

## Desafíos inherentes a la financiación empresarial con endeudamiento y capital: Cómo Alemania se acercó a la cima

Christian Dorenkamp<sup>1</sup>

### 1. Introducción.

La financiación de una sociedad con capital o con endeudamiento recibe un tratamiento fiscal completamente diferente tanto a nivel del inversor como de la propia sociedad. De ahí que la decisión acerca de financiarse por medio de capital o de deuda sea una cuestión importante en la práctica fiscal diaria, y ocasionalmente en los esquemas abusivos. Uno de los objetivos principales de este artículo consiste en identificar precisamente las implicaciones que desde el plano fiscal resultan de dicha decisión.

Se va a dedicar una atención particular a la financiación transfronteriza de la deuda. Aquí, de un modo especial, las diferencias entre tipos impositivos pueden dar lugar a oportunidades de planificación fiscal que, en ausencia de una legislación que las tome en consideración, pueden ser también utilizadas de manera abusiva. Así sucede en los esquemas de la denominada subcapitalización (thin capitalization) y sobrecapitalización (fat capitalization), como es el caso, por ejemplo, de subcapitalización de filiales domésticas de grupos societarios extranjeros (thin cap), de un lado, y de sobre-capitalización en la financiación de filiales extranjeras de grupos societarios nacionales, de otro lado.

---

<sup>1</sup> Dr. Christian Dorenkamp LL.M (Universidad de Nueva York – Fiscalidad Internacional), Abogado.

Traducido por Antonia Jabalera Rodríguez, Investigadora “Ramón y Cajal” responsable del Proyecto “Fiscalidad empresarial y eficacia del Mercado Interior” (DER 2009-11713), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Universidad de Granada.

Los esquemas mencionados, sin embargo, han de ser claramente diferenciados de la capitalización de un grupo nacional integrado tanto por filiales nacionales como extranjeras que afrontan necesidades de financiación en relación con sus actividades empresariales nacionales y extranjeras. La denominada barrera o limitación de intereses (Zinsschranke), un instrumento internacional sin precedentes<sup>2</sup> recientemente incorporado en la legislación alemana con el objetivo de limitar la deducibilidad fiscal de los intereses como gasto, necesita una reforma urgente en este sentido<sup>3</sup>. Desafortunadamente, la denominada cláusula de salvaguardia del capital (habiendo sido diseñada para proporcionar, al menos en teoría, una deducción ilimitada de intereses a los grupos societarios que financian sus operaciones alemanas con, al menos, tanto capital como el promedio del grupo en general) no ha sido aún ajustada para eliminar los devastadores efectos de la denominada reducción del valor contable (Beteiligungsbuchwertkuerzung).

Esto es cierto a pesar de que, como es bien sabido incluso por la propia Administración tributaria alemana, prácticamente ningún grupo societario con sede en Alemania puede acogerse a la deducción ilimitada de intereses anteriormente mencionada y que se conoce como "cláusula de salvaguardia del capital". En otras palabras, a la práctica totalidad de los grupos corporativos localizados en Alemania se les niega la deducción total de intereses, aunque se supone que la gran mayoría de ellos se financian por medio de capital en una proporción superior a la media en su país de origen. La modificación del § 4º de la Ley del Impuesto sobre la Renta alemán<sup>4</sup> (LIR, Einkommensteuergesetz) sigue siendo una de las tareas más urgentes que ha de llevarse a cabo en la política fiscal alemana en relación al Impuesto sobre Sociedades.

---

<sup>2</sup> Véase un conjunto de reglas similares en Italia contenidas en el § 96 de la Ley del Impuesto sobre la Renta en relación a los intereses pasivos (30 % de margen bruto de la actividad económica y posible deducción en los cinco períodos impositivos siguientes).

<sup>3</sup> Véase también el Acuerdo de Coalición del 26 de octubre de 2009 firmado entre CDU, CSU y FDP, página 11 ("modificación de la cláusula de salvaguardia de capital y su aplicación a los grupos societarios alemanes").

<sup>4</sup> § 4h LIR.

## 2. Distinción entre Deuda y Capital en Alemania.

La distinción entre la financiación por medio de capital o de deuda en la Ley fiscal alemana es bastante simple. Ello se debe a que la normativa tributaria sobre esta cuestión sigue generalmente lo dispuesto en el Código de Comercio alemán (Handelsgesetzbuch<sup>5</sup>) estableciendo normas claras y coherentes (en comparación, por ejemplo, a los Estados Unidos donde los tribunales fiscales aplican un test de factor por esta razón<sup>6</sup>).

Las características relevantes que se asocian a la financiación a través de capital son la subordinación (tras la deuda en caso de insolvencia), la sostenibilidad (sin derecho de cancelación y, por tanto, mantenimiento de un compromiso abierto) y la participación en las pérdidas y beneficios de la sociedad<sup>7</sup>.

Un régimen fiscal específico se prevé en el § 8 (3) (2) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades<sup>8</sup> (LIS, Körperschaftsteuergesetz). Conforme a esta disposición, los pagos se considerarán realizados en concepto de deuda (y, por tanto, no constituyen una retribución de acciones y viceversa) a no ser que el instrumento subyacente prevea la participación tanto en los beneficios de la sociedad como en el producto resultante de la liquidación. En consecuencia, salvo que se trate de un instrumento por el que se participe en las reservas ocultas de la sociedad, los pagos efectuados en base a este instrumento serán calificados como intereses (y, por tanto, como deuda).

---

<sup>5</sup> HGB.

<sup>6</sup> Véase *William T. Plumb*, *The Federal Income Tax Significance of Corporate Debt: A Critical Analysis and a Proposal*, 26 *Tax Law Review* 369, 1971.

<sup>7</sup> Véase, con respecto a la aplicación de estos criterios a diferentes tipos de entidades legales, *Wolfgang Schoen e.a.*, *Debt and Equity – What's the Difference – A Comparative View*, B.III.1, Social Science Research Network (SSRN).

<sup>8</sup> § 8(3)(2) LIS.

### **3. Tributación de la Deuda y del Capital en Alemania.**

#### **3.1. Deducción a nivel del Pagador, Gravamen a nivel del Beneficiario – Simetría en principio.**

¿Por qué la decisión de financiarse con una ampliación de capital o, en su caso, ampliando la deuda afecta a la carga fiscal? La razón es el diferente tratamiento fiscal de los pagos efectuados en concepto de capital o de deuda tanto a nivel del pagador como a nivel del beneficiario del pago en cuestión.

En general, salvo que se encuentre limitado por específicas disposiciones antiabuso, los pagos efectuados en concepto de intereses son deducibles. Ya que éstos se producen en el contexto de búsqueda de ganancias, los pagos de intereses reducen la capacidad económica de quien los efectúa. El principio de beneficio neto requiere su deducibilidad.

La distribución de ganancias a través de dividendos, sin embargo, no forma parte del proceso de búsqueda de ganancias. Al contrario, es precisamente su resultado. El beneficio de una sociedad es una cantidad residual y de este modo la base de la renta o ingreso que se encuentra sometida a gravamen.

La deducibilidad o no de las deudas y de la remuneración del capital (dividendos) tiene su contrapartida generalmente en el lado del receptor, siendo esta simetría una condición previa para lograr un "tratamiento neutral de la financiación en el Impuesto sobre la Renta". Los intereses deducibles a nivel del pagador deberían ser, en general, totalmente sometidos a tributación a nivel del beneficiario de los mismos. Los dividendos, sin embargo, no deberían ser gravados (al menos, no al tipo de gravamen ordinario) dado que ya han sido sometidos a imposición a nivel de la empresa distribuidora.

A primera vista, esta interacción entre la deducibilidad fiscal por un lado y la sujeción a gravamen de otro parece ser simétrica, contemplándose además por lo general la posible existencia de esquemas abusivos. Sin embargo,

esta simetría no se acerca o aproxima, a menudo, a la perfección. Si bien la mayoría de las cuestiones controvertidas surgen en operaciones transfronterizas (debido a la existencia de diferentes tipos impositivos nacionales), al menos en Alemania la anterior afirmación es cierta y, por tanto, se plantean situaciones conflictivas, incluso ante una operación puramente doméstica o nacional, en particular en relación al Abgeltungssteuer.

### **3.2. Imposición del 25% sobre las rentas del capital (Abgeltungssteuer).**

El denominado Abgeltungssteuer se introdujo en Alemania el 1 de enero de 2009 y en virtud del mismo se impone una carga fiscal del 25% sobre los ingresos privados procedentes del capital, § 32 d LIR<sup>9</sup>. Este impuesto (más los recargos de hasta un 3%) se aplica con independencia de cualquier gravamen que recaiga sobre el beneficiario (como gastos de negocio o la compensación de pérdidas en ejercicios posteriores) y se recauda por el sector bancario. Como consecuencia de su aplicación, el contribuyente ya no se encuentra obligado, por lo general, a incluir las rentas de capital en su declaración personal del impuesto sobre la renta.

Por sí sola, esta tributación reducida (en comparación con el tipo de gravamen de hasta el 45 % aplicable en Alemania en el Impuesto personal sobre la renta) del 25%, tanto de los dividendos, por un lado, como de los ingresos procedentes de intereses, de otro, puede estar justificada. Con respecto a la remuneración de los valores negociables (los ingresos procedentes de los dividendos) este tipo impositivo reducido del 25% toma en consideración que tales dividendos ya han sido gravados a nivel de la sociedad distribuidora. Si consideramos que los beneficios de la sociedad han sido gravados al 30% por los Impuestos sobre sociedades y sobre actividades económicas, y añadimos la imposición del 25 % sobre los ingresos percibidos en concepto de dividendos (los 70 restantes), todo ello

---

<sup>9</sup> § 32d LIR.

determina una carga fiscal del 47.5 % que se sitúa próxima al 45% mencionado anteriormente. Con respecto a la remuneración de la deuda (los ingresos procedentes de intereses), la tarifa reducida viene a reconocer que una parte significativa de dichos ingresos de intereses nominales no son generalmente un ingreso "real", sino que viene a compensar únicamente la inflación. Con un tipo de interés del 6% y de inflación del 3%, la tributación del 25% de 60, en realidad, determina una carga fiscal del 50% sobre el beneficio "real" en su valor neto, esto es, ajustando el ingreso por efecto de la inflación que asciende a 30.

Sin perjuicio de que la tributación del 25 % de dividendos y de los ingresos procedentes de intereses puede ser fácilmente justificada por sí misma, la combinación de ambas tiene en cuenta además las estructuras abusivas, incluso en el ámbito puramente nacional. Ello obedece, en primer lugar, a que el pago de intereses no ha sido sometido a imposición a nivel de la sociedad, mientras que el pago de dividendos sí; y, en segundo lugar, a que la financiación por medio de préstamos o de capital cuando nos encontramos ante sociedades vinculadas puede ser muy fácilmente sustituible entre sí. Para hacer frente a esta situación, el legislador fiscal alemán fue bien aconsejado al limitar el ámbito de aplicación del tipo impositivo del 25% al pago de intereses efectuado a terceros (no entre sujetos vinculados, por tanto). De este modo, los intereses sobre un préstamo otorgado por un socio del 10% se gravan al tipo de gravamen ordinario del Impuesto sobre la renta (de hasta el 45%)<sup>10</sup>.

### **3.3. Ninguna retención en origen sobre los pagos de intereses de salida.**

En Alemania, al igual que se supone en todos los países de la OCDE<sup>11</sup>, hay una falta de simetría entre la deducción de intereses a nivel del pagador de los mismos y la retención practicada en nombre del beneficiario. En general,

---

<sup>10</sup> § 32d(2) LIR.

<sup>11</sup> En EE.UU., por ejemplo, Sec. 871(h) y Sec. 881(c) dispone que los intereses de cartera no estarán sujetos a retención.

dejando al margen las normas de subcapitalización y cualesquiera otras disposiciones antielusivas, el pago de intereses a bancos extranjeros o a los titulares de obligaciones resultan deducibles a nivel del pagador de los mismos (intereses a terceros). Los pagos de intereses de salida, además, no están sujetos a retención. De este modo, los pagos de intereses a los titulares de bonos u obligaciones localizados en paraísos fiscales (como los fondos de cobertura domiciliados en las Islas Caimán) o los fondos de pensiones estadounidenses (generalmente exentos de tributación) no conllevan ninguna carga fiscal –son deducibles a nivel del pagador y no se encuentran sometidos a gravamen a nivel del beneficiario de los mismos-.

En ciertas circunstancias, la falta de imposición a nivel del beneficiario (unido a la ausencia de retención en este caso) tiene sentido. Puede existir un fondo de cobertura localizado en un paraíso fiscal que incurra en tantos gastos empresariales (por ejemplo, de financiación de la inversión en obligaciones) como reciba igualmente pagos de intereses. Conforme al principio de beneficio neto, los "ingresos" por intereses de tales fondos de cobertura no debería ser sometidos a tributación (retención). Además, los pagos de intereses efectuados a fondos de pensiones exentos serán eventualmente gravados en el futuro cuando dichos fondos se distribuyen a los jubilados, ya que el pago de las pensiones está plenamente sujeta al impuesto.

La mencionada falta de simetría también se produce en otros muchos casos que dan lugar a ciertas oportunidades de planificación fiscal. Ahora bien, en el supuesto de que Alemania o algún otro país de la OCDE deseara poner fin a esta situación mediante el establecimiento de una retención en origen no sólo respecto de los intereses pagados a los titulares de deuda interna, sino también en relación a los pagos de intereses de salida, dicho país en cuestión no sería totalmente libre de hacerlo así. En efecto, en primer lugar, dentro del Mercado común, el establecimiento de cualquier retención a los pagos efectuados entre dos filiales vinculadas y localizadas en diferentes Estados miembros se encuentra prohibido por el Derecho comunitario derivado, en particular por el artículo 1 (1) de la Directiva del Consejo

2003/49/CEE<sup>12</sup>. Si, por ejemplo, una sociedad financiera neerlandesa emite bonos al público y con las cantidades recaudadas concede préstamos a una empresa asociada alemana, la Directiva 2003/49/CE impide a Alemania el establecimiento de una retención sobre los pagos de intereses de salida que la filial alemana abonará a la sociedad neerlandesa. A menos que los Países Bajos (y el resto de Estados miembros de la Unión Europea) decidan practicar una retención sobre los pagos de intereses de salida, Alemania no podrá en la práctica exigir esta retención en origen sobre los intereses pagados a sujetos extranjeros.

En segundo lugar, en Alemania (y en casi todos los países de la OCDE) una densa red de convenios fiscales, diseñados conforme a lo dispuesto en el Modelo de Convenio de la OCDE, obstaculiza el establecimiento de retenciones sobre los intereses de salida (obviamente "únicamente" respecto de los inversores que puedan beneficiarse de las ventajas del Convenio en cuestión). El artículo 11 del Modelo de Convenio de la OCDE<sup>13</sup> (y el del Modelo de Convenio de EEUU también<sup>14</sup>) prevé, como un derecho exclusivo del Estado de residencia, la sujeción a imposición de los pagos de intereses, no dejando espacio alguno al establecimiento de una retención por parte del Estado de la fuente.

En tercer lugar, y quizá sea éste el argumento más relevante, el establecimiento de una retención a aplicar sobre los intereses de salida no parece viable desde un punto de vista económico. Mientras que haya otras alternativas de inversión (libres de retención en origen), una empresa localizada en un país que practica una retención sobre los pagos de intereses de salida tendrá probablemente más problemas para recibir fondos suficientes y eficientes en términos de coste en los mercados internacionales de deuda (lo cual sería también presumiblemente cierto para el propio país con respecto a las obligaciones y bonos ofrecidos en otros Estados que no prevén esta retención en origen). ¿Por qué decidiría

---

<sup>12</sup> Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas e diferentes Estados miembros.

<sup>13</sup> Art. 11 del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición de la OCDE.

<sup>14</sup> Art. 11 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de EEUU.



un inversor optar por una tasa de rendimiento o de rentabilidad que se verá reducida como consecuencia de la aplicación de una retención a cuenta, cuando puede encontrar otros instrumentos de deuda en relación a los cuales el pago de intereses no se encuentra sometido a dicho gravamen?

Resumiendo, la práctica seguida desde hace tiempo por parte del Estado de la fuente de no someter a gravamen el pago de intereses probablemente no encuentre, a corto y medio plazo, otra alternativa que resulte viable, tanto por razones jurídicas como económicas. De este modo, la asimetría entre la deducibilidad y la ausencia de retención en las operaciones transfronterizas seguirá planteando grandes desafíos para todos los legisladores fiscales.

### **3.4. Un concepto alternativo: ajuste por deducción de capital.**

Un enfoque alternativo en la tributación de la renta podría resolver este problema de simetría. En un sistema de tributación de la renta que no cargue la tasa normal de rendimiento del capital, como por ejemplo la tasa de rentabilidad sin riesgo (que es la mera compensación por la transformación del consumo presente en la futura remuneración), el que no se contemple la imposición de los ingresos procedentes de intereses sería inherente al propio sistema. En consecuencia, no se produciría una falta de correspondencia entre la deducibilidad fiscal a nivel del pagador y la falta de imposición a nivel del beneficiario. Por lo tanto, la ausencia de retenciones sobre los pagos de intereses de salida no causaría ninguna asimetría dentro del sistema, sino que, más bien al contrario, sería en realidad un requisito necesario para proporcionar dicha simetría.

La idea de política fiscal que subyace en el reconocimiento de una posible deducción de capital es que los ahorros derivan de ingresos que ya han sido gravados. El someter a tributación el rendimiento de una inversión, que ha sido realizada con las rentas disponibles después de su tributación, supondría una carga fiscal adicional sobre aquellos contribuyentes que ahorran dinero con respecto de aquellos otros que lo consumen o gastan inmediatamente.

El debate en la doctrina fiscal acerca de si la tributación de las rentas derivadas de la participación en fondos propios de una entidad causa una "doble imposición" se ha mantenido durante más de cien años<sup>15</sup>. Este artículo sólo pretende advertir que una deducción realizada al gravar las rentas del capital se desharía de la asimetría causada por la ausencia de retenciones sobre los intereses de salida. En el contexto comercial, una desgravación en la tributación de las acciones o valores de renta variable no sólo tendría en cuenta una deducción de los pagos de intereses, sino que también una deducción de las acciones consignadas en el balance fiscal multiplicado por el rendimiento sin riesgo de, por ejemplo, un 3 %. Si éste fuera el caso, ni el pago de intereses ni de dividendos (en la medida en que no excedan de la tasa de rendimiento normal) serían gravados a nivel del pagador. Dado que ninguno de ellos sería igualmente gravado a nivel del beneficiario, no habría asimetría que pudiese ser utilizada con un objetivo de planificación fiscal.

Por otro lado, a la vista de la ausencia de retención sobre los pagos de intereses de salida, la única alternativa posible para establecer una simetría en este aspecto parece ser la negación de la deducción fiscal en relación a todos los gastos realizados en concepto de intereses. De este modo, el pago de intereses y de dividendos recibiría el mismo tratamiento fiscal a nivel del pagador de los mismos; ninguno de los dos sería deducible. Ahora bien, negar la deducción de todos los gastos por intereses violaría el principio de capacidad económica que goza, al menos en Alemania, de protección constitucional<sup>16</sup> (como se recoge en el derecho constitucional a la igualdad de trato, art. 3 (1) de la Constitución alemana<sup>17</sup> (Grundgesetz)). Dado que muchos países no están dispuestos probablemente a negar todas las deducciones de intereses (o incluso aunque lo desearan, no estarían en

---

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, *Joachim Lang*, Taxing Consumption from a legislative point of view, en *Manfred Rose* (Ed.), Heidelberg Congress on Taxing Consumption, Heidelberg 1990, página 273.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema alemana (*Bundesverfassungsgericht*) de 12 de diciembre de 2008, 2 BvL 1/07 (referente a los gastos de desplazamiento de los trabajadores/empleados).

<sup>17</sup> Art. 3(1) CA.

condiciones de hacerlo desde una perspectiva constitucional) ni están a favor del reconocimiento de la plena deducción de capital (y, por tanto, de la deducción de los pagos efectuados en concepto de dividendos), los legisladores fiscales deberán seguir haciendo frente a los retos derivados de la falta de simetría en la tributación de la deuda y del capital, especialmente en el caso de operaciones transfronterizas. La cuestión subyacente es siempre que el interés se grava en unos países a tipos inferiores que en otros. Esto posibilita el arbitraje fiscal, en particular mediante la subcapitalización y la sobrecapitalización; cuestiones que se tratan en los apartados IV y V siguientes.

#### **4. Thin cap en Alemania.**

##### **4.1. Préstamos entre sujetos vinculados (§ 8 a LIS redacción anterior).**

El escenario fiscal que se aborda con las disposiciones de subcapitalización es bastante simple. Con el objetivo de crear una deducción interna de intereses (a efectos de reducir los beneficios imponibles) en una jurisdicción en la que se aplica un tipo impositivo más alto, una sociedad matriz extranjera (o una sociedad vinculada) otorga un préstamo transfronterizo a una filial nacional. Dado que los préstamos de un socio, de una parte, y el capital, de otra, son intercambiables en gran medida desde un punto de vista jurídico y económico, los gastos por el pago de intereses internos podrían ser incrementados en este caso de una manera arbitraria, si no existiese un mecanismo legal de defensa frente a este posible comportamiento de las sociedades.

En un principio, las autoridades fiscales alemanas trataron de hacer frente a situaciones abusivas de subcapitalización acudiendo a la norma general de lucha contra el fraude fiscal contenida en el § 42 del Código Fiscal alemán<sup>18</sup>. Ahora bien, el Tribunal Fiscal Federal determinó que un contribuyente, no

---

<sup>18</sup> § 42 CF.

sólo en relación a las operaciones de endeudamiento con terceros, sino que también en el contexto de un préstamo procedente de un socio, es libre de financiar sus actividades empresariales acudiendo a deuda (préstamos) o por medio de capital (acciones) (incluyendo las operaciones de deuda concertadas con entidades vinculadas)<sup>19</sup>. Con el objetivo de evitar que los beneficios de una filial alemana que pertenece a una matriz extranjera sean devorados de manera inadecuada por los pagos de intereses transfronterizos derivados de préstamos concertados con sus socios, se incorporó en 1994 el § 8 bis en la LIS, que se encontraba inspirado en la legislación fiscal de otros países que tenían normas similares de subcapitalización<sup>20</sup>. La idea que subyacía en esta norma era que, si los intereses pagados entre partes vinculadas superaban un determinado nivel (por ejemplo, si los préstamos procedentes de los propios socios superaban el 150 % del capital social), se correspondían realmente a una asignación artificial de capital y deuda dentro de un grupo societario y, en consecuencia, no se consideraban deducibles.

#### **4.2. Limitación de la deuda procedente de terceros (§ 4 h LIR, § 8 a LIS redacción actual).**

Desde 2008, Alemania no sigue la práctica "comercial" internacional en relación a las normas de subcapitalización. A diferencia de las normas que limitaban su ámbito de aplicación a las operaciones entre partes vinculadas, las normas alemanas actuales se aplican a todos los gastos de intereses, independientemente de que deriven, o no, de préstamos de socios o de instrumentos de deuda concertados con terceros.

---

<sup>19</sup> Véase BFH de 5 de mayo de 1992 (I R 127/90), BStBl. II 1992, 532.

<sup>20</sup> Como consecuencia de la reacción del legislador alemán a la Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, C-324/00, Lankhorst-Hohorst [2002] ECR 2002 I 1179, la normativa de subcapitalización se aplica también a las operaciones realizadas en el ámbito nacional que se efectúen. Dado que no existen diferencias en los tipos impositivos a aplicar dentro de un mismo país, carece de sentido adoptar disposiciones fiscales referidas a la financiación de las operaciones intersocietarias nacionales.

**a) Deducción total de intereses a menos que el capital se sitúe por debajo del promedio del grupo.**

Técnicamente, las nuevas normas alemanas de limitación de los intereses (las denominadas Zinsschranke) operan de la siguiente manera: en general, los gastos en concepto de intereses (tanto por préstamos procedentes de terceros como de sociedades vinculadas) son deducibles siempre que no excedan del 30 % del margen bruto de la explotación, esto es, de la renta nacional de los contribuyentes antes de tomar en consideración los intereses, los impuestos, la depreciación y la amortización (lo que se conoce como EBITDA; acrónimo que emplearemos en adelante). Ahora bien, esta limitación del 30 % del EBITDA no se aplica a menos que el coeficiente de fondos propios de las actividades comerciales internas de un contribuyente sea inferior al coeficiente de fondos propios del grupo empresarial al cual pertenece dicho contribuyente (la denominada cláusula de salvaguardia del capital). (Además, no existen restricciones a la deducción de intereses (i) siempre que no excedan de 3 millones de euros anuales o (ii) el contribuyente no forme parte de un grupo de sociedades (y permanezca, por tanto, al margen del ámbito de aplicación de la denominada cláusula de garantía del capital).

Para comprender conceptualmente cómo operan estas reglas de limitación de intereses, puede ser útil invertir el lenguaje del legislador. De este modo, la regla general es que los gastos por intereses son plenamente deducibles. Hay una excepción a esta regla general de plena deducibilidad en el caso de que la ratio de capital de las actividades empresariales internas esté por debajo de la media del grupo. En este último caso, el contribuyente sólo podrá deducir los gastos por intereses hasta el 30 % del margen bruto de su actividad (EBITDA).

Estas nuevas disposiciones de la limitación de intereses en Alemania han sido criticadas de manera amplia y severa, y sobre todo, discutidas válidamente (entre otras razones, por la no limitación de intereses entre partes vinculadas; por su carácter demasiado complicado; la referencia a

las NIIF, etc.). La idea de denegar la deducción total de intereses en el caso de que el capital nacional de un contribuyente esté por debajo del promedio del grupo, sin embargo, puede justificarse desde la política fiscal y atendiendo a razones de imparcialidad. No es absurdo suponer que un coeficiente de fondos propios por debajo del promedio del grupo puede estar motivado e impulsado por motivos fiscales. Dado que el capital y la deuda dentro de un grupo societario son jurídica y económicamente intercambiables, ¿por qué un grupo societario va a contar en un determinado país con menos capital del promedio localizado en otros países, si no es por motivos puramente fiscales?

Un ejemplo podría ilustrar esta idea: supongamos un grupo empresarial multinacional con una ratio de fondos propios del 100%, sin ninguna deuda externa. Si la filial nacional de un grupo empresarial libre de cargas reclamase ahora una deducción significativa de intereses en Alemania, no se podría recriminar al inspector local que cuestione el carácter apropiado de tal deducción de intereses.

**b) Limitación del 30 % del margen bruto de la actividad como una regla “de minimis”.**

Es un error conceptual, sin embargo, negar la deducibilidad de todos los gastos por intereses en el caso de que el coeficiente de capital propio nacional sea inferior a la media del grupo empresarial. Ello es así porque los gastos por intereses sólo pueden ser razonablemente asumidos para ser utilizados fiscalmente en la medida en que se refieren a una deuda superior al promedio de endeudamiento del grupo. En consecuencia, los intereses por préstamos hasta el promedio de endeudamiento del grupo deberían ser deducibles.

La regla del 30 % EBITDA, sin embargo, proporciona un efecto de equilibrio en relación con esta deficiencia conceptual. Ello es debido a que permite la deducción de algunos gastos por intereses a pesar de que las operaciones internas de los contribuyentes se financian con menos capital que el

promedio del grupo. En vista de ello, parece justo decir que la limitación del 30 % EBITDA se caracteriza como una regla “de minimis”, ya que permite una deducción de intereses aunque el contribuyente no supere la que podríamos denominar prueba de capital.

En resumen, en el contexto de la thin cap (en relación con las multinacionales extranjeras con filiales alemanas), tanto la anterior como la nueva versión de la normativa alemana que limita la deducción de intereses en el caso de que éstos sean excesivos en relación a las ganancias puede justificarse desde un punto de vista de la política fiscal (no obstante, conviene puntualizar en relación a la nueva normativa que la anterior afirmación es válida siempre que no se imponga al grupo extranjero la carga administrativa excesiva en el sentido de tener que probar, en cuanto al endeudamiento de una entidad vinculada, su carácter dañoso o perjudicial en el sentido del § 8ª (3) CIT<sup>21</sup>). Ello obedece a que este conjunto de normas no deja de tomar en consideración posibles esquemas de comportamiento de las empresas justificados exclusivamente por motivos fiscales. Mientras que la antigua versión del régimen de subcapitalización sólo se aplicaba a los préstamos de socios que tuviesen, de por sí, un carácter potencialmente abusivo, el alcance del régimen actual se limita, al menos en teoría, a los contribuyentes que llevan a cabo sus operaciones alemanas con menos capital que el que podría considerarse adecuado atendiendo al promedio del grupo.

## **5. Fat Cap en Alemania.**

### **5.1. Normativa referente a las Sociedades Extranjeras Controladas (SEC).**

Como se ha indicado, los grupos societarios extranjeros pueden reducir en la generalidad de los casos la carga fiscal que pesa sobre sus beneficios nacionales mediante la asignación, en función de sus necesidades, de los

---

<sup>21</sup> § 8a LIS.

gastos por intereses (derivados de préstamos de socios). A esta situación trata de hacerse frente con las normas relativas a la subcapitalización. Ahora bien, los grupos societarios domiciliados en Alemania pueden actuar del siguiente modo, siguiendo un esquema de planificación fiscal denominado generalmente como de fat cap (sobrecapitalización), con el objetivo final de reducir igualmente su carga fiscal:

Una empresa matriz alemana establece una filial en un país con un nivel bajo de imposición. La baja (o nula) tributación de la filial propicia que ésta pueda devolver los fondos recibidos a Alemania bajo la forma de concesión de un préstamo a la sociedad matriz. En este caso, si no se adoptan medidas legislativas, la matriz alemana podría reducir su base imponible casi indefinidamente generando artificialmente gastos en concepto de intereses. Estos pagos de intereses estarían sujetos a una baja (o nula) tributación en el Estado de residencia de la filial. Además, las ganancias correspondientes obtenidas por la filial podrían reintegrarse en Alemania gozando de una baja tributación como consecuencia de la aplicación del régimen de exención del 95 % de los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes (el conocido como participation exemption) previsto en el § 8b (2) LIS<sup>22</sup>.

Para hacer frente a estas estructuras o esquemas de sobrecapitalización, Alemania introdujo en la década de los setenta normas referentes a las sociedades extranjeras controladas (SEC), muy similares a las existentes en otros países de la OCDE, por ejemplo, en los Estados Unidos desde la Administración Kennedy. La idea a la que responden estas normas es la de "levantamiento del velo societario", a efectos fiscales, en caso de (i) que nos encontremos ante una jurisdicción con una baja tributación, (ii) con predominio de ingresos pasivos, y (iii) la mayoría de los socios nacionales. Si resulta aplicable la normativa de SEC alemana (§ 7 de la Ley del Impuesto de los No Residentes –en adelante, LINR-<sup>23</sup>), se procederá al gravamen de los ingresos por intereses de las filiales extranjeras como si

---

<sup>22</sup> § 8b(2) LIS.

<sup>23</sup> § 7 LINR.



fuesen realizados directamente en Alemania, sin ningún tipo de diferimiento.

Ahora bien, al igual que en el resto de Estados miembros de la UE, la normativa alemana sobre SEC ha de resultar conforme a las libertades económicas fundamentales proclamadas en el Tratado CE. Desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) referente al asunto Cadbury Schweppes<sup>24</sup>, el § 7 LINR sólo se aplica dentro del Mercado común en los casos de ausencia de fundamento<sup>25</sup>. En cualquier caso, la barrera o limitación de intereses también ayuda a prevenir los posibles esquemas de sobrecapitalización.

## **5.2. Limitación de intereses en las operaciones de endeudamiento con terceros (§ 4h LIR, § 8a LIS redacción actual).**

Un ejemplo puede ilustrar cómo la limitación o barrera de intereses puede servir para hacer frente a escenarios de sobrecapitalización.

Supongamos una matriz alemana que financia todas sus operaciones alemanas con tanto capital como el del grupo al que pertenece. En teoría, dado que la ratio de capital de la sociedad matriz alemana y del grupo en su totalidad coincide, la matriz alemana debería poder deducir todos sus gastos por intereses generados en Alemania. Si este grupo societario estuviese planeando una operación de sobrecapitalización (por ejemplo, otorgando a una filial localizada en un territorio de baja o nula tributación financiación suficiente, cediéndole para ello el capital correspondiente que posteriormente recuperará la matriz alemana a través de un préstamo intersocietario que le concederá dicha filial), la sociedad matriz perderá en tal caso su derecho a reducirse la totalidad de los gastos generados en concepto de intereses. Ello se debe a que la ratio de fondos propios o de capital correspondiente a las operaciones comerciales nacionales disminuiría mientras que la ratio de fondos propios o de capital del grupo en su

---

<sup>24</sup> STJCE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 Cadbury Schweppes [2006] ECR I-07995.

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, *Jens Schoenfeld*, en *Flick/Wassermeyer/Baumhoff* (Ed.), *Ley del Impuesto sobre los No Residentes*, antes del §§ 7-14 nota 261.

totalidad se mantiene inalterado o sin cambios. Debido a la consolidación, un préstamo interno dentro del grupo societario no produce ningún efecto sobre el nivel de endeudamiento total del grupo en su conjunto. Como consecuencia de la aplicación de la normativa que reacciona frente a estas operaciones de sobrecapitalización, la deducción por intereses de la sociedad matriz se limita al 30 % de su EBITDA nacional.

## **6. Financiación de las multinacionales localizadas en Alemania en ausencia de Thin Cap y de Fat Cap.**

### **6.1. No aplicación de la cláusula de salvaguardia del capital en la práctica (reducción de los costes de adquisición también en relación a las filiales extranjeras).**

Mientras que las nuevas normas de limitación de los intereses pueden tener algunas ventajas en relación a las estructuras de thin cap y de fat cap (o, por lo menos, son justificables en este sentido), sus efectos pueden ser devastadores en relación a los grupos societarios multinacionales cuya sede se sitúa en Alemania y que despliegan funciones de financiación "plain vanilla" (opciones financieras o de compra europeas y americanas) respecto de las operaciones empresariales de sus filiales nacionales y extranjeras.

La razón es que estos contribuyentes nacionales están en teoría –aunque no en la práctica- englobados dentro de la normativa referida a la cláusula de garantía del capital en la que se permite una deducción ilimitada de los gastos por intereses siempre que no exista un coeficiente de fondos propios inadecuadamente bajo en Alemania. En realidad, prácticamente todos los grupos societarios multinacionales con matriz situada en Alemania ven limitadas sus deducciones en concepto de intereses al 30 % de su EBITDA nacional<sup>26</sup>. Por su parte, las multinacionales extranjeras pueden demostrar

---

<sup>26</sup> En la medida en que la nueva normativa italiana de limitación de intereses no adopta medidas para un teórico aseguramiento del capital (véase el § 96 de la normativa del Impuesto sobre la Renta referente a la Consolidación fiscal), la misma afirmación podría realizarse para las empresas italianas.

a las autoridades fiscales alemanas que tienen derecho a una deducción total de intereses en el caso de que lleven a cabo una financiación de capital adecuada de su actividad empresarial desarrollada en Alemania. El resultado, como puede apreciarse, es que las multinacionales alemanas son claramente discriminadas por comparación a sus homólogas extranjeras.

Este resultado es particularmente sorprendente si se toma en consideración que antes de 2008 las multinacionales alemanas no se veían afectadas por la normativa que restringe la deducibilidad de intereses si éstos son excesivos respecto de las ganancias (al igual que las multinacionales extranjeras no se encuentran aún bajo el ámbito de aplicación de la normativa que sobre esta materia se prevé en sus respectivos Estados de residencia). Sólo las filiales alemanas de multinacionales extranjeras (sin incluir aquellas cuya matriz obviamente se sitúe en Alemania) suelen tener generalmente socios cualificados extranjeros que puedan reducir (acudiendo, por ejemplo, a préstamos de accionistas) su base imponible nacional.

La razón por la cual se impide a las multinacionales alemanas que hagan uso de la cláusula de aseguramiento del capital (y, en consecuencia, de la deducción ilimitada de intereses) es el mecanismo previsto en el § 4h (2) (c) (5) LIR<sup>27</sup>. Conforme a esta disposición, los fondos propios nacionales, según el significado que se les atribuye en relación a la mencionada cláusula, han de reducirse por el valor contable de las filiales extranjeras. Esta reducción deja a muchas sociedades con base en Alemania aritméticamente sin capital, y en casi todos los casos (lo cual resulta bien conocido por las autoridades fiscales alemanas) con una ratio de capital propio nacional que no alcanza el coeficiente del grupo.

Estos extraños efectos pueden ser ilustrados con el siguiente ejemplo. Supongamos una sociedad matriz alemana (D-GmbH) con una ratio de fondos propios de 40 y de nivel de endeudamiento de 60. Los activos de D-GmbH consisten en una participación del 100 % en la sociedad extranjera T-Corp y en inmovilizado material (maquinaria), teniendo cada uno de ellos

---

<sup>27</sup> § 4h(2)(c)(5) LIR.

un valor contable de 50. La sociedad T-Corp tiene un nivel de endeudamiento mucho mayor (del 80 % en contraposición al 40 % de D-GmbH). El valor de las máquinas (250) se financia del siguiente modo: 200 mediante deuda y 50 por medio de acciones. La ratio de fondos propios del grupo consolidado es, por tanto, del 13%.

Se podría pensar, en principio, que D-GmbH no tiene ningún problema para acogerse a la normativa de salvaguardia del capital, y por tanto, para reducirse la totalidad de los intereses. El coeficiente de fondos propios de D-GmbH no es sólo superior a la de su filial extranjera (40 % frente a 20%), sino que también supera la ratio de fondos propios del grupo consolidado (40% frente a 13%). Ahora bien, como consecuencia de la reducción del valor contable, la ratio de fondos propios de D-GmbH desciende aritméticamente por debajo de cero. En efecto, 40 de fondos propios menos 50 de valor contable referente a T-Corps da como resultado imenos diez de fondos propios!. Este porcentaje es inferior al 13 % de promedio de fondos propios del grupo societario y determina que D-GmbH quede fuera de la deducción plena de intereses. D-GmbH sólo puede deducir el 30 % de EBITDA, aunque sus operaciones nacionales se financian con más capital propio que el correspondiente al grupo y a sus operaciones extranjeras.

Las multinacionales extranjeras no se ven afectadas, al menos de manera automática, por la reducción del valor contable. Ello obedece a que un grupo multinacional extranjero –cuya matriz no se sitúe en Alemania- no tiene por qué mantener necesariamente sus participaciones dentro de Alemania. Es más, una estructura grupal constituida por una sociedad dominante extranjera-matriz alemana y filial extranjera parece ser poco común (y tal vez venga motivada exclusivamente por razones fiscales).

Vale la pena observar que la participación de una sociedad alemana no perjudica a efectos de la limitación de intereses. Conforme al § 15 (1) (3) LIS<sup>28</sup>, todos los miembros de un grupo consolidado (Organschaft) son considerados como una única empresa o negocio a efectos de la aplicación de la limitación de intereses. Ya que el grupo en su conjunto es considerado

---

<sup>28</sup> § 15(1)(3) LIS.

para ser consolidado a efectos de la aplicación de la cláusula de aseguramiento del capital, no hay valor contable que pueda deducirse de los fondos propios de la sociedad matriz. Como solamente las filiales nacionales pueden formar parte de un grupo fiscal consolidado en Alemania (poniendo en común los beneficios y las pérdidas), se plantea un grave problema desde el perfil del Derecho comunitario. La referida cláusula parece ser claramente contraria a la libertad de establecimiento proclamada en el art. 43 del Tratado CE<sup>29</sup>. Mientras que la adquisición de una sociedad nacional (y posteriormente entrando a formar parte de un grupo a los efectos de compensar beneficios y pérdidas) no perjudica a los efectos de la aplicación de la barrera o limitación de intereses, la adquisición de una sociedad residente en un Estado miembro de la UE incide sobre los fondos propios de la matriz siendo reducidos 1:1 por su precio de adquisición y, por lo tanto, por su valor contable<sup>30</sup>.

Curiosamente, el legislador alemán en su momento no proporcionó ninguna justificación para esta disposición que contempla la reducción del valor contable. En la historia legislativa alemana<sup>31</sup>, no hay ningún comentario que se dedique a esta disposición que, desde 2008, impide a la práctica totalidad de los grupos multinacionales con base en Alemania el poder deducir todos los gastos en concepto de intereses en los que incurren (a menos que se incluyan en el ámbito de aplicación de la norma del 30 % de EBITDA). Esta sorprendente ausencia de razonamiento legislativo podría llevar a la conclusión de que las multinacionales con sede en Alemania no han sido privadas de buena gana de la oportunidad de pasar la prueba de capital. En realidad, tal error hasta podría ser considerado comprensible. Ello se debe a que la antigua versión del § 8<sup>a</sup> (4) LIS contenía una disposición conforme a la cual los fondos propios o capital de una sociedad matriz se reducían por el valor contable de sus filiales (incluidas las extranjeras). La anterior normativa referente a la thin cap, sin embargo,

---

<sup>29</sup> Art. 43 Tratado CE.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, *Stefan Köhler*, First Thoughts Regarding the New Interest Barrier Rules, *Deutsches Steuerrecht (DStR)* 2007, 597 (602); *Homburg*, The Interest Barrier – Tax Innovation Without Precedent, *Finanz-Rundschau (FR)* 2007, 717 (725).

<sup>31</sup> BT-Drucks. 16/4841.

establecía normas especiales en relación a las sociedades holding en el § 8 bis (4) LIS en su redacción anterior. Estas disposiciones mitigaron el efecto de la reducción del valor contable, que es, precisamente, lo que se reclama en relación a la actual redacción del art. 8 bis LIS. La existencia de normas bien diseñadas en relación a las sociedades holding y las sociedades matrices, como las que vamos a presentar en la siguiente sección, evitan la doble contabilidad en relación al capital nacional –demanda comprensible de las autoridades fiscales- sin que por ello se prive a la práctica totalidad de las multinacionales con base en Alemania de la posibilidad de acogerse a la cláusula de garantía del capital, lo cual resulta urgente y necesario.

## **6.2. Mecanismo de participación inspirado en la antigua redacción del § 8 a (4) LIS.**

Abstenerse de cualquier reducción del valor contable no es una opción viable para las normas que restringen la deducción de intereses si son excesivos con respecto a las ganancias y que se conectan de algún modo con los fondos propios. La razón es que si así fuese las deducciones por intereses casi podrían incrementarse indefinidamente siempre que nos encontrásemos ante una matriz que proporciona capital a una filial residente en ese mismo país, quien a su vez pasa dicho capital a una filial propia y así sucesivamente. Al final, todas estas sociedades, aunque forman parte de una cadena societaria, gozarían de beneficios fiscales en función de su capital (por ejemplo, con respecto a 1.5:1.0 capital – pasivo), aun cuando se trate del mismo capital que simplemente ha sido entregado de una sociedad a otra<sup>32</sup>.

Con el objeto de abordar este problema en “cascada”, la anterior normativa sobre restricción de la deducibilidad de intereses por exceder de las ganancias también contemplaba la reducción del capital propio del contribuyente por el valor contable de su participación. Establecía, no

---

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, *Norbert Herzig*, Thin Cap Regulations § 8ª CIT, Der Betrieb (DB) 1994, 168 (173).

obstante, una excepción a esta regla general cuando se tratase de una sociedad matriz cuyas filiales acordasen no hacer uso de sus fondos propios con un fin fiscal. Si la sociedad matriz no quería que sus participaciones se viesen reducidas por su valor contable, era necesario que sus filiales empleasen el 1.5:1.0 de capital – pasivo con fines de deducción de intereses, conforme al § 8 a(4) LIS en su redacción anterior.

La misma lógica puede emplearse en relación a la nueva normativa alemana de limitación de la deducibilidad de intereses. El capital propio de una matriz no debería reducirse por el valor contable de sus filiales a menos que dichas filiales tengan derecho por sí mismas a beneficiarse de la denominada cláusula de salvaguardia del capital. Si se cumple esta condición no puede haber una doble contabilidad del capital propio nacional. De lo anterior podemos inferir que una simple modificación de la normativa actual, partiendo para ello de la anterior versión de la LIS y, por lo tanto, de una práctica bien conocida por quienes aplican la normativa fiscal, provocaría que la nueva normativa sobre limitación de intereses fuese igualmente aplicable a las multinacionales con sede en Alemania.

Como alternativa a esta redacción inspirada en la antigua versión del § 8 bis (4) LIS, el Ministro bávaro de Hacienda propuso un enfoque similar<sup>33</sup>, que, al parecer, fue objeto de un intenso debate durante las negociaciones que concluyeron con la firma del Acuerdo de coalición de 26 de octubre de 2009<sup>34</sup>. En este acuerdo del nuevo Gobierno alemán se señala explícitamente: "Revisar la cláusula de salvaguardia del capital y permitir su aplicación a los grupos societarios con base en Alemania".

Por otra parte, incluso sin que se produzca ningún cambio legislativo, las autoridades fiscales deberían ser capaces de interpretar la normativa societaria en su redacción actual de manera que no se imposibilite a las multinacionales con sede en Alemania acogerse a la cláusula de salvaguardia de capital, y por tanto, a la deducción total de intereses. Como se afirmó correctamente en una Circular del Ministerio de Hacienda alemán

---

<sup>33</sup> Véase BT-Drucks. 16/12525.

<sup>34</sup> Véase Acuerdo de Coalición de 26 de octubre de 2009, firmado entre CDU, CSU y FDP, página 11 ("Escape-Klausel überarbeiten und für deutsche Konzerne anwendbar machen").

de 15 de diciembre de 1994<sup>35</sup> en relación a una disposición muy similar, las autoridades fiscales pueden razonablemente concluir que la reducción de capital propio por el valor contable de las participaciones recogida en el § 4h (2)(c)(5) se aplica únicamente a las filiales nacionales. Como sólo puede haber una doble contabilidad de fondos propios con respecto a las filiales nacionales, el “telos” de la normativa secundaria, sin duda, tal interpretación.

### **6.3. Ninguna justificación para la limitación del 30 % de EBITDA por un (supuesto) efecto exclusivamente temporal.**

Una mera limitación del 30 % del EBITDA sin la aplicación de la cláusula de salvaguardia de capital a las multinacionales por tener su sede en Alemania, es decir, una limitación de la deducción de intereses sin que exista una relación clara con operaciones que responden exclusivamente a motivos fiscales como puedan ser los préstamos concedidos por socios (normativa anterior en relación a la restricción de la deducibilidad de intereses que resultan excesivos respecto de las ganancias obtenidas), o un coeficiente nacional de endeudamiento interno por encima del promedio del grupo (normativa actual de limitación de la deducibilidad de los intereses) difícilmente puede justificarse desde el punto de vista de la política fiscal y también desde el punto de vista de la equidad. Por el contrario, dado que no tienen un carácter antielusivo, tal normativa de restricción de la deducibilidad de intereses en relación a las ganancias constituye una clara vulneración del principio neto, que puede considerarse un fundamento básico del principio de capacidad económica. Las necesidades que motivan que los contribuyentes financien sus actividades empresariales acudiendo al endeudamiento son tan diferentes (por ejemplo, están en función de la actividad empresarial desarrollada por el contribuyente, del perfil de riesgo de los inversores, o de las pérdidas y ganancias que haya experimentado en el pasado), que difícilmente pueden ser agrupadas en “apropiadas” o

---

<sup>35</sup> Véase la Circular del Ministerio Federal de Hacienda de 15 de diciembre de 1995, nota 90.



“inapropiadas” a efectos de la fijación de un porcentaje de su EBITDA. Ni la mera exención de las rentas de fuente extranjera ni de los dividendos puede justificar la negativa de la deducción de intereses en ausencia de cualquier comportamiento abusivo del contribuyente; aunque simplemente fuese porque tales ingresos no están libres de impuestos, sino que han sido objeto de gravamen en el exterior o a nivel de la sociedad distribuidora de los mismos.

En particular, el carácter (supuestamente) temporal de la negativa de deducción de intereses no presenta un vínculo antievasivo prescindible. Aún dejando a un lado el valor temporal del dinero, ello obedece a que en numerosos casos la negativa de deducción de intereses tendrá un carácter permanente, a pesar de que se reconozca la transferencia de la posible deducción de los mismos a los siguientes ejercicios. En primer lugar, las posibilidades de transferir a los períodos sucesivos no sobreviven a los posibles cambios que puedan producirse en la forma jurídica bajo la que se ejerce la actividad empresarial, como pueda ser, por ejemplo, una reorganización empresarial o un cambio de control. En segundo lugar, y lo que es más importante, no todos los diferentes tipos de negocio requieren un coeficiente de capital propio del 30 % como un requisito que grosso modo posibilite transferir a ejercicios futuros los intereses. Con un coeficiente de fondos propios del 10% o 20 %, se podría tener un negocio rentable, y al mismo tiempo no poder ser capaz de utilizar los intereses en los ejercicios sucesivos.

## **7. Impuesto alemán sobre Actividades Económicas y Derecho Comunitario.**

Conforme al § 8 No.1 de la Ley del Impuesto alemán sobre Actividades Económicas<sup>36</sup> (TTA), el 25 % de los gastos por intereses no son deducibles a los efectos de este impuesto, por resultar técnicamente integrados en la base imponible del mismo. Considerando un impuesto multiplicador medio

---

<sup>36</sup> § 8 No. 1 TTA.

con un tipo de gravamen del 14%, los gastos en concepto de intereses serían gravados al tipo del 3.5 %. El 27 de mayo de 2009, el Tribunal Fiscal Federal alemán<sup>37</sup> (Bundesfinanzhof) decidió remitir al TJCE una cuestión prejudicial acerca de si la mencionada disposición constituía una violación de la Directiva 2003/49/CE<sup>38</sup>.

La amplitud de los términos del art. 1 (1) de la Directiva 2003/49/CE en el que se indica que “los pagos de intereses estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos (ya sean recaudados mediante retención a cuenta o mediante estimación de la base imponible)”, nos permite concluir la vulneración que del mismo supone la disposición anteriormente mencionada. En consecuencia, la decisión que adopte el TJCE puede llegar a incidir (de manera amplia) sobre la normativa de subcapitalización que no se centra ya en meras estructuras abusivas.

No ha sido planteada por el Tribunal Fiscal Federal ante el TJCE una cuestión directamente relacionada con el Derecho comunitario originario. En relación a la financiación transfronteriza de las sociedades, podría considerarse que la integración en la base imponible del 25 % de los pagos por intereses constituye una vulneración de la libertad de establecimiento proclamada en el art. 43 TCE<sup>39</sup>. Ello se debe a que este mecanismo no se aplica ante una situación nacional o doméstica en el que una sociedad financiera alemana concede un préstamo a una filial suya (en caso de filiales alemanas, como es habitual, pueden acordar poner en común los beneficios y pérdidas a efectos fiscales)<sup>40</sup>.

Aunque en el escenario nacional anteriormente descrito pudiera llegar a aplicarse la mencionada disposición -esta vez a nivel de la sociedad financiera con respecto a sus gastos de refinanciación (por ejemplo, los

---

<sup>37</sup> BFH I R 30/08.

<sup>38</sup> Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa al régimen fiscal común aplicable a los pagos de cánones e intereses efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

<sup>39</sup> Art. 43 TCE.

<sup>40</sup> Conforme a la Sentencia del TJCE de 18 de septiembre de 2003, C-168/01, *Bosal* [2003] ECR I-9409, una mera restricción referente a la relación entre una filial nacional y otra extranjera es suficiente para considerarla una vulneración de las libertades económicas fundamentales en el marco del Tratado CE.

intereses sobre bonos emitidos en los mercados de obligaciones)-, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas podría, no obstante, concluir que existe una discriminación entre una sociedad financiera de otro Estado miembro y una sociedad alemana. Ello se debe a que la justificación basada en motivos de coherencia fiscal requiere normalmente que la comparación entre las desventajas y ventajas fiscales se efectúe a nivel de una persona jurídica en concreto (por oposición a dos entidades, aunque ellas formen parte de un mismo grupo societario)<sup>41</sup>. Además, si la filial alemana recibe la financiación para, por ejemplo, conceder un préstamo a sus empleados, podría considerarse una sociedad financiera conforme al significado del § 19(3) del Reglamento del impuesto sobre actividades económicas (*Gewerbesteuerdurchfuehrungsverordnung, GewStDV*), y por tanto, no se aplicará la disposición de integración de los pagos por intereses.

## 8. Conclusión.

En principio, los pagos por intereses son tan buenos como cualquier otro gasto derivado del ejercicio de la actividad empresarial desde el punto de vista de la capacidad económica y de su posible deducibilidad fiscal. Hay, sin embargo, una ausencia de simetría en relación a su tratamiento fiscal a nivel del pagador y del beneficiario, en particular, en las operaciones transfronterizas. Dado que continuarán existiendo las normas que no contemplan la práctica de retenciones sobre los pagos de intereses de salida (lo que parece inevitable tanto por razones jurídicas como económicas), y puesto que (para los socios) la deuda y el capital son fácilmente

---

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, la STJCE de 13 de diciembre de 2005, C-446/03, *Marks&Spencer* [2005], ECR I-10837, que después de la STJCE de 7 de septiembre de 2004, C-319/02, *Manninen* [2004], I-7477 había abogado por un concepto más amplio de coherencia. Véase asimismo Wolfgang Schoen, *Back to the Future – Thin Cap in the Light of ECJ Decisions, Internationales Steuerrecht (IStR)* 2009, 882 (885), quien argumenta a favor igualmente de un concepto más amplio de coherencia fiscal en relación a la normativa de subcapitalización.

intercambiables, resulta justificada en este contexto una normativa antiabuso.

En particular, la anterior afirmación resulta acertada cuando nos encontramos ante una operación intersocietaria efectuada por empresas localizadas en dos países muy dispares, uno de ellos con un alto nivel de presión fiscal y el otro con una baja o nula tributación. El derecho fiscal ha de hacer frente a los esquemas de subcapitalización y de sobrecapitalización, por ejemplo, limitando las deducciones de intereses derivados de préstamos de socios o terminando con el diferimiento en relación a las filiales situadas en territorios de baja tributación que tienen únicamente ingresos pasivos.

Desafortunadamente, Alemania llegó a la cima en esta cuestión (i) al prestar atención a los intereses de terceros y (ii) al mismo tiempo no tener que introducir un mecanismo de salvaguardia del capital. Como consecuencia, las multinacionales con base en Alemania difícilmente pasan la prueba de capital propio, o a la inversa, de endeudamiento neto, de modo que ven reducida la posibilidad de deducir los pagos por intereses a terceros incluso si sus fondos propios nacionales se sitúan por encima del promedio del grupo. Ello obedece a que el valor contable de una participación extranjera se deduce de los fondos propios nacionales a pesar de que no existe un riesgo de doble contabilización de tales fondos propios. Alemania necesita urgentemente modificar su normativa incorporando un nuevo tratamiento fiscal a los pagos por intereses, o, alternativamente, partiendo de la antigua normativa de subcapitalización y limitando en dicho caso su aplicación a los pagos de intereses entre entidades vinculadas. De lo contrario, los grupos societarios con sede en Alemania verán limitada la deducción por pagos de intereses por aplicación de la normativa del 30 % de EBITDA mientras que las multinacionales extranjeras no; lo cual constituye un resultado sorprendente que vulnera el principio de capacidad económica, a lo que se podría añadir que el mecanismo de integración de sólo el 25 % de los pagos por intereses en la base tributaria del Impuesto

sobre Actividades Económicas supone una vulneración del Derecho comunitario (tanto originario como derivado).