



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

Carta Tributaria

1 DE NOVIEMBRE DE 1998

SUPLEMENTO A DOCUMENTACION Nº 300

MONOGRAFIAS

EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LA SUBCAPITALIZACION EN ESPAÑA FRENTE A LAS EXIGENCIAS DE NO DISCRIMINACION DEL DERECHO COMUNITARIO⁽¹⁾

Marta Villar Ezcurra^(*)

SUMARIO:

- | | |
|--|---|
| <i>I. CONSIDERACIONES PREVIAS.</i> | <i>IV. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION EN EL DERECHO COMUNITARIO.</i> |
| <i>II. INTRODUCCION AL FENOMENO DE LA SUBCAPITALIZACION Y A SU REGIMEN TRIBUTARIO: LAS PREVISIONES DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICION.</i> | <i>V. JUICIO DE CONFORMIDAD DE LA NORMA ESPAÑOLA CON LOS ARTICULOS 52, 59 Y 73.B TCE.</i> |
| <i>III. LA SOLUCION ESPAÑOLA: EL ARTICULO 20 LIS.</i> | |

(1) El presente artículo se ha presentado como comunicación a la ponencia nacional española sobre subcapitalización, preparada por el Profesor José Luis Pérez de Ayala ("el marco fiscal de la subcapitalización de las empresas"), en las XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas durante la semana del 12 al 16 de octubre en Lisboa.

(*) Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad San Pablo CEU. Abogado.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La subcapitalización en las empresas, entendida como el exceso de financiación por préstamos en proporción a la cifra de recursos propios preocupa a las autoridades fiscales, hasta el punto que en muchos países se han arbitrado normas específicas para rechazar las ventajas impositivas en caso de exceso o abuso en la elección de las fórmulas de financiación. Mucho se ha escrito y se ha debatido sobre los problemas de subcapitalización y la conformidad de las soluciones unilaterales con los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI), pero entre otras cuestiones pendientes, quedan por resolver las que se plantean desde el Derecho comunitario, y en particular por el efecto directo de las normas que prohíben la discriminación por razón de nacionalidad en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que no han tenido suficiente calado en

los ordenamientos internos, a pesar de que el Tribunal de Luxemburgo (TJCE) ha sido rotundo en algunos de sus pronunciamientos.

En el presente estudio, se pretende ofrecer unas reflexiones a propósito de las exigencias del Derecho comunitario para legitimar las normas anti-subcapitalización, en la medida en que la cláusula de no discriminación por razón de nacionalidad enunciada en el artículo 6 TCE con carácter general y concretada en el ámbito de las libertades comunitarias, cuestiona la conformidad de algunas medidas internas, como ocurre con la norma española (artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en adelante LIS²) que da respuesta fiscal a la subcapitalización.

II. INTRODUCCION AL FENOMENO DE LA SUBCAPITALIZACION Y A SU REGIMEN TRIBUTARIO: LAS PREVISIONES DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICION

Como alternativas financieras, las sociedades pueden acudir a recursos propios o ajenos, siendo, en principio, la elección entre una u otra forma de financiación cuestión que cada entidad decide en función de consideraciones de toda índole, no exclusivamente de carácter económico o tributario. Bien es verdad que, de entrada, el que una sociedad opte por financiarse por la vía del préstamo tiene la ventaja indudable de la deducibilidad de los intereses al calcular la base imponible del impuesto, mientras que la retribución de fondos propios no sólo no tiene la consideración de partida deducible, sino que genera problemas de doble imposición de rentas, no

enteramente paliados con las denominadas medidas para la eliminación de la doble imposición, lo cual explica que sea más rentable para las sociedades acudir a un préstamo y no a la participación de fondos propios y que tales consideraciones sean tenidas en cuenta en el momento de adoptar decisiones de financiación con empresas vinculadas. En los grupos societarios, la mayor parte de las ocasiones, se añade la ventaja para el prestamista, de la reducción del importe de la retención en el país de la fuente o incluso de la exención si reside en la Unión Europea³, por lo que a efectos de grupo el beneficio neto es mayor si se acude al préstamo⁴.

² Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades (BOE n.º 310, de 28 de diciembre de 1995, rec-BOE n.º 187, de 3 de agosto de 1996). Anteriormente, la cláusula anti-subcapitalización se contenía en el artículo 16.9 de la LIS, 61/1978, de 27 de diciembre, en redacción dada por la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 18/1991, junto a otras medidas aplicables a las operaciones vinculadas. En la Ley actualmente en vigor, el tratamiento de este problema se independiza de la disposición que regula las operaciones vinculadas, que sigue siendo el artículo 16.

³ El Modelo de Convenio de la OCDE (MCDI) establece un tipo de gravamen del 15 por ciento o 5 por ciento (matriz/filial para participaciones superiores al 25 por ciento) en el caso de los dividendos y del 10 por ciento para los intereses (artículos 10.2 y 11.2). Por su parte, el artículo 46.1 a) LIS, declara exentos "los intereses ... obtenidos sin mediación de establecimiento permanente, por entidades residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea". Igual previsión rige en el ámbito del IRPF (artículo 17 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, según redacción dada por la DF 5.ª.1 LIS).

⁴ Estas premisas se reconocen en la mayor parte de los estudios sobre esta cuestión, tanto desde la fiscalidad en España como en su dimensión internacional. Véase a modo de ejemplo, entre la voluminosa bibliografía tributarista sobre la subcapitalización, Ruud. A.

El problema empieza a interesar especialmente al Derecho mercantil y al Derecho tributario cuando se produce una aportación encubierta de capital (*hidden equity capitalization*), mediante un exceso de financiación ajena en relación al importe de recursos propios (*thin capitalization o subcapitalización*). Al Derecho mercantil interesa, sobre todo, desde la perspectiva de la responsabilidad de los socios prestamistas cuando la sociedad tiene un capital inferior al necesario para su funcionamiento⁵, y al Tributario en la medida en que los ordenamientos han dejado de resultar indiferentes a las opciones financieras de las empresas y han reaccionando contra el fenómeno de la subcapitalización, fundamentalmente por razones recaudatorias, al resultar disminuido el beneficio gravable en filiales infracapitalizadas. De ahí que las soluciones internas se apliquen a situaciones internacionalizadas. Es decir, aunque la subcapitalización puede producirse tanto en el ámbito nacional como en el internacional, es en este último ámbito donde actúan las legislaciones tributarias para tratar de evitar que se reduzcan las bases imponibles nacionales.

Fue en EEUU donde el fenómeno de la subcapitalización obtuvo por primera vez una respuesta del

legislador tributario en el marco de las operaciones vinculadas, pero lo más interesante no es tanto dónde surgió la primera respuesta normativa, como atender a las modalidades de respuesta de los ordenamientos internos, que podemos resumir en dos. Un grupo de países han limitado esta práctica empresarial fijando ratios máximos en las normas del impuesto sobre sociedades, esto es, aplicando criterios objetivos. Tal es el caso de Alemania, Canadá, España, Francia, Luxemburgo, Suiza o Japón. Por contra, en otros países como Italia, Grecia, Noruega o Suecia, se aplican las disposiciones generales sobre el fraude de ley o el abuso del Derecho. También resulta interesante advertir que en algunos sistemas, la reacción no reside en el legislador sino en las prácticas administrativas, como ocurre en Austria, Holanda, Luxemburgo y Reino Unido⁶. En cualquier caso, la realidad es que asistimos a reformas tributarias en la mayor parte de los países de la OCDE que incluyen medidas anti-subcapitalización o que tratan de mejorar las que rigen en sus sistemas de tributación societaria.

Con uno u otro criterio, las soluciones unilaterales coinciden en un mismo resultado: La limitación de

SOMMERHALDER: "Approaches to Thin Capitalization", *European Taxation. IBFD*, vol. 3, 1996, págs. 82 y ss., PALAO TABOADA, C: "La subcapitalización y los Convenios de Doble imposición", *Revista de Estudios Financieros* n.º 137-138, págs. 77 y ss., CALDERÓN CARRERO, J.M.: "Estudio sobre la normativa española sobre subcapitalización 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* n.º 76/1995, págs. 13 y ss. También conviene atender a la tercera parte del Informe del Comité Fiscal de la OCDE de 28 de junio de 1994. No obstante, para aquellos supuestos en que resulte aplicable la Directiva comunitaria sobre matrices y filiales por cumplirse con los requisitos objetivos (participación mínima del 25 por ciento, sujeción y no exención en impuesto similar) y subjetivos (forma de entidad y condición de matriz y filial), los dividendos estarán exentos de retención en la fuente (artículo 5). En la normativa española de transposición, es actualmente el artículo 46.1.f) LIS el que determina el régimen de exención de los "beneficios distribuidos". Sobre la interpretación extensiva del concepto y la inclusión del supuesto de recalificación por subcapitalización (*constructive dividends*), vid. LETE ACHIRICA, C.: "Régimen fiscal de las distribuciones de beneficios entre sociedades filiales y sociedades matrices", *Impuestos* n.º 23/1996, págs.8 y ss., en particular, pág.13.

⁵ Perspectiva que no es más que una de las formas en que se concreta el principio societario de integridad del capital social, que también impone el respeto en la determinación y aplicación del resultado a las prescripciones establecidas por las leyes mercantiles o el principio de paridad de trato a los socios. En Derecho mercantil se distingue entre *infracapitalización* material y nominal. La primera se refiere a la ausencia total de los medios financieros exigidos por la empresa social. La segunda, supone la sustitución del capital propio por capital ajeno para procurar a la sociedad los medios financieros de que necesita la empresa social. En la doctrina española, recoge y expone la teoría de la infracapitalización nominal, PAZ-ARES, C: *ADC*, 1983, págs. 1594 y 1595. También puede encontrarse una interesante reflexión sobre la infracapitalización material en MASSAGUER, J.: "El capital nominal. Un estudio del capital de la sociedad anónima como mención estatutaria", *RGD* n.º 550-551/1990, págs. 5547 y ss., en especial desde la pág. 5566. La infracapitalización nominal requiere la recalificación por ley o por los Tribunales de los recursos aportados en concepto de créditos, como fondo o capital propio (VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. I, edit. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 430). La infracapitalización nominal del Derecho mercantil es equivalente a la subcapitalización fiscal, pero con importantes diferencias. Se ha explicado que, por un lado, el préstamo oculta y encubre la aportación del capital con exclusiva finalidad fiscal, configurando un ejemplo de *simulación relativa*. De otro, que la extensión de la ley sobre hechos impositivos subrogatorios que presentan elementos de extraneidad o no pertenencia a la potestad tributaria del Estado, la hace vulnerable al principio de no discriminación del Tratado CE (BERLIRI: *Principi di Diritto Tributario*, Milano, 1967, pág. 173). Sobre la recalificación de los contratos y su incidencia impositiva vid. ROSEMBUI, T.: "Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades", *Impuestos* n.º 17/1997, págs. 12 y ss.

⁶ Se ofrecen unas tablas que gráficamente permiten conocer los distintos sistemas en Derecho comparado en RUUD A. SOMMERHALDER: *op.cit.*

la deducibilidad de los intereses con el consiguiente aumento de la base imponible en la sociedad pagadora y la recalificación como dividendos de los intereses considerados excesivos, lo cual implica a menudo la recalificación del préstamo como recurso propio con los correspondientes efectos tributarios.

Sin embargo, en la medida en que la subcapitalización se produce entre compañías situadas en diferentes Estados, la internacionalización del problema impone que sea especialmente relevante la existencia de un CDI entre los países implicados. Si tal es el caso, habrá que estar a lo previsto en el Convenio, para entender aplicable la norma interna anti-subcapitalización o declararla inaplicable por contraria al Convenio. Aunque no constituyen normas vinculantes, los comentarios al MCDI⁷, dan pautas⁸ que permiten concluir que la norma unilateral debe, bien aplicarse indistintamente a residentes y no residentes, bien ser conforme con el principio de *arm's length* o en terminología española con los precios de mercado.

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, se pone de manifiesto que las soluciones correctoras al problema de la subcapitalización de carácter unilateral, deben inaplicarse si resultan discriminatorias conforme a las exigencias de los artículos 24, 9, 10 y 11 del MCDI. El artículo 24 prohíbe la discriminación fiscal por razón de nacionalidad. Si las normas anti-subcapitalización se aplican solamente cuando el acreedor del interés es no residente, *a priori* resultan abiertamente contrarias a la previsión del párrafo 4.º conforme al cual "los intereses, cánones o demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente de otro Estado contratante son deducibles ... en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del primer Estado". Pero tal previsión obliga "a menos que se apliquen las disposiciones del artículo 9.1, 11.6 ..." por lo que la aplicación o inaplicación de la norma anti-subcapitalización para operaciones con no residentes dependerá de cómo se definan los conceptos de dividendo (10.3) e interés (11.6) en el CDI aplicable. Así se ha entendido por la mayor parte de la doctrina que se ha pronunciado sobre el tema⁹.

III. LA SOLUCION ESPAÑOLA: EL ARTICULO 20 LIS

En la legislación española, la primera norma sobre subcapitalización se introdujo por la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 18/1991, del IRPF, en la anterior LIS 61/1978, que añadió el apartado 9 a su artículo 16 sobre operaciones vinculadas, siendo de aplicación a los períodos impositivos que se iniciaran a partir del 1 de enero de 1992.

La norma española anti-subcapitalización es actualmente el artículo 20 LIS, según el cual:

"1. Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, *excluidas las entidades financieras*, con una 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.

⁷ Que traen su causa de las conclusiones del Informe del Comité Fiscal de la OCDE. (Informe OCDE: "La souscapitalisation". *Questions de Fiscalité Internationale* n.º 3, Paris, 1987), que inciden en la necesidad de que las normas internas sobre subcapitalización estén en armonía con el principio de imposición en situación de independencia (*arm's length price*) y *condenan las mismas cuando no admitan prueba en contrario*. La nueva versión de los comentarios al MCDI afecta a los artículos 9 (2), 10 (25), 11 (19), 23 (67 y 68), 24 (56) y 25 (34). De los mismos, deduce Carlos PALAO, que para no contravenir el principio de no discriminación, la medida anti-subcapitalización tiene que cumplir alternativamente uno de los siguientes requisitos: a) Ser conforme con el principio de *arm's length price*, b) Aplicarse indistintamente a residentes y no residentes (*op.cit.*, pág. 89).

⁸ Si bien los comentarios al MCDI no constituyen interpretación auténtica, se acude a ellos por los tribunales y órganos jurisdiccionales como criterios interpretativos (por ej. Resoluciones del TEAC de 29 de septiembre de 1993 y 7 de junio de 1994), en una especie de costumbre internacional.

⁹ Entre otros, CALDERÓN CARRERO, J.M., *op.cit.* pág. 34. PALAO TABOADA, C., *op.cit.* págs. 84 y 92, GONZÁLEZ POVEDA, V.: "La subcapitalización: un problema nuevo en el Impuesto sobre Sociedades", *Impuestos* n.º 2/1992, pág. 82 y ss., REY ARNÁIZ, A.: "La subcapitalización", *G.F.* (Anuario 1993), tomo I, págs. 78, 79, 93 y ss., A. VELDT: "A new Spanish legislation against thin-capitalization for spanish companies with non-resident shareholders only", *Intertax*, 1992, pág. 293 y ss.

2. Para la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo. Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio.
3. Cuando medie un convenio para evitar la doble imposición y a condición de reciprocidad, los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del artículo 16.6 de esta Ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.

Así, al estilo de otros países de la OCDE, el legislador español opta por el criterio objetivo (aplicación de un ratio) por medio de una auténtica ficción legal¹⁰, en virtud de la cual la operación real (préstamo remunerado) se desvirtúa, tratando la remuneración del préstamo (intereses) como remuneración de fondos propios (dividendos) a los efectos impositivos. Como premisas, para que la norma resulte aplicable, entre la sociedad residente perceptora de fondos y las personas o entidades no residentes que aporten los mismos, tiene que existir vinculación; debe computarse el endeudamiento neto remunerado, esto es, el saldo pasivo y activo por créditos o préstamos; y por último, el endeudamiento neto remunerado medio debe ser superior al triple del capital fiscal.

El apartado 3 del artículo 20 LIS pretende soslayar las críticas de dudosa legalidad vertidas sobre la norma española anteriormente vigente (art.16.9) en la medida en que no permitía a los sujetos pasivos afectados oponer prueba en contrario, pero a mi juicio, el cauce "probatorio" y los recortes para su fundamentación permiten seguir dudando de su confor-

midad con las exigencias de los CDI y las normas comunitarias, aspecto sobre en que nos extendemos más adelante.

En efecto, la institución de la propuesta a la Administración tributaria¹¹ no es en sí misma un cauce probatorio (que debiera permitirse *ex post*) sino una vía para la inaplicación de los efectos legales previstos en caso de que se supere el ratio 3 endeudamiento neto/capital fiscal, que además ha de instarse antes de que se inicien las operaciones societarias y con desestimación presunta por el transcurso de 6 meses, sin que tal desestimación pueda ser objeto de recurso¹². A más de ello, el artículo 20.4 LIS obliga a fundamentar la propuesta en "el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas", cuando el Comité Fiscal de la OCDE ha venido entendiendo¹³ que deberían poder analizarse todas las circunstancias del supuesto concreto para demostrar la adecuación al principio de precios de mercado. En los Comentarios al MCDI se afirma que el mismo no impide la aplicación de normas nacionales sobre la subcapitalización en la medida en que su efecto sea equiparar los *beneficios* del prestatario al importe que correspondería a los beneficios que hubiera obtenido en situación de independencia, equiparación de *beneficios* que difícilmente podrá comprobarse por los sujetos pasivos, con el único elemento de la referencia al endeudamiento con una entidad no vinculada.

Quizás el cauce probatorio pudiera derivar de la expresión "endeudamiento" empleada por la norma española, en el sentido de que se permita al contribuyente evitar la presunción operativa acreditando las circunstancias que permitan distinguir la deuda de los recursos (método multicriterio o basado en *fact and circumstances approach*), pero tal cauce no parece que sirva para evitar los efectos del artículo 20 LIS cuando el endeudamiento es cierto. En este caso, si se excede del ratio, el interés se considera dividendo. De otra parte, el

¹⁰ Sobre el tema, vid. PÉREZ DE AYALA, J.L.: "Las ficciones en el Derecho Tributario", Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1970. Sobre las presunciones *iuris et de iure* y las ficciones legales, vid. STS de 6 de diciembre de 1996.

¹¹ Art.16.6 LIS y 16 a 28 RIS.

¹² Una postura excesivamente rígida de la Administración, su silencio o su retraso, podría anular la pretendida garantía probatoria prevista para los sujetos pasivos.

¹³ Informe OCDE: "La souscapitalisation", *op.cit.*, párr. 25 i) e ii). Del mismo se deduce que el ratio no es más que un índice de subcapitalización pero que deberán examinarse varios factores para decidir si existe o no capitalización disimulada.

limitar el acceso a un ratio distinto a los residentes de países con CDI no parece ampararse en una razón objetiva.

Por último, la limitación de la condición de reciprocidad por parte del otro Estado parte del CDI tampoco parece estar en consonancia con las interpretaciones de la OCDE que más bien apuntan hacia una

vigencia incondicional del principio de plena concurrencia en sede de subcapitalización. No se entiende bien por qué la norma española condiciona la posibilidad de proponer un ratio distinto al tratamiento recíproco del otro Estado parte del CDI cuando la denuncia del Tratado es la vía para hacer valer el incumplimiento de otro Estado a las previsiones del Convenio.

IV. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION EN EL DERECHO COMUNITARIO

El ordenamiento comunitario protege frente a situaciones discriminatorias en el ámbito de la UE, entre otras medidas, sancionando con carácter general la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad en el artículo 6 TCE, prohibición que se concreta en otras disposiciones que tratan de garantizar la libertad de circulación de personas, servicios y capitales en los artículos 48.2 (libre circulación de trabajadores), 52 y 58 (derecho de establecimiento), 59 (libre circulación de servicios) y 67-73 B (libre circulación de capitales). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha tenido ocasión de reiterar la aplicabilidad directa de las cláusulas específicas que prohíben la discriminación por razón de nacionalidad y sólo ha admitido la invocación del artículo 6 TCE en defecto de normas específicas para el caso¹⁴.

La doctrina jurisprudencial existente a propósito de este principio permite afirmar que contempla una regla rigurosamente imperativa¹⁵, que goza de efecto directo y por tanto invocable directamente por los particulares ante los tribunales internos. Como con-

secuencia de ello, si una norma interna es contraria a la regla de no discriminación comunitaria, deberá inaplicarse por el juez nacional y asimismo ser derogada por el legislador interno so pena de incumplimiento de Estado declarable por la vía de los artículos 169 y siguientes TCE¹⁶.

Bien es verdad que la soberanía fiscal sigue residiendo en los Estados miembros (y así sigue siendo tras la reforma del Tratado de Amsterdam, cuya entrada en vigor dependerá de lo que tarde el proceso de ratificación en cada Estado) y que las medidas comunitarias armonizadoras sólo de manera parcial han afectado a la fiscalidad directa¹⁷. Sin embargo, ello no significa que el TCE no contenga reglas (prohibiciones) que puedan operar como medidas de armonización negativa con un alcance significativo en los sistemas de imposición directa nacionales, que será el que vaya asignando el TJCE por medio de sus sentencias. Y precisamente, una de las medidas es la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad por ser circunstancia que restringe la eficacia de las libertades comunitarias¹⁸.

¹⁴ Por ejemplo, en el asunto 1/93, *Halliburton Services*, Rec. pág. 1137.

¹⁵ Se trata de una auténtica norma material imperativa en el sentido del Derecho internacional privado, categoría normativa que se reflejaría en disposiciones como el art.7.2 del Convenio de Roma o el art. 8.1. C.c. Vid. Sobre este particular HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: "Reflexiones en torno al concepto de discriminación: los obstáculos fiscales a la libre circulación de personas en la CE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. I, n.º 2, julio/diciembre/97, págs. 511 y ss.

¹⁶ En efecto, si una norma interna es contraria al Derecho Comunitario, la Comisión o cualquier Estado miembro puede promover una declaración de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, previa la fase denominada "precontenciosa". En muchas ocasiones, el TJCE ha tenido ocasión de advertir que existe situación de incumplimiento por el mero hecho de que formalmente esté en vigor la norma interna contraria, aunque no se aplique.

¹⁷ Para regular el régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (Directiva del Consejo 90/434/CEE de 23 de julio de 1990, publicada en el DOCE n.º L 225/1, de 20 de agosto de 1990) y el de las sociedades matrices y filiales de los Estados miembros (Directiva del Consejo 90/435/CEE, de igual fecha, publicada en el DOCE n.º L 225/6, de 20 de agosto de 1990).

¹⁸ Estudiando la evolución jurisprudencial sobre libre circulación de personas físicas y jurídicas, se aprecia una tendencia hacia la interpretación extensiva de la prohibición de discriminar que se entiende, no ya como una cláusula de tratamiento nacional sino como equi-

Pese a que a priori estas disposiciones pretenden garantizar la igualdad de trato a los *nacionales* de otro Estado miembro, el TJCE viene admitiendo desde 1986¹⁹ su invocación para proteger situaciones discriminatorias por motivos impositivos en función de la *residencia*, en la medida en que encubran discriminaciones por nacionalidad²⁰. En 1986, fallando en el *asunto Avoir fiscal*²¹, el Tribunal marcó un hito en la tendencia de las sentencias anteriores sobre fiscalidad directa, reconociendo por primera vez que el *Derecho comunitario (en particular, el artículo 52 TCE) puede limitar la competencia de los Estados miembros para distinguir el tratamiento fiscal de residentes y no residentes, si en un aspecto concreto del impuesto existe discriminación*²². A pesar de ello, desde entonces, la

jurisprudencia comunitaria y más claramente desde el asunto *Schumacker*, ha tranquilizado a los Estados miembros, y ha declarado la admisibilidad, *por lo general*, en materia de impuestos directos, de un tratamiento diferenciado en función de la *residencia*²³, por tratarse de situaciones no *comparables*, lo que le ha llevado a analizar frente a casos concretos, primero, si residentes y no residentes se encuentran en las mismas circunstancias y si tal es el caso, a continuación, si existe alguna razón objetiva que justifique una diferencia de trato. En el asunto *Bachmann*²⁴, que ha sido interpretado como un difuso paso atrás²⁵, el TJCE aceptó como razón objetiva que ampara una diferencia de trato la *exigencia general*²⁶ que supone el dar coherencia al sistema tributario. Fue la primera vez que se utilizó en el

valente a una prohibición de cualquier restricción a la libre circulación de personas, aunque dicha restricción no constituya directamente una discriminación por razón de nacionalidad. Vid. para profundizar en el examen de esta evolución, el trabajo de LÓPEZ ESCUDERO, M.: "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios". *Cuadernos de derecho judicial*, n.º XXII, 1995, págs. 17 y ss. así como el de J. WOUTERS: "Fiscal Barriers to Companies". *Cross-Border Establishment in the Case-Law of the EC Court of Justice*. *Yearbook of European Law*, 1994, págs. 79-83, o el de L. HINNECKENS: "Compatibility of Bilateral Tax Treaties and EC Law. Application of the Rules". *EC Tax Review* n.º 4/1995, págs. 224 y ss.

¹⁹ Vid. sin pretensión de enumerar todos los pronunciamientos, como más significativos los siguientes: Asuntos *Avoir Fiscal* 270/83, STJCE de 28 de enero de 1986, Rec. pág. 285; *Biehl*, 175/88, STJCE de 8 de mayo de 1990, Rec. pág. 1779; *Werner*, 112/91, STJCE de 26 de enero de 1993, Rec. pág. 429; *Commerzbank*, 330/91, STJCE de 13 de julio de 1993, Rec. pág. 4017; *Bachmann*, 204/90, STJCE de 28 de enero de 1992, Rec. pág. 249; *Wielockx* 80/94, STJCE de 11 de agosto de 1995, Rec. pág. 2510; *Schumacker*, 279/93, STJCE de 14 de febrero de 1995, Rec. pág. 251; *Assher*, 107/94, STJCE de 27 de junio de 1996, Rec. pág. 3089, o la más reciente sentencia dictada en el asunto *Futura*, de 15 de mayo de 1997, n.º 250/95, donde se ha dado un paso más para la igualdad de tratamiento de los establecimientos permanentes en relación con las compañías nacionales, al declarar el Tribunal, en resolución de cuestión prejudicial, que la exigencia de registros contables adecuados según la legislación luxemburguesa implica una restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto que obligaría a las empresas que quisieran establecerse en otro Estado miembro a llevar dos contabilidades separadas: una en el país de origen y otra en el lugar del establecimiento permanente.

²⁰ La prohibición de discriminación afecta no sólo a la manifiesta sino a la que opera de forma encubierta. Así se afirma desde el asunto *Sotgiu* 152/73, STJCE de 12 de febrero de 1974, Rec. 153, apartado 11. Según reiterada jurisprudencia, "si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, no es menos cierto que estos últimos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario, y abstenerse, por tanto, de toda discriminación manifiesta o encubierta basada en la nacionalidad" (sentencia *Futura*, apartado 19). Vuelve a hacerse la misma declaración en la sentencia *Jessica Safir*, de 28 de abril de 1998, asunto 118/96 (párrafo 13 de la publicación del Boletín de actividades n.º 11/98).

²¹ Citado y referenciado en nota anterior.

²² Sin embargo, el alcance de la sentencia dictada en este asunto resultó limitado por la circunstancia de que, como señaló el propio Tribunal en un inciso no demasiado afortunado, "respecto a las sociedades (...) su domicilio (...) sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento de un Estado" (apartado 18), pues "no se podría excluir absolutamente que una distinción, según el domicilio de una sociedad o según la residencia de una persona física, en ciertas condiciones pudiera estar justificada en un ámbito como el Derecho fiscal". Se trataba de un supuesto en el que la legislación nacional francesa otorgaba un mismo tratamiento a residentes y no residentes salvo para la aplicación del crédito al impuesto (*el avoir fiscal*) que se negaba a las sucursales, lo que fue declarado contrario al artículo 52 TCE.

²³ Vid. apartado 31 de la STJCE de 14 de febrero de 1995, ya citada.

²⁴ STJCE de 28 de enero de 1992, ya referenciada en nota anterior. Se trataba de enjuiciar la conformidad de disposición del Impuesto sobre la renta belga que solo permitía la deducibilidad de las primas de seguros pagadas a entidades establecidas en Bélgica, con los artículos 48, 59, 67 y 106 TCEE. El asunto se decidió a favor de Bélgica y para ello se aceptó el argumento de la necesidad de dar coherencia al sistema tributario alegado por la tradicional vía de las exigencias imperativas de interés general. Igualmente en el asunto *Daily Mail*, se hizo valer y se aceptó la justificación de la medida por un interés legítimo de un Estado miembro en orden a salvaguardar derechos de imposición existentes (STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto 81/87, Rec. pág. 5483).

²⁵ Vid. por ejemplo, HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: *op.cit.* pág. 518.

²⁶ Vid. apartado 16.

contexto del artículo 48 TCE la noción de *exigencia imperativa*²⁷, lo que permitió al Tribunal proporcionar una solución justa al caso enjuiciado, aunque con una categoría jurídica que adolece de una considerable inseguridad jurídica en su aplicación²⁸. En sus análisis, el TJCE suele hacer gala de una interpretación finalista de las normas comunitarias que le lleva a proteger las libertades comunitarias frente a los eventuales obstáculos pretendidamente amparados en la clásica distinción en los sistemas fiscales entre obligación personal y real de contribuir, pero también es cierto que en el camino ha ido asentando criterios que no ha sabido o no ha querido afinar ni depurar.

También ha tenido ocasión de aplicar el criterio de la proporcionalidad de la medida en relación al interés protegido²⁹, y de rechazar argumentos basados en la falta de armonización fiscal³⁰, en la necesidad de dar coherencia al régimen tributario³¹, en la efi-

cacia de los controles fiscales³², en el riesgo de evasión³³ o en la invocación de una pérdida recaudatoria para fundamentar una norma nacional que establece una diferencia de trato. Sin embargo, sería aventurado esperar del TJCE un desmantelamiento general de los Derechos tributarios nacionales o una prohibición general de distinguir entre residentes y no residentes³⁴, aunque la ausencia de armonización normativa pueda llegar a implicar un efecto invasor de la soberanía tributaria por la acción del Tribunal de Luxemburgo mucho más peligroso que cualquier cesión de soberanía a la Comunidad Europea para legislar sobre aspectos que interesan a todos, como por ejemplo, pudiera ocurrir respecto a las medidas sobre la subcapitalización. Finalmente, es importante insistir en que, a diferencia de las medidas insertadas en los CDI, las disposiciones del TCE comentadas tienen efecto directo, esto es, crean derechos invocables por los particulares ante sus propios órganos jurisdiccionales.

V. JUICIO DE CONFORMIDAD DE LA NORMA ESPAÑOLA CON LOS ARTICULOS 52, 59 Y 73.B TCE

En la medida en que el artículo 20 LIS se aplica sólo en el caso de que el prestamista sea una persona no residente y vinculada con el prestatario residente, la norma española sigue a priori generando dudas en

cuanto a su conformidad con el principio de no discriminación del MCDI (artículos 24) y del TCE. Como ha puesto de manifiesto ROSEMBUJ, "el concepto de no residente conforma una discrimina-

²⁷ En terminología *Cassis de Dijon*, asunto 120/78, STJCE de 20 de febrero de 1979. Rec. pág. 649.

²⁸ D. BERLIN, en: "Jurisprudence fiscale européenne", *RTDE* n.º 2/1992, pág.339, afirma que la excepción de interés general aplicada a medidas discriminatorias por razón de residencia supone una desnaturalización de dicho concepto, mientras que HINOJOSA MARTÍNEZ entiende que basta con que la medida no sea *formalmente* discriminatoria para que la excepción pueda ser aplicada. *op.cit.* pág. 520. Conviene recordar que es jurisprudencia constante del TJCE la aceptación del interés general para justificar restricciones a las libertades del mercado interior cuando se trata de una medida no discriminatoria, esto es, indistintamente aplicable a nacionales y extranjeros, pero que en materia de derecho de establecimiento la sentencia *Fearon* (de 6 de noviembre de 1984, asunto 182/83, Rec. 3685) admitió tal posibilidad para justificar una diferenciación de trato por razón de residencia, si la medida se aplica igualmente a los nacionales del Estado miembro concernido (apartado 10).

²⁹ Asunto *Bachmann*, apartado 27 y más recientemente en el asunto *Jessica Safir* donde se afirma que "pueden concebirse otros sistemas más transparentes y que pueden también llenar la laguna fiscal que invoca el Gobierno sueco, siendo menos restrictivos de la libre prestación de servicios".

³⁰ Por ejemplo, apartado 24 de la sentencia dictada en el asunto *Avoir Fiscal* donde se afirmó que "la falta de armonización de las disposiciones legislativas de los Estados miembros en materia de impuesto sobre sociedades no puede justificar la diferencia de trato en cuestión" o el apartado 11 del asunto *Bachmann*, donde se afirma que "no puede hacerse de tal armonización un requisito previo para la aplicación del artículo 48 del Tratado".

³¹ Salvo en el supuesto en que tal coherencia no pueda alcanzarse sin una medida específica que además sea la menos restrictiva a las libertades comunitarias (asunto *Bachmann*, apartado 28).

³² Apartado 18 de la sentencia *Bachmann*.

³³ Asunto *Avoir Fiscal*, apartado 25.

³⁴ Sobre las consecuencias de la evolución jurisprudencial en el marco de un estudio sobre fiscalidad comunitaria más amplio vid. VILLAR EZCURRA, M: "Integración económica europea y fiscalidad". *Comunidad Europea*, Aranzadi, n.º 12/1997, págs. 37-49.

ción objetiva; pero esto se agrava desde el momento en que el legislador utiliza por añadidura la diferencia entre no residente sometido a convenio de doble imposición con cláusula de reciprocidad y el no residente que no lo está. En el primer supuesto, la Administración acepta la propuesta de otro coeficiente fijo si el endeudamiento es comparable al que hubiese podido obtenerse en condiciones normales de mercado entre empresas independientes. En el segundo caso, residente desamparado de convenio de doble imposición, estaría vedada tal posibilidad. La distinción aparece privada de razonabilidad. La existencia o no de convenio de doble imposición y cláusula de reciprocidad difícilmente pueden justificar el ejercicio del derecho a solicitar un acuerdo fundado en las circunstancias propias y los hechos reales y para los nacional-comunitarios, esta infracción (el principio de no discriminación) podrá abolirse estableciendo la extensión incondicional del derecho del contribuyente a todos los nacionales de la Comunidad (CALDERÓN). Esto mismo se aplica a la restricción de la libertad de establecimiento con referencia a los préstamos obtenidos por establecimiento permanente en España³⁵.

Sin duda, el legislador español ha pretendido salvar las críticas de colisión con los CDI al arbitrar la posibilidad de acuerdo con la Administración para estos casos, pero no ha tenido en cuenta los principios del Derecho comunitario al respecto, que no amparan, a mi juicio, ni la medida anti-subcapitalización³⁶ ni la discriminación para acceder a un coe-

ficiente distinto, que en definitiva, supone un régimen jurídico más favorable en el contexto de la subcapitalización. A continuación se argumentará el por qué utilizando los criterios de la jurisprudencia comunitaria antes expuesta.

1.º Existencia de una diferencia de trato que restringe las libertades protegidas por el Derecho comunitario: Las diferencias de trato comienzan desde la aplicabilidad de la norma española y rigen en las consecuencias desfavorables inherentes a la ficción legal. La medida correctora de la subcapitalización sólo resulta aplicable si la fuente de financiación de la sociedad española es un no residente vinculado con ella. En este caso, los intereses que exceden del ratio se tratan fiscalmente como dividendos, con lo que, al margen de la imposibilidad de deducción en la base imponible de la sociedad pagadora, estarán, en principio, sujetos a retención en la fuente (*withholding tax*) a tipos de gravamen superiores a los que se exigen si se trataran como intereses. Otro factor que determina un trato más desfavorable es la doble imposición económica internacional que recaerá sobre las rentas recalificadas, toda vez que habrá supuestos en que el Estado de residencia del prestamista receptor, no acepte la recalificación dada por el Estado de la fuente³⁷.

Cierto es que esta diferencia de trato puede resultar atenuada por el efecto de los CDf y la Directiva 90/435/CEE³⁸, pero no en todos los casos; sólo en aquellos en que el Convenio permita la deducibili-

³⁵ En *op.cit.*, pág. 39. El profesor ROSEMBUJ expone a continuación las consecuencias impositivas en el supuesto en que España no tenga CDI con el Estado de residencia del receptor, tenga Convenio o resida el receptor en la Comunidad Europea (págs. 40 a 42).

³⁶ Quizás sea en Alemania donde más se han plasmado los debates sobre la procedencia de la medida anti-subcapitalización (8 a KstG) que finalmente establece que únicamente podrán ser recalificadas las retribuciones satisfechas a accionistas que, detentando una participación significativa, no estén sujetos al EstG (Ley del Impuesto sobre la Renta), al KstG (Ley del Impuesto sobre Sociedades) o sean sujetos no incluidos en el procedimiento de imputación. Esta restricción ha merecido duras críticas. KNOBBE-KEUK.B.: *Wieder einmal ein Entwurf zu '8a KstG-Wiederauflage einer Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung im Standortsicherungsgesetz*. "DB", 1993, págs. 61-65, acusa a la medida de inconstitucional por violar el principio de igualdad, y de violar la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales del TCE, así como de algunas disposiciones de los convenios para evitar la doble imposición. También se ha criticado tanto su concepción de fondo como su concreta plasmación legal, pues los ratios establecidos para la constatación de financiación anómala a efectos de recalificación varían según la retribución se pacte en función o no de los beneficios sociales o del volumen de ventas. Vid. en la bibliografía española el estudio de ESTEVE PARDO, M.ª.L.: "Líneas de reforma en el Impuesto de Sociedades alemán", *Civitas, REDF* n.º 83/1994, págs. 543 y ss., especialmente las págs. 658-570, con abundante cita bibliográfica sobre el tema.

³⁷ En otro caso la discriminación sería sólo formal no efectiva.

³⁸ De hecho, se ha sostenido la ausencia de discriminación sobre la base de la neutralidad de los efectos de la disposición anti-subcapitalización como consecuencia de la exención prevista en la LIS para los dividendos de fuente española, en aplicación de la Directiva 90/435/CEE (vid. RAVENTÓS CALVO, S: "El Treaty Shopping en los últimos convenios de doble imposición firmados por España", *Revista de Economía Social y de la Empresa* n.º 21/1995, págs. 74-75), aunque coincido con el criterio de CALDERÓN en que la solución no es genérica para todo tipo de sociedad (*op.cit.*, pág. 43), y además tampoco es incondicional ni indubitadamente interpretada.

dad del pago por dividendos exigido por el Estado de la fuente y condicionándose tal deducibilidad a que la pagadora sea filial de la prestamista. Respecto a la Directiva comunitaria, al margen de que hayan de cumplirse ciertos requisitos objetivos y subjetivos para beneficiarse de la exención del impuesto en la fuente, no garantiza que el Estado de residencia vaya a admitir la recalificación, aun a pesar de que el Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio, relativo a la eliminación de la doble imposición en caso de beneficios de empresas asociadas, obliga a practicar ajustes bilaterales³⁹. Además, tampoco se evitan los efectos perjudiciales para la empresa española que puede ser compelida a acudir a otras opciones financieras por el temor de asumir el riesgo de la aplicación de la norma sobre subcapitalización, con lo que *indirectamente la medida restringe la libertad de operar como si de un mercado único se tratara*, o más rotundamente, restringe el libre establecimiento, y la libre circulación de servicios y de capitales.

La medida restringe el libre establecimiento (artículo 52 TCE), porque el artículo 20 LIS puede eventualmente aplicarse a los prestatarios no residentes que actúen por medio de un establecimiento permanente situado en España, pues el artículo 20 LIS utiliza la expresión entidad al describir la infracapitalización. La libre prestación de servicios (artículo 59 TCE) aparece también en peligro al restringirse la libertad de contratar préstamos, incluso modalidades y condiciones de préstamo⁴⁰. En efecto, la medida deja en peor situación a los préstamos concedidos por entidades no residentes a sus filiales por comparación con los concedidos por entidades residentes a sus participadas, que no se ven afectadas por medidas "anti-elusión". Finalmente, la diferencia de tratamiento, puede obstaculizar la libre circulación de

capitales (artículo 73 B), sin perjuicio de la salvedad que el artículo 73 D, 1.b) TCE hace respecto al derecho de los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal.

En el último de sus pronunciamientos (asunto *Jessica Safir*), el TJCE ha sido especialmente sensible a la posibilidad de que el carácter más gravoso de una situación pueda disuadir de realizar operaciones con compañías no establecidas⁴¹ o incluso que éstas no ofrezcan sus servicios en otros mercados donde encuentren situaciones más inciertas o gravosas, con lo que parece que de nuevo se da un giro en favor de la protección al máximo de las libertades comunitarias y la consiguiente ampliación del concepto "restricción".

2.º Situaciones comparables: Si de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, las discriminaciones por residencia pueden encubrir discriminaciones por nacionalidad, directamente prohibidas por el TCE, resulta imprescindible discernir si la situación resulta comparable a la de un préstamo de empresa vinculada con residencia en España. Quizás ésta sea la cuestión más difícil de resolver, pues el Tribunal de Luxemburgo ha sido más explícito para los casos de "residencia virtual"⁴², esto es, para aquellos en que el no residente percibe un importe significativo de sus ingresos en el Estado de la fuente y más inseguro cuando ha tenido que optar entre los vínculos o criterios que sirven para comparar los supuestos en tributación de personas jurídicas, en los que por lo general, los sistemas impositivos de los Estados miembros no aplican tarifas progresivas ni permiten hacer valer circunstancias subjetivas⁴³. Habría que optar ade-

³⁹ Convenio publicado en el DOCE n.º 1 L 225/10, de 20 de agosto de 1990.

⁴⁰ Me refiero a los préstamos participativos y a otras modalidades en las que el prestamista participa efectivamente en los riesgos soportados por la sociedad prestataria, que permitirían la recalificación del interés en dividendo, de acuerdo con el artículo 10 MCDL. Sobre el tema, cfr. artículo 20 RDL 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, en el que se define el préstamo participativo y se declaran deducibles de la base imponible del IS los intereses devengados tanto fijos como variables y el análisis que del mismo hacen RODRÍGUEZ SANTOS, J. Y NADAL JIMÉNEZ, B., en *Crónica Tributaria* n.º 82-83/1997, págs. 261 y ss.

⁴¹ Se trataba de la concertación de seguros de vida de capital y del tratamiento tributario de las compañías y primas de seguros en Suecia, que finalmente se declaró contrario al artículo 59 TCE.

⁴² Siguiendo la terminología de P.WATTTEL: "The EC Court's Attempts to Reconcile the Treaty Freedoms with International Tax Law", *C.M.L. Rev.*, vol 33, April 1996, pág. 228.

⁴³ Vid. *Inventory des impôts perçus dans les États membres de l'Union Européenne*, Seizième édition, Commission Européenne, Luxembourg, 1996.

más por situar el punto de comparación en la aplicabilidad de la medida o en la situación impositiva conjunta (estudiando los efectos generadores de desventajas impositivas íntegramente⁴⁴). Pudiera ser la válvula de escape la solución del caso Asscher, que se ha interpretado como determinante de la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de exigir del Estado una justificación para tratar de forma distinta a residentes y no residentes⁴⁵. En el asunto *Jessica Safir* ante la dificultad de la comparación, el Tribunal ha atendido a la posibilidad de que se conciban otros sistemas más transparentes y menos restrictivos para determinar la infracción a la libre prestación de servicios. Por ello, pasamos a continuación a analizar si existe una justificación que objetivamente ampare la diferencia de trato y si la medida española es proporcionada al fin que persigue.

3.º Motivo de interés general que ampare la diferencia de trato: La medida anti-subcapitalización es asumida como medida anti-evasión, o de defensa de los ingresos tributarios nacionales, argumento que, pese a que ha sido rechazado por el Tribunal en algunas ocasiones⁴⁶, pudiera llegar a justificar la norma española si se atiende al grado de implantación mundial de esta técnica que puede llegar a predeterminar al Tribunal comunitario. Pero si así fuera, la medida no debe "constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capi-

tales y pagos"⁴⁷ y además, como viene exigiendo el TJCE debe ser *proporcionada* al fin perseguido, en el sentido de que si se puede conseguir el objetivo según distintas técnicas, debe elegirse la que menos obstaculice las libertades comunitarias.

4.º Proporcionalidad de la medida: De acuerdo con lo anterior, de la lectura del artículo 20 LIS se deduce claramente que la medida no es la menos restrictiva a las libertades comunitarias, pues al configurarse como una ficción legal que no admite prueba en contrario, no posibilita la invocación de circunstancias que desvirtúen la "presunción" de evasión o simulación⁴⁸. Y ello sin perjuicio de que sea más que discutible no sólo el criterio del legislador español para discriminar positivamente las situaciones protegidas por Convenio sino también las demás condiciones exigidas en el apartado 3.º del artículo 20 LIS.

Por todas estas consideraciones, entendemos que sería aconsejable de *lege ferenda*, modificar el artículo 20 LIS aplicándolo a operaciones con residentes y admitiendo con carácter general prueba en contrario, en otras palabras, arbitrar un sistema de presunción *iuris tantum* en lugar de la ficción legal que actualmente acoge la medida anti-subcapitalización, evitando toda tacha de discriminación según las normas que rigen para los Convenios de Doble imposición y según las normas de Derecho Comuni-

⁴⁴ Lo que resulta difícil en abstracto, pues la carga impositiva final global dependerá de las disposiciones tributarias del país de residencia de la matriz, para eliminar la doble imposición, del método elegido para ello (exención o imputación) y del tratamiento que se siga respecto a la deducción del impuesto subyacente al dividendo.

⁴⁵ Vid. apartado 42 de la sentencia, antes referenciada.

⁴⁶ Por ejemplo, en el asunto *Avoir fiscal*, apartado 25.

⁴⁷ Artículo 73 D 3. TCE.

⁴⁸ Según la finalidad de la norma, o más bien según su verdadera naturaleza jurídica, sobre lo que, a juicio de los que han estudiado el tema, admite distintas opiniones que van desde considerar que se trata de una *disposición antifraude* hasta de una *medida antielusoria*. Así, por ejemplo en su libro *El fraude de ley en el Derecho Tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Javier PÉREZ ARRAIZ, parece reconducir el supuesto al fraude de ley cuando afirma que "con la subcapitalización se persigue traspasar beneficios imponibles de una sociedad a otra cuya tributación va a ser más baja ... (pág. 140) Su finalidad se concreta en reducir el beneficio imponible de la sociedad situada en el país de alta tributación ... Tras el ropaje jurídico formal de préstamo se encubre una participación en el capital social, con la finalidad de disminuir la carga fiscal del grupo societario ..." (pág. 142). Por su parte, Tulio ROSEMBUJ más rotundo en sus conclusiones entiende que "la simulación del préstamo y la finalidad fiscal exclusiva, traducida en la acreditación improcedente de los intereses, configuran, en principio, un comportamiento infractor ... La recalificación fiscal llevaría a la simulación y a la infracción grave ...", lo que le lleva a ofrecer algunos ejemplos de sanción impropia que no respeta el principio de legalidad ni el derecho a la tutela judicial efectiva, y a calificar de absurda la aplicación mecánica del coeficiente fijo, pues "el principio de la realidad jurídica no puede soslayarse en virtud de una *fictio iuris* que desborda su propia razón de ser", en *op.cit.* pág. 35. Sobre la distinción de estos conceptos, vid. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: "La evasión legal impositiva", *Revista de Economía Política* n.º 56/1970, págs. 3 y ss.

tario. Sólo queda esperar que la acción interpretativa del Tribunal de Luxemburgo permita, en ausencia de medidas normativas de armonización sobre imposición societaria impedidas *de facto* por la

posibilidad de veto en la adopción de decisiones, uniformar criterios que eviten la constante sensación de inseguridad jurídica de los destinatarios de las normas impositivas.

Edita: Editorial Praxis, S. A. Vía Layetana 30, 5º, 08003 Barcelona Tfno.: 93 295 57 00, Fax: 93 295 57 01

CARTA TRIBUTARIA es miembro de

D. Legal: M. 39.212-1998 - ISSN: 1133-794X Imprime Grafistaff, S.L. Av. del Jarama, 24. 28820 COSLADA (Madrid)



Publicación exenta de control de su difusión por ser su volumen publicitario inferior al 10 por ciento de la paginación total.