

# Subcapitalización

Cristina García-Herrera

Instituto de Estudios Fiscales-Universidad Complutense de Madrid

Sao Paulo 16 abril de 2010

# Esquema

- Fenómeno subcapitalización
  - Alternativas del Derecho tributario
  - Normativa española
    - Evolución de la norma
    - Presupuestos de aplicación
    - Consecuencias jurídicas
4. Subcapitalización y los CDI
5. Subcapitalización y el Derecho comunitario

# Concepto

- Financiación de una sociedad mediante préstamos en lugar de mediante fondos propios para disfrutar de tratamiento fiscal más ventajoso
- Situación de endeudamiento excesivo en el que se encuentra una entidad respecto de otra vinculada no residente
- Desplazamiento de beneficios de unas sociedades a otras
- Pérdida recaudatoria Administraciones Tributarias

# Concepto

- Origen: distinto tratamiento tributario financiación de sociedades préstamo/aportación de capital
  - Consideración de deducibles de los gastos financieros
  - No deducibilidad de la retribución de fondos propios de la sociedad
  - Inexistencia de normas que regulan proporción recursos propios/ajenos en la financiación de la sociedad
  - Tratamiento internacional intereses/dividendos

# Alternativas del Derecho tributario

- Tres posibles respuestas del Derecho tributario:
  - Cuestión de fraude de ley o abuso del Derecho
  - Supuesto particular de operación vinculada
  - Tratamiento específico con enfoque antielusivo
    - Norma objetiva: ratio fijo
    - Posibilidad prueba en contrario

# Recomendaciones OCDE

- *Thin capitalisation, 1986.*
  - Flexibilidad
  - Aplicación de acuerdo con principio de plena competencia
    - Método subjetivo: todas las circunstancias y prueba de que el endeudamiento no se habría producido con un tercero independiente
    - Método ratio fijo:
      - Norma flexible
      - Posibilidad de aportar prueba en contrario por obligado tributario de que el endeudamiento es razonable (empresas independientes en mismo sector y circunstancias)
      - Ratio

# La norma española: artículo 20 TRLIS

## Antecedentes y evolución normativa

- 1992: ratio fijo 2
- 1995:
  - Ratio fijo 3
  - Posibilidad de celebrar APA
- 2002: APAS (CDI y condición de reciprocidad)
- 2004: supresión ámbito comunitario
- Norma antiabuso (principio de independencia reflejado únicamente en posibilidad de APA)
- Método objetivo: ratio fijo. Safe harbour (seguridad jurídica)
- No posibilidad de prueba en contrario. Si APA con la Administración Tributaria

# La norma española: artículo 20 TRLIS

## CONDICIONES DE APLICABILIDAD

- Presupuesto subjetivo: Vinculación de una sociedad con otra no residente
  - Vinculación. Problemas que plantea perímetro de vinculación del art. 16.3 TRLIS (precios de transferencia)
    - Porcentaje de participación vinculación sociedad-socio
  - Prestataria residente. Excluidas las entidades financieras
  - Prestamista no residente. Excluidas entidades residentes y residentes en Unión Europea, salvo paraíso fiscal (desde 1.1.2004. Modificación normativa española tras STJCE 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*)
    - DUDA INTERPRETATIVA: endeudamiento con varias entidades vinculadas, alguna residente en UE.

## 2. Presupuesto objetivo:

Endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, exceda del triple del capital fiscal de la sociedad residente.

# La norma española: artículo 20 TRLIS

## CONDICIONES DE APLICABILIDAD

### 2. Presupuesto objetivo:

- Endeudamiento

- NETO
- REMUNERADO. Se excluyen préstamos sin interés (aplicación art. 16 TRLIS precios de transferencia)
- CÓMPUTO GLOBAL O CONJUNTO: impide elusión de la norma a través de fraccionamiento del préstamo
- REDUCIDO A SU ESTADO MEDIO

# La norma española: artículo 20 TRLIS

## CONDICIONES DE APLICABILIDAD

### 2. Presupuesto objetivo:

- Endeudamiento

- DIRECTO o INDIRECTO

- Endeudamiento indirecto: evitar elusión de la norma mediante interposición de terceros no vinculados o terceros vinculados residentes.
  - préstamos *back to back*
  - ¿préstamos garantizados por entidad vinculada no residente?
    - » Doctrina administrativa y jurisprudencia a favor
    - » Matización: probar que por las circunstancias de la operación la entidad no residente avalista está llamada a hacer frente al préstamo o bien que la entidad prestataria no habría obtenido en condiciones normales de mercado tales garantías
    - » Problema: la entidad prestamista es un tercero no vinculado
  - Cómputo endeudamiento indirecto en caso de distribución entre entidades españolas de la financiación recibida por una

## La norma española: artículo 20 TRLIS CONDICIONES DE APLICABILIDAD

- Capital fiscal: importe de los fondos de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio

*Se plantean problemas con algunas figuras de financiación híbrida (préstamos participativos, acciones convertibles, cuentas en participación)*

- Coeficiente: 3

# La norma española: artículo 20 TRLIS

## EFECTOS DE LA NORMA

- Intereses devengados que correspondan al exceso tienen la consideración fiscal de **dividendos**
- La norma incide en 2 ámbitos:
  - **Sociedad residente pagadora de los intereses:** importes que superen límite – dividendos (no son gasto deducible). Ajuste en base imponible.
  - **Sociedad no residente vinculada perceptora de los intereses:**
    - **Tributación de los intereses como dividendos en marco de IRNR y de los CDIS**
    - **Aplicación de deducciones para evitar la doble imposición de dividendos en su Estado de residencia**

# La norma española: artículo 20 TRLIS

## ACUERDOS PREVIOS

- A partir de 1995 posibilidad de celebrar acuerdo previo sobre fijación de un coeficiente diferente.
  - Debía existir un CDI con Estado de residencia del prestamista (supresión 2002)
  - Se imponía a condición de reciprocidad (supresión 2002)
  - La propuesta de ratio diferente debía fundamentarse en endeudamiento que sujeto podría haber obtenido en condiciones normales de mercado de personas no vinculadas

# La norma española: artículo 20 TRLIS

## ACUERDOS PREVIOS

- No se aplica en relación con paraísos fiscales
- Persiste crítica: APA sólo ex ante. No es cauce probatorio ni atiende a todas las circunstancias del caso concreto para demostrar la adecuación al principio de independencia.

– *Configuración de la norma como presunción iuris tantum*

# Subcapitalización y CDI

- Art. 9 MC-OCDE: principio de independencia
  - Normas nacionales compatibles con principio. Prueba endeudamiento de mercado.
- Arts. 10 y 11 MC-OCDE: tributación dividendos e intereses
  - Recalificación intereses en dividendos cuando quede acreditado que prestamista participa riesgos del prestatario.
- Art. 24 MC-OCDE: cláusulas de no discriminación:
  - Compatibilidad con principio de competencia y no exclusión de prestamistas residentes

# Subcapitalización y CDI

- Artículo 24.4 MC-OCDE (1977): regla de no discriminación indirecta por razón de la residencia de la persona a la que se le realizan ciertos pagos. Evita que tales pagos sean tratados de manera diferenciada en función de la residencia del perceptor de los mismos.
- Reconoce deducibilidad de un gasto en pagos a un no residente cuando el mismo gasto sea deducible si el pago se efectuase a un residente.

# Subcapitalización y CDI

- Principio de no discriminación “a menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11”
- CMC párr 74: normas subcapitalización. Para que el art. 24.4 excluya aplicación de cláusula interna antisubcapitalización 2 requisitos:
  - Ser contraria a arts. 9.1, 11.6
  - Debe aplicarse de forma discriminatoria y aplicarse solo a operaciones con no residentes.

# Subcapitalización y CDI

- CDIs suscritos por España antes de 1977 (Brasil): no incluyen cláusula art. 24.4.
- Con posterioridad, España ha introducido cláusulas dirigidas a evitar que la regla de no discriminación limite aplicabilidad de norma española.

# Subcapitalización y Derecho comunitario

- Exclusión norma subcapitalización para entidades vinculadas residentes en Estado Miembro, salvo que sea paraíso fiscal.
- Reacción española a STJCE 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst.
  - Otros Estados. Extensión norma ámbito interno
- Jurisprudencia comunitaria en materia de cláusulas antiabuso.

# Subcapitalización y Derecho comunitario

- STJCE 12.12.2002 *Lankhorst-Hohorst*: legislación alemana antisubcapitalización
- STJCE 13.3.2007 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*: legislación británica antisubcapitalización
- STJCE 17.1.2008 *Lammers & Van Cleff*: norma antisubcapitalización belga
- **Normas antiabuso en ámbito comunitario deben prevenir montajes puramente abusivos o totalmente artificiosos de transferencia de beneficios.**
  - Justificadas en ámbito comunitario siempre que respeten principio de proporcionalidad.

# Subcapitalización y Derecho comunitario

- Principio de proporcionalidad:
  - Posibilidad de que el contribuyente se oponga a aplicación de la norma, sin restricciones administrativas excesivas, los motivos comerciales por los que se realizó dicha operación.
  - Carga de la prueba sobre Administración tributaria de la existencia de un montaje puramente artificial carente de motivos económicos válidos
  - Tratamiento uniforme por parte del Estado que aplica la recalificación del interés en dividendo.
  - Posibilidad de normas antiabuso únicamente sobre operaciones internacionales.

# CONCLUSIÓN

- Necesidad de normas flexibles o replanteamiento global del tratamiento fiscal de las diversas formas de financiación de las sociedades.