En esta se produce una distribución de dividendos irregular, ya que los beneficios se distribuyen en forma de intereses en vez de ser distribuidos como dividendos. Por ello, los grupos

económicos buscan esta fórmula toda vez que conseguirán que el prestatario deduzca de su impuesto sobre sociedades —para el caso español— los intereses que no podrían deducir como retribución al capital, es decir como dividendos.

2. La naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización en España

2.1. *Las principales medidas antielusión en la legislación doméstica española*

En el ordenamiento tributario español, son especialmente dos los regímenes que merecen ser considerados como normas antielusión:¹ la llamada *subcapitalización* y la *transparencia fiscal* internacional. La primera de ellas, materia del presente trabajo, es consecuencia de tres características² de los regímenes fiscales.

Por un lado, la mayoría de los ordenamientos y, en especial, el español, consideran deducibles a los gastos financieros, incluidos los intereses devengados por cualquier préstamo acordado por una entidad para financiar el desarrollo de sus actividades. Por otro lado,

1 Las normas antielusión suponen un límite a la competencia fiscal aceptada entre países.

2 Características que fueron recogidas por el doctor Abelardo Delgado Pacheco, abogado del Estudio Garrigues Abogados y Asesores Tributarios.

no es deducible la retribución de los fondos propios de esa entidad y, en particular, los dividendos distribuidos. Asimismo, no existen normas mercantiles o fiscales, que regulen el porcentaje que deben observar los recursos propios y ajenos en la financiación de una sociedad.

Por su parte, la fiscalidad internacional ha aceptado que el beneficio empresarial, después de deducir los gastos financieros, debe tributar en el Estado donde se desarrolla la actividad económica, a diferencia de los rendimientos del crédito que genera el endeudamiento con el que se financia dicha actividad, los cuales deben tributar principalmente en el Estado de residencia del prestamista.

En un primer momento, este modelo se complementaba con la tributación compartida de los convenios para evitar la doble imposición (CDI) para dividendos e intereses. Al imponer gravamen el Estado de la fuente sobre los intereses, recuperaba parte de la fiscalidad, teóricamente perdida al aceptar la deducción de aquellos. Asimismo, el gravamen en la fuente sobre los dividendos, unido a la eliminación de cualquier doble imposición, por el Estado de la residencia del accionista, ubicaba la carga fiscal del beneficio empresarial en el Estado de la residencia de la entidad participada.

Por otro lado, el gravamen en la fuente sobre los dividendos normalmente se ve atenuado por los CDI y, en áreas como la Unión Europea, el efecto combinado de la directiva matriz filial y de la ampliación del sistema de exención como método para evitar la doble imposición reduce el gravamen del beneficio empresarial al que corresponda al Estado de residencia de la entidad participada.

Así, el sistema resulta ser neutral para el caso de la distribución o no de los dividendos, pero no resul-

ta serlo en cuanto a la forma de financiación de una empresa, toda vez que la fijación en el espacio del beneficio gravable se encontrase en función de las cargas financieras que se debiten del beneficio o de la utilidad de la sociedad.

En efecto, la planificación de grupos económicos transnacionales busca que los gastos financieros disminuyan la base imponible de aquellos estados en los cuales la tributación es elevada, de modo tal que los ingresos financieros se sometan a imposición en jurisdicciones de baja imposición o en jurisdicciones cuyo tratamiento para dichos rendimientos resulta ser más favorable.

En ese sentido, las medidas antielusión propias de la fiscalidad internacional son aquellas normas domésticas o convenidas, que basadas en la técnica propia de las normas antielusión, tratan de evitar que actos o negocios con trascendencia internacional obtengan un tratamiento ventajoso, que resultaría ser impropio, dada la verdadera naturaleza de los mismos, la realidad de las operaciones llevadas a cabo o el carácter abusivo de aquellos.

2.2. El concepto de subcapitalización

Desde la perspectiva del Derecho Mercantil, la subcapitalización hace referencia a la responsabilidad social y de los socios por las deudas sociales. En ese sentido, se trata de circunstancias en las cuales los socios o accionistas no proporcionan los recursos necesarios para el funcionamiento de la empresa, con lo cual se ocasiona una situación de insuficiencia de capital.

En un sentido amplio, se establece que una entidad se encuentra subcapitalizada o en una situación de infracapitalización cuando su estructura financiera revela una desproporción entre la cifra resultante de computar los recursos propios y la cifra que resulta

de las distintas partidas que integran los recursos ajenos.³

Por otro lado, el término subcapitalización ha sido examinado por la doctrina tributaria, pero el legislador se ha limitado a enunciar la transacción sin esbozar una definición clara de lo que se entiende por ella, ni el alcance ni el sentido de la valoración impuesta.

Una definición breve pero clara es aquella que presenta la subcapitalización como la financiación ajena (préstamo-endeudamiento) obtenida de entidades no residentes vinculadas, superior a la que se hubiese obtenido en condiciones normales de mercado (precio internacional de distribución), cuyas ventajas serían trasladar bases imponibles vía pago de intereses al país del prestamista y reducir el importe de la tributación en el país de origen.

Sin embargo, esta situación no ocurre con la autofinanciación, pues los rendimientos constituyen dividendos, los cuales son ingresos fiscales (no *gasto*) y, por tanto, se tendrá que pagar una cuantía mayor por concepto de impuesto.

2.3. Ventajas de la subcapitalización desde el punto de vista fiscal

Las ventajas que podemos encontrar son de dos tipos:

Por una parte, permite trasladar bases imponibles al país del prestamista y este hecho es importante si se tienen diferencias sustantivas en el tratamiento fiscal entre los dos países. Por ejemplo, «A», sociedad residente en el país «X» y, de otro lado, una sociedad «B» que es residente en el país «Y». Resulta que en el país X el tipo de gravamen del impuesto sobre las sociedades

es del 40% y en el país Y es del 10%. La sociedad A le pide capital a la sociedad B, a cambio la sociedad A pagará intereses a B, derivados del préstamo, estos intereses ascienden a US \$1000; para A el ahorro fiscal por endeudarse sería \$400. La sociedad B tendrá un ingreso impositivo por \$1000, al aplicar la tasa del 10% tendría que pagar \$100 por esta transacción en el país Y. Entonces, el saldo neto es un ahorro fiscal por un importe de (\$300). En ese sentido, si existe plena libertad de movimientos de capitales, se acudirá a solicitar capital prestado donde le ofrezcan las mejores ventajas de rentabilidad financiera fiscal.

Por tanto, las ventajas son, primero, trasladar la base imponible (\$1000), vía pago de intereses, al país del prestamista que es el de baja tributación y, segundo, reducir el importe de la tributación en el país de origen. La suma o confluencia de estas dos ventajas es lo que nos da el ahorro fiscal neto de la operación considerada en su conjunto.

Por su parte, si las legislaciones del país X e Y fueran iguales o muy parecidas, desaparecerían las ventajas fiscales. Asimismo, la subcapitalización surge cuando la financiación ajena, obtenida por una sociedad no residente, es superior a la que se obtendría en condiciones iguales de mercado.

A partir del caso planteado, tendríamos que, si la sociedad A, residente del país X, acude al mercado financiero del país X, no obtendría una financiación tan ventajosa como la que va a obtener de la sociedad B, residente en otro país.

En ese sentido, los requisitos necesarios para que exista subcapitalización (endeudamiento excesivo y

3 Cft. GUASCH MARTORELL, R. *La Doctrina de la infracapitalización: Aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades*. En VEGA BORREGO (2002).

progresiva descapitalización de la empresa) serían los siguientes:

- Existencia de una transacción de endeudamiento-préstamo entre una empresa o entidad residente y una no residente, financiación con capital ajeno con ventajas fiscales y descapitalización de alguna de las empresas.
- Transacción en circunstancias más favorables o ventajosas que las del mercado.

En el derecho comparado, la norma de subcapitalización ofrece una serie de características comunes en aquellos ordenamientos que la recogen (Delgado Pacheco 2005):

- Suele actuar frente a entidades vinculadas no residentes. Los legisladores las adecuan a sus legislaciones internas con el fin de que no se erosionen sus bases imponibles nacionales.
 - La norma de subcapitalización se construye normalmente sobre una ratio de endeudamiento, al actuar como un *safe harbour*, como una fuente de seguridad jurídica en la medida que puede ser entendida como el límite que el propio legislador ofrece hasta el cual acepta la financiación de una entidad con recursos ajenos del propio accionista, directa o indirectamente.
- Al respecto, señala Ana María Pita Grandal (1998) que por endeudamiento directo debe entenderse la situación en que el prestamista tiene derecho a la percepción del capital y los intereses.⁴ Sin embargo, el legislador español ha deseado darle un alcance

amplio a la norma de subcapitalización y, por ese motivo, ha incluido al endeudamiento indirecto. Este último tipo de endeudamiento supone que la relación de endeudamiento ha sido realizada entre sujetos vinculados por intermedio de entidades interpuestas o intermediarias.⁵

- La norma de subcapitalización resultaría compatible con las normas de precio de transferencia y distinta de estas. Es decir que a pesar de que la norma de subcapitalización comparta el fundamento con las normas de precios de transferencia, aquella afectaría la ratio de endeudamiento, la cual podría ser desvirtuada a la luz de las normas generales sobre los precios de transferencia.

3. Acerca de la norma y sobre subcapitalización en la legislación española

3.1. Antecedentes históricos

A partir del 1 de enero de 1992, la quinta disposición adicional de la Ley 18-1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas (IRPF), modificó el artículo 16.9 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978. La finalidad de esta norma fue la de establecer los efectos fiscales cuando la financiación de una sociedad residente en España se hubiera realizado por medio de un préstamo realizado por una sociedad vinculada no residente, en condiciones distintas a las de mercado, que busque un ahorro fiscal por parte de la empresa española en virtud a la deducción de intereses y a la disminución de las rentas a transferir.

⁴ Según REY y COLLADO (1993: 88-89), debe incluirse en este concepto toda operación de tipo financiero, como préstamos, créditos participativos y toda operación de tipo comercial.

⁵ REY y COLLADO (1993: 89) exponen un ejemplo de este tipo de endeudamiento y lo constituyen los préstamos *back to back*, en los que un prestamista no residente concierta un depósito en una entidad financiera no vinculada que es quien, en una operación distinta y posterior, realiza el préstamo con el prestatario final residente y que es una entidad vinculada con el primer prestamista de la cadena.

Asimismo, se estableció una remisión a las normas reglamentarias para la determinación del coeficiente máximo de endeudamiento en relación con el capital fiscal, que quedó establecido en un primer momento en dos. Esta norma fue ampliamente criticada, pues se establece vía reglamentaria el coeficiente de la ratio, cuando se trataba para muchos de uno de los elementos esenciales del hecho imponible.

Actualmente, en España, el régimen tributario de la subcapitalización se encuentra regulado en el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en el cual se señala lo siguiente:

1. Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendo.

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

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

3. Los sujetos pasivos podrán someter a la Administración Tributaria, en los términos del artículo 16.7 de esta Ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.

Lo previsto en este apartado no será de aplicación a las operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.

4. Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como Paraíso Fiscal.

En efecto, el legislador considera excesivo todo endeudamiento que exceda de ese importe y, en consecuencia, determina que tributen los intereses como dividendo. Además, se sabe que no todos los países europeos se valen de este criterio objetivo; algunos países como Bélgica o Italia se fundamentan en una regla más subjetiva, es decir, comparan la estructura financiera llevada a cabo en grupos de sociedades en relación con la que se habría producido entre partes independientes.

Sobre el particular, vemos que solamente se advierte el endeudamiento con sujetos vinculados no residentes toda vez que es ante esa situación donde se produce con mayor intensidad el peligro de que la Hacienda Española sufra una pérdida recaudatoria.

Por otro lado, la entidad residente puede someter a la Administración Tributaria una propuesta para la aplicación de la ratio o coeficiente distinto y, lógicamente, superior al establecido por Ley. Esta propuesta es acorde con las normas de precio de transferencia a las que se refiere el artículo 16.6 del mismo Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) y, por supuesto, debe fundamentarse en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiera podido obtener de terceros no vinculados en condiciones normales.

Otro supuesto importante es que la norma de subcapitalización se aplica cuando el prestamista reside en un país o territorio calificado de paraíso fiscal. En cuyo supuesto, la sociedad residente no podrá solicitar ninguna propuesta para modificar el coeficiente, al ser esta cláusula compatible con la norma antiparaíso

recogida en el artículo 14.1 literal g del TRLIS. Cabe señalar la particularidad de que esta norma de subcapitalización no resulta aplicable cuando el prestamista resida en otro estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un país o territorio designado como paraíso fiscal.

Conclusiones

1. Las medidas antielusión propias de la fiscalidad internacional son aquellas normas domésticas o convenidas que, basadas en la técnica propia de las normas antielusión, tratan de evitar que actos o negocios con trascendencia internacional obtengan un tratamiento ventajoso impropio, dada la verdadera naturaleza de los mismos, la realidad de las operaciones llevadas a cabo o el carácter abusivo de aquellos.
2. Una definición clara es la que presenta a la subcapitalización como aquella financiación ajena (préstamo-endeudamiento) obtenida de entidades no residentes vinculadas (que no se limita a las relaciones matriz-filial), superior a la que se hubiese obtenido en condiciones normales de mercado (precio internacional de distribución), cuyas ventajas serían trasladar bases imponibles vía pago de intereses al país del prestamista y reducir el importe de la tributación en el país de origen.
3. La justificación para que los estados impongan normas de subcapitalización es el principio internacional de la distribución de la carga fiscal o financiera, es decir, el derecho que tiene cada país de gravar las rentas que se producen en el mismo. Con este derecho, se justifica la norma antielusión para tratar de proteger o reforzar la recaudación en el país de origen donde se generan los rendimientos del capital.
4. El diferenciado tratamiento tributario que se aplica a los intereses y dividendos constituye un argumento importante a la hora de que la sociedad decida cómo se financia, toda vez que los intereses constituyen un gasto deducible para la sociedad financiada.
5. Las sociedades residentes españolas pueden someter a la Administración Tributaria una propuesta para la aplicación de la ratio o coeficiente distinto y, lógicamente, superior al establecido por Ley. Esta propuesta es acorde con las normas de precio de transferencia a las que se refiere el artículo 16.6 del mismo TRLIS y, por supuesto, debe fundamentarse en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiera podido obtener de terceros no vinculados en condiciones normales. Se debe entender que el endeudamiento excesivo también puede ser debido a otras circunstancias ajenas a los fines de ahorro fiscal.
6. La norma de subcapitalización se aplica cuando el prestamista reside en un país o territorio calificado de paraíso fiscal. En cuyo supuesto, la sociedad residente no podrá solicitar ninguna propuesta para modificar el coeficiente, al ser esta cláusula compatible con la norma antiparaíso doméstica.
7. La particularidad de esta norma de subcapitalización española es que no resulta aplicable cuando el prestamista resida en otro estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un país o territorio designado como paraíso fiscal.
8. La estructura del artículo 20.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) se aproxima a la de una presunción *iuris et de iure*, dado que el exceso de endeudamiento es calificado inmediatamente como una distribución encubierta de beneficios, por lo que los intereses que excedan dicho límite tributarán como dividendos con todas las consecuencias fiscales a las que esta situación conlleva.

9. Las consecuencias de la subcapitalización resultarán extremadamente gravosas en el caso de que el endeudamiento provenga de una situación de crisis empresarial.
10. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) admite la compatibilidad del establecimiento de una ratio fija (recursos propios/ajenos) con el modelo de la OCDE del año 1992, siempre que se permita a la sociedad residente demostrar que la ratio aplicada corresponde con el endeudamiento que se hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado.

Bibliografía

- Arespachochaga, J.
1996 *Planificación Fiscal Internacional*. Madrid: Marcial Pons.
- Calderón Carrero, José Manuel
1995 «Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario (I)». *Crónica Tributaria*, N° 76, octubre-diciembre, pp. 34-56.
- Delgado Pacheco, Abelardo
2005 «Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional. Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional». *ICE*, N° 825, septiembre-octubre, pp. 97-117.
- Gómez Calleja, Isabel
2002 «Las medidas antielusión en los convenios para evitar la doble imposición internacional». *Revista de Derecho Tributario Internacional*. GF 206, pp. 143-160.
- González Poveda, V.
1992 «La subcapitalización: un problema nuevo del Impuesto sobre Sociedades». En *Impuestos*. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, pp. 82-84.
- Moreno Fernández, Juan Ignacio
2003 *La tributación de las operaciones vinculadas*. 2ª ed. Navarra: Aranzadi.
- Palao Taboada, C.
1994 «La subcapitalización y los convenios de doble imposición». *Revista de Contabilidad y Tributación*, N°137-138, agosto-septiembre, pp. 79-85.
- Pita Grandal, Ana María
1998 «Una aportación sobre la naturaleza jurídica de la norma sobre subcapitalización en España». *Doctrina Científica*, QF 22, pp. 11-22.
2004 «Tercer Módulo: El Derecho Tributario y el Régimen aplicable a las inversiones extranjeras. Referencias al Derecho Español y al Derecho Comunitario». Material del curso de especialización en Derecho Tributario Internacional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rey, F. y A. Collado
1993 «Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: Derecho comparado». En *Impuestos*. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, pp. 80-97.
- Vega Borrego, Félix Alberto
2002 «La norma tributaria en materia de subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario». *Crónica Tributaria*, N° 104, pp. 89-125.