



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Economía y Empresa

Trabajo de
fin de grado

Análisis normativo
y reflexión crítica
sobre la
deducibilidad de
los gastos
financieros

Autora: Karla González Blanco

Tutores: Ignacio Fernández
Fernández y Milagros Sieiro
Constenla

**Simultaneidad del Grado en Administración y
Dirección de Empresas y del Grado en Derecho**
Año 2021

Resumen

La deducción de los gastos financieros fue identificada por la OCDE como una de las prácticas más habituales utilizadas por las multinacionales en la planificación fiscal agresiva. Por esa razón, se elaboraron normas destinadas a la limitación de dicha deducibilidad y a combatir el riesgo fiscal que suponían. A pesar de los esfuerzos de los países por regular este tipo de prácticas, las asimetrías entre ordenamientos jurídicos ofrecían oportunidades a las empresas multinacionales para erosionar sus bases imponibles y trasladar sus beneficios. Con el fin de ofrecer mayor coherencia a nivel internacional, la OCDE publicó una serie de recomendaciones, las cuales serán objeto de descripción en este trabajo, así como las normas europeas y las normas nacionales elaboradas a partir de dichas recomendaciones. Ante las consecuencias en las que pueden derivar este tipo de restricciones fiscales, también se realizará un análisis crítico donde se expongan los aspectos negativos más relevantes a tener en cuenta. Por tanto, en este trabajo se muestran las reglas, tanto internacionales como nacionales, sobre la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros que las empresas multinacionales deben respetar en su tributación y las posibles consecuencias que esto conlleva para ellas.

Palabras clave: limitación a la deducibilidad de los gastos financieros, fiscalidad internacional, Plan BEPS, Acción 4, gastos financieros, impuesto sobre sociedades.

Abstract

The deduction of financial expenses was identified by the OECD as one of the most common practices used by multinationals in aggressive tax planning. For this reason, rules were developed to limit such deductibility and to combat the tax risk involved. Despite the efforts of countries to regulate this type of practice, asymmetries between legal systems provided opportunities for multinational companies to erode their tax bases and shift their profits. In order to provide greater consistency at the international level, the OECD published a series of recommendations, which will be described in this paper, as well as the European rules and the national rules developed on the basis of these

recommendations. In view of consequences that can result from this type of tax restrictions, a critical analysis will also be carried out, exposing the most relevant negative aspects to be taken into account. Therefore, this paper shows the rules, both international and national, on the limitation to the deductibility of financial expenses that multinational companies must respect in their taxation and the possible consequences that this entails for them.

Keywords: limitation on deductibility of financial expenses, international taxation, BEPS Plan, Action 4, financial expenses, corporate income tax.

Índice

Introducción	7
1. La lucha internacional por evitar la erosión de la base imponible	9
2. Acción 4 del Plan BEPS: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de las deducciones en el interés y otros pagos financieros	13
2.1 La importancia de la deducción de intereses en el Plan BEPS.....	13
2.2 Recomendaciones de la OCDE sobre la limitación a la deducibilidad de los intereses.....	15
2.3 Aspectos críticos a resaltar sobre la Acción 4	19
2.4 Incidencia de la nueva regulación de los precios de transferencias en materia de operaciones financieras intragrupo	22
3. Transposición de las reglas de la Acción 4 a la normativa europea	26
4. Tratamiento de los gastos financieros en la legislación española	30
4.1 Concepto de gasto financiero en el Impuesto sobre Sociedades español .	30
4.2 Marco normativo de los gastos financieros que precede a la actual regulación	33
4.3 Reglas generales sobre la limitación de la deducibilidad de gastos financieros y su compatibilidad con la Directiva ATAD.....	36
4.4 Reglas específicas para la deducción de gastos financieros derivados de deudas destinadas a la adquisición de participaciones de entidades.....	40
5. Análisis crítico sobre la repercusión de la normativa fiscal en España	45
Conclusiones	50
Bibliografía	55
Anexo Legislativo	60
Anexo Jurisprudencial	61

Índice de figuras

Figura 1. Distribución de la variedad de normas de limitación de intereses en las jurisdicciones en el año 2019..... 21

Abreviaturas

AIE	Agrupación de Interés Económico
ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive
ATAF	African Tax Administration Forum
ATP	Agressive Tax Planing
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CE	Constitución Española
CFC	Controlled Foreing Company
CIAT	Centro Interamericano de Administraciones Tributarias
DGT	Dirección General de Tributos
EBITDA	Earnings Before Interest Taxes Depreciation and Amortization
EBIT	Earnings Before Interest Taxes
ECOFIN	Consejo de Asuntos Económicos y Financieros
IS	Impuesto sobre Sociedades
LIS	Ley de Impuesto sobre Sociedades
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

Introducción

El alcance de las estrategias empresariales ha experimentado un gran cambio en las últimas décadas gracias al fenómeno de la globalización. La posibilidad de desarrollar una actividad económica en diferentes países del mundo de manera simultánea proliferó la realización de operaciones transfronterizas y provocó la llegada de las empresas multinacionales, consideradas hoy en día como uno de los grandes agentes económicos a nivel mundial.

En su objetivo de maximizar sus beneficios, es fundamental que estas multinacionales consoliden sus resultados en todos los países en los que operan, encaminando sus estrategias globales a la vinculación tanto económica como jurídica y a la eliminación de cualquier tipo de conflicto de intereses que se pueda generar en todas las empresas que abarcan.

Una de las grandes ventajas de las que se sirven estas empresas es la incompatibilidad de las normas de los distintos países en los que se desarrolla su actividad. Cada país cuenta con un tratamiento normativo distinto en material laboral, legal y fiscal, entre otros, y las empresas se aprovechan de ello para alcanzar el máximo rendimiento posible. Sin embargo, en la búsqueda de maximizar sus resultados, en ocasiones se generan perjuicios a los propios países.

En líneas generales, el ámbito fiscal es el más explotado en este contexto. Las empresas se instalan en países cuya tributación es menor con respecto a otros y se sirven de ello para reducir la carga tributaria que soportan. No obstante, el ahorro fiscal del que gozan las empresas equivale a los ingresos fiscales que las Administraciones Tributarias dejan de percibir, situación que se traduce en un gran número de conflictos jurídicos.

El objetivo de este trabajo es analizar uno de los mecanismos más utilizados para obtener ahorros fiscales a través de la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, este es, la deducción de los gastos financieros. En concreto, se tratarán

las normas desarrolladas, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, para limitar dicho mecanismo y se valorará la efectividad de las mismas.

Para ello, en primer lugar, es importante contextualizar el problema de la erosión de las bases imponibles y el traslado de los beneficios a nivel internacional y conocer cómo se intenta combatir a través del Plan BEPS. Seguidamente, se explicará la importancia que tiene la deducción de los gastos financieros en este contexto y las recomendaciones que la OCDE ha incorporado en el Plan BEPS para limitar la deducibilidad de los gastos financieros y hacer frente al riesgo que suponen. También se comentarán aspectos críticos al respecto de la Acción en cuestión y cómo ha afectado a la misma la nueva regulación en materia de precios de transferencia en las operaciones financieras intragrupo.

Una vez abarcado el panorama internacional, se explicará cómo estas recomendaciones han llegado al ordenamiento jurídico europeo, a través de la Directiva ATAD, y al ordenamiento jurídico español. Destinando mayor detenimiento a la normativa española, se tratará la patología del gasto financiero en el Impuesto sobre Sociedades y se expondrá el marco normativo que reguló, desde un principio, la limitación de su deducción, es decir, desde las normas anti-subcapitalización hasta la actual Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Tomando como referencia la información anterior, también se realizará un análisis crítico donde se valorará la finalidad de la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros, así como las posibles consecuencias que se derivan de este tipo de normas fiscales.

Para finalizar el trabajo, se expondrán las conclusiones finales extraídas del desarrollo anterior, destacando los aspectos críticos observados y aportando algunas recomendaciones.

1. La lucha internacional por evitar la erosión de la base imponible

Las estrategias fiscales internacionales desarrolladas por las empresas están destinadas a *“aprovechar las ventajas de la utilización conjunta de diversos sistemas jurídicos y las derivadas de los convenios de doble imposición para canalizar adecuadamente todas las inversiones”* (Falcón y Tella, 2019, p. 122), siendo su objetivo final conseguir la máxima reducción posible en la carga fiscal que generan sus operaciones.

El problema aparece cuando estas estrategias derivan en prácticas fiscales agresivas, debido a que los actos o medios por los que se consigue el ahorro fiscal se consideran artificiosos y, en consecuencia, la elusión fiscal es ilícita. Una de las prácticas fiscales agresivas más utilizadas es el traslado de beneficios, a través del cual *“las empresas colocan sus utilidades en un país de baja o nula tributación a pesar de que estas se generan en un territorio distinto con un nivel de tributación menos favorable, mediante instrumentos artificiosos que no responden a la real sustancia económica de las actividades que se desarrollan.”* (Ramos Angeles, 2015, p. 380) Como consecuencia de estas operaciones, se produce la erosión de la base imponible y, por tanto, de la recaudación de las Administraciones Tributarias de los Estados.

Estas prácticas fiscales agresivas, al tratarse de un problema de envergadura internacional, pasaron a ser una de las principales preocupaciones, en lo que a materia fiscal se refiere, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico¹ -OCDE en adelante-.

¹ Organización internacional que pretende dar respuesta a todos los retos sociales, económicos y medioambientales que existen en el mundo a través de políticas que favorecen la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar para todas las personas.

A pesar de que muchas de las leyes nacionales y los tratados de doble imposición, que existían para gravar los beneficios transfronterizos, proporcionaban resultados correctos e impedían la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, con el paso del tiempo se han detectado lagunas que favorecían esta práctica. Entre los problemas más destacados se encontraba la doble exención y las estructuras artificiosas que daban lugar a una baja o nula tributación mediante la retirada de beneficios de la jurisdicción donde se originaban. En otras palabras, la principal inquietud era que los beneficios de las actividades transfronterizas fuesen insuficientemente gravados, o incluso pudiesen quedar sin ser gravados, debido a las lagunas que existían en la interacción entre los distintos sistemas impositivos.

Dada la importancia de la situación, en el año 2008 se creó un grupo que actuaría como centro de competencia de la OCDE en materia fiscal, el Aggressive Tax Planning -ATP- Steering Group². Entre sus proyectos, destaca el informe emitido en 2011 donde se advertía de la pérdida generalizada de recaudación tributaria a través de la deslocalización artificial de beneficios (OCDE, s. f.).

La necesidad de encontrar medidas adecuadas que diesen respuesta a esta situación era compartida por todos los países a nivel internacional, por lo que el denominado G20³ encomendó en 2012 a la OCDE⁴ la elaboración de un informe para conocer el alcance del fenómeno global de pérdida de bases imponibles nacionales y traslado de esos beneficios hacia otras jurisdicciones. Este informe fue denominado "*Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*" y se publicó en el año 2013. En él, se identificaron algunas áreas que facilitan la erosión de bases imponibles tales como la inadecuación de los convenios tradicionales a la denominada economía digital, la diferente calificación nacional de los instrumentos híbridos, el tratamiento fiscal de deudas financieras entre sujetos vinculados, los precios de transferencia y la efectividad de las normas anti-elusión. Todas estas áreas tienen una característica en común, y es que los problemas de tributación surgen porque las normas fiscales que las regulan son diferentes en cada país y, en el momento en que se interrelacionan, afloran importantes lagunas. Por esta razón, el G20 encomendó a la

² Fue clasificado como un subgrupo del Grupo de Trabajo N° 10 sobre Intercambio de Información y Cumplimiento Fiscal.

³ Foro internacional compuesto por 19 países y la Unión Europea, que representa el 85% del PIB mundial, el 75% del comercio internacional y dos tercios de la población mundial.

⁴ En este sentido, cabe destacar que la OCDE es el asesor estratégico del G20.

OCDE la elaboración de un plan que proporcionase una solución global y coordinada a través de las acciones que fuesen necesarias para paliar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, concretando plazos para poner en marchas dichas acciones e identificando los recursos y metodología necesarios. (Garde Garde, 2016, p. 41)

En el mes de Julio del año 2013 se publicó el Plan BEPS -*Base Erosion and Profit Shifting*-, el cual gira en torno a tres principios básicos (OCDE, 2013, p. 15):

1. Diseño de nuevos estándares internacionales para garantizar la coherencia a nivel internacional del impuesto sobre sociedades. Ante las fricciones que muestran las normas existentes destinadas a evitar la doble imposición, es necesario incorporar nuevos instrumentos que ayuden a evitar o resolver los casos de exención o baja imposición.
2. Alineación de la tributación y las actividades productivas esenciales y adaptación de los estándares internacionales a los nuevos modelos de negocio y a la evolución tecnológica.
3. Mayor transparencia, seguridad jurídica y previsibilidad de las acciones propuestas. Es necesario combatir la dificultad de disponer y la falta de información específica, completa y temporánea necesaria para identificar áreas de riesgo. A pesar de que las auditorías fiscales son una fuente de información relevante, también tienen limitaciones y carecen de herramientas para detectar la planificación impositiva agresiva.

Para dar solución a todos los problemas planteados, en el Plan se desarrollan quince acciones enfocadas, cada una, a un problema diferente.

En líneas generales, para abordar los retos que plantea la economía digital, en la Acción 1 se proponen normas jurídicas que ayudan a garantizar la tributación de aquellas rentas derivadas de actividades económicas que no tienen presencia física en el Estado fuente. Con el fin de reforzar la coherencia internacional del Impuesto de Sociedades, las Acciones 2, 3, 4 y 5 buscan complementar las normas de doble imposición con otras dirigidas a evitar la no imposición a través de la regulación de los instrumentos híbridos, la normativa sobre Controlled Foreign Company -CFC-, la deducción de intereses y otros gastos financieros y las prácticas tributarias perniciosas, respectivamente. Por su parte, atendiendo al principio de efectividad de los estándares

normativos internacionales, en la Acción 6 se trata de evitar la utilización abusiva del convenio, en la Acción 7 se redefine la figura de establecimiento permanente y de la Acción 8 a la 10 se revisa el sistema actual de precios de transferencia. Por último, para lograr una mayor transparencia en el ámbito fiscal, se proponen en la Acción 11 mecanismos para recopilar y analizar la información sobre la aplicación de las medidas aquí descritas, en la Acción 12 sistemas de revelación de estructuras de planificación fiscal agresiva, en la Acción 13 el intercambio de información país por país o *country by country*, en la Acción 14 mecanismos de resolución de controversias y en la Acción 15 el instrumento multilateral por el que se puedan incorporar todas las medidas BEPS. (López, 2016, p. 211)

Después de publicarse los Informes Finales de cada una de las acciones mencionadas, los países miembros de la OCDE, los países del G20 no miembros de la OCDE e incluso algunas organizaciones regionales como African Tax Administration Forum -ATAF- y Centro Interamericano de Administraciones Tributarias -CIAT- procedieron a la incorporación de los cambios normativos. (Garde Garde, 2016, p.42)

Sin embargo, son muchos los críticos que determinan que el Plan BEPS no va a ser una solución adecuada a estos problemas fiscales a largo plazo, ya que *“independientemente de las ventajas inherentes al esfuerzo conjunto y multilateral que supone el Proyecto BEPS de la OCDE, lo alarmante es el no haber tomado en cuenta que mediante la creación de nuevas reglas “uniformes” para ser implementadas en países “no uniformes” se estaba también creando nuevas diferencias estructurales entre las legislaciones domesticas que derivarán en una nueva incoherencia que nos devolverá al punto de partida.”* (Ramos Angeles, 2015, p. 388)

2. Acción 4 del Plan BEPS: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de las deducciones en el interés y otros pagos financieros

2.1 La importancia de la deducción de intereses en el Plan BEPS

En la lucha contra la erosión de bases y el traslado de beneficios, la deducción de los intereses y otros gastos financieros juega un papel fundamental, ya que *“la consideración como gastos deducible de los intereses pagados por el uso de capitales ajenos frente a la no deducibilidad de las retribuciones por la captación de fondos propios, ha provocado importantes distorsiones en la estructura financiera de las empresas, favoreciendo un excesivo endeudamiento”* (Álvarez García & Aparicio Pérez, 2017, p.78)

En numerosos estudios se reconoce que una de las prácticas más simples en la planificación fiscal agresiva es el uso de intereses de terceros o de partes relacionadas para llevar a cabo la transferencia de beneficios y generar una doble no imposición, tanto de los pagos de intereses -se deducen de los beneficios imponibles- como de los ingresos -que se graban a tipos muy bajos en el país receptor-. También es habitual que se utilicen pagos económicamente equivalentes a los intereses para intentar eludir las restricciones de deducibilidad de intereses.

Entre algunos de estos estudios, cabe destacar el working paper denominado *“International Profit Shifting and Multinational Firms in Developing Countries”* de Feust C., Hebous S. y Riedel N., integrantes del International Growth Centre. El objetivo de

este estudio es describir y analizar que *“las empresas multinacionales tienen un incentivo para organizar la estructura de deuda-capital del grupo de modo que las filiales con impuestos bajos otorgan préstamos a las filiales en países con impuestos altos. El pago del interés es deducible para la filial con impuestos altos y se suman a la ganancia imponible de la filial con impuestos bajos. Esta estrategia permite a las empresas multinacionales cambiar las ganancias imponibles del país con altos impuestos a países con bajos impuestos.”*

También se pretende comprobar si es cierto que las economías en desarrollo son más propensas a llevar a cabo la transferencia de beneficios debido a que sus autoridades fiscales no cuentan con los recursos necesarios para luchar, de forma eficaz, contra las políticas de evasión de impuestos. Efectivamente, una vez concluido el estudio, los resultados demuestran que los países en desarrollo son los más vulnerables a las estrategias de transferencia de beneficios.

En línea con estudios como el que aquí se menciona, la propia OCDE ha identificado tres escenarios diferentes que pueden dar lugar a esta práctica (OCDE (b), 2015, p.17):

1. Grupos que colocan niveles más altos de deuda de terceros en países con altos impuestos.
2. Grupos que utilizan préstamos intragrupo para generar deducciones de intereses en exceso del gasto real por intereses de terceros del grupo.
3. Grupos que utilizan financiamiento de terceros o intragrupo para financiar la generación de ingresos exentos de impuestos.

A la vista de que esta era una práctica relativamente sencilla y efectiva debido a la escasa regulación que existía para combatirla, la OCDE dedicó una de las quince acciones antes descritas para buscar una solución eficaz, a través del análisis de las distintas normativas fiscales nacionales sobre la deducibilidad del gasto por intereses y otros pagos financieros.

La acción en cuestión es la Acción 4, denominada *“Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros pagos financieros”* cuya finalidad es la de *“desarrollar recomendaciones sobre las mejores prácticas en el diseño de normas para evitar la erosión de la base imponible a través de la utilización de*

deducciones por intereses, por ejemplo, mediante el uso de deuda entre entidades vinculadas y con terceros para lograr la deducción excesiva de intereses o para financiar la producción de ingresos exentos o diferidos y otros ingresos financieros que son económicamente equivalentes a los pagos de intereses.” (OCDE, 2013, p. 20)

Algunos autores como Parejo García, B. (2017, p. 262), hablan de otros objetivos perseguidos por esta acción -además del de evitar la erosión de la base- como son el minimizar las distorsiones que den lugar a la pérdida de competitividad entre los grupos, disminuir distorsiones en la inversión del país, evitar la doble imposición, promover la estabilidad económica y respetar el derecho comunitario⁵. Sin embargo, siendo “*la pérdida de recaudación generada por la traslación artificiosa de beneficios el problema que motivó la iniciativa BEPS*” (Ramos Angeles, 2015, p. 386) se puede decir que el objetivo más destacado y polémico que persigue este tipo de normativas es el de aumentar la recaudación tributaria. Mediante estrategias empresariales como la descrita, la recaudación de la Administración se ve gravemente minorada, por lo que la regulación de estas prácticas está encaminada a recuperar esos ingresos fiscales que los grupos de empresas intentan evitar.

2.2 Recomendaciones de la OCDE sobre la limitación a la deducibilidad de los intereses

La solución que propone la OCDE para contrarrestar la pérdida de la recaudación tributaria originada por esta práctica fiscal, se recoge en una serie de reglas denominadas *mejores prácticas*, las cuales configuran el eje central del Informe Final de la Acción 4 (OCDE(a), 2015). Estas reglas consisten en un umbral monetario mínimo de deducibilidad, un porcentaje fijo de deducibilidad, un porcentaje de grupo, el arrastre de intereses no permitidos y / o de capacidad de interés no utilizada y las reglas específicas que se explican a continuación.

El umbral monetario mínimo de deducibilidad o *de minimis rule* consiste en la cantidad de gastos financieros que en todo caso podrán ser deducibles por las entidades. El objetivo de esta regla es reducir el número de entidades a las que aplicar las mejores prácticas para reducir el coste de administrar las reglas y ayudar a las

⁵ Respetar el derecho comunitario se plantea como uno de los objetivos a pesar de que existen países que no tengan la obligación de cumplir la normativa comunitaria.

autoridades tributarias, ya que concentrarían sus esfuerzos en entidades que suponen un mayor riesgo, excluyendo a las de bajo riesgo. Se recomienda que se aplique al gasto por intereses neto total de todas las entidades del grupo local⁶ ya que este umbral es relativamente sencillo de aplicar y garantiza la limitación de intereses independientemente del tamaño de la entidad (OCDE(a), 2015, p. 35).

Otro límite que se incorpora es el porcentaje fijo de deducibilidad de intereses o *fixed ratio rule*, cuya finalidad es que cualquier entidad pueda deducir los gastos por intereses hasta un porcentaje específico de EBITDA, asegurando que una parte de la ganancia está sujeta a impuestos en ese país (OCDE(a), 2015, p.47). Por lo tanto, la aplicación de esta regla es muy sencilla ya que, una vez conocido el EBITDA de la entidad, sólo se debe aplicar dicho porcentaje legal para conocer el límite y compararlo con los gastos por intereses que tiene la entidad. Definir este porcentaje fijo será tarea de cada uno de los países, ya que las circunstancias económicas y el marco legal difieren de unos países a otros, si bien la OCDE recomienda que el mismo esté comprendido en una horquilla del 10% al 30%.

Uno de los inconvenientes de este porcentaje fijo es que no tiene en cuenta que existen grupos de diferentes sectores que pueden ser apalancados de manera diferente o, aunque no haya diferencia sectorial, algunos grupos están simplemente más apalancados. Para conseguir adaptar el porcentaje fijo con la situación particular de cada grupo multinacional, la OCDE incorporó una regla de escape, esta es, el porcentaje de grupo o *group ratio rule*.

De esta forma, lo ideal sería combinar el porcentaje fijo con un porcentaje de grupo, ya que así se permitiría a una entidad de un grupo apalancado deducir los gastos por intereses netos que exceden de la cantidad permitida por el porcentaje fijo, en base a una razón financiera⁷ del grupo (OCDE(a), 2015, p.57). El problema que puede existir en el cálculo de este límite es la escasa accesibilidad que tienen las entidades del grupo a toda la información necesaria para realizar dicho cálculo. A estos efectos, la fuente de información reconocida como la más fiable son los estados financieros consolidados, debidamente auditados por un contable regulado independiente. También se recomienda aceptar los estados financieros elaborados bajo las GAAP -Generally

⁶ El concepto de grupo local hace referencia a que todas las entidades que lo conforman están dentro del mismo país.

⁷ El límite está marcado por el valor del ratio de interés neto de terceros / EBITDA del grupo.

Accepted Accounting Principles- y las NIIF -Normas Internacionales de Información Financiera-.

Es habitual que los grupos multinacionales estén altamente endeudados con terceras personas por motivos operativos, propios de su negocio y sin ningún tipo de interés fiscal. En estos casos, se permite la deducibilidad de dichos gastos financieros siempre que el nivel de endeudamiento de la sociedad del grupo esté en línea con el endeudamiento del grupo con terceros no vinculados.

Otra regla incorporada es el arrastre de intereses no permitidos y / o de capacidad de interés no utilizada (OCDE(a), 2015, p.68), la cual está pensada para aquellos períodos en los que no exista correlación entre los ingresos de la entidad y los gastos financieros generados, debido a que estos se producen en períodos diferentes. Este es el caso, por ejemplo, de que una inversión comience a generar beneficios en ejercicios posteriores al momento en que se llevó a cabo la misma. Según esta norma, se permite arrastrar los gastos financieros que se han generado desde un principio, hasta el momento en el que empiezan a generar beneficios para poder llevar a cabo la deducción de los mismos.

También puede ocurrir que la capacidad de interés que tenga la entidad no coincida exactamente con el gasto por intereses neto de la misma, lo que puede provocar o bien un rechazo de intereses⁸ o bien un exceso de esta capacidad de interés que no ha sido utilizada⁹. De esta manera, lo que propone esta regla es la posibilidad de que dichos intereses o capacidad que exceden del límite máximo puedan llevarse hacia adelante o hacia atrás, para aprovecharlos en otros períodos impositivos.

Sin embargo, es evidente que la aplicación ilimitada de esta regla puede generar un riesgo de erosión de la base o de desplazamiento de beneficios. Si la capacidad de interés se pudiese desplazar de forma ilimitada, la empresa podría generar un activo fiscal considerable, y si el desplazamiento de intereses no utilizados tampoco tuviese límites, alentaría a las entidades a aumentar los gastos por intereses sin tener en cuenta el máximo permitido, sabiendo que el excedente se podrá deducir de forma indefinida.

⁸ Dado que el gasto por intereses es mayor que el máximo permitido por la regla del ratio fijo o del ratio del grupo.

⁹ Debido a que el gasto financiero es menor que la capacidad máxima establecida.

Por esta razón, si se aplica esta regla, es necesario incorporar un límite de tiempo y / o de valor máximos.

Hasta ahora, las reglas explicadas pueden entenderse como reglas generales suficientes para crear un marco eficaz que afronte la erosión de la base y la transferencia de beneficios generada por esta práctica. Sin embargo, es importante que estas reglas se apoyen en otras reglas específicas para evitar su elusión y dar solución a otros riesgos que puedan existir. Entre otras situaciones, se recomienda utilizar estas reglas para regular los riesgos de grupos locales y entidades independientes cuando las reglas de porcentaje fijo y de grupo se apliquen solamente a los grupos multinacionales (OCDE(a), 2015, p. 72).

Para concluir con el análisis de las reglas incorporadas como mejores prácticas, la OCDE identificó un sector que se puede excluir de la aplicación de estas reglas debido a la poca efectividad que tendrían en el mismo. Este sector fue el bancario y de seguros, ya que el papel que desempeña, en este caso, el interés, es diferente al resto de sectores dado que los activos y pasivos financieros se mantienen como parte fundamental de sus actividades comerciales (OCDE (a), 2015, 75). Por eso, a día de hoy, aún se está trabajando en crear nuevas reglas que regulen los riesgos en este sector.

En el resto de sectores en los que sí se deben aplicar las mejores prácticas es importante resaltar que, como mínimo, se deben aplicar a todas las entidades que formen parte de un grupo multinacional o, incluso, de un grupo local para conseguir una mayor efectividad. Sin embargo, los riesgos no sólo se dan en los grupos de empresas, ya que existen entidades conectadas que están bajo un control común y entidades independientes que, aunque aparentemente el riesgo de erosión de bases y traslado de beneficios es inferior, pueden estar bajo estructuras de participación complejas que involucren fideicomisos o alianzas que pertenecen a los mismos inversores. Esta situación implicaría que el riesgo fiscal pueda llegar a ser equivalente al de un grupo de empresas.

Ante la descripción exhaustiva de estas reglas, llama la atención que una parte fundamental de esta regulación quede en un segundo plano: el concepto de interés. Que cada país tenga un concepto diferente de interés y, por consiguiente, de lo que puede ser deducible fiscalmente, puede generar grandes discrepancias. A pesar de ello, la OCDE se limita a recomendar que se tengan en cuenta los intereses

independientemente de cuál sea la deuda y aquellos pagos financieros que sean económicamente equivalentes a los intereses¹⁰, atendiendo siempre a la “sustancia económica” y no a su forma legal. De esta forma, se intenta evitar que el interés se reconozca simplemente como *el coste de pedir dinero prestado*, lo que podría provocar la inaplicación de las normas a través de la reestructuración de los préstamos en otras formas de acuerdos de financiación (OCDE(a), 2015, p. 29).

Para concluir, la propia OCDE señala que con esta Acción se busca fomentar la adquisición de deuda, siempre y cuando sea por motivos económicamente válidos, y que las recomendaciones pueden ser incorporadas y complementadas por cada país en función de sus necesidades o de su política fiscal.

2.3 Aspectos críticos a resaltar sobre la Acción 4

La redacción y elaboración de la Acción 4 fue una de las más cuestionadas debido, entre otros aspectos, a la escasa precisión de su contenido. Destacando entre diversos autores, Calderón Carrero (2014) identifica dos aspectos críticos decisivos.

En primer lugar, señala que si se pretende evitar la erosión de bases imponibles a través de gastos *excesivos*, es un gran error por parte de la OCDE no definir qué se debe entender por *excesivo* o *inapropiado*, ya que esto “*puede derivar en enfoques no siempre coherentes o armonizados entre los distintos sistemas, que es precisamente uno de los resultados que pretende evitar BEPS.*” (Jiménez & Carrero, 2014, p. 95)

En segundo lugar, destaca que la falta de concreción de objetivos en la propia Acción, además de generar simplicidad o inseguridad jurídica, “*hace que quede en el aire la relación de este tipo de normas con las acciones sobre híbridos o en materia de precios de transferencia. Por ejemplo, si el objetivo es eliminar el desplazamiento artificial de bases imponibles y prevenir el abuso, no tiene sentido la limitación en la deducción de intereses si se cumple con el estándar de imposición a precios de mercado o los mismos tributan a tipos razonables o no se benefician de exenciones para*

¹⁰ Se reconocen como pagos financieros económicamente equivalentes a los intereses aquellos pagos que estén vinculados al financiamiento de una entidad y que sean determinados al aplicar un porcentaje fijo o variable a un principal real a lo largo de un tiempo determinado.

dividendos en el Estado del perceptor por no ser instrumentos híbridos.” (Jiménez & Carrero, 2014, p. 95)

Teniendo en cuenta el grado de restricción de las normas y la poca concreción en su elaboración, es imposible no poner en duda si esta es la mejor forma de atentar contra las operaciones abusivas o si, por el contrario, lo que realmente importa es la repercusión tributaria que estas normas provocarán en los distintos países.

Otra de las grandes críticas dirigidas a esta Acción es la libertad que se concede a los países para integrar las recomendaciones, en función de sus preferencias o de su ordenamiento jurídico existente. Si bien es cierto que gracias al Plan BEPS un gran número de países incorporaron la limitación a la deducibilidad de los intereses en sus normativas, el hecho de que cada uno pudiese adaptar las reglas en función de sus preferencias provocó que estas normas adquirieran una gran variedad de formas.

Entre las modalidades que adquirieron las normas referentes a la limitación de la deducibilidad de intereses destacan las Thin Capitalization rules -o normas de subcapitalización-, Earnings stripping rules -o normas de exclusión de beneficios- y Safe-harbor rules -o normas de puerto seguro-.

Las Thin capitalization rules son normas que restringen el nivel máximo del endeudamiento intragrupo al ratio entre deuda y capital¹¹, es decir, *“restringen el valor de la deuda a ser considerada como la base de cálculo para determinar los niveles máximos de gastos de interés para ser considerados como razonables.”* (Bravo Guzmán, 2017, p.9).

Por su parte, las Earnings stripping rules, restringen la deducibilidad de los intereses en función de que la relación entre intereses y beneficios no supere un determinado límite. Los países que han escogido este tipo de regulación establecieron, como límite a la deducibilidad de los intereses, una franja entre el 10% y el 30% del EBITDA o EBIT¹².

¹¹ Uno de los países que adaptaron estas normas fue Brasil, en el cual se prevé que los intereses serán deducibles si el endeudamiento intragrupo es inferior al 30% del patrimonio neto del mismo.

¹² Como es el caso de España, que optó por un porcentaje del 30% del beneficio operativo de la empresa.

Por último, las Safe-harbor rules son normas que determinan la existencia de un *puerto seguro* cuando la ratio deuda-capital interno no sobrepasa un determinado límite¹³, de forma que “no niegan la deducibilidad de los gastos por intereses siempre y cuando la relación (interna) entre la deuda y el activo permanece dentro de la relación de puerto seguro.” (Ruf & Schindler, 2015, p.20).

Aunque estas modalidades sean las principalmente conocidas, también existen países que han implantado algunas de las recomendaciones de la OCDE en esta materia pero que no se engloban en ninguna de estas tres categorías. Por esa razón, también se reconoce la aplicación de normas generales u otro tipo de normas en algunos países.

En total, en el año 2019 existían 90 países que ya habían incorporado en sus ordenamientos jurídicos normas sobre la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros y, concretamente, la distribución de las categorías mencionadas en estos países se representa en la Figura 1.



Figura 1. Distribución de la variedad de normas de limitación de intereses en las jurisdicciones en el año 2019.

Elaboración propia. Fuente: datos del OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS 2019-2020.

Como se puede observar en la figura, el tipo de normas de limitación a la deducibilidad más utilizado son las Thin Capitalization rules, seguidas de las Earnings stripping rules. En contraposición, las Safe-harbor rules prácticamente han

¹³ Por ejemplo, la tasa media de puerto de seguro de los países de la UE que aplicaban estas normas en el año 2008 era de 3,4:1, de manera que, si se superaba este ratio, la deuda interna se consideraba excesiva y se negaba la deducibilidad de sus gastos financieros.

desaparecido, debido, fundamentalmente, a la tendencia de los países a cambiar las Safe-harbor rules por las Earnings stripping rules¹⁴. Una de las razones que derivaron en este cambio fue la demostración de que la manipulación que realizan las multinacionales sobre el tipo de interés de la deuda interna se agrava en mayor medida cuando se aplican las normas de puerto seguro en comparación a cuando se aplican las normas de Earnings stripping. Hay que tener en cuenta que, estas últimas, limitan los costes totales de interés, mientras las primeras sólo limitan el importe de la deuda interna. Otros aspectos relevantes que condicionan la elección de la modalidad de las normas empleadas son el tamaño y el grado de desarrollo de los países (Kalamov, 2019), lo que también explicaría la pluralidad de normas que se han desarrollado.

En definitiva, aunque existan las mismas recomendaciones para todos los países, aún siguen existiendo asimetrías entre algunas regulaciones derivadas de los intereses individuales de cada país. Por esta razón, se puede afirmar que *“el sistema fiscal internacional mantendrá la incoherencia que BEPS pretendía batallar en tanto las legislaciones domésticas continúan mostrando diferencias y desajustes que fundamentarán nuevas posibilidades de generar mecanismos de traslado de beneficios para las multinacionales.”* (Ramos Angeles, 2015, p. 386)

2.4 Incidencia de la nueva regulación de los precios de transferencias en materia de operaciones financieras intragrupo

Para complementar las recomendaciones sobre la limitación a la deducibilidad de los intereses, la OCDE especificó en la Acción 4 que era necesaria la creación de una guía de precios de transferencia, especialmente en lo que respecta al precio de las transacciones financieras intragrupo.

Como solución a este problema, y en apoyo a mejorar la coherencia de las normas, en el mes de febrero del año 2020, la OCDE publicó un informe sobre las Directrices de Precios de Transferencia. En concreto, en la sección C se tratan las actividades de tesorería de los grupos multinacionales y se estudian sus operaciones

¹⁴ Como fue el caso de España y Japón en el año 2012 o Italia y Alemania en 2008.

financieras más habituales -estas son, los préstamos intragrupo, el Cash Polling y las operaciones de cobertura- (OCDE (b), 2020, p.13).

“Esta sección ofrece orientación sobre el análisis al que deben estar sometidas estas operaciones, abordando puntos estratégicos como el cálculo de los ratios de solvencia (credit ratings) y su validez para definir el tipo de interés de un préstamo.” (Caamaño Anido, 2020) En otras palabras, uno de los objetivos del informe es delimitar y conocer los factores que permiten valorar si un préstamo realizado en el seno de un grupo empresarial puede ser calificado como tal, desde un punto de vista de precios de transferencia, para evitar que la remuneración de las operaciones financieras entre partes vinculadas no respete el principio de libre competencia. *“Si se llegase a la conclusión de que la estructura de capital y de deuda de la entidad prestataria del grupo es diferente de la que habría adoptado una empresa independiente en circunstancias comparables, el exceso de endeudamiento se recalificaría a efectos fiscales como una aportación de capital.”* (Transfer Pricing Specialists, 2020)

Por consiguiente, las Directrices sobre precios de transferencia adquieren una gran relevancia en las operaciones financieras intragrupo, ya que proporcionan métodos y enfoques que ayudan a determinar si dichas operaciones se estructuran de forma óptima.

Para valorar la validez de los préstamos intragrupo, es necesario enfocar la transacción desde el punto de vista del prestamista y del prestatario y tener en cuenta las características más representativas de cada uno de ellos. Estas son, la capacidad que tiene el prestamista para hacer frente a los riesgos asociados al posible impago del prestatario y que el prestatario siempre procura optimizar el coste promedio de capital en función de sus necesidades de financiación, tanto a corto como a largo plazo. También se recomienda elaborar un análisis de calificación crediticia, el cual servirá para determinar la solvencia y para identificar posibles comparaciones, a través de factores cualitativos -como la pertenencia al grupo- y cuantitativos.

Por otra parte, al pertenecer a un grupo, se debe estimar la importancia que tiene la entidad prestataria dentro de este, ya que, en función de esta circunstancia, la misma disfrutará de mayor o menor apoyo implícito. A mayor relevancia en el grupo, mayor apoyo implícito tiene y, por tanto, mayor probabilidad de adquirir la calificación crediticia del grupo. Al igual que existe un apoyo implícito, también es necesario tener en cuenta que, a pesar de que no se incluyan compromisos o garantías en los términos del

préstamo, ya existen pactos implícitos que afectan al mismo por el simple hecho de pertenecer al mismo grupo.

Por último, para calcular el tipo de interés del préstamo a valor de mercado, se recomiendan métodos de cálculo como el método del precio libre comparable (CUP), coste de financiación, swaps o permutas, modelos económicos y dictámenes bancarios.

Por su parte, el Cash Pooling *“permite a un grupo multinacional beneficiarse de una gestión de su efectivo más eficiente mediante la unión de los saldos en cuentas bancarias separadas.”* (Deloitte Legal, 2020) El análisis de los precios en este contexto giran en torno a la recompensa del gestor de los saldos y a la recompensa de los miembros que participan, recomendando, para esta última, la mejora del tipo de interés para los depositantes y prestatarios y la asignación de los beneficios del Cash Pooling a los depositantes -y no a los prestatarios-.

Para concluir con las recomendaciones destinadas a las empresas multinacionales que se han incorporado en el informe, cabe destacar que cuando exista un contrato de cobertura en cualquier función de tesorería centralizada, como el Cash Pooling, dicha función debe ser considerada como prestación de servicios y, consecuentemente, recompensada.

En definitiva, *“el informe pone de relieve la necesidad de que los grupos multinacionales vuelvan a examinar, analizar y desarrollar políticas intragrupo para abordar cualquier ambigüedad con respecto a la forma en que las autoridades fiscales pudieren interpretar sus operaciones de financiación intragrupo.”* (Deloitte Legal, 2020)

A pesar de que este informe supuso un avance en la concreción de normas, la crisis internacional generada por la aparición del COVID-19 provocó una gran inseguridad a la hora de aplicar la valoración a precio de mercado a las transacciones financieras intragrupo. En este contexto de crisis, *“los precios de transferencia se vuelven críticos y deben ser redefinidos acorde a la actividad de financiación externa que tiene el grupo.”* (PricewaterhouseCoopers, 2020) A pesar de que las Directrices generales siguen siendo aplicables, la OCDE es consciente de que, para los ejercicios afectados por la pandemia, pueden surgir numerosos problemas debido a la falta de información.

En apoyo a las empresas multinacionales para adecuar las normas a estas circunstancias, la OCDE publicó, en el mes de diciembre del año 2020, una serie de guías sobre las implicaciones que tiene, en el ámbito de precios de transferencia, la pandemia mundial. El objetivo de estas guías es mostrar *“la forma en que, tanto el principio de plena competencia como las Directrices de la OCDE, deben interpretarse en aquellas cuestiones que puedan surgir por la pandemia.”* (Deloitte Legal, s. f.) En concreto, aborda el análisis de comparabilidad, las ayudas gubernamentales, las pérdidas y la distribución de costes específicos derivados de la COVID-19 y los acuerdos previos de valoración.

Este tipo de situaciones dejan entrever la necesidad de que las normas deben ser lo más claras posibles para así evitar, en la medida de lo posible, conflictos jurídicos innecesarios y aportar mayor seguridad jurídica, tanto a las empresas como a las Administraciones, aunque para ello sea necesario una continua revisión y adaptación de las normas fiscales al desarrollo de la actualidad mundial.

3. Transposición de las reglas de la Acción 4 a la normativa europea

La llegada de estas normas anti-elusión al marco jurídico europeo fue impulsada por los problemas en la aplicación de la normativa que existía en ese momento para luchar contra la elusión fiscal. Estas normas eran conocidas como normas anti-subcapitalización y su finalidad era combatir la financiación excesiva a través de préstamos de entidades vinculadas no residentes. El problema que albergaban estas normas era que su validez fue muy cuestionada desde un principio, debido a su incompatibilidad con el principio de libertad de establecimiento, reconocido en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE en adelante-.

En la Resolución del Consejo ECOFIN de 8 de junio de 2010, sobre la coordinación de las normas de subcapitalización de la Unión Europea, se reafirmó la compatibilidad de los preceptos anti-subcapitalización con el derecho comunitario siempre y cuando se consiguiese respetar el principio de libertad de establecimiento. No obstante, la dificultad que entrañaba la configuración de estas normas hizo que muchos países no alcanzasen dicha compatibilidad con el Derecho comunitario.

El primer caso revisado por el TJUE fue el Asunto Lankhorst-Hohorst¹⁵, en el cual se declaró la incompatibilidad de la norma anti-subcapitalización alemana con el principio de libertad de establecimiento. Esto provocó que Alemania, seguido de otros países como España que tenían normativas muy similares, se viese en la obligación de modificar la normativa existente.

Como consecuencia de todos los *“problemas prácticos de aplicación de la normativa resultante y el influjo del ambiente “pre-BEPS”*, se aceleró la introducción de

¹⁵ Sentencia de 12 de diciembre de 2002 (C-324/00).

las normas anti-erosión en materia de deducibilidad de gastos financieros en algunos Estados miembros como España.” (Fuster Tozer, 2017, p. 104)

Partiendo de los principios incorporados en el Plan BEPS, la Comisión Europea elaboró un paquete de medidas contra la elusión fiscal el 28 de enero de 2016 y, entre ellas, se aprobaba la Directiva 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, también conocida como la Directiva ATAD. Todas las normas incorporadas en dicha Directiva son jurídicamente vinculantes para todos los Estados miembros con el fin de hacer frente, de forma coordinada, a algunos de los mecanismos de elusión fiscal.

Concretamente, es en su artículo 4 donde se incorporan las normas para la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros, es decir, las normas que recogen las recomendaciones de la Acción 4 del Plan BEPS anteriormente planteadas. En lo que respecta a los límites para la deducción, se especifica que el límite máximo será el 30% del EBITDA¹⁶ y que cada país puede escoger el límite que desea como regla *de minimis*, hasta un máximo de 3 millones de euros.

En el caso concreto de las entidades aisladas, esto es, entidades “*que no formen parte de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera y que no tenga ninguna empresa asociada ni establecimiento permanente*”, se permite su exclusión de la aplicación de estas normas o, lo que es lo mismo, se permite la total deducción de los costes de endeudamiento excedentarios. “*La justificación de tal opción se debe a que dado que la BEPS se produce, en principio, entre empresas asociadas, es adecuado y necesario que se excluyan a entidades aisladas dado que el riesgo de elusión fiscal es limitado.*” (Durán, 2017, p.147)

Otras excepciones previstas, que pueden ser excluidas de la aplicación de estas normas, son los préstamos suscritos antes del 17 de junio de 2016¹⁷ y los préstamos utilizados para financiar proyectos de infraestructuras públicas a largo plazo, siempre que cumplan requisitos como que la duración del proyecto no sea inferior a 10 años,

¹⁶ El cual se calcula incorporando a la renta sujeta al Impuesto sobre Sociedades –IS en adelante- los importes corregidos a efectos fiscales de los costes de endeudamiento excedentarios y los corregidos en concepto de depreciación y amortización.

¹⁷ Fecha reconocida por la Directiva como el momento en el que las entidades han conocido la aprobación de estas reglas.

que el pago de los intereses responda a un préstamo obtenido de un tercero y que dicho préstamo se realice en términos de *non recourse*, es decir, “*que el prestamista sólo puede dirigirse contra el activo y los ingresos que se deriven del proyecto específico.*” (Parejo García, 2017, p. 272)

Para regular el arrastre de los costes de endeudamiento excedentarios, cada país podrá escoger entre el traspaso de los costes de endeudamiento excedentarios a un período posterior sin límite temporal; el traspaso de los costes de endeudamiento excedentarios a un período posterior sin limitación temporal y a un período anterior hasta un máximo de tres años; y su traspaso a un período posterior sin limitación temporal y hasta un máximo de cinco años la capacidad no utilizada de deducción de intereses.

Por último, también se prevé la opción de excluir a las sociedades financieras debido a la necesidad de crear un enfoque individualizado para este sector, tal y como recomienda la Acción 4 del Plan BEPS. Sin embargo, “*puesto que los debates a este respecto aún no son lo suficientemente concluyentes, ni en el contexto internacional ni en el de la Unión, todavía no es posible establecer normas específicas en los sectores financiero y de seguros.*” (Barciela Pérez, 2019)

En definitiva, “*la Directiva ATAD tiene como objetivo final, en esencia, lo que la OCDE pretende erradicar a través del Plan BEPS. Y es que, la Directiva ATAD, como instrumento hard law, nació con una vocación de continuidad del Plan y que el territorio de la UE siguiese la línea planteada por la OCDE.*” (Silva García, 2020)

No obstante, el hecho de que esta directiva haya sido un instrumento *hard law*, y por lo tanto vinculante para los Estado miembros, ha sido objeto de discusión. Muchos autores plantean la pregunta de si la directiva ha sido el instrumento adecuado para incorporar tales recomendaciones, pudiendo utilizar otros instrumentos de *soft law*. En otras palabras, “*las críticas que recibe la ATAD pueden explicarse por el hecho de que la base jurídica sobre la que se adoptó -el artículo 115 TFUE- es inadecuada, pues este artículo no sirve para aprobar una directiva con el contenido de la ATAD.*” (Barreiro Carril, 2019, p. 165)

El artículo 115 TFUE dispone que el Consejo puede adaptar directivas para la aproximación de las disposiciones legales de los Estado miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior. Sin embargo, autores como Barreiro Carril (2019, p. 171) consideran que “*la ATAD no aproxima*

normas estatales que inciden en el funcionamiento del mercado interior, sino que obliga a los Estados miembros a introducir en sus legislaciones nacionales una serie de normas para luchar contra comportamientos de los contribuyentes que inciden directamente en el mercado interior.”

A pesar de esta y otras críticas de las que es objeto la ATAD, no cabe duda de que su aprobación unánime y en un período corto de tiempo ha sido un gran logro, ya que todos los esfuerzos armonizadores hechos hasta ese momento, en materia de imposición directa, habían fracasado por completo.

4. Tratamiento de los gastos financieros en la legislación española

4.1 Concepto de gasto financiero en el Impuesto sobre Sociedades español

A pesar de la relevancia que tiene el gasto financiero en el ámbito fiscal y de la incorporación de normas referentes a la limitación de su deducibilidad, en ninguna normativa fiscal se ha delimitado una definición de qué se debe entender por gasto financiero o, en su caso, por ingreso financiero.

Esta falta de concreción conceptual derivaba en una gran inseguridad jurídica, tanto para los contribuyentes como para la Administración, a la hora de aplicar correctamente las reglas establecidas en esta materia. Por esa razón, el legislador optó por suplir la carencia de definición del gasto financiero aplicando la normativa contable¹⁸ que sí reconocía qué partidas se consideran gastos financieros. En definitiva, es necesario acudir, por remisión, a la contabilidad mercantil para delimitar este concepto. (Aneiros Pereira, 2015, p. 15)

De esta forma, se concretó¹⁹ que *“como gastos financieros se tendrán en cuenta los incluidos en la partida 13 del modelo de cuentas de pérdidas y ganancias aprobado por el PGC²⁰. En cuanto a los ingresos financieros a tener en cuenta para el cálculo de los gastos financieros netos, serán los recogidos en la partida 12 del modelo de cuenta*

¹⁸ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

¹⁹ Por primera vez en la Resolución de la Dirección General de Tributos de 16 de julio de 2012.

²⁰ Intereses de obligaciones y bonos, intereses de deudas, dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros, intereses por descuento de efectos y operaciones de *factoring*.

de pérdidas y ganancias²¹.” (Pérez Royo, 2017, p. 426) Como excepción, no se tendrán en cuenta como gastos financieros los que se incorporen al valor contable de los activos²² ni aquellos que provengan de la actualización de provisiones²³.

A diferencia del concepto de ingreso financiero, para conocer a fondo el tratamiento de los gastos financieros es necesario señalar algunos matices.

De la definición anterior se extrae que los gastos financieros se corresponden con *“la retribución de los capitales recibidos en préstamo, con independencia de la forma del mismo, adicionando otros gastos asociados como, por ejemplo, las comisiones de apertura de una línea de crédito o la concesión de un préstamo.”* (Silva García, 2020, p.6)

Como norma general, *“se toman en consideración los gastos financieros contabilizados, teniendo en cuenta que la base imponible del IS procede del resultado contable ajustado. En este sentido, la Resolución de 16 de julio de 2012 utiliza el razonable criterio de considerar que existen gastos financieros cuando, de acuerdo con la normativa contable, se genere un pasivo financiero.”* (García Novoa, 2016, p. 93)

Sin embargo, no todos los gastos financieros contabilizados son deducibles. En el caso de los dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos, a pesar de que los rendimientos de acciones rescatables y acciones sin voto son considerados como gastos financieros desde un punto de vista contable, estos dividendos son reconocidos como una retribución de fondos propios y, por tanto, a efectos del IS no serán gastos deducibles. (García Novoa, 2016, p. 94)

De igual forma, la contabilización tampoco es una condición necesaria para reconocer que un gasto es financiero *“si tenemos en cuenta que, a efectos de calificación de un gasto como financiero, rige una especie de regla de prevalencia de lo sustancial frente a lo formal.”* (García Novoa, 2016, p. 94)

En lo que respecta a su imputación, *“es necesario resaltar como condición sine qua non el hecho de que los gastos financieros se devenguen en el período impositivo de la liquidación del IS, reconociendo así la fecha de nacimiento de los intereses como*

²¹ Ingresos de valores representativos de deuda e ingresos de créditos.

²² Estos se imputarán a la base imponible con la amortización de dicho activo.

²³ Debido a que no se relacionan con el endeudamiento empresarial.

criterio de imputación temporal para los gastos financieros.” (Rodríguez de Federico, 2019, p. 4) En otras palabras, es indiferente la fecha en la que se concertó el préstamo, lo que realmente importa, en términos de imputación, es la fecha en la que se empiezan a generar los intereses.

Centrando la atención en el alcance que tienen los gastos financieros en el IS, autores como Pontón Aricha (2017, p. 45) señalan que *“la deducción de los gastos financieros afecta al núcleo del hecho imponible del Impuesto de Sociedades. Se trata de uno de los puntos más delicados de la arquitectura de la fiscalidad sobre los beneficios.”*

A pesar de que, como se ha visto, en la regulación de los gastos financieros se da por buena la normativa contable prevista, existen excepciones en las que el legislador ha decidido incorporar normas fiscales diferentes, como es el caso de la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros.

De esta forma, existen gastos -o en su caso ingresos- que no son considerados financieros desde un punto de vista contable pero que influyen en el cálculo de la limitación a la deducibilidad de gastos financieros. Estos son los deterioros de valor de créditos, que quedarán afectos a la limitación la parte que corresponda a intereses devengados y no pagados; las diferencias de tipos de cambio, que sólo estarán afectos a dicha limitación cuando hayan tenido influencia en la determinación del gasto financiero neto; los efectos de cobertura financiera, cuando cubran deudas de la entidad en forma de endeudamiento directo; y los resultados positivos y negativos del partícipe gestor o no gestor en los contratos de cuenta de participación, ya que los mismos no serán tenidos en cuenta en el cálculo del beneficio operativo. (Pérez Royo, 2017, p. 426)

En definitiva, serán las diferencias que existen entre el plano contable y el plano fiscal las que generen la necesidad de ajustar o corregir el resultado contable obtenido para calcular la Base Imponible del impuesto. Así, la deducción de los gastos financieros es uno de los ajustes fiscales necesarios para el cálculo de la base imponible, junto a otros como la amortización, las operaciones de arrendamiento financiero, las pérdidas por deterioro, las provisiones y los gastos considerados no deducibles.

4.2 Marco normativo de los gastos financieros que precede a la actual regulación

Mucho antes del nacimiento del concepto BEPS, ya existía la preocupación de la elusión fiscal en todos los países. Tal y como ya se adelantó, en la normativa europea se intentaba evitar la financiación excesiva de las entidades mediante préstamos concertados con otras entidades vinculadas no residentes.

En el caso particular de España, la regulación en esta materia se basa en la aplicación de las normas anti-subcapitalización y en la exigencia de valorar las operaciones entre partes vinculadas a precio de mercado. En líneas generales, *“los gastos financieros resultaban fiscalmente deducibles salvo en los casos en los que se aplicaba la norma anti-subcapitalización.”* (Fuster Tozer, 2017, p. 107)

“Desde una perspectiva jurídico-tributaria, la subcapitalización consiste en una maniobra elusiva de las sociedades que por motivos fiscales, para reducir la carga fiscal del grupo, recurren a la financiación con fondos ajenos para encubrir una auténtica aportación de capital.” (Ezquerro & Lousa, 2008, p. 193) Esta operación consistía en *“la conversión de los dividendos en intereses a través de la sustitución de una aportación de capital social por un préstamo donde en el futuro no se reciben dividendos, sino intereses, gasto deducible en el IS para las entidades prestatarias.”* (Rodríguez de Federico, 2019, p.13)

Para hacer frente a la elusión fiscal generada por estas estrategias, se desarrolló la norma anti-subcapitalización española en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades -TRLIS, en adelante-. Este precepto establecía, en su apartado 1, que *“cuando el endeudamiento neto remunerado de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con la 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.”*

De esta definición se extrae que para la aplicación de la norma anti-subcapitalización y, en consecuencia, considerar el exceso de financiamiento como dividendos, es necesario cumplir un doble requisito que se traduce en el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la norma.

“El ámbito subjetivo comprende las entidades residentes, excluidas las entidades financieras, y a las operaciones de financiamiento directas e indirectas con personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, excluyéndose de estas últimas las residentes en un Estado de la UE, salvo que éste sea considerado un paraíso fiscal. (...) Por su parte, el ámbito objetivo parte de la base de una ratio fija de 1 del capital fiscal por 3 de endeudamiento, como límite, calculados como media a lo largo del período.” (Castro Arango, 2012, p. 8 y 12)

De cumplirse tales requisitos, la consecuencia directa que sufría la sociedad residente que pagaba los intereses era que el importe que superase el límite se consideraría dividendo y, por tanto, no sería un gasto deducible, debiendo realizar un ajuste positivo en la base imponible por el importe de dichos dividendos. Por su parte, en el caso de la entidad no residente prestamista, sería conveniente analizar, a través de las legislaciones aplicables, si sería posible llevar a cabo las deducciones con el fin de evitar la doble imposición sobre los dividendos reconocidos por las autoridades españolas. (Ezquerro & Lousa, 2008, p. 207)

Sin embargo, como ya se ha comentado en el ámbito europeo, la validez de estas normas anti-subcapitalización fue puesta en duda por su compatibilidad con el principio de libertad de establecimiento. Siguiendo la jurisprudencia del TJUE, el Tribunal Supremo español declaró la *“incompatibilidad de la norma española controvertida –el art. 16.9 de la Ley 61/1978, en la redacción dada por la Ley 18/1991- con la libertad de establecimiento”* en la Sentencia de 1 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7460).

La inseguridad jurídica provocada por esta situación desembocó en la aprobación en España del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

A nivel nacional, este Real Decreto-Ley supuso un paso más en la regulación de la deducción de los gastos financieros, ya que fue la primera vez que se introdujo en la regulación del IS, la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros. Por tanto, esta normativa derivó en la superación de las normas anti-subcapitalización, aunque cabe destacar que *“en los territorios forales del País Vasco, las regulaciones de sus respectivos Impuestos sobre Sociedades han mantenido la regla de subcapitalización si*

bien extendiéndola a todas las entidades vinculadas, sean o no residentes.” (López, 2016, p. 223)

En el Real Decreto-Ley 12/2012 se incorporaron medidas tributarias que seguían una línea similar al mencionado Plan BEPS, aun siendo anterior a este. Entre los cambios incorporados, se excluyó la deducibilidad de los gastos financieros contraídos con empresas del grupo, se concretó el límite de deducción en un 30% del beneficio operativo, complementado con el límite mínimo de deducción de 1 millón de euros, y se permitió la compensación de los gastos financieros no utilizados en los 18 períodos impositivos posteriores. *“En opinión de la doctrina, esta regulación se enmarca en una corriente internacional que ha sido seguida por otros países de nuestro entorno y, en concreto, guarda similitud con la norma alemana, que ha sido la que ha inspirado el artículo 4 de la Directiva ATAD.”* (Barciela Pérez, 2019) Sin embargo, su aprobación también derivó en importantes críticas, como la falta de delimitación conceptual de qué debe ser considerado como gasto financiero²⁴.

El gran inconveniente de esta normativa fue que, a pesar de ser muy restrictiva y generar grandes cambios para las entidades, la misma surtió efectos retroactivos en el mismo año de su aprobación, esto es, desde el 1 de enero de 2012. Este matiz *“provocó problemas de adaptación derivados no sólo del primer ajuste, sino del hecho de que los gastos financieros tienen un nivel de permanencia que hace difícil adaptarse a cambios legislativos no anunciados y, también, de que la limitación actúa sobre un beneficio operativo que ha disminuido debido a la recesión económica.”* (Aneiros Pereira, 2015, p. 22) En otras palabras, las empresas no han tenido tiempo para adaptarse a la nueva normativa antes de su entrada en vigor, siendo una situación especialmente gravosa para las empresas que hubiesen llevado a cabo inversiones apalancadas con retornos a largo plazo en los últimos años. En consecuencia, las empresas se vieron obligadas a reformular las previsiones financieras de estas inversiones, lo que derivó en la modificación de la rentabilidad estimada en el momento en el que se acordó la operación e, incluso, en la no viabilidad de algunos proyectos. (Martínez & Barral, 2012, p. 23)

²⁴ Ante esta y otras dudas generadas en términos conceptuales, se publicó la Resolución de la Dirección General de Tributos de 16 de julio de 2012 que sirvió de apoyo normativo al Real Decreto-Ley en cuestión.

Por último, otra de las objeciones derivadas a esta nueva normativa es que, ante la envergadura de sus cambios, sería imprescindible conocer el alcance de las consecuencias que se podrían dar en su aplicación. Sin embargo, estos cambios han sido aprobados *“sin disponer de un adecuado elenco de estudios de impacto en materias como su incidencia recaudatoria, su distribución sectorial, su impacto en la competitividad de las empresas y la competitividad internacional de la empresa española.”* (Carbajo Vasco, 2017 p.107).

Ante todas estas críticas y la necesidad de revisar y reformar en su totalidad la normativa del IS, se llevó a cabo la “Reforma fiscal de 2014” a través de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, de Impuesto sobre Sociedades. Aunque se le otorgó tal denominación, muchos autores consideran que *“la Reforma Fiscal de 2014 no ha sido una “Reforma”, porque no ha supuesto un cambio significativo de los principios del sistema tributario, de la jerarquía de los mismos o una modificación de la normativa.”* (Carbajo Vasco, 2017, p.105)

Efectivamente, como veremos a continuación, las normas vigentes en materia de limitación a la deducibilidad de gastos financieros son prácticamente idénticas a las que ya se habían incorporado en el Real Decreto-Ley de 2012. El cambio más significativo fue la eliminación del límite temporal de los 18 años en los que se podía compensar los gastos financieros no utilizados, por lo que en la actualidad no existe límite alguno para dicha compensación.

4.3 Reglas generales sobre la limitación de la deducibilidad de gastos financieros y su compatibilidad con la Directiva ATAD

La regulación de los gastos financieros en España se recoge en los artículos 15 y 16 de la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre, de Impuesto de Sociedades. Como se puede observar, nuestra ley es anterior a la aprobación de la Directiva ATAD, por lo que es conveniente analizar el grado de compatibilidad de ambas normas y señalar posibles modificaciones que serían necesarias para su adaptación.

Las reglas generales para la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros aparecen reflejadas en el artículo 16 LIS. En primer lugar, cabe destacar que

en el momento de practicar la deducción, los gastos computarán en su importe neto, por lo que serán deducibles los *gastos financieros netos*²⁵ extraídos de la diferencia entre los gastos financieros y los ingresos financieros contabilizados en ese período impositivo.

Como limitación a su deducibilidad, el artículo 16.1 LIS establece que “*los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio*”. De esta forma, se incorpora la recomendación de la OCDE de aplicar un porcentaje fijo y de la ATAD al escoger el porcentaje máximo recomendado. Sin embargo, conviene resaltar que en la normativa española se prevé el cálculo del límite a partir del beneficio operativo y no del EBITDA como figura en la ATAD.

Aunque aparentemente esta discrepancia puede no dar lugar a problemas -ya que en la propia directiva se recoge que los países pueden escoger otra medida que equivalga al EBITDA- conviene comprobar si, efectivamente, el cálculo del beneficio operativo equivale al EBITDA recomendado por la ATAD.

Teniendo en cuenta que según dicho artículo “*el beneficio operativo se determinará a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias (...), 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 el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por ciento*”, sí encontramos una clara diferencia. La exclusión de las subvenciones de inmovilizado no financiero y de las enajenaciones de inmovilizado no están previstas en el EBITDA, por lo que se deduce que dicha discrepancia tiene que ser modificada por el legislador español. De todas formas, la definición del beneficio operativo fue, desde un principio, muy criticada porque “*la lógica de tales adiciones y eliminaciones no llega a quedar clara, aun cuando se ha intentado justificar por la Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012.*” (Durán, 2017, p.5)

Retomando las reglas de limitación a la deducibilidad, se incorporó un límite que actúa como mínimo y, por tanto, podrá ser deducido “en todo caso”: 1 millón de euros.

²⁵ A diferencia de la Directiva ATAD que hace uso del término *costes de endeudamiento excedentarios*.

Esta cuantía está calculada tomando como norma general que el período impositivo de las entidades es de 1 año natural. Por esa razón, si una entidad tiene un período impositivo inferior, tendrá que prorratear el millón de euros al período en cuestión para conocer cuál es su límite mínimo de deducción. Recordando que la ATAD interpuso que cada país podía escoger un límite, siempre que este no fuese superior a 3 millones, no existen discrepancia en la norma. De todas formas, conviene señalar que este límite podría y debería ser incrementado, ya que en la actualidad contamos con un mínimo muy pequeño.

En definitiva, para conocer el límite de deducción de una empresa es necesario calcular, en primer lugar, el 30% del beneficio operativo. Si el resultado es mayor que 1 millón de euros, el límite será dicho resultado, pero, si por el contrario, el resultado es inferior, se podrá deducir 1 millón de euros.

Puede ocurrir que los gastos financieros netos no sean suficientes para alcanzar el límite del 30% del beneficio operativo, en cuyo caso la capacidad de deducción que no se haya utilizado podrá adicionarse a los límites de los cinco períodos posteriores. En su caso, si el límite utilizado es el millón de euros y los gastos financieros netos son inferiores a este, en la norma no se especifica si sería posible adicionar la diferencia en la capacidad de deducción a futuros períodos impositivos. Según autores como Silva García (2020, p.9), esto debería ser posible. Sin embargo, se ha especificado²⁶ que *“si los gastos financieros netos de un ejercicio no alcanzan dicho importe, la diferencia entre 1 millón de euros y el gasto financiero neto deducido en el período impositivo no se puede aplicar en períodos impositivos futuros”*. Por tanto, teniendo en cuenta esta aclaración y el matiz que integra la norma de que serán deducibles “en todo caso”, se deduce que cuando el gasto financiero neto sea menor, se deducirá un total de 1 millón de euros en ese período impositivo.

Si lo que excede no es la capacidad de deducción sino los propios gastos financieros netos, la norma permite arrastrar los gastos que excedan del límite a futuros períodos impositivos en los que sea posible la deducción de los mismos, sin ningún tipo de límite temporal. *“La doctrina se ha referido a esta regulación como una regla de diferimiento, puesto que la propia normativa lo contempla como una regla de imputación temporal específica, en la medida en que el exceso de gastos financiero no deducible puede trasladarse a ejercicios futuros.”* (Barciela Pérez, 2019) Ambas reglas de arrastre

²⁶ En la Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012.

se corresponden con una de las opciones aportadas con la ATAD, por lo que, en este sentido, no es necesario efectuar ningún cambio.

Cabe mencionar la existencia de una regla específica para los casos en los que una entidad forme parte de una Agrupación de Interés Económico -AIE-. Los límites para la deducibilidad de los gastos financieros serán aplicados teniendo en cuenta que *“en aquellos supuestos en los que estas entidades no puedan incluir los gastos financieros en su base imponible, serán imputados los mismos a los socios de la entidad. Por tanto, los gastos financieros imputados a los socios no podrán ser deducidos por la entidad.”* (Rodríguez de Federico, 2019, p. 7)

Para concluir el análisis de las reglas generales de la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros, en el último apartado del artículo 16 se especifican dos excepciones a la aplicación de esta norma: las entidades de crédito y aseguradoras y la extinción de una entidad. La primera de las excepciones responde a la necesidad de crear una regulación especial para estas entidades, debido a las características de su actividad económica. Sin embargo, como ya se ha adelantado a nivel europeo, todavía no existen normas al respecto.

Con respecto a la segunda excepción, es coherente pensar que si se produce la extinción de una entidad, *“los gastos financieros no deducidos no podrán llevarse a años posteriores por lo que no tiene sentido que se limite su deducibilidad ya que se trata de una norma de imputación temporal que no debería tener efectos definitivos.”* (Silva García, 2020, p.11) Por la misma razón, si la extinción se realizase por motivos de reestructuración empresarial, esta excepción no surtiría efectos, ya que los gastos financieros sí que se podrían llevar a años posteriores. En esta excepción existe un matiz a tener en cuenta: en la Directiva ATAD no se prevé la exclusión de la extinción de una entidad, sólo la exclusión de las entidades de crédito y aseguradoras. Por tanto, esta discrepancia ha de ser modificada en la normativa española.

En definitiva, si se realiza un análisis comparativo de las normas hasta aquí comentadas, autores como Barciela Pérez (2019) consideran que *“nuestra regulación tiene un carácter muy restrictivo respecto a las posibilidades que ofrece la Directiva ATAD.”* Teniendo en cuenta que el límite de *minimis* es muy pequeño y que otras reglas que prevé la ATAD no se han incorporado en la normativa española, como la exclusión de las entidades aisladas y el traslado de los gastos financieros a un período positivo

anterior, se puede considerar que nuestro régimen de limitación a la deducibilidad de gastos financieros es muy restrictivo.

Con respecto a los cambios que tienen que sufrir algunas de nuestras normas por ser incompatibles con la ATAD -estas eran, la definición de beneficio operativo y la exclusión de la extinción de una entidad- en la propia directiva se prevé que estos se tendrán que llevar a cabo antes del 1 de enero de 2024, fecha límite prevista en el artículo 11 de la Directiva.

4.4 Reglas específicas para la deducción de gastos financieros derivados de deudas destinadas a la adquisición de participaciones de entidades

Una de las prácticas más controvertidas que derivan en la deducción de los gastos financieros es la adquisición de participaciones de otras entidades, tanto ajenas como vinculadas. Además de ser una práctica habitual en el mundo empresarial para tomar el control de otras empresas, también puede ser utilizada con fines fiscales. A menudo, la adquisición de participaciones es financiada a través de préstamos, y serán los gastos financieros que se deriven de esa deuda los que permitan reducir, en gran medida, la carga tributaria de las entidades.

Como norma general, la deducibilidad de los gastos financieros derivados de una deuda que financia la adquisición de participaciones de cualquier tipo de entidades, se limitará por las reglas generales ya comentadas y por el límite adicional regulado en el apartado 5 del artículo 16.

Una de las ventajas fiscales que puede generar la adquisición de otras entidades es que, al fusionarse dos o más empresas, el beneficio operativo de cada una de ellas también se fusiona. Esto podría derivar en un incremento de la capacidad de deducción de la entidad adquirente, ya que el límite de deducción del 30% pasaría a aplicarse sobre el beneficio operativo total y no sólo sobre el que ésta hubiera alcanzado de forma individual. Sin embargo, para evitar este tipo de resultados, la propia norma restringe la aplicación del límite adicional del 30% al beneficio operativo de la entidad adquirente, sin poder tener en cuenta el beneficio operativo que resultaría de la fusión en el horizonte de 4 años. En definitiva, lo que busca la norma es *“que no se realicen restructuras*

empresariales con el fin de aumentar el beneficio operativo con el que aumentar la deducibilidad de los gastos financieros devengados por la adquisición de otras entidades.” (Silva García, 2020, p. 10) Además, en este contexto, el límite adicional se configura como *“un mecanismo para evitar que la entidad adquirida soporte el gasto financiero de su propia adquisición, buscando que la deducibilidad de estos gastos sea soportada únicamente por el beneficio operativo individual de la entidad adquirente.”* (Rodríguez de Federico, 2019, p. 9)

Como consecuencia de la conjugación del límite general -el 30% previsto en el artículo 16.1- y el límite adicional del 30% permitido en estas situaciones, la entidad llegaría a acumular hasta el 60% del beneficio operativo para el cálculo del límite a la deducibilidad de los gastos financieros. Siendo esta la norma general, existe una excepción en la que no se aplicaría el 30% adicional en el período en el que se adquieren las participaciones: si la adquisición se financia con deuda, como máximo, en un 70% del precio. Tampoco se aplicará ese 30% adicional en los períodos impositivos siguientes si el importe de la deuda se minorra de manera proporcional durante los 8 años siguientes, hasta que la deuda alcance el 30% del precio de adquisición. De darse estas circunstancias, la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros se calculará conforme a las reglas generales antes expuestas.

Si bien preocupa la repercusión fiscal que puede tener la adquisición de participaciones de otra entidades, mayor importancia adquiere la posible artificiosidad de estas operaciones cuando se trata de una adquisición entre entidades vinculadas financiada por otras entidades vinculadas. Por esta razón, la LIS incorpora un tratamiento mucho más restrictivo, prohibiendo, en su artículo 15 apartado h, la deducción de los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo destinadas a la adquisición de participaciones o a la realización de aportaciones en el capital de otras entidades del grupo, siempre y cuando no existan motivos económicos válidos.

Desde la perspectiva de la lucha contra la planificación fiscal agresiva, este precepto encuentra su fundamento en que si los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo fuesen siempre deducibles, *“cuando un grupo multinacional planifique a nivel internacional la carga fiscal total, seguramente optará por articular préstamos en Estados de baja tributación a favor de filiales en países de tributación alta. De esta manera se conseguirá que los gastos financieros mermen la base imponible de*

jurisdicciones de elevada tributación sobre el beneficio empresarial, al mismo tiempo que los correlativos ingresos financieros se someten a imposición en jurisdicciones favorables.” (García Novoa, 2016, p. 92)

Para explicar los problemas que entraña esta regulación, es importante comenzar aclarando qué entidades forman parte de un mismo grupo y, para ello, es necesario acudir al artículo 42 del Código de Comercio. En él se especifica que *“existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.”* De la misma forma, *“se presumirá su existencia cuando una sociedad dominante se encuentre en relación con otra dependiente porque posea la mayoría de derechos de voto, tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, pueda disponer de la mayoría de los derechos de voto o haya designado con sus votos a la mayoría de miembros del órgano de administración.”*

Por tanto, de darse alguna de estas circunstancias en el momento del endeudamiento, si una entidad del grupo realiza un préstamo a otra entidad del grupo para, o bien adquirir participaciones, o bien realizar aportaciones al capital social o fondos propios de otra entidad del grupo, la consecuencia jurídica sobre los gastos financieros derivados de dicha deuda es que no serán fiscalmente deducibles. Ahora bien, esta regla general también incorpora una excepción: la existencia de motivos económicos válidos que justifiquen dicha operación, los cuales permitirán la deducción de los gastos financieros de la deuda.

Esta excepción no está exenta de críticas y problemas en su aplicación. A pesar de la relevancia que adquiere, la norma no especifica qué ha de entenderse por *motivos económicos válidos*. En su análisis sobre esta regulación, Aneiros Pereira (2015, p. 11) señala que *“este concepto jurídico indeterminado exige atender a las circunstancias de cada caso concreto y genera un buen número de problemas aplicativos, pero también permite flexibilizar la rigidez de la regla general que contempla el precepto”* ya que ofrece la posibilidad de considerar estas operaciones como económicamente razonables.

En otras palabras, el matiz que condiciona la posibilidad de deducir los gastos financieros en este contexto es la finalidad que tiene la deuda. El TEAC, en la resolución de 8 de octubre de 2009, señala que el endeudamiento de una empresa para poder adquirir algo es una operación válida siempre y cuando no se invierta la relación causa-efecto. Si el fin de la operación de endeudamiento no es adquirir algo, sino provocar el

pago de unos intereses a una entidad perteneciente al mismo grupo justificando la necesidad de endeudamiento a través de una adquisición, dicho endeudamiento se considera artificioso. En otras palabras, *“habrá que atender a que se trate de operaciones que no respondan a una finalidad fraudulenta o de elusión fiscal. Entre estos casos pueden encontrarse aquellos que puedan contribuir a dotar de una mejor situación patrimonial, económica y financiera.”* (Aneiros Pereira, 2015, p. 11) Otros ejemplos de operaciones que pueden ser consideradas razonables, desde un punto de vista económico, fueron incorporados por el propio legislador en el preámbulo de la LIS. Entre otros, se especificó la reestructuración del grupo -consecuencia directa de una adquisición a terceros- y la gestión de las entidades participadas adquiridas desde el territorio español.

Teniendo en cuenta que demostrar la motivación de estas operaciones va a ser clave para la válida deducción de los gastos financieros, es importante conocer sobre quién recae la carga de la prueba de demostrar la existencia de motivos económicos válidos en caso de conflicto jurídico. Pues bien, atendiendo a la finalidad de la norma, la conclusión a la que se ha llegado es que, *“mediante esta cláusula, se otorga al contribuyente la posibilidad de demostrar su ánimo de no defraudar a la Agencia Tributaria, lo que supone una inversión de la carga de la prueba hacía el sujeto pasivo.”* (Rodríguez de Federico, 2019, p. 3) Es decir, será el propio contribuyente el que tendrá que demostrar la existencia de motivos económicos válidos. En cambio, por parte de la Administración Tributaria, *“no es necesario probar la voluntad de defraudar o, si se quiere, un comportamiento doloso, sino que basta con acreditar que se ha obtenido un ahorro fiscal -resultado- mediante un camino -instrumentos- artificioso aunque acomodado a la Ley.”* (STS 23 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:986))

Por tanto, la acusación de la Administración suele estar fundamentada en *“la utilización del fraude de ley para denegar los beneficios fiscales ligados a operaciones entre filiales de una misma empresa que, a su juicio, no tienen ningún sentido económico y solo persiguen reducir los impuestos a pagar.”* (Calvo Végez, 2015, p. 9) Estas operaciones²⁷, consideradas de forma aislada, suelen ser válidas desde un punto de vista jurídico. Sin embargo, en su conjunto, no llegan a alcanzar otro resultado relevante

²⁷ Entre las más habituales está la adquisición de participaciones entre empresas que conforman un grupo a través de un préstamo también concertado entre empresas del mismo grupo.

distinto al mero ahorro fiscal, por lo que los motivos económicos válidos no suelen ser, finalmente, reconocidos por el Tribunal.

Esta situación deriva en que los grupos de empresas se vean obligados a revisar sus estrategias fiscales y a optar por los préstamos concedidos por terceros antes que por los otorgados por entidades vinculadas.

5. Análisis crítico sobre la repercusión de la normativa fiscal en España

Las reglas de limitación a la deducibilidad de gastos financieros no han estado exentas de críticas desde su creación, sobre todo en lo que se refiere a la finalidad de la norma y a las consecuencias negativas que esta conlleva.

Del análisis realizado en los epígrafes anteriores, se puede extraer que la normativa referente a la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros ha sido creada con una triple finalidad: aumentar la recaudación tributaria por parte de la Administración Tributaria del Estado, permitir el arrastre de los gastos financieros como norma de imputación temporal y hacer frente a las prácticas fiscales agresivas.

En lo que se refiere a la recaudación, el propio legislador señala, en la exposición de motivos del ya comentado Real Decreto-Ley del año 2012, que las medidas tributarias que en él se recogen responden a la necesidad de incrementar “los *ingresos fiscales procedentes del Impuesto sobre Sociedades, esfuerzo recaudatorio que se recaba, fundamentalmente, de las grandes empresas, poseedoras de la capacidad contributiva necesaria para coadyuvar al sostenimiento de las finanzas públicas, a través de la figura del mencionado tributo.*” Por tanto, el Gobierno se ampara en el deber general de los contribuyentes de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos²⁸, en función de su capacidad económica, para crear normas destinadas a aumentar su recaudación. Ejemplo de ello es el límite adicional aplicado a la deducción de los gastos financieros derivados de deudas destinadas a adquirir participaciones de otras entidades, ya que “*puede discutirse la conveniencia o no de su existencia, pero no puede negarse la clara finalidad de la misma pues, además de recaudatoria, consiste*

²⁸ Así lo establece el artículo 31 CE.

en negar a las entidades la obtención de crédito gratuito para la adquisición de activos.” (Rodríguez de Federico, 2019, p. 11)

Sin embargo, si atendemos a la finalidad planteada en este Real Decreto-Ley, otras normas como el mínimo deducible serían discutibles. Si el objetivo es aumentar la recaudación fundamentalmente a través de las grandes empresas, sería más coherente que el límite deducible en todo caso fuese de 3 millones de euros -tal y como recomienda la Directiva ATAD- y no tan sólo de 1 millón de euros. (Martínez & Barral, 2012, p. 28)

A pesar de que la LIS incorpore normas destinadas a incrementar la recaudación, como es el caso del límite a la deducibilidad de los gastos financieros, el IS se caracteriza por ser un impuesto con un tipo impositivo alto pero con baja recaudación, lo cual se debe a problemas estructurales del propio diseño del impuesto. (Patón García, 2017, p. 189)

Como norma de imputación temporal, tal y como se ha explicado, se permite el arrastre de los gastos financieros no deducidos a períodos impositivos futuros sin ningún tipo de límite temporal. Aunque el aplazamiento del gasto puede ayudar a los sujetos pasivos a evitar tener bases imponibles negativas (García-Torres Fernández, 2015, p. 110), también supone un desajuste con respecto al criterio de imputación contable. Según el principio del devengo utilizado en el ámbito contable, se deben registrar los gastos financieros por el importe devengado en el propio ejercicio independientemente de que sean fiscalmente deducidos en todo o en parte. Esto provoca que el importe que se contabiliza en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias sea distinto al que se deduce fiscalmente, diferencia que podrá ser deducida en períodos impositivos futuros. El efecto financiero en el que se traduce esta situación, es la existencia de una diferencia temporaria deducible, por lo que la entidad reconocerá un activo por impuesto diferido en su contabilidad y, en concreto, en la Situación Fiscal de la Memoria, donde se refleja la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

Como fórmula para luchar contra las prácticas fiscales agresivas, *“resulta evidente que limitar la deducción de los gastos financieros de las entidades sujetas al Impuesto sobre Sociedades es una medida que, en muchos casos, frena la descapitalización de los sujetos pasivos del impuesto y el uso de determinadas estructuras financieras.”* (Aneiros Pereira, 2015, p. 23) Por tanto, la razón de ser de la norma se ve justificada en operaciones que suponen un riesgo de erosión de bases imponibles o traslado de beneficios, como es el caso de los préstamos intragrupo, ya

que es necesario ejercer un control efectivo sobre dichas operaciones y estas normas ayudan a combatir dichas prácticas y sus efectos.

Sin embargo, la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros no sólo se aplica sobre las operaciones que conllevan un riesgo, sino sobre todas las operaciones financieras independientemente de cuál sea su fuente u origen. En estos casos, el objetivo perseguido ya no es evitar la erosión de bases, sino reducir el excesivo apalancamiento financiero de las empresas. Este excesivo endeudamiento se debe fundamentalmente a que las entidades apalancadas gozaban de ventajas fiscales que las entidades poco apalancadas no tenían. Mientras los gastos financieros derivados de la financiación ajena tenían la consideración de deducibles fiscalmente, la financiación interna vía dividendos no, y esto provocaba que las entidades poco apalancadas sufrieran una mayor presión fiscal. Por tanto, limitando la deducibilidad de los gastos financieros, se desincentiva la adquisición de capital vía financiación externa en favor de la financiación interna.

Además, también es de destacar que un excesivo apalancamiento puede llegar a ser perjudicial para las empresas, ya no sólo por los problemas que puedan llegar a tener para responder a él, sino también porque, en un contexto de crisis, las empresas capitalizadas tienen menos problemas financieros y resisten mejor a la caída de la actividad económica que las empresas con alto endeudamiento.

A pesar de que se acepte la validez de dicha finalidad, también hay que tener en cuenta que la imposición de normas fiscales tan restrictivas pone en entredicho la autonomía de la voluntad privada de las empresas²⁹ y provoca que se condicione la toma de decisiones en las estrategias empresariales a las consecuencias fiscales que se obtendrían.

En aplicación de los derechos y libertades de las entidades, es habitual que una entidad escoja, de entre varias estrategias, la más conveniente desde un punto de vista fiscal, sin que ello conlleve cometer delito alguno. A esta situación se le conoce como economía de opción, que consiste en *“la libre y lícita elección entre alternativas jurídicamente válidas y estrategias para un menor coste fiscal que exige, para su estándar de validez, una actuación basada en la buena fe y en que los negocios jurídicos*

²⁹ A las empresas se le reconoce el derecho de libertad de empresa y de libertad contractual en los artículos 38 CE y 1255 CC, respectivamente.

celebrados sean concordantes con la causa.” (Llanes del Barrio, 2020, p.3) Por tanto, si el gasto financiero cuya deducción se limita no responde a una operación artificial o no implica un riesgo financiero, no tiene sentido aplicar limitación alguna si tenemos en cuenta que la finalidad del impuesto es gravar los ingresos y gastos de la entidad.

De todas formas, si se discutiese la validez de las normas y se declarasen contrarias a derecho, esto implicaría la devolución de importantes cantidades de ingresos tributarios por parte de las Administraciones y, por tanto, una situación difícil para las finanzas públicas.

Una vez analizada la discutible finalidad que tienen las normas de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros, también es importante destacar los posibles inconvenientes que puede traer consigo la aplicación de dichas normas.

“Denegar la deducibilidad de gastos financieros a una determinada entidad puede conllevar que no se grave a la misma por su verdadera capacidad económica.” (Durán, 2017, p.150) Si se tiene en cuenta que la base imponible es considerada como la forma de medir la capacidad económica que tiene una entidad y que, con estas normas, se están denegando la deducibilidad de gastos financieros reales, se puede afirmar que, como consecuencia, la base imponible no representa la realidad financiera de las empresas.

Además, el hecho de que no se pueda deducir fiscalmente el endeudamiento de las entidades, conlleva a que este tenga un mayor coste para las mismas. Por esta razón, incluso podría llegar a ser una operación inviable ante la imposibilidad de las empresas de pagar la deuda, lo que repercutiría directa y negativamente sobre el crecimiento de las mismas.

Esta repercusión negativa aumenta si tenemos en cuenta el contexto de crisis económica mundial que se está desarrollando con motivo del virus conocido como COVID-19. Algunas de las medidas tomadas para reducir el impacto del virus en la sociedad, como el confinamiento, el cierre temporal de las empresas y la reducción de la movilidad, derivaron en una situación financiera muy complicada, caracterizada por un gran descenso de los beneficios en la mayor parte de las empresas que no podían adaptar su actividad económica a la digitalización. Para hacer frente a esta situación y solventar los problemas de liquidez, las empresas se vieron obligadas a recurrir a financiación externa en forma de préstamos de distinta naturaleza y, por ende, a

aumentar su endeudamiento. Por tanto, a la falta de recursos se suma la aplicación de normas muy restrictivas que condicionan la deducibilidad de la deuda asumida, lo que puede provocar que las empresas no puedan hacer frente a la presión fiscal a la que se ven sometidas. Esto supondría que las empresas puedan llegar a tributar por el IS a pesar de que soporten grandes pérdidas, sobre todo si tenemos en cuenta que la limitación provoca que la base imponible se aleje de la verdadera capacidad económica de las empresas, tal y como ya se ha planteado. En definitiva, esta situación “*puede provocar que el IS llegue a tener carácter confiscatorio*” (Pumar, 2020) ya que, aunque se permita el arrastre de los gastos financieros no deducidos, para muchas empresas es casi imposible no llegar al límite del 30% del beneficio operativo para poder practicar efectivamente el arrastre de los gastos que no se han llegado a deducir.

Conclusiones

Las estrategias fiscales de las multinacionales tienen como objetivo principal obtener la menor carga tributaria posible. Para ello, en numerosas ocasiones, se aprovechan de las incompatibilidades que existen entre las normativas fiscales de los países para llevar a cabo prácticas fiscales agresivas y obtener el máximo rendimiento posible.

En este sentido, la libre deducibilidad de los gastos financieros supone uno de los riesgos más habituales en la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios de las entidades, sobre todo en el seno de los grupos de empresas, por lo que son necesarias normas que limiten la deducibilidad de los gastos financieros y pongan fin a estas prácticas.

Al tratarse de un problema de índole internacional, la solución a la planificación fiscal agresiva debía ser común a todos los países y estar basada en la coherencia y unanimidad de todas las legislaciones. Por esa razón, la OCDE elaboró el conocido Plan BEPS y, dentro de este, la Acción 4, donde incorporó recomendaciones destinadas a regular la limitación de la erosión de la base imponible por vía de las deducciones en el interés y otros pagos financieros. En apoyo a conseguir la puesta en común de las normas, a nivel europeo se aprobó la Directiva ATAD, donde se incorporaron todas las recomendaciones de la OCDE en forma de normas vinculantes para los Estados integrantes de la UE, dedicando el artículo 4 a las normas de limitación a la deducibilidad de los costes de endeudamiento. En lo que respecta a nivel nacional, a pesar de que la vigente LIS es anterior a la aprobación de la Directiva ATAD y la Acción 4 del Plan BEPS, sus reglas guardan una gran similitud y compatibilidad, salvo en algunas apreciaciones.

Las reglas generales más importantes que España aplica actualmente para limitar la deducibilidad de los gastos financieros en nuestro ordenamiento jurídico se resumen en un límite máximo que corresponde al 30% del beneficio operativo de la entidad, complementado con el límite de 1 millón de euros deducible en todo caso; en

el arrastre de los gastos financieros que excedan de dicho límite a futuros períodos impositivos sin máximo temporal, así como el arrastre de la capacidad de deducción excedentaria en, como máximo, los cinco períodos futuros siguientes; y en la exclusión de la aplicación de estas normas a las entidades de crédito y aseguradoras y a las entidades que estén en período de extinción.

Todas estas reglas son compatibles tanto con la Acción 4 del Plan BEPS como con la Directiva ATAD, excepto en lo que se refiere al concepto de beneficio operativo utilizado en España para calcular el límite del 30% y a la posibilidad de excluir las entidades en caso de extinción. Ambas apreciaciones son incompatibles con las normas vinculantes recogidas en la Directiva ATAD, ya que el concepto de beneficio operativo no se corresponde con el concepto de EBTIDA ni tampoco en ella se prevé la posibilidad de que los países apliquen la exclusión en caso de extinción. Por tanto, estos incisos deberán ser corregidos en la normativa española, teniendo como plazo hasta el año 2024.

A pesar de que el resto de normas sean compatibles, teniendo en cuenta que nuestra normativa es tan restrictiva respecto a las posibilidades que ofrece la ATAD, convendría flexibilizar nuestras reglas incorporando unas nuevas -como la exclusión de las entidades aisladas- y modificando algunas existentes -como el límite de 1 millón de euros-. En lo que respecta a las entidades aisladas, el riesgo que suponen estas entidades en la elusión fiscal que aquí se trata es muy pequeño y parece desproporcionado que se tengan que ceñir a las mismas normas que otras entidades que tienen un mayor riesgo de erosión de bases imponibles. Por su parte, partiendo del hecho de que estas normas están dirigidas a aumentar la recaudación por parte de las grandes empresas, se podría incrementar nuestro límite de 1 millón de euros teniendo en cuenta que el máximo permitido es de 3 millones.

En cuanto a las reglas que limitan la deducibilidad de los gastos financieros derivados de préstamos que financian la adquisición de participaciones o aportaciones de capital de otras entidades, es evidente que, cuando este tipo de operaciones se llevan a cabo en el seno de un grupo de empresas, hay una gran posibilidad de que se traten de operaciones artificiosas que buscan el propósito de reducir la carga tributaria que soporta el grupo. Sin embargo, aunque esta norma sea adecuada para reducir el riesgo de la erosión de la base imponible, también es necesario garantizar la posible demostración de que las operaciones responden a motivos económicos válidos y, por

ende, permitir la válida deducción de los gastos financieros. Por esa razón, la inseguridad jurídica que existe respecto a este concepto y la dificultad que entraña su prueba, hacen necesario profundizar en esta norma y concretar aspectos decisivos que no den lugar a dudas sobre la existencia de tales motivos. De igual forma, cuando se trata de las normas aplicables a operaciones que no se llevan a cabo en el seno de un grupo de empresas, estas también generan dudas. Como se ha señalado, en estos casos, se restringe la aplicación del límite adicional del 30% al beneficio operativo de la entidad adquirente para evitar que la integración de beneficios operativos de ambas entidades incremente desproporcionadamente la capacidad de deducción final. Sin embargo, una vez realizada la fusión de empresas, resulta muy difícil distinguir el beneficio operativo de la entidad adquirente, por lo que se deberían dar pautas que definan cómo llevar a cabo la operación.

A este respecto cabe destacar que una de las razones por las que se aplican estas restricciones es la necesidad de combatir las operaciones artificiosas por las que la financiación de las empresas responde exclusivamente al objetivo de reducir la carga fiscal que soportan. Por tanto, la artificiosidad es el matiz clave que fija el límite hasta el que las entidades pueden ejercer el derecho a la libertad de empresa para planificar sus estrategias fiscales. Sin embargo, a pesar de la importancia que adquiere el concepto *artificial* en este contexto, tampoco se han definido los criterios necesarios para reconocerlo con claridad, por lo que a día de hoy su calificación depende, en gran medida, de la perspectiva subjetiva del tribunal.

Todas estas cuestiones pendientes de resolver desvelan la necesidad de publicar nuevas resoluciones que aporten luz a las dudas planteadas y complementen las normas existentes, como ha ocurrido con las Directrices en materia de precios de transferencia de operaciones financieras intragrupo, publicadas por la OCDE en apoyo a las normas de deducibilidad de gastos financieros en materia de precios de transferencia.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta la dificultad que supone concretar este tipo normas y, sobre todo, unificarlas a nivel internacional. A pesar de que las recomendaciones de la OCDE son comunes a todos los países, cada uno de ellos las ha integrado en la forma en la que mejor se adaptaban a las necesidades de cada uno de ellos y, como resultado, han aparecido diferentes formas de limitar la deducibilidad de los gastos financieros. Ejemplo de ello son las Thin Capitalization rules, Earnings

stripping rules y las Safe-harbor rules. De entre ellas, las más utilizadas son las Thin Capitalization rules, a diferencia de las Safe-harbor rules que prácticamente han desaparecido debido a la tendencia internacional del cambio de estas por las Earnings stripping rules.

Pero esta dificultad no sólo es palpable a nivel internacional, sino también a nivel nacional. Como sabemos, en España, el País Vasco cuenta con una normativa foral que se diferencia, en algunos aspectos, de la normativa común aplicable al país. Ejemplo de ello son las normas de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros. A día de hoy, el País Vasco sigue manteniendo en su ordenamiento jurídico las normas de subcapitalización, por lo que los gastos financieros, dentro de España, tendrán un tratamiento diferente en función de si la domiciliación de la entidad está en el País Vasco o en el resto del país.

Todo esto pone en duda si se ha conseguido el objetivo planteado por la OCDE de cohesionar el IS a nivel internacional. Es cierto que hoy en día la mayoría de países integran algún tipo de normas en este aspecto pero, aun así, siguen existiendo asimetrías que pueden derivar en riesgos fiscales para los Estados.

En definitiva, la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros fue creada con el afán de ser una norma recaudatoria, una norma anti-elusión y una norma de imputación temporal. A pesar de que sea cierto que todos los contribuyentes -tanto personas físicas como jurídicas- tengan el deber de contribuir a la recaudación de las arcas públicas y de que sea necesario controlar las operaciones artificiosas que suponen un riesgo fiscal, así como el excesivo endeudamiento de las empresas, cabe destacar que los gastos cuya deducción se limita no dejan de ser gastos reales en los que incurren las entidades. En consecuencia, si se tiene en cuenta que la finalidad del propio impuesto es gravar los ingresos y gastos de la entidad, se puede considerar que este tipo de normas atentan contra dicha finalidad y que, por tanto, se puede poner en duda la validez de dicha limitación.

Puede que esta norma tuviese mayor coherencia si la limitación a la deducibilidad se acotara sólo a los casos en los que sí se considera necesaria o en los que responde a una clara finalidad como combatir las operaciones artificiales intragrupo o el endeudamiento excesivo de una empresa. Sin embargo, como esto no es así, ya que la limitación abarca todo tipo de financiación, parece que la única razón por la que

se limita la deducción de todos los gastos financieros, sin discriminación alguna, es la necesidad de aumentar la recaudación estatal.

Si a esta indiscriminación en la aplicación de la limitación se le adhiere el carácter restrictivo de la norma, se puede afirmar que la recaudación tributaria se está llevando a cabo en detrimento de la viabilidad financiera de las empresas -lo que supone una gran penalización a su crecimiento- y en contra de la propia finalidad del IS.

Toda esta repercusión se agrava si nos encontramos en un contexto de crisis económica mundial. Ante dicha situación, la necesidad de recaudación de los Estados aumenta de forma paralela a la dificultad que tienen las empresas para financiarse, sobre todo si tenemos en cuenta que la limitación de la deducción de los gastos financieros supone que la deuda tenga un mayor coste para ellas. En consecuencia, aquellas empresas que no tengan un fondo financiero que les permita mantenerse, pueden sufrir el cierre o la quiebra.

Por todo lo expuesto, parece evidente que estas normas requieren de cierta revisión normativa para ofrecer mayor seguridad jurídica en su aplicación, así como de cierta flexibilización en sus reglas para adaptarse mejor a la realidad social y no primar, ante todo, la necesidad de recaudación del Estado.

Bibliografía

- Álvarez García, S., & Aparicio Pérez, A. (2017). La deducibilidad de los gastos financieros en la normativa española y comunitaria del Impuesto sobre Sociedades. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 14, 77-87. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2017_14.pdf
- Aneiros Pereira, J. (2015). El tratamiento tributario de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades. *Crónica tributaria*, 157, 7-24.
- Barciela Pérez, J. A. (2019). La Directiva ATAD y la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el IS. *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transversales*, 10, 117-144.
- Barreiro Carril, M. C. (2019). La controvertida base jurídica de la Directiva antielusión fiscal: Un análisis a la luz de reglas de vinculación. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 23 (62), 155-196.
- Bravo Guzmán, M. I. (2017). *Efectos tributarios de las nuevas normas sobre el exceso de endeudamiento en virtud de la reforma tributaria*. Parte II. Tesis doctoral. Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/147529>
- Caamaño Anido, M. (13 de julio de 2020). Las operaciones financieras entre entidades vinculadas. *CCS Abogados*. <https://www.ccsabogados.com/las-operaciones-financieras-entre-entidades-vinculadas/>
- Calvo Vérguez, J. (2015). El reconocimiento de la existencia de fraude de ley en aquellas operaciones destinadas únicamente a la deducibilidad de los gastos financieros de los grupos de empresas en el IS: La unanimidad de criterio de la doctrina administrativa y jurisprudencial. *Quincena fiscal*, 15, 103-152.

- Carbajo Vasco, D. (2017). La pretendida reforma del Impuesto sobre Sociedades de 2015: Un fracaso anunciado. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 14, 101-109.
https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2017_14.pdf
- Castro Arango, J. M. (2012). La cláusula antisubcapitalización española: Problemas actuales. *Documentos de Trabajo (IELAT)*, 34, 1-24.
- Deloitte Legal. (27 de febrero de 2020). La OCDE publica nuevo marco y directrices en materia de precios de transferencia en relación a operaciones financieras. *Deloitte Spain*.
<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/es/Documents/legal/Deloitte-ES-Tax-Alert-Operaciones-financieras2020027.pdf>
- Deloitte Legal. (s. f.). Guías OCDE sobre las implicaciones del COVID-19 en precios de transferencia. *Deloitte Spain*.
<https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/guias-ocde-implicaciones-covid19-precios-transferencia.html>
- Durán, M. L. (2017). El futuro de la limitación de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: Perspectiva española y europea. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 14, 138-155.
https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2017_14.pdf
- Ezquerro, T. C., & Lousa, M. G. (2008). Cláusulas antielusión en el impuesto sobre sociedades: La subcapitalización. En Collado Yurrita, M. Á., Sanz Díaz-Palacios, J. A., Morenos González, S. (Coord.) *La lucha contra el fraude fiscal: estrategias nacionales y comunitarias*. (pp. 187-224). Atelier.
- Falcón y Tella, R. (2019). *Fiscalidad Internacional*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones.
- Feust, C., Hebous, S., & Riedel, N. (2011). *International Profit Shifting and Multinational Firms in Developing Countries*. Working paper. <https://www.theigc.org/wp-content/uploads/2014/10/Fuest-Et-Al-2011-Working-Paper.pdf>

- Fuster Tozer, R. et al. (2017). Acción 4: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros. En Garrigues (aut.), *Plan de acción BEPS: Una reflexión obligada*. (pp. 95-134) Fundación Impuestos y Competitividad. <https://fundacionic.com/wp-content/uploads/2016/09/ACCION-4-URIA-MENENDEZ-2.pdf>
- García Novoa, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*. Marcial Pons.
- García-Torres Fernández, M. J. (2015). Últimos criterios de imputación temporal en la base imponible del IS y su regulación. El Anteproyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 10, 101-110. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2015_10.pdf
- Garde Garde, M. J. (2016). El proyecto BEPS. *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, 3071, 39-46.
- Jiménez, A. J. M., & Carrero, J. M. C. (2014). El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones («BEPRS»): ¿Final, el principio del final o el final del principio? *Quincena fiscal*, 1, 87-115.
- Kalamov, Z.Y. (2019) Safe haven or earnings stripping rules: a prisoner's dilemma?. *Int Tax Public Finance*, 27, 38-76. <https://doi.org/10.1007/s10797-019-09545-w>
- Llanes del Barrio, M. J. (2020). Fraude fiscal, economía de opción y fraude de ley analizados desde el concepto de tax gap o brecha fiscal. *Diario La Ley*, 9739.
- López, J. M. (2016). La acción internacional y europea contra la planificación fiscal agresiva: Incidencia en la normativa tributaria estatal... ¿y foral? En Merino Jara, I. (dir.) *Fiscalidad internacional desde la perspectiva del País Vasco*, (pp. 208-232) Instituto Vasco de Administración Pública.
- Martínez, L. S. de C., & Barral, V. V. (2012). La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: Análisis normativo y comentario crítico. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 33, 19-34.

- OCDE. (2013). *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. OCDE Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264207813-es>
- OCDE(a). (2015). *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 -2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>
- OCDE(b). (2015). *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios—Informes Finales 2015—Resúmenes*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/24156108>
- OCDE(a). (2020). *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019-July 2020*. OECD Publishing. <https://www.oecd.org/tax/beps/oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-progress-report-july-2019-july-2020.pdf>
- OCDE(b). (2020). *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS Actions 4, 8-10*, OECD Publishing. www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm
- OCDE (s. f.). OECD's work on Aggressive Tax Planning. OCDE. <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/atp.htm>
- Parejo García, B. (2017). Capítulo 11. Gastos financieros (Acción 4). En Almudí Cid, J. M. et al (dir.) *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*. (pp. 261-274) Thomson Reuters Aranzadi.
- Patón García, G. (2017). El enfoque de los países en desarrollo en la era BEPS: ¿es posible la coordinación en la respuesta ante la erosión de bases y el traslado de beneficios? *Documentos – Instituto de Estudios Fiscales*, 14, 185-199. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2017_14.pdf
- Pérez Royo, F. (2017). *Curso de derecho tributario. Parte especial*. (Undécima edición). TECNOS.

- Pontón Aricha, T. (2017). Las medidas relativas a la limitación de intereses y a los instrumentos híbridos en la ATAD y su entorno. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 14, 44-53. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2017_14.pdf
- PricewaterhouseCoopers. (Mayo de 2020). Directrices de precios de transferencia para transacciones financieras. PwC. <https://www.pwc.com/ia/es/publicaciones/perspectivas-pwc/Directrices-de-precios-de-transferencia-para-transacciones-financieras.html>
- Pumar, J.M. (18 de noviembre de 2020) El Covid-19 y la necesidad y oportunidad de revisar la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros. *LegalToday*. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-fiscal/fiscal/el-covid-19-y-la-necesidad-y-oportunidad-de-revisar-la-limitacion-de-la-deducibilidad-de-los-gastos-financieros-2020-11-18/>
- Ramos Angeles, J. A. (2015). El Proyecto BEPS de la OCDE y el Mito del Fin de la Planificación Fiscal Internacional: Un Enfoque Crítico a Propósito de los Final Reports 2015. *Derecho & Sociedad*, 45, 375-396.
- Rodríguez de Federico, M. (2019). Limitación sobre la deducibilidad de los gastos financieros en el impuesto sobre sociedades. *Técnica contable y financiera*, 19, 64-82.
- Ruf, M. & Schindler, D. (2015) Debt Shifting and Thin-Capitalization Rules – German Experience and Alternative Approaches. *Nordic Tax Journal*, 1, 17-33. <https://doi.org/10.1515/ntaxj-2015-0002>
- Silva García, D. (2020). Análisis de la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros. *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, 15, 109-132.
- Transfer Pricing Specialists. (1 de abril de 2020). Nuevas Directrices de Precios de Transferencia en materia de Operaciones Financieras. *International TPS*. <https://www.international-tps.com/nuevas-directrices-de-precios-de-transferencia-en-materia-de-operaciones-financieras/>

Anexo Legislativo

España. Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado núm. 61, de 11 de marzo de 2004. (Disposición Derogada)

España. Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. Boletín Oficial del Estado núm. 78, de 31 de marzo de 2012.

España. 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. Boletín Oficial del Estado núm. 170, de 17 de julio de 2012.

Unión Europea. Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea L 193, 19 de julio de 2016.

España. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, de Impuesto de Sociedades. Boletín Oficial del Estado núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

Anexo Jurisprudencial

Sentencias del Tribunal Supremo.

STS de 1 de octubre de 2009. (ECLI:ES:TS:2009:7460)

STS 23 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:986)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

STJUE de 12 de diciembre de 2002 (C-324/00).

Resoluciones de Interés.

España. Resolución de 8 de octubre de 2009 del Tribunal Económico Administrativo Central, núm. 00/7082/2008.

Unión Europea. Resolución del Consejo (UE) de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) y subcapitalización en la Unión Europea. Diario Oficial del Unión Europea, C-156, de 16 de junio de 2010.