

DOCUMENTOS

N.I.P.O.: 634-13-049-1

FISCALIDAD INTERNACIONAL DE LOS GASTOS FINANCIEROS: NORMATIVA INTERNA Y DERECHO COMPARADO

Autor: *Antolín Fernández Antuña**
Inspector de Hacienda del Estado

DOC. n.º 19/2013

(*) El presente documento es un extracto de la tesina presentada en abril de 2013 en el marco del Máster en Dirección Pública, Hacienda Pública, Políticas Públicas y Tributación de la UNED y el Instituto de Estudios Fiscales, titulada "La deducibilidad de los gastos financieros en los grupos multinacionales".

La misma ha sido dirigida por la Doctora Cristina García-Herrera Blanco, cuyas valiosas aportaciones agradezco desde estas líneas.



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N.B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de los autores, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. FUNDAMENTOS
 - 2.1. Consideraciones iniciales
 - 2.2. Principios tributarios
 - 2.3. Condicionantes y paradigmas en el ámbito internacional
3. REGULACIÓN INTERNA
 - 3.1. Antecedentes y evolución normativa
 - 3.2. Reforma operada por el Real Decreto Ley 12/2012 y por el Real Decreto-Ley 20/2012
 - 3.3. Vías para afrontar la subcapitalización
4. ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO
 - 4.1. Alemania
 - 4.2. Reino Unido
 - 4.3. Italia
 - 4.4. Francia
 - 4.5. Estados Unidos
 - 4.6. Canadá, Japón y Rusia
5. CONCLUSIONES
 - 5.1. Globalización, imposición sobre beneficios y crisis presupuestaria
 - 5.2. Operaciones vinculadas, subcapitalización y grupos multinacionales
 - 5.3. Tratamiento de la subcapitalización y reforma
 - 5.4. Nuevos enfoques

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Hoy día, la deducibilidad de los gastos financieros es uno de los temas candentes en el ámbito de la fiscalidad internacional, en la medida en que se emplea para trasladar bases imponibles de unos países a otros, como ha destacado recientemente la OCDE en el proyecto BEPS.

En ese sentido, este documento comienza ofreciendo algunos principios impositivos relacionados con el asunto, como son los principios de justicia, eficiencia, equidad, etc.

Seguidamente, se analiza la normativa interna sobre la materia, haciendo hincapié en la reforma aprobada en el año 2012. En esta parte, al objeto de profundizar en el estudio de la regulación, se detalla tanto la legislación aplicable como la doctrina jurisprudencial más relevante emitida sobre la cuestión.

Para completar lo anterior, el documento también describe cómo determinadas jurisdicciones fiscales abordan la problemática (centrándose en particular en los países del G8), ofreciendo distintas soluciones a un mismo reto. Esta comparación con la normativa vigente en otros países del entorno enriquece el análisis y facilita una visión más amplia de la subcapitalización.

Por último, se extraen ciertas conclusiones sobre su tratamiento y la evolución previsible del mismo.

Palabras clave: subcapitalización, deducción de gastos financieros, fiscalidad internacional, precios de transferencia, principio de libre competencia.

ABSTRACT

Nowadays, thin capitalization is one of the hot topics in international taxation, since it is used to shift profits from one country to another in order to minimize tax expenses, as OECD has recently acknowledged in its BEPS project.

In that sense, this paper begins offering some principles on taxation related to the thin cap issue, such as: justice, efficiency, equity, and so on.

Right after that, it continues analyzing Spanish current legislation on the matter, highlighting 2012 reform. In this part, rules and case law are described in deep detail, so we achieve a profound knowledge of the task at hand.

In a way that completes the picture, this essay also lays out how various jurisdictions deal with thin cap (focusing in particular on G8 countries), offering different solutions to the same challenge. This is a comparison that enriches the analysis and provides a wider view.

Lastly, based on the points above, some conclusions are drawn on thin capitalization, its feasible remedies and the road ahead.

Keywords: Thin capitalization, interest deduction, international taxation, transfer pricing, arm's length principle, ALP, Multinationals, MNE, Spain thin cap rules, Spanish taxation, earnings stripping, profit shifting, BEPS.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
ALP	<i>Arm's Length Principle</i> (principio de competencia)
DGT	Dirección General de Tributos
EBITDA	<i>Earnings before interest, tax, depreciation and amortization</i> (beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones)
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
RDL	Real Decreto-Ley
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

1. INTRODUCCIÓN

En el presente documento se analiza la regulación de la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de los gastos financieros derivados del endeudamiento en que incurren las sociedades y, en particular, las empresas multinacionales.

Dicho análisis es preciso enmarcarlo en el contexto económico vigente en gran parte de las economías nacionales, caracterizado por elevados déficits presupuestarios. Estos déficits ponen el foco de atención en todas aquellas partidas presupuestarias de ingresos que han sufrido los mayores deterioros en los últimos años.

En el caso particular de España, la espectacular caída de recaudación por el impuesto sobre los beneficios empresariales, desde los aproximadamente 45.000 millones de euros que recaudó en el año 2007 a los apenas 17.000 millones de euros que rindió en el ejercicio 2011, ha provocado que se estudie con especial atención las posibles causas de tal pérdida de ingresos públicos. Este acusado descenso en la recaudación resulta especialmente llamativo si lo comparamos con la evolución de otros impuestos que, si bien ha sido desfavorable, ha disminuido en mucha menor medida que la del tributo que nos ocupa¹.

Por las circunstancias anteriores, se ha debatido con especial interés sobre las causas de esta elevada pérdida en la recaudación del Impuesto sobre Sociedades y, entre ellas, considero como una de las más relevantes las distintas estrategias de planificación fiscal agresiva nacidas al albor del proceso de globalización y maduras en la última década. Dentro de dichas estrategias, destacan aquellas a las que tienen acceso primordialmente las empresas que operan desde distintas jurisdicciones fiscales, como pueden ser las relativas a los precios de transferencia y al apalancamiento vinculado (*thin cap* o *earnings stripping*, en terminología anglosajona).

En relación con dicha planificación agresiva, la Comisión Europea recientemente ha emitido una Recomendación² en la que invita a los Estados miembros de la Unión Europea a la adopción de determinadas disposiciones en sus normativas, al objeto de combatir los efectos perniciosos de este tipo de prácticas sobre las bases imponibles y sobre el mercado interior.

En este sentido, la Comisión advierte que la persistencia de dichas situaciones puede provocar un falseamiento de los flujos de capitales en el mercado interior, lo que perjudica el buen funcionamiento del mismo y erosiona las bases imponibles de los Estados miembros. Al mismo tiempo, proporciona una interesante definición al considerar como planificación fiscal agresiva aquella práctica consistente en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, pudiendo adoptar diversas formas.

Si bien tradicionalmente la planificación fiscal se ha considerado como una práctica legítima, la globalización de las economías ha propiciado la transmutación de esta planificación perfilándose cada vez más sofisticada y agresiva, extendiéndose por varias soberanías fiscales. Por ello, la propia Comisión tiene en cuenta las dificultades de los Estados miembros para proteger sus bases imponibles nacionales, debido fundamentalmente a la dimensión transfronteriza de las estructuras de planificación fiscal y al aumento de movilidad de capitales y personas.

Esta preocupación en el ámbito internacional por la erosión de bases imponibles y su traslado a jurisdicciones de trato favorable se ha manifestado igualmente en el documento emitido por la OCDE³ en febrero del presente año relativo al proyecto BEPS (*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*), en el cual se hace referencia explícita a casos concretos de planificación fiscal agresiva, detallando su funcionamiento.

Merece la pena destacar que las anteriores reflexiones distan de ser un descubrimiento efectuado recientemente por eruditos en la materia sino que, lamentablemente, por su magnitud y trascendencia, han pasado ya a formar parte de la cultura popular.

¹ Datos obtenidos del Informe anual de recaudación tributaria de la AEAT, año 2011. http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_Anuales_de_Recaudacion_Tributaria/Ejercicio_2011/Informe_completo_IAR_2011.pdf.

² Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE), DOUE de 12 de diciembre de 2012.

³ Vid. OECD (2013), "Addressing Base Erosion and Profit Shifting", OECD Publishing, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>.

En efecto, en los últimos tiempos se han hecho públicas y notorias, a través de su difusión por los distintos medios de comunicación, las presuntas prácticas fiscales de determinados grupos multinacionales, iconos de la globalización social, cultural y económica, cuyos negocios gozan de prosperidad exponencial y pingües beneficios, pese a lo cual su factura fiscal por el impuesto sobre beneficios resulta simbólica.

Resulta obvio que dichas empresas se benefician sobremanera de costosos servicios públicos. Utilizan y sacan provecho de las infraestructuras y del capital humano de las economías en las que operan, capital subvencionado por el sector público. Si bien la implantación de estos grupos empresariales en el país resulta muy positiva en términos de creación de empleo y riqueza, la aportación que realizan a las arcas públicas en ocasiones no es proporcional ni al uso que realizan de los bienes y servicios públicos ni al beneficio que obtienen de ello. Por el contrario, las rentas del trabajo se ven mermadas para sufragar lo que las rentas del capital y los beneficios empresariales deberían haber contribuido.

Por ello precisamente podría aventurarse que se trata de un fenómeno de gran escala, posiblemente el próximo tras la globalización: la adquisición de conciencia sobre esta injusticia de carácter tributario, que se convierte en una verdadera injusticia social, y el surgimiento de una política concertada a escala internacional que trate de corregirla.

Dentro de estas prácticas de planificación fiscal agresiva, podrían encuadrarse las relativas a la subcapitalización, o endeudamiento excesivo entre entidades vinculadas con el objeto de reducir la carga tributaria global, que constituyen el foco del presente trabajo.

2. FUNDAMENTOS

2.1. Consideraciones iniciales

Si bien la subcapitalización puede definirse y estudiarse desde distintos puntos de vista como el contable, el mercantil o el económico, a los efectos que nos ocupa, que son los tributarios, lo relevante a considerar es si la normativa fiscal influye en las decisiones de financiación de las empresas, es decir, si por motivos tributarios estas se han financiado vía deuda en lugar de vía capital. En otras palabras, si por una finalidad de mero ahorro fiscal, la empresa se ha endeudado en exceso con otra entidad vinculada, distorsionando las decisiones económicas con finalidades elusorias y vulnerando el principio de plena competencia en el que se basa la normativa interna e internacional sobre operaciones entre empresas asociadas.

Por ello, consideraremos desde esta perspectiva que una empresa está subcapitalizada si, basándose en motivos de índole fiscal, al objeto de maximizar su beneficio mundial neto de impuestos (del grupo multinacional, se entiende), ha alterado sustancialmente su estructura financiera, endeudándose en exceso.

El fenómeno descrito puede manifestarse en innumerables formas como, por ejemplo: un endeudamiento excesivo con otra empresa del grupo residente en un territorio de baja tributación o en un territorio de fiscalidad ventajosa para los intereses; intereses que son tratados como dividendos en el Estado de la filial prestamista; bases negativas próximas a caducar en la filial prestamista; o casos extremos como adquisiciones de participaciones intragrupo que son meras reordenaciones patrimoniales financiadas con préstamos vinculados.

2.2. Principios tributarios

Para analizar las cualidades de toda norma, resulta de utilidad contar previamente con una serie de principios o virtudes con los cuales poder contrastar la misma en función de su mayor o menor adecuación a dichos parámetros.

La mayor parte de estos principios han sido consagrados normativamente, teniendo en cuenta, como establece la LGT, que los tributos podrán ser instrumentos de política económica general⁴.

⁴ Artículo 2.º Concepto, fines y clases de los tributos.

Por ello, con la finalidad de realizar juicios de valor sujetos a unos cánones preestablecidos, se ofrecen seguidamente unos principios y condicionantes relevantes a la hora de analizar la normativa jurídica que regula la subcapitalización y las limitaciones a la deducción fiscal de intereses.

El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica es uno de los pilares de toda economía desarrollada, considerando que la seguridad es un elemento fundamental a la hora de evaluar y acometer posibles proyectos de inversión. Es por ello que la inversión, verdadero motor del desarrollo y crecimiento económico, puede verse afectada por situaciones de incertidumbre provocadas por regímenes tributarios inestables que no garanticen la fiabilidad de las estimaciones de retornos netos, una vez deducido el efecto impositivo.

En el caso particular de los gastos financieros, la regulación jurídica de posibles límites a su deducción en el impuesto sobre los beneficios de las sociedades tendrá un efecto directo en la rentabilidad de la inversión.

Por todo lo anterior, disponer de una regulación estable, que no genere riesgos innecesarios, constituye un factor determinante a la hora de atraer inversión exterior y, por tanto, a la hora de favorecer el crecimiento económico, lo que a su vez redundará en la reducción del déficit público.

Justicia: el principio del beneficio y la capacidad de pago

Resulta obvio, y nadie lo discute, que los impuestos deben inspirarse en criterios de justicia. Lo que no es tan obvio es qué debe entenderse por “justicia” como tal. A este respecto, surgen dos principios que, como no puede ser de otro modo, también cabe relacionar con la materia que nos ocupa.

Así, desde un punto de vista hacendístico, en primer lugar cabe hacer referencia al principio del beneficio, en cuya virtud cada contribuyente debería contribuir a la Hacienda Pública en función de los beneficios que percibe de la misma, en forma de servicios públicos. Dicho principio es plenamente aplicable a las normas de subcapitalización, pues no resultaría de justicia que las multinacionales instalasen sus filiales en determinados países, beneficiándose de una serie de servicios sufragados a costa del erario público y, al tiempo, vacíen sus bases imponibles del impuesto sobre beneficios a través de endeudamientos excesivos.

Por otra parte, nos encontramos con el principio de capacidad de pago, que también sería aplicable a la materia de la subcapitalización. De hecho, la sociedad cada vez entiende menos que una empresa obtenga elevados beneficios derivados de su actividad en un país y no contribuya en proporción a los mismos, acogiéndose a estrategias de planificación fiscal internacional vedadas “al común de los mortales”.

Este principio, junto con el de igualdad, se refleja en el ámbito jurídico en el artículo 31 de la Constitución Española al disponer que *“todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”*.

El principio de eficiencia

Junto a los criterios de equidad, debe hacerse referencia a los de eficiencia, pues de poco serviría gozar de un sistema justo idealmente que produjese distorsiones en el funcionamiento de los merca-

1. Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

2. Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.

Artículo 3.º Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario.

1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.

2. La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios.

dos tales que mermasen considerablemente el crecimiento económico y, por ende, los recursos públicos.

En lo que respecta a la subcapitalización, un sistema que permite la deducción de intereses está introduciendo una distorsión en la decisión de los agentes económicos a la hora de elegir entre las alternativas de financiación, vía capital o vía deuda.

Igualmente es preciso valorar, a la hora de diseñar una norma, de un lado, los costes de cumplimiento de la misma para el contribuyente, que podrían ser excesivos y, de otro, los costes en que incurrirá la Administración para vigilar que la misma se cumpla. Estos últimos costes, en caso de ser inasumibles, podrían provocar la indeseable transmutación del hecho imponible definido en una suerte de imposición sobre la honradez del contribuyente, lo cual es, además de ineficiente, inaceptable desde un punto de vista de justicia social.

Neutralidad

El principio de neutralidad implica, por una parte, la reducción de discriminaciones entre agentes económicos y, por otra, la eliminación de interferencias y distorsiones en sus decisiones de inversión, es decir, que las mismas no se vean alteradas por motivos fiscales.

Este principio, a través de su corolario de libertad de establecimiento, ha provocado, como se verá, la modificación de varias legislaciones europeas por entender el TJUE que las mismas eran discriminatorias.

2.3. Condicionantes y paradigmas en el ámbito internacional

Relacionado con lo anterior, es preciso considerar el hecho de que la configuración de la normativa nacional estará condicionada por la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJUE al interpretarla y aplicarla. Por ello, toda propuesta de reforma habrá de ser consecuente, además de con los principios anteriormente enunciados, con el Derecho Comunitario.

Dentro de dicho ordenamiento cabe destacar el principio de libertad de establecimiento enunciado actualmente en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 43 del TCE), en cuya virtud quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.

Por otra parte, como paradigmas que también condicionarán las distintas normativas de subcapitalización, podemos hacer alusión a la doctrina del fondo sobre la forma, a la doctrina del motivo económico y al principio de competencia o *Arm's length principle* (ALP).

De esta forma, no resulta complicado encontrar manifestaciones de los anteriores paradigmas que gobiernan la fiscalidad internacional en nuestra propia normativa interna. Así, en primer lugar, la doctrina del fondo sobre la forma tiene reflejo en el artículo 13 de la LGT, relativo a la calificación, en cuya virtud las obligaciones tributarias se exigirán en función de la naturaleza del acto, independientemente de la forma dada por las partes, o en el artículo 16 de la LGT, relativo a la simulación, conforme al cual el hecho gravado será el efectivamente realizado⁵.

Por lo que respecta a la doctrina del motivo económico, puede encontrarse manifestación del mismo en la actual configuración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, artículo 15 de la LGT, o en el nuevo apartado 14.1.h) del TRLIS, que tendremos ocasión de analizar posteriormente.

⁵ Artículo 13. Calificación.

Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.

Artículo 16. Simulación.

- 1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.*
- 2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.*
- 3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente.*

Por último, en relación con el ALP, principio inspirador de la normativa sobre operaciones vinculadas (artículo 16 del TRLIS) y precios de transferencia, el mismo es el criterio a seguir en otros países, como veremos, sin perjuicio de que sea aplicable en nuestro país vía artículo 16 del TRLIS o vía artículo 9 del Convenio de doble imposición, como posteriormente se argumentará.

3. REGULACIÓN INTERNA

3.1. Antecedentes y evolución normativa

La evolución de la norma específica de subcapitalización, residenciada históricamente en el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, ha sido fruto de la acomodación al entorno económico, al derecho comparado, a los convenios para evitar la doble imposición y al Derecho comunitario.

Esta regla de subcapitalización fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que añadió el apartado 9 al artículo 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que establecía que "*cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y relacionada con ella (...), exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos*".

Posteriormente, se produjo una reforma en la cláusula de escape a la ratio fija al objeto de ajustar dicho artículo a los convenios para evitar la doble imposición, en particular al imperio del principio de libre competencia en las operaciones vinculadas, y de evitar medidas discriminatorias.

La Ley 24/2001 dio nueva redacción al artículo 20 de la Ley del Impuesto, en el sentido de permitir la apertura del procedimiento para establecer un coeficiente de subcapitalización distinto del legalmente establecido, cualquiera que sea el territorio de residencia del prestamista, exceptuando paraísos fiscales, y eliminar la condición de reciprocidad.

La otra gran modificación del artículo, operada por la Ley 62/2003, en vigor desde el 1 de enero de 2004, se deriva de la sentencia del TJUE *Lankhorst-Hohorst*⁶, que declaró contraria al Tratado de la Comunidad Europea la norma alemana de subcapitalización, en aquel entonces similar a la española. En particular, estableció que la misma era discriminatoria y vulneraba la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Considerando lo anterior, y con el objeto de acomodarse al Derecho comunitario, se excluyó del ámbito de la norma el endeudamiento procedente de otros Estados miembros de la Unión Europea, si bien perfectamente podría haberse optado, para alcanzar la neutralidad deseada, por la inclusión también del endeudamiento vinculado interno o nacional.

De esta forma, la redacción vigente del artículo 20 de la Ley del impuesto hasta la reforma de 2012 es la siguiente:

Artículo 20. Subcapitalización.

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

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. 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.

⁶ Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.



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

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

3.2. Reforma operada por el Real Decreto-Ley 12/2012 y por el Real Decreto-Ley 20/2012

La falta en la práctica de una norma específica efectiva de subcapitalización, los numerosos casos regularizados a través de normativa general antiabuso y el alarmante descenso en la recaudación hacían que viniese anticipándose una reforma sustancial en el régimen de deducibilidad de los gastos financieros.

Finalmente, tras las muchas cábalas realizadas por la doctrina, la reforma ha consistido, básicamente, en la eliminación del límite basado en la estructura de balance, que en la práctica apenas se aplicaba al no operar dentro de la Unión Europea, su sustitución por un límite objetivo general de los gastos deducibles en función del beneficio y la tipificación de un gasto no deducible para atajar las operaciones que se estaban realizando en fraude de ley. En definitiva, se establecen nuevas cláusulas antiabuso de carácter específico.

3.2.1. Gasto no deducible: operaciones tipificadas en el artículo 14.1.h) del TRLIS

El Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, añade una nueva una nueva letra “h” en el apartado 14.1 del TRLIS, quedando de la siguiente forma:

Artículo 14. Gastos no deducibles.

“1. No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

(...)

h) Los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones”.

3.2.1.1. Antecedentes y justificación

En la última década se ha reproducido de manera ostentosa, en el seno de la planificación fiscal de determinados grupos multinacionales, un esquema fraudulento consistente en el endeudamiento con entidades del grupo, frecuentemente localizadas en territorios de baja tributación, ya sea general o en particular respecto de los intereses, destinado a la adquisición de participaciones asimismo a empresas del grupo.

Dichas operaciones suponían una mera reordenación de carteras, pues carecían de motivación económica racional alguna, más allá del importante ahorro fiscal para el grupo, derivado de la indebida deducción de intereses en sede de la entidad prestataria residente, intereses que gozaban de una menor tributación en el país de la entidad prestamista.

Dicho esquema ha venido combatiéndose acudiendo a las normas antiabuso de carácter general como el fraude de ley o su sucesor, el conflicto en la aplicación de la norma. Pues bien, el Real Decreto-Ley 12/2012 tipifica este tipo de operaciones y las presume abusivas, en el sentido de negarles la posibilidad de deducción de los gastos financieros asociados. Así, su exposición de motivos ya avanza que *“(…) se establece el carácter no deducible para aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil, y destinados a la realización de determinadas operaciones entre entidades que pertenecen al mismo grupo, respecto de las cuales se venía reaccionando por parte de la Administración Tributaria (...)”.*

Si estas operaciones ya estaban siendo regularizadas con sólidos fundamentos por la Administración desde hace varios años, y considerando el elevadísimo importe de las actas de inspección resultantes, se plantea, por una parte, el motivo por el cual se ha redactado la nueva norma y, por otra, en caso de ser necesaria, la justificación de la tardanza en su introducción.

De hecho, habrá quienes quieran entender que la nueva norma viene a resolver una laguna en el ordenamiento, de tal forma que las regularizaciones administrativas realizadas con anterioridad a la reforma estarían carentes de fundamento legal. Sin embargo, no parece ser este el criterio acertado, entre otras razones porque, si bien el resultado final es el mismo, la negación de la deducibilidad de los intereses, la norma introduce una novedad, que es la presunción de abuso. Así, al amparo de la normativa anterior, la Administración tenía la carga de probar que el conjunto de operaciones no tenía una motivación económica, siendo esta únicamente fiscal, a los efectos de justificar la existencia de un fraude de ley o un conflicto en la aplicación de la norma tributaria. A partir del RDL 12/2012, el abuso se presume para este tipo de operaciones tipificadas en la norma, si bien cuenta con una cláusula de escape a estas gravosas consecuencias, en base a la cual se exceptiona la limitación para el caso de que el contribuyente acredite la existencia de motivos económicos válidos. Es decir, se invierte la carga de la prueba del carácter artificioso o no de las operaciones.

A este respecto es preciso hacer referencia, por la gran trascendencia que tienen, a las sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de febrero y 21 de febrero de 2013, las primeras resoluciones del Poder Judicial que deciden sobre el fondo del asunto. Ambas sentencias desestiman totalmente las pretensiones de los demandantes al impugnar las resoluciones del TEAC, confirmando las regularizaciones de la Administración Tributaria sobre las operaciones concretas a que se refiere el nuevo artículo 14.1.h).

3.2.1.2. Los gastos no deducibles

Una cuestión de gran relevancia práctica es la determinación de los gastos no deducibles, estableciendo la norma que serán aquellos derivados de deudas destinadas a la adquisición de participaciones o a la realización de la aportación.

Por esta referencia al destino de la deuda, será necesario localizar y establecer una relación entre las adquisiciones y la misma, entre la inversión y la financiación. No obstante, dicha correspondencia no siempre se percibirá de una forma clara y precisa, siendo la casuística ilimitada.

En este sentido, podría argumentarse que una parte importante de la carga de la prueba, muy vinculada también a la justificación de la motivación de las operaciones, sigue teniéndola la Administración.

3.2.1.3. La motivación económica

En cuanto a la justificación de la motivación económica por parte del contribuyente, si bien la exposición de motivos carece de efecto normativo vinculante, la misma pretende aclarar que el inciso final del 14.1.h) *“permite su inaplicabilidad, en la medida que las operaciones sean razonables desde la perspectiva económica, como pueden ser supuestos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros, o bien aquellos supuestos en que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde el territorio español”*.

Al margen de los numerosos interrogantes que podrían plantear las expresiones transcritas (cómo se determina la consecuencia directa, qué se considera por auténtica gestión, etc.), no se aprecia la utilidad de esta referencia en la exposición de motivos. Adicionalmente, cabría plantearse si se admiten otros motivos económicos válidos, más allá de los que recoge la exposición de motivos.

Otra cuestión de capital importancia siempre que se hace referencia a la motivación económica es la de discernir si el ahorro fiscal podría considerarse un “motivo económico válido”, tal y como se ha alegado en ocasiones. No obstante, una interpretación teleológica de la norma excluiría de raíz dicha posibilidad.

3.2.1.4. La doble imposición

Es claro y no ofrece dudas que la limitación a la deducibilidad de los intereses producida por el nuevo apartado introducido en el artículo 14 es susceptible de generar doble imposición, tanto interna como

internacional, en el sentido de que, probablemente, los intereses tributarán como renta en sede de la entidad prestamista.

Adicionalmente, y a diferencia de otras vías para corregir la subcapitalización, como podrían ser el recurso al conflicto en la aplicación de la norma o la simulación (artículos 15 y 16 de la LGT, respectivamente), o al artículo 16 del TRLIS, regulador de las operaciones vinculadas, el presente artículo no prevé modo alguno de eliminar la doble imposición.

Así, cuando aplicamos las normas generales antiabuso, los efectos tributarios deberán ser los propios de los negocios realmente realizados. Igualmente, el artículo 16 del TRLIS contiene un procedimiento específico para combatir la doble imposición. En todo caso, habrá quien argumente que tampoco sería excesivamente reprochable el hecho de que un entramado perfeccionado con el único objeto de elusión fiscal recibiese, en aquellos casos en que fuese descubierto por la Administración, la carga adicional del sufrimiento de la doble imposición.

3.2.2. *Nuevo artículo 20 del TRLIS: límite general objetivo*

El RDL 12/2012 cambia por completo la norma de subcapitalización residenciada en el artículo 20 del TRLIS, sustituyéndolo por una limitación general a la deducción de los gastos financieros, aplicable al apalancamiento entre empresas vinculadas, pasando por obra del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, a ser de aplicación general al endeudamiento, vinculado o no. Por otra parte, habrá que tener en consideración los criterios interpretativos contenidos en la Resolución de la Dirección General de Tributos de 16 de julio de 2012⁷.

La redacción actual del artículo 20, tras las anteriores reformas, es la siguiente:

Artículo 20. Limitación en la deducibilidad de gastos financieros.

“1. Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por 100 del beneficio operativo del ejercicio.

A estos efectos, se entenderá por gastos financieros netos el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo, excluidos aquellos gastos a que se refiere la letra h) del apartado 1 del artículo 14 de esta Ley.

El beneficio operativo se determinará a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio determinado de acuerdo con el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado, y adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, siempre que se correspondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que, o bien el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por 100, o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 6 millones de euros, excepto que dichas participaciones hayan sido adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no resulten deducibles por aplicación de la letra h) del apartado 1 del artículo 14 de esta Ley.

En todo caso, serán deducibles gastos financieros netos del período impositivo por importe de 1 millón de euros.

Los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los períodos impositivos que concluyan en los 18 años inmediatos y sucesivos, conjuntamente con los del período impositivo correspondiente, y con el límite previsto en este apartado.

2. En el caso de que los gastos financieros netos del período impositivo no alcanzaran el límite establecido en el apartado 1 de este artículo, la diferencia entre el citado límite y los gastos financieros netos del período impositivo se adicionará al límite previsto en el apartado 1 de este artículo, respecto de la deducción de gastos financieros netos en los períodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos, hasta que se deduzca dicha diferencia.

⁷ Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades (BOE del 17 de julio de 2012).

3. Los gastos financieros netos imputados a los socios de las entidades que tributen con arreglo a lo establecido en el artículo 48 de esta Ley se tendrán en cuenta por aquellos a los efectos de la aplicación del límite previsto en este artículo.

4. Tratándose de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal, el límite previsto en este artículo se referirá al grupo fiscal.

No obstante, los gastos financieros netos de una entidad pendientes de deducir en el momento de su integración en el grupo fiscal se deducirán con el límite del 30 por 100 del beneficio operativo de la propia entidad.

En el supuesto de que alguna o algunas de las entidades que integran el grupo fiscal dejen de pertenecer a este o se produjera la extinción del mismo, y existieran gastos financieros netos pendientes de deducir del grupo fiscal, estos tendrán el mismo tratamiento fiscal que corresponde a las bases imponibles negativas del grupo fiscal pendientes de compensar, en los términos establecidos en el artículo 81 de esta Ley.

5. Si el período impositivo de la entidad tuviera una duración inferior al año, el importe previsto en el párrafo cuarto del apartado 1 de este artículo será el resultado de multiplicar 1 millón de euros por la proporción existente entre la duración del período impositivo respecto del año.

6. La limitación prevista en este artículo no resultará de aplicación:

a. A las entidades de crédito y aseguradoras. No obstante, en el caso de entidades de crédito o aseguradoras que tributen en el régimen de consolidación fiscal conjuntamente con otras entidades que no tengan esta consideración, el límite establecido en este artículo se calculará teniendo en cuenta el beneficio operativo y los gastos financieros netos de estas últimas entidades.

A estos efectos, recibirán el tratamiento de las entidades de crédito aquellas entidades cuyos derechos de voto correspondan, directa o indirectamente, íntegramente a aquellas, y cuya única actividad consista en la emisión y colocación en el mercado de instrumentos financieros para reforzar el capital regulatorio y la financiación de tales entidades.

b. En el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad, salvo que la misma sea consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII de esta Ley, o bien se realice dentro de un grupo fiscal y la entidad extinguida tenga gastos financieros pendientes de deducir en el momento de su integración en el mismo”.

3.2.2.1. Justificación y antecedentes

Como ya se ha señalado, el artículo 14.1.h) niega la deducibilidad de los gastos financieros derivados de determinadas operaciones, con motivo de que las mismas se habían reproducido de forma indeseablemente reiterada y ostentosa, con la finalidad, se presume, de cortar de raíz el problema, mientras que el actual artículo 20 no encuentra antecedente alguno, más allá del Derecho comparado, como tendremos ocasión de comprobar más adelante.

De esta forma, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012, en relación con el nuevo artículo 20, señala que “favorece de manera indirecta la capitalización empresarial y responde, con figuras análogas a nuestro derecho comparado, al tratamiento fiscal actual de los gastos financieros en el ámbito internacional”. Por otra parte, también la exposición de motivos configura la nueva limitación como una norma de imputación temporal, al estilo de la vigente para bases imponibles negativas.

Por otra parte, no se explicita en el Real Decreto-Ley 20/2012 motivación relativa al aspecto más llamativo de la reforma de este artículo, que es la consistente en un viraje en el fundamento de la norma, al extender su aplicación más allá de las operaciones entre empresas vinculadas y afectar a todo tipo de relaciones.

De esta forma, el artículo 20 pasa de ser una norma particular de operaciones vinculadas a ser un límite objetivo general, de ser presidido por el *Arm's Length Principle* a configurarse al margen del mismo. No sólo amplía el campo de actuación, sino que, lo que en términos cualitativos es más relevante, desvirtúa su naturaleza y, por tanto, su finalidad.

3.2.2.2. Ámbito subjetivo

Además de la modificación ya apuntada, en el sentido de ampliar su ámbito de aplicación al no limitarse al endeudamiento entre empresas vinculadas, el apartado exceptúa de su ámbito subjetivo a las entidades de crédito y aseguradoras y a las que se extingan.

Las anteriores exclusiones se encuentran justificadas, en cuanto a las entidades de crédito y las aseguradoras, por la especial composición de sus balances y, en cuanto a las entidades que se extingan, por la propia configuración temporal del límite, que haría carente de sentido una limitación en el último período impositivo de existencia, al devenir el diferimiento en irrecuperable.

3.2.2.3. La base del límite de deducción: el beneficio operativo

El beneficio se calcula a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias determinado de acuerdo con la normativa contable de aplicación, eliminando las amortizaciones, la imputación de subvenciones, el deterioro y el resultado por enajenaciones de inmovilizado. Es decir, es una suerte de EBITDA.

Con la finalidad de equiparar el tratamiento de las entidades *holding* con el resto de entidades, que no incluyen en su resultado de explotación las participaciones en beneficios, se adicionará a la cuantía anterior los dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que el valor de adquisición sea superior a los 6 millones de euros, o bien el porcentaje de participación sea al menos del 5 por 100.

A esta base fiscal calculada a partir de magnitudes contables se aplicará el porcentaje del 30 por 100, obteniendo el límite correspondiente (cuyo exceso será acumulable durante 5 años).

3.2.2.4. La deducción a limitar: los gastos financieros netos

Se entenderá por gastos financieros netos el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo, excluidos aquellos gastos a que se refiere el artículo 14.1.h).

En contraposición a la magnitud anterior, el TRLIS no establece lo que debe entenderse por gasto financiero, materia en la que la Resolución de la DGT establece una serie de criterios interpretativos.

3.2.2.5. La doble imposición

Un aspecto que resultará controvertido es que este artículo 20 crea una doble imposición, tanto interna como internacional, pues limita la deducción de intereses en sede de la prestataria, pero no prevé posibilidad de ajuste bilateral por la tributación de esos mismos intereses por parte del prestamista.

En todo caso, al tratarse de un límite objetivo general, resultaría harto complicada la asignación de esos intereses por los que se tributa doblemente a un determinado préstamo y, por tanto, la corrección de dicha doble imposición, aun en el caso de que se estableciese un mecanismo al efecto.

Adicionalmente, dicha doble imposición no es contraria a las disposiciones de los convenios bilaterales ni altera la distribución de la potestad tributaria entre los Estados. En efecto, al no tratarse de un ajuste entre partes vinculadas, ni producir discriminación (trata por igual a residentes y no residentes), cumple con los preceptos de los convenios y del Derecho de la Unión Europea.

Sin perjuicio de lo anterior, podría cuestionarse la solicitud de un procedimiento amistoso de acuerdo con la previsión del artículo 25.3 del Modelo de Convenio de la OCDE (artículo 8.2.c. del Reglamento), si bien la probabilidad de transitar por dicha vía es más bien escasa, al margen de los problemas de índole práctica que seguidamente mencionaremos. En definitiva, no parece que la vía del amistoso pudiese ser una solución para esta doble imposición.

Nótese en este aspecto la relevancia que ha tenido la modificación operada por el Real Decreto-Ley 20/2012, al extraer al artículo 20 del ámbito de las operaciones vinculadas y el ALP, otorgando alcance general a su mandato. Por este motivo, se podría denegar la iniciación de un amistoso y, en todo caso, no cabría tampoco la aplicación del Convenio de Arbitraje (artículo 4).

3.2.2.6. Criterios interpretativos de la DGT

En relación con el nuevo artículo 20 del TRLIS, la Dirección General de Tributos, en su Resolución de 16 de julio de 2012, ha considerado acordes a Derecho determinados criterios interpretativos, los cuales se exponen de forma resumida a continuación⁸.

- Concepto de gastos financieros e ingresos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios

El límite a la deducibilidad de gastos financieros regulado en el artículo 20 del TRLIS se basa en el exceso de aquellos sobre los ingresos financieros de la entidad que se correspondan con ingresos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios.

En primer lugar, resulta importante destacar que la limitación establecida en el artículo 20 del TRLIS actúa sobre el gasto financiero que no está sometido a otras limitaciones de la Ley como puede ser la de aquellos gastos financieros considerados no deducibles por aplicación del artículo 14.1.h) del TRLIS. Asimismo, se deberán tener en cuenta los ajustes sobre gastos o ingresos financieros que pudieran resultar por aplicación de la normativa relativa a precios de transferencia, de acuerdo con el artículo 16 del TRLIS.

Tal y como señala la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012, la limitación establecida en el artículo 20 del TRLIS trata de favorecer indirectamente la capitalización empresarial, a través de la limitación del efecto fiscal del uso de la financiación ajena. De lo que se deduce que, tanto los gastos como los ingresos que se deben tomar en consideración a los efectos de la aplicación del límite establecido en el artículo 20 del TRLIS, han de estar relacionados con el endeudamiento empresarial. Por ello, los gastos financieros que deben tenerse en cuenta a los efectos del artículo 20 del TRLIS son aquellos derivados de las deudas de la entidad con otras entidades del grupo o con terceros, en concreto, los incluidos en la partida 13 del modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias del PGC⁹, cuentas 661, 662, 664 y 665, como son los intereses de obligaciones y bonos, los intereses de deudas, los dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros o los intereses por descuento de efectos y operaciones de *factoring*, teniendo en cuenta, de acuerdo con lo establecido por la normativa contable, el efecto de los costes de emisión o de transacción de las operaciones.

Se incluirán, por tanto, los intereses implícitos que pudieran estar asociados a las operaciones y las comisiones relacionadas con el endeudamiento empresarial que, de acuerdo con las normas contables, formen parte del importe de los gastos financieros devengados en el período impositivo. No se incluirán, sin embargo, aquellos gastos financieros que sean objeto de incorporación al valor de un activo, con arreglo a las normas contables, por cuanto su imputación efectiva al resultado del ejercicio y, por ende, a la base imponible de la entidad, se realiza a través de la amortización del activo, estando sometido a los límites establecidos en el artículo 11 del TRLIS. Tampoco se incluirán, por no estar relacionados con el propio endeudamiento empresarial, los gastos financieros por actualización de provisiones.

Los mismos criterios resultan de aplicación en relación con los ingresos financieros que minoran los gastos financieros para determinar el importe de los gastos financieros netos, como son los ingresos de valores representativos de deuda o los ingresos de créditos. Es decir, se tendrán en cuenta aquellos ingresos que procedan de la cesión a terceros de capitales propios, recogidos en la partida 12 del modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias, cuentas 761 y 762.

Por otra parte, aun cuando desde el punto de vista contable existen determinados conceptos que no se incluyen como gasto o como ingreso financiero, resulta necesario matizar:

a) Deterioro de valor de créditos. En el supuesto de que un derecho de crédito sea objeto de deterioro de valor, la parte del deterioro que se corresponda con los intereses devengados y no cobrados debe verse afectada por la limitación a la deducibilidad de gastos financieros recogida en el artículo 20 del TRLIS, por cuanto precisamente dichos intereses han tenido la consideración de ingreso financiero.

⁸ Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades. En dicha Resolución se fijan determinados criterios interpretativos, acompañados de hasta 14 ejemplos ilustrativos de la aplicación casuística del artículo 20 del TRLIS.

⁹ Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

b) Diferencias de cambio. Con carácter general, las diferencias de cambio no deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la limitación en la deducibilidad de gastos financieros, por cuanto las mismas no tienen la consideración contable de gasto o ingreso financiero, en los términos anteriormente expuestos. No obstante, debe establecerse una excepción respecto de aquellas diferencias de cambio que se encuentran directamente vinculadas con el endeudamiento a que se refiere el artículo 20 del TRLIS. Así, aquellas diferencias de cambio que se integren en la cuenta de pérdidas y ganancias del período impositivo y que deriven de cualquier endeudamiento que se encuentre afectado por la aplicación del artículo 20 del TRLIS, aun cuando desde el punto de vista contable no figuran recogidas como gastos o ingresos financieros, lo cierto es que no deben desvincularse, a estos efectos, del tratamiento fiscal que recibe la propia deuda afectada por dicha diferencia de cambio, con el objeto de que esta limitación se establezca de forma unitaria sobre todo el endeudamiento, incluyendo aquellas partidas que estén directamente vinculadas con aquel, incluso si contablemente están desagregados en diferentes partidas de la cuenta de pérdidas y ganancias.

c) Coberturas financieras. La misma interpretación debe realizarse en relación con las coberturas financieras vinculadas al endeudamiento, aunque no se recojan contablemente en cuentas de gastos o ingresos financieros.

d) Contratos de las cuentas en participación. Desde el punto de vista contable, la participación del partícipe no gestor tiene la condición de activo financiero derivado del endeudamiento, de acuerdo con la Norma de Registro y Valoración 9.^a, registrándose en cuentas del grupo 4 de la quinta parte del Plan General de Contabilidad, relativa a Definiciones y relaciones contables, y no como una participación en capital. De lo que cabe desprender que los resultados positivos o negativos que corresponden al partícipe no gestor deben asimilarse desde el punto de vista fiscal, a efectos de la aplicación de lo establecido en el artículo 20 del TRLIS, a ingresos o gastos financieros, tanto en sede del partícipe gestor como en sede del partícipe no gestor, debiendo, por tanto, incluirse en la limitación establecida en dicho artículo. En consonancia con lo señalado, dichos resultados no deben formar parte del beneficio operativo, puesto que el mismo no debe incluir componentes de tipo financiero.

— Ingresos financieros de sociedades *holding* y concesionarias

Existen determinadas entidades que, por las características propias de su actividad, incluirían ingresos financieros de los señalados anteriormente dentro del beneficio operativo, dado que los criterios contables determinan que esos ingresos financieros forman parte del importe neto de la cifra de negocios. No obstante, la DGT interpreta que el hecho de que determinados ingresos financieros se presenten, desde el punto de vista contable, como integrantes del importe neto de la cifra de negocios, no debe desvirtuar la propia naturaleza financiera de estos ingresos, por lo que una interpretación razonable del beneficio operativo definido en el artículo 20 del TRLIS debe considerar que el mismo está al margen de cualquier componente financiero.

Este es el caso de las entidades *holding*, de manera que aquellos ingresos financieros devengados procedentes de la financiación concedida a las entidades participadas no se considerarán como parte integrante del beneficio operativo, sino que minorarán los gastos financieros de la entidad a los efectos de determinar el importe de los gastos financieros netos.

Igualmente, aquellas entidades concesionarias de infraestructuras públicas que contabilicen la contraprestación de los acuerdos de concesión como un derecho de cobro, es decir, como un activo financiero, se encuentran afectadas por la consideración de los rendimientos que dicho activo genera como integrantes del importe neto de la cifra de negocios, de manera que no computarían como ingresos financieros. De la misma manera que se ha señalado anteriormente, en este caso, y teniendo en cuenta que el tratamiento de este activo como activo financiero se basa en que, en sustancia, la entidad concesionaria está concediendo un crédito a la Administración Pública que no incluye más riesgo que el puramente financiero y que el beneficio operativo debe estar al margen de cualquier efecto financiero, cabe concluir que los ingresos financieros que genera este activo deben minorar los gastos financieros de la entidad concesionaria.

— Beneficio operativo

El artículo 20 del TRLIS calcula el beneficio operativo a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, en el que no se tienen en cuenta amortizaciones, imputaciones de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, deterioros y resultados de enajenaciones

de inmovilizado, conceptos que figuran recogidos en el modelo de cuentas de pérdidas y ganancias. A este resultado se adicionan los dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por ciento de participación, o bien su valor de adquisición sea superior a 6 millones de euros.

La adición al beneficio operativo de dividendos o participaciones en beneficios de determinadas entidades tiene como una de sus finalidades equiparar el tratamiento de las entidades *holding* con el del resto de entidades, con el objeto de no discriminar a aquellas entidades en las que los dividendos o participaciones en beneficios no se incluyen en el importe neto de la cifra de negocios por el simple hecho de realizar otras actividades distintas de las correspondientes a una *holding*.

Por otra parte, la exclusión de los dividendos o participaciones en beneficios de aquellas entidades cuyas participaciones han sido adquiridas con deudas que generan unos gastos financieros que han dado lugar a la aplicación del artículo 14.1.h) del TRLIS debe entenderse de aplicación mientras subsistan las deudas señaladas, pero no una vez que las deudas han sido amortizadas en su totalidad.

- Determinación de la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en los grupos de consolidación fiscal¹⁰

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 20 del TRLIS, en el supuesto de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal, el límite relativo a la deducibilidad de gastos financieros netos se referirá al grupo fiscal.

En el caso de grupos de consolidación fiscal, la base imponible del grupo se determina mediante la suma de las bases imponibles individuales de las entidades del grupo, las eliminaciones, las incorporaciones que corresponda realizar y la compensación de las bases imponibles negativas del grupo fiscal. Ello significa que cada entidad del grupo fiscal es ajena a su participación en el mismo a la hora de determinar su base imponible, de manera que, solo a partir del momento en que se produce la suma de bases imponibles de las entidades que conforman el perímetro de consolidación fiscal, el grupo es tratado a efectos fiscales como tal.

No obstante, el artículo 20 del TRLIS establece una excepción a dicha regla general, de forma que en el cálculo de la base imponible individual de cada entidad deberán tenerse en cuenta los gastos financieros netos que resulten deducibles por aplicación del límite del 30 por ciento del beneficio operativo o de 1 millón de euros, determinado a nivel del grupo fiscal.

Lo anterior supondrá calcular los gastos financieros netos del grupo fiscal, los cuales estarán limitados por el 30 por ciento del beneficio operativo del mismo, determinado a través de los estados contables consolidados del grupo fiscal, o bien por el importe de 1 millón de euros.

Esto significa que los gastos financieros netos que quedan sometidos a la limitación del artículo 20 del TRLIS son aquellos que el grupo fiscal tiene respecto de terceros, pero no aquellos que son objeto de eliminación, precisamente porque carece de sentido técnico someter a limitación unos gastos financieros que no son reales para el grupo fiscal, en la medida en que se ostenta con otra entidad que también pertenece a este. Asimismo, el beneficio operativo del grupo fiscal deberá tener en cuenta todas las eliminaciones que corresponda realizar, tanto las correspondientes a partidas intragrupo, como las de resultados por operaciones internas, así como sus incorporaciones, siempre que se refieran a operaciones que se incluyen en el propio beneficio operativo.

Por todo lo anterior, en el supuesto de que los gastos financieros netos del grupo fiscal superen el importe de 1 millón de euros y el 30 por ciento del beneficio operativo del grupo fiscal, existirán gastos financieros no deducibles que deberán distribuirse entre las distintas entidades que forman parte del grupo fiscal, con el objeto de que cada entidad del grupo determine sus gastos financieros netos deducibles a la hora de calcular su base imponible individual.

Al respecto, la DGT considera que la distribución de los gastos financieros no deducibles debe realizarse, en primer lugar, entre aquellas entidades en las que sus gastos financieros netos, individualmente considerados, excedan del 30 por ciento de su propio beneficio operativo, en proporción a

¹⁰ La tributación de los grupos de consolidación fiscal se encuentra regulada en los artículos 64 a 82 del TRLIS. Dicha consolidación se configura como un régimen voluntario que únicamente afecta a entidades residentes, por lo que no tiene lugar entre las distintas filiales nacionales de los grupos multinacionales.

todos los excesos que, sobre dicho límite individual, tengan las entidades del grupo, siempre teniendo en cuenta su pertenencia al grupo fiscal. Es decir, serán no deducibles, en primer lugar, los gastos financieros que excedan del 30 por ciento del beneficio operativo de cada entidad individualmente considerada, pero teniendo en cuenta su pertenencia al grupo de consolidación fiscal.

Esto significa que tanto los gastos financieros netos como el beneficio operativo de cada entidad son los que esta aporta al grupo de consolidación fiscal, es decir, teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones que dicha entidad tiene a nivel de grupo fiscal. Así, los gastos financieros netos de la entidad que forma parte del grupo serán aquellos que no son objeto de eliminación posterior por su integración al grupo fiscal. Igualmente, el beneficio operativo de la entidad individual deberá tener en cuenta las eliminaciones e incorporaciones de dicha entidad en el seno del grupo fiscal y que afecten a dicho beneficio operativo.

En el supuesto en que el importe de los gastos financieros netos no deducibles del grupo sean superiores a todos los gastos financieros netos excedentarios sobre el 30 por ciento del beneficio operativo de cada entidad, de existir todavía gastos financieros netos no deducibles, estos se distribuirán entre todas las entidades, de manera proporcional a sus correspondientes gastos financieros netos, una vez descontados los ya considerados como no deducibles.

Por otra parte, en el caso de sociedades que se incorporen a un grupo con gastos financieros pendientes de ejercicios anteriores, se aplicará un doble límite. De esta forma, dichos gastos resultarán deducibles solo en el supuesto en que el grupo no haya alcanzado el límite del 30 por ciento del beneficio operativo o del importe de 1 millón de euros. Asimismo, será necesario que la propia entidad que se incorpora no tenga gastos financieros del período impositivo que superen el 30 por ciento de su beneficio operativo, aplicándose, por tanto, un doble límite, el propio del grupo de consolidación fiscal y el de la propia entidad individual. En cualquier caso, el beneficio operativo de la entidad individual deberá tener en cuenta las eliminaciones e incorporaciones que correspondan por su pertenencia al grupo, a efectos de calcular su límite individual en relación con los gastos financieros generados con carácter previo a su incorporación al grupo de consolidación fiscal.

Relacionado con lo anterior es destacable que, cuando existan gastos financieros pendientes de deducir de períodos impositivos anteriores, generados tanto por el propio grupo como por una entidad con carácter previo a su incorporación al mismo, no existe orden de prelación respecto de su aplicación, de manera que el grupo, una vez deducidos los gastos financieros del período impositivo, determinará cuáles deduce con anterioridad.

De manera similar a lo visto, para el caso de entidades que se incorporan a un grupo de consolidación fiscal con beneficio operativo, de períodos impositivos anteriores a dicha incorporación, pendiente de utilizar en la deducción de gastos financieros, el beneficio operativo “remanente” se utilizará solo por dicha entidad, una vez que se haya producido, en su caso, la distribución de gastos.

En el caso en que alguna entidad del grupo fiscal deje de pertenecer al mismo y existan gastos financieros netos pendientes de deducir del propio grupo, dicha entidad asumirá el derecho a la deducción de aquellos gastos financieros netos que le resulten imputables, conforme a las reglas de distribución que se han señalado previamente.

De igual forma, si el grupo fiscal tiene beneficio operativo pendiente de utilizar en la deducción de gastos financieros netos, la entidad que deje de pertenecer al grupo asumirá aquella parte del beneficio operativo que le corresponda, en la medida en que hubiese contribuido a su formación.

Asimismo, relacionado con las circunstancias que pueden producirse derivadas de la tributación consolidada, cabría reflexionar sobre el cálculo del deterioro de valor de la participación en entidades que forman parte de un grupo de consolidación fiscal. A efectos fiscales, el artículo 12.3 del TRLIS establece que, a la hora de calcular el deterioro deducible, la diferencia positiva entre los fondos propios iniciales y finales será corregida por los gastos no deducibles. En este supuesto, la DGT interpreta que, puesto que la entidad participada pertenece a un grupo de consolidación fiscal español, esta circunstancia debe tenerse en cuenta a todos los efectos, de manera que el posible deterioro de valor de la participación en dicha entidad deberá calcularse incrementando los fondos propios existentes al cierre del ejercicio, en su caso, por el importe de aquellos gastos financieros no deducibles que tenga la entidad participada, considerando su pertenencia a un grupo de consolidación fiscal, en lugar de considerar como no deducibles aquellos gastos financieros que corresponderían a la entidad participada con ocasión de la aplicación del citado artículo, sin tener en cuenta su pertenencia al grupo fiscal.

3.2.2.7. Valoración

Como valoración global de la medida, podría afirmarse que el artículo 20 ha dejado de ser una norma antisubcapitalización para pasar a ser una medida que potencia la recaudación efectiva inmediata. Dicha aseveración se basa en dos razonamientos.

Primero: el fundamento ya no es el exceso de apalancamiento vinculado, sino un límite objetivo general en función del beneficio. Por consiguiente, premia a las empresas con alta capacidad de beneficios y castiga a aquellas con baja capacidad, así como a aquellas cuyo sector se financie mayoritariamente con deuda, que soportarán elevados costes financieros. En este sentido, la medida no dejaría de tener un cierto matiz regresivo. Todo ello, independientemente de que exista o no endeudamiento que esté más próximo al ALP, como digo, y de que el mismo se haya localizado o no en territorio nacional con la finalidad de vaciar bases y trasladarlas a territorios de menor tributación, que es el problema de fondo.

Segundo: la no deducibilidad es, en principio, temporal, al diferirse el importe no deducido a los ejercicios siguientes. En efecto, podría darse el caso de un endeudamiento dirigido cuyos efectos se viesen limitados al operar el límite en un ejercicio y pudiéramos pensar que la norma ha sido eficaz, y que en ejercicios subsiguientes los mismos gastos financieros fuesen objeto de deducción por gozar de un beneficio elevado.

Sin embargo, el límite objetivo no debería entenderse como un *safe harbour* para la empresa, pues el mismo no perjudica la aplicación de los restantes medios con que cuenta la Administración para combatir la planificación fiscal agresiva.

3.3. Vías para afrontar la subcapitalización

Actualmente existen distintas vías previstas en la normativa española, distintas medidas antielusión, para regularizar la subcapitalización, ya sean de carácter general o particular.

El presente apartado se dedica al estudio de dichas vías, incidiendo en el punto de vista de la práctica tributaria, para lo que se hará referencia, como no puede ser de otra forma, a distintos pronunciamientos jurisprudenciales, relativos a los enfrentamientos entre los contribuyentes y la Administración. Como se verá, aunque la subcapitalización internacional es la más relevante a efectos de elusión fiscal, con el fin seguramente de vacunarse frente a posibles reproches de discriminación, determinadas normas serán aplicables igualmente a operaciones nacionales.

3.3.1. *Adquisiciones intragrupo de participaciones financiadas con fondos del grupo.*

Por su notoriedad en la práctica administrativa tributaria a lo largo de la última década, merece la pena atender en primer lugar a aquellas operaciones por las que, en palabras del TEAC¹¹, “(...) se ha creado artificialmente una estructura en la que se llevan a cabo unas reubicaciones de cartera intragrupo carentes de contenido patrimonial real, y que, por el contrario, están destinadas a propiciar una aparente necesidad de endeudamiento, cuyos intereses vacían de contenido la base imponible del grupo en España (...)”.

Este tipo de operaciones constituyen meras reubicaciones de participaciones dentro del grupo multinacional, en las que las deudas contraídas por la sociedad española no suponen la utilización efectiva de dichos fondos por la misma, sino un mero flujo circular interno que genera, artificialmente, una notoria carga financiera que consume las bases nacionales.

En estos supuestos, son tres los elementos que se integran como definidores del propósito de elusión fiscal, a saber: operaciones intragrupo (tanto de endeudamiento como de “inversión”), ausencia de sustancia económica, y notorio efecto fiscal, concretado en la minoración de bases imponibles a través de la deducción de los gastos financieros.

Hasta la reforma de 2012, dichas operaciones se han ido combatiendo por la Administración Tributaria principalmente acudiendo primero a la figura del fraude de ley, recogida en el ámbito tributario en el artículo 13 de la Ley 230/1963, General Tributaria, hasta su derogación, y posteriormente al conflicto en la aplicación de la norma tributaria del artículo 15 de la vigente LGT.

¹¹ Fundamento de Derecho 10 de la Resolución del TEAC de 17 de mayo de 2007.

Si bien, como establece la exposición de motivos de la LGT, la figura del conflicto en la aplicación de la norma sustituye la regulación del fraude de ley, dichas figuras antielusión conducen a distintos cauces procedimentales, cuyo análisis en este punto carece de interés, los efectos de ambos procedimientos son sustancialmente idénticos: regularización, gravando el hecho imponible eludido, sin que proceda la exigencia de sanción tributaria.

Por su parte, el criterio del TEAC al respecto de este tipo de operaciones ha quedado plasmado en numerosas resoluciones, como son las de 17 de mayo de 2007 y la de 25 de junio de 2009. Así, el ente revisor, al respecto de la corrección formal en estos casos, ha determinado que¹²:

“(...) precisamente esta irreprochabilidad formal es lo que, atendido todo lo anteriormente expuesto, corrobora la existencia de fraude. Las operaciones llevadas a cabo, en términos utilizados por el Tribunal Constitucional, no violan directamente el ordenamiento jurídico, pero utilizan las vías ofrecidas por las propias normas tributarias de una forma que no se corresponde con su espíritu para alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal (...)”.

A la hora de configurar el fraude a la ley tributaria, adquiere relevancia notable la determinación de la norma eludida o defraudada, residenciada en el general artículo 4 del TRLIS¹³, relativo al hecho imponible del impuesto¹⁴:

“(...) la norma defraudada consiste en el propio artículo 4 de la LIS, toda vez que el grupo español, sujeto pasivo a tenor del artículo 79.1 de la LIS [65 del TRLIS], no ha tributado por los beneficios reales obtenidos en España, por lo que, en terminología del Tribunal Supremo, a través de los mecanismos, artificios o ardidés extensamente expuestos, se ha contrariado el espíritu de la norma, dejando de cumplir con el deber general de contribuir con arreglo a la capacidad económica (...)”.

En relación con el carácter artificioso de las operaciones calificadas en fraude de ley, el TEAC distingue en este sentido de la simulación¹⁵:

“(...) se ha creado artificiosamente una estructura en la que se llevan a cabo unas reubicaciones de cartera intragrupo carentes de contenido patrimonial real, y que, por el contrario, están destinadas a propiciar una aparente necesidad de endeudamiento, cuyos intereses vacían de contenido la base imponible del grupo en España. Aparente, no en el sentido de falso o simulado y tampoco porque no sea perfectamente lícito endeudarse para adquirir algo, sino porque la relación causa-efecto se ha invertido: en realidad la finalidad no es adquirir y para ello se busca el endeudamiento, sino que, al revés, la finalidad es endeudarse, para provocar el pago, asimismo básicamente intragrupo, de unos intereses que reduzcan la carga tributaria de las entidades españolas, y para aparentar la necesidad de dicho endeudamiento se montan los trasvases -compra, ampliación de capital- realizados (...)”.

En cuanto al carácter de las adquisiciones intragrupo y la tan frecuentemente alegada libertad de empresa, el TEAC no deja lugar a duda sobre su posición¹⁶:

“(...) es tan lícito hacer adquisiciones a otras empresas del grupo como hacerlo a terceros, y las empresas son libres para hacerlo, pero no hay que confundir el enfoque de la cuestión pues qué duda cabe que la incidencia no es la misma. No puede pretenderse equiparar adquisiciones que supongan acometer inversiones que conlleven para el Grupo un crecimiento en términos de economía real (o al menos se intente pues por el riesgo inherente pueden concluir en fracaso) o una reducción de costes efectiva, con meros movimientos financieros o flujos intragrupo; y cuando el endeudamiento para llevar a cabo esos movimientos intragrupo apareja las drásticas reducciones de tributación que aquí se cuestionan, rechazar esas meras recolocaciones sin sustrato económico probado no supone en modo alguno poner en tela de juicio la libertad de empresa, como dice la interesada, sino sacar las consecuencias lógicas de unos hechos (...)”.

¹² Fundamento de Derecho 12 de la Resolución del TEAC de 17 de mayo de 2007 y Fundamento de Derecho 8 de la Resolución del TEAC de 25 de junio de 2009.

¹³ Artículo 4 del TRLIS: “1. Constituirá el hecho imponible la obtención de renta, cualquiera que fuere su fuente u origen, por el sujeto pasivo (...)”.

¹⁴ Fundamento de Derecho 12 de la Resolución del TEAC de 17 de mayo de 2007 y Fundamento de Derecho 8 de la Resolución del TEAC de 25 de junio de 2009.

¹⁵ Fundamento de Derecho 10 de la Resolución del TEAC de 17 de mayo de 2007.

¹⁶ Fundamento de Derecho 9 de la Resolución del TEAC de 17 de mayo de 2007 y Fundamento de Derecho 10 de la Resolución del TEAC de 25 de junio de 2009.

Por último, resulta interesante, por sus consecuencias sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la figura y la práctica de la prueba por parte de la Administración, el hecho de que el TEAC no considere esencial y necesaria la prueba de la menor tributación internacional del grupo, sino como una circunstancia más del “montaje”, que se hubiera regularizado igual sin su verificación¹⁷:

“(...) no se grava una renta en España porque los intereses pagados a la del país B tributen o no allí sino porque los beneficios de las operativas españolas dejan de asumir la carga tributaria que les corresponde como consecuencia de un montaje calificado de fraude de ley, en el que se demuestra, sin que se acredite lo contrario, que el endeudamiento forma parte de un entramado de operaciones tendentes exclusivamente a obtener la ventaja fiscal de la reducción de la tributación de las operativas españolas; que los intereses no tributen en País B, como se ha indicado, es una circunstancia más del conjunto pero la calificación y la regularización se hubieran dado igualmente sin ella (...)”.

En apoyo de la anterior doctrina, merece la pena hacer alusión a la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de febrero de 2013 (Fundamento Jurídico Decimosegundo):

“(...) Tal y como recoge la resolución que se revisa <<(...) el fundamento de la calificación de fraude de ley, como ya se ha resaltado, tampoco radica en la minimización de la tributación o, en su caso, no tributación efectiva de los intereses obtenidos por la no residente del Grupo, aunque ello sea un elemento más de convicción (...) sin que la residencia fiscal de dichas entidades ni el régimen fiscal que les resulta aplicable en sus países de residencia sea un elemento decisivo a la hora de calificar dichas operaciones (...)>>”.

Como vimos, el artículo 14.1.h) del TRLIS, introducido por el Real Decreto-Ley 12/2012, establece que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.

Debe precisarse que, a diferencia del régimen transitorio discerniente entre la procedencia del fraude de ley y la del conflicto en la aplicación de la norma, en virtud del cual el criterio determinante para aplicar un procedimiento u otro es el momento de realización de los actos o negocios objeto de fraude¹⁸, el artículo 14.1.h), al hacer referencia a “los gastos financieros devengados en el período impositivo”, se aplicará también a las operaciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del artículo, por la parte de los intereses correspondientes devengados correspondientes a los períodos impositivos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor, el 1 de enero de 2012.

Por tanto, los intereses devengados por una misma operación serían regularizados en virtud de fundamentos jurídicos distintos, si bien este artículo no deja de ser una concreción del criterio administrativo ya consolidado. Únicamente podría argumentarse que, a efectos probatorios, se invierte la carga de la prueba, facilitando potencialmente la actividad investigadora.

3.3.2. Otros tipos de subcapitalización (caso general)

Normas generales antielusión

Como normas antielusión de carácter general podría aludirse a la potestad calificadora administrativa, al conflicto en la aplicación de la norma y a la simulación, figuras reguladas en los artículos 13, 15 y 16, respectivamente, de la LGT.

Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la LGT, titulado “calificación”:

“Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez”.

¹⁷ Fundamento de Derecho 10 de la Resolución del TEAC de 17 de mayo de 2007 y Fundamento de Derecho 17 de la Resolución del TEAC de 25 de junio de 2009.

¹⁸ Disposición Transitoria 3.ª de la LGT, apartado tercero.

Por su parte, el artículo 15, sustituto de la figura del fraude de ley del derogado artículo 24 de la Ley 230/1963, dispone lo siguiente:

"1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones".

Por último, el artículo 16 de la LGT, relativo a la simulación, determina sus efectos regularizadores y consecuencias punitivas, al establecer que:

"1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.

2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.

3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente".

El artículo 16 del TRLIS

Adicionalmente, cabe plantearse, en los casos en que las circunstancias así lo indiquen, la aplicación de la normativa propia de las operaciones vinculadas pues, al fin y al cabo, los préstamos realizados entre empresas de un grupo multinacional constituyen un tipo de las muchas operaciones que pueden darse entre empresas vinculadas.

De esta forma, nos encontramos con el artículo 16 del TRLIS, "operaciones vinculadas", que en su apartado 5, establece que la deducción de los gastos en concepto de servicios entre entidades vinculadas estará condicionada a que los servicios prestados produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario. En su virtud, cabría interpretar que la deducibilidad del gasto correspondiente al servicio financiero estaría supeditada a que el endeudamiento produjese un beneficio, al margen del puramente fiscal, se entiende, es decir, que tuviese una motivación económica racional.

El artículo 9 del Convenio bilateral

Por último, no debe olvidarse otra norma que conforma la legislación interna española, que no es otra que el artículo 9 del Convenio bilateral, en su caso, con el país de la empresa del grupo con la que se haya concertado el endeudamiento. El artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE dispone literalmente lo siguiente:

"Cuando: a) Una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir estas condiciones, y que de hecho no se han producido a causa de las mismas, pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición en consecuencia".

En cuanto a su aplicabilidad, conforme al artículo 96.1 de la Constitución Española, los Convenios bilaterales suscritos para evitar la doble imposición forman parte del ordenamiento jurídico interno¹⁹. Y, adicionalmente, la propia ley reguladora del tributo establece, en su artículo 3, la prevalencia del Convenio sobre la misma²⁰.

Si bien parte de la doctrina considera que el artículo 9 del Modelo de Convenio posee funcionalidad habilitadora y limitadora con respecto a la norma de precios de transferencia, lo cierto es que tanto la norma como los preceptos aludidos son claros y diáfanos al indicar su aplicabilidad directa.

En apoyo de esta tesis, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2009 (Fundamentos de Derecho 4.º y 5.º): *“Considera la actora que el artículo 9 de tales Convenios carece de “aplicabilidad directa” por cuanto no es suficiente que tal precepto reconozca a los Estados la potestad de regularizar los efectos de una operación cuando la misma presente unas condiciones que se aparten de las del mercado, sino que resulta además imprescindible que la Administración se fundamente en las previsiones de su normativa interna para justificar los motivos por los que efectúa la regularización y el método seguido para realizarla. Dicho en otros términos, y por lo que hace a la legislación española, la Administración sólo podía aplicar el artículo 9 citado acudiendo a uno de estos tres expedientes: o el de la simulación (artículo 25 de la Ley General Tributaria), o el del fraude de ley (artículo 24 de dicho texto legal) o el procedimiento de valoración recogido en el artículo 16 de la Ley del Impuesto.*

(...)

La Sala no alberga duda alguna sobre la aplicabilidad al caso de los Convenios Internacionales que nos ocupan. Así se infiere del artículo 96.1 de la Constitución y así lo establece expresamente, en materia tributaria, el artículo 3.º de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre (Impuesto de Sociedades) al señalar que lo previsto en el artículo anterior (referido a la aplicación del impuesto en todo el territorio español) “se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados y Convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno”.

(...)

En definitiva, los Convenios autorizan a regularizar al contribuyente cuando se acredite que la actuación realizada (de la que derivan beneficios o pérdidas con transcendencia tributaria) ha estado exclusivamente determinada por su vinculación con las empresas a las que está asociado, de suerte que pueda colegirse que esa misma operación no habría sido realizada si no concurriera esa vinculación.

La aplicación al caso del precepto en cuestión no aparece supeditada, en contra de lo afirmado en la demanda, a la calificación de la operación de que se trate como “simulada” o “fraudulenta”. Si se constata la ausencia de libre voluntad en el contribuyente, si puede afirmarse que la actividad en cuestión ha estado exclusivamente determinada por la vinculación entre las sociedades y si se infiere claramente –de los datos acreditados– que idéntica operación no habría sido efectuada por sociedades independientes las autoridades fiscales competentes podrán efectuar los ajustes correspondientes y, entre ellos y en lo que hace al caso, la anulación de cualquier efecto fiscal que pudiera derivarse de la operación de que se trate.

Por otra parte, tampoco es una cuestión que dependa de la valoración a la que se refiere el recurrente cuando alude a la necesidad de acudir a los criterios del artículo 16 de la Ley del Impuesto. Lo esencial no es tanto la determinación del importe de la operación o la cuantía de la misma, sino la constatación fehaciente de que se ha realizado –o no– en condiciones ajenas a la libre competencia.

(...)

En definitiva, la cuestión nuclear que subyace es la de si esa misma operación hubiera sido o no realizada por sociedades independientes y en condiciones de libre mercado, pues en caso de constatar-se tal circunstancia habría que concluir que los Convenios Internacionales citados habilitan a la Administración Tributaria a efectuar la regularización del contribuyente en los términos efectuados en las resoluciones impugnadas”.

¹⁹ Artículo 96.1 de la Constitución Española: *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (...)”.*

²⁰ Artículo 3 del TRLIS: *“Lo establecido en esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno, de conformidad con el artículo 96 de la Constitución Española”.*

Dicha sentencia ha sido confirmada recientemente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012, que añade:

“La recurrente sostiene en el motivo con abundante cita doctrinal la imposibilidad de aplicar directamente el Modelo de Convenio.

Por lo pronto había de distinguirse entre el Modelo de Convenio y los Convenios efectivamente celebrados. Así como la aplicación de aquél necesitará la legislación interna no es dudosa la aplicación, en nuestro derecho, de los Convenios suscritos, por la elemental razón de que los mismos conforman nuestra legislación interna.

En cualquier caso, es evidente que la Administración ha hecho uso de las normas antielusivas que el artículo nueve del Convenio de Doble Imposición contiene lo que constituye nuestro derecho interno.

Ha de subrayarse, además que el poder de calificación que el artículo 28 de la L.G.T. previgente atribuía a la Administración habilitaba a esta, a la vista de los hechos expuestos, a dictar el acto impugnado”.

Por otra parte, es destacable el pronunciamiento de la misma Sentencia del Alto Tribunal en relación con un aspecto frecuentemente alegado en recursos y reclamaciones ante las liquidaciones de la Inspección: *“el no uso por la Administración de un procedimiento agravado, el simulatorio, no puede convertirse en una ventaja para el simulador”.*

3.3.3. Recapitulación

En definitiva, se ha derogado el régimen específico antisubcapitalización y se ha sustituido por una limitación objetiva temporal de la deducibilidad de los gastos financieros, aplicable tanto entre empresas vinculadas como con terceros, sin cláusula de escape. En cuanto al resto de resortes jurídicos para acomodar la deducción de los gastos financieros a Derecho, cabe entender que no se ha producido modificación sustancial causada por la reforma.

Así, habrá que valorar, para cada caso concreto, la posibilidad de acudir a las medidas generales como el conflicto, la simulación, o la facultad de calificación que ostenta la Administración ex artículo 13 de la LGT.

Igualmente, habría que someter las operaciones al test del artículo 16 del TRLIS, relativo a las operaciones vinculadas. Y ello, si cabe, con más razón todavía desde la modificación del 2012, pues la limitación de deducibilidad de gastos financieros del artículo 20 ya no está basada en criterios de vinculación y ALP, por lo que, en su caso, habría que acudir directamente a dicho artículo con el fin de preservar el cumplimiento de tal principio.

En apoyo de lo anterior y de la tesis de que los artículos 20 y 14.1.h), medidas específicas de limitación de la deducibilidad de los gastos financieros, en modo alguno excluyen la aplicación de otras medidas, la Resolución de la DGT interpretativa del artículo 20 del TRLIS²¹ señala lo siguiente:

“Como consideración preliminar, debe señalarse que la limitación establecida en el artículo 20 del TRLIS actúa sobre el gasto financiero que no está sometido a otras limitaciones de la Ley como puede ser la de aquellos gastos financieros considerados no deducibles por aplicación del artículo 14.1.h) del TRLIS. Asimismo, se deberán tener en cuenta los ajustes sobre gastos o ingresos financieros que pudieran resultar por aplicación de la normativa relativa a precios de transferencia, de acuerdo con el artículo 16 del TRLIS”.

Es decir, que las limitaciones de la Ley sobre la deducibilidad de gastos financieros no se circunscriben al estrecho campo de los artículos 20 y 14.1.h) del TRLIS y que, en particular, se deberá tener en cuenta el artículo 16 del TRLIS.

En última instancia, en el caso de que fuera aplicable un Convenio, podría acudirse, en su caso, a lo dispuesto en su artículo 9, en cuya virtud los beneficios que habrían sido obtenidos por la filial española, de no estar relacionada financieramente en condiciones que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, pueden ser sometidos a imposición.

A continuación se ofrece un cuadro sinóptico de las distintas vías existentes para regularizar la subcapitalización en el ordenamiento jurídico español, en el bien entendido que las mismas no resultan

²¹ *Ibidem.*

excluyentes entre sí. Como dato complementario, se indica para cada vía la susceptibilidad, caso de darse los elementos necesarios para ello, de ser sancionada o no la conducta determinante de la regularización.

FIGURA	NORMA	SANCIÓN
Subcapitalización ratio fija balance	20 TRLIS (hasta 2011)	SÍ
Límite objetivo general del 30 %	20 TRLIS (desde 2012)	SÍ
Fraude de ley	24 ALGT	NO
Conflicto en la aplicación de la norma	15 LGT	NO
Calificación	13 LGT	SÍ
Simulación	16 LGT	SÍ
Operaciones vinculadas	16 TRLIS	SÍ
Convenio bilateral	9 C	SÍ

4. ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO

Al margen del obvio interés doctrinal a efectos de evaluación y diseño de política fiscal, el estudio de la normativa específica de subcapitalización de distintas jurisdicciones tiene una doble utilidad: primero, para las empresas, en orden de realizar una correcta planificación fiscal internacional; y, segundo, para las Administraciones tributarias, al objeto de disponer de una comprensión ajustada a la realidad de la tributación global de las distintas operaciones y esquemas desarrollados por las multinacionales y, por tanto, de los posibles ahorros fiscales no amparados por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, en el presente apartado se ofrece una aproximación a la normativa específica vigente en una serie de países de gran peso y relevancia política y económica a nivel mundial, países que como grupo se han dado a conocer como el G8.

4.1. Alemania

En Alemania la norma de subcapitalización establecía tradicionalmente una limitación a la deducción de intereses en función de un ratio deuda/capital de 1,5:1 (3:1 para *holdings*), de forma similar al establecido en España en su día.

En el caso *Lankhorst-Hohorst*, el TJUE determinó que la norma de subcapitalización germana vulneraba la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 43 del TCE, siendo discriminatoria para los no residentes. Por ello, el legislador alemán modificó la norma ampliando su ámbito de aplicación, incluyendo en el mismo a las empresas vinculadas residentes. No obstante, parece que la discriminación persistía, al ser tratados los intereses recalificados como dividendos de forma distinta para los residentes y para los no residentes. Por esto, desde el 1 de enero de 2008, el ratio de balance se sustituye por un límite general sobre los intereses deducibles. De acuerdo con la nueva norma, se establece que los intereses financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por 100 de la base imponible "EBITDA", es decir, antes de intereses, impuestos, deterioros y amortizaciones. De esta forma, se produce un cambio de un ratio basado en estructura de balance a un ratio fundamentado en la relación entre gastos y beneficio en la estructura de la cuenta de resultados.

Por otra parte, se establece un mínimo exento de dicho límite de 3 millones de euros, que podría operar como *safe harbour*. Y el exceso de intereses no deducibles por la aplicación del límite del 30 por 100 será deducible en ejercicios futuros, sin límite temporal alguno, siempre que se respete el porcentaje en el ejercicio en cuestión. En cuanto al exceso proporcional de EBITDA sobre intereses, en aquellos casos en que los intereses sean inferiores al 30 por 100, el mismo podrá incrementar la base del límite en el futuro, aumentando el EBITDA en los 5 años siguientes.

Como puede apreciarse de la descripción realizada, la norma germana vigente desde el 2008 resulta similar a la aprobada recientemente en España tras la reforma. No obstante, existe una diferencia fundamental que distingue una norma de la otra, que es la del ámbito de aplicación y que, en última instancia, provocará que sean dos normas radicalmente distintas desde un punto de vista conceptual.

En efecto, en la norma de subcapitalización alemana, el límite a la deducibilidad de intereses es únicamente aplicable a empresas vinculadas pertenecientes al mismo grupo, tal como se define en la norma. Es decir, en Alemania sigue vigente una norma de subcapitalización en sentido estricto, considerando como tal la que pretende corregir los excesos de endeudamiento vinculado, mientras que en España se ha adoptado un límite objetivo general ajeno a tales consideraciones.

Otra diferencia destacable con la norma española es que, en la alemana, se establece una cláusula de escape, en virtud de la cual si el ratio capital/activo de la empresa es igual o superior al del grupo multinacional, no se aplica el límite del 30 por 100. Adicionalmente, como regla de flexibilidad, se permite un margen del 2 por 100 sin que entre en acción el límite sobre los intereses. Al margen de estas cláusulas, el límite solo se aplicará si un porcentaje superior al 10 por 100 del pasivo se debe a endeudamiento con personas o entidades vinculadas. En estos casos en los que no opera el límite, como es lógico, no se generará EBITDA trasladable a ejercicios futuros a efectos de la aplicación de la norma.

Esta segunda diferencia entronca nuevamente con la filosofía que debería impregnar toda norma de subcapitalización, que es la de frenar endeudamientos vinculados que desvirtúen la realidad económica por finalidades puramente de elusión fiscal. Por ello, cuando resulta obvio que el elevado apalancamiento no se debe a motivos fiscales sino que resulta similar al del grupo mundial, en principio no debería operar limitación a la deducibilidad de los intereses correspondientes, pues los mismos obedecerían a motivos económicos y no fiscales. Por otra parte, cuando casi la totalidad de su endeudamiento es con terceros, no parece probable que se haya tratado de utilizar el endeudamiento vinculado como parte de una planificación fiscal agresiva, por lo que tampoco tendría mucho sentido limitar la deducibilidad de los intereses.

Por consiguiente, si bien por coincidencia del porcentaje y de la base del mismo habría a quien nuestra norma de subcapitalización vigente le recordase a la alemana, nada tiene que ver la una con la otra ni en su fundamento, ni en su naturaleza ni, lo que es más relevante, en sus efectos.

4.2. Reino Unido

En el Reino Unido, las normas de subcapitalización tradicionales fueron puestas en tela de juicio por el TJUE en el caso *Thin Cap Group*²². Cuando los intereses se recalificaban como dividendos, la norma otorgaba un tratamiento más favorable si el prestamista también era residente en Reino Unido, por lo que se discriminaba a los no residentes, y el TJUE determinó que se vulneraba la libertad de establecimiento garantizada en el artículo 43 del TCE. En cambio, actualmente, en el Reino Unido, las normas de subcapitalización se subsumen en la regulación de los precios de transferencia, por lo que podría afirmarse que carecen de una norma de subcapitalización específica.

Al remitirse a la normativa general de operaciones vinculadas, regirá plenamente el principio de competencia o ALP. De acuerdo con la norma británica, una empresa estará subcapitalizada a efectos fiscales si tiene más deuda de la que podría obtener de terceros no vinculados²³, y en tales casos se podrá limitar la deducibilidad de los intereses. Por tanto, será necesario determinar, en primer lugar, cuál es el importe máximo que un prestamista independiente habría facilitado a la empresa, siendo el mismo el que cumpliría el ALP, lo que se conoce como la doctrina del banquero independiente. Al basarse en el ALP, no se establecen exenciones, refugios seguros ni cláusulas de escape a la norma.

Un aspecto interesante en relación con la configuración de la norma es que identifica el ALP con el importe máximo de deuda que podría obtener en el mercado mientras que, como vimos, la norma germana establecía una cláusula de escape referenciada al grado de apalancamiento del grupo mundial (y Japón, como se verá, hace referencia a otras empresas del sector). Considerando lo anterior, si las empresas normalmente no se endeudan todo lo que podrían, es decir, si su nivel de deuda es inferior a su capacidad²⁴, la norma inglesa sería excesivamente permisiva, pues no atajaría plenamente la subcapitalización, persistiendo margen para que las multinacionales estableciesen estrategias que minorasen sus bases imponibles en el Reino Unido.

²² *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

²³ "(...) when it has excessive debt in relation to its arm's length borrowing capacity, leading to the possibility of excessive interest deductions" -HMRC International Manual.

²⁴ Varios estudios demuestran que las empresas no están todo lo apalancadas que podrían por diversas causas: control, imprevistos, flexibilidad, etc.

Adicionalmente, desde el año 2009, se introduce en el Reino Unido una nueva restricción a la deducibilidad de gastos financieros conocida como la *Worldwide Debt Cap* que, en términos generales, opera cuando la deuda de la residente británica es superior a la deuda mundial del grupo multinacional con terceros.

4.3. Italia

En Italia, al igual que en Alemania, se sustituyó el ratio deuda/capital por un límite en función de los beneficios a partir del año 2008. También como en dicho país, el límite se fijó en el 30 por 100 del EBITDA. No obstante, pueden destacarse tres diferencias con la norma germana.

En primer lugar, el ámbito de aplicación del límite excede el del endeudamiento vinculado, siendo aplicable a la totalidad de los gastos financieros netos, deriven de préstamos del grupo o no. En segundo lugar, en Italia el 30 por 100 se aplica sobre el resultado determinado conforme a las normas contable italiana, y no sobre la base imponible como en Alemania. Y, en tercer lugar, no se establece una cláusula de escape como en Alemania, que impida aplicar el límite general objetivo en función de criterios acordes con el principio de competencia.

Por otra parte, a los efectos de la aplicación de estas reglas, el EBITDA podrá incluir el resultado de una filial extranjera si se cumplen una serie de condiciones, siendo la principal que tenga, directa o indirectamente, más del 50 por 100 del capital de la filial.

De acuerdo con la descrita configuración, se aprecia claramente una mayor similitud de la norma española con la italiana que con la alemana, principalmente por aplicarse tanto al endeudamiento vinculado como al convenido entre empresas independientes y por carecer de una cláusula de escape en función de la estructura financiera del grupo.

4.4. Francia

La norma de subcapitalización francesa, que se aplica únicamente entre entidades vinculadas, se basa en tres límites:

- (i) un ratio endeudamiento vinculado (incluyendo préstamos *back to back*) en relación con el capital de 1.5:1;
- (ii) los intereses deducibles derivados del endeudamiento vinculado no pueden superar el 25 por 100 de su beneficio antes de impuestos;
- (iii) los intereses pagados a empresas vinculadas no pueden superar los intereses percibidos de dichas empresas.

Los intereses que excedan cualquiera de los tres límites anteriores no serán deducibles, pero podrán deducirse en ejercicios posteriores siempre que los mismos se respeten, reduciéndose cada año un 5 por 100 la cuantía pendiente a trasladar a ejercicios futuros.

Por último, se establece como cláusula de escape o refugio seguro que los gastos financieros serán totalmente deducibles si la filial francesa puede demostrar a las autoridades fiscales que el total de su deuda, vinculada o con terceros, no excede de la deuda total del grupo mundial.

Por otra parte, la norma francesa (como en Holanda, si bien en este caso solo para endeudamiento vinculado) rechaza la deducción de los intereses asociados a la adquisición de instrumentos de patrimonio mediante pasivos financieros, en sentido parecido al artículo 14.1.h) del TRLIS, incluso para el caso de endeudamiento de terceros. No obstante, se configura igualmente una cláusula de escape cuando la estructura financiera de la entidad resulte congruente con la del grupo mundial.

4.5. Estados Unidos

Estados Unidos, junto con Japón, tiene los tipos impositivos nominales más elevados del mundo en su Impuesto sobre Sociedades²⁵. Por ello, no resulta de extrañar la preocupación de sus autoridades fiscales en esta materia, pues los incentivos para erosionar sus bases imponibles serán aún mayores.

²⁵ Japón grava el beneficio de sus sociedades al 40 por 100 y el tipo estadounidense federal es del 35 por 100, al que hay que añadir los tipos estatales. <http://money.cnn.com/2012/03/27/pf/taxes/corporate-taxes/index.htm>



De esta forma, Estados Unidos cuenta con una norma específica de subcapitalización desde 1989, que consiste básicamente en lo siguiente: cuando el ratio deuda/capital excede de 1,5:1 (endeudamiento vinculado), los gastos financieros derivados que superen el 50 por 100 del beneficio ajustado (una suerte de EBITDA), no serán deducibles fiscalmente.

Por tanto, la norma estadounidense combina un ratio de balance con un límite sobre los beneficios, si bien el ratio de balance opera como condición necesaria para que opere el límite, es decir, se convierte un refugio seguro. En este sentido, no es un límite acumulativo como en Francia, sino que es una garantía de deducibilidad de los gastos financieros.

Considerando los elevados tipos, la creciente internacionalización de las economías y la antigüedad de la norma estadounidense, cabría preguntarse si la misma sigue siendo adecuada. De hecho, dada la evidencia y la creciente preocupación sobre el problema de *earning strippings*, la primera Administración Obama formuló diversas propuestas en aras de limitar la deducibilidad de los gastos financieros de las multinacionales, propuestas que no han sido aprobadas hasta la fecha.

4.6. Canadá, Japón y Rusia

Canadá limita la deducibilidad de intereses a través de un ratio de balance deuda/capital de 2:1 desde el año 2001 (previamente el ratio era de 3:1), aplicándose únicamente al endeudamiento vinculado con empresas no residentes.

En 2012 se introdujo una reforma consistente principalmente en restringir más la subcapitalización rebajando el ratio de balance a 1,5:1, por una parte, y en recalificar los intereses no deducibles como dividendos, con su correspondiente retención (en principio, del 25 por 100), por otra.

Por su parte, en Japón la primera norma de subcapitalización japonesa se introdujo en 1992, siendo la última reforma sustancial del año 2006, estableciéndose actualmente un ratio de balance de 3:1, aplicándose al capital y al endeudamiento vinculado con no residentes. No obstante, la regla no entra en funcionamiento en el caso de que no se exceda dicho ratio de balance, calculado globalmente, incluyendo el capital y endeudamiento no vinculado.

Adicionalmente, las empresas tienen la opción de utilizar el ratio de otra empresa japonesa comparable en tamaño del mismo sector, lo que las excluiría de la aplicación del ratio.

Por último, en Rusia las normas de subcapitalización fueron introducidas en el año 2002. En líneas generales, la norma de subcapitalización rusa establece un ratio deuda/capital de 3:1 (12,5:1 para entidades financieras), limitando de esta forma el endeudamiento vinculado, tanto interno como externo. Los intereses derivados del exceso del ratio son considerados dividendos y gravados con una retención del 15 por 100.

No se considera cláusula de escape ni refugio seguro alguno, por lo que es probable que se vulneren las cláusulas de no discriminación incluidas en algunos de sus convenios bilaterales. Actualmente, los reguladores rusos se plantean, en la línea indicada por el proyecto BEPS, la posible conveniencia de introducir el empleo de una norma general antiabuso.

PAÍS	MÉTODO	RATIO	OBSERVACIONES
Alemania	Límite objetivo	30 %	Vinculación Cláusula de escape
Reino Unido	ALP + WWDC	—	Doctrina del banquero independiente
Francia	Límites acumulativos sobre vinculadas	—	Balance 3:1 EBITDA 25% Ingresos por intereses
Italia	Límite objetivo	30 %	Sin vinculación ni cláusula de escape
Estados Unidos	Límite objetivo	50 %	<i>Safe harbour</i> 1,5:1
Japón	Ratios de balance necesarios	3:1	Vinculado y no vinculado
Canadá	Ratio de balance	1,5:1	Exceso: dividendos
Rusia	Ratio de balance	3:1	Exceso: dividendos

5. CONCLUSIONES

5.1. Globalización, imposición sobre beneficios y crisis presupuestaria

Actualmente, la generalidad de las economías desarrolladas se enfrenta a serias dificultades presupuestarias, lo que llega a poner en entredicho el futuro del Estado del Bienestar tal y como lo conocemos hoy día.

En este contexto de crisis, adquiere particular relevancia la merma en los ingresos públicos, en particular por el Impuesto sobre Sociedades, que se ha producido en los últimos años. Dicha merma, al margen de estar obviamente relacionada con la coyuntura económica, tiene que ver igualmente con la internacionalización de la economía en un entorno de intercambios comerciales a nivel globalizado. El surgimiento y la consolidación mundial de los grupos empresariales y la supresión de las fronteras en los mercados de bienes y capitales, unidos a la pervivencia de variadas y variables jurisdicciones fiscales, posibilitan el diseño de novedosas estrategias de planificación fiscal internacional, impensables hace pocos años.

Dicho de otra forma, la conjunción de una economía única global con una gran variedad de soberanías fiscales, cada una con su sistema impositivo, compitiendo por ingresos por distintas vías, favorece el aprovechamiento de las discrepancias impositivas por parte de los grupos multinacionales que, bajo una dirección única, realizan operaciones para desviar de su curso natural las bases imponibles gravadas por el Impuesto sobre Sociedades.

Los resultados de esta planificación fiscal agresiva son frecuentemente difundidos, aludiendo a marcas globalmente reconocidas, sin reparar en el hecho de la existencia de multitud de corporaciones de menor tamaño que aplican los mismos esquemas elusivos con la finalidad de reducir a la mínima expresión su carga impositiva.

5.2. Operaciones vinculadas, subcapitalización y grupos multinacionales

Dentro de las mencionadas estrategias de planificación, cobran especial relevancia las relativas a las operaciones vinculadas o *Transfer Pricing*, dentro de las mismas, pues comparten naturaleza y fundamento, la subcapitalización.

En este sentido, la subcapitalización puede definirse, a los efectos de elusión fiscal, como aquella situación por la que una empresa por motivos puramente tributarios decide endeudarse excesivamente, en comparación con el nivel de endeudamiento que tendría abstrayéndose en su decisión del factor impositivo. Resulta evidente que dichas situaciones se producirán, principalmente, en el seno de grupos multinacionales, los cuales pueden, por poner un ejemplo, apalancar en exceso una filial con elevados beneficios para minorarlos vía intereses fruto de un préstamo concedido por otra filial residente en una jurisdicción fiscal con inferiores tipos impositivos.

Por tanto, resulta que la subcapitalización es un problema principalmente asociado a operaciones vinculadas, en particular a grupos multinacionales. Y, siendo un subtipo de operación vinculada, también puede otorgársele el mismo tratamiento que al resto de operaciones vinculadas, lo que se traduce en la reconducción, con carácter general, en el plano del Derecho positivo vigente, al artículo 16 del TRLIS y 9 del Convenio, en su caso. Por último, de concurrir los elementos necesarios, cabe la posibilidad de acudir a medidas antielusión de carácter general como el fraude de ley, el conflicto en la aplicación en la norma, la calificación o la simulación.

5.3. Tratamiento de la subcapitalización y reforma

Si bien la subcapitalización se encuadra en el ámbito de las operaciones vinculadas, al tratarse de operaciones a priori acotables o delimitables y resultar evidentes sus efectos financieros, tradicionalmente en muchos países se ha tratado de, precisamente, poner coto a estas operaciones.

En primer lugar, a través del establecimiento de ratios de balance que relacionaban deuda con fondos propios para considerar fiscalmente no deducibles o tratar como dividendos los intereses derivados de lo que se consideraba un endeudamiento excesivo. Este sistema es el que se seguía en el artículo

20 del TRLIS, hasta la reforma de 2012. Igual que en otros países del entorno, dicho enfoque, por diversas razones, se demostró incapaz de poner freno a la subcapitalización y fue derogado.

En virtud de la reforma operada por el RDL 12/2012 y el RDL 20/2012, se modifica el artículo 20, sustituyendo el ratio de balance por un límite temporal objetivo sobre el beneficio operativo y ampliando su radio de actuación más allá de las operaciones entre entidades vinculadas, por lo que, podría argumentarse, deja de ser una norma antielusión, teniendo una finalidad claramente recaudatoria.

Y, por otra parte, se añade un nuevo apartado h) al artículo 14.1 del TRLIS, relativo a los gastos fiscalmente no deducibles, dirigido a negar la deducibilidad de los gastos financieros derivados del apalancamiento intragrupo destinado a la adquisición de participaciones asimismo intragrupo sin motivación económica, es decir, de las meras reordenaciones de participaciones. Estas reordenaciones venían regularizándose por la Administración Tributaria acudiendo a las figuras del fraude de ley o del conflicto en la aplicación de la norma, a través de procedimientos que acaban de recibir su primer respaldo por parte de los órganos judiciales²⁶.

No obstante, ambas medidas presentan ciertas características que ofrecen incertidumbre sobre los resultados que alcanzarán. Entre estas, podrían mencionarse las dudas interpretativas sobre algunos de los elementos que las integran, la desnaturalización de la norma, la ineludible doble imposición y, por último, el efecto inducido de merma en la recaudación vía desestimación de proyectos de inversión perfectamente legítimos desde un punto de vista impositivo, al no intervenir ninguna manipulación de bases imponibles.

Este giro de un ratio de balance a un límite objetivo es el que ya realizaron previamente otros países como Alemania, si bien con el matiz de que en Alemania se incluye una cláusula de escape que permite reconducir al principio de plena competencia o *Arm's Length Principle*, siendo este detalle digno de mención.

5.4. Nuevos enfoques

La propia Comisión Europea ha reconocido, como ha quedado patente, el fracaso de los enfoques basados en medidas particulares para enfrentarse a las estrategias de planificación fiscal más agresivas, habida cuenta de la incapacidad de reacción por parte de las distintas soberanías fiscales frente a unos diseños cada vez más complejos, favorecidos por la creciente globalización de la economía.

Ante dicho fracaso, la Comisión recomienda la adopción de una cláusula antifraude general, que alude a supuestos artificiosos o simulados –negándoles sus efectos pretendidos–, y al principio del fondo sobre la forma.

La flexibilidad de estas cláusulas generales es precisamente la característica que puede otorgarles ese plus de dinamismo necesario para combatir un elemento amenazante en constante cambio, en constante mutación, como son las estrategias de planificación fiscal internacional agresiva.

²⁶ Sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de febrero y de 21 de febrero de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

- BOEIJEN-OSTASZEWSKA, O VAN, (2010): *European Tax Handbook 2010*, Amsterdam IBFD, Global Tax series.
- BOKOBO MOICHE, S. y PASCUAL GONZÁLEZ, M. (2010a): “La aproximación de legislaciones en el Impuesto sobre Sociedades: especial referencia a la base consolidada común (parte 1.ª)”, *Crónica Tributaria*, núm. 134/2010.
- (2010b): “La aproximación de legislaciones en el Impuesto sobre Sociedades: especial referencia a la base consolidada común (parte 2.ª)”, *Crónica Tributaria*, núm. 135/2010.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (2010): “La doctrina del TJUE sobre el principio de plena competencia al hilo de la sentencia de la *High Court* británica en el caso *Test Claimants in the Thin Cap*: el test comunitario de los motivos comerciales y sus implicaciones”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 332.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. (director y coordinador) (2009): *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*, CISS, Valencia.
- CORDÓN EZQUERRO, T. (director) (2007): *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- (2010): *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, Centro de Estudios Financieros, Madrid.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (2001): *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. (2011): *Memento Impuesto sobre Sociedades 2011*. Ediciones Francis Lefebvre.
- LUCHENA MOZO, G. M. (2010): “La subcapitalización en la Resolución del Consejo de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) y subcapitalización en la Unión Europea”, *Crónica Tributaria, Boletín de Actualidad*, núm. 7/2010.
- POZA CID, R. y SANTAELLA VALLEJO, M. (2010): “La coordinación de la fiscalidad directa en la Unión Europea”. *Crónica Tributaria*, núm. 137/2010.
- SANZ GADEA, E. (2009): “Medidas antielusión fiscal”, *Documento de trabajo*, núm. 8/09.
- (2010): “La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales”, *Crónica Tributaria*, núm. 136/2010.
- (2011): “El Impuesto sobre Sociedades. ¿Un impuesto en crisis?”, *Crónica Tributaria*, núm. 141/2011.
- (2012a): “Restricción y limitación a la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades”, *Revista Contabilidad y Tributación*, núm. 355.
- (2012b): “La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales. Reflexiones bajo el Real Decreto-Ley 12/2012”, *Crónica Tributaria: Boletín Actualidad*, núm. 6/2012.
- WEBBER, STUART, (2010): “Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey”, *Tax Notes International, Tax Analysis*.