

## Neutralidad fiscal en la financiación de las empresas. El caso español

César García Novoa<sup>1</sup>

### 1. El principio de neutralidad.

El escenario de la globalización ha supuesto que los agentes económicos, tanto públicos como privados, hayan tenido que replantearse sus estrategias y comportamientos. Como dicen VALLEJO CHAMORRO-GUTIERREZ LOUSA<sup>2</sup>, “en el ámbito de lo público, los poderes públicos han tenido que replantearse tanto los postulados a los que sus políticas han de servir, como los instrumentos con que para ello cuentan. Así, se han ido abandonando posiciones más intervencionistas, en las que el Estado utilizaba activamente todos los instrumentos de política monetaria y fiscal que tenía a su disposición para actuar sobre el funcionamiento del mercado; el principio de redistribución e intervención de los poderes públicos se ha impuesto como consecuencia del cada vez mayor funcionamiento autónomo de la economía. Los poderes públicos han tenido, por tanto, que adaptarse a la idea de que su actuación debe orientarse al logro del funcionamiento eficiente de la economía, para lo que han de desplegar políticas neutrales”. Se habla de neutralidad en el sentido de no interferencia de la fiscalidad en la toma de decisiones de los operadores económicos, por ejemplo a la hora de colocar el ahorro o a la hora de decidir las formas de previsión social privada.

---

<sup>1</sup> César García Novoa es Catedrático de Derecho Tributario de la Universidad de Santiago de Compostela (España).

<sup>2</sup> VALLEJO CHAMORRO-GUTIERREZ LOUSA, M., “Los Convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes”, *Instituto de Estudios Fiscales, Documento nº 6*, 2002, pags. 14-15.

La neutralidad es así un principio que en los últimos tiempos se va abriendo paso, con pretensiones de erigirse en un "principio propio" en materia tributaria, es el principio de neutralidad impositiva. Con un lejano origen en el postulado de la "neutralidad distributiva" que en su momento había formulado J. STUART MILL, según el cual la imposición no debe modificar en nada la situación económico-financiera relativa de los contribuyentes, lo que viene a significar en la actualidad, como ha señalado NEUMARK, es que el impuesto no debe provocar distorsiones en la competencia, considerando a la misma como una institución "esencialmente trascendente para el orden económico"<sup>3</sup>. Pero para el propio NEUMARK, la neutralidad "correctamente interpretada" es una orientación de la política fiscal que aconseja no intervenir en los mecanismos competitivos del mercado allí donde exista una competencia aproximadamente perfecta. Si bien un escenario de competencia perfecta no es imaginable sí lo es un orden jurídico que contemple como valores a proteger por el derecho las libertades económicas.

En este sentido, el principio de neutralidad adquiere especial importancia en sectores del ordenamiento donde lo trascendental es una libre actuación económica, que se erigiría en valor trascendental, y donde la aplicación de determinados tributos supondría perturbar esa libre actuación económica, sobre todo en lo concerniente a la elección del territorio para llevar a cabo la inversión<sup>4</sup>. Especialmente importante es la regla de la neutralidad en lo concerniente al Derecho Comunitario europeo, que es un ordenamiento de libertades económicas y que tiene como objetivo proteger las "cuatro libertades fundamentales" – libre circulación de trabajadores (art. 39 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea<sup>5</sup>, tras la reforma por el de Ámsterdam), derecho de establecimiento (art. 48), libre circulación de servicios (art. 49) y libre circulación de capitales (art. 56) -.

---

<sup>3</sup> NEUMARK, F., *Principios de la imposición*, IEF, Madrid, 1974, pags. 316 y 317.

<sup>4</sup> LOPEZ ESPADAFOR, C.M., *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*, Monografía, MC Graw Hill, Madrid, 1995, 173.

<sup>5</sup> Tratado CE.

## 2. La neutralidad en el Derecho Comunitario Europeo.

En el ordenamiento comunitario europeo la neutralidad no es un principio propio. Es más bien una regla general, que tiene la función de un criterio interpretativo. Y se trata de una regla limitada a ciertos ámbitos de la normativa comunitaria. Hay dos casos muy claros donde la neutralidad tiene un papel importante en el Derecho Europeo. Así, en lo relativo a las operaciones de reestructuración el Preámbulo de la versión española de la Directiva 90/434/CEE<sup>6</sup>, dice que las *"fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros pueden ser necesarios para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y para garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común"* no debiéndose ver aquéllas *"obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros"*. Es esta "neutralidad" la que inspira el llamado *régimen de diferimiento*, que la Directiva 90/434/CEE<sup>7</sup> incluye como principio fundamental en la ordenación de las reestructuraciones empresariales<sup>8</sup>.

Pero en el caso de esta Directiva 90/434/CEE<sup>9</sup>, gira en torno a la implementación de un *beneficio* para las operaciones de reestructuración empresarial, construido a partir de un régimen opcional para el contribuyente llamado *régimen de diferimiento* el cual, a grandes rasgos, significa que no se exigirán las plusvalías (diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y el valor neto contable, en tanto los elementos transmitidos se valoran por su valor de mercado) que se generen como consecuencia de la transmisión de bienes y derechos con ocasión de las operaciones de reestructuración, ya que estos elementos patrimoniales conservarán el valor que tenían en la entidad transmitente, de manera que el gravamen de tales plusvalías se pospone hasta que,

---

<sup>6</sup> Directiva 1990/434/CEE.

<sup>7</sup> Directiva 1990/434/CEE.

<sup>8</sup> NAVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pags. 138 y 139.

<sup>9</sup> Directiva 1990/434/CEE.

eventualmente, los bienes sean enajenados”<sup>10</sup>. La Directiva recoge una regla de continuidad en la valoración, imponiendo además la continuidad en los criterios de determinación del resultado y facultando a que los Estados miembros permitan que las sociedades beneficiarias de las operaciones asuman las pérdidas de las sociedades transmitentes. En el Diario Oficial de la Unión Europea de 25 de Noviembre de 2009, se publica la Directiva 2009/133/CE<sup>11</sup>, del Consejo, de 19 de Octubre de 2009 por la que se aprueba un texto refundido sobre el régimen fiscal de fusiones y escisiones y en su art. 2,2, en la misma línea, se dice que “Las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros pueden ser necesarios para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y para garantizar así el buen funcionamiento de dicho mercado”. Dichas operaciones no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros, por lo que “es importante establecer para dichas operaciones unas normas fiscales neutras respecto de la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado interior, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional”.

La intención de la Directiva<sup>12</sup> no es otra que invocar la neutralidad para habilitar una medida como el diferimiento que exime del pago de tributos por las ganancias de capital puestas de manifiesto en una operación de reestructuración. Es decir, pretende habilitar un beneficio fiscal para propiciar en la Unión europea condiciones económicas y de competitividad iguales a las de un mercado interior. Se trata de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado interior, aumenten su

---

<sup>10</sup> CAAMAÑO ANIDO, M.A., “Comentarios al régimen jurídico de las operaciones de fusión empresarial y figuras afines”, *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, Yebra-García Novoa-López Díaz, Ed. Comares, Granada, 1998, pag. 342. La Directiva establece que la determinación de las correcciones valorativas y, en su caso, de las variaciones patrimoniales se efectúe “en las mismas condiciones en que la habrían realizado la o las sociedades transmitentes si no se hubiera llevado a cabo la fusión e escisión” ( art. 4, 2 de la Directiva 1990/434/CEE).

<sup>11</sup> Directiva 2009/133/CEE.

<sup>12</sup> Directiva 2009/133/CEE.

productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional. Lo que exige facilitar la adaptación de los operadores económicos a un entorno de competencia internacional. Para ello resulta imprescindible la neutralidad de los sistemas fiscales en relación con las operaciones de adaptación de las estructuras económico-societarias a ese entorno, evitando una penalización de las mismas. La neutralidad supone que la tasación no suponga un impedimento para la toma de decisiones empresariales tendentes a la realización de operaciones de reestructuración o reorganización empresarial<sup>13</sup>, pero está claro que el hecho de que no se cobren tributos como una consecuencia de una operación de reestructuración sí es un estímulo, por lo que la neutralidad, en relación con las operaciones de reestructuración sí favorece un determinado comportamiento económico al incentivar las operaciones de reestructuración.

Otro ámbito en el cual la neutralidad juega un papel primordial es, sin duda, en la definición del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). El modelo IVA se diferencia de los impuestos indirectos en cascada, en que el empresario sujeto al mismo queda completamente liberado de su carga económica, lo que se consigue con la deducción del IVA soportado. Ello es una consecuencia de la neutralidad, que se vincula de modo directo a la deducibilidad del impuesto soportado por quienes realicen operaciones sujetas y no exentas. La neutralidad de la carga fiscal es, por tanto, un rasgo definitorio del modelo IVA<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> SERRANO GUTIERREZ, A., "Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores", *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, IEF, Madrid, 2003, pag. 899.

<sup>14</sup> Así se han pronunciado multitud de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como Sentencias de 14 de febrero de 1985, As. 268/83, Rompelman; 21 de septiembre de 1988 (TJCE 1989, 31), As. 50/87, Comisión/República Francesa; 6 de julio de 1995 (TJCE 1995, 117), As. C-62/93, BP Soupergaz; 18 de diciembre de 1997 (TJCE 1997, 273), Asuntos acumulados C-286/94, C-340/95, C-401/95 y C-47/96, Molenheide y otros; 15 de enero de 1998 (TJCE 1998, 1), As. C-37/95, Ghent Coal Terminal; 21 de marzo de 2000 (TJCE 2000, 47), Asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa y otros; 8 de junio de 2000 (TJCE 2000, 126), As. C-98/98, Midland Bank plc; 8 de junio de 2000 (TJCE 2000, 125), As. C-396/98, Grundstücksgemeinschaft Schloßstraße GbR; 8 de junio de 2000 (TJCE 2000, 127), As. C-400/98, Brigitte Breitsohl; 19 de septiembre de 2000 (TJCE 2000, 198), Asuntos acumulados C-177/99 y C-181/99, Ampafrance SA; 19 de septiembre de 2000 (TJCE 2000, 199), As. C-454/98, Schmeink & Cofreth AG & Co. K y Manfred Strobel; 22 de febrero de 2001 (TJCE 2001, 58), As. C-408/98, Abbey National plc; 27 de septiembre de 2001 (TJCE 2001, 250), As. C-16/00, Cibo Participations SA; 8

El sistema común del IVA, como dice la sentencia del TJCE *Ghent Coal Terminal*, de 15 de enero de 1998, As. 37/1995<sup>15</sup>, “garantiza, por lo tanto, la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualquiera que sean los fines o los resultados de las mismas, a condición de que dichas actividades estén, a su vez, sujetas a IVA”.

En el ámbito de la Unión Europea, la normativa comunitaria reconoce también este derecho a la deducción. Y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha insistido en ese aspecto nuclear que tiene el derecho a la deducción en el régimen común del IVA. Así, la sentencia de 5 de mayo de 1982 (*Schul*, 15/81, Rec. 1982, p. 1409)<sup>16</sup>, dispone que “uno de los elementos de base del sistema del IVA consiste en que el IVA sólo se exige en cada transacción una vez que se ha deducido el importe del IVA que gravó directamente el coste de los diversos elementos integrantes del precio de los bienes y de los servicios...”. Y las sentencias *Ronpelman Aff.*, de 14 de julio de 1998 (Ass. 123 y 330/87)<sup>17</sup>, *Oro* de 5 de diciembre de 1989 (As. 165/88)<sup>18</sup> y *Genius Holding* de 13 de diciembre de 1989, As. 342/87)<sup>19</sup> insisten en que “un elemento básico del sistema del impuesto sobre el Valor Añadido consiste en que, en cada transacción, el IVA sólo es exigible hecha la deducción del importe de la cuota que ha gravado directamente el coste de los diversos elementos constitutivos del precio de los bienes y de los servicios”.

---

de enero de 2002 ( TJCE 2002, 2) , As. C-409/99, Metropol Treuhand Wirtschaftstreuhandgmb y Michael Stadler ; 3 de marzo de 2005 ( TJCE 2005, 57) , As. C-32/03, I/S Fini H y Skatteministeriet ; 26 de abril de 2005 ( TJCE 2005, 115) , As. C-376/02, Stichting «Goed Wonen» ; 26 de mayo de 2005 ( TJCE 2005, 143) , As. C-465/03, Kretztechnik AG ; 26 de mayo de 2005 ( TJCE 2005, 149) , As. C-536/03, António Jorge Lda. ; 15 diciembre 2005 (TJCE 2005, 411), As. C-63/04, Centralan Property Ltd. , y 21 de febrero de 2006, As. C-255/02, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd., County Wide Property Investments Ltd.

<sup>15</sup> As. C-37/95

<sup>16</sup> As. 15/81

<sup>17</sup> Ass. 123 y 330/87

<sup>18</sup> As. 165/88

<sup>19</sup> As. 342/87

### 3. Neutralidad y libertad de establecimiento en la Unión Europea.

Frente a ello las exigencias de neutralidad vendrían reforzadas por el juego de la libertad de establecimiento. La misma tiene efecto directo, como recordó la sentencia *Klopp*, de 12 de julio de 1984, as. C-107/83<sup>20</sup>. El Derecho Comunitario originario y, en concreto, el art. 43,2 del Tratado<sup>21</sup> describe el alcance del derecho como la posibilidad de acceder a actividades no asalariadas, así como la constitución y gestión de empresas y de sociedades. Para el TJCE (por todas, sentencia como *Avoir Fiscal*, de 28 de enero de 1986 (As. 270/83)<sup>22</sup> esta libertad tiene como objeto el establecimiento, y el mismo consiste en participar, de manera estable y continuada, en la vida económica de un Estado diferente al de origen, de tal manera que la libertad correspondiente comprende el ejercicio efectivo de una explotación por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro, con una duración indeterminada y sin limitación previsible. Y en concreto, la libertad de establecimiento abarcaría el derecho a fijar la sede central de la actividad o a establecer filiales, sucursales o establecimientos permanentes.

En concreto, y como dice la sentencia *Centros*, de 9 de marzo de 1999 (As. C-212/97)<sup>23</sup>, la libertad de establecimiento comprende el derecho a administrar y constituir empresas en las mismas condiciones que las definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales. La creación de una filial integra el derecho a la libertad de establecimiento del artículo 43 a 48 del Tratado de la Unión Europea<sup>24</sup>, como ha reconocido la sentencia *Daily Mail* de 27 de septiembre de 1988 (As. 81/87)<sup>25</sup>. Ello supone no sólo el derecho a instalarse en otros países de la Unión Europea y de crear filiales sino que también abarca el derecho a ser tratado en todos los términos, incluso en el ámbito fiscal, de acuerdo

---

<sup>20</sup> As. 107/83

<sup>21</sup> Tratado CE.

<sup>22</sup> As. 270/83

<sup>23</sup> As. 212/97

<sup>24</sup> Tratado CE.

<sup>25</sup> As. 81/87

con la normativa del Estado en que dicha filial se localice, como lo ha reafirmado la sentencia *Cadbury Schweppes* de 12 de septiembre de 2006 (As. C-196/04)<sup>26</sup>.

Y si bien el Derecho comunitario no salvaguarda el abuso de las libertades comunitarias, como señala por su parte la sentencia *Centros*<sup>27</sup> no se puede presumir el abuso de la libertad de establecimiento por el mero hecho de que la mayor parte de la actividad económica de una empresa o toda ella se localice en la filial y no en la matriz. En cuanto al aprovechamiento de las ventajas comparativas de tributación, en la sentencia *X eY*, de 21 de noviembre de 2002 (As. C-436/00)<sup>28</sup>, el TJCE ha afirmado que existe “un auténtico derecho del contribuyente a planificar sus operaciones tributarias teniendo en cuenta las diferencias normativas (y de nivel de tributación efectiva) que existen en las legislaciones tributarias de los Estados miembros y explotando las oportunidades que le ofrece la red de Convenios de Doble Imposición formados entre los mismos”. Ahora bien, esto no quiere decir que la evasión y el fraude fiscal estén protegidos por el TJCE. Las cláusulas antileusorias especiales de carácter nacional, entre ellas la transparencia fiscal internacional, son admisibles siempre que cumplan los requisitos propios de las excepciones imperiosas de interés general a las normas del Tratado, sobre todo que se trate de normas no discriminatorias y que respeten el principio de proporcionalidad entendido como la inaplicación de la norma a transacciones no fraudulentas o abusivas.

#### **4. La neutralidad y la libre circulación de capitales. La fórmula *import-export*. La neutralidad fiscal interna y externa.**

En el Derecho Comunitario, por tanto, la neutralidad es, en primer lugar, una consecuencia de la prevalencia de las libertades económicas. Y en segundo lugar, una regla con unas aplicaciones muy concretas, muy diferentes, por ejemplo en las operaciones de reestructuración o en el IVA.

---

<sup>26</sup> As. C-196/04

<sup>27</sup> As. 212/97

<sup>28</sup> As. C-436/00

Pero la neutralidad fiscal tiene una importante proyección en el plano internacional. Así podemos hablar de neutralidad entre los diferentes ordenamientos tributarios a la hora de localizar las inversiones o de colocar los servicios en un entorno de libertad económica. Esa neutralidad opera sobre unas manifestaciones de riqueza que toman como base la importación o exportación de bienes con valor económico.

El modelo *import-export* se caracteriza fundamentalmente por que las relaciones económicas entre países se instrumentan en importaciones y exportaciones de bienes y de servicios<sup>29</sup>. Desde el punto de vista fiscal, este modelo tiene diferentes implicaciones según nos refiramos a la tributación directa o a la indirecta. En lo que aquí nos interesa, vamos a centrarnos en la tributación directa y, en concreto, en la que tiene por objeto el gravamen de los beneficios obtenidos por las empresas y en especial por las sociedades.

En tal sentido conviene recordar que, a nivel internacional, rige el principio de gravamen de las sociedades en el país de residencia, y que la residencia de las sociedades se vincula a la constitución de las mismas de acuerdo con la normativa del país. A partir de ahí, dependerá de si la normativa doméstica recoge el principio de renta mundial (*world wide income*), o la tributación territorial. Siendo la opción prioritaria la tributación por renta mundial, ésta desemboca en dos conclusiones: la primera, que la renta mundial supone tributar en el Estado de constitución de la sociedad (Estado de la residencia del contribuyente), por toda la renta de la sociedad con independencia del lugar donde se encuentre la fuente de la que esa renta procede.

En segundo lugar la renta mundial se ve matizada por el principio de independencia, elemento esencial en la regla de la empresa separada. Según esta regla una filial constituida en otro país es un sujeto independiente que tributa en el Estado de constitución. Se tributa por toda la renta mundial en el Estado donde radique la sociedad pero sólo por la renta mundial imputable a la sociedad constituida en el país en cuestión. La

---

<sup>29</sup> VALLEJO CHAMORRO-GUTIERREZ LOUSA, M., "Los Convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes", op. cit., pag. 16.

renta mundial no se lleva a sus últimas consecuencias y no conlleva una consolidación fiscal mundial, de manera que las pérdidas generadas en las filiales no se reflejan en la base imponible de la matriz salvo a través del cómputo como pérdida fiscalmente deducible del deterioro de la participación en la filial, deterioro que ha de ser generado por dichas pérdidas.

Como señala DELGADO PACHECO, la mayoría de los Estados aceptan, de una u otra forma, que entidades no residentes del grupo desarrollen actividades y obtengan rentas, que sólo deben tributar en residencia cuando se obtengan en forma de retribución de servicios prestados en este Estado o cuando se produce la distribución de los dividendos procedentes de esas entidades no residentes<sup>30</sup>.

Pues bien; la tributación de las filiales en el Estado en el que estén constituidas (principios de independencia) supone aceptar la posibilidad de que se utilicen las llamadas *base companies*, que son compañías situadas en territorios de favorable o baja tributación, destinadas a remansar rentas sin que éstas lleguen a tributar en el Estado de residencia de su beneficiario último. Frente a las mismas se habilita la figura de la *controlled foreign companies*, que es una norma antielusión aplicable cuando se obtienen rentas pasivas (entendidas como rentas puras de capital) a través de *base companies* situadas en territorios de baja tributación. Pero además de una norma antielusión se trata de un instrumento para proteger el principio de neutralidad en la exportación de capitales<sup>31</sup>.

Sólo algunas propuestas como las que defienden el modelo de *Home State Taxation* admiten esa consolidación fiscal, rompiendo la regla tradicional del principio de independencia y de la empresa separada para considerar como contribuyente al grupo multinacional así como los establecimientos permanentes de las sociedades del grupo, gravándolo aplicando las normas del Estado de residencia de la matriz. Por tanto, desaparecen las sociedades

---

<sup>30</sup> DELGADO PACHECO, A., "Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional", *Nuevas tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, ICE, septiembre-octubre 2005, nº 825, pags. 105 y 106.

<sup>31</sup> SANZ GADEA, E., "El régimen especial de transparencia fiscal internacional", *Working Papers*, IEE, Banco Pastor-Fundación Barrié, A Coruña, 2000, pag. 47.

individualmente consideradas, que se integran ahora en el grupo de sociedades en cuanto sujeto pasivo. El *Home State Taxation* será una modalidad descartada en Europa a favor de la modalidad del *Common Consolidated Corporate Tax Base*, que presupone una base armonizada y unas normas dictadas por los órganos de la Unión Europea.

Por eso, en el caso de exportaciones, en cuanto la empresa esté localizada y opere en soberanía fiscal determinada, desde la cual realizará las exportaciones, los beneficios de estas operaciones tributan en el Estado de residencia de la sociedad y, por tanto, el hecho de que las ventas se produzcan dentro de dicha soberanía fiscal o fuera es irrelevante a la hora de determinar el tributo a satisfacer.

Sin embargo, la articulación de la fórmula *import-export* tiene especial relevancia cuando el objeto sobre el que recae la *importación-exportación* son los capitales.

La neutralidad en cuanto a la importación o exportación de capitales tiene una serie de manifestaciones que influyen decisivamente en la imposición directa de las empresas y en las grandes categorías que configuran la fiscalidad internacional de las compañías; especialmente en lo relativo a la manera de afrontar la doble imposición jurídica y económica.

La idea fundamental es que el régimen fiscal no perturbe la libertad de los inversores a la hora de elegir el territorio en el que van a llevar a cabo la inversión. Esto es, que el nivel de presión fiscal no afecte a la decisión de invertir en el propio Estado de residencia o en el extranjero. En realidad, conseguir una auténtica neutralidad depende de decisiones que no están en la mano de la política legislativa de un solo Estado. Por eso, es más fácil lograr condiciones que facilitan la neutralidad en la importación y exportación de capitales en el ámbito del Derecho Supranacional que a través de medidas de legislación doméstica.

Así, debemos diferenciar, por un lado la denominada neutralidad en la exportación de capital (*capital export neutrality*) también llamado principio de neutralidad interna, según el cual, a los sujetos que producen rentas también en el extranjero o sólo en el extranjero, se les debe aplicar el mismo tratamiento tributario, ni más desfavorable ni más favorable, que a

los sujetos que producen renta exclusivamente dentro del Estado de la residencia.

Lograr este tratamiento similar plantea muchos problemas para la legislación doméstica. De salida, el elemento de comparación al que referir la neutralidad partiría de dos sujetos residentes. El Estado de residencia podría otorgar un tratamiento semejante al residente que sólo obtiene renta en el país de residencia y al que obtiene renta total o parcialmente en el extranjero. Pero para que esta acción legislativa unilateral garantice la neutralidad en la exportación de capitales sería necesario un modelo internacional de tributación de las rentas basado en el principio de residencia según el cual, la renta, sea cual sea el lugar de inversión, tribute siempre y exclusivamente en el Estado de residencia.

Pero la aplicación del principio de residencia como único criterio de tributación internacional (como en su momento propuso el Informe *Neumark*), no es posible hoy en día, ya que los Estados donde se localizan las inversiones no renuncian a gravar la renta que se genera en su territorio. Y también es evidente que la mayoría de los Estados aplican simultáneamente los principios de residencia y de la fuente.

Y esta evidencia se pone de manifiesto de forma mucho más patente con relación a la tributación internacional de los grupos de sociedades, pues, como dijimos el principio de renta mundial está condicionado por la regla de la independencia y de la empresa separada. El principio de gravamen de la renta mundial facilita la neutralidad en la exportación de capitales, al pretender un gravamen de las rentas con independencia de la localización de su fuente. Sin embargo, esa neutralidad se rompe en la medida en que no se produce esa consolidación global de la base gravable.

Por ello, el Estado de residencia no puede eliminar la tributación, mayor o menor, en el Estado de la fuente porque ello es ajeno a su soberanía. Y por eso, también, la principal amenaza a la neutralidad en la exportación de capitales es la doble imposición jurídica internacional.

Por eso, sólo se logrará una verdadera *export neutrality*, eliminando las diferencias en el tipo efectivo de gravamen, o, lo que es lo mismo, igualando el tipo efectivo de tributación en todos los países, y ello sólo

puede lograrse mediante acciones normativas que superen el limitado ámbito de la legislación doméstica. Ello exigiría, por supuesto, que todos los países estuviesen integrados en un espacio armonizado, lo cual hoy tampoco es factible en la imposición directa ni siquiera en la Unión Europea. Fuera de los ordenamientos supranacionales, es más difícil todavía una igualación de tipos ya que poder tributario es algo inherente a la soberanía, y el actual marco de globalización económica ha propiciado la competencia fiscal internacional. Siendo la competencia fiscal indeseable, y así lo proclama la OCDE, su eliminación o mitigación requiere una acción internacional. Y un sistema basado en el principio de neutralidad en la exportación, en última instancia, lo que pretende es eliminar la competencia fiscal.

Por tanto, por un lado la imposición en el país de residencia coexiste con la tributación en el país de la fuente, generando situaciones de doble imposición jurídica internacional, que son la principal amenaza a la neutralidad en la exportación de capitales. Por tanto, el Estado de residencia deberá adoptar mecanismos para mitigar esa doble imposición. El criterio de la exención parece ser el más aconsejable, puesto que el método alternativo de deducción del impuesto efectivamente satisfecho (*tax credit*) es sólo una corrección parcial pero no suficiente, ya que supone que en el Estado de residencia se va a soportar la diferencia entre el gravamen satisfecho en origen y el más elevado que correspondería según la legislación interna, sino evitando que las rentas obtenidas en un mismo territorio soporten un gravamen distinto en función de que el contribuyente sea o no residente.

Además, la adopción del criterio de residencia legitima un tratamiento diferenciado respecto al no residente, salvo las exigencias de la jurisprudencia de la Unión Europea con relación al principio de no discriminación. En el marco de la jurisprudencia comunitaria, si bien se admite un tratamiento distinto entre residentes y no residentes, éste no puede encubrir una discriminación por razón de la nacionalidad, línea abierta por la sentencia del TJCE Comisión vs. Francia, conocida como *Avoir*

*Fiscal*, de 28 de enero de 1986 (As. 270/83)<sup>32</sup>, lo que supone la exclusión en el ámbito tributario de las denominadas distorsiones fiscales, esto es, discriminaciones de origen fiscal que alteren la competencia de un mercado. Junto con la *export neutrality* debemos mencionar la neutralidad en la importación de capitales (*import neutrality*) o neutralidad externa (*foreign neutrality*). La neutralidad en la exportación era un principio que iban a aplicar preferentemente los Estados de la residencia de los contribuyentes, que suelen ser países exportadores de capital. Por el contrario, la neutralidad en la importación o neutralidad externa tiene como destinatarios los llamados Estados de la fuente. Esta neutralidad supone que estos Estados deben aplicar igual régimen fiscal a quienes obtienen rentas de modo exclusivo en el mismo que a quienes, por se residentes en países terceros, obtienen parte de sus rentas en otro país. Es decir, el Estado de la fuente debe articular los medios para que que todos los inversores que localicen sus inversiones en una determinada jurisdicción tengan el mismo tratamiento fiscal, con independencia de su residencia. Pero es evidente que el logro de esta finalidad no puede obtenerse sólo por medio de la actuación del Estado de la fuente.

Como hemos dicho, la neutralidad en la exportación sólo puede lograrse plenamente a través de una imposible igualación de tipos efectivos. Pero la neutralidad en la importación de capitales parte de unos presupuestos mucho más realistas, ya que toma como presupuesto una cierta competencia fiscal internacional. Reconoce, por tanto, la libertad del Estado de la fuente de exigir su *withholding tax* y de gravar la renta obtenida en el territorio, pero garantizando una neutralidad fiscal para el conjunto de los inversores que aplican sus capitales en una determinada jurisdicción.

En lo que se refiere a la tributación de los grupos de sociedades, la neutralidad en la importación de capitales es el imprescindible contrapunto a la neutralidad en la exportación. Si la neutralidad en la exportación no se consigue plenamente porque el principio de tributación de la renta mundial de una sociedad en el lugar de residencia de la misma aparece matizado por

---

<sup>32</sup> As. 270/83

el principio de independencia, según el cual las filiales tributan en el Estado donde están radicadas (lo cual excluye una consolidación mundial) la neutralidad en la importación opera de forma directa sobre la tributación de las rentas en el Estado de la fuente (singularmente, de los beneficios de las filiales mediante el *Corporation Tax* que exija el Estado de la fuente) garantizando la neutralidad en ese Estado. La renta de la filial va a ser gravada en el Estado de la fuente como beneficio social. Desde la perspectiva de la matriz situada en el Estado de residencia supone que ese beneficio sólo va a ser gravado en el Estado de residencia cuando se repatríe efectivamente en concepto de dividendo pagado por la filial a la matriz, que soportará una doble imposición económica internacional que habrá de ser corregida en el Estado de residencia. La única excepción será el supuesto de que en el Estado de residencia exista una regla de *controlled foreign companies* porque la filial es una *base company*. Pero la *controlled foreign* no tendría sentido si los dividendos repartidos por la *base company* estuviesen exentos en el país de residencia de la matriz; esto es, no tendría sentido si se generalizase el método de exención para corregir la doble imposición internacional de dividendos.

## 5. Las matizaciones en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo.

En el ámbito del Derecho Comunitario, como vimos, no es posible una neutralidad en la exportación de capitales químicamente pura, al no existir una armonización de tipos de gravamen y no siquiera de la base imponible, por lo menos hasta que, a partir del año 2001 la Comisión europea dictó la Comunicación de 23 de octubre de 2001 "Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales-Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del Impuesto sobre Sociedades para sus actividades a escala comunitaria", reiterada en sus Comunicación posterior de noviembre de 2003, COM (2003)726<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> COM (2003)726

El principio de tributación por renta mundial en el Estado de residencia y la operatividad del principio de separación se ve reforzado por el hecho de que la creación de filiales en otro país de la Unión Europea se ve reforzada por el hecho de que integra el contenido de la libertad de establecimiento del artículo 43 a 48 del Tratado de la Unión Europea<sup>34</sup>, como ha reconocido la sentencia *Daily Mail* de 27 de septiembre de 1988 (As. 81/87)<sup>35</sup>. Y para la sentencia *Centros*, de 9 de marzo de 1999 (As. C-212/97)<sup>36</sup>, esta libertad comprende el derecho a administrar y constituir empresas en las mismas condiciones que las definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales. Y si bien el Derecho comunitario no salvaguarda el abuso de las libertades comunitarias, como señala por su parte la sentencia *Centros* no se puede presumir el abuso de la libertad de establecimiento por el mero hecho de que la mayor parte de la actividad económica de una empresa o toda ella se localice en la filial y no en la matriz. En cuanto al aprovechamiento de las ventajas comparativas de tributación, en la sentencia *X e Y*, de 21 de noviembre de 2002 (As. C-436/00)<sup>37</sup>, el TJCE ha afirmado que existe “un auténtico derecho del contribuyente a planificar sus operaciones tributarias teniendo en cuenta las diferencias normativas (y de nivel de tributación efectiva) que existen en las legislaciones tributarias de los Estados miembros y explotando las oportunidades que le ofrece la red de Convenios de Doble Imposición formados entre los mismos”.

Paralelo al proceso armonizador instado desde la Comisión, en el terreno jurisprudencial se ha puesto también de manifiesto la dimensión comunitaria de este aspecto de la imposición societaria, con el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del conocido caso *Marks & Spencer* (asunto C-446/03)<sup>38</sup>. En él se discutía, en efecto, la compatibilidad del régimen fiscal inglés de los grupos de sociedades, en la medida en que excluía la compensación de las pérdidas

---

<sup>34</sup> Tratado CE.

<sup>35</sup> As. 81/87

<sup>36</sup> As. 212/97

<sup>37</sup> As. C-436/00

<sup>38</sup> As. C-446/03

prevista para las filiales residentes para las no residentes, con la libertad de establecimiento reconocida en los artículos 43 y 48 del Tratado Constitutivo<sup>39</sup>. A pesar de la expectación generada por el proceso judicial, ante las enormes repercusiones presupuestarias y jurídicas de la hipotética declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario del citado régimen, la Sentencia dictada el 13 de Diciembre de 2005 consideró, finalmente y con carácter general, justificada su incidencia sobre la libertad de establecimiento por diversas "razones imperiosas de interés general": el respeto a los criterios que rigen el reparto del poder tributario entre los Estados miembros y el riesgo de evasión fiscal y doble aprovechamiento de las pérdidas. Con todo, la medida nacional objeto del litigio se consideró desproporcionada y contraria, en consecuencia, al Derecho comunitario cuando las pérdidas no puedan hacerse valer en ninguno de los dos Estados miembros ya sea por agotamiento del plazo de compensación sin haber obtenido rentas positivas en el Estado de residencia de la filial, la disolución de dicha entidad, o cualquier otra causa, planteando el citado pronunciamiento numerosas dudas en su aplicación, relativas por ejemplo a la prueba del agotamiento de las posibilidades de compensación en dicho Estado, la normativa aplicable a efectos del cálculo de la base negativa o al desfase temporal existente entre el momento de su obtención y la constatación de la imposibilidad de compensar en el Estado de residencia de la filial.

Con matizaciones, la citada jurisprudencia ha sido reiterada, por otra parte, en la Sentencia de 15 de mayo de 2008, Caso C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG v. Finanzamt-Heilbronn*<sup>40</sup>, relativo a la compensación en la residencia, no de bases negativas de filiales en el exterior, sino de pérdidas de los establecimientos permanentes. En ella se declaran compatibles con la libertad de establecimiento recogida en el artículo 43 del Tratado CE<sup>41</sup>, las normas alemanas que, en el marco del Convenio germano-luxemburgués para evitar la doble imposición, impedían la deducción en Alemania de las

---

<sup>39</sup> Tratado CE.

<sup>40</sup> As. C-414/06

<sup>41</sup> Tratado CE.

pérdidas obtenidas por un establecimiento permanente situado en Luxemburgo. Aún tratándose de una restricción a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia considera, sin embargo, admisible esta medida desde el punto de vista del Derecho comunitario, al quedar justificada por dos razones: el equilibrio en el reparto del poder tributario entre los Estados miembros \_ si no pueden gravar los beneficios no tienen por qué admitir las pérdidas\_ y la necesidad de evitar el doble aprovechamiento de éstas últimas, en el Estado de la residencia y en el de la fuente. La medida restrictiva se considera, por otra parte, proporcionada con el fin perseguido, siempre que no impida de forma definitiva la deducción de las pérdidas, circunstancia que no concurría en este caso.

Al limitar de esta forma su ámbito de aplicación, el fallo del Tribunal en ambas Sentencias supone, en cualquier caso, el reconocimiento implícito de la insuficiencia del cauce jurisprudencial para la resolución de este problema de la imposición societaria, con la remisión ya sea explícita o tácita, a la adopción de medidas positivas de armonización para permitir la compensación transfronteriza de bases negativas y pérdidas de forma inmediata, más allá de los casos límite resueltos por el Tribunal.

## **6. La falta de neutralidad en cuanto a la forma de financiación de una compañía.**

La posibilidad de endeudamiento entre compañías del mismo grupo es una consecuencia de la relevancia fiscal de las operaciones entre las mismas. Al no existir una consolidación fiscal mundial y no configurarse los grupos de sociedades como contribuyentes, sino las empresas separadas a partir del principio de independencia, las operaciones entre las sociedades del grupo son relevantes (lo que justifica la aplicación de la regla *arm's length*). Y también lo son las operaciones de financiación, esto es, las operaciones de endeudamiento de unas sociedades del grupo con cargo a otras.

En los grupos internacionales de sociedades, en los que la matriz está situada en un Estado y la filial en otro es posible el endeudamiento de la

matriz con la filial y viceversa. En el supuesto de que la filial financie a la matriz no residente, seguramente dicha filial prestamista será una *base company* situada en un Estado de fiscalidad privilegiada o de baja tributación, o, incluso, un paraíso fiscal. La reducción de bases imponibles a través del endeudamiento con filiales, son estrategias próximas a un *stepping stone*, que suele enfrentarse con la citada fórmula de la *foreign controlled corporation*.

En el caso de que sea la matriz la que financie a la filial, la matriz estará colocando capitales en forma de préstamo de forma paralela a los fondos invertidos en concepto de capital. La matriz que es dueña de las participaciones de la filial es, además, prestamista. Y ello plantea una alternativa para la filial en cuanto a la obtención de fondos. Puede obtenerlos aumentando la matriz su participación mediante un aumento de capital. Y puede obtenerlo vía financiación, obteniendo préstamos de la matriz. En el primer caso la filial pagará dividendos y en el segundo intereses.

En el primero se producirá el efecto, ya comentado, de que el beneficio de la filial sólo va a ser gravado en el Estado de residencia cuando se repatrie efectivamente en concepto de dividendo pagado por la filial a la matriz, lo que supone una matización del principio de renta mundial. Sólo aquella porción de renta generada por la filial y que es objeto de distribución a la matriz en concepto de dividendo es gravada en el Estado de residencia de la matriz. El pago de dividendos es, simplemente, una distribución de renta gravable que excepciona la regla de renta mundial al no existir una consolidación fiscal: la parte de beneficio de la filial que no se distribuya a la matriz en concepto de dividendo no será gravada en el estado de residencia de la matriz, por mucho que ese Estado aplique la *worldwide income*.

En el segundo caso, el pago de los intereses supone el cómputo de una carga financiera deducible para determinar la renta neta, pues la generalidad de los ordenamientos, y en particular el español, consideran deducibles los gastos financieros, incluidos los intereses devengados por cualquier préstamo concertado por una entidad para financiar el desarrollo de sus actividades. Incluso el Tribunal Europeo de Justicia ha admitido una

limitación a esa deducibilidad, al exigir el Estado de la fuente que los gastos se encuentren relacionados directamente con las actividades que hayan generado los rendimientos imposables (sentencia *Scorpio* de 31 de octubre de 2006, C-290/04)<sup>42</sup>. Se trata de un gasto de la filial y un correlativo ingreso de la matriz. Esto es, ante un componente del beneficio fiscal, tanto en el Estado de la filial como en el Estado de la matriz: en el primero como un componente negativo y en el segundo como un componente positivo. El beneficio empresarial, después de los gastos financieros, debe tributar en el Estado donde se desarrolla esa actividad económica. El beneficio tributará en el Estado de residencia de la filial, pero siempre que se trate de un rendimiento neto. Por eso, el beneficio que tributará en el Estado donde la filial desarrolla la actividad económica será el beneficio después de deducir los gastos financieros. En cambio, los rendimientos del crédito que genera el endeudamiento con el que se financia esa actividad, tributan principalmente en el Estado de residencia del prestamista.

Este esquema se completaba con la tributación compartida en los Convenios de Doble Imposición que siguen el Modelo OCDE<sup>43</sup>, para dividendos e intereses. La justificación de la tributación compartida radica más en una concesión a la soberanía fiscal del Estado de la fuente, permitiéndole gravar de modo limitado rentas provenientes de inversionistas residentes en Estados normalmente desarrollados, que en motivaciones de justicia fiscal. Pero es verdad que el gravamen en la fuente de los intereses "pagados" permite al Estado de residencia de la sociedad pagadora de tales intereses recuperar parte de la fiscalidad teóricamente perdida al aceptar la deducción de aquéllos.

No obstante esta tributación compartida se veía atenuada por el gravamen limitado en la fuente de intereses y dividendos, y por la eliminación efectiva de este gravamen en la fuente en el Derecho Comunitario. Así, en el ámbito comunitario europeo, el art. 5,1 de la Directiva 90/435/CEE<sup>44</sup>, en redacción

---

<sup>42</sup> As. C-290/04

<sup>43</sup> Modelo OCDE.

<sup>44</sup> Directiva 1990/435/CEE.

dada al mismo por la directiva 2003/123/CE<sup>45</sup>, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, dispone que "los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen". Mientras que para el caso de sociedades asociadas de diferentes Estados miembros la Directiva 2003/49/CE<sup>46</sup> sobre la fiscalidad de los intereses y cánones, suprime cualquier gravamen (generalmente retenciones en origen) sobre los pagos de intereses y royalties, disponiendo que los intereses o cánones estarán exentos de cualquier impuesto en el Estado de origen siempre que, el beneficiario efectivo de los mismos sea una sociedad de un Estado miembro situada en otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en un Estado miembro distinto del de la sociedad de la que depende.

Pero además, la opción por el aumento de capital o por el endeudamiento es una opción económica de primera magnitud, pues la filial decidirá si aumenta sus recursos propios o incrementa sus recursos ajenos, sin que existan normas, mercantiles o fiscales, que regulen la proporción que deben observar los recursos propios y ajenos en la financiación de una sociedad. Por ello, y ante esta indiferencia, el factor fiscal parece ser relevante. Y relevante es la existencia de una neutralidad fiscal.

En lo relativo a la sociedad *inversionista*, esto es, a la matriz que puede optar por financiar a su filial mediante un préstamo o aumentando su participación accionarial, en ambos casos el rendimiento percibido tributará en el Estado de residencia; el factor fiscal que supone la doble imposición jurídica provocada por el gravamen en la fuente se ve atenuada o mitigada por la fijación de una tributación limitada a través de los Convenios de Doble Imposición o por la eliminación de dicha imposición en la fuente en el ámbito del Derecho Comunitario. A su vez, el agravante comparativo que supone la doble imposición económica que concurre en la tributación de los dividendos también se ve mitigada por la adopción por parte de los estados de residencia de las matrices de métodos de exención.

---

<sup>45</sup> Directiva 2003/123/CE.

<sup>46</sup> Directiva 2003/49/CE.

Todos estos datos refuerzan la tendencia a la ubicación de la carga fiscal del beneficio empresarial en el Estado de la residencia de la entidad participada. El gravamen en la fuente se limita o elimina, por el efecto combinado de los Convenios de Doble Imposición, las Directivas comunitarias y la extensión del sistema de exención como método para evitar la doble imposición. Ello supone, en la práctica, limitar el gravamen del beneficio empresarial al que corresponda al Estado de residencia de la entidad participada (sociedad filial). Pero con un importante matiz: dicho gravamen tendrá lugar después de la deducción de los gastos financieros. Como apunta DELGADO PACHECO, de esta manera, "el sistema es neutral respecto de la decisión acerca de distribuir o no dividendos, pero no es neutral en cuanto a la forma de financiación de una compañía, pues la ubicación del beneficio gravable dependerá de los gastos financieros que se detraigan o deduzcan del beneficio de la actividad"<sup>47</sup>.

En la medida en que los gastos financieros son siempre deducibles, cuando un grupo multinacional planifique a nivel internacional la carga fiscal total teniendo en cuenta el principio de independencia y la regla de empresa separada, le convendrá articular préstamos de sus *matrices* en Estados de baja tributación a favor de filiales en países de tributación alta. De esta manera se conseguirá que los gastos financieros mermen la base imponible de jurisdicciones de elevada tributación sobre el beneficio empresarial, al mismo tiempo que los correlativos ingresos financieros se someten a imposición en jurisdicciones favorables, bien por su menor tributación sobre ese beneficio empresarial o bien por contemplar un tratamiento favorable para los intereses. En este último caso, es posible que ese régimen favorable sea un auténtico régimen preferencial de manera que la sociedad prestamista sea una auténtica *base company*, configurada como centro financiero, con la finalidad de otorgar fondos a préstamo a las distintas filiales situadas en jurisdicciones que contemplan una alta tributación para los beneficios empresariales.

---

<sup>47</sup> DELGADO PACHECO, A., "Las medidas antileusión en la fiscalidad internacional", *Nuevas tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, op.cit., pag. 101.

Precisamente, estas expectativas de planificación fiscal evitan que se pueda hablar de neutralidad en la forma de financiación de las sociedades situadas en países que contemplan una tributación media o alta para los beneficios empresariales. El factor fiscal disuade el fortalecimiento de los recursos propios, incentivando el apalancamiento y favoreciendo el incremento de los recursos ajenos de sociedades situadas en jurisdicciones de tributación media o alta para los beneficios empresariales.

De manera que todo lo que se ha ganado en neutralidad a lo largo de la historia reciente de la tributación internacional, en cuanto a la tributación por renta mundial en el estado de residencia de las sociedades matrices y en cuanto a la decisión de distribuir o no dividendos se pierde en lo relativo a la decisión de cómo se financia una compañía con cargo a su matriz. Sobre todo porque la decisión de hacerlo incrementando el endeudamiento puede ir guiada por la intención de erosionar la base imponible en el país de residencia de la filial a favor del país de localización del centro financiero, provocando una auténtica *fiscal degradation*.

En función de ello podríamos extraer las siguientes conclusiones:

La tributación de las sociedades en el Estado de residencia en aplicación del principio de renta mundial requiere un contexto de neutralidad, que se reforzará por la aplicación directa de libertades económicas como las que fundamentan el Derecho Comunitario.

En el caso de compañías integrantes de grupos multinacionales aparece clara la tributación de la sociedad en el país en que esté constituido y de la matriz (centro de coordinación, *holding* o centro de financiación) en el Estado donde éste se sitúe al no existir una consolidación fiscal a nivel mundial. En la medida en que el Estado donde se sitúa la sociedad filial se configura como Estado de la fuente para el gravamen de los flujos de renta que la filial paga a la matriz, el gravamen en la fuente de esos pagos en concepto de dividendos o intereses se limitan o eliminan, reduciéndose el gravamen del beneficio empresarial al que corresponda al Estado de residencia de la entidad participada, aunque con deducción de gastos financieros. La neutralidad opera respecto de la decisión acerca de distribuir o no dividendos. Pero la deducibilidad de los gastos financieros matiza la

neutralidad en cuanto a la decisión de si la compañía se financia con fondos propios o ajenos.

Para evitar estas situaciones, los estados de residencia de las sociedades filiales de un centro financiero o matriz prestamista protegen sus bases imponible a través de una clásica cláusula antielusoria especial: la *subcapitalización*, *infracapitalización*, o capitalización delgada (*thin capitalization*).

## **7. La subcapitalización como mecanismo de reacción contra el abuso en la opción de financiación mediante préstamos.**

La propia idea de "subcapitalización" o "infracapitalización", en inglés *thin capitalization*, nos remite a una situación en la cual el capital es menor de lo que debiera. Obviamente, no nos estamos refiriendo a la falta de capitalización sino una situación de *capitalización delgada*. La sociedad filial tiene recursos, por lo que puede hacer frente a sus deudas, pero esos recursos han sido suministrados por la matriz en forma de préstamo, no en forma de aportaciones de capital, por lo que el capital prestado se haya fuera de la responsabilidad de los acreedores sociales<sup>48</sup>.

En principio, este presupuesto de hecho de la subcapitalización no debería suscitar mayores problemas, ya que el sistema fiscal no debería interferir sobre la decisión de suministrar fondos a la filial en concepto de capital o en concepto de préstamo. No obstante, dicha neutralidad quebraría en dos situaciones.

En primer lugar, teniendo en cuenta la regla de la empresa separada, las operaciones entre las sociedades de un grupo multinacional son relevantes y deben sujetarse al principio *arm's length*. En tanto nos encontraríamos ante operaciones entre partes no independientes debería valorarse si la

---

<sup>48</sup> PALAO TABOADA, C., "Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión", IEE de Galicia, Paper Works, Banco Pastor, Fundación Barrié de la Maza, A Coruña, 2000, pag. 63; MAGRANERMORENO, F.J., *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pag. 118.

concesión de préstamo por parte de la matriz a la filial se efectuaría de la misma forma en condiciones normales de mercado.

En segundo, la vinculación existente entre el prestamista y la sociedad también será relevante en la medida en que la operación de suministro de fondos vía préstamo puede encubrir una verdadera aportación de capital, de manera que el pago de intereses constituya, al tiempo, una distribución encubierta de beneficios. De esta manera, estaremos ante verdaderos supuestos de elusión o simulación<sup>49</sup>.

En el caso de que el pago de intereses forme parte de una actividad fraudulenta ello debe ser combatido aplicando las correspondientes cláusulas antiabuso y, en último término, recurriendo al principio *substance over forms*. Obviamente, el pago de intereses tendrá que ser un comportamiento abusivo del contribuyente, lo que exigirá analizar el endeudamiento previo que justifica tal pago de intereses. Y habrá que determinar en cada caso concreto si la actividad tiene motivo económico válido. Así, en España, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en resolución de 8 de octubre de 2009<sup>50</sup>, recuerda que es lícito para una compañía endeudarse para adquirir algo, lo que no es admisible es que se invierta la relación causa-efecto. Lo normal es que el fin sea adquirir algo y para ello la sociedad se endeude. Lo inadmisibles es que la finalidad sea endeudarse para provocar el pago de unos intereses a una entidad perteneciente al mismo grupo, de modo que se busque una adquisición para aparentar la necesidad de ese endeudamiento. Pero la artificiosidad del endeudamiento puede ponerse de manifiesto a través de múltiples situaciones concretas.

Y desde un segundo punto de vista, lo relevante en la subcapitalización es que la concesión del préstamo, normalmente por la matriz a la filial, se haya hecho en condiciones distintas a las de mercado o a las que concurrirían en situación de independencia. Se estaría vulnerando el principio de independencia, por lo que habría que afrontar las situaciones de

---

<sup>49</sup>MAGRANER MORENO, F.J., *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pag. 119.

<sup>50</sup> RTEAC de 8 de octubre de 2009.

subcapitalización aplicando el principio *arm's length*, que no sólo presidiría la tributación de beneficios de las empresas vinculadas en el plano internacional sino también el problema de la subcapitalización. De hecho, con cierta frecuencia las llamadas operaciones vinculadas socios-sociedad son tratadas como una distribución encubierta de beneficios.

El ordenamiento tributario español regula la subcapitalización en el artículo 20 del actual Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS)<sup>51</sup>, que, en síntesis, impide la deducción como gastos de los intereses devengados como consecuencia de un endeudamiento que el legislador reputa excesivo y merecedor del tratamiento de los fondos propios, cuya retribución en forma de dividendos no resulta deducible. De esta manera, el artículo 20 del TRLIS<sup>52</sup>, en su apartado 1, dispone que 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 dividendos.

Pues bien, siendo esta la principal previsión de la normativa interna española con relación a una cláusula especial como la subcapitalización, la misma plantea, a nuestro juicio una serie de cuestiones fundamentales que merecen una exposición somera. la llamada *asimetría en la calificación*, el problema de la *ratio fija* de endeudamiento y sobre todo, los límites derivados de los Convenios para Evitar la Doble Imposición y del Derecho Comunitario.

### **7.1. Sistema de ratio fijo de endeudamiento.**

En España, el dato que determina la existencia de una situación que conllevará la aplicación de la cláusula especial de subcapitalización no es la

---

<sup>51</sup> Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

<sup>52</sup> Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

existencia de una aportación de capital simulada, de una distribución encubierta de beneficios o de una operación de endeudamiento que no responde a condiciones normales de mercado. El presupuesto de esta cláusula especial antielusoria en el ordenamiento español es la existencia de un endeudamiento neto basado en una *ratio* fija. El que la determinación de que existe una subcapitalización se apoye en un sistema de *ratio* fija de endeudamiento sí puede plantear algunos problemas. Así, por ejemplo, permite mecanismos que facilitan evitar la aplicación de la cláusula, por ejemplo, que en grupos de sociedades se produzcan cadenas de endeudamientos que individualmente no superen la *ratio* de 3 pero en su conjunto la sobrepasen holgadamente. Y, de modo más habitual, que la prestamista no residente facilite los fondos a la residente y ésta los distribuya entre sociedades del grupo residentes.

Ello se ha solucionado computando en la *ratio* de endeudamiento, tanto el endeudamiento directo como el indirecto. Aunque existen dudas de si en ese endeudamiento indirecto se incluyen los conocidos como préstamos *back to back*, operaciones próximas en la simulación negocial, en las cuales una entidad no vinculada, normalmente una entidad de crédito, recibe unos fondos, del prestamista último del grupo, con la finalidad y el encargo de entregar esos fondos como préstamo a la entidad del grupo destinataria finalmente de esa financiación. Y también existe la duda de si se puede apreciar el endeudamiento indirecto cuando se trata de préstamos simplemente avalados o garantizados por el grupo o inclusive de líneas de crédito solidariamente a favor de diferentes compañías del grupo<sup>53</sup>. Aplicación que resulta difícil puesto que la compañía que presta y cobra los intereses será un tercero no vinculado que inclusive puede ser residente fiscal en el país de la sociedad financiada, por lo que no cabría aplicar una

---

<sup>53</sup> Respecto a préstamos avalados o garantizados por una entidad vinculada y no residente, la Dirección General de Tributos (Resolución 1210-01; 20/06/2001) afirma que el concepto de endeudamiento indirecto comprende tales préstamos, si bien, la Administración española ha aceptado que la aplicación del límite que supone la norma de subcapitalización exige probar que, por las circunstancias de las operaciones, la entidad no residente avalista tendrá que devolver o responder del préstamo,

cláusula de suerte que difícilmente parece posible extender sin más la norma de subcapitalización a estos supuestos.

Además, aunque se admita que una cláusula de subcapitalización basada en una *ratio* fija de endeudamiento es aplicable a un supuesto en el cual una sociedad residente recibe financiación de la matriz no residente y distribuye la financiación entre compañías residentes radicadas en el mismo país que la prestataria, no está claro cómo se computa el endeudamiento para determinar la *ratio*. En España se ha admitido que el cómputo se hará teniendo en cuenta todas las sociedades que finalmente reciben los fondos y no sólo tomando en consideración el endeudamiento con la no residente de la compañía que sea la primera prestataria residente en España. Aunque la Dirección General de Tributos entiende que la cláusula de subcapitalización se aplica en la relación de préstamo entre la prestamista no residente y la primera sociedad prestataria pues es esta compañía la que paga los intereses que pueden ser recalificados como dividendos, aunque los requisitos para la valoración de la cláusula tengan que concurrir en la compañía que finalmente recibe los fondos.

Pero, sin lugar a duda, el gran problema de la regulación de una cláusula de subcapitalización con un método de *ratio fija* es su compatibilidad con el ya mencionado principio de independencia que rige la tributación de internacional de las sociedades. Y ello porque si el presupuesto para aplicar la cláusula de subcapitalización se circunscribe a una aplicación automática de un coeficiente de endeudamiento parece que se excluye la posibilidad de probar que tal endeudamiento se ha llevado a cabo en condiciones que no difieran de las normales de mercado. Y por tanto, ello resulta incoherente con una concepción de la subcapitalización como una cláusula basada en el principio *arm's length*.

## **7.2. Asimetría en la calificación.**

Un sistema de subcapitalización basado en una *ratio* fija supone que la cláusula operará a partir de que tal nivel de endeudamiento resulte

superado con una entidad vinculada no residente. Superado ese porcentaje de endeudamiento el interés pagado se cataloga por la norma como dividendo, configurando de esta manera una ficción jurídica. La consecuencia más importante, aunque no la única, de esta determinación legal es que tal interés es gasto no deducible para la entidad que paga esos intereses.

Así, la calificación de la renta como dividendo tiene un efecto pleno en todos los sentidos, aunque, obviamente, para que ello sea posible deberá existir entre la sociedad prestamista y la que recibe el préstamo una relación matriz-filial; esto es, que la que cobra el interés sea socia de la compañía que lo paga.

Si la sociedad que percibe el interés *excesivo* es la matriz de la que los paga, la calificación de lo cobrado como dividendo en la sociedad perceptora sólo dependerá de que el Estado de residencia de la sociedad perceptora esté dispuesto a llevar a cabo esta recalificación. Si el Estado de residencia de la sociedad perceptora no recalifica habrá una asimetría en la calificación; una misma renta será calificada como dividendo en el Estado de la sociedad pagadora y como interés en el de la compañía que cobra esa renta.

Esta *asimetría* en la calificación puede frustrar el fin de la cláusula de subcapitalización. Así, si el Estado de residencia de la compañía prestamista no procede a una recalificación simétrica del interés percibido por la residente se producirá una sobreimposición, pues el Estado de residencia se verá conminado, todo lo más, a eliminar la doble imposición jurídica pero no la económica, que no se produce nunca respecto a una percepción catalogada como intereses<sup>54</sup>.

Sin embargo, esta pretensión de calificar como dividendo los intereses pagados en exceso, aunque tenga pretensión de tener alcance general, va a tener una eficacia limitada, ya que no existen instrumentos jurídicos para obligar al Estado de residencia de la sociedad perceptora a tratar la renta

---

<sup>54</sup> CALDERON CARRERO, J.M., "Estudios 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", *Crónica Tributaria*, nº 76, 1995, pags. 13 y ss.

percibida como dividendo. El único marco jurídico posible sería que entre el Estado de residencia de la sociedad que paga los intereses y el de la sociedad que los cobra hubiese un Convenio de Doble Imposición concertado según el Modelo OCDE<sup>55</sup>. En el Modelo OCDE<sup>56</sup> existe un precepto, el artículo 11.6, según el cual “cuando por razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses habida cuenta del crédito por el que se paguen exceda del que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe”. Y, en lo que aquí nos interesa, *la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio*.

Por tanto, el Modelo permitiría al Estado de residencia de la compañía prestamista entender que la misma percibe un dividendo y no interés sólo si su legislación interna se lo permite. Si la norma tributaria doméstica del país de residencia de la compañía prestamista lo permite, este ordenamiento incluirá una ficción legal que ha de llevarse a sus últimas consecuencias.

Pero para que fuese posible aplicar este precepto contenido en un Convenio de Doble Imposición debería admitir el tratamiento de la subcapitalización como una derivación del principio *arm's length*, y aceptar la compatibilidad de una cláusula interna de subcapitalización con los preceptos de un Convenio de Doble Imposición elaborado según las reglas del Modelo OCDE<sup>57</sup>. Esa es otra de las grandes cuestiones a tratar a la hora de plantear la admisibilidad de una cláusula de subcapitalización. Procede, por tanto, analizar la compatibilidad abstracta de la figura de la subcapitalización con el Modelo de la OCDE<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Modelo OCDE.

<sup>56</sup> Modelo OCDE.

<sup>57</sup> Modelo OCDE.

<sup>58</sup> Modelo OCDE.

### **7.3. Contradicción de la cláusula de subcapitalización con los Convenios de Doble Imposición concertados siguiendo el modelo de la OCDE.**

El primer problema que plantea la compatibilidad de la subcapitalización con el Modelo OCDE es muy claro: el Modelo no hace expresa mención a la subcapitalización. Ante el silencio del Modelo, el primer planteamiento es el de averiguar si, dado que la subcapitalización consiste en tratar unos intereses como dividendos, ello es posible hacerlo en el marco de un Convenio concertado según el Modelo OCDE. Y si es posible hacerlo persiguiendo una finalidad antielusoria. Esta posibilidad no es factible ya que el párrafo 25 del Comentario al art. 10 del Modelo OCDE dice que sólo se podrá calificar como dividendo el pago de unos intereses cuando el prestamista "comparta efectivamente los riesgos de la sociedad", lo que no concurre necesariamente en todos los supuestos de subcapitalización.

Por tanto, dado que el Modelo OCDE no hace referencia a la cláusula de subcapitalización, su aplicación debería llevarse a cabo desde la legislación doméstica de los Estados firmantes del Convenio. Surge aquí toda la polémica relativa a la compatibilidad de las cláusulas antiabuso internas con los Convenios de Doble Imposición.

Curiosamente, la OCDE ha proclamado la compatibilidad de la norma de subcapitalización con un Convenio de Doble Imposición. Así, a través de los comentarios al artículo 24 del Modelo, la OCDE sostiene claramente esta compatibilidad. Para la OCDE, una norma como la de subcapitalización no atentaría contra el principio de no discriminación, a pesar de la redacción del apartado 5 de ese artículo 24 del Modelo OCDE. Conforme a este precepto, una entidad residente en un Estado, controlada o participada por entidades residentes en el otro Estado, no puede ser sometida en el primero a tributos más gravosos que los que recaigan sobre el resto de las entidades residentes en aquel Estado. Podría entenderse pues que la norma de subcapitalización resulta contraria a este principio, al afectar sólo a entidades vinculadas a otras no residentes.

Sin embargo, el párrafo 58 de los comentarios a este artículo 24 señala que esta norma debe ponerse en relación con el apartado 4 anterior y, en suma, con lo previsto en los artículos 9.1 y 11.6 del propio Modelo de Convenio de la OCDE. La norma de subcapitalización encajaría pues en el ámbito de las normas relativas a operaciones entre entidades asociadas o vinculadas. En este contexto, el párrafo 3 de los comentarios al artículo 9 proclama la compatibilidad entre un Convenio de Doble Imposición y la norma de subcapitalización siempre que ésta responda al principio de libre competencia.

Por tanto, sólo cabe encajar la subcapitalización en el marco de un Convenio de Doble Imposición elaborado siguiendo el Modelo OCDE si la cláusula de subcapitalización se trata como parte del régimen jurídico de los precios de transferencia entre entidades vinculadas y, por tanto, si la cláusula responde al principio *arm`s lenght*.

Por tanto, la adecuación de las normas de subcapitalización a los Convenios de Doble Imposición, exigiría el tratamiento del fenómeno de la *thin capitalization* en el marco de las reglas de precios de transferencia. Es necesario tomar como referencia el artículo 9 del Modelo OCDE, y admitir que un endeudamiento excesivo es una operación que no se habría concertado entre entidades independientes, de tal manera que la Administración rechazaría el gasto financiero correspondiente al exceso de endeudamiento como contrario al principio de libre competencia<sup>59</sup>. Pero si lo que fundamenta la actuación de la Administración contra un endeudamiento excesivo es que tal endeudamiento no responde al principio de libre competencia, habrá que reconocer que la sociedad prestataria a quien la Administración de su país pretende impedir la deducción de los intereses pagados debe poder siempre acreditar que su *ratio* de endeudamiento es compatible con las reglas de libre competencia. La normativa actualmente vigente en España (art. 20,3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades<sup>60</sup>) permite que la sociedad deudora pueda someter a la

---

<sup>59</sup> DELGADO PACHECO, A., "Las medidas antileusión en la fiscalidad internacional", op.cit., pag. 107.

<sup>60</sup> Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Administración tributaria una propuesta de aplicación de una *ratio* de endeudamiento diferente a la recogida en la norma. Pero no permite que la sociedad deudora pueda justificar que la *ratio* que aplica se ajusta a las condiciones normales de mercado<sup>61</sup>.

El Modelo de Convenio de Doble Imposición<sup>62</sup> no condena expresamente el método de *ratio* fija de endeudamiento pero que sí lo hace implícitamente en la medida en que dicho método no garantiza el respeto del principio de independencia, que se opone a que la aplicación de una *ratio* legal<sup>63</sup>. El Informe de la OCDE de 1987 sobre *thin capitalization*, integrado en los comentarios, entendía que, si bien los Estados podrían disponer la práctica de ajustes para negar la deducibilidad de los intereses sin vulnerar el art. 9 del Modelo de Convenio<sup>64</sup> tomando como presupuesto una *ratio* fija de endeudamiento, debería permitirse la prueba de una *ratio* diferente<sup>65</sup>.

En suma, la compatibilidad de la subcapitalización con el Modelo de la OCDE parece requerir una norma de subcapitalización flexible, en lugar de *ratios* o coeficientes rígidamente predeterminados. La norma de subcapitalización no sería contraria a un Convenio de Doble Imposición, siempre que las empresas afectadas puedan demostrar que habrían obtenido esa financiación de una entidad independiente en condiciones de mercado de libre competencia.

---

<sup>61</sup> FALCON Y TELLA, R., "Transparencia fiscal internacional, subcapitalización y convenios de doble imposición", op. cit., pag. 6.

<sup>62</sup> Modelo OCDE.

<sup>63</sup> PALAO TABOADA, C., "Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión", op. cit., pags. 70 y 71.

<sup>64</sup> Modelo OCDE.

<sup>65</sup> CALDERON CARRERO, J.M., "Estudio de la normativa española sobre supcapitalización 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", *Crónica Tributaria*, nº 76, 1995, pags. 34 y 35; PALAO TABOADA, C., "Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: Estado de la cuestión", *Revista de Técnica Tributaria*, nº 46, 1999, pag. 54, GARCIA HERRERA, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, op. cit., pags. 238 y 239.

#### **7.4. Contradicción de la cláusula de subcapitalización con el Derecho Comunitario. El juego de la libertad de establecimiento y la sentencia Lankhorst.**

Pero la gran cuestión que ha planteado en los últimos tiempos la regulación de la subcapitalización concierne a su posible contradicción con el Derecho Comunitario europeo, o, lo que es lo mismo, la compatibilidad de la subcapitalización con el Derecho comunitario.

Recordemos que, en el marco del Derecho Comunitario, los Estados pueden adoptar medidas internas contra la elusión, siempre y cuando las mismas no supongan negar las libertades comunitarias libertades básicas; recordemos lo señalado por la sentencia *Centros*, de 9 de marzo de 1999 (As. C-212/97)<sup>66</sup>: las medidas antielusorias de Derecho interno deben aplicarse de manera no discriminatoria, estar justificadas por razones imperiosas de interés general, y ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, sin ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Y la proporcionalidad ha sido precisamente la piedra angular de la admisibilidad por la jurisprudencia de las medidas internas para hacer frente a la elusión fiscal - sentencias *Vestergaard* de 28 de octubre de 1999 (As. C-55/98)<sup>67</sup>, o *Baxter* de 8 de julio de 1999 (As. C-254) -. Y en los últimos tiempos -así la sentencia *Verkooijen* de 6 de junio de 2000 (As. C-35/98)<sup>68</sup>- se ha descartado la regla de coherencia interna, según la cual las limitaciones de ventajas o beneficios fiscales para los no residentes se justifican como exigencia derivada del propio sistema tributario en el que se insertan.

Pero el TJCE se pronunció expresamente sobre la cláusula de subcapitalización en la sentencia *Lankhorst-Hohorst*, de 12 de diciembre de 2002 (As. C-324/00)<sup>69</sup>, en concreto la prevista en el ordenamiento alemán

---

<sup>66</sup> As. 212/97

<sup>67</sup> As. C-55/98

<sup>68</sup> As. C-35/98

<sup>69</sup> As. C-324/00

que contempla una ratio de endeudamiento fija de 3<sup>70</sup>. La norma enjuiciada en esta sentencia es una norma alemana que recalifica como dividendos los intereses de préstamos hechos por personas vinculadas a la sociedad y no residentes en el Estado de ésta que superen un determinado múltiplo de los fondos propios, que en Alemania, como en España es el coeficiente 3. Si se rebasa el porcentaje el exceso se considera dividendo o, según la disposición alemana, "distribución encubierta de beneficios", a no ser que se demuestre que un préstamo en iguales condiciones se hubiera podido obtener de un tercero no vinculado o que se trata de recursos para la financiación de negocios bancarios usuales<sup>71</sup>.

Para el TJCE, el riesgo de evasión fiscal no puede justificar una ficción legal de estas características, que sólo se aplicaba cuando el prestamista era no residente. Tampoco podía encontrar apoyo esta norma en la coherencia del sistema fiscal, puesto que entre otras razones esa coherencia debía advertirse a nivel del mismo sujeto pasivo y no de dos personas distintas aunque estuviesen vinculadas.

El TJCE concluye en la citada resolución *Lankhorst-Hohorst*<sup>72</sup> que la subcapitalización no persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y no se justifica por razones imperiosas de interés general. Recuerda el Tribunal de Luxemburgo que las cláusulas antielusión deben permitir enjuiciar los hechos caso por caso, pero no sería acorde con las exigencias de proporcionalidad una cláusula de aplicación automática a todas las situaciones previsiblemente elusorias. Así, sólo resultan admisibles las cláusulas especiales cuando no prevean una regla de carácter general sino que su aplicación requiera un análisis, caso por caso, de cada una de las situaciones. Por tanto, las medidas antielusorias serán aceptables cuando no se basan en presunciones *iures et de iure*, sino que su regulación debe

---

<sup>70</sup> En el caso de la sentencia, la sociedad alemana *Lankhorst-Hohorst GmbH*, recibió un préstamo en condiciones especialmente favorables de una sociedad holandesa único socio de otra también holandesa, que a su vez lo era de la primera. El Tribunal Fiscal de Münster, al que se sometió el litigio, planteó la cuestión prejudicial al TJCE por considerar que la norma alemana, al discriminar a las filiales de sociedades no residentes, como era este el caso, frente a las de sociedades residentes podía infringir la libertad de establecimiento.

<sup>71</sup> PALAO TABOADA, C., "Noemas antie-elusión en el Derecho interno español y en el Derecho Comunitario", *Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, 2002, pag. 8.

<sup>72</sup> As. C-324/00

poder permitir el análisis de cada situación particularizada. Y, por su estructura, esta cláusula especial no se aplica sólo a quienes persiguen montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir el tributo, sino a “cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, sea cual fuere el motivo, su domicilio fuera de la República Federal de Alemania”. Tampoco resulta aceptable la invocación de la coherencia de los sistemas fiscales que efectuaron

los Gobiernos de Alemania y el Reino Unido; en particular que la norma alemana está en armonía con el principio *arm's length* (así en la versión inglesa de la sentencia) internacionalmente aceptado. El TJCE que una presumible vulneración de la coherencia del sistema exista en el caso enjuiciado, en el que no concurre una ventaja fiscal que compense a la filial alemana de la matriz no residente por el trato fiscal desfavorable.

Por tanto, la subcapitalización no es en si misma contraria a las libertades comunitarias y, en especial, a la libertad de establecimiento, sino en la medida en que su regulación provoque efectos discriminatorios. Lo que ha llevado a que los diversos Estados miembros de la Unión Europea hayan procedido a modificar su normativa en materia de subcapitalización para disipar esos posibles efectos discriminatorios. Así lo pone de manifiesto el Informe *Structures of the Taxation Systems in the European Union: 1995/2004*, elaborado por la Comisión Europea (Doc. TAXUD E4/2006/DOC 3201), hace una puntual descripción de la situación de la subcapitalización en Europa. El Informe expone como, por ejemplo, Francia ha introducido nuevas normas para limitar la subcapitalización a partir de 1997, línea que han seguido también países como Polonia y Portugal. Y describe como países como Alemania, Holanda, Italia o el Reino Unido han modificado su normativa interna en materia de subcapitalización procediendo a extenderla a operaciones entre sujetos nacionales para evitar el efecto discriminatorio. Como podemos comprobar, muchos Estados de la Unión Europea han optado por extender la subcapitalización a las operaciones de filiales con matices residentes, en la convicción de que esta reforma disiparía el efecto discriminatorio. Pero de esta tendencia se ha desmarcado España, que ha procedido, mediante Ley de Medidas Administrativas y de Orden Social,

62/2003, de 30 de diciembre<sup>73</sup>, 2004, y con efectos del 1 de enero de 2004, a determinar la inaplicación de la subcapitalización cuando la entidad prestamista se encuentre en un Estado miembro de la Unión Europea. Así, la Ley 62/2003<sup>74</sup> ha añadido un apartado cuarto al artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades<sup>75</sup>, en el que se excluye de la aplicación de la subcapitalización las operaciones en las cuales el prestamista sea una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea, "salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal"<sup>76</sup>.

Esta situación va a provocar en España problemas en orden a una aplicación racional de esta cláusula en un futuro.

Sobre todo, puede suponer una erosión de las bases tributarias españolas cuando la diferencia de tributación de los beneficios empresariales incentive la implantación de centros financieros en otros Estados miembros (como el caso de Irlanda), con la finalidad de aportar fondos en concepto de préstamos a sociedades residentes en España. O, simplemente, cuando nos encontremos ante un préstamo *back to back* otorgado por una entidad residente en un país miembro de la Unión Europea pero con fondos recibidos de una entidad vinculada y no residente en la Unión Europea. En este último caso se plantea si cabría aplicar la subcapitalización a través de la técnica del endeudamiento indirecto, que jugaría como una cláusula antiabuso o regla de transparencia o *look-through*, puesto que la prestamista radicada en el país de la Unión Europea sería una *prestamista formal*, interpuesta entre la sociedad prestataria residente en España y la verdadera prestamista, radicada en un Estado no perteneciente a la Unión Europea.

En segundo lugar, la excepción en la aplicación de la cláusula de subcapitalización no será operativa cuándo la entidad radicada en un país

---

<sup>73</sup> Ley de Medidas Administrativas y de Orden Social, 62/2003, de 30 de diciembre

<sup>74</sup> Ley de Medidas Administrativas y de Orden Social, 62/2003, de 30 de diciembre

<sup>75</sup> Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

<sup>76</sup> MAGRANER MORENO, F.J., *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, op. cit., pag. 125.

de la Unión Europea haya sido constituida en un Estado que tenga la condición reglamentaria de paraíso fiscal. Lo que está previendo la norma es la posibilidad de que existan países miembros de la Unión Europea que tengan, en España, la condición de paraísos fiscales (*tax havens*).

Ello no sería posible si atendemos al concepto sustancial de paraíso fiscal que deriva de la doctrina de la OCDE, y según la cual paraíso fiscal se identifica con jurisdicción no cooperante (*uncooperative tax havens*), de manera que no tiene esta condición el país que decida cooperar mediante la adopción de *commitments* o acuerdos de intercambio de información. Por ello la OCDE identificó inicialmente 35 territorios y ha calificado como no cooperantes a Andorra, Liechtenstein, Liberia, Mónaco e Islas Marshall. Por tanto, el concepto sustantivo de paraíso fiscal aplicable en España se refiere a aquellos países que no tengan con España un Convenio para evitar la Doble Imposición internacional con cláusula de intercambio de información (art. 26 del Modelo OCDE<sup>77</sup>) o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria. En tal sentido, conviene recordar que todos los países de la Unión Europea, desde que son miembros de la misma, están vinculados por el acervo comunitario que incluye la Directiva

Sin embargo, un concepto formal de *paraíso fiscal* significa que es paraíso fiscal todo Estado que figura en la lista negra (*black list*) o lista gris (*grey list*). Es el criterio que se sigue en España donde se ha aprobado una lista negra en el Real Decreto 1080/1991<sup>78</sup>, lo que supondría la aplicación de un elemento antielusorio de forma automática, lo que no ha sido aceptado por el TJCE, por ejemplo en la sentencia *Leur Bloem* de 17 de julio de 1997 (As. C-28/95)<sup>79</sup>. Ese peligro, en cierta medida, se ha evitado tras la reforma del Real Decreto 1080/1991 por el Real Decreto 116/2003<sup>80</sup> establece por primera vez con claridad que el criterio determinante para que un país pueda ser considerado como paraíso fiscal va ser el nivel de cooperación administrativa que esté dispuesto a prestar, dado que el hecho de la firma

---

<sup>77</sup> Modelo OCDE.

<sup>78</sup> Real Decreto 1080/1991.

<sup>79</sup> Real Decreto 1080/1991.

<sup>80</sup> As. C-28/95.

de un acuerdo de intercambio de información será causa suficiente para que dicho país quede excluido automáticamente de la lista de paraísos fiscales. Pues bien, en las listas negras que se aprobaron en España figuraban tradicionalmente dos países que han ingresado en la Unión Europea el 1 de mayo de 2004; Malta y Chipre. De los dos, Chipre es el que ha planteado *a priori* unas condiciones más atractivas al tener una alícuota reducida para rendimientos empresariales (10 por 100, frente al 35 por 100 de Malta) y régimen preferencial muy ventajoso a través de las IBCs (Sociedades de Negocios Internacionales), desde la aprobación de la Ordenanza de Sociedades de Negocios Internacionales de 1994. El impuesto de sociedades es del 10% para este tipo de forma jurídica.

El criterio que determina que un Estado deje de ser paraíso fiscal es que adopte unos estándares mínimos de transparencia e intercambio de información, sin que la existencia de una tributación comparativamente baja determine, por si sola, la condición de paraíso. En este sentido, hay que recordar que Malta ha dejado de ser paraíso fiscal pues ha firmado con España un Convenio de Doble Imposición de 8 de noviembre de 2005<sup>81</sup> con cláusula de intercambio de información. Pero formalmente, Chipre sigue en la lista española de paraísos fiscales, aunque es miembro de la Unión Europea. Por tanto, si una sociedad residente en Chipre presta fondos a una entidad vinculada en España y ésta alcanza un nivel de endeudamiento que supere la *ratio* fijada en la normativa doméstica española, cabrá en España aplicar la regla de subcapitalización, a pesar de que la sociedad prestamista sea residente en un Estado de la Unión Europea.

Pues bien; el hecho de que Chipre sea miembro de pleno derecho de la Unión Europea, determina que la resulta aplicable todo el acervo comunitario. Entre otras cosas porque su Acta de Adhesión precisa, en su artículo 53, que los nuevos Estados miembros son destinatarios de las Directivas comunitarias. Y, en concreto, les resulta aplicable la Directiva 77/799/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la

---

<sup>81</sup> Convenio entre el Reino de España y Malta para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 8 de noviembre de 2005. ( BOE, 7-septiembre-2006 ).

asistencia mutua de las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y de los impuestos sobre primas de seguros<sup>82</sup>. Se trata de la principal norma comunitaria que regula las obligaciones de intercambio de información y asistencia mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea, siendo su ámbito de aplicación el intercambio de cualquier información que pueda permitir la correcta determinación de los impuestos sobre la renta y el patrimonio, así como sobre las primas de seguros. La misma ha sido interpretada de forma amplia por la sentencia *Halliburton Services* del TJCE<sup>83</sup> que la ha extendido y su ámbito objetivo es realmente similar al contenido del art. 26 del Modelo OCDE<sup>84</sup>. Se trata de una norma plenamente aplicable a Chipre respecto a su obligación de dar información a los demás países de la Unión Europea. Si bien la aplicación de la Directiva 77/799/CEE<sup>85</sup> en las relaciones de España con Chipre no equivale a la firma de un acuerdo de intercambio de información, pero la consideración de Chipre como paraíso fiscal por parte de España, inaplicando una Directiva Comunitaria, supone un trato discriminatorio para las sociedades residentes en Chipre, contrario a la libertad de establecimiento<sup>86</sup>.

Que se mantenga a Chipre entre los Estados que España considera paraísos fiscales, aun tratándose de un Estado miembro de la Unión Europea, supone aplicar a las operaciones entre sociedades españolas y sus vinculadas en Chipre el régimen de subcapitalización de modo discriminatorio. Y ello, porque España no prevé esta cláusula para las operaciones entre sociedades residentes, lo que supone discriminar a una sociedad residente en Chipre<sup>87</sup>. Además, al aplicar la lista negra española que incluye a Chipre,

---

<sup>82</sup> El título actual de la Directiva 77/799/CEE es conforme a la modificación introducida por la Directiva 2004/106/CE).

<sup>83</sup> As. C-1/93.

<sup>84</sup> Modelo OCDE.

<sup>85</sup> Directiva 77/799/CEE.

<sup>86</sup> Véase MARTIN JIMENEZ, A.-CALDERON CARRERO, J.M., Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea. Instituto de Estudios Fiscales, documento nº 11, 2004, pag. 14.

<sup>87</sup> GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ, C.; "Situación actual de la fiscalidad en el pago de dividendos, intereses y cánones tras la adhesión de los nuevos Estados miembros a la Unión Europea.

desoyendo la existencia de una norma comunitaria como la Directiva 77/799/CEE<sup>88</sup>, supone vulnerar toda la doctrina de la primacía del Derecho Comunitario, instaurada por las sentencias *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978<sup>89</sup> y *Marleasing* de 13 de noviembre de 1990 (Asunto nº C-106/89, Rec. I, 4135 y ss<sup>90</sup>), que proclama la regla de la interpretación conforme a las Directivas de la legislación interna,

Al mismo tiempo, al quedar los paraísos fiscales fuera del ámbito de aplicación de ciertas normas comunitarias, considerar a un país de la Unión Europea como paraíso fiscal supone no aplicarle la Directiva *matriz/filial* 90/435/CEE<sup>91</sup>, en redacción dada al mismo por la Directiva 2003/123/CE<sup>92</sup>, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 ni la Directiva 2003/49/CE<sup>93</sup> sobre la fiscalidad de los intereses y cánones. Ello constituiría una trasgresión del principio de eficacia del Derecho Comunitario.

Por tanto, no cabe aplicar de modo discriminatorio la cláusula de subcapitalización a aquellas sociedades que residan en cualquier Estado de la Unión europea, incluso a aquellos que pudieran tener la condición de paraísos fiscales, por figurar formalmente en listas negras.

---

Especial referencia a los casos de Malta y Chipre”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, nº 10, 2005, pags. 29-31.

<sup>88</sup> Directiva 77/799/CEE.

<sup>89</sup> As. 106/77.

<sup>90</sup> As. C-106/89.

<sup>91</sup> Directiva 1990/435/CEE.

<sup>92</sup> Directiva 2003/123/CE.

<sup>93</sup> Directiva 2003/49/CE.