



FACULTAD DE DERECHO

LA PLANIFICACIÓN FISCAL ABUSIVA DE LOS GRANDES GRUPOS MULTINACIONALES: EL RECURSO AL ENDEUDAMIENTO

Autor: Pablo Falcón Campanario

Tutor: Eva Gil Cruz

Madrid

Abril 2014

Pablo
Falcón
Campanario

**LA PLANIFICACIÓN FISCAL ABUSIVA DE LOS GRANDES GRUPOS MULTINACIONALES:
EL RECURSO AL ENDEUDAMIENTO**



RESUMEN

Este trabajo estudia la planificación fiscal abusiva de los grandes grupos multinacionales en torno a la deducibilidad de los gastos financieros. La normativa fiscal adolece de falta de neutralidad con respecto a las formas de financiación de las empresas, siendo, al contrario que ocurre con la retribución al capital, deducible el pago de intereses de préstamo. La deducibilidad de los gastos financieros cobra especial interés en las EMNs, que tienen la posibilidad de situar una sociedad prestamista en una jurisdicción que someta a escasa imposición los ingresos por préstamo, y la posibilidad de situar a la sociedad prestataria-vinculada en una jurisdicción que tenga un alto tipo impositivo y pocas restricciones a la deducción del interés pagado. El análisis de las propuestas de mejora, la doctrina administrativa y la jurisprudencia, permite concluir que las reacciones legislativas más recientes en torno a esta figura en España son apropiadas para combatir el vaciamiento de bases imponibles por parte de los grandes grupos multinacionales.

Palabras clave: planificación fiscal, deuda, capital, deducibilidad, gastos financieros, operaciones intra-grupo, empresa multinacional.

ABSTRACT

This paper focuses on the aggressive tax planning done by big multinational groups of enterprises in relation to the deductibility of financial expenses. Tax regulations lack neutrality in respect of the forms of financing, being the payment of interests, unlike dividend distributions, deductible. The deductibility of financial expenses is of particular importance in the context of multinational enterprises, as they can locate a lender-company in a country where interests are almost non-taxed and the associated-borrower-company in a country with a high effective tax rate, and low restrictions on financial expenses' deductions. From the analysis of proposals for improvement, the administrative approach and case law, we can conclude that the recent legislative reforms which revolve around the deduction of financial expenses in Spain have been appropriate to fight base erosion by big multinational groups.

Key words: tax planning, debt, equity, deductibility, financial expenses, intra-group transactions, multinational enterprise.

ÍNDICE

1. Introducción	1
2. Marco teórico	3
2.1. La planificación fiscal lícita o ilícita.....	3
2.2. Causas de la planificación fiscal	4
2.3. Consecuencias de la planificación fiscal.....	6
3. Debt Bias. El apalancamiento como medida de ahorro fiscal.....	7
3.1. El recurso a la financiación como necesidad de las empresas	7
3.2. La falta de neutralidad entre la financiación con deuda y la de capital.....	8
3.3. Justificación de la falta de neutralidad.....	10
4. La financiación con deuda en las EMNs.....	12
5. Reacciones frente al problema de la planificación fiscal en torno a la financiación de las empresas	17
5.1. Propuestas de BICC, CBIT y ACE.....	17
5.2. La problemática forense de la planificación fiscal	18
5.2.1. El fraude de ley en las adquisiciones intra-grupo apalancadas	20
6. La norma de subcapitalización en España.....	28
6.1. Evolución histórica de la norma de subcapitalización en el derecho interno ..	28
6.2. Las últimas reformas a la norma interna de subcapitalización	30
6.2.1. Nueva letra h) del art.14 TRLIS	30
6.2.2. Límite general objetivo del art. 20 TRLIS	31
7. Conclusiones	32
8. Bibliografía.....	34
9. Anexo Normativo.....	40
10. Anexo de figuras	49

INDÍCE DE FIGURAS

Figura I. Las formas de financiación de las empresas	7
Figura II. El apalancamiento como Ahorro Fiscal	8
Figura III. Ejemplo falta de neutralidad (sin retención)	9
Figura IV. Ejemplo falta de neutralidad (con retención).....	10
Figura V. Estructura de apalancamiento intra-grupo sencilla	14
Figura VI. ACE vs. CBIT	17
Figura VII. Estructura adquisición intra-grupo apalancada.....	21

LISTADO DE ABREVIATURAS

ACE	Allowance for Corporate Equity
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
BEPS	Base Erosion and Profit Sharing
BICC	Base Imponible Común Consolidada
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.Com	Código de Comercio
CANT	Conflicto en la Aplicación de la Norma Tributaria
CBIT	Comprehensive Business Income Tax
CDI	Convenio de Doble Imposición
DGT	Dirección General de Tributos
EMN	Empresa Multinacional
FMI	Fondo Monetario Internacional
IS	Impuesto sobre Sociedades
LGT/1963	Ley 230/1963, de 23 de diciembre, General Tributaria
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
RDL	Real Decreto-Ley
RDL 12/2012	Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. «BOE» núm. 78, de 31 de marzo de 2012
RDL 20/2012	Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. «BOE» núm. 168, de 14 de julio de 2012.
S	Sentencia
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TRLIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

La globalización es una realidad de nuestros días y las empresas operan cada vez en un mercado más internacional. Los avances en las telecomunicaciones e Internet permiten a las empresas comerciar con relativa facilidad en numerosos países prestando servicio a sus clientes a nivel mundial. Estas empresas multinacionales (EMNs) se ven por tanto sometidas a la imposición sobre la renta de distintos regímenes según los países, y, en consecuencia, a una posible doble imposición o doble no imposición. En las EMNs de hoy en día, las empresas individuales del grupo multinacional desarrollan su actividad en el marco de las políticas y estrategias del grupo globalmente considerado¹.

La globalización ha provocado por ende la evolución de los modelos operativos hacia el desarrollo de estrategias globales que buscan maximizar los ingresos y minimizar los gastos y costes, incluidos los gastos fiscales. Sin embargo, la imposición de esos ingresos transfronterizos ha variado poco². Ante este panorama resultan de enorme importancia y complejidad las estrategias de planificación fiscal que las EMNs llevan a cabo para minimizar la carga fiscal soportada. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que agrupa a 34 países, ha publicado una serie de trabajos para combatir la planificación fiscal abusiva de las empresas que se aprovechan del sistema para reducir su carga fiscal en los distintos países³. Si bien es cierto que la mayoría de estas estrategias de optimización fiscal por parte de las EMNs se encuadran dentro de la legalidad, suponen un grave perjuicio para las arcas de los Estados miembros, y una ventaja desproporcionada frente a las compañías que solo operan a nivel local⁴. El objetivo que asume la OCDE consiste en actualizar el marco legislativo tributario internacional para reducir esas prácticas que considera negativas.

¹ OCDE: “*The separate legal entities forming the group operate as a single integrated enterprise following an overall business strategy*” (OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, p. 25).

² OECD, *Addressing Base Erosion and...*, *op. cit.*, p. 27.

³ OECD, *Addressing High Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013; OECD, *Addressing*

³ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013; OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013; OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, 2012; OECD, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing, 2011; OECD, *Tax Policy Reform and Economic Growth*, OECD Publishing, 2010.

⁴ DELGADO PACHECO, A., “BEPS y Fiscalidad Internacional”, *Expansión*, 6 de septiembre de 2013, <http://www.expansion.com/blogs/garrigues/2013/09/06/beps-y-fiscalidad-internacional.html>.

En este ámbito cobra especial relevancia la deducibilidad de los gastos financieros y los instrumentos relacionados utilizados para mover bases imponibles entre las empresas de los distintos países en los que opera el grupo. La crisis ha resaltado los efectos negativos que un excesivo apalancamiento tiene en las empresas, generando propuestas de la mayoría de instituciones a nivel europeo de una reforma fiscal y su influencia en las decisiones de financiación⁵. Así dentro del Aggressive Tax Planning Steering Group tratan, entre otros “agujeros” del sistema explotados por las multinacionales, la falta de neutralidad de las formas de financiación de la empresa.

Este trabajo se centra en la imposición soportada por las EMNs y no trata de examinar en absoluto la fiscalidad de los accionistas. Se analizará el impacto del IS en la financiación de actividades empresariales de las sociedades a nivel transfronterizo, centrándose en las EMNs por su presencia internacional. En los últimos tiempos de crisis, las bajas cantidades de impuestos pagadas por las EMNs han atraído la atención de la población. La mayor parte del arbitraje fiscal tiene lugar a nivel transfronterizo y en relación a la financiación de actividades empresariales: las EMNs tienen equipos de expertos fiscales especializados en la búsqueda de las estructuras más eficientes que minimizan la carga fiscal del grupo⁶.

⁵ OECD, *Tax Policy Reform and Economic Growth*, OECD Publishing, 2010, p. 103.

⁶ KRENS, C., “The impact of taxation on cross-border financing of business activities”, en *Wintercourse paper Netherlands*, Tilburg University, Tilburg, 2013, p. 6.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. La planificación fiscal lícita o ilícita

Por un lado, siguiendo a MARÍN BENÍTEZ⁷, definimos la planificación fiscal como aquellas estrategias dirigidas a crear situaciones que resultan en un provecho patrimonial, derivado de las propias actuaciones de los interesados, e implican un ahorro fiscal si se compara con la cantidad que les habría sido exigida de no haber llevado a cabo dichas actuaciones. Este concepto de planificación fiscal incluye tanto la lícita como la ilícita, cuya aparición en uno u otro sentido variará según el tratamiento que reciba por el ordenamiento tributario de la jurisdicción a la que esté sometido. Por tanto, entendiendo la planificación fiscal como la búsqueda de un ahorro fiscal, nos encontraremos ante un supuesto de ilicitud de dicha planificación cuando el ordenamiento jurídico rechace ese ahorro fiscal pretendido.

Por otro, ante la falta de consenso en la doctrina y el uso de los términos con distintas connotaciones, establecemos a continuación unas breves definiciones de elusión fiscal, economía de opción y evasión fiscal. En primer lugar, el término elusión suele asociarse a la planificación fiscal ilícita o en fraude de ley. En segundo lugar, la economía de opción suele asociarse a una planificación fiscal lícita. Por último, la evasión o fraude fiscal sería la contravención directa de la regulación impositiva.

Por nuestra parte intentaremos no calificar ningún supuesto de hecho de planificación fiscal en base a los tres términos anteriores, ciñéndonos a diferenciar entre la licitud o ilicitud de dicha planificación en atención a su rechazo por parte del ordenamiento⁸. Con el fin de hacer más comprensible la planificación fiscal, vamos a adentrarnos a analizar sus causas.

⁷ MARÍN BENÍTEZ, G., *¿Es lícita la planificación fiscal?: sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 40-44.

⁸ Según la Recomendación de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2012: “La planificación fiscal agresiva consiste en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles (por ejemplo, se deduce la misma pérdida tanto en el Estado de origen como en el de residencia) y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia)”.

2.2. Causas de la planificación fiscal

Para MARÍN BENÍTEZ⁹, la planificación fiscal viene derivada de “dos deficiencias del ordenamiento tributario: la falta de neutralidad [...] y la falta de consistencia”.

En primer lugar, el principio de neutralidad conlleva, por un lado, que las decisiones que un individuo tome no vendrán influenciadas por motivos fiscales, y, por otro, la no discriminación entre sujetos¹⁰. Por tanto, la falta de neutralidad tendría lugar cuando a dos o varias opciones de lograr un mismo resultado económico, el ordenamiento tributario les atribuye consecuencias fiscales distintas, por lo que una de esas vías será menos gravada que las demás. Ante ese tratamiento fiscal distinto que reciben las alternativas, que sirven para lograr un mismo resultado económico, estando una de ellas menos gravada que la otra (**vía menos gravada**), surge la oportunidad de planificación fiscal. De esta forma, la falta de neutralidad, derivada de la posibilidad de acceder a esa vía menos gravada, predispone al sujeto pasivo a tomar determinadas decisiones, que no tomaría si el impuesto no existiese.

En segundo lugar, los economistas definen el arbitraje como la posibilidad de obtener un beneficio, en una operación de intercambio, por las diferencias de precio entre mercados. Es importante señalar que el arbitraje fiscal como traducción de la expresión anglosajona *tax arbitrage* puede llevar a confusión: no estamos hablando del arbitraje como solución alternativa a la vía judicial. En este sentido, el **arbitraje fiscal** se traduciría como la falta de uniformidad en la regulación de operaciones que permite aprovecharse de una ventaja fiscal (por ejemplo, la deducción de gastos derivados de la compra de activos que generan rentas exentas). De este modo, la falta de consistencia del ordenamiento jurídico tributario permite el tratamiento asimétrico que se produce con el arbitraje fiscal, del que deriva la planificación fiscal.

Por su parte, el **arbitraje fiscal internacional** hace referencia a la posibilidad que tienen los sujetos pasivos de elegir, de entre las normas tributarias de diferentes países, la que les resulte más favorable. Esta posibilidad de arbitraje fiscal internacional surge, como vamos a ver, de la falta de consistencia en la legislación fiscal internacional, derivada de la soberanía que cada Estado tiene a la hora de configurar su propio sistema

⁹ MARÍN BENÍTEZ, G., *¿Es lícita la planificación fiscal?: sobre los defectos...*, op. cit., p. 50 y ss.

¹⁰ FERNÁNDEZ ANTUÑA, A., *Fiscalidad internacional de los gastos financieros: normativa interna y derecho comparado*, 19/2013, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013, p. 10.

fiscal¹¹. La competencia tributaria está siempre en conexión a una jurisdicción y el diseño del sistema impositivo sobre el beneficio de las sociedades es en gran parte responsabilidad de cada Estado¹². La política impositiva es, por tanto, una manifestación de la soberanía nacional y todos los países son libres de diseñar sus impuestos sobre el beneficio de las sociedades de la manera que considere óptima de cara a una mayor recaudación¹³. A nivel internacional, con la excepción de regímenes de un grupo de consolidación fiscal, la jurisdicción impositiva se aplica entidad a entidad, en función de unos criterios de conexión, y no a todo el grupo.

En este sentido, cabe distinguir entre criterios de sujeción personales o reales. Por un lado, los criterios personales se basan en el principio de residencia y someten a imposición a los residentes de un Estado por toda su renta mundial. Por otro, los criterios reales se basan en el principio de territorialidad y someten a imposición las rentas obtenidas en un territorio (la fuente de renta).

En el Derecho fiscal internacional no hay un sistema que prevalezca (falta de consistencia). La soberanía de los Estados en la configuración de su normativa tributaria puede provocar que existan diferencias en las bases imponibles y tipos impositivos entre los distintos países¹⁴. Como resalta la OCDE¹⁵, a la hora de diseñar las normas tributarias nacionales, los Estados no siempre tienen en cuenta los efectos derivados de la legislación del resto de países. Esto puede ser fuente de (i) una potencial doble imposición internacional para las multinacionales, si una misma renta es gravada en más de una jurisdicción (*double taxation*), o de (ii) la aparición de agujeros en el sistema en casos en los que la renta de las compañías es menos o nada gravada (*double non-taxation*). Por tanto, la globalización de la economía exige colaboración entre los distintos Estados para hacer frente a estas situaciones de arbitraje y proteger la soberanía fiscal de cada país.

Así pues, la falta de neutralidad, que provoca la existencia de vías menos gravadas, y la falta de consistencia, que facilita el arbitraje fiscal, posibilitan la planificación fiscal de las empresas, con las consecuencias que de ella derivan.

¹¹ En España este ejercicio de soberanía viene recogido en el artículo 133.1 de nuestra Constitución: “La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley”.

¹² KRENS, C., “The impact of taxation on...”, *op. cit.*, p. 6.

¹³ OECD, *Addressing Base Erosion and...*, *op. cit.*, pp. 28 y 33.

¹⁴ FISCAL AFFAIRS DEPARTMENT, *Debt Bias and Other Distortions: Crisis-Related Issues in Tax Policy*, IFM, 2009, p. 13.

¹⁵ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, pp. 8 y 9.

2.3. Consecuencias de la planificación fiscal

Las posibilidades de planificación fiscal permiten que las EMNs puedan minimizar su carga fiscal ya sea acudiendo a las vías menos gravadas (defecto de neutralidad) o al arbitraje fiscal internacional (defecto de consistencia). Como consecuencia de esas oportunidades existentes para las EMNs, la OCDE¹⁶ identifica tres perjudicados:

1. Los gobiernos. La erosión de la base imponible por parte de las multinacionales lleva a una menor recaudación por parte de los Estados.
2. Los contribuyentes individuales. La reducción de la carga fiscal por parte de las empresas implica que los Estados tendrán que trasladar esa carga fiscal a otros individuos, por lo que los contribuyentes individuales se verán perjudicados.
3. Las propias multinacionales. Las empresas se enfrentan al problema reputacional que puede suponer tener una carga fiscal demasiado pequeña en comparación con todos los ingresos que generan.

Dentro de esa planificación fiscal, la mayoría de estrategias desarrolladas por las EMNs se encuadran dentro de la legalidad a pesar de la erosión de su base imponible que conllevan. Aun dentro de la legalidad, son tres las vías (relacionadas con las causas de planificación fiscal ya mencionadas) que originan la mayoría de estos problemas de erosión de la base imponible y desplazamiento de beneficios¹⁷: los precios de transferencia¹⁸, *earnings stripping*, y el arbitraje fiscal internacional.

El *earnings stripping* es la planificación fiscal consistente, como veremos más adelante en detalle, en generar gastos deducibles a pagar a otra sociedad del grupo. Dentro de esa figura de gasto deducible, normalmente utilizada por los grupos de empresas, destaca el concepto de los intereses. Así pues, las empresas encuentran en sus formas de financiación un “agujero” en el sistema impositivo que pueden aprovechar en su búsqueda del mayor ahorro fiscal. Al estudio de ese recurso a la generación de intereses como medida de ahorro fiscal se dedicará la continuación de este trabajo.

¹⁶ OECD, *Action Plan on...*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷ ROSEMBUJ, T., *Principios globales de fiscalidad internacional*, 2ª ed., El Fisco, Barcelona, 2013, pp. 113 y ss.

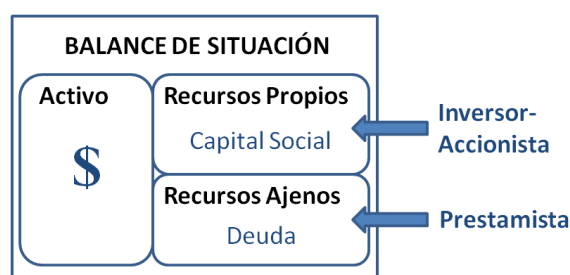
¹⁸ Los precios de transferencia se rigen por el *arm's length principle* en virtud del cual las operaciones entre partes vinculadas deben valorarse a valor de mercado (OECD, *Addressing Base Erosion and...*, *op.cit.*, pp. 36 y ss.). Parte de la asunción de que hay una diferencia entre el precio de operaciones intra-grupo y el precio de operaciones entre partes independientes (ROSEMBUJ, T., *Principios globales de...*, *op. cit.*, p. 114).

3. DEBT BIAS. EL APALANCAMIENTO COMO MEDIDA DE AHORRO FISCAL

3.1. El recurso a la financiación como necesidad de las empresas

Las EMNs necesitan liquidez constantemente para crecer o mantenerse, y no siempre generan caja suficiente como para hacerlo, por lo que tienen que recurrir a financiarse más allá de los ingresos que genera su propia actividad. El acceso a financiación puede venir por dos cauces: a través de endeudamiento (recursos ajenos) o a través de capital (recursos propios).

Figura I. Las formas de financiación de las empresas



Fuente: Elaboración Propia

Por un lado, una empresa puede endeudarse mediante préstamos que recibe de un tercero, o bien de otra empresa de su grupo empresarial (sociedad vinculada), también conocido como préstamo intra-grupo. Por otro, el aumento del capital social de una empresa puede llevarse a cabo mediante la creación de nuevas acciones o participaciones o mediante la transformación de reservas sociales en capital¹⁹.

En el corazón de las finanzas corporativas encontramos las proposiciones de Modigliani-Miller²⁰, una de las cuales establece que, *caeteris paribus* (entre otras condiciones, sin impuestos), a una empresa le es indiferente acudir a una u otra forma de financiación²¹. Sin embargo, esto no se cumple en la práctica porque en los sistemas impositivos de la mayoría de los países se ofrece un tratamiento fiscal distinto a la deuda y al capital., lo que permite elegir la alternativa más conveniente, *i.e.* la vía menos gravada (falta de neutralidad).

¹⁹ IGLESIAS, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La Modificación de los Estatutos Sociales. Aumento y Reducción del Capital Social. Separación y Exclusión de Socios”, en Menéndez, A. y Rojo, A. (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, 10ª ed., Civitas, Pamplona, 2012, pp. 508-510.

²⁰ Tanto Modigliani como Miller han sido premiados con el Nobel de Economía, en 1985 y 1990, respectivamente.

²¹ EUROPEAN COMMISSION, *The Debt-Equity Tax Bias: Consequences and Solutions*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo, 2012, p. 2.

3.2. La falta de neutralidad entre la financiación con deuda y la de capital.

La OCDE²² remarca la relevancia del apalancamiento en el ámbito fiscal por ese distinto tratamiento en la legislación actual de la financiación propia y ajena. Mientras que, la remuneración a los accionistas en forma de dividendo no es deducible fiscalmente, los intereses de deuda son, en principio, gastos deducibles. En este sentido, recurrir a la financiación ajena produce ahorro fiscal, mientras que la financiación propia no goza de ninguna ventaja fiscal, no siendo gasto deducible.

Al tratarse los gastos financieros de un gasto deducible, cuanto mayor sea el endeudamiento de la empresa, mayor será el gasto por pago de intereses y, por ende, menor será la base imponible, tal y como podemos apreciar de la tabla siguiente (Figura II). De esta forma, en tanto en cuanto no se limite fiscalmente la deducibilidad de ese gasto financiero, la empresa se beneficiará de un ahorro fiscal directamente proporcional a la cantidad de deuda que asuma²³ (el ahorro también será directamente proporcional al tipo efectivo del impuesto: a mayor gravamen, mayor ahorro²⁴).

Figura II. El apalancamiento como Ahorro Fiscal

Cuenta PyG	Situación con Deuda	Situación sin Deuda
Resultado de Explotación	100	100
- Gastos Financieros	10	0
Base Imponible	90	100
- Impuesto sobre beneficios (30%)	27	30
Resultado del ejercicio	63	70
AHORRO FISCAL*	3	0
*Ahorro fiscal = Gastos Financieros * Tipo de gravamen IS		

Fuente: Elaboración propia

Para hacer más comprensible la influencia fiscal en la financiación de las empresas, vamos a ejemplificarlo con un supuesto²⁵:

Una sociedad que tiene acciones en una filial extranjera está sujeta al impuesto sobre los beneficios de la filial, mientras que un tercero prestamista de esa filial no está sujeto a la imposición del IS ya que, en principio, el interés es deducible en el Estado de

²² OECD, *Addressing on Base Erosion and...*, op. cit., pp. 37 y 43.

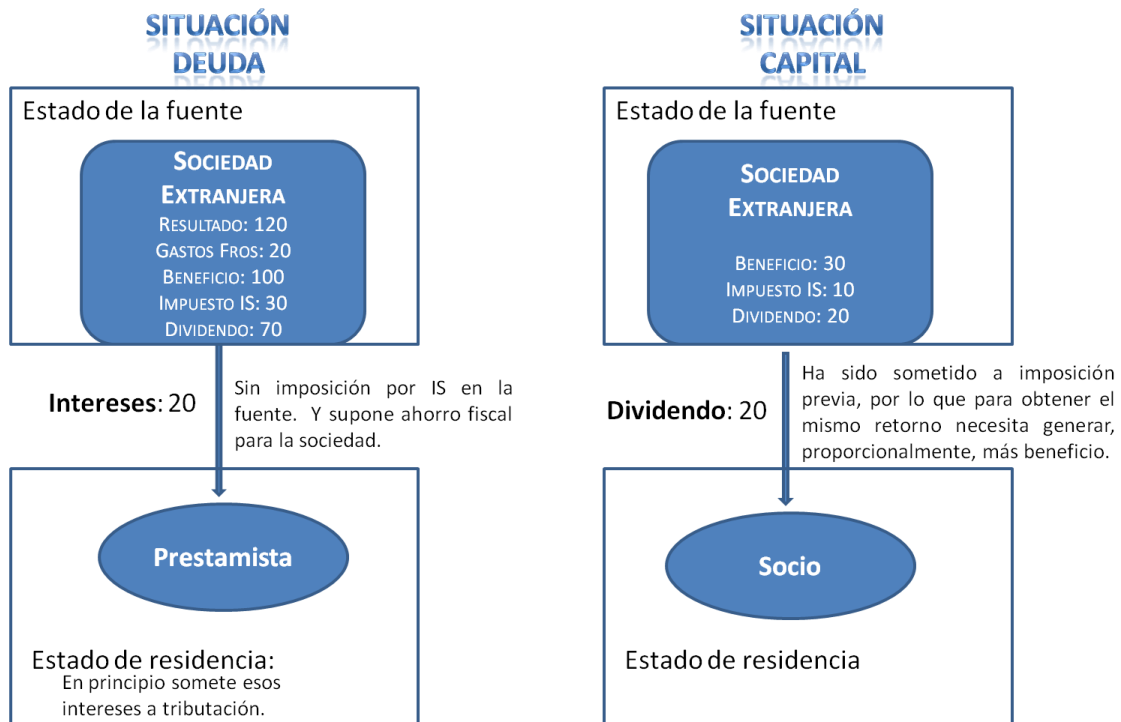
²³ GIRONELLA MASGRAU, E., "El apalancamiento financiero: de cómo un aumento del endeudamiento puede mejorar la rentabilidad financiera de una empresa", en *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 2, 2005, pp. 82 y 83.

²⁴ FISCAL AFFAIRS DEPARTMENT, *Debt Bias and Other...*, op. cit., p. 5.

²⁵ KRENS, C., "The impact of taxation on...", op. cit., p. 11.

la fuente. De tal manera que, como podemos apreciar en la Figura III, los dividendos recibidos por esa participación en el capital han sido sometidos a imposición en el país de la fuente, y los intereses cobrados por el préstamo son sometidos al IS en el país del prestamista como ingresos.

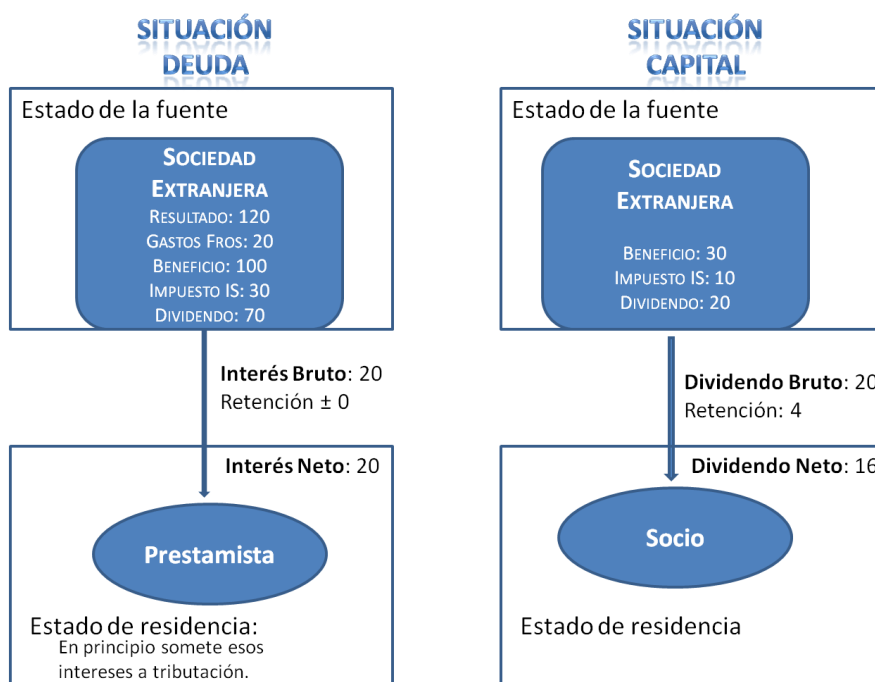
Figura III. Ejemplo falta de neutralidad (sin retención)



Fuente: Elaboración propia

Esta predisposición por la financiación ajena frente a la propia puede verse acentuada si en el Estado de la fuente existen retenciones sobre los dividendos. Tal y como podemos observar a partir de la Figura IV, la sociedad que tiene acciones en la filial extranjera no solo ve los beneficios de la filial sometidos, en un primer momento, al IS local, sino también, en un segundo momento, sufre una imposición sobre los dividendos que reciba de ésta si existen retenciones sobre los mismos. Por tanto, se produciría una doble imposición de esos beneficios que genera la filial (aunque esto ha podido ser corregido por un Convenio de Doble Imposición entre ambos países o por la normativa comunitaria).

Figura IV. Ejemplo falta de neutralidad (con retención)



Fuente: Elaboración propia

El tercero prestamista también podría tener que soportar retenciones sobre los intereses recibidos lo que, unido a la imposición que sufre sobre esos ingresos en su Estado de residencia, provocaría su doble imposición. Sin embargo, los sistemas impositivos de muchos países han eliminado este tipo de retenciones, y aún así, cuando persiste la retención es mucho menor que la ejercida sobre los dividendos²⁶. Por todo lo anterior resulta evidente que los ingresos derivados de la participación en el capital de una sociedad son sometidos a una mayor imposición en el Estado de la fuente que los ingresos por intereses de deuda.

Como consecuencia de lo anterior vemos que se da una falta de neutralidad entre ambas fuentes de financiación.

3.3. Justificación de la falta de neutralidad

La justificación tradicional de esta diferencia de tratamiento se encuentra en la relevancia que la regulación habitual del IS otorga, como punto de partida para el cálculo de la base imponible, al resultado contable. Por ejemplo, en España, el artículo

²⁶ DELGADO PACHECO, A., “Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional” en *Información Comercial Española (ICE)*, nº 825, septiembre-octubre 2005, pp. 100 y 101; SCHÖN, W., “Debt and Equity: What’s the Difference? A Comparative View”, *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No. 09-09*, 2009, pp. 7 y 8.

10.3 del TRLIS establece que “la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable”. En este sentido, las normas contables dan un tratamiento distinto a las salidas de caja derivadas de la financiación según ésta sea ajena o propia. Por un lado, los pagos realizados para retribuir la financiación ajena son considerados como gastos y se incluyen de cara a calcular el resultado contable de la empresa. Por otro, las salidas de caja para retribuir la financiación propia no se consideran gasto, sino reparto del beneficio obtenido, por lo que no reducen el resultado contable²⁷. Por tanto, situar el punto de partida para el cálculo de la base imponible en las normas contables tiene como consecuencia una falta de neutralidad en la decisión de financiación de la empresa²⁸. Esta falta de neutralidad provoca que en la decisión de recurrir a financiación entren en juego valoraciones fiscales, en lugar de simplemente motivos económicos. La justificación del tratamiento contable dispar suele asociarse a una doble consideración: el gasto de endeudamiento es inherente al negocio, es un gasto como otro cualquiera necesario para el funcionamiento de la empresa; el gasto por dividendos no es más que la retribución del accionista, no es algo que reduzca el beneficio sino el reparto del mismo.

Sin embargo, desde una perspectiva económica, tanto el pago de intereses como el pago de dividendos constituyen una retribución de la financiación recibida, por lo que no hay ninguna justificación válida *a priori* para gravarlas de manera distinta²⁹.

Una vez analizado el recurso al apalancamiento como medida de ahorro fiscal, vamos a ver cómo, en el marco de la erosión de la base imponible y desplazamiento de beneficios (BEPS, *Base Erosion and Profit Shifting*), la decisión de financiación cobra especial relevancia en la planificación fiscal de las grandes empresas multinacionales.

²⁷ En este sentido, desde esta perspectiva del desplazamiento patrimonial entre la sociedad y sus socios como no incluidos contablemente para el cálculo del resultado del ejercicio, el art. 36.2 del Código de Comercio español excluye del concepto de ingresos las aportaciones de los socios al capital, y del concepto de gastos las distribuciones de dividendos a los socios. Al contrario, las cantidades recibidas por el endeudamiento tampoco son consideradas como ingresos, mientras que el gasto de su retribución sí que es tratado como tal, reduciendo el resultado contable.

²⁸ JEREZ BARROSO, L. y PICOS SÁNCHEZ, F., “La neutralidad financiera en el Impuesto sobre Sociedades: Microsimulación de las opciones de reforma para España”, en *Hacienda Pública Española*, nº 203, 2012, pp. 23 y 24.

²⁹ DE MOOIJ, R.A., *Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions*, IMF Staff Discussion Note 11, 2011, p. 10.

4. LA FINANCIACIÓN CON DEUDA EN LAS EMNS

El tratamiento dispar de ambas posibilidades de financiación (ajena y propia) supone un incentivo para las empresas de acudir a la financiación con deuda en lugar de con capital, en base a motivos fiscales en lugar de económicos³⁰. Esto influye en la estructura financiera de las compañías, lo que se traduce en ratios de deuda-capital (*debt-to-equity*) elevados, incrementando la probabilidad de quiebra. Por supuesto estas distorsiones fiscales no provocaron la crisis actual, pero sí que han contribuido a posiciones de riesgo elevado mediante un endeudamiento excesivo³¹. Esto se debe a que un accionista-prestamista participa en los beneficios en caso de haberlos y puede reclamar su deuda en caso de pérdidas; al contrario, un tercero prestamista nunca obtiene el máximo beneficio por el capital invertido³². A raíz de esta diferencia de tratamiento hay una predisposición del sujeto pasivo hacia el endeudamiento y hacia el intento de configurar determinados pagos como intereses deducibles en la jurisdicción del pagador y como dividendos (que pueden no estar sometidos a imposición) en la jurisdicción del perceptor de la renta³³.

La planificación fiscal en base al apalancamiento cobra especial relevancia en el marco de los grupos de empresas³⁴ que operan a nivel transfronterizo. En éstas se unen ambas causas de la planificación fiscal: pueden aprovecharse de (i) las vías menos gravadas existentes en la mayoría de Estados (falta de neutralidad) y de (ii) la falta de consistencia en la normativa tributaria de las distintas jurisdicciones en las que operan (arbitraje fiscal internacional). Por lo tanto, la decisión de financiarse en las compañías de un grupo puede estar altamente influida por motivos fiscales. En relación a esas situaciones en las que las multinacionales pueden beneficiarse de baja imposición o incluso no imposición, surgen los planes de la OCDE para luchar contra la erosión de la base imponible y el trasvase de beneficios (BEPS). Que no se produzca imposición o que esta sea reducida no es una causa de preocupación, pero sí lo es cuando las

³⁰ KRENS, C., "The impact of taxation on...", *op. cit.*, p. 12.

³¹ FISCAL AFFAIRS DEPARTMENT, *Debt Bias and Other...*, *op. cit.*, p. 4; ROSEMBUJ, T., *Principios globales de...*, *op. cit.*, p. 117.

³² KRENS, C., "The impact of taxation on...", *op. cit.*, p. 10.

³³ OECD, *Addressing on Base Erosion and...*, *op. cit.*, pp. 37.

³⁴ El artículo 42.1 de nuestro C.Com. establece qué debemos entender por grupo de sociedades (ver Anexo normativo). *Vid.* también art. 16 TRLIS en Anexo Normativo.

empresas acuden a instrumentos artificiosos³⁵. El informe de la OCDE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*³⁶, resalta la importancia clave que juega en este contexto el desarrollo de instrumentos para neutralizar los efectos del arbitraje fiscal y hacer frente, entre otros, al tratamiento fiscal de la financiación de deuda entre partes relacionadas o de operaciones financieras intra-grupo.

Para minimizar su carga fiscal, una sociedad matriz preferirá financiar con deuda sus filiales situadas en países con tipos de gravamen altos (para deducirse el interés a ese tipo) y financiar con capital sus filiales de países con bajo tipo impositivo (para que los ingresos estén sujetos a ese bajo tipo)³⁷. De esta forma, apalancar compañías del grupo sometidas a un tipo impositivo elevado mediante deuda intra-grupo es una forma sencilla y directa de obtener un ahorro fiscal para todo el grupo. Las EMNs acuden a diversas estructuras organizativas para la diversificación geográfica de sus inversiones. Lo anterior incluye sociedades instrumentales (SPEs o *Special Purpose Entities*) que se caracterizan por ser residentes normalmente en jurisdicciones distintas a la matriz, por intervenir en operaciones internacionales teniendo muy poca presencia local a nivel operativo, y cuya actividad principal consiste en actuar como sociedad de financiación del grupo o en el holding de actividades³⁸.

En términos generales, las EMNs se centrarán en mover los ingresos a aquellos lugares donde sean sometidos a menores tipos de gravamen y los gastos a aquellos enclaves donde su deducibilidad sea mayor. A nivel transfronterizo, el tratamiento fiscal favorable de la financiación con deuda genera oportunidades de arbitraje fiscal internacional para las EMNs: las EMNs tienen equipos de expertos fiscales especializados en la búsqueda de las estructuras más eficientes que minimizan la carga fiscal del grupo³⁹.

³⁵ ROSEMBUJ, T., *Principios globales de...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss; OECD, *Action Plan on...*, *op. cit.*, p. 10.

³⁶ OECD, *Addressing Base Erosion and...*, *op. cit.*, pp. 6 y ss.

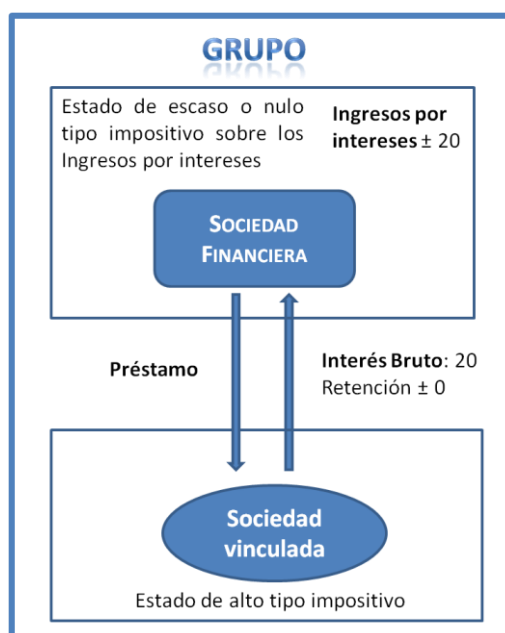
³⁷ DE MOOIJ, R.A., *Tax Biases to Debt...*, *op. cit.*, p. 6.

³⁸ OECD, *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 4ª ed., OECD Publishing, 2008, p. 241.

³⁹ KRENS, C., "The impact of taxation on...", *op. cit.*, p. 6; Para ROSEMBUJ ha quedado patente que la creatividad de los mismos es inagotable (ROSEMBUJ, T., *Principios globales de...*, *op. cit.*, p. 117). No obstante, "es el contribuyente el que decide y establece su estrategia y grado de riesgo fiscal, aunque el intermediario fiscal sea el que ofrezca estos esquemas agresivos, lo cual es particularmente importante en el caso de los grandes contribuyentes" (ROMANÍ SANCHO, A., "La nueva relación Hacienda-contribuyente auspiciada por la OCDE: la relación cooperativa. El Foro de Grandes Empresas y el Código de Buenas Prácticas Tributarias", en *Cuadernos de Formación. Colaboración* 41/10, Volumen 11/2010, 2010, p. 275).

Tal y como podemos apreciar en la figura V, un caso típico consistiría en fundar dentro del grupo una compañía financiera en una jurisdicción que someta esos ingresos por intereses a escaso o nulo tipo impositivo, y utilizarla para financiar todas las actividades del grupo de empresas, normalmente situadas en países con tipos de gravamen elevados.

Figura V. Estructura de apalancamiento intra-grupo sencilla



Fuente: Elaboración propia

En los últimos tiempos de crisis, las bajas cantidades de impuestos pagadas por las EMNs han atraído la atención de la población. La existencia de estos “agujeros” en el sistema de los que pueden beneficiarse principalmente las EMNs que operan a nivel internacional, supone una desventaja competitiva para las pequeñas y medianas empresas que forman el núcleo empresarial de la economía de todo Estado. Por ende, es de interés para estas jurisdicciones configurar un sistema impositivo que reduzca estas diferencias y evitar así el perjuicio de negocios locales.

Para facilitar la lucha contra estos “agujeros” del sistema, el informe⁴⁰ explica distintas formas utilizadas para una escasa o nula imposición, la mayoría relacionadas con la financiación:

1. Configuración de una filial en el extranjero sometida a bajos tipos impositivos. En general consiste en que la matriz, con sede en una jurisdicción de tipo impositivo alto, puede lograr un tipo efectivo sobre la renta bajo, mediante la

⁴⁰ OECD, *Addressing Base Erosion and...*, op. cit., pp. 39 y ss.

concesión de préstamos (licencias o servicios) a través de una filial extranjera sujeta a un tipo impositivo bajo (ver Figura V). Requiere que el país de la matriz no someta a tributación los ingresos de la filial, ya sea en base a la legislación nacional o en base a CDIs.

2. Entidad híbrida. Una entidad híbrida es una entidad tratada como sujeto pasivo en un Estado, pero como “transparente” en otro. El informe lo relaciona en concreto a compañías financieras y pone el siguiente ejemplo: una filial en el país B recibe un préstamo de su matriz del país A. La filial es tratada como no-transparente en su país por lo que puede deducirse el pago de intereses que realiza, pero es considerada transparente en el país A por lo que la matriz no ve sometido ese ingreso a tributación.

3. Instrumentos híbridos y otras operaciones financieras. Se trata de instrumentos financieros a medio camino entre deuda y capital (por ejemplo, participaciones preferentes). En este sentido puede ocurrir que una compañía del país A (que trata fiscalmente el instrumento como capital) compre un instrumento de estas características de una compañía del país B (que trata fiscalmente el instrumento como deuda). Así los intereses que pague la compañía del país B serán considerados como gasto deducible, mientras las rentas recibidas por la otra compañía en el país A reciben el tratamiento fiscal de los dividendos, estando estos exentos. Otras operaciones financieras como los derivados pueden dar lugar a resultados similares, siendo los pagos deducibles en un Estado, y no estando sometidos a imposición en el otro.

4. Sociedades instrumentales (vehículo o *conduit*). La imposición soportada en el Estado de la fuente puede verse reducida mediante la interposición de una sociedad instrumental. Por ejemplo, si la sociedad de un país C, tiene un activo generador de ingresos y quiere repatriar los beneficios que produce en el país A pagando los menos impuestos posibles. Ante la ausencia de un CDI entre los dos países (A y C), puede crearse una sociedad en un país (B) que si tenga convenio con el Estado de la fuente (A). Adicionalmente, si el Estado de la sociedad instrumental (B) no sujeta a retención los pagos realizados a una compañía del Estado C, entonces los ingresos pueden repatriarse sin ser sometidos a imposición en la fuente.

Por todo lo anterior, ante el recurso, de manera a veces abusiva, al endeudamiento por parte de las EMNs, se han planteado distintas propuestas (adicionales a los informes de la OCDE) para tratar de paliar la falta de neutralidad existente. Comenzaremos el siguiente epígrafe haciendo referencia a dichas propuesta. Posteriormente introduciremos el tratamiento de los tribunales, en principio permisivo, ante la elección del sujeto pasivo por la vía menos gravada. Por último, estudiaremos la respuesta de la doctrina administrativa y jurisprudencial al complejo supuesto de las adquisiciones apalancadas entre empresas del grupo. Esta figura, como veremos, nos recuerda al préstamo intra-grupo sencillo mencionado *supra* (Figura V), solo que de mayor complejidad dado que se producen simultáneamente dos operaciones intra-grupo: una de financiación y una de adquisición.

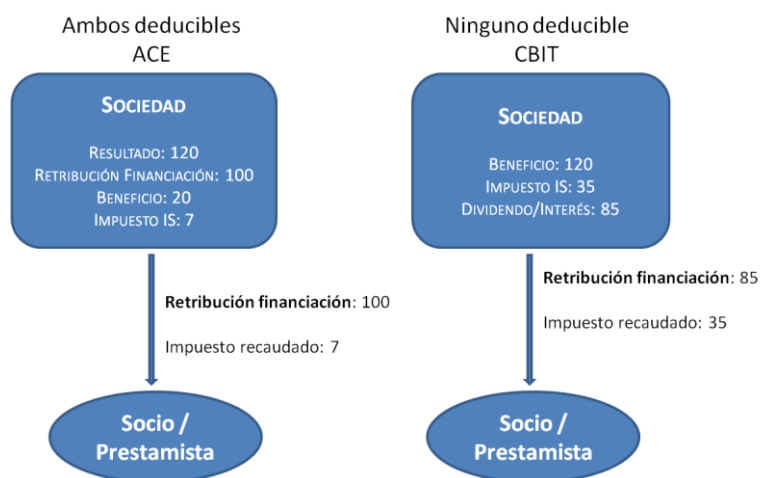
5. REACCIONES FRENTE AL PROBLEMA DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL EN TORNO A LA FINANCIACIÓN DE LAS EMPRESAS

5.1. Propuestas de BICC, CBIT y ACE

Como hemos visto, la falta de consistencia deriva de la soberanía de cada Estado en la configuración de su sistema impositivo, por lo que es preciso que dicho problema se afronte a través de la cooperación entre los distintos países. En esta línea destaca la propuesta de la Comisión Europea consistente en la instauración de una Base Imponible Común Consolidada (BICC). Esta medida supondría la armonización del cálculo de la base imponible de los grupos de empresas de la Unión Europea, lo cual solucionaría problemas de la planificación fiscal asociados al arbitraje fiscal internacional⁴¹.

Ante la dificultad de conseguir que los países cedan su soberanía en la configuración de sus sistemas impositivos, no nos adentraremos más en el estudio de esta propuesta, centrándonos por tanto en el análisis de la falta de neutralidad en la financiación de las empresas, que al poder paliarse por cada Estado individualmente es más factible que ocurra en el corto plazo. Para alcanzar la neutralidad en el tratamiento de la financiación se proponen dos medidas de sentido contrario. La primera se conoce como CBIT (*Comprehensive Business Income Tax*) y consiste en eliminar la deducibilidad de los intereses. La segunda, denominada ACE (*Allowance for Corporate Equity*), permite la deducibilidad de la retribución de capital.

Figura VI. ACE vs. CBIT



Fuente: Elaboración propia

⁴¹ JEREZ BARROSO, L. y PICOS SÁNCHEZ, F., “La neutralidad financiera en...”, *op. cit.*, p. 25.

Como puede observarse de la Figura VI, manteniendo el tipo impositivo actual, la implementación del modelo ACE conllevaría una reducción considerable en la recaudación por el IS en los Estados, mientras que no permitir la deducibilidad de ninguna de las dos vías de financiación aumentaría los ingresos de los Estados por IS. Por tanto, la neutralidad del IS en torno a la financiación, manteniendo el nivel de ingresos por IS actual, permitiría en el modelo CBIT la reducción de los tipos impositivos, pero implicaría un aumento significativo del tipo de gravamen en el modelo ACE. Una solución menos extrema para paliar la falta de neutralidad consistiría en la combinación de ambos mediante un modelo ACE-CBIT. En el estudio de las figuras anteriores destacan los trabajos de DE MOOIJ y de JERÉZ BARROSO y PICOS SÁNCHEZ, cuyos resultados concluyen que, al contrario que el ACE, el CBIT beneficiaría a las empresas más grandes. Asimismo advierten que la implantación de cualquiera de estas opciones en la coyuntura actual supondría un grave perjuicio para muchas empresas, por lo que cualquier decisión, hacia una u otra dirección, debería llevarse a cabo gradualmente.⁴²

En la actualidad la mayoría de reacciones legislativas acerca de la falta de neutralidad en la financiación de las empresas han consistido en restringir la deducibilidad de los gastos financieros, por lo que se trata de un acercamiento al modelo ACE, pero queda mucho camino por recorrer para alcanzar la neutralidad.

5.2. La problemática forense de la planificación fiscal

La falta de neutralidad y consistencia de la normativa tributaria guarda relación con la coactividad de la obligación tributaria. La planificación fiscal (como estrategia que busca un ahorro fiscal) tiene cabida en los impuestos ya que en dicha figura la coactividad debe entenderse en la norma tributaria, *ex lege*⁴³. Surge así el concepto de “impuesto sobre los tontos” que es al que son sometidos aquellas personas que, en la

⁴² DE MOOIJ, R.A., *Tax Biases to Debt...*, *op. cit.*, pp. 14 y ss.; JEREZ BARROSO, L. y PICOS SÁNCHEZ, F., “La neutralidad financiera en...”, *op. cit.*, pp. 46 y ss.

⁴³ Frente a la coactividad en sentido fáctico que implica que no hay vías menos gravadas por las que el sujeto pasivo pueda optar, por lo que no puede haber manifestaciones de capacidad económica que no estén sometidas a tributación (MARÍN BENÍTEZ, G., *¿Es lícita la planificación fiscal?: sobre los defectos...*, *op. cit.*, pp. 64 y ss.).

realización de un mismo resultado económico, no se acogen a la alternativa de mayor ahorro fiscal que les ofrece la configuración de la normativa tributaria⁴⁴.

En este contexto surge la problemática forense del tratamiento dado por los tribunales a estas vías menos gravadas. En principio, la jurisprudencia del TS permite acudir a esas alternativas de ahorro fiscal que ofrece la regulación tributaria a causa de su falta de neutralidad: admiten la búsqueda de la alternativa de mayor ahorro fiscal como lícita, salvo que contradiga límites establecidos por la normativa⁴⁵. Resulta paradójico, sin embargo, que, a la hora de la verdad, no siempre se hayan ceñido a las normas de rechazo de nuestro ordenamiento, acudiendo a interpretaciones extensivas para calificar los hechos como planificación fiscal ilícita, prácticamente mediante la mera invocación del orden público o la moralidad⁴⁶. El límite entre la planificación fiscal lícita e ilícita no es claro. ¿Hasta dónde llega la economía de opción?

En relación a lo anterior, hasta la entrada en vigor del RDL 12/2012 no hay en el TRLIS una limitación apropiada a la deducibilidad de los gastos financieros por deudas con entidades del grupo, por lo que, para hacer frente a situaciones de endeudamiento “excesivo” o simplemente “injustificado”, los Tribunales y la Administración acudían a dos figuras⁴⁷: el CANT y la simulación, en algunos casos. En este sentido, el CANT se configura como una cláusula general anti-abuso que ha sido utilizada por jurisprudencia y doctrina administrativa para negar la vía menos gravada que deriva de la falta de neutralidad en la regulación de la financiación con deuda. Se trata de una figura que adolece de demasiados términos jurídicos indeterminados, de tal manera que casi cualquier supuesto de planificación fiscal puede ser considerado abusivo⁴⁸: la configuración de esta norma para evitar la existencia del “impuesto sobre los tontos” (vías menos gravadas) supone en nuestra opinión una vulneración del principio de

⁴⁴ PONT CLEMENTE, J.F., *La economía de opción*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 102 y ss. En relación con la falta de neutralidad en torno a la financiación, implicaría que una sociedad acudiese siempre a financiarse con capital, desaprovechando la oportunidad de reducir su base imponible mediante la deducción de los gastos financieros.

⁴⁵ “[L]os contribuyentes pueden elegir entre las varias posibilidades que ofrece la ley, la más ventajosa para sus intereses, y entre estas ventajas figura la de poder escoger lo que resulte fiscalmente más rentable, siempre que no vulneren ninguna obligación legal, y ello, aunque las formas contractuales escogidas no sean habituales, normales o tradicionales” (entre otras, STS, Sala Tercera, Sección Segunda, 2 de noviembre de 2002, nº recurso 9712/1997, TOL239.770).

⁴⁶ MARÍN BENÍTEZ, G., *¿Es lícita la planificación fiscal?: sobre los defectos de...*, *op.cit.*, pp. 84 y 85.

⁴⁷ *Vid.* Anexo normativo, arts. 15 y 16 LGT.

⁴⁸ En este sentido, resulta incongruente con la prohibición de la analogía que también recoge nuestra LGT en su art. 14. *Vid.* Anexo normativo.

tipicidad⁴⁹. En el Derecho tributario, el principio de tipicidad, como manifestación de seguridad jurídica, tiene por objetivo garantizar la certeza y previsibilidad por parte de los particulares de aquello que tienen prohibido o que pueden hacer⁵⁰. Hasta la aprobación del RDL 12/2012 no se garantiza la seguridad jurídica y previsibilidad, para las sociedades de un grupo de empresas, de las circunstancias y cuantía en las que pueden deducirse los gastos financieros.

Vamos a explicar lo anterior a través de un supuesto complejo, de enorme interés práctico: las adquisiciones intra-grupo apalancadas. Partiendo de la base de que la Administración, que es la que declara primeramente el CANT, acostumbra a resolver de cara a una mayor recaudación, habrá que darle más relevancia a las resoluciones judiciales, en tanto que constituyen la resolución de los recursos frente a la vía administrativa.

5.2.1. El fraude de ley en las adquisiciones intra-grupo apalancadas

Se trata de una serie de operaciones realizadas en el seno de un grupo de empresas que ejemplificamos mediante la Figura VII. En primer lugar, se producen dos negocios consecutivos de financiación entre sociedades del grupo (Paraíso fiscal – Filial Luxemburgo; Filial Luxemburgo – Filial B). En segundo lugar, la sociedad española endeudada (Filial B) utiliza esos fondos para adquirir una tercera sociedad también española y perteneciente al grupo (Filial C). Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de adquisición intra-grupo apalancada. Posteriormente ambas sociedades españolas (Filiales B y C) deciden tributar bajo el régimen de grupo de consolidación. Todo ese entramado para adquirir las acciones de la Filial C tiene como resultado que la Filial B esté altamente endeudada y que, una vez establecidos como grupo de consolidación fiscal, el pago de esos intereses elevados suponga una reducción sustancial de la deuda por IS pagada por el grupo en España, gracias a la compensación de los beneficios con los intereses del préstamo⁵¹. De este modo, además de la falta de neutralidad del IS en materia de retribución a la financiación, nos encontramos con la posibilidad de admitir la deducibilidad de gastos derivados de una compraventa de

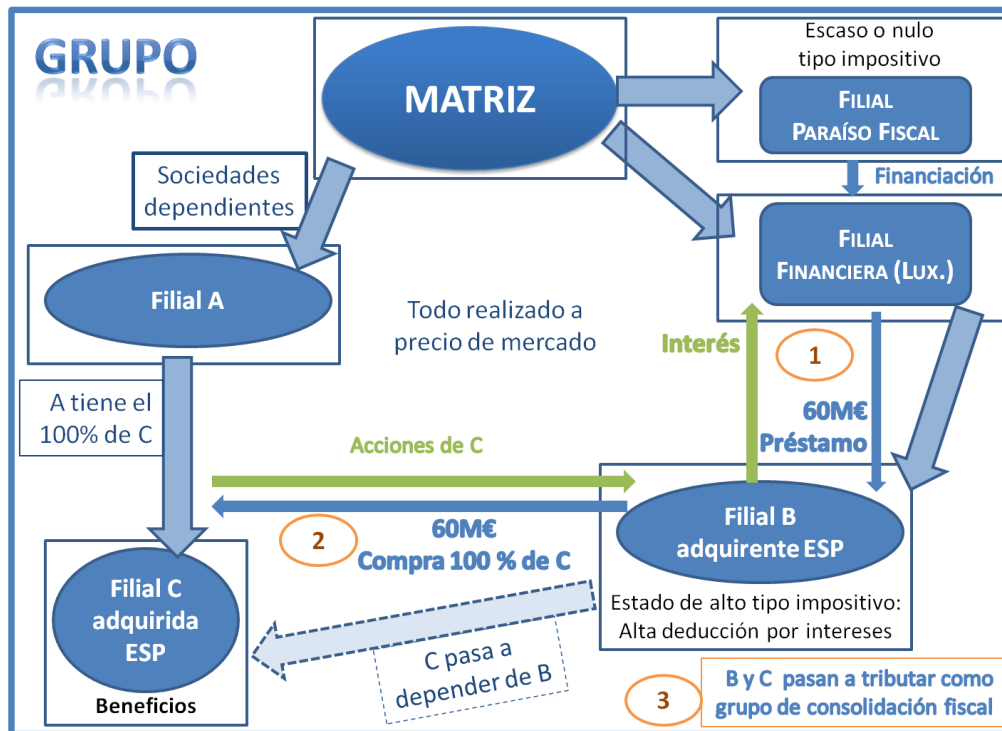
⁴⁹ LINARES GIL, M.I., “El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”, en *InDret*, Documento de Trabajo nº 225, julio de 2004, pp. 11 y ss. Además este autor destaca la incongruencia que supone combatir la planificación ilícita mediante esta figura a la que no acompaña sanción alguna.

⁵⁰ MARÍN BENÍTEZ, G., *¿Es lícita la planificación fiscal?: sobre los defectos de...*, *op.cit.*, pp. 94 y ss.

⁵¹ *Vid.* Anexo normativo. Art. 71 TRLIS

activos que generan rentas exentas, esto es, ante un supuesto de falta de consistencia de la normativa (arbitraje fiscal)⁵².

Figura VII. Estructura adquisición intra-grupo apalancada



Fuente: Elaboración propia

Como ya hemos mencionado, la planificación fiscal ilícita implica un rechazo por parte del ordenamiento. Dentro de esas figuras de rechazo frente a la financiación con endeudamiento como planificación fiscal abusiva, la doctrina administrativa y la jurisprudencia suelen acudir a dos: el fraude de ley (actualmente contenido en el CANT) y la simulación⁵³. En la práctica de la Administración y de los Tribunales, desde el punto de vista de la financiación excesiva es más habitual la declaración de estas operaciones como fraude de ley⁵⁴.

⁵² MARÍN BENÍTEZ, G., "Deber de contribuir, principio de legalidad y planificación fiscal: a propósito de la doctrina del TEAC sobre adquisiciones intra-grupo apalancadas" en *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 327, 2010, pp. 11 y ss.

⁵³ Vid. Anexo normativo, arts. 15 y 16 LGT.

⁵⁴ El concepto de fraude de ley lo encontramos en el artículo 6.4 del Código Civil que establece que los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley. Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de julio de 2002 (Sala Segunda, Sentencia nº 1336/2002, TOL203.097) define el fraude de ley como "una conducta que en apariencia es conforme a una norma ('norma de cobertura'), pero que produce un resultado contrario a otra u otras o al orden jurídico en su conjunto ('norma defraudada')". El TEAC justifica el trasvase de esa construcción jurisprudencial de origen civil al ámbito tributario en el deber de contribuir a los gastos públicos, que el artículo 31 de la Constitución Española concreta como deber fundamental de los ciudadanos, y en el perjuicio que conlleva al resto de contribuyentes el empleo de aquello que el Tribunal Supremo llama "subterfugio o ardid" (STS de 21 de

En primer lugar, la posibilidad de encajar los hechos como simulación es más complicada, ya que la pluralidad de los negocios jurídicos realizados, concebidos unitariamente, han sido normalmente directamente queridos por el grupo sin crear apariencia comercial alguna. Por lo general, las operaciones han sido realizadas a precio de mercado⁵⁵, y, consecuentemente, no se puede plantear la ilicitud del negocio de financiación realizado, ni del sucesivo de adquisición de acciones intra-grupo, individualmente considerados. Así pues, lo que se cuestiona no es la validez o legalidad de cada una de las transacciones o pasos realizados, sino todo el entramado de operaciones.

De este modo, de la lectura del TRLIS con anterioridad al RDL 12/2012, los supuestos de hecho planteados no se encuadrarían en ningún supuesto de gastos no deducibles, ni de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros. Es decir, si se respetase estrictamente el principio de tipicidad (seguridad jurídica entendida como previsibilidad de la obligación tributaria por parte del contribuyente), la elección de esta vía menos gravada por parte de los grupos de empresas debería considerarse planificación fiscal lícita. Por tanto, resulta paradójico que los inspectores de tributos y los jueces acudan a la consideración conjunta de estas operaciones⁵⁶ para encajarlas dentro de la figura del CANT (caracterizada por la inseguridad jurídica derivada del uso de conceptos jurídicos indeterminados, fáciles de generalizar para su extensión a numerosos supuestos de hecho⁵⁷). Para ello parten de la doctrina americana de las *steps transactions*, en virtud de la cual una serie de negocios encadenados son tratados como una sola operación cuando se encuentran integrados en una secuencia encaminada a la obtención de un resultado concreto⁵⁸. En el caso que nos ocupa el elemento intencional

diciembre de 2000, Sala Primera, nº recurso 4383/1999, TOL99.615), que contrariando el espíritu de la norma, tiende a procurar en quien lo realiza un resultado beneficioso, dejando de cumplir ese deber general de contribuir con arreglo a la capacidad económica (Resolución del TEAC de 17 de mayo de 2007, nº 00/2563/2006).

⁵⁵ Vid. nota al pie 18. Las operaciones vinculadas generan cierto rechazo en la doctrina y en los tribunales por la posibilidad de realizarlas a precio distinto del de mercado. En este sentido, el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece que “se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia”.

⁵⁶ Asimismo, esta teoría de la consideración conjunta de una serie de negocios jurídicos no estaba contemplada en el fraude de ley regulado por la LGT/1963. Sólo se incorpora a nuestro ordenamiento con la entrada en vigor de la LGT actual. Por tanto, vemos que la vulneración del principio de tipicidad también se producía en este contexto, por los tribunales con anterioridad a la LGT: del ordenamiento no se deducía la previsibilidad de que siendo lícitos los hechos individualmente considerados, tuvieran que serlo, a su vez, conjuntamente considerados.

⁵⁷ Vid. Nota al pie 49.

⁵⁸ *Commissioner v. Clark*, 489 U.S. 726, 738 (1989): “*interrelated yet formally distinct steps in an integrated transaction may not be considered independently of the overall transaction. By thus linking*

fundamental para apreciar el fraude de ley consiste en la obtención de una ventaja fiscal. Esta doctrina de las operaciones complejas es producto de una evolución de la doctrina de la sustancia económica, que se basaba en el examen del destino que podríamos calificar como no inmediato, al que se encaminan los pasos legales de una determinada operación económica.

Los tribunales americanos han desarrollado tres métodos para aplicar la doctrina de las *steps transactions*. En la valoración conjunta del ejemplo planteado es de utilidad el método del resultado final (*intent* o *end result test*), que permite combinar una serie de operaciones cercanas en el tiempo que carecen de propósitos independientes⁵⁹. En este sentido, en determinados casos, las adquisiciones intra-grupo apalancadas se producen con una inversión de la relación causa-efecto, no teniendo como objetivo verdadero la compra, sino generar esa deuda que reduzca la base imponible del grupo⁶⁰.

Hay una serie de resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central⁶¹ y de sentencias de la Audiencia Nacional⁶², relevantes, a propósito de casos similares. A partir de esta doctrina americana de las operaciones complejas, el TEAC y la Audiencia Nacional determinan los requisitos que tienen que concurrir para que esas operaciones consideradas en su conjunto (“enfoque holístico”⁶³) determinen un supuesto de fraude de ley: 1) la doble presencia de una norma de cobertura y una norma defraudada; 2) la artificiosidad de la vía elegida para alcanzar el resultado fiscal pretendido (propósito de eludir); y 3) la consecución de un resultado equivalente a aquel cuya tributación se pretende evitar o reducir.

together all interdependent steps with legal or business significance, rather than taking them in isolation, federal tax liability may be based on a realistic view of the entire transaction”.

⁵⁹ Long Term Capital Holdings, et al. v. United States, 330 F. Supp. 2d 122 (D. Conn. 2004): “*If the intent of a step was merely to serve the next step, the court may consider the steps together*”.

⁶⁰ En términos utilizados por la Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2009, nº 00/7082/2008, “nos encontramos con un conjunto de operaciones que están destinadas a propiciar una aparente necesidad de endeudamiento, cuyos intereses vacían de contenido la base imponible del grupo en España. Aparente, no en el sentido de falso o simulado y tampoco porque no sea perfectamente lícito endeudarse para adquirir algo, sino porque la relación causa-efecto se ha invertido: en realidad la finalidad no es adquirir y para ello se busca el endeudamiento, sino que, al revés, la finalidad es endeudarse, para provocar el pago, asimismo básicamente intra-grupo, de unos intereses que reduzcan la carga tributaria de las entidades españolas, y para aparentar la necesidad de dicho endeudamiento se montan los trasvases realizados”.

⁶¹ Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2009, nº 00/7082/2008; de 25 de junio de 2009, nº 00/656/2007; de 17 de mayo de 2007, nº 00/2563/2006.

⁶² SSAN de 7 de febrero de 2013 (Sección Segunda, nº recurso 172/2010, TOL3.020.218); de 21 de febrero de 2013 (Sección Segunda, nº recurso 47/2010, TOL3.239.966); de 16 de diciembre de 2013 (Sección Segunda, nº recurso 17/2010, TOL4.053.924).

⁶³ SAN 21 de febrero de 2013, *op. cit.*

1) Así, por lo que se refiere a la norma de cobertura de esa reducción de la deuda tributaria, tanto el TEAC como la Audiencia Nacional la encuadran en el artículo 10.3 de la LIS que se remite para el cálculo de la base imponible del Impuesto al resultado contable, que, en principio, considera como gastos los gastos financieros derivados de deudas. Ulteriormente se han compensado los gastos financieros derivados de la adquisición de las participaciones de la Filial C por la Filial B. Por su parte, la norma defraudada la encontraríamos en el artículo 4 del TRLIS que define el hecho imponible como "la obtención de renta, cualquiera que fuera su fuente u origen por el sujeto pasivo", así como en el principio de capacidad económica del artículo 31.1 de la Constitución⁶⁴. Con ello, entiende el TEAC que las operaciones realizadas defraudan precisamente ese mandato cuando el grupo español no ha tributado por los beneficios reales obtenidos en España y es a su vez contrario al principio de equidad⁶⁵. En definitiva, la base imponible debe ser un fiel reflejo de la obtención de renta por el sujeto pasivo y por ello exige la corrección de la misma cuando las operaciones del sujeto pasivo se hayan efectuado en fraude de ley precisamente para desvirtuar la renta real obtenida⁶⁶.

Por un lado, vemos cómo, para calificar esta planificación fiscal de ilícita, recurrían al principio constitucional de capacidad económica para el sostenimiento de los gastos públicos, precepto que de ninguna manera puede considerarse suficiente como para generar una obligación tributaria. Por otro, declarar como norma defraudada la obtención de renta del artículo 4 del TRLIS, resulta incoherente con la regulación específica de gastos no deducibles del artículo 14 del TRLIS, entre los que no encontramos ninguna limitación a los gastos financieros (hasta la reforma del RDL 12/2012).⁶⁷

2) En lo que respecta a la artificiosidad de la vía elegida para la deducción de los gastos financieros, la Audiencia Nacional hace especial hincapié en la necesidad de que las transmisiones de participaciones entre empresas del grupo y con financiación de empresas del grupo presenten un contenido económico real, y no tengan como motivo

⁶⁴ "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica".

⁶⁵ En relación al principio de capacidad económica encontramos la equidad horizontal: que los sujetos que se encuentren en las mismas circunstancias económicas reciban el mismo trato fiscal (KRENS, C., "The impact of taxation on...", *op. cit.*, p. 25). Esto es, que misma capacidad económica sea sometida a mismo tipo de gravamen efectivo. Por tanto, no se cumple esta equidad horizontal si sociedades en circunstancias económicas similares se benefician del arbitraje fiscal para asumir una carga fiscal distinta.

⁶⁶ Resolución del ICAC, en el BOICAC nº 61, de marzo de 2005.

⁶⁷ MARÍN BENÍTEZ, G., "Deber de contribuir, principio de legalidad y planificación fiscal...", *op. cit.*, pp. 14-17.

único el fiscal de reducción de la base imponible. Así pues, para que no se produzca fraude de ley, es fundamental probar la existencia de una auténtica sustancia económica en el conjunto de la estrategia desplegada; el concepto de “motivos económicos válidos” se presenta como un test necesario para concluir cuándo se está ante un supuesto de planificación fiscal lícita. En todas las resoluciones y sentencias mencionadas, tanto la Administración como la Audiencia Nacional, dictan en contra del contribuyente manteniendo el fraude de ley de las operaciones. No obstante, como nexo común de todas esas resoluciones, podemos apreciar el hecho de que el sujeto pasivo centra su defensa en los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima, o sobre la normativa fiscal comunitaria y los convenios internacionales para evitar la doble imposición y la existencia de cláusulas anti-abuso específicas no aplicadas - subcapitalización y precios de transferencia-⁶⁸. En este sentido, los interesados se limitan a afirmar la legalidad y licitud de todas las operaciones y la legítima autonomía de las empresas para la toma de decisiones⁶⁹. Es cierto que las compras, el préstamo, y los intereses pagados son reales, pero no se ha demostrado la sustancia, finalidad económica real de las operaciones. Por tanto, al no aportar justificación alguna acerca de las operaciones realizadas, y siendo evidente el resultado fiscal ventajoso, los órganos resolutorios concluyen que se ha acudido a una vía artificiosa con el único fin de reducir la base imponible. La Audiencia Nacional⁷⁰ establece que la erosión de la base imponible tiene que haber sido el objetivo principal que ha motivado la operación, por lo que a sensu contrario, si se prueba que los motivos principales han sido económicos y lo accesorio resulta dicha reducción de la base imponible, habrá un argumento razonable para entender que no hay una planificación fiscal abusiva.

⁶⁸ DESPACHO GARRIGUES: “Procedimiento de Inspección.- El concepto de “motivos económicos válidos” ha de analizarse para determinar cuándo se está ante un supuesto de lícita economía de opción o, por el contrario, ante un fraude de Ley u otros supuestos que no merecen ser protegidos a efectos tributarios (Audiencia Nacional. Sentencias de 7 y 21 de febrero de 2013)”, Boletín Fiscal Marzo 2013, pág. 9.

⁶⁹ Como señala el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de marzo de 2008 (Sala Tercera, Sección Segunda, nº recurso 35/2004, TOL1.320.817), “la vida económica y las decisiones que en ese ámbito de la actividad humana se adoptan, necesitan ser creíbles. Operaciones de la magnitud descrita, tanto en términos absolutos como relativos, exigen una explicación que en este recurso no ha sido ni siquiera intentada”.

⁷⁰ SAN de 7 de mayo de 2007 (Sección Segunda, nº recurso 313/2004, TOL1.147.188) y STS de 3 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, Sección Segunda, nº recurso 3841/2011, TOL2.706.742), que, aunque resuelven un supuesto de fusiones, sirve de aplicación al caso.

3) Finalmente, se exigiría como requisito del fraude de ley la concurrencia del resultado equivalente⁷¹.

En relación con todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que si se seguía la misma línea de defensa que los sujetos pasivos juzgados hasta el momento (principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad; principio de autonomía de empresa; entre otros), las posibilidades de éxito del recurso ante una declaración de fraude de ley de las operaciones realizadas eran prácticamente nulas⁷². En nuestra opinión, los argumentos de los recurrentes frente a la declaración de fraude de ley eran del todo legítimos. Las posibilidades de extensión del fraude de ley, bajo una figura tan genérica como el CANT, a numerosos supuestos de manera indirecta, vulneran la seguridad jurídica en la tipicidad de la norma tributaria. Además acudir a esta figura mediante el enunciado de principios, como el de capacidad económica, debe rechazarse categóricamente. Afortunadamente el legislador, mediante el RDL 12/2012, introduce finalmente el nuevo apartado 14.1.h) en el TRLIS, que exige la existencia de motivos económicos válidos para la deducibilidad de los gastos financieros de esas operaciones entre empresas del grupo. De esta forma, aumenta las posibilidades de previsión por parte de las empresas de los supuestos en los que se producirá una carga tributaria por estas operaciones, y da un paso más hacia el respeto de una de las máximas del principio de tipicidad, que venía siendo vulnerado por la arbitrariedad y la disponibilidad de la obligación tributaria⁷³. Estamos completamente de acuerdo con esta medida que supone un aumento de la seguridad jurídica.

La reforma del RDL 12/2012 mencionada no es sino un ejemplo más de la evolución legislativa del tratamiento fiscal dado a la financiación en nuestro país. Como hemos visto en los papeles de la OCDE, la falta de neutralidad, y los abusos que pueden derivar de ella, guarda una enorme relación con la importancia creciente de la planificación fiscal de las multinacionales en torno a la erosión de la recaudación fiscal en los Estados miembros de la Unión Europea. Esto se ha traducido en un incremento de la regulación en sentido restrictivo de esa deducibilidad de gastos financieros, en un intento por acercar el tratamiento de la financiación propia y ajena y reducir esa falta de

⁷¹ A modo de ejemplo, la SAN de 16 de diciembre de 2013, *op. cit.*, declara la concurrencia de este tercer requisito: “hallándose al final los interesados en un resultado equivalente (control último por la matriz de las participaciones de todas las sociedades del grupo y de los recursos financieros)”.

⁷² Los tribunales requieren la prueba de la existencia de una auténtica sustancia económica en el conjunto de la estrategia desplegada.

⁷³ MARÍN BENÍTEZ, G., *¿Es lícita la planificación fiscal?: sobre los defectos de..., op.cit.*, pp. 101 y ss.

neutralidad⁷⁴. Las restricciones, a nivel legislativo, a la deducibilidad de los gastos por intereses derivados de deudas han tomado normalmente la forma de normas de subcapitalización⁷⁵. Así fue también originariamente en España, aunque se trata de una figura que ha sufrido una regulación variopinta desde su aparición.

Por todo ello, tras haber analizado las distintas reacciones, tanto a nivel de propuestas como de reacciones administrativas y judiciales, vamos a adentrarnos en la evolución legislativa del tratamiento fiscal dado a la financiación en nuestro país.

⁷⁴ La OCDE destaca, entre otras, las siguientes medidas: (i) normas para eliminar ventajas fiscales en operaciones que no tengan una sustancia económica detrás; (ii) normas de anti-subcapitalización y otras limitaciones a la deducibilidad de gastos financieros; (iii) normas para evitar el uso de sociedades instrumentales (OECD, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing, 2011, pp. 69 y ss.).

⁷⁵ ROSEMBUJ, T., *Principios globales de...*, *op. cit.*, p. 119.

6. LA NORMA DE SUBCAPITALIZACIÓN EN ESPAÑA

Como hemos visto, con la configuración de la base imponible del IS en base al resultado contable, se facilita la planificación fiscal, como búsqueda de un ahorro fiscal, en torno a la financiación de las empresas (ajena o propia). Siendo los gastos financieros deducibles, las empresas han tratado de aprovecharse de dicha vía menos gravada para reducir su base imponible, acudiendo a veces a un endeudamiento excesivo. Como ya hemos señalado previamente, la creatividad de los expertos fiscales no tiene límites⁷⁶, por lo que la reacción de los inspectores de tributos y de los jueces frente a ese endeudamiento excesivo ha ido a veces por delante de la reacción legislativa. Así pues, el legislador juega un papel importante, intentando anticiparse a las ingeniosas estrategias fiscales de las empresas, y tipificando los criterios más recientes aplicados por la Administración y los Jueces, adaptándose a la realidad práctica existente. Igual que en muchos países de nuestro entorno, en España la primera restricción a la deducibilidad de los intereses tomó la forma de norma de subcapitalización (*thin capitalization rules*). El legislador empezó a darse cuenta de que las empresas de un mismo grupo acudían a un endeudamiento excesivo (por lo que, en comparación con la deuda, tenían muy poca financiación con capital), aprovechando el pago de intereses como mecanismo para repartir los beneficios entre las vinculadas sin la necesidad de distribuir dividendo. Para evitar ese desplazamiento de beneficios y erosión de la base imponible surge la norma de subcapitalización, que implica que los gastos financieros que superen un límite establecido reglamentariamente serán considerados como distribución de dividendos (como si fuesen una retribución al capital) y, por tanto, como gasto no deducible.

6.1. Evolución histórica de la norma de subcapitalización en el derecho interno

El punto de origen de la norma de subcapitalización en España, como restricción a la deducibilidad de los gastos financieros derivados del endeudamiento con empresas vinculadas, lo encontramos en el artículo 16.9 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades⁷⁷. Por su parte, la ley 43/1995 recoge por primera vez de

⁷⁶ Vid. Nota al pie 39.

⁷⁷ Este artículo 16 fue redactado por la Ley 18/1991, de 6 de junio (BOE del 7), del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con entrada en vigor el día 1 de enero de 1992: “Cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y relacionada con ella [...],

manera específica en su artículo 20 la regulación de la subcapitalización. Esta ley sufrió dos modificaciones relevantes⁷⁸ operadas por (i) la Ley 24/2001, que permite proponer a la Administración la aplicación de un coeficiente de subcapitalización distinto de 3 (apartado 3 del artículo *infra*), y (ii) la Ley 62/2003, que se ajusta a la jurisprudencia comunitaria en relación a la libertad de establecimiento⁷⁹ y deja de aplicar la norma para entidades vinculadas residentes en otros Estados Miembros de la Unión Europea (apartado 4 del artículo *infra*)⁸⁰. La norma vigente hoy en día en relación al IS es el TRLIS; en él, hasta la reforma por el RDL 12/2012, la norma de subcapitalización estaba redactada de la siguiente manera:

Artículo 20 Subcapitalización

1. Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos.
2. Para la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo.
Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio.
3. Los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del artículo 16.7 de esta ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.
Lo previsto en este apartado no será de aplicación a las operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.
4. Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

No obstante, esta norma no ha estado exenta de problemas, en concreto, destaca el derivado de la indeterminación de la noción de endeudamiento indirecto, y si ésta abarca el aval o garantía de préstamos a empresas del grupo, o las líneas de crédito solidarias entre empresas del grupo⁸¹. Asimismo, las normas de subcapitalización tienen la desventaja de no capturar todas las operaciones entre partes vinculadas y no

exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos”.

⁷⁸ FERNÁNDEZ ANTUÑA, A., “Fiscalidad internacional de los gastos financieros: normativa interna y derecho comparado” en *Instituto de Estudios Fiscales*, Volumen 19, Madrid, 2013, p. 11.

⁷⁹ Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.

⁸⁰ Al contrario, otros países como Alemania decidieron aplicar esas normas a todos.

⁸¹ DELGADO PACHECO, A., “Las medidas antielusión...”, *op.cit.*, 2005, pp. 102 y ss.

reconocer las capacidades de deuda de las distintas empresas⁸². Por los anteriores motivos, entre otros, ha sido precisa su reforma.

6.2. Las últimas reformas a la norma interna de subcapitalización

Con efectos a partir de 1 de enero de 2012, el RDL 12/2012 reforma la regulación existente hasta el momento limitando la deducibilidad de los gastos financieros, con el objetivo, según la exposición de motivos, de aumentar la recaudación⁸³. Dicha reforma se traduce en dos normas:

6.2.1. Nueva letra h) del art.14 TRLIS

En primer lugar, incluye un nuevo apartado h) en el artículo 14.1 del TRLIS que impone la no deducibilidad de los gastos financieros derivados de adquisiciones apalancadas u operaciones similares con entidades del grupo, salvo cuando existan motivos económicos válidos detrás de esas operaciones⁸⁴. En este sentido vemos cómo se restringe la deducibilidad de los intereses generados por adquisiciones intra-grupo apalancadas, salvo que las operaciones vengan justificadas por motivos económicos válidos. De este modo, se tipifica la doctrina administrativa y jurisprudencial que venía siendo habitual en la calificación de estos supuestos como fraude de ley. Así se incrementa el respeto del principio de tipicidad, siendo más previsible para las empresas la obligación tributaria derivada de ese tipo de operaciones con empresas del grupo. Además, la realización del conjunto de operaciones ejemplificadas anteriormente mediante la Figura VII, ya no serán calificadas como planificación fiscal ilícita a través de la indeterminada figura del CANT, sino que supondrá un incumplimiento directo del precepto establecido en el TRLIS. Desde un punto de vista comparado, encontramos regulaciones que recuerdan a nuestro art. 14.1.h) tanto en Francia como en Holanda.

⁸² FISCAL AFFAIRS DEPARTMENT, *Debt Bias and Other...*, *op. cit.*, IFM, 2009, p. 13.

⁸³ “Conseguir un incremento de 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.”

⁸⁴ “1. No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: [...] h) Los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.”

6.2.2. Límite general objetivo del art. 20 TRLIS

En segundo lugar, el RDL 12/2012 sustituye la norma anterior de subcapitalización⁸⁵ por una limitación general a la deducibilidad de los gastos financieros.

En primer lugar hay que mencionar que se trata de una limitación a la deducibilidad de los gastos financieros **netos**, calculados de la manera legalmente establecida. Dicho límite es doble, siendo de aplicación el mayor de ellos: (i) límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio y (ii) un millón de euros. En segundo lugar, decir que, aunque al principio la limitación sólo aplicaba a sociedades del mismo grupo, el RDL 20/2012 la generaliza a todo tipo sociedades. Por otro lado, se excluye su aplicación a las entidades de crédito y aseguradoras. Asimismo, lo que falte por aplicar de límite en un año, podrá sumarse al límite de los 5 años siguientes (*carry back*), y los que se exceda de gastos financieros netos por encima del límite, podrá deducirse en los 18 ejercicios siguientes (*carry forward*), claramente asimilable a la compensación de bases imponibles negativas.⁸⁶

Estas medidas afectarán sobre todo a las EMNs en ese intento por incrementar la recaudación⁸⁷. Este cambio en la norma de anti-subcapitalización se corresponde con la tendencia de otros países de nuestro entorno como Holanda, Francia o Alemania⁸⁸. Se trata de un paso de la limitación basada en un coeficiente deuda-capital a una limitación objetiva basada en la aplicación de un porcentaje a una medida previa al resultado contable, y definida legalmente. Este límite se establece por tanto en un nivel que puede acercarse más al resultado operativo de la empresa y sirve para reducir la erosión de bases imponibles mediante operaciones enredadas.⁸⁹

⁸⁵ Vid. Apartado 6.1.

⁸⁶ PÉREZ ROYO, I., “Novedades en el ámbito de la imposición directa”, en *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, nº 11, 2013, pp. 174 y ss.

⁸⁷ CARRASCO GONZÁLEZ, F.M., “Del Derecho Financiero de la crisis a la crisis del Derecho Financiero”, en *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, nº 10, 2012, pp. 177 y ss.

⁸⁸ Así como Italia, Reino Unido, Dinamarca, Bélgica o Portugal.

⁸⁹ SANZ GADEA, E., “La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales” en *Crónica Tributaria*, nº 136, 2010, pp. 173 y ss.; SANZ GADEA, E., “Ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales. Reflexiones bajo el Real Decreto Ley 12/2012 (I)” en *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, nº 5, 2012, pp. 35 y ss.

7. CONCLUSIONES

La planificación fiscal lícita o ilícita se ordena a la búsqueda de un ahorro fiscal. Las oportunidades de planificación fiscal para las empresas derivan de dos carencias del sistema tributario: su falta de consistencia y su falta de neutralidad. A raíz de estas deficiencias, las EMNs, de manera señalada, tienen acceso a mecanismos de vaciamiento de sus bases imponibles y de trasvase de beneficios que les permiten reducir de manera considerable su carga impositiva. Estas posibilidades suponen un grave inconveniente para los distintos países que ven cómo sus ingresos, necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, se ven reducidos notablemente.

En primer lugar, esa falta de consistencia tiene como consecuencia la oportunidad de arbitraje fiscal internacional, especialmente accesible para las EMNs. La solución para atajar este problema se encuentra en su causa: esa falta de consistencia entre jurisdicciones proviene del ejercicio de la soberanía que todos los Estados tienen a la hora de configurar sus sistemas impositivos. En este sentido, será esencial una mayor colaboración y comunicación entre los países, tanto en el momento inicial de promulgación de leyes (mecanismo de prevención) como en el momento posterior de aplicación de las mismas (mecanismo de control). Queda patente que, sin colaboración entre los Estados, será imposible paliar los efectos negativos de estos “agujeros” del sistema impositivo global en la recaudación. Adicionalmente, hay que destacar la relevancia de la propuesta de BICC de la Comisión Europea que supondría la armonización del cálculo de la base imponible de los grupos de empresas de la Unión Europea y solucionaría problemas de la planificación fiscal asociados al arbitraje fiscal internacional. Todavía queda mucho por recorrer en ese camino y, a pesar de lo arduo que pueda parecer lograr ese objetivo, todo avance en esa dirección sería positivo en la lucha contra la planificación fiscal abusiva.

En segundo lugar, la falta de neutralidad que origina la existencia de vías menos gravadas por un impuesto a la hora de decidir cómo obtener un mismo resultado económico, solo puede paliarse mediante la regulación interna de cada Estado. Como hemos visto, en relación a la falta de neutralidad de la financiación con deuda o capital, cobra especial relevancia la figura de la deducibilidad de los gastos financieros. La figura del CANT, como cláusula general anti-abuso, no puede servir para hacer frente a toda vía menos gravada que se le escapa al legislador. Dichos “agujeros” del sistema,

crean en el contribuyente la expectativa de que acudir a dicha alternativa no generará otra obligación tributaria, más allá de la vinculada al ahorro fiscal que buscan, dado que se trata de un ahorro lícito en la medida en que el ordenamiento no lo rechaza. Por tanto, siendo la planificación fiscal ilícita aquella rechazada por nuestra normativa, no parece suficiente que la Administración o la jurisprudencia acudan a meros principios inspiradores del Derecho tributario, o justificaciones morales, para calificar un supuesto dentro del CANT. Un ejemplo claro en el que se acudía al principio de capacidad económica era el de las adquisiciones intra-grupo apalancadas. Con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica, en relación a la deducibilidad de los intereses por operaciones entre empresas vinculadas, resulta evidente que no bastaba con la consideración del requisito de los motivos económicos válidos en la cláusula general anti-abuso del CANT, sino que era preciso un paso más por parte del legislador. En concreto, el nuevo apartado h) del artículo 14 del TRLIS supone una solución a la vulneración del principio de tipicidad existente en torno a las adquisiciones intra-grupo apalancadas, asociando esos supuestos a dicha noción de motivo económico distinto del ahorro fiscal. A pesar de tratarse de un concepto jurídico indeterminado, su inserción en este precepto específico dedicado a la deducibilidad, o no, de esos gastos financieros, otorga una mayor seguridad a estas decisiones en los grupos de empresas. Así pues, las reformas operadas por los RDLs 12/2012 y 20/2012 incrementan de manera satisfactoria la seguridad jurídica en torno a los supuestos de endeudamiento por parte de EMNs intra-grupo, cuyos intereses como gasto deducible no habían sido previamente delimitados correctamente por el legislador.

Por último, estas reformas legislativas, que tienen como objetivo claro el aumento de la recaudación, suponen una restricción mayor a la deducibilidad de los gastos financieros, esto es, una aproximación al modelo CBIT. En este sentido, podemos concluir que si de lo que se trata es de eliminar la falta de neutralidad del ordenamiento, no resulta factible acudir a ninguno de los dos modelos presentados: ACE (tanto intereses como retribución al capital deducibles) y CBIT (ni intereses ni retribución al capital deducibles). Especialmente teniendo en cuenta la situación de crisis en que nos encontramos, cualquier movimiento hacia uno de estos dos extremos podría tener efectos muy negativos en el país. De este modo, la solución más viable pasa por avances graduales en una u otra dirección y siempre contemplando un acercamiento a un mismo ahorro fiscal en ambas formas de financiación para paliar la neutralidad.

8. BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS

CARRASCO GONZÁLEZ, F.M., “Del Derecho Financiero de la crisis a la crisis del Derecho Financiero”, en *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, nº 10, 2012, pp. 161-212.

DE MOOIJ, R.A., “Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions”, en *IMF Staff Discussion Note 11*, 2011.

DELGADO PACHECO, A., “Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional” en *Información Comercial Española (ICE)*, nº 825, septiembre-octubre 2005.

DELGADO PACHECO, A., “BEPS y Fiscalidad Internacional”, *Expansión*, 6 de septiembre de 2013, <http://www.expansion.com/blogs/garrigues/2013/09/06/beps-y-fiscalidad-internacional.html>, noticia consultada el 24 de marzo de 2014.

DESPACHO GARRIGUES: “Procedimiento de Inspección.- El concepto de “motivos económicos válidos” ha de analizarse para determinar cuándo se está ante un supuesto de lícita economía de opción o, por el contrario, ante un fraude de Ley u otros supuestos que no merecen ser protegidos a efectos tributarios (Audiencia Nacional. Sentencias de 7 y 21 de febrero de 2013)”, *Boletín Fiscal Marzo*, 2013.

GIRONELLA MASGRAU, E., “El apalancamiento financiero: de cómo un aumento del endeudamiento puede mejorar la rentabilidad financiera de una empresa”, en *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 2, 2005, pp. 71-91.

GUERREIRO, L., “Limitaciones a la deducibilidad de intereses”, *Expansión*, 23 de abril de 2012, <http://www.expansion.com/blogs/garrigues/2012/04/23/limitaciones-a-la-deducibilidad-de.html>, noticia consultada el 24 de marzo de 2014.

JEREZ BARROSO, L. y PICOS SÁNCHEZ, F., “La neutralidad financiera en el Impuesto sobre Sociedades: Microsimulación de las opciones de reforma para España”, en *Hacienda Pública Española*, nº 203, 2012, pp. 23-56.

KRENS, C., “The impact of taxation on cross-border financing of business activities”, en *Wintercourse paper Netherlands*, Tilburg University, 2013.

- LINARES GIL, M.I., “El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”, en *InDret*, Documento de Trabajo nº 225, julio de 2004.
- MARÍN BENÍTEZ, G., “Deber de contribuir, principio de legalidad y planificación fiscal: a propósito de la doctrina del TEAC sobre adquisiciones intra-grupo apalancadas” en *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 327, 2010, pp. 5-34.
- MARÍN BENÍTEZ, G., “La analogía en Derecho tributario: tópicos, controversias y algunas reflexiones críticas” en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, nº 350, 2012, pp. 97-138.
- PÉREZ ROYO, I., “Novedades en el ámbito de la imposición directa”, en *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, nº 11, 2013, pp. 169-194.
- ROMANÍ SANCHO, A., “La nueva relación Hacienda-contribuyente auspiciada por la OCDE: la relación cooperativa. El Foro de Grandes Empresas y el Código de Buenas Prácticas Tributarias”, en *Cuadernos de Formación*, Colaboración 41, Volumen 11, 2010.
- SANZ GADEA, E., “La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales” en *Crónica Tributaria*, nº 136, 2010, pp. 169-182.
- SANZ GADEA, E., “Ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales. Reflexiones bajo el Real Decreto Ley 12/2012 (I)” en *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, nº 5, 2012, pp. 29-42.
- SANZ GADEA, E., “Ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales. Reflexiones bajo el Real Decreto Ley 12/2012 (II)” en *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, nº 6, 2012, pp. 51-61.
- SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, L. y VIANA BARRAL, V., “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el impuesto sobre sociedades: análisis normativo y comentario crítico”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 33, 2012, pp. 19-34.

LIBROS

FERNÁNDEZ ANTUÑA, A., *Fiscalidad internacional de los gastos financieros: normativa interna y derecho comparado*, Instituto de Estudios Fiscales, Volumen 19, Madrid, 2013.

IGLESIAS, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La Modificación de los Estatutos Sociales. Aumento y Reducción del Capital Social. Separación y Exclusión de Socios”, en Menéndez, A. y Rojo, A. (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, 10ª ed., Civitas, Pamplona, 2012, pp. 505 y ss.

LUCAS DURÁN, M., “Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional”, en Serrano Antón, F. (Dir.), *Fiscalidad Internacional*, Tomo 1, 5ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, pp. 637 y ss.

MARÍN BENÍTEZ, G., *¿Es lícita la planificación fiscal?: sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, Thomson Reuters, Valladolid, 2013.

PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 22ª Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2012.

PÉREZ ROYO, I., “El Impuesto sobre Sociedades (I)”, en Pérez Royo, F. (Dir.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pp. 325 y ss.

ROSEMBUJ, T.: *El Arbitraje Fiscal Internacional. Los híbridos financieros*, El Fisco, Barcelona, 2010.

ROSEMBUJ, T., *Principios globales de fiscalidad internacional*, 2ª ed., El Fisco, Barcelona, 2013.

SCHÖN, W., “Debt and Equity: What's the Difference? A Comparative View”, en *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research*, Paper nº 9, Julio de 2009, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1457649>.

SIMON, J., *Optimal Debt Bias in Corporate Income Taxation*, Julio de 2011, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2296839>.

INFORMES Y RECOMENDACIONES

EUROPEAN COMMISSION, *The Debt-Equity Tax Bias: Consequences and Solutions*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo, 2012.

FISCAL AFFAIRS DEPARTMENT, *Debt Bias and Other Distortions: Crisis-Related Issues in Tax Policy*, IFM, 2009.

OECD, *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 4ª ed., OECD Publishing, 2008.

OECD, *Tax Policy Reform and Economic Growth*, OECD Publishing, 2010.

OECD, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing, 2011.

OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, 2012.

OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.

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

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Resolución del ICAC, en el BOICAC nº 61, de marzo de 2005.

Resolución del TEAC de 17 de mayo de 2007, nº 00/2563/2006.

Resolución del TEAC de 25 de junio de 2009, nº 00/656/2007.

Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2009, nº 00/7082/2008.

LEGISLACIÓN

Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1963.

Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. «BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 1978.

Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. «BOE» núm. 136, de 7 de junio de 1991.

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. «BOE» núm. 310, de 28 de diciembre de 1995.

Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 2001.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. «BOE» núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. «BOE» núm. 61, de 11 de marzo de 2004.

Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. «BOE» núm. 78, de 31 de marzo de 2012.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. «BOE» núm. 168, de 14 de julio de 2012.

JURISPRUDENCIA

Audiencia Nacional, Sección Segunda, en sentencia de 7 de mayo de 2007, nº recurso 313/2004, TOL1.147.188.

Audiencia Nacional, Sección Segunda, en sentencia de 7 de febrero de 2013, nº recurso 172/2010, TOL3.020.218.

Audiencia Nacional, Sección Segunda, en sentencia de 21 de febrero de 2013, nº recurso 47/2010, TOL3.239.966.

Audiencia Nacional, Sección Segunda, en sentencia de 16 de diciembre de 2013, nº recurso 17/2010, TOL4.053.924.

Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencia de 21 de diciembre de 2000, nº recurso 4383/1999, TOL99.615.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, en sentencia de 15 de julio de 2002, nº sentencia 1336/2002, TOL203.097.

Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda, en sentencia de 2 de noviembre de 2002, nº recurso 9712/1997, TOL239.770.

Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda, en sentencia de 18 de marzo de 2008, nº recurso 35/2004, TOL1.320.817.

Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda, en sentencia de 3 de diciembre de 2012, nº recurso 3841/2011, TOL2.706.742.

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

Commissioner v. Clark, 489 U.S. 726, 738 (1989).

Long Term Capital Holdings, et al. v. United States, 330 F. Supp. 2d 122 (D. Conn. 2004).

9. ANEXO NORMATIVO

9.1.	Código Civil.....	41
9.1.1.	Artículo 3.....	41
9.1.2.	Artículo 6.....	41
9.2.	Código de Comercio	41
9.2.1.	Artículo 36.....	41
9.2.2.	Artículo 42.....	41
9.3.	Constitución española	42
9.3.1.	Artículo 31	42
9.4.	LGT.....	42
9.4.1.	Artículo 12 Interpretación de las normas tributarias	42
9.4.2.	Artículo 13 Calificación	43
9.4.3.	Artículo 14 Prohibición de la analogía.....	43
9.4.4.	Artículo 15 Conflicto en la aplicación de la norma tributaria	43
9.4.5.	Artículo 16 Simulación.....	43
9.5.	TRLIS	44
9.5.1.	Artículo 4 Hecho imponible	44
9.5.2.	Artículo 10 Concepto y determinación de la base imponible.....	44
9.5.3.	Artículo 14 Gastos no deducibles	44
9.5.4.	Artículo 16 Operaciones vinculadas.....	44
9.5.5.	Artículo 20 Subcapitalización (Anterior a RDL 12/2012)	46
9.5.6.	Artículo 20 Limitación en la deducibilidad de gastos financieros (Posterior a RDL 20/2012).....	46
9.5.7.	Artículo 71 Determinación de la base imponible del grupo fiscal	48

CÓDIGO CIVIL

Artículo 3

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Artículo 6

[...] 4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

CÓDIGO DE COMERCIO

Artículo 36

[...] 2. Los elementos de la cuenta de pérdidas y ganancias y del estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio son:

- a) Ingresos: incrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones de los socios o propietarios.
- b) Gastos: decrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones a los socios o propietarios.

Los ingresos y gastos del ejercicio se imputarán a la cuenta de pérdidas y ganancias y formarán parte del resultado, excepto cuando proceda su imputación directa al patrimonio neto, en cuyo caso se presentarán en el estado que muestre los cambios en el patrimonio neto, de acuerdo con lo previsto en la presente sección o en una norma reglamentaria que la desarrolle.

Artículo 42

1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Artículo 31

1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.
2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.
3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

LGT

Artículo 12 Interpretación de las normas tributarias

1. Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil.
2. En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda.
3. En el ámbito de las competencias del Estado, la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás normas en materia tributaria corresponde de forma exclusiva al Ministro de Hacienda.

Las disposiciones interpretativas o aclaratorias serán de obligado cumplimiento para todos los órganos de la Administración tributaria y se publicarán en el boletín oficial que corresponda.

Artículo 13 Calificación

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

Artículo 14 Prohibición de la analogía

No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.

Artículo 15 Conflicto en la aplicación de la norma tributaria

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

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

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

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

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

Artículo 16 Simulación

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

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

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

TRLIS

Artículo 4 Hecho imponible

1. Constituirá el hecho imponible la obtención de renta, cualquiera que fuese su fuente u origen, por el sujeto pasivo.

2. En el régimen especial de agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas, se entenderá por obtención de renta la imputación al sujeto pasivo de las bases imponibles, o de los beneficios o pérdidas, de las entidades sometidas a dicho régimen.

En el régimen de transparencia fiscal internacional se entenderá por obtención de renta el cumplimiento de las circunstancias determinantes de la inclusión en la base imponible de las rentas positivas obtenidas por la entidad no residente.

Artículo 10 Concepto y determinación de la base imponible

[...] 3. En el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.

Artículo 14 Gastos no deducibles

1. No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: [...]

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

Artículo 16 Operaciones vinculadas

1. 1.º Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia.

2.º La Administración tributaria podrá comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las operaciones sujetas a este Impuesto, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada

por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga. La Administración tributaria quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas.

La valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado. Para efectuar la comparación se tendrá en cuenta aquella parte de la renta que no se integre en la base imponible por resultar de aplicación algún método de estimación objetiva.

[...]

3. Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:

- a) Una entidad y sus socios o partícipes.
- b) Una entidad y sus consejeros o administradores.
- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.
- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.
- e) Una entidad y los socios o partícipes de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- f) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- g) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes de otra entidad cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- h) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios.
- i) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.
- j) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.
- k) Una entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el mencionado territorio.
- l) Dos entidades que formen parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.

En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la participación deberá ser igual o superior al 5 por ciento, o al 1 por ciento si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.

Existe grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Artículo 20 Subcapitalización (Anterior a RDL 12/2012)

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

2. Para la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo.

Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio.

3. Los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del artículo 16.7 de esta ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.

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

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

Artículo 20 Limitación en la deducibilidad de gastos financieros (Posterior a RDL 20/2012)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 71 Determinación de la base imponible del grupo fiscal

1. La base imponible del grupo fiscal se determinará sumando:

a) Las bases imponibles individuales correspondientes a todas y cada una de las sociedades integrantes del grupo fiscal, sin incluir en ellas la compensación de las bases imponibles negativas individuales.

b) Las eliminaciones.

c) Las incorporaciones de las eliminaciones practicadas en ejercicios anteriores.

d) La compensación de las bases imponibles negativas del grupo fiscal, cuando el importe de la suma de los párrafos anteriores resultase positiva, así como de las bases imponibles negativas referidas en el apartado 2 del artículo 74 de esta ley.

10. ANEXO DE FIGURAS

Figura I. Las formas de financiación de las empresas



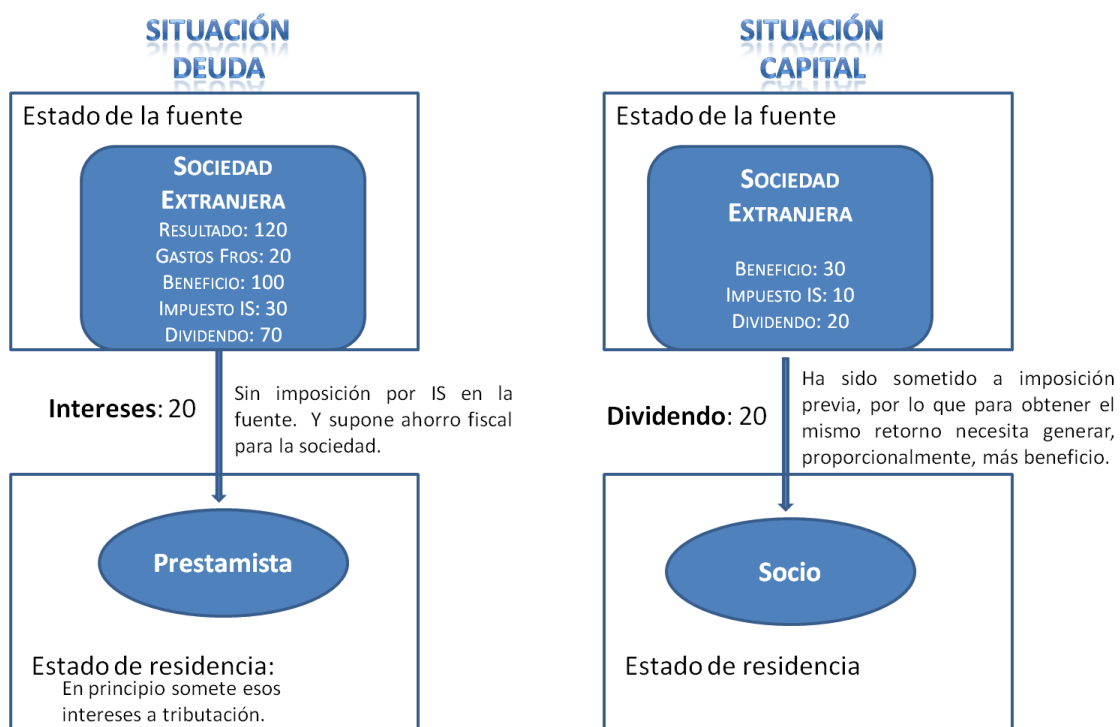
Fuente: Elaboración Propia

Figura II. El apalancamiento como Ahorro Fiscal

Cuenta PyG	Situación con Deuda	Situación sin Deuda
Resultado de Explotación	100	100
- Gastos Financieros	10	0
Base Imponible	90	100
- Impuesto sobre beneficios (30%)	27	30
Resultado del ejercicio	63	70
AHORRO FISCAL*	3	0
*Ahorro fiscal = Gastos Financieros * Tipo de gravamen IS		

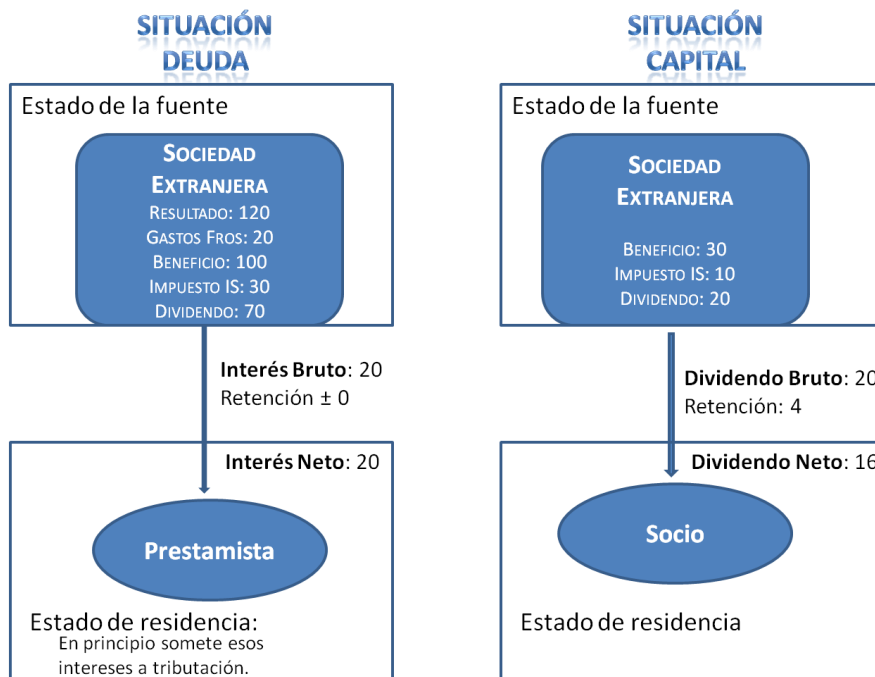
Fuente: Elaboración propia

Figura III. Ejemplo falta de neutralidad (sin retención)



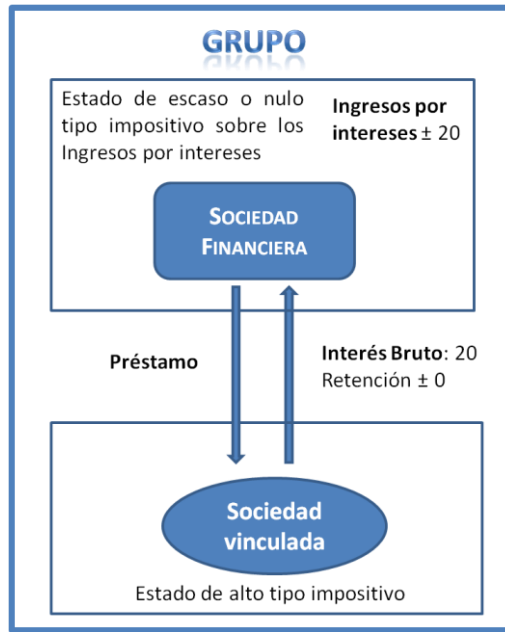
Fuente: Elaboración propia

Figura IV. Ejemplo falta de neutralidad (con retención)



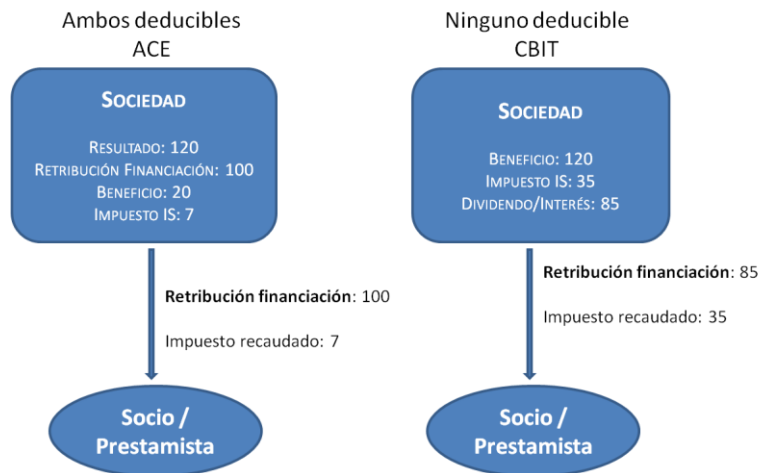
Fuente: Elaboración propia

Figura V. Estructura de apalancamiento intra-grupo sencilla



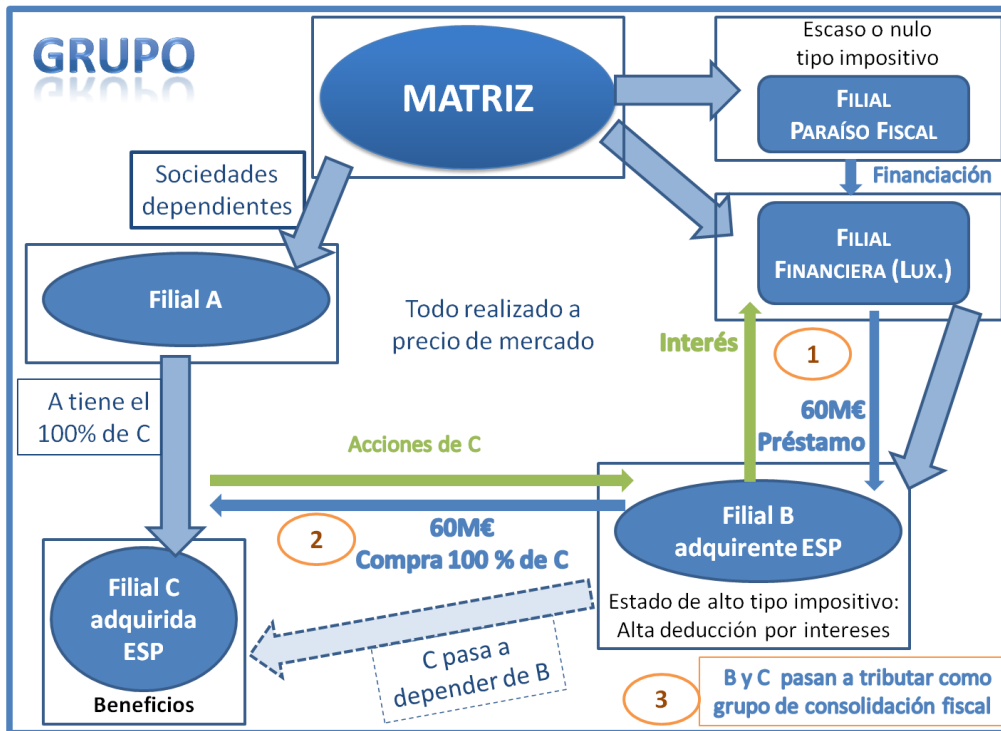
Fuente: Elaboración propia

Figura VI. ACE vs. CBIT



Fuente: Elaboración propia

Figura VII. Estructura adquisición intra-grupo apalancada



Fuente: Elaboración propia