



FACULTAD DE DERECHO

**PLANIFICACIÓN FISCAL ABUSIVA EN
LOS GRANDES GRUPOS
INTERNACIONALES.
LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y LA
DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS
FINANCIEROS.**

Autor: Pedro Francisco Moreno Lorenzo

Tutor: Eva Gil Cruz

Madrid

Abril 2014

Pedro Francisco
Moreno
Lorenzo

**PLANIFICACIÓN FISCAL ABUSIVA EN LOS GRANDES GRUPOS INTERNACIONALES.
LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS
FINANCIEROS.**



Abreviaturas.

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
APA	Acuerdos previos de valoración
CCom	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio. Ministerio de Gracia y Justicia (Gaceta 16 octubre 1885, núm. 289)
IOTA	Organización Intra-europea de Administraciones Tributarias
IRS	Internal Revenue Service
Ley 43/1995	Ley 43/1995, de 27 de diciembre, que regula el Impuesto de Sociedades. Jefatura del Estado. (BOE 28 diciembre 1995, núm. 310).
Ley 36/2006	Ley 36/2006, de 29 de diciembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Jefatura del Estado (BOE 30 noviembre 2006, núm. 286).
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Jefatura del Estado (BOE 18 diciembre 2003, núm. 302)
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Jefatura del Estado (BOE 29 noviembre 2006, núm. 285).
LIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Jefatura del Estado (BOE 11 marzo 2004, núm. 61)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
PYMEs	Pequeñas y Medianas Empresas
RD 1793/2008	Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio. Ministerio de Economía y Hacienda (BOE 18 noviembre 2008, núm. 278).

RDL 12/2012	Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, que introduce diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. Jefatura del Estado (BOE 31 marzo 2012, núm. 78)
RDL 20/2012	Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, que introduce medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Jefatura del Estado (BOE 14 julio 2012, núm. 168)
RIS	Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Ministerio de Economía y Hacienda (BOE 6 agosto 2004, núm. 189).
UE	Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Índice de contenidos.

1. <u>Introducción.</u>	8-9
1.1. Justificación del tema.	8
1.2. Objetivos del trabajo.	8
1.3. Fuentes utilizadas.	9
2. <u>Planificación Fiscal Abusiva. Delimitación conceptual.</u>	10-18
2.1. Contexto de la planificación fiscal internacional.	10
2.2. Delimitación conceptual.	11
2.3. Papel de los intermediarios fiscales en la planificación fiscal.	16
3. <u>Ingeniería fiscal artificiosa en la concentración de empresas. Medios más utilizados.</u>	19-54
3.1. Utilización de los precios de transferencia para la planificación fiscal abusiva.	19
3.1.1. Concepto de precio de transferencia y régimen fiscal español.	19
3.1.2. Análisis en el Derecho comparado. EE.UU. y OECD.	23
3.1.3. Problemática esencial que se plantea en la tributación de los precios de transferencia. La determinación del valor de mercado y la aportación de documentación.	28
3.1.4. Estudio de un caso sobre aplicación más efectiva de métodos de valoración.	34
3.2. Deducibilidad de los gastos financieros como herramienta de planificación fiscal abusiva.	37
3.2.1. Concepto de deducción de los gastos financieros y régimen fiscal español.	37
3.2.2. Análisis en el Derecho comparado.	43
3.2.3. Estudio de caso de financiación intragrupo, donde la deducción cumple un papel crucial.	46
3.3. Productos financieros híbridos. Último reto en la lucha contra la planificación fiscal abusiva.	50

4. <u>Herramientas de la AEAT contra la Planificación fiscal abusiva.</u>	55-59
4.1. Mecanismos de la AEAT.	55
4.2. Actuación de la Unión Europea.	58
5. <u>Conclusiones.</u>	60-62
6. <u>Bibliografía.</u>	63-67
6.1. Manuales de Derecho.	
6.2. Artículos doctrinales en revistas especializadas.	
6.3. Informes, propuestas, recomendaciones y dictámenes.	68-70
7. <u>Anexo normativo.</u>	71-72
8. <u>Anexo jurisprudencial y doctrina administrativa.</u>	
8.1. Jurisprudencia.	
8.2. Doctrina administrativa.	73
9. <u>Índice de gráficos.</u>	74-77
10. <u>Anexo documental de gráficos.</u>	

Trabajo de Fin de Grado en Derecho.

“Planificación fiscal abusiva en los grandes grupos multinacionales. Los precios de transferencia y la deducibilidad de los gastos financieros”.

Resumen.

Con este proyecto se pretende profundizar en el conocimiento de los desafíos fiscales que plantean los grandes grupos multinacionales en el ejercicio de su planificación fiscal. Tras concretar el concepto de planificación fiscal abusiva se pasa a exponer y desarrollar los principales focos de problemática fiscal que surgen en el seno de tales multinacionales. En primer lugar se analizará la problemática de los precios de transferencia y en segundo lugar la deducción de los gastos financieros, con especial atención al papel de los instrumentos híbridos. Para ello, una vez analizado el sistema fiscal español se expondrán las principales características de la regulación de dichas figuras en los países de nuestro entorno, así como se plantean una serie de ejemplos para su mejor comprensión. Por último, se comentarán los mecanismos más relevantes en la lucha contra estos esquemas de evasión fiscal que han utilizado la Administración tributaria española y la Unión Europea.

Palabras clave.- Planificación fiscal abusiva, concentración de empresas, precios de transferencia, deducibilidad de gastos financieros.

Abstract.

This Project is aimed to go deeper in the knowledge of the tax challenges that big multinationals bring by their tax planning. After specifying the aggressive tax planning's concept, it is developed an analysis of the main focus tax problem that arise within such multinational enterprises. Firstly, it will be analyzed the transfer pricing tax hazard and, secondly, the interest expense deduction, with special attention on the hybrid instruments. For this purpose, once the Spanish tax system has been studied, the main characteristics of the mentioned figures' regulations in the surrounding countries will be shown. Moreover, in order to enhance the understanding of these topics, there are some practical examples. Finally, it will be mentioned the more relevant mechanisms used to fight aggressive tax planning schemes by Spanish tax administration and the European Union.

Keywords.- Aggressive tax planning, centralization of companies, transfer pricing, deductibility of interest expense.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Justificación del tema.

Fruto del continuo incremento en la integración de las economías a nivel internacional el proceso de creación de grandes grupos de empresas que operan en multitud de países se ha desarrollado exponencialmente, constituyéndose hoy en día como las principales figuras claves en el tráfico internacional. En el desarrollo de sus operaciones las cuestiones fiscales cobran una importancia fundamental pues no sólo son relevantes por el volumen de problemas que generan sino también por el hecho que esa problemática afecta a varios sistemas jurídico-tributarios, surgiendo disputas entre las distintas administraciones tributarias.

Es en este caldo de cultivo donde la planificación fiscal de los grandes grupos internacionales de empresas se sitúa como una de las cuestiones sobre las que más se está trabajando tanto en los departamentos fiscales de las multinacionales y en los despachos de los intermediarios fiscales como en las administraciones tributarias nacionales y en las principales organizaciones internacionales. Esto se debe a que la adecuada estructuración fiscal de una operación puede significar el éxito o fracaso de la misma, pero también supone en algunos casos la superación de los límites de la legalidad mediante la utilización de estructuras fraudulentas que única y exclusivamente pretenden sacar una ventaja fiscal.

Por consiguiente el análisis y estudio de las principales herramientas de ingeniería fiscal como de las de la Administración para su neutralización es una cuestión de gran interés tanto académico como profesional en la actualidad.

1.2. Objetivos del trabajo.

A parte de como se ha mencionado anteriormente la cuestión que aborda este proyecto es de gran actualidad y relevancia, la misma se ha querido plantear de una forma que el lector no experto en la materia pueda acercarse a ella sin miedo y sacar sus propias

conclusiones ayudado por el discurso que se va realizando de las distintas problemáticas que van surgiendo y por la realización de ejemplos prácticos de las mismas.

Por consiguiente, el objetivo principal de este trabajo es aclarar las cuestiones más conflictivas que en la planificación fiscal abusiva han aparecido. Para ello se comienza por un análisis del concepto de planificación fiscal, seguido del estudio de las dos herramientas más utilizadas en la planificación fiscal abusiva, los precios de transferencia y la deducibilidad de los gastos financieros. Por último se darán unas notas de las actuaciones que ante esta problemática la AEAT y la UE han realizado en los últimos años.

1.3. Fuentes utilizadas.

En la elaboración de este proyecto se ha acudido a una gran diversidad de fuentes sobre la materia. En primer lugar se ha analizado la normativa que sobre planificación fiscal, precios de transferencia y gastos financieros hay en la actualidad así como de la evolución de la misma. Tras ello se ha acudido a las fuentes jurisprudenciales y de doctrina administrativa para la resolución de las cuestiones más conflictivas.

Una vez vista la situación jurídica que se plantea en el contexto de la ingeniería fiscal, se ha entendido que es necesario conocer el parecer de la doctrina científica. Para ello se ha desarrollado un minucioso estudio del parecer de la misma. Por último y no por ello menos importante, pues en un campo tan internacional como este la posición que se toma sobre este tema en los países de nuestro entorno es crucial, se han seleccionado las posturas que a juicio del autor son más significativas para la discusión de los puntos tratados en este trabajo.

2. PLANIFICACIÓN FISCAL ABUSIVA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

2.1. Contexto de la planificación fiscal internacional.

En un mundo donde las economías están cada vez más integradas fruto del proceso imparable de globalización, por muchos alabado y por otros tantos criticado, la internacionalización de las empresas resulta un hecho palpable en todos los contextos sociales, económicos y políticos que nos rodean. Así las empresas en aras de desarrollar un crecimiento de su negocio deciden atravesar las barreras nacionales para operar en otros mercados. Para llevar a cabo tan ambicioso plan de internacionalización, las empresas deben realizar un proyecto en el cual las variables económicas, financieras, estratégicas y legales encajen de tal forma que se asegure el éxito del negocio tanto a corto plazo como a largo plazo. Es ahí donde entra en juego la variable de la fiscalidad, pues es necesario planificar de antemano cuales serán las consecuencias tributarias de las operaciones que se pretenden realizar. Para ello el proyecto y ejecución de la estructura con la que se quiere funcionar en los nuevos mercados tiene que ser coherente con la estructura de la entidad, es decir, se debe tener en cuenta no sólo los objetivos y misión de la empresa sino también sus necesidades operativas. Es en este momento donde surge el concepto de **planificación fiscal**, pues el equipo directivo de la empresa deberá elegir la estructuración fiscal más beneficiosa para la compañía dentro de las diferentes alternativas que están disponibles, pues nunca hay que olvidar que uno de los costes que más impactan en el beneficio de una sociedad es la cuota tributaria. La elección de una u otra alternativa es una de las decisiones más cruciales en el proyecto de internacionalización de la empresa, pues significará el éxito o fracaso de la misma.

Será pues en el campo de la concentración de empresas a nivel internacional, donde la planificación fiscal sea una de las herramientas con mayor impacto como medio de apoyo a la estrategia empresarial. Esto se puede observar también en el hecho de que *“el desarrollo de la planificación fiscal agresiva en el ámbito de las empresas multinacionales ha ido en paralelo a un cambio de rol en sede de los departamentos fiscales de muchas de esas grandes corporaciones, quienes han pasado de ser considerados como meros departamentos de control del gasto a jugar un papel*

significativo en las rúbricas del resultado empresarial, esto es, pasan a incorporarse a la cadena de creación de valor para la empresa”¹.

Así pues, para un grupo empresarial multinacional la decisión sobre la situación de las diferentes entidades que lo forman resultará determinante, sobre todo de aquellas entidades receptoras de fondos, en tanto que dicha repatriación de flujos recibirá un tratamiento fiscal más o menos favorable según sean los Estados de origen parte o no de convenios de doble imposición. Interesa también destacar el papel de los centros de financiación del grupo multinacional, donde *“el análisis de los condicionantes fiscales en los flujos de repatriación de fondos será determinante para elegir donde establecer el centro de financiación”².*

De la relevancia de esta situación se deriva la importancia que tiene la identificación y definición de estas conductas, pues muchas de ellas están amparadas en la legalidad mientras que otras entran en el marco del fraude, luego, para esta últimas, su delimitación será uno de los primeros pasos para plantarles cara de forma eficaz por parte de las autoridades fiscales o para su uso responsable por parte de las empresas.

2.2. Delimitación conceptual.

Llevar a cabo una ordenación y planificación para la minimización de los gastos tributarios en los que se incurre no ha de ser descalificada mientras que esté de acuerdo a la legalidad, pues entra dentro de la libertad de todo contribuyente, sin embargo la superación de los límites de la legalidad deberá corregirse pues llevarán consigo no sólo la aplicación de los mecanismos represivos de tales conductas con ánimo elusorio sino también el perjuicio de la libre competencia, la transparencia y la justicia.

En una primera aproximación al concepto de planificación fiscal abusiva, conviene empezar por acudir a la doctrina anglosajona sobre esta temática, la cual realiza una

¹ AMORÓS VIÑALS, A., “La Planificación Fiscal Agresiva”, Estudios Financieros – Revista de contabilidad y tributación, nº 362, 2013, p. 27.

² LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., “Servicios financieros y financiación de grupos de empresas en la planificación fiscal internacional”, Quincena Fiscal Aranzadi, nº 18, 2010, p. 49.

distinción conceptual entre tres categorías distintas. “La primera de ellas es la tax evasión (evasión fiscal) que constituye ilícito penal penado con penas privativas de libertad, la segunda categoría es la tax avoidance, que no es más que un ilícito civil, que cuando carece de entidad suficiente carece de consecuencias penales, y, por último, la conocida como tax mitigation, que consiste en adoptar dentro de la más estricta legalidad, aquella opción que nos es más favorable fiscalmente”³.

Es en este último concepto de *tax mitigation* donde puede encontrar cabida la planificación fiscal agresiva que ha sido definida por organizaciones internacionales como la OCDE y la IOTA como “planificación que implica una situación fiscal que siendo sostenible tiene consecuencias tributarias no deseadas e inesperadas”⁴ y “cualquier esquema en el que el principal propósito o beneficio deriva de la reducción de impuestos y en el que la ventaja fiscal buscada no está claramente sancionada por la ley tributaria”⁵. Por su parte, la Comisión Europea mediante una comunicación a los estados miembros recomendó la inclusión en sus ordenamientos jurídicos de una norma general antiabuso que define la planificación fiscal abusiva como “acuerdo artificial o una serie de acuerdos artificiales que han sido tomados con el propósito esencial de eludir la imposición y que traen por consecuencia un beneficio fiscal, que deben ser ignorados por las autoridades fiscales e interpretados de conformidad a su sustancia económica”⁶.

En lo que respecta a la normativa española, aunque no se hace expresa referencia al concepto de planificación fiscal internacional, a ésta se puede asimilar a lo que se

³ DOMINGO MONFORTE, J., Y MUÑOZ PAZ, Á., “De la llamada economía de opción y planificación diligente al delito fiscal y la cárcel”, La Revista – LEX NOVA, nº 45, 2006, http://www.lexnova.es/pub_ln/revistas/revista_ln/revista45/09_derecho_subjetivo.pdf, accedido en Febrero 2014.

⁴ OCDE, “Study into the Role of Tax Intermediaries”, 2008, <http://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>, accedido en Febrero 2014.

⁵ IOTA, “Aggressive Tax Planning”, 2011, <http://www.iota-tax.org/iota-news/iota-report-on-aggressive-tax-planning-published-iota-secretariat-39.html>, accedido en Febrero 2014.

⁶ COMISIÓN EUROPEA, “Commission Recommendation of 6/12/2012 on aggressive tax planning”, 2012, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf, accedido en Marzo 2014.

refiere la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) como conflicto de aplicación en su artículo 15⁷.

Así pues, en el concepto de planificación fiscal abusiva se encontrarían los siguientes elementos: *“la artificiosidad, el aprovechamiento de defectos o inconsistencias legales, la ausencia de motivación económica y finalidad exclusivamente fiscal y la utilización de la norma de forma ajena a su espíritu y finalidad. Vinculándose la característica de artificiosidad a la inusualidad, a la inadecuación, a la ausencia de oportunidad o de lógica del esquema operativo”*⁸. Así lo establece el Tribunal Supremo entendiendo que la artificiosidad viene referida a que *“la vida económica y las decisiones que en este ámbito de la actividad humana se adoptan necesitan ser creíbles”*⁹.

Sin embargo, conviene dejar claro que *“la pretensión del máximo ahorro fiscal a través de una adecuada planificación fiscal encuentra respaldo constitucional en los artículos 10 y 38 de nuestra Constitución en la medida en que garantizan la libertad personal y de contratación, y en lo referente a la actividad empresarial, la libertad de organización y el margen de discrecionalidad de decisión del empresario”*¹⁰.

Así pues, según el nivel de respeto del sistema tributario conviene exponer tres categorías distintas a las que puede dar lugar la planificación fiscal, la simulación, el fraude de ley y la economía de opción.

Por **simulación** en el contexto tributario se entiende aquella ingeniería fiscal que se proyecta en base al falseamiento de la realidad en ánimo de obtener una ventaja o ahorro fiscal. De esta forma ha opinado el Tribunal Constitucional exponiendo que la simulación *“entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes”*¹¹, hecho determinante para

⁷ Artículo 15 Conflicto en la aplicación de la norma tributaria de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Jefatura del Estado (BOE 18 diciembre 2003, núm. 302). (Ver en Anexo normativo).

⁸ AMORÓS VIÑALS, A., “La Planificación Fiscal Agresiva”, Estudios Financieros – Revista de contabilidad y tributación, nº 362, 2013, p. 32.

⁹ STS de 18 de marzo de 2008 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 35/2004).

¹⁰ ALONSO GONZÁLEZ, L. M., “Planificación fiscal y economía de opción”, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, nº 6, 2006, p. 29.

¹¹ STC de 10 de mayo de 2005 (Recurso de Amparo núm. 5388/2002).

considerar la planificación fiscal como abusiva y, por tanto, reprochable, correspondiendo a la Administración Tributaria la determinación del hecho efectivamente realizado por las partes para someterlo a imposición y, en su caso, imponer la sanción pertinente ex artículo 16 de la LGT. Por consiguiente, no existiría simulación cuando lo que se planifica por parte de una empresa es un *“rodeo respecto de la normativa que se estima debe prevalecer utilizando otras normas o mecanismos legítimamente más ventajosos en el plano tributario”*¹².

Mientras que la linde que separa a la simulación de la planificación fiscal legítima está medianamente definida, en el caso del fraude de ley y la economía de opción está más difuminado. Por **fraude de ley tributaria** se entiende un *“mecanismo (normalmente un conjunto de negocios jurídicos) válido, que no busca su finalidad económica y jurídica propia, y sí conseguir una tributación inferior a la normalidad de hechos y situaciones determinadas”*¹³. Como ha sentado la Audiencia Nacional, *“en las hipótesis del fraude de ley es esencial el juego de dos normas: aquella cuya letra se sigue, y que actúa como norma de cobertura, y la norma defraudada, que es la que procedería aplicar según su espíritu y finalidad y dados los resultados perseguidos y obtenidos por el agente, contrarios a dicha finalidad”*¹⁴. Así el fraude de ley tributaria se da cuando en la planificación fiscal de una empresa los responsable de la misma se valen indebidamente de negocios jurídicos que, aún siendo válidos en un principio pues no contravienen de forma directa ninguna norma, poseen la única finalidad de generar un beneficio fiscal, es decir, eludir o minorar el pago de un tributo. Es en esta “única finalidad” donde recaerá la distinción entre la economía de opción y lo que puede ser considerado como ingeniería fiscal abusiva (fraude de ley).

Por consiguiente, estamos ante una **economía de opción** *“cuando, conforme al principio de autenticidad, los actos, hechos y negocios correspondientes al supuesto que se enjuicia responden a la causa que les corresponde de acuerdo con el*

¹² ALONSO GONZÁLEZ, L. M., “Planificación fiscal y economía de opción”, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, nº 6, 2006, p.30.

¹³ BURLADA ECHEVESTE, J. L., “El fraude de ley en el Derecho Tributario”, Quincena Fiscal Aranzadi, nº 7, 2006, p. 19.

¹⁴ SSAN de 1 de abril de 2013 (Recurso contencioso-administrativo núm. 51/2010), de 26 de enero de 2011 (Recurso contencioso-administrativo núm. 24/2008) y Resolución del TEAC de 20 de julio de 2002.

*ordenamiento jurídico, sin que pueda perjudicar esta apreciación el hecho de que tales hechos, actos o negocios respondan a la búsqueda de la ventaja fiscal, siempre que ese objetivo no sea el único pretendido, lo cual será ciertamente difícil si se aprecia causa verdadera en los indicados negocios*¹⁵. En palabras del Tribunal Supremo, la economía de opción *“se trata, así, de un supuesto, en el que, resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas”*¹⁶. Sin embargo, dicha *“legítima posibilidad para obtener el deseado resultado con el menor coste fiscal”*¹⁷ no ha de estar motivada en exclusividad con la intención de generar un ahorro tributario, sino que ha de estar fundada en razones de justificada lógica económica y empresarial, sin por ello menospreciar el hecho de que el ahorro fiscal sea una razón de elevada relevancia.

Esta necesidad de justificación es evidentemente objeto de crítica, pues, si ya el Tribunal Supremo expone que es *“legítimo”* planificar una operación empresarial para, dentro de la legalidad, tener que hacer frente a menos impuestos, no sólo se perjudica a la libertad de las empresas en la optimización de sus recursos operando desde la legalidad, sino que además (permitiéndome esta libertad) se fomenta que aquellas empresas que no son capaces de encontrarle otra finalidad que justifique su actuación, a parte de la fiscal, dirijan su empeño en desarrollar complejas estructuras de ingeniería fiscal para que puedan acogerse al beneficio.

Por consiguiente, a la hora de estructurar la planificación fiscal de una empresa para que la misma sea considerada como economía de opción la dificultad se halla en el proceso de configuración de la misma, *“precisamente en ese proceso de calculada adaptación de su conducta y de la realidad al supuesto de hecho que, en abstracto, contempla la norma tributaria preferida es donde las fronteras entre economía de opción y fraude de ley se tornan particularmente tenues”*¹⁸.

¹⁵ ALONSO GONZÁLEZ, L. M., “Planificación fiscal y economía de opción”, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, nº 6, 2006, p. 49.

¹⁶ SSTs de 20 de septiembre de 2012 (Recurso de Casación núm. 6231/2009), de 3 de marzo de 2011 (Recurso de Casación núm. 4775/2006), de 27 de enero de 2010 (Recurso de Casación núm. 5670/2004).

¹⁷ SSTs de 25 de octubre de 2006 (Recurso de Casación núm. 4573/2001), de 22 de marzo de 2005 (Recurso de Casación núm. 3423/2000).

¹⁸ ALONSO GONZÁLEZ, L. M., “Planificación fiscal y economía de opción”, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, nº 6, 2006, p. 40.

Concretando en el supuesto de concentración de empresas, esta dificultad para la consideración como legítima o abusiva de la planificación fiscal del grupo de empresas adquiere otro matiz al entrar en juego distintos ordenamientos jurídicos. Mientras que en los supuestos en los que una empresa focaliza su actividad en el territorio de un único ordenamiento la planificación se reducía a la búsqueda y utilización de opciones alternativas en el sistema o de defectos e inconsistencias legales, al entrar en juego varios sistemas normativos fiscales el campo de acción se abre. Luego, *“cuando las inconsistencias surgen de la interacción de varios sistemas tributarios, la situación es distinta y difícilmente podrá pretenderse que el contribuyente que se aprovecha intencionadamente de esas incoherencias esté haciendo uso de una legítima economía de opción, pues los estados no están obligados a armonizar sus legislaciones”*¹⁹.

2.3. Papel de los intermediarios fiscales en la planificación fiscal.

Una vez definido el concepto de planificación fiscal agresiva resulta sumamente importante hacer una referencia a los sujetos que idean los mecanismos más “atractivos” para llevarla a cabo, pues aunque la planificación fiscal abusiva sea una estructuración de las operaciones de una sociedad ejecutadas por sus responsables directivos, dichos esquemas son diseñados por otros. Este papel es el que desarrollan los intermediarios fiscales.

La ingeniería fiscal requiere de profesionales fiscales que se involucren en la misma, quienes pertenecen a asesorías de contabilidad o fiscales, auditoras, despachos de abogados, instituciones financieras o los mismos departamentos fiscales de las grandes compañías.

Como asesores, los intermediarios fiscales juegan un papel crucial en todos los sistemas tributarios, aconsejando a los obligados tributarios como cumplir con sus obligaciones fiscales en un mundo cada vez más complejo. Sin embargo, algunos de ellos, bien de propia voluntad bien instados por las personas que los contratan, son también los arquitectos y promotores de las estructuras de ingeniería fiscal agresiva, con el

¹⁹ AMORÓS VIÑALS, A., “La Planificación Fiscal Agresiva”, Estudios Financieros – Revista de contabilidad y tributación, nº 362, 2013, p. 33.

correspondiente perjuicio para los sistemas tributarios de las naciones donde estos sujetos operan.

Sin embargo, los intermediarios financieros son sólo el lado de la oferta del “mercado” de la planificación fiscal abusiva, luego, para comprender de mejor manera ésta, es necesario analizar el lado de la demanda, es decir, las grandes compañías que utilizan a sus departamentos fiscales para tales fines o los clientes de los intermediarios fiscales. Este lado de la demanda tiene sus propios objetivos y estrategias para gestionar el riesgo fiscal de acometer tales operaciones, cuyo fin puede ser en muchos casos el fraude de ley.

Existen dos principales grupos de intermediarios fiscales, los asesores fiscales y los bancos y otras instituciones financieras. Dentro de los asesores fiscales se encuentran desde auditoras a despachos de abogados que dan un sofisticado asesoramiento fiscal así como otra serie de servicios. *“En un mundo donde la legislación fiscal ha ido incrementando su complejidad, los asesores fiscales se encargan de ayudar a los obligados tributarios a cumplir con los requerimientos de las diferentes normativas tributarias y a entender la complejidad de dicho ordenamiento, particularmente en el contexto de los negocios internacionales. Además, la gestión del riesgo fiscal se ha convertido en una parte fundamental del gobierno corporativo, lo cual incrementa su implicación. Así pues, los asesores fiscales ayudan a los sujetos pasivos a diseñar y funcionar con procesos internos de gestión del riesgo como parte de las nuevas políticas de gestión de la empresa”*²⁰.

Por el contrario, son los bancos y demás instituciones financieras quienes diseñan, promocionan y facilitan instrumentos financieros y otras estructuras cuyo principal objetivo es la minimización del coste fiscal de las operaciones en las cuales se utilizan, operaciones que en tanto que van aumentando su complejidad necesitan de instrumentos financieros con la misma complejidad para poder eludir el control de la Administración. Estos instrumentos son principalmente usados para la optimización de los gastos financieros, uno de los principales focos de planificación fiscal abusiva, en especial en

²⁰ OCDE, “Study into the Role of Tax Intermediaries”, 2008, <http://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>, accedido en Febrero 2014, p.14.

los grandes complejos empresariales multinacionales, donde la estructuración de una buena financiación toma especial atención a las distintas opciones de planificación fiscal disponibles.

Junto con la ingeniería fiscal que hace de los gastos financieros una verdadera arma para la elusión fiscal pues con ellos no sólo se puede lograr soslayar las limitaciones en la deducción de gastos, sino que se puede hasta obtener una doble deducción de los mismos, se encuentran los precios de transferencia frecuentemente utilizados para el desplazamientos de beneficios y pérdidas de una jurisdicción a otra, donde también los intermediarios tributarios poseen un papel clave en su gestión, pues son en la mayoría de los casos ellos quienes se encargan de estructurar las operaciones de precios de transferencia debido a su complejidad.

Por consiguiente, es fundamental detenerse a estudiarlos, ver su encaje tanto en el sistema jurídico-tributario español como en el comparado y ver las distintas soluciones que a su problemática se han propuesto. Esta problemática se concreta en el campo de los precios de transferencia en la determinación del valor de mercado de mercado de los precios y en la obligación de documentación, mientras que en el campo de los gastos financieros la misma se halla en la aplicación de la deducción, teniendo como colofón la utilización de instrumentos financieros híbridos.

3. INGENIERÍA FISCAL ARTIFICIOSA EN LA CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS. MEDIOS MÁS UTILIZADOS.

3.1. Utilización de los precios de transferencia para la planificación fiscal abusiva.

3.1.1. Concepto de precio de transferencia y régimen fiscal español.

Dentro del marco de la planificación fiscal, tanto legítima como abusiva, la trascendencia de las operaciones realizadas en el contexto de la concentración de empresas donde además varios sistemas jurídico-tributarios intervienen ha sido la punta de lanza de todo el desarrollo doctrinal y normativo sobre la ingeniería financiera. Esto se debe a que en los grandes grupos de empresas multinacionales las facilidades para actuar son mayores y los recursos para desarrollar la estrategia de las empresas son mayores. Así, *“el nivel de tributación de las multinacionales presentes en España es muy inferior a la carga fiscal que sufre la clase media trabajadora o la pequeña y mediana empresa española”*²¹. Por tanto, la evolución en la doctrina y normativa sobre esa materia en concreto ha ido tendiendo a igualar estas diferencias, siendo uno de los principales focos de estudio y desarrollo los precios de transferencia en el marco de las operaciones vinculadas.

En un grupo de empresas multinacional la relación existente entre los distintos miembros del grupo permite el establecimiento de condiciones especiales en lo que se refiere a las operaciones intragrupo que en algunos casos son diferentes a aquellas que se hubiesen establecido en el supuesto de ser entidades completamente independientes que operan en un mercado donde la libre competencia se presume. Esto mismo a primera vista parece un aspecto razonable y aparentemente comprensible por el común de la población, pues - permitiéndome la libertad de hacer la comparación – quién va a criticar a una familia que prefiere alquilar su segunda vivienda a unos familiares a un precio inferior del normal de la zona por el hecho de ser familia. Sin embargo, en aras de garantizar la libre competencia en el mercado y limitar el perjuicio recaudatorio que

²¹ RODRÍGUEZ ALONSO, I., “Maniobras elusivas en la tributación de las grandes empresas multinacionales”, Actualidad jurídica Aranzadi, nº 867 parte Cruz, 2013.

este tipo de operaciones provocan para las administraciones tributarias, los países miembros de la OCDE, entre los que se encuentra España, acordaron que los sujetos individuales de un grupo empresarial debían ser sometidos a imposición en base a que actúan según el principio del “*arm’s length*” en sus transacciones entre ellos. Este principio consiste en que “*cuando se han pactado condiciones entre dos empresas en sus relaciones comerciales o financieras que difieren de las que se hubiesen pactado de ser entidades independientes, en el caso de que hubiera existido algún beneficio para alguna de estas empresas fruto de las condiciones, pero que a razón de esas condiciones no se haya obtenido, deberá incluirse dicho beneficio en la base imponible de la empresa y ser sometido a imposición de acuerdo con la normativa fiscal del país de residencia*”²².

Así pues, una de las problemáticas más importantes que involucra la planificación fiscal de los grandes grupos multinacionales es el establecimiento de apropiados precios de transferencia por motivos fiscales. Por precio de transferencia se entiende aquel precio por el cual una entidad transfiere bienes tangibles o intangibles o presta servicios a otra entidad vinculada con ella, correspondiendo esta vinculación a aquella “*entidad que participa directa o indirectamente en la gestión, control o capital de otra o si la misma persona participa directa o indirectamente en la gestión, control o capital de ambas entidades*”²³.

Con respecto al tratamiento de este tema que por parte del sistema jurídico-tributario español se ha tenido, el mismo ha ido evolucionando a lo largo de la vida del Impuesto sobre Sociedades. Hasta la reforma de la ley del IS a través de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, que regula el Impuesto de Sociedades²⁴, la normativa relativa a operaciones vinculadas se limitaba a una norma imperativa de valoración de las mismas a precios de mercado. Con la reforma la norma dejaba de ser imperativa para convertirse en una norma de cautelas de aplicación por la Administración quien debía inspeccionar las

²² Art. 9.1 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, accedido en Marzo 2014.

²³ Art. 9.1 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, accedido en Marzo 2014.

²⁴ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, que regula el Impuesto de Sociedades. Jefatura del Estado. (BOE 28 diciembre 1995, núm. 310).

operaciones y demostrar los precios de transferencia para así cambiar la valoración sin que por la apertura de expediente se iniciara un proceso sancionador. Así las cosas, este nuevo régimen era claramente favorable a los grupos de empresas quienes podían operar casi con total impunidad, ya que si acaso se descubría sus operaciones abusivas con los precios nunca se desembocaría en un proceso sancionador, únicamente se regularizaría su situación. Este esquema perduró hasta el 1 de enero de 2007 cuando entró en vigor la Ley 36/2006, de 29 de diciembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal²⁵, que introdujo una reforma completa del sistema recogida en la nueva redacción del art. 16 de la LIS.

Con respecto a la noción de vinculación, se concretan mediante una lista cerrada²⁶ los supuestos en los que se estima que existe, relación más detallada que la definición antes mencionada de la OCDE donde no quedaban determinados los supuestos concretos. Por otro lado se vuelve a la imperatividad de la norma de valoración a precios de mercado recogida en la regulación previa a la Ley 43/1995, de forma que se obliga a las partes vinculadas a valorar sus operaciones según *“se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia”*²⁷. Así se desvincula a la Administración de realizar la misma a no ser que ésta entienda que ciertas operaciones se estén realizando de forma fraudulenta e inste un procedimiento de inspección para comprobarlo, cuyo resultado tendrán carácter bilateral ex art. 16.9 de la LIS.

Por tanto, cuando la operación haya sido ejecutada con precios de transferencia diferentes a los de mercado, se deberá regularizar la situación mediante el ajuste al resultado contable correspondiente en la liquidación del impuesto. *“Hay, sin embargo, un sector importante de la doctrina que interpreta que también en el plano contable debe reflejarse el precio normal de mercado, y no el establecido por las partes”*²⁸. De ser así no se tendría porque ajustar el resultado contable pues el mismo ya contendría la

²⁵ Ley 36/2006, de 29 de diciembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Jefatura del Estado (BOE 30 noviembre 2006, núm. 286).

²⁶ Art. 16.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Jefatura del Estado (BOE 11 marzo 2004, núm. 61). (Ver en Anexo normativo).

²⁷ Art. 16.1.1º de la LIS (*op. cit.*).

²⁸ PÉREZ ROYO (Dir.), F., GARCÍA BERRO, F., PÉREZ ROYO, I., ESCRIBANO, F., CUBERO TRUYO, A., Y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 7ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 431.

corrección valorativa. Para llegar a este valor de mercado la LIS muestra una serie de criterios sin embargo los mismos pueden dar lugar a resultados distintos, además de que en muchas ocasiones algunos de ellos no se pueden aplicar por la complejidad de la operación o por la ausencia de operaciones comparables. Esta será pues una de las dos principales problemáticas de los precios de transferencia para cuya resolución se habrá de atender a lo expuesto en el apartado tercero de este epígrafe sobre precios de transferencia.

Una vez valorado a precios de mercado las operaciones surge la cuestión de cómo calificar la diferencia existente entre el precio pactado por las partes y el de mercado, es decir, cuál es la calificación jurídica del verdadero precio de transferencia (ajuste secundario). Esta cuestión no estaba resuelta en la normativa previa a la Ley 36/2006, pero en ella se le da aparentemente solución, pues únicamente se prevé la calificación para las diferencias existentes en las operaciones vinculadas entre sociedad y socio, dejando sin definir el resto de supuestos previstos en el apartado 3º del art. 16 de la LIS, cuestión criticada ampliamente por la doctrina pues si el mismo legislador no es capaz de calificar tal aspecto, tampoco puede pretender que el contribuyente lo haga sólo. Así, en el caso de que la diferencia sea beneficiosa para el socio, *“la parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad, y como participación en beneficios de entidades para el socio”*²⁹, mientras que la parte restante tendrá la misma consideración para la entidad, pero no para el socio ya que se corresponderá con una utilidad percibida de una entidad por la condición de socio de acuerdo con el art. 25.1.d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio³⁰ (en adelante LIRPF). Esta cuestión tiene su importancia pues la primera parte de la diferencia podrá ser objeto de la exención del art. 7.y) de la LIRPF, mientras que la otra no. En el supuesto de que la diferencia beneficiase a la sociedad, *“la parte de la diferencia que se corresponda con*

²⁹ Art. 21 bis del Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Ministerio de Economía y Hacienda (BOE 6 agosto 2004, núm. 189).

³⁰ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Jefatura del Estado (BOE 29 noviembre 2006, núm. 285).

*el porcentaje de participación en la misma tendrá la consideración de aportación del socio o partícipe a los fondos propios de la entidad*²⁹, incrementando el valor de adquisición de la participación/acción, mientras que la otra parte de la diferencia se corresponderá con una “*renta para la entidad, y de liberalidad para el socio o partícipe*”³¹.

Por último decir que la normativa española relativa a los precios se transferencia se completa con la obligación de documentación de las operaciones vinculadas de las entidades recogida en el art. 16 de la LIS y en los arts. 18-20 del RIS detallada a través de una minuciosa relación de documentos y supuestos, cuyo incumplimiento lleva aparejado un régimen de sanciones administrativas. La cuestión de la documentación trae como consecuencia la otra gran problemática relativa a los precios de transferencia que será desarrollada en los siguientes apartados.

3.1.2. Análisis en el Derecho comparado. EE.UU. y OECD.

En lo que respecta a la regulación de los precios de transferencia en los países del entorno de España, uno de los principales referentes en cuanto a la regulación de los precios de transferencia es **Estados Unidos**, regulación recogida en la sección 482 del *Internal Revenue Code*³², desarrollada en los diferentes apartados de la sección 1482 de las Regulaciones del Tesoro³³. La importancia de la regulación de los precios de transferencia a nivel norteamericano se debe, en primer lugar, a que el mercado norteamericano es el escenario donde la mayoría de los grupos de empresas multinacionales operan y, por consiguiente, cuyas normas deben cumplir. En segundo lugar, Estados Unidos es uno de los países que más pronto comenzó a legislar en la materia existiendo normativa en la materia ya en 1917. A partir de entonces, dicha regulación se fue extendiendo comenzando a adquirir en los años sesenta notas de

³¹ Art. 20 bis del RIS (*op. cit.*)

³² Sección 482 Título 26 (Internal Revenue Code) del Código de Estados Unidos, <http://uscode.house.gov/download/download.shtml>, accedido en Marzo 2014.

³³ Sección 1482 de las Regulaciones del Tesoro (Treasury Regulations) de Estados Unidos http://www.irs.gov/pub/irs-apa/482_regs.pdf, accedido en Marzo 2014.

internacionalidad, “como consecuencia de la expansión internacional de sus empresas, aunque no fue hasta la década de los noventa en la que dicha dimensión fue evidente”³⁴. Tras esa reforma global de los años noventa, Estados Unidos no ha cesado en su empeño de mejorar su regulación en la materia hasta la fecha, siendo las últimas áreas donde ha introducido modificaciones las de propiedad intelectual, servicios y costes compartidos³⁵. Como consecuencia de este impulso de continua reforma y actualización de la regulación en los precios de transferencia, EE.UU. se ha convertido en todo un referente en lo que se refiere a precios de transferencia, influenciando la regulación de los mismos en otros países (como es el caso de España). Este continuo empeño reformista ha caracterizado al régimen norteamericano como agresivo, fruto del cual ha surgido una gran controversia con sus principales socios comerciales, quienes no siempre han compartido la postura americana sobre el principio del *arm's length*.

En aplicación de este principio, la doctrina americana ha establecido otro, denominado *best method rule*, el cual consiste en que el contribuyente debe seleccionar uno de los métodos de valoración de precios especificados en la regulación de los precios de transferencia en aras de cotejar el cumplimiento con el principio del *arm's length* de sus precios de transferencia. Así, dados los hechos y circunstancias de cada transacción a revisión, el método de determinación de los precios seleccionado debería mostrar la medida más exacta de cumplimiento con la regla del *arm's length* de todos los métodos posibles de determinación proporcionados por la ley.

Otra de las grandes contribuciones del sistema americano de precios de transferencia ha sido la creación de los acuerdos previos de valoración (en adelante APA), los cuales se han convertido progresivamente en el mecanismo más importante para las multinacionales en la obtención de una “seguridad anticipada de que sus políticas de precios de transferencia y demás procesos cumplen con los requisitos del principio del *arm's length*, además de ser un mecanismo adicional para la resolución de auditorías

³⁴ GARCÍA PRATS, F. A., “Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”, Crónica Tributaria, nº 117, 2005, p. 34.

³⁵ Code of Federal Regulations § 1.925(a)-1T Temporary regulations; transfer pricing rules for FSCs, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2010-title26-vol10/pdf/CFR-2010-title26-vol10-sec1-925a-1T.pdf>, accedido en Marzo 2014.

fiscales que involucren cuestiones de precios de transferencia”³⁶. Bajo este procedimiento³⁷, el contribuyente propone un método de precios de transferencia y provee de suficiente documentación que muestre que el mismo es una aplicación adecuada del mejor método en el sentido de las regulaciones para la determinación de los resultados del *arm’s length* entre el contribuyente y afiliados específicos con respecto a específicas transacciones intragrupo. Tras ello, el *Internal Revenue Service* (en adelante IRS) evalúa la petición de acuerdo analizando la documentación presentada así como demás información relevante que tenga a su disposición. Después de discutir la petición, si la propuesta del contribuyente es aceptable, un acuerdo por escrito es firmado entre el contribuyente y el IRS. Es también reseñable que estos acuerdos están también disponibles para las pequeñas empresas (facturación de menos de 200 millones de dólares), para las cuales se acelera y simplifica el proceso de tramitación.

Sin embargo, una de las cuestiones más criticadas de su régimen es el hecho de que la carga de la prueba recae sobre el contribuyente, cuestión que comienza a ser tónica común en los países del entorno de España, incluyendo por supuesto a la misma.

Con respecto a la obligación de documentación de las operaciones que existe en el régimen español, en el sistema americano las nuevas regulaciones no requieren que se emplace documentación antes de que se presente la declaración del impuesto. *“Sin embargo, la documentación preparada después de presentada la declaración no servirá de protección contra la sanción en el caso de que el IRS esté en desacuerdo con la aplicación del método de valoración de las operaciones usado”*³⁸.

Junto con Estados Unidos, el otro principal agente de la reforma global de la regulación de los precios de transferencia ha sido la **OCDE**, organización internacional que ha ido guiando la política fiscal de los estados miembros de la misma, pues ya en 1979 emitió

³⁶ PricewaterHouseCoopers USA, “Transfer Pricing at your fingertips – International Transfer Pricing 2013/2014 – Chapter 75. United States”, 2012, <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2013-final.pdf>, accedido en Marzo de 2014, p. 816.

³⁷ PricewaterHouseCoopers USA, “Transfer Pricing at your fingertips – International Transfer Pricing 2013/2014 – Chapter 75. United States”, op.cit., p. 842

³⁸ PricewaterHouseCoopers USA, “Transfer Pricing at your fingertips – International Transfer Pricing 2013/2014 – Chapter 75. United States”, op.cit., p. 832.

un informe³⁹ sobre la implicación de los precios de transferencia en la planificación fiscal de las multinacionales. Tras este se han ido sucediendo informes y recomendaciones para sus países miembros siendo la versión más actualizada la emitida en 2010⁴⁰, en la que se concreta toda la labor de la organización en esta materia, salvo documentos sobre materias específicas como la cuestión de la documentación que han sido emitidos en las últimas semanas. Es pues una organización muy activa en este sentido.

La OCDE, en su empeño por contribuir al comercio global basado en principios de multilateralidad y no discriminación y por lograr un mayor crecimiento económico sostenible de sus países miembros, “*lleva trabajando sin descanso en la construcción de un consenso en los principios fiscales internacionales en aras de evitar respuestas unilaterales a problemas que afectan a todos los países*”⁴¹ que acaban provocando situaciones perjudiciales para los contribuyentes como la doble imposición internacional. Estos principios han sido consagrados en el Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Capital de la OCDE, el cual se está convirtiendo en la base sobre la que se construyen los acuerdos bilaterales entre los estados miembros y entre estos y países terceros. Gracias a ello se consigue una armonización de la fiscalidad internacional no sólo beneficiosa para el contribuyente sino también para las administraciones tributarias.

Con respecto a la regulación que sobre precios de transferencia la OCDE ha determinado, en cuanto a la selección del método de determinación de los precios se establece que las empresas, de manera similar al principio americano del *best method*, habrán de elegir el método más apropiado según las circunstancias y hechos concernientes a la transacción y los datos de los que se dispongan con respecto a transacciones comparables, “*teniendo en cuenta el proceso de selección las fortalezas y*

³⁹ OCDE, “Transfer Pricing and Multinational Enterprises”, 1979, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/finance-and-investment/transfer-pricing-and-multinational-enterprises_9789264167773-en#page1, accedido en Marzo 2014.

⁴⁰ OCDE, “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, 2010, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricingguidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#page1, accedido en Marzo de 2014.

⁴¹ OCDE, “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, *op. cit.*, p. 18.

*debilidades de los diferentes métodos reconocidos por la OCDE*⁴². Dentro de todos los métodos que se disponen en la Guía sobre Precios de Transferencia, “*la OCDE tiende a preferir utilizar los métodos tradicionales (métodos del precio independiente comparable, de la reventa y del coste añadido) en la valoración de las transacciones sobre bienes tangibles, dejando para aquellas situaciones en que estos no se puedan aplicar el método del reparto del beneficio y el del margen neto*”⁴³, como por ejemplo aquellos supuestos “*donde cada parte hace contribuciones únicas y valiosas a la transacción vinculada o cuando las partes se unen en una serie de actividades muy integradas*”⁴⁴. Con respecto a las transacciones sobre bienes intangibles, la OCDE no posee un criterio concretado, sino que da una serie de notas que pretende redefinir en sus próximos trabajos, así “*se posiciona a favor del método del precio independiente comparable y de la consideración de la contribución económica que hayan tenido las distintas entidades que forman el grupo de sociedades*”⁴⁵.

Una vez seleccionado el método de precios de transferencia, será necesario realizar un análisis de comparabilidad para encontrar transacciones en el mercado realizadas en condiciones de independencia para la obtención de los datos necesarios para la fijación de los precios. En este sentido, tras realizar un análisis detallado del proceso de búsqueda de comparables, la OCDE expone que hay que tener en consideración la carga y coste en los que pueden incurrir los contribuyentes en este proceso, pues el coste de la información es bastante alto no sólo para las PYMEs sino también para aquellas multinacionales que poseen una gran cantidad de transacciones vinculadas. Así, indica que en “*este proceso de búsqueda de comparables no es indispensable realizar un análisis exhaustivo del mercado, debiendo tanto los contribuyentes como las administraciones tributarias juzgar si la información encontrada es suficiente y segura*”⁴⁶.

⁴² OCDE, “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, *op. cit.*, p. 59.

⁴³ PricewaterHouseCoopers USA, “Transfer Pricing at your fingertips – International Transfer Pricing 2013/2014 – Chapter 75. United States”, *op.cit.*, p. 847.

⁴⁴ OCDE, “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁵ PricewaterHouseCoopers USA, “Transfer Pricing at your fingertips – International Transfer Pricing 2013/2014 – Chapter 75. United States”, *op.cit.*, p. 848.

⁴⁶ OCDE, “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, *op. cit.*, p. 130.

Por último en lo que respecta a la documentación sobre precios de transferencia, la OCDE recomienda que los contribuyentes presten atención en asegurarse de que sus precios de transferencia cumplen con los requisitos de libre mercado, aconsejándoles documentar tal esfuerzo para estar preparados cuando se suscite alguna cuestión sobre sus precios o se les abra una inspección. Sin embargo, también realiza una crítica a aquellos países que exigen a sus nacionales unas obligaciones excesivas de documentación teniendo en cuenta el coste económico y en tiempo que trae consigo, además de recaerles a ellos la carga de la prueba.

Como queda reflejado en las conclusiones del estudio de la OCDE, el trabajo sobre precios de transferencia no se da por terminado, pues hay muchos puntos sobre los que es necesario profundizar en su estudio, así la OCDE se pone como objetivo actualizar esta regulación en los próximos años con especial atención al análisis de comparabilidad, a la implicación de los precios de transferencia en las reestructuraciones empresariales, a los bienes intangibles, al papel de los establecimientos permanentes y a los problemas de capitalización, entre otros.

3.1.3. Problemática esencial que se plantea en la tributación de los precios de transferencia. La determinación del valor de mercado y la aportación de documentación.

Como se ha expuesto en los apartados anteriores, los principales campos en la materia de los precios de transferencia que generan mayor discusión pues la solución no es clara, incluso para la OCDE, son la determinación del valor de mercado y la aportación de documentación. Es en estos campos donde, al existir más capacidad de maniobra para el contribuyente y más diferencias entre los distintos regímenes nacionales de precios de transferencia, surgen mayores controversias con las administraciones tributarias, ya que son focos importantes donde la planificación fiscal de las grandes corporaciones puede adquirir una mayor agresividad. Por consiguiente es importante acercar esta problemática al contexto del sistema jurídico-tributario español.

En lo que respecta a la **determinación del valor de mercado** de las transacciones vinculadas dos son las principales cuestiones en las que se suscita más controversia. Por un lado se encuentra la selección del método de valoración de los precios de transferencia y por otro, una vez seleccionado el método y obtenido los precios comparables, la concreción del conjunto de precios de mercado que han sido obtenidos, pues de la aplicación de los métodos resultarán distintas cifras de precios que habrá que concretar.

El art. 16.1. de la LIS establece la obligación de valorar a precios de mercado las operaciones vinculadas. *“Esta valoración la deben llevar a cabo los propios sujetos pasivos, no la Administración tributaria, si bien se realizará por esta última, como es natural, en los supuestos de incumplimiento del mandato por los contribuyentes”*⁴⁷. Si bien en algunos casos la valoración de las transacciones a precios de mercado puede ser más clara y fácil, como es el caso de algunas operaciones financieras comunes que por su abundancia en el mercado el rango y la concreción de precios es adecuada, otras operaciones poseen mayores dificultades por su complejidad, por la intervención de intangibles o por la escasez de comparables (productos que sólo se encuentran en el mercado propio del grupo empresarial). Así, el apartado 4º del art. 16 propone los siguientes métodos de valoración, sin realizar consideración alguna a la preferencia entre unos y otros. En primer lugar se hace mención al método del precio libre comparable que consiste en comparar el precio de la transacción vinculada con el de otra transacción sobre el mismo bien o servicio y que se haya producido en circunstancias similares bajo la condición de libre mercado. Como establece el Tribunal Supremo, *“es sin duda la forma más directa y fiable de aplicar el principio de libre competencia, por lo que es preferible a cualquier otro método, pero ofrece la dificultad de que no concurran los elementos necesarios para su aplicación”*⁴⁸, los cuales son *“el mismo mercado en términos geográficos, una mercancía igual o similar, un volumen equivalente, el tramo en el que se realicen las operaciones comparadas ha de ser el*

⁴⁷ PÉREZ ROYO (Dir.), F., GARCÍA BERRO, F., PÉREZ ROYO, I., ESCRIBANO, F., CUBERO TRUYO, A., Y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 7ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 431.

⁴⁸ STS de 9 de diciembre de 2011 (Recurso de Casación núm. 3586/2009).

mismo y, por último, las operaciones comparadas han de realizarse en el mismo periodo de tiempo”⁴⁹.

El segundo método de valoración que se prevé en la Ley es el del coste incrementado, *“por el que se añade al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables”⁵⁰*. Para la aplicación de este método la doctrina internacional⁵¹ ha entendido que se debe dar alguna de las siguientes condiciones: ninguna de las diferencias, en el caso que las hubiera, entre las transacciones comparadas o entre las empresas que las llevan a cabo afecta materialmente al coste incrementado en condiciones de mercado abierto o se pueden realizar ajustes razonablemente precisos para eliminar los efectos materiales de tales diferencias.

El tercer método es el método del precio de reventa, mediante el que se sustrae del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes. Este margen de reventa será una buena estimación cuando el revendedor no añada valor al producto. Por el contrario, si el producto antes de ser revendido es procesado o incorporado a otro producto o el revendedor contribuye a la creación o mantenimiento de bienes intangibles como la marca, entonces este método no será el más adecuado, ya que la contribución de los bienes originalmente transferida al valor final del producto es difícil de evaluar. Para mejor comprensión de este método se ha elaborado un caso práctico que se encuentra en el apartado d) de este epígrafe.

Cuando debido a la complejidad de las operaciones vinculadas o a la dificultad de hacerse con la suficiente información no fuese posible aplicar los métodos anteriores, el

⁴⁹ SSTs de 4 de octubre de 2010 (Recurso de Casación núm. 4954/2005), de 22 de enero de 2009 (Recurso de Casación núm. 7117/2004), SAN de 30 de abril de 2009 (Recurso contencioso-administrativo núm. 638/2005).

⁵⁰ Art. 16.4. de la LIS (*op. cit.*).

⁵¹ OCDE, “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, *op. cit.*, p. 71.

legislador previó otros dos métodos alternativos que son el método de la distribución del resultado⁵² y el método del margen neto del conjunto de las operaciones⁵³.

Como último aspecto a resaltar de la determinación de los valores de mercado se encuentra la segunda gran problemática, el proceso de fijación definitiva del precio de transferencia, es decir, la concreción del precio final. En la gran mayoría de los procesos de precios de transferencia los métodos de valoración no llevan a una sola cifra, pues lo que se obtiene es un conjunto de valores de mayor o menor rango, según el caso. En estos supuestos es preciso llevar a cabo una serie de operaciones para concretar al máximo ese rango. En primer lugar se deberá analizar el grado de comparabilidad que tiene cada operación de mercado analizada con la vinculada, debiéndose corregir mediante ajustes las diferencias que existan o directamente suprimir tal comparable. Una vez obtenido un rango de plena competencia, la OCDE *“aconseja, en el caso de que exista un número considerable de observaciones, la utilización de instrumentos estadísticos que a través de medidas de tendencia central estrechen el rango de observaciones para mejorar la exactitud del análisis”*⁵⁴. Como ejemplo de estas herramientas estadísticas se pueden nombrar el rango intercuartílico y otros percentiles *“La elección de la medida de tendencia central a emplear es tanto un arte como una ciencia, y la adopción de una u otra deberá tener en cuenta las circunstancias de cada caso tales como la fiabilidad de la muestra, su tamaño y su grado de dispersión”*⁵⁵, pues la normativa nacional no se posiciona en esta materia.

⁵² El método de la distribución del beneficio consiste en asignar *“a cada persona o entidad vinculada que realice de forma conjunta una o varias operaciones la parte del resultado común derivado de dicha operación u operaciones, en función de un criterio que refleje adecuadamente las condiciones que habrían suscrito personas o entidades independientes en circunstancias similares”* ex art. 16.1 de la LIS. Un caso paradigmático sería la elaboración de un proyecto de asesoría financiera y fiscal a una empresa independiente al grupo, siendo cada parte del mismo realizado por una empresa diferente del grupo.

⁵³ El método del margen neto del conjunto de operaciones consiste en la atribución a las transacciones vinculadas *“el resultado neto, calculado sobre costes, ventas o la magnitud que resulte más adecuada en función de las características de las operaciones, que el contribuyente o, en su caso, terceros habrían obtenido en operaciones idénticas o similares realizadas entre partes independientes”* ex art. 16.1 de la LIS. Para la mejor comprensión de este método se ha elaborado un ejemplo que se encuentra en el apartado d) de este epígrafe.

⁵⁴ OCDE, *“OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”*, *op. cit.*, p. 124.

⁵⁵ ARMESTO MACÍAS, D., ARRASATE, P., BERROJALBIZ, I., Y RECALBE, I., *“Medidas de tendencia central en la determinación del rango de valores de mercado. ¿Por qué cuartiles?”*, Quincena Fiscal Aranzadi, nº 15 parte Estudio, 2012, p. 21.

Si bien el uso del rango intercuartílico está muy extendido, es preciso decir que utilizar una herramienta estadística que de forma automática elimina el cincuenta por ciento de la muestra parece una técnica bastante agresiva si se ha realizado una labor competente de análisis de comparables. Otras medidas que podrían ser utilizadas son la desviación estándar y los sextiles, que reducen menos el tamaño de la muestra. Así pues, *“el experto ha de tener confianza en su análisis de comparabilidad y en la muestra de comparables obtenida; si no la tiene, la solución es seguir trabajando para obtener otra muestra que sea más fiable o buscar otro método de valoración, no acotar hasta la mínima expresión la muestra inicial”*⁵⁶.

En lo que respecta al otro campo problemático de la regulación de los precios de transferencia, la **obligación de documentación de las operaciones**, la misma surgió con la entrada en vigor de la nueva regulación a través de la aprobación de la Ley 36/2006, posteriormente desarrollada por el Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre⁵⁷. Esta obligación consiste en *“articular y conservar documentación suficiente sobre los mecanismos y criterios que se han utilizado para determinar dicho valor de mercado acordado en las operaciones vinculadas en las que se ha intervenido”*⁵⁸. En el art. 19 del RIS se concreta que se deberá aportar la documentación que *“afecte, directa o indirectamente”* a las operaciones vinculadas, siendo el criterio de interpretación de la Administración del término *“indirectamente”* el *“ser relevante, en base a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, para valorar la transacción conforme al principio de libre competencia (principio de materialidad o de importancia relativa)”*⁵⁹. Esta obligación tiene una clara finalidad, la de *“dotar a las actuaciones de*

⁵⁶ ARMESTO MACÍAS, D., ARRASATE, P., BERROJALBIZ, I., Y RECALBE, I., “Medidas de tendencia central en la determinación del rango de calores de mercado. ¿Por qué cuartiles?”, Quincena Fiscal Aranzadi, nº 15 parte Estudio, 2012, p. 28.

⁵⁷ Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio. Ministerio de Economía y Hacienda. (BOE 18 noviembre 2008, núm. 278).

⁵⁸ RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M., “Operaciones vinculadas y precios de transferencia: entre la obligación de documentación y el juego de la carga de la prueba”, Revista española de Derecho Financiero Civitas, nº 151 parte Estudios, 2011, p. 979.

⁵⁹ AEAT (Foro de Grandes Empresas), “Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre Precios de Transferencia”, 2010, http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Grupos_Trabajo/GT_PT_conclusiones%20finales_es_es.pdf, accedido en Febrero 2014, p.7

comprobación de una mayor seguridad”⁶⁰ como así se refleja en la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006. De esta forma la Administración tributaria desplaza a la figura del contribuyente todo el peso de la comprobación y documentación de sus operaciones vinculadas, pues también en ellos recaerá la carga de la prueba en el supuesto que se abra un expediente de inspección si ésta entiende que no se ha suministrado una información adecuada. Ya es sentada doctrina del Supremo que “la trascendencia jurídica que tiene la regulación del artículo 16.3 de la LIS es la de que invierte la carga de la prueba. Es el recurrente quién ha de acreditar que el precio de mercado fijado por la Administración en aplicación de los criterios establecidos en el art. 169 del RIS y complementarios es erróneo”⁶¹.

Con respecto al contenido de la obligación, el RD 1793/2008 distingue dos tipos de obligaciones de documentación, la correspondiente al grupo al que pertenece el obligado tributario y la relativa al propio obligado tributario, señalando que la exigencia de estas obligaciones se ha modulado en función de dos criterios: las características de los grupos empresariales y el riesgo del perjuicio económico para la Hacienda Pública, de tal forma que para las empresas de reducida dimensión y para las personas físicas se simplifican al máximo estas obligaciones, salvo que se refieran a operaciones de especial riesgo.

Decir que en caso de incumplimiento de esta obligación de documentación se abre un mecanismo sancionador, tipificándose el incumplimiento como infracción tributaria grave ex art. 16.10 de la LIS.

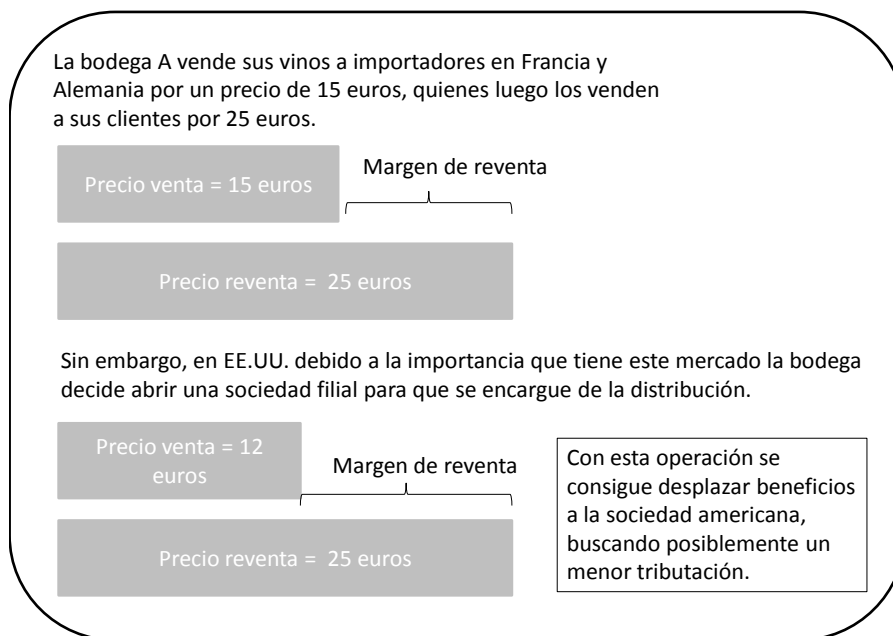
⁶⁰ Ley 36/2006, de 29 de diciembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Jefatura del Estado (BOE 30 noviembre 2006, núm. 286).

⁶¹ STS de 28 de marzo de 2007 (Recurso de Casación núm. 1981/2001), de 10 de enero de 2007 (Recurso de Casación núm. 375/2001).

3.1.4. Estudio de un caso sobre aplicación más efectiva de métodos de valoración.

Como se ha mencionado anteriormente, para la explicación de los métodos de valoración se ha decidido elaborar un caso práctico en el que se va a realizar el proceso de selección del método más adecuado a la transacción según las circunstancias que la rodeen. Estas circunstancias se modificarán para ir probando la eficacia de los métodos en la determinación del precio de transferencia correcto. Así pues el caso consiste en lo siguiente.

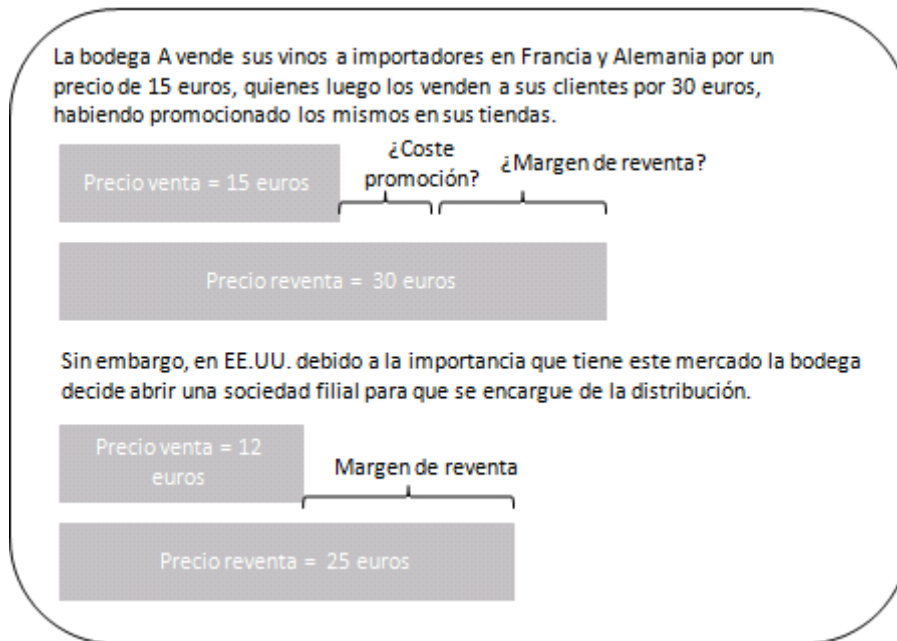
Figura 1:



Fuente: Elaboración propia.

Según las características de esta transacción parece adecuado estudiar la aplicabilidad del método de la reventa. Mediante la aplicación de este método, se modificará el precio de venta de la bodega a su filial reduciendo el precio de reventa en EE.UU. en el margen de reventa que tienen los distribuidores independientes, obteniendo un nuevo precio de transferencia de 15 euros, en vez de 12. Sin embargo, si los distribuidores independientes realizasen operaciones de marketing de los vinos, este método ya no aseguraría la fiabilidad del precio, como se muestra en el cuadro siguiente.

Figura 2:



Fuente: Elaboración propia.

Así pues habría que buscar otro método que atajase este problema. En los casos en los que “una de las partes comparables aporta mayor valor al producto objeto de la transacción, mientras que la otra no realiza ninguna aportación al proceso de creación de valor, el método del margen neto de las operaciones será de aplicación”⁶². Este es el supuesto del caso de estudio, donde los distribuidores independientes realizan una serie de labores de promoción del producto que se valoran en 3 euros por cada botella, mientras que la distribuidora propia americana no realiza ninguno. Así pues, aplicando este método se obtienen las siguientes conclusiones.

⁶² OCDE, “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, *op. cit.*, p. 78.

Figura 3:

Se decide tomar como margen de beneficio para aplicar el método el EBITDA/ventas (unitario). Así se pasa a calcular este indicador en la operación no controlada.

$$\text{EBITDA unitario/precio de venta} = (30 - 15 - 3)/30 = 0.4 = 40\%$$

Este margen del 40% se lo aplico a la operación controlada.

$$0.4 = \text{EBITDA unitario/precio de venta} = (\text{p. de venta} - \text{p. de compra})/\text{p. de venta}$$

$$0.4 = (25 - \text{p. de compra})/25 \qquad 0.4 = 1 - (\text{p. de compra}/25)$$

$$\text{p. de compra} / 25 = 0.6$$

$$\text{p. de compra} = 15$$

Así pues el precio de transferencia deberá ser 15 euros.

Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo, en el supuesto de que también se aportase valor por la empresa vinculada este método no sería de utilidad, debiéndose acudir a otro o realizar los pertinentes ajustes.

3.2. Deducibilidad de los gastos financieros como herramienta de planificación fiscal abusiva.

3.2.1. Concepto de deducción de los gastos financieros y régimen fiscal español.

Como se ha ido desarrollando a lo largo de este trabajo, la planificación fiscal es una de las herramientas más importantes en el proceso de toma de decisiones de una empresa y más aún en el supuesto de la concentración de empresas, ya que es necesaria la optimización de la estructura empresarial del grupo, en el que cada entidad se encuentra en un país distinto, es decir, está sometida a un sistema fiscal diferente con todas sus particularidades. Dicha planificación, siempre que se realice desde la legalidad a través de una verdadera economía de opción y no por los cauces del fraude de ley, tiene uno de sus focos más significativos en la colaboración con la planificación de la estructura financiera del grupo de sociedades. Prueba de ello es la realidad de que en las grandes multinacionales los departamentos financieros y fiscales operan de la mano, llegando al punto de la creación en muchas empresas de subdepartamentos dentro del financiero de fiscalidad (“*Tax & Legal*”) y de subdepartamentos dentro del fiscal con bastante fondo financiero.

En la definición de la estructura de financiación de cualquier empresa del grupo, la forma de capitalizar la misma con recursos propios o ajenos está marcada no sólo por la disponibilidad de los mismos, sino también, y en gran parte, por su coste. Será en el coste de los recursos ajenos de la empresa donde la fiscalidad tenga un papel clave pues, gracias a la deducibilidad de los intereses financieros que de la deuda se devengan, se consigue reducir el coste efectivo de la financiación ajena. Luego, el grupo de sociedades, en la capitalización de sus entidades, preferirá utilizar financiación ajena siempre que su coste sea inferior al del capital (apalancamiento positivo), además de porque el mismo aumenta la tasa de rentabilidad (TIR) de la inversión de los socios del grupo.

Según doctrina de la Administración Tributaria, se entenderá por gastos financieros, a efectos del art. 20 de la LIS , “*aquellos derivados de las deudas de la entidad con otras*

*entidades del grupo o con terceros, en concreto, los incluidos en la partida 13 del modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General de Contabilidad, cuentas 661, 662, 664 y 665, como son los intereses de obligaciones y bonos, los intereses de deudas, los dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros o los intereses por descuento de efectos y operaciones de factoring, teniendo en cuenta, de acuerdo con lo establecido por la normativa contable, el efecto de los costes de emisión o de transacción de las operaciones”*⁶³.

Con anterioridad a la normativa actual sobre gastos financieros, el sistema tributario español permitía la completa deducción de los intereses de la financiación ajena de las empresas sin limitación alguna siempre que se cumpliesen con los requisitos de subcapitalización que establecía la redacción derogada del artículo 20 de la LIS⁶⁴.

Así pues, estos nuevos dividendos recalificados no eran deducibles. Sin embargo, con esa regulación España se había convertido “*en una de las principales sedes de endeudamiento por parte de grupos multinacionales (pues en ordenamientos de otros países del entorno la deducción de intereses estaba limitada), por lo que la Administración y el Poder Judicial comenzaron a cuestionar, amparados en normas generales antiabuso, la deducibilidad de los gastos financieros en aquellos casos en los que procedían de estructuras de endeudamiento carentes de sustrato económico*”⁶⁵. Fruto de esa situación y del grave déficit por el que estaba atravesando España, el legislador aprobó el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo⁶⁶, que introduce diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público

⁶³ Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 23 de julio de 2013.

⁶⁴ Art. 20 de la LIS (*op. cit.*) - (Redacción de este artículo vigente desde el 1 diciembre 2006 hasta el 31 diciembre 2011).

“*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 (salvo que sea residente en un Estado Miembro de la Unión Europea) con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal (fondos propios), los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos*”.

⁶⁵ ORTEGA CARBALLO, E., ARIAS PLAZA, R., Y SAHAGÚN SAIZ, P., “Tratamiento de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades”, Carta Tributaria – Monografías, nº 9, 2013, p. 3.

⁶⁶ Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, que introduce diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. Jefatura del Estado (BOE 31 marzo 2012, núm. 78).

(en adelante RDL 12/2012). Con dicho Real Decreto-Ley se introdujo una regulación completamente distinta de la deducción, modificándose el artículo 14 y 20 de la LIS.

La negación de la deducibilidad de los gastos financieros que cumplen con la descripción dada en el artículo 14⁶⁷ viene justificada por el hecho de que las operaciones indicadas solían incurrir en fraude de ley según la Administración tributaria, negándosele por tanto la deducción de los intereses que generaban. Luego, la novedad que en teoría supone esta nueva redacción del artículo 14 de la LIS no es tal pues lo que se produce es un cambio en los medios para alcanzar el mismo resultado, la no deducción de ciertos gastos financieros. Así mientras que antes era la Administración la encargada de “valorar los hechos de cada caso en particular, al objeto de poder apreciar la verdadera finalidad de estas operaciones, esto es, si las mismas se han realizado por motivos meramente fiscales al margen de cualquier otro motivo económico justificable”⁶⁸, ahora ya aparecen los mismos tipificados como no deducibles en la norma. Sin embargo, en tanto que se permite la deducción si el sujeto pasivo acredita que existen motivos económicamente válidos para la realización de dichas operaciones, lo que se produce es una clara inversión de la carga de la prueba, pues lo que antes tenían que probar la Administración, ahora se presume, debiendo probar, si estima oportuno el sujeto, la justificación económica de la operación.

En atención a lo que se entiende por motivos económicos válidos, la Exposición de Motivos del RDL 12/2012 concreta dicho concepto jurídico indeterminado en “supuestos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros, o bien aquellos supuestos en que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde el territorio español”⁶⁹. En supuestos distintos a estos, deberá ser el sujeto pasivo quien pruebe que la operación en cuestión está motivada económicamente, siendo posteriormente la Administración

⁶⁷ Art. 14 de la LIS (*op. cit.*) (Ver en Anexo normativo).

⁶⁸ AEAT (Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica), “Informe aclaratorio del emitido el 6/04/2006 sobre deducibilidad de gastos financieros contraídos para la financiación de adquisiciones de sociedades del grupo”, 2011, http://www.agenciatributaria.es/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/Informe_deducibilidad.pdf, accedido en Marzo 2014.

⁶⁹ Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, que introduce diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. Jefatura del Estado (BOE 31 marzo 2012, núm. 78).

quien acredite si esto es así o si la operación tiene una finalidad primordialmente elusiva (planificación fiscal abusiva). En interpretación de este concepto jurídico indeterminado, el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha entendido que *“esta noción tiene un límite negativo, aquel que representa la constatación de que la operación persigue como primer designio la obtención indebida de una ventaja fiscal”*⁷⁰, es decir, *“operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales”*⁷¹. Así, en la acreditación de si la operación es fraudulenta, *“han de considerarse las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a su realización, resultando evidente que, en ese examen global, el complejo negocial litigioso tenía como principal objetivo, sino único, obtener la ventaja fiscal”*⁷².

El artículo 14 de la LIS se refiere exclusivamente a los gastos financieros generados por deudas con empresas del grupo, por tanto conviene hacer referencia a lo que se entiende por entidades del grupo. Mientras que desde una primera vista, siguiendo el discurso literal del artículo, se podría llegar a la conclusión de que para determinar dicha vinculación se debe de estar a lo expuesto en el art. 42 del CCom (control de derecho y/o de hecho), la doctrina tributaria ha realizado una interpretación más extensiva de lo que se entiende por grupo a efectos del art. 14 de la LIS exponiendo que sociedades que *“no están vinculadas por una relación de control de una sobre otra, cabría apreciar la existencia de grupo mercantil, en la medida en que dichas sociedades parecen estar controladas, directa e indirectamente, por cualquier medio, por varias personas físicas, vinculadas por relaciones de parentesco, las cuales parecen actuar conjuntamente o hallarse bajo dirección única”*⁷³.

Aclarados los elementos más significativos del artículo 14, procede ahora estudiar el funcionamiento de la deducción, pues el anterior artículo sólo se encargaba de declarar la no deducibilidad. Así, el funcionamiento de la deducción de los gastos financieros

⁷⁰ STS de 18 de marzo de 2013 (Recurso de Casación núm. 392/2011).

⁷¹ SSTS de 18 de marzo de 2013 (Recurso de Casación núm. 392/2011), de 12 de noviembre de 2012 (Recurso de Casación núm. 4299/2010) y STJCE de 10 de noviembre de 2011 (Cuestión prejudicial).

⁷² SSTS de 18 de marzo de 2013 (Recurso de Casación núm. 392/2011), de 18 de junio de 2012 (Recurso de Casación núm. 5352/2009), de 14 de mayo de 2012 (Recurso de Casación núm. 2144/2010).

⁷³ Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 21 de junio de 2012.

está recogido en el art. 20 de la LIS⁷⁴. Esta regulación consiste en el establecimiento de un límite máximo a la deducibilidad de los gastos financieros netos de las entidades, sin embargo el componente de temporalidad inserto en este artículo (se posibilita la deducción en períodos impositivos posteriores) matiza esa limitación. Además, la misma no se aplicará a aquellas entidades que cumplan con las condiciones del apartado 6º del artículo (entidades de crédito y aseguradoras).

Como se expone en el apartado 4º del artículo 20, este límite a la deducibilidad de los gastos financieros netos también operará para aquellas entidades que constituyan un grupo de sociedades y tributen en régimen de consolidación fiscal. En estos casos, la deducción funcionaría de la siguiente forma:

Figura 4:

En miles de euros				
	Grupo consolidado	Entidad A	Entidad B	Entidad C
Beneficio operativo	6000	2000	2000	2000
Gastos financieros netos	2000	800	700	500
Exceso sobre límite de 1 millón de euros	Sí	No	No	No
30% del Beneficio operativo	1800	600	600	600
Exceso sobre el límite del 30%	200	200	100	-100
Distribución del exceso		133,3333333	66,6666667	0

El exceso de gastos financieros sobre el límite del 30% del BO se distribuirá a prorrata entre aquellas entidades que tuvieron un exceso positivo individualmente consideradas.

En este caso las entidades que tendrán gastos financieros por los que no se puede aplicar la deducción serían A y B:

Exceso = 200
 Exceso correspondiente a A = $200 \times (200/300) = 133,33$
 Exceso correspondiente a B = $100 \times (100/300) = 66,67$

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis doctrinal del art.20 de la LIS realizado en la Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012⁷⁵.

⁷⁴ Art. 20 de la LIS (*op.cit.*) (Ver en Anexo normativo).

⁷⁵ “Resolución de 16 de julio de 2012, en relación con la limitación en la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto de Sociedades (BOE 17 julio 2012)”. Dirección General de Tributos. http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/Impuesto%20sobre%20Sociedades/Resolución_16-07-2012.pdf, accedido en Marzo de 2014.

En el caso expuesto, las entidades A y B podrían deducir los gastos financieros netos excedentes en los 18 ejercicios siguientes ex art. 20.1 de la LIS. Sin embargo, en el caso en que no hubiesen tributado de forma consolidada, todos los gastos financieros del ejercicio de las tres entidades podrían haber sido deducidos, pues no superaban el límite de 1 millón de euros, produciéndose lo que se denomina como “error de salto”.

Habiéndose optado por el Régimen Especial de consolidación fiscal, en el caso de que alguna de estas entidades dejase de pertenecer al grupo fiscal, el derecho de deducir los gastos financieros netos pendientes (por ejemplo los de la entidad A) será asumido por la entidad A, pues eran “*gastos financieros que le resultaban imputables, conforme a las reglas de distribución anteriormente señaladas*”⁷⁶.

Por último decir, a título meramente anecdótico, que si bien el art. 20 recoge una limitación a la generalidad de gastos financieros de una entidad o grupo de sociedades en el caso de que se tribute de forma consolidada, la redacción original de la reforma introducida por el RDL 12/2012 establecía una excepción, al estilo de la normativa alemana, a la restricción de la deducibilidad, pues la “*limitación no se aplicaría a las entidades que no formen parte de un grupo según los criterios del art. 42 del CCom*”⁷⁷. Sin embargo, un par de meses después de la publicación del mencionado decreto, mediante el Real Decreto-Ley 20/2012⁷⁸, de 13 de julio, que introduce medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (en adelante RDL 20/2012), se suprimió esta excepción, dando lugar a la regulación expuesta en este apartado y vigente en la actualidad. El cambio tan brusco y significativo de tendencia, pasándose de una limitación específica de los gastos financieros netos a una limitación generalizada de los mismos, sin justificación alguna en la Exposición de Motivos del RDL 20/2012, no hace más que pensar que la misma se realizó exclusivamente con fines recaudatorios, pues la agresividad de las estructuras financieras fraudulentas se atajaba sin problemas con la redacción anterior.

⁷⁶ ORTEGA CARBALLO, E., ARIAS PLAZA, R., Y SAHAGÚN SAIZ, P., “Tratamiento de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades”. Carta Tributaria – Monografías, nº 9, 2013, p. 32.

⁷⁷ Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, que introduce diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. Jefatura del Estado (BOE 31 marzo 2012, núm. 78).

⁷⁸ Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, que introduce medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Jefatura del Estado (BOE 14 julio 2012, núm. 168).

3.2.2. *Análisis en el Derecho comparado.*

A pesar de la grave situación económica que están atravesando las empresas europeas como consecuencia de la dificultad de acceso al crédito, pues los intereses están “disparados” (si acaso se estudia la posibilidad de que te concedan el crédito), en los últimos años se han introducido en el sistema fiscal de los principales países del entorno europeo limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros netos, al estilo de lo que se ha comentado anteriormente con respecto de las modificaciones aprobadas con el RDL 12/2012.

El principal motivo de estas restricciones ha sido, al menos oficialmente, la lucha contra estructuras de endeudamiento potencialmente abusivas, como así se ha puesto de manifiesto en el Plan de Acción de la OCDE⁷⁹ para evitar la erosión de las bases imponibles y el traslado de los beneficios a otras jurisdicciones, en concreto en la Acción Cuarta relativa a la erosión de la base imponible del impuesto sobre la renta de las sociedades a través de intereses y otros pagos financieros deducibles. Así, la normativa sobre gastos financieros en los países de nuestro entorno es la siguiente.

En lo que se refiere al tratamiento de los gastos financieros en **Estados Unidos**, la deducibilidad general de los intereses financieros es una “*norma de larga trayectoria que data de la regulación del impuesto sobre la renta de las sociedades de 1909, teniendo sus raíces insertas en los principios tributarios en los que se fundamenta el sistema fiscal americano de la renta*”⁸⁰.

Sin embargo este escenario está cerca de cambiar pues a lo largo de los últimos años se han ido redactando propuestas de reforma del sistema fiscal que introducen limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros, siendo los más relevantes el Informe del

⁷⁹ OCDE, “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting”, 2013, <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>, accedido en Marzo de 2014, p. 17.

⁸⁰ CARROLL, R., Y NEUBIG, T., (Ernst & Young LLP), “Business Tax Reform and the Tax Treatment of Debt: Revenue neutral rate reduction financed by an across-the-board interest deduction limit would deter investment”, 2012, <http://www.pegcc.org/wordpress/wp-content/uploads/EY-PEGCC-Tax-Treatment-of-Debt-Report-May-2012FINAL.pdf>, accedido en Marzo 2014, p. 4.

Presidente sobre la Reforma de la Imposición Corporativa⁸¹ y el Wyden-Coats Bipartisan Act sobre Justicia y Simplificación Fiscal⁸², los cuales además introducen una bajada de los tipos. Con respecto al Informe del Presidente, aunque se prevé la limitación de la deducibilidad no se aclara de que manera, mientras que en el Wyden-Coats Act se expone que se limitará la deducibilidad de los intereses financieros en su componente no inflacionario, es decir, “*se pretende excluir de la deducción la suma de gastos financieros que sea igual a la tasa de la inflación sobre el interés nominal más la tasa no inflacionaria del retorno establecida en un 6%*”⁸³.

Con respecto a **Francia**, país donde ya existían desde hace bastantes años límites a la deducción de los gastos derivados del endeudamiento para plantar cara a ingenierías fiscales abusivas (operaciones vinculadas y transacciones potencialmente abusivas como las fusiones rápidas), se introdujo en el sistema fiscal en 2012 una nueva limitación que “*difería hasta los ocho años siguientes a la adquisición de determinadas participaciones la deducción de los respectivos gastos financieros*”⁸⁴, participaciones que serán de sociedades cuyos dividendos estén exentos. Sin embargo, en ánimo de circunscribir esta limitación a las operaciones con fines elusorios, la misma no se aplicará si la empresa adquirente se es capaz de demostrar que “*las decisiones relativas a estos títulos se hacen realmente por ella misma o por otra empresa con sede en Francia*”⁸⁴. Junto con esta última limitación, el conjunto de todas las limitaciones del sistema francés permite “*la deducción de los intereses de la deuda contraída por razones económicas válidas o cuando el endeudamiento de una empresa no es excesivo en comparación con el de su grupo*”⁸⁵.

⁸¹ DEPARTAMENTO DEL TESORO DE LOS ESTADOS UNIDOS, “President’s Framework for Business Tax Reform”, 2012, <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/The-Presidents-Framework-for-Business-Tax-Reform-02-22-2012.pdf>, accedido en Marzo 2014.

⁸² “The Bipartisan Tax Fairness and Simplification Act of 2011 Sponsored by U.S. Senators Ron Wyden and Dan Coats”, Página web del Senador de EE.UU. Ron Wyden, 2011, <http://www.wyden.senate.gov/imo/media/doc/Wyden-Coats%20Two%20Pager%20FINAL1.pdf>, accedido en Marzo 2014.

⁸³ CARROLL, R., Y NEUBIG, T., (Ernst & Young LLP), “Business Tax Reform and the Tax Treatment of Debt: Revenue neutral rate reduction financed by an across-the-board interest deduction limit would deter investment”, 2012, <http://www.pegcc.org/wordpress/wp-content/uploads/EY-PEGCC-Tax-Treatment-of-Debt-Report-May-2012FINAL.pdf>, accedido en Marzo 2014, p. 9.

⁸⁴ Artículo 209.IX del Código General de Impuestos francés (Ver traducción realizada por el autor en Anexo normativo).

⁸⁵ ARMESTO MACÍAS, D., “Limitaciones a la deducción de los gastos financieros: comparación de la normativa aplicable en España y en otros países europeos”, Quincena Fiscal Aranzadi, n°1, 2013, p. 93.

En lo que respecta a la consideración de los gastos financieros como objeto de deducción, **Alemania** posee un régimen muy similar al español, de hecho la modificación del art. 20 de la LIS que se introduce con el RDL 12/2012 “*se ha basado principalmente en la normativa alemana*”⁸⁶. La misma, como ocurre en el caso español, tuvo como precedente una regla de subcapitalización que se reformó al actual sistema de deducción de un porcentaje determinado del beneficio operativo, posibilitándose el traslado de los intereses no deducidos a otros períodos impositivos, eso sí, siempre y cuando los mismos excedan de 3 millones de euros. Se diferencia pues de la legislación española en la introducción de dos excepciones a la no deducción: “*la exclusión de aquellos gastos financieros netos que se tengan respecto de estructuras de endeudamiento con entidades que no sean del grupo de sociedades y de todos los gastos financieros netos si el coeficiente de endeudamiento de la entidad es inferior al de su grupo*”⁸⁷.

Con relación a la normativa sobre limitación de la deducibilidad en **Suecia**, la norma que la recoge es muy similar a la española del art. 14.1.h) de la LIS, en tanto que “*se ciñe exclusivamente a la limitación de la deducibilidad de gastos financieros derivados de deudas intragrupo, sin incluir una limitación general a la deducibilidad de otros gastos financieros*”⁸⁸, opción no compartida ya por la norma española ex art. 20 de la LIS. Además de la posible justificación económica válida, supuesto también contemplado en el art. 14.1.h), la norma sueca incluye como excepción a la limitación de los gastos financieros netos intragrupo el caso de “*que los intereses estén sujetos a tributación en la sociedad vinculada receptora del pago de los intereses en la medida en que ésta sea beneficiaria efectiva y tribute al menos a un tipo del 10%*”⁸⁸.

Como visión general de la situación en los países del entorno de España, la restricción de la deducción de los gastos financieros es un hecho y puede convertirse en una

⁸⁶ 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 crítico”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 33, 2012, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3584/documento/A1.pdf?id=4386>, accedido en Marzo de 2014, p. 20.

⁸⁷ “Sección 4h deducción de gastos corporativos por pagos de intereses de la Ley del Imp. sobre la Renta alemana. (Ver traducción realizada por el autor en Anexo normativo).

⁸⁸ 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 crítico”, *op. cit.*, p. 22.

herramienta eficaz para el control de la planificación fiscal fraudulenta si la misma se va actualizando conforme se avanza en el tiempo. Sin embargo, la normativa española, aún estando basada en las regulaciones aprobadas en el Derecho comparado, se ha configurado como una limitación con carácter general y sin apenas excepciones, lo que puede traer como consecuencia una pérdida de competitividad de las empresas españolas, en tanto su coste de financiación se encarece en un momento en el que el acceso al crédito se encuentra en dificultades.

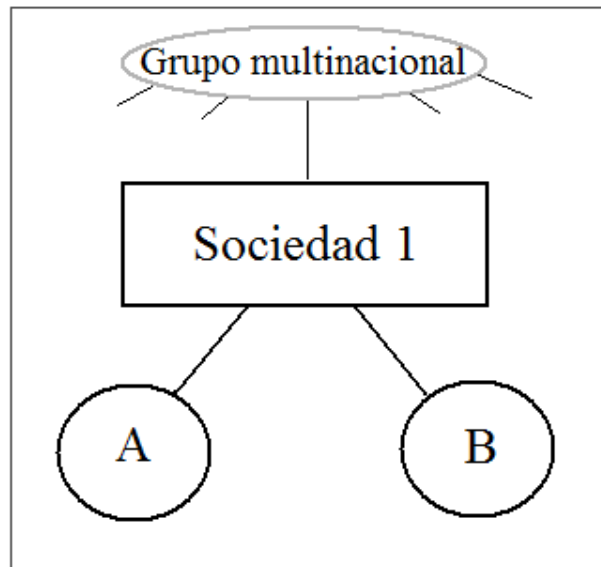
3.2.3. Estudio de caso de financiación intragrupo, donde la deducción cumple un papel crucial.

Para la mejor comprensión de la nueva regulación sobre la deducción de los gastos financieros, en especial de la reforma del artículo 14 de la LIS, se expone el siguiente caso. El mismo ha sido extraído de un supuesto real que se le planteó a la Dirección General de Tributos a través de una consulta⁸⁹ (siendo simplificado a los efectos de este escrito).

La situación de partida es la existencia de una sociedad, residente fiscal en España, perteneciente a un grupo multinacional dedicado a los proyectos de infraestructura, que posee la totalidad del capital social de otras dos entidades, A y B, que utiliza para acometer sus operaciones.

⁸⁹ Consulta vinculante de 19 de marzo de 2013 de la DGT.

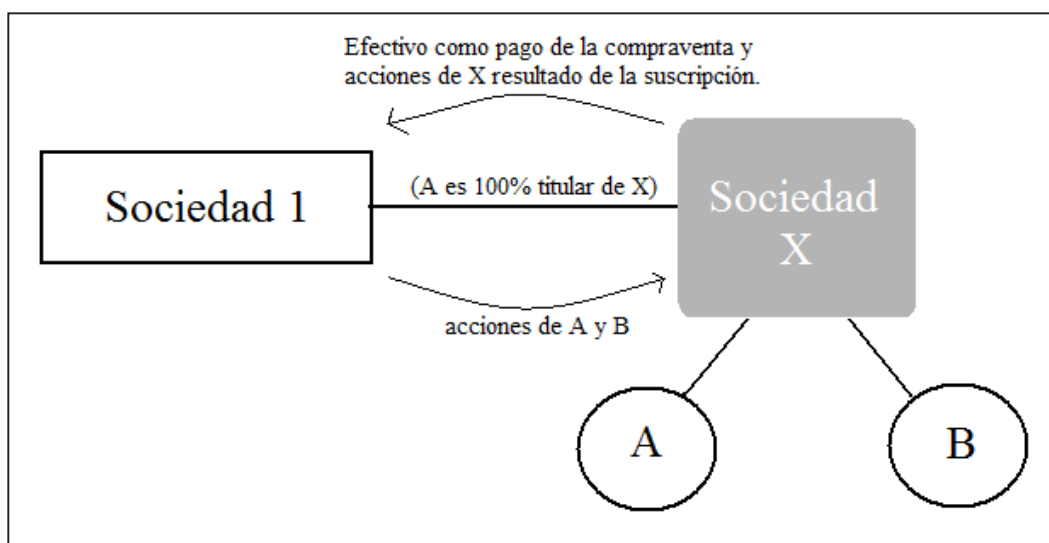
Figura 5:



Fuente: Elaboración propia.

En el marco de un proceso de reestructuración del grupo multinacional, se decide, a través de la creación de una nueva sociedad (X) participada al 100% por la Sociedad 1, la transmisión del total de las participaciones sobre A y B a la nueva sociedad. Esta transmisión se materializa en un contrato de compraventa del 60% de las participaciones de A y B por parte de la nueva sociedad (X) y en la aportación del 40 % restante como aportación no dineraria para suscribir una ampliación de capital de X.

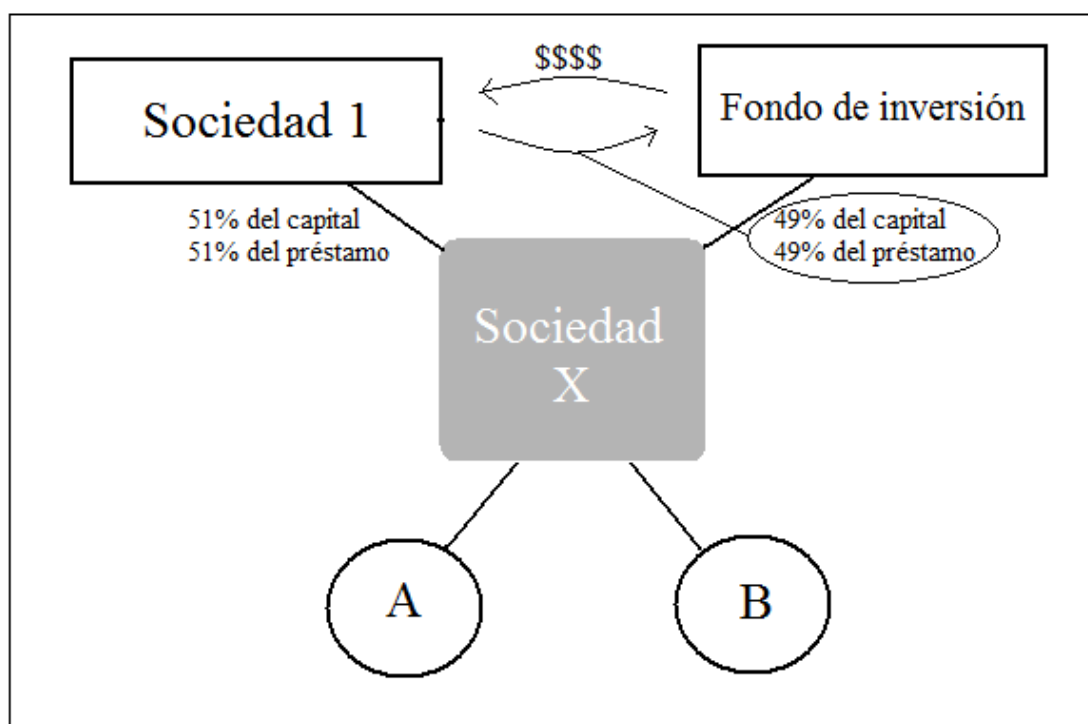
Figura 6:



Fuente: Elaboración propia.

Para hacer frente al pago del precio de la compraventa, la Sociedad 1 hace un préstamo a su filial X. En unidad de acto, un fondo de inversión adquiere el 49% del citado préstamo y el 49% de las participaciones que de X tiene la Sociedad 1. De esta forma, se ha conseguido reestructurar la división española de infraestructuras y dar entrada a un socio que aporte liquidez. Eso sí, la operación del fondo está condicionada a que se realice la compraventa y ésta a que sea posible en un futuro la deducción de los intereses que genera el préstamo.

Figura 7:



Fuente: Elaboración propia.

Según el artículo 14.1.h) de la LIS, “no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades”. Así pues, los gastos financieros netos del préstamo de la operación no serían deducibles pues el mismo estaba destinado a la adquisición a la Sociedad 1 de participaciones de las entidades A y B. Sin embargo, en tanto que esta operación de planificación fiscal está válidamente

justifica, pues se trata de un supuesto de reestructuración para mejorar la financiación y gestión operativa del grupo y reducir su ratio deuda/capital, la Administración tributaria posibilitó la deducción de los intereses.

Si bien este caso es un supuesto de una correcta planificación fiscal, la misma estructura se podría utilizar sin fines económicos, únicamente guiada por el beneficio fiscal. En ese caso, sería más difícil argumentar la motivación económica que requiere el artículo 14.

3.3. Productos financieros híbridos. Último reto en la lucha contra la planificación fiscal abusiva.

Como consecuencia de la actividad fiscalizadora y legislativa de la Administración, la problemática relacionada con el fraude en la deducción de gastos financieros ha sido solucionada en su mayor parte. Sin embargo, en paralelo a este empeño la Administración Tributaria por impedir la deducción de ciertos gastos financieros, el contribuyente o, mejor dicho, sus asesores tributarios y los equipos de tributación de las grandes empresas comenzaron a desarrollar esquemas más sofisticados que, apoyados en instrumentos financieros complejos, no sólo permitían dicha deducción que por los cauces normales no era posible, sino que incluso ofrecía la posibilidad de hasta obtener una doble deducción o una deducción sin la correspondiente tributación por el ingreso respectivo.

Así, las pasadas décadas han sido testigos de un importante y constante incremento en el nivel de sofisticación en la estructuración de las operaciones que tienen como lugar de ejecución varios países. Este desarrollo en las estrategias de ingeniería fiscal internacional supone un desafío tanto para las autoridades fiscalizadoras como para el legislador, quienes, además de probar su habilidad en abrirse paso en los complejos de transacciones, deben procurar que la política fiscal y tributaria no produzcan efectos nocivos en el tráfico y las inversiones internacionales, en un mundo globalizado donde las economías están cada vez más integradas.

Como viene mencionado en el título de este epígrafe, una de las operaciones estructuradas más sofisticadas son los productos financieros híbridos que, junto con las entidades híbridas y las transacciones híbridas, conforman una batería de estructuras que sacan partido de las diferencias en el tratamiento fiscal de estas estructuras entre varios países. Normalmente tienen por consecuencia una “doble no imposición” o un diferimiento en la imposición prolongado en el tiempo.

Por instrumento híbrido se entiende aquel instrumento que es calificado de manera distinta en los países involucrados por motivos fiscales, siendo en la mayoría de los

casos la calificación como deuda en un país y como capital de fondos propios en otro. Esto se debe a que los productos híbridos son “*una forma de financiación que combina características de la deuda (grado de subordinación en la liquidación) y del capital (participación en los resultados de la entidad en distintos grados)*”⁹⁰.

Existe una gran diversidad de productos híbridos, pues constantemente se están modificando para conseguir sus objetivos elusorios, siendo los más conocidos: los préstamos participativos, los instrumentos de deuda subordinada, las obligaciones convertibles, las acciones preferentes, las acciones rescatables, las obligaciones emitidas por los SPV (*Special Purpose Vehicle*) y los instrumentos híbridos de deuda perpetua o a muy largo plazo.

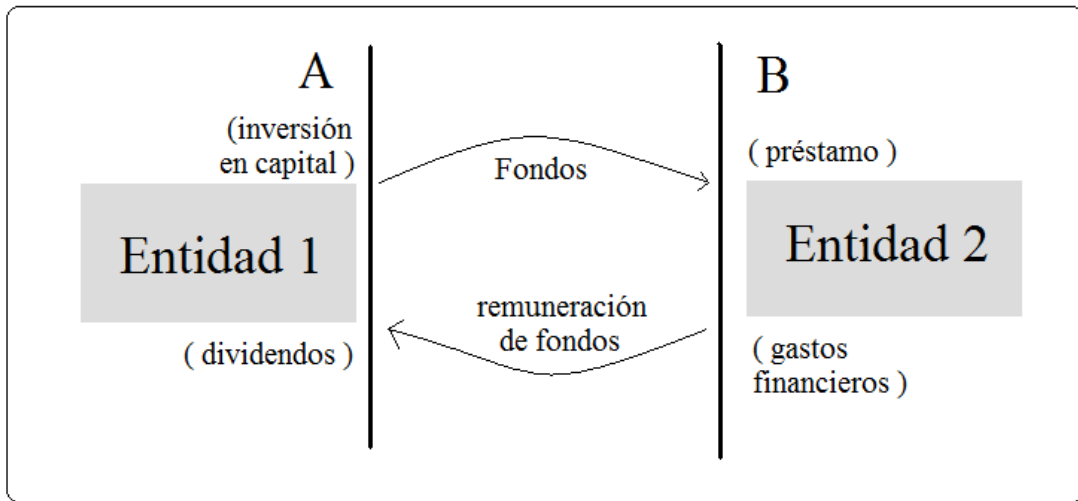
Así pues, la ingeniería fiscal consigue crear una deducción en un país, fundada en la deducibilidad de los gastos financieros, y evitar la consideración de dichos intereses como renta sujeta a imposición en otro. En ánimo de clarificar estas figuras conviene analizar un ejemplo que lo ilustre.

Ejemplo.-

Una empresa, denominada Entidad 1, posee su residencia fiscal en un país A. Esta empresa ha invertido en otra, Entidad 2, que posee su residencia fiscal en otro país (B), a través de un instrumento financiero que es calificado como inversión en recursos propios en el país A y como deuda en el país B. Por consiguiente, los pagos que la Entidad 2 realiza a la Entidad 1 en concepto de intereses por el préstamo recibido son deducibles según la normativa del país B, luego minoran su base imponible. Sin embargo, al recibir dichas cantidades la Entidad 1 la normativa del país A las califica como cantidades procedentes de dividendos y, por tanto, esta renta puede acogerse a la exención que por política fiscal está permitida en A.

⁹⁰ LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., “Servicios financieros y financiación de grupos de empresas en la planificación fiscal internacional”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, nº 18, 2010, p. 60.

Figura 8:



Fuente: Elaboración propia.

De esta forma, las empresas se benefician de una deducción sin que exista la contrapartida de una renta por la que se esté tributando. Un efecto similar se consigue con las entidades híbridas cuya financiación es deducible en la liquidación del impuesto de dos empresas; una (titular de la empresa híbrida), cuyo país de residencia considera que no existe separación entre la entidad titular y la híbrida, y otra (la híbrida), cuyo país de residencia considera a la empresa titular como una entidad diferenciada y, por tanto, entiende que los gastos de la híbrida se deducen de la base imponible de la misma.

Como expone la OECD en su informe sobre ingeniería fiscal híbrida, las estructuras híbridas financieras pueden ser usadas para explotar las diferencias que existen entre las normativas fiscales de diferentes países y así lograr resultados como deducciones múltiples por un mismo gasto en diferentes países, deducciones por un pago en el país del pagador sin que exista el correspondiente ingreso en el país del receptor del mismo o créditos fiscales múltiples por una única cantidad pagada por impuestos extranjeros. *“Los híbridos además hacen surgir números problemas en relación a la política fiscal,*

pues afectan a los ingresos tributarios, a la competencia, a la eficiencia económica, a la transparencia y a la justicia”⁹¹.

Así, a pesar de aparentemente cumplir con la normativa recogida en las leyes fiscales de dos países, los híbridos logran beneficiarse de una no imposición en ambos países, resultado no pretendido por ninguno de los países. Son pues un producto muy atractivo para las operaciones de financiación transfronteriza ya que no sólo mejoran las estructuras de recursos propios y disminuyen sustancialmente los gastos que supone financiar una operación, sino que también sirven como herramientas de optimización fiscal o de arbitraje fiscal internacional.

En un ánimo de luchar contra el espíritu fraudulento de estas figuras financieras, la doctrina fiscalista a nivel internacional ha expuesto una serie de opciones de política fiscal para su neutralización. Estas pasan por la armonización de la normativa fiscal nacional de todos los estados, la creación de normas anti evasión tanto generales como específicas o la promulgación de una normativa que específicamente se refiera a estas estructuras híbridas. Esta última tendencia, que comienza a desarrollarse en un cierto número de países (Dinamarca, Reino Unido, Austria, Alemania, Italia y Nueva Zelanda), consiste en que el tratamiento fiscal de un país de los productos híbridos en los que exista relación con otro país extranjero se adecue con el tratamiento fiscal que de estos productos se tiene en el país extranjero.

Aunque este tipo de normas lleve consigo una aplicación más complicada de la normativa fiscal (pues se ha de conocer también la normativa extranjera), no es nuevo en la legislación española, pues en muchos casos en los que existe un elemento de internacionalidad, las normas de Derecho Internacional Privado realizan tal operación. Eso sí, un mayor incremento en la cooperación internacional en asuntos fiscales reducirá ciertamente esta dificultad

⁹¹ OCDE, “Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues”, 2012, http://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf, accedido en Febrero de 2014, p. 11.

Esta solución fue vista como la más apropiada por la Unión Europea, pues así lo recogió el Grupo de Trabajo sobre “Business Taxation” en relación al Código de Conducta⁹². Sin embargo, en tanto que no hubo acuerdo de la forma legal a través de la cual esta solución se debía poner en práctica, se acordó posponer tal asunto para un estudio más detenido. Esta posición de la Unión Europea es difícil de entender, pues uno de los retos más apremiantes que existe en la política fiscal a nivel internacional es el tratamiento de los productos híbridos.

Por último, como ha notificado la OECD, *“la experiencia de los países que han puesto en práctica este tipo de normas ha sido positiva. Sin embargo, la aplicación de las mismas necesita ser constantemente monitorizada en aras de asegurar que las normas se aplican a las circunstancias apropiadas y no son salvadas mediante el uso de estructuras aún más complejas”*⁹³.

En ánimo de concluir este apartado, es interesante resaltar una de las últimas iniciativas legislativas que se han puesto en práctica en España para controlar el excesivo endeudamiento empresarial con intención de sacar un beneficio fiscal, el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo. Esta iniciativa, aún pudiendo ser adecuada para someter a control este apalancamiento, *“puede suponer un incentivo al uso de instrumentos híbridos que pretendan una doble calificación ya sea capital (en el pagador) y deuda (en el perceptor)”*⁹⁴, por lo que como sea comentado anteriormente será necesario monitorizar tales actuaciones.

⁹² OCDE, “Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues”, op.cit., p. 19.

⁹³ OCDE, “Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues”, op.cit., p. 25.

⁹⁴ AMORÓS VIÑALS, A., “La Planificación Fiscal Agresiva”, Estudios Financieros – Revista de contabilidad y tributación, nº 362, 2013, p. 46.

4. HERRAMIENTAS DE LA AEAT CONTRA LA PLANIFICACIÓN FISCAL ABUSIVA.

4.1. Mecanismos de la AEAT.

La Agencia Estatal de Administración tributaria, AEAT, es un ente de derecho público adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través de la Secretaría de Estado de Hacienda. Su creación data de 1991 aunque comenzó a ser plenamente efectiva y realizar sus funciones a partir del 1 de enero de 1992. “*Tiene encomendada la aplicación efectiva del sistema tributario estatal y aduanero, así como de aquellos recursos de otras Administraciones Públicas nacionales o de la UE, cuya gestión se le encomienda por ley o convenio*”⁹⁵, siendo el principal indicador de su actividad la recaudación tributaria.

Una de sus principales actuaciones es el control del fraude tributario y aduanero, el cual se concreta en multitud de actuaciones entre las que cabe destacar las de control selectivo e investigación, pues son aquellas que tiene como fin la detección y regularización de los incumplimientos más complejos así como la persecución de las formas más sofisticadas de fraude. En relación con la planificación fiscal abusiva, se han desarrollado actuaciones de control especialmente sobre “*las prácticas que pretenden aprovecharse indebidamente de las diferencias de tributación entre países, la utilización irregular de precios de transferencia (generando en 2012 ajustes de la base imponible superiores a 472 millones de euros), la deducción indebida de gastos financieros intragrupo (con ajustes de la base por 1700 millones en 2012) y la compensación anticipada o irregular de bases imponibles negativas generadas fuera de España*”⁹⁶. Para el ejercicio de 2014, el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero, en su apartado relativo a planificación fiscal abusiva, expone como actuaciones a desarrollar el control sobre “*las entidades o estructuras híbridas o fiduciarias, las actuaciones dirigidas al doble aprovechamiento de pérdidas o gastos, la generación de pérdidas mediante transmisiones de valores intragrupo, las operaciones de*

⁹⁵ AEAT, “Memoria de la Agencia Tributaria de 2012”, 2013, http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/Memorias/Memorias_de_la_Agencia_Tributaria/_Ayuda_Memoria_2012/_Ayuda_Memoria_2012.html, accedido en Febrero 2014, p. 1.

⁹⁶ AEAT, “Memoria de la Agencia Tributaria de 2012”, *op. cit.*, pp. 12-13.

*reorganización empresarial acogidas al régimen especial de la LIS así como la deducibilidad de los gastos financieros, especialmente intragrupo, y de la compensación indebida de bases imponibles negativas*⁹⁷.

En su labor de cooperación y con una intención de acercar la gestión tributaria al contribuyente, la AEAT constituyó en julio de 2009 el Foro de Grandes Empresas, foro que se ha convertido en una de las herramientas más útiles en la detección y solución de *“problemas fiscales que puedan plantearse en la aplicación del sistema tributario en las grandes empresas, a través de reuniones conjuntas o sectoriales, basada en los principios de transparencia y confianza mutua”*⁹⁸. Dentro de este Foro se han constituido una serie de Grupos de Trabajo, formados por representantes de grandes empresas y de la Administración tributaria, sobre materias concretas como son a día de hoy: Precios de Transferencia, Relación Cooperativa, Análisis y Racionalización de cargas fiscales indirectas e Impuesto Especiales.

De entre ellos es de destacar el Grupo de Trabajo sobre Precios de Transferencia, pues ha tenido un papel clave en el desarrollo de los acuerdos previos de valoración (en adelante APAs), herramienta de gran utilidad en la colaboración de la Administración y el contribuyente. Así pues, los APAs son *“procedimientos basados en la plena confianza entre el contribuyente y la Administración tributaria con la finalidad de establecer un marco jurídico estable para las operaciones vinculadas durante una serie de períodos impositivos”*⁹⁹, cuya previsión legal se halla en el apartado 7º del art. 16 de la LIS y en los arts. 22-29 del RIS. Los APAs favorecen la seguridad jurídica en una de las áreas de mayor problemática de los precios de transferencia, la valoración a precios

⁹⁷ Resolución de 10 de marzo de 2014, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2014. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (BOE 31 marzo 2014, nº 78) <http://www.boe.es/boe/dias/2014/03/31/pdfs/BOE-A-2014-3417.pdf>, accedido en Abril 2014.

⁹⁸ “Nota informativa de la AEAT de 6/09/2009 sobre la puesta en funcionamiento del Foro de Grandes Empresas”. Administración Estatal de Administración Tributaria. (Año: Julio 2009) http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Nota_informativa_es_es.pdf, accedido en Marzo 2014.

⁹⁹ AEAT (Foro de Grandes Empresas), “Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre Precios de Transferencia”, 2010, http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Grupos_Trabajo/GT_PT_conclusiones%20finales_es_es.pdf, accedido en Febrero 2014, p.2

de mercado de las transacciones vinculadas, además, de mejorar las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes y reducir los costes de cumplimiento. A pesar de ello, los mismos no se encuentran libres de problemas, por ejemplo, *“su tramitación y la documentación a incluir en la propuesta pueden conllevar costes para las partes solicitantes y existen temores, siquiera infundados, en el sector privado de que puedan generar actuaciones inspectoras indirectas o que algunos datos e informaciones relevantes sobre la estrategia empresarial escapen al control y secreto del procedimiento”*¹⁰⁰.

¹⁰⁰ CARBAJO VASCO, D., “Algunas consideraciones sobre los acuerdos previos de valoración de los precios de transferencia, APAs, en el ordenamiento tributario español”, *Crónica Tributaria*, nº 140, 2011, p. 114.

4.2. Actuación de la Unión Europea.

Tanto la gestión de los tributos como la lucha contra el fraude y la evasión fiscal son competencias propias de los Estados miembros de la UE. A pesar de esta reserva competencial, en un mundo cada vez más globalizado, la cooperación entre administraciones es crucial, por lo que la UE ha desarrollado un marco de colaboración con el que operar en las cuestiones fiscales que van más allá de las fronteras nacionales.

En la actualidad, el contexto de colaboración comunitaria se encuentra bastante desarrollado, sobre todo en materia de IVA y de imposición sobre el ahorro. Así, las principales medidas que se han adoptado son la aprobación de la Directiva 2010/24/UE, de 16 de marzo, sobre asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, el Reglamento del Consejo 2010/904, 7 de octubre, relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el campo del IVA, y la Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero, sobre cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. Mediante esta última Directiva, se pretende establecer las *“normas y los procedimientos por los que los Estados miembros cooperarán entre sí con vistas a intercambiar información para la administración y ejecución de las leyes nacionales relativas a todos los tipos de impuestos percibidos por un Estado miembro o sus subdivisiones territoriales o administrativas, incluidas las autoridades locales”*¹⁰¹.

Por otro lado, la UE ha favorecido la creación de diferentes grupos de trabajo formados por expertos en la materia, con el fin de mejorar el desarrollo de la doctrina tributaria de manera conjunta. Entre estos grupos de trabajo se encuentran el Grupo sobre el Código de Conducta de Tributación de las Empresas, el Grupo de Política Fiscal, así como otros grupos más específicos por materias, siendo el relativo a los precios de transferencia uno de los más activos.

Sin embargo y a pesar de los pasos que se están dando, *“los contribuyentes que realizan operaciones transfronterizas quedan atrapados en el marco de una aplicación descoordinada de normas fiscales de dos o más Estados por dos o más*

¹⁰¹ PEDREIRA MENÉNDEZ, J., “La cooperación administrativa en la unión europea contra el fraude fiscal”, Quincena Fiscal Aranzadi, n° 3 parte Análisis, 2012, p. 111.

administraciones tributarias sobre las mismas transacciones”¹⁰². Para contrarrestar esta situación los Estados miembros firmaron el Convenio Europeo de Arbitraje 90/436/CEE como mecanismo para la resolución de conflictos fiscales que se plantean en el ámbito comunitario, con el objetivo principal de eliminar la doble imposición.

Es de resaltar el constante impulso comunitario que sobre estas cuestiones existe en la actualidad, pues aunque la regulación esté actualmente en la buena dirección, en una materia tan cambiante como la planificación fiscal abusiva, se requiere un continuo replanteamiento de los esquemas normativos. Prueba de ello es el Plan de Acción¹⁰³ aprobado en 2012 que establece alrededor de 30 recomendaciones a aplicar en la actualidad y en los próximos años.

Por consiguiente, el balón se encuentra ahora en el campo de los Estados miembros, quienes deberán darle plena utilidad a los instrumentos facilitados por la Unión.

¹⁰² CALDERÓN CARRERO, J. M., “El procedimiento para la resolución de conflictos fiscales de precios de transferencia establecido por el Convenio Europeo 90/436/CEE”, *Revista española de Derecho Financiero Civitas*, nº 151 parte Estudios, 2011., p. 903.

¹⁰³ COMISIÓN EUROPEA, “Communication of 6/12/2012 from the Commission to the European Parliament and the Council: An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion”, 2012, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/com_2012_722_en.pdf, accedido en Marzo 2014.

5. CONCLUSIONES.

El contexto en el que se enmarca este proyecto no es otro que el de un mundo donde gracias a la interconexión entre los distintos agentes que lo mueven, estos están cada vez más integrados a nivel internacional; el proceso de globalización en todos los sectores es un hecho, una realidad. Como resultado de este proceso, la aventura empresarial ha llegado a unos niveles de concentración internacional nunca vistos hasta la fecha, convirtiéndose las grandes multinacionales en uno de los agentes con mayor peso específico en el tráfico internacional. En su funcionamiento los grandes grupos internacionales deben prestar una especial atención a los aspectos fiscales de sus operaciones, pues gran parte de las mismas se desarrollan en el territorio de dos o más sistemas jurídico-tributarios.

Para ello una adecuada estructuración fiscal de sus operaciones puede significar el éxito o fracaso de su proyecto empresarial, factor que en algunos supuestos ha degenerado en un uso de las herramientas que a su disposición tienen las multinacionales con una finalidad casi exclusivamente de ahorro fiscal. Así, **la planificación fiscal como herramienta plenamente legítima y de uso necesario por los grupos de empresas se ha convertido en objeto de maniobras fraudulentas por parte de las empresas**, ante lo cual las Administraciones fiscales de los distintos países donde operan y organizaciones internacionales, como la OCDE, han procedido a analizar dichas prácticas, estudiarlas y plantarles cara con las herramientas que tienen a su disposición, las leyes y los convenios internacionales.

Dentro de los muchos campos de la materia tributaria donde la planificación fiscal actúa, **la gestión de los precios de transferencia y la utilización de los gastos financieros intragrupo son la punta de lanza de los esquemas de ingeniería fiscal más relevantes**. Los precios de transferencia en las operaciones vinculadas son una de las herramientas más usadas para el traslado de un sistema fiscal a otro de beneficios y pérdidas, pues se valen de la vaguedad con la que está redactada su regulación en los diferentes sistemas tributarios fruto de la gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos se encuentran en la mayoría de los supuestos en la

regulación de los métodos para **la valoración de las operaciones y en la fijación de la obligación de documentación, convirtiendo a ambos contextos en los que generan mayor problemática.**

Con respecto a los gastos financieros, los mismos siempre han estado rodeados en la mayoría de sistemas tributarios de un régimen bastante beneficioso pues se concedía la completa deducibilidad de los mismos. Esto dio lugar a su utilización en estructuras de planificación fiscal pues optimizaban el uso de la deuda en las operaciones de financiación empresarial. Sin embargo, los agentes fiscales se valieron de esta consideración para no sólo optar a la deducción sino conseguir además dobles deducciones, deducciones sin el correspondiente ingreso fiscal, entre otras. Fruto de ello **se han endurecido las regulaciones, tanto en el Derecho comparado como en el español, de los gastos financieros**, limitándose su deducción y hasta negándose a ciertos gastos. Sin embargo, aunque a primera vista este cambio normativo pueda acabar con los problemas de fraude, en opinión de la mayoría de la doctrina, la situación no se ha hecho más que agravar. Esto se debe a que las estructuras a gran escala que se pretendían derrumbar han encontrado en los productos híbridos una salida, mientras que las operaciones de financiación que usaban los gastos financieros como una ayuda al proyecto empresarial se han reducido no sólo por la grave situación de disponibilidad de crédito actual sino también por el encarecimiento de las operaciones al no poder hacer uso de la deducción.

Ante estos desafíos las Administraciones tributarias, en el caso español la AEAT, de forma unilateral o de forma coordinada, a través de organizaciones internacionales como la OCDE o la propia UE, han incrementado su actividad en la materia. **Se han dado grandes pasos en lo que respecta a la colaboración entre administraciones** mediante procesos para compartir información, procedimientos de resolución de conflictos fiscales armonizados o reuniones sectoriales en grupos de trabajo para el estudio de estos temas, sin embargo, sin por ello menospreciarlos, dicha actividad debe continuar y conseguir romper las barreras que aun lo impiden.

Con referencia a la actividad de la AEAT es de destacar los esfuerzos que se están haciendo tanto por parte de la misma como por las empresas que se adhieren en la extensión de los APAs, en la formación de grupos de trabajo y en el cumplimiento de las recomendaciones que desde el Código de Buenas Prácticas Tributarias se dan.

6. BIBLIOGRAFÍA.

6.1. Manuales de Derecho.

PÉREZ ROYO (Dir.), F., GARCÍA BERRO, F., PÉREZ ROYO, I., ESCRIBANO, F., CUBERO TRUYO, A., Y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 7ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

6.2. Artículos doctrinales en revistas especializadas.

ALONSO GONZÁLEZ, L. M., “Planificación fiscal y economía de opción”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 6, 2006.

AMORÓS VIÑALS, A., “La Planificación Fiscal Agresiva”, *Estudios Financieros – Revista de contabilidad y tributación*, nº 362, 2013.

ARMESTO MACÍAS, D., “Limitaciones a la deducción de los gastos financieros: comparación de la normativa aplicable en España y en otros países europeos”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, 2013.

ARMESTO MACÍAS, D., ARRASATE, P., BERROJALBIZ, I., Y RECALBE, I., “Medidas de tendencia central en la determinación del rango de calores de mercado. ¿Por qué cuartiles?”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, nº 15 parte Estudio, 2012.

BURLADA ECHEVESTE, J. L., “El fraude de ley en el Derecho Tributario”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, nº 7, 2006.

CALDERÓN CARRERO, J. M., “El procedimiento para la resolución de conflictos fiscales de precios de transferencia establecido por el Convenio Europeo 90/436/CEE”, *Revista española de Derecho Tributario Civitas*, nº 151 parte Estudios, 2011.

CALDERÓN CARRERO, J. M., “La deducibilidad de los gastos por servicios intragrupo”, Estudios Financieros – Revista de contabilidad y tributación, nº 299, 2008.

CARBAJO VASCO, D., “Algunas consideraciones sobre los acuerdos previos de valoración de los precios de transferencia, APAs, en el ordenamiento tributario español”, Crónica Tributaria, nº 140, 2011.

DOMINGO MONFORTE, J., Y MUÑOZ PAZ, Á., “De la llamada economía de opción y planificación diligente al delito fiscal y la cárcel”, Lex Nova: la Revista, nº 45, 2006, http://www.lexnova.es/pub_In/revistas/revista_In/revista45/09_derecho_subjetivo.pdf, accedido en Febrero 2014.

GARCÍA PRATS, F. A., “Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”, Crónica Tributaria, nº 117, 2005.

JONES RODRÍGUEZ, L., “Precios de transferencia y reestructuración de grupos multinacionales”, Crónica Tributaria, nº 141, 2011.

LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., “Servicios financieros y financiación de grupos de empresas en la planificación fiscal internacional”, Quincena Fiscal Aranzadi, nº 18, 2010.

ORTEGA CARBALLO, E., ARIAS PLAZA, R., Y SAHAGÚN SAIZ, P., “Tratamiento de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades”, Carta Tributaria – Monografías, nº 9, 2013.

PEDREIRA MENÉNDEZ, J., “La cooperación administrativa en la unión europea contra el fraude fiscal”, Quincena Fiscal Aranzadi, nº 3 parte Análisis, 2012.

RODRÍGUEZ ALONSO, I., “Maniobras elusivas en la tributación de las grandes empresas multinacionales”, Actualidad jurídica Aranzadi, nº 867 parte Cruz, 2013.

RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M., “Operaciones vinculadas y precios de transferencia: entre la obligación de documentación y el juego de la carga de la prueba”, *Revista española de Derecho Financiero Civitas*, nº 151 parte Estudios, 2011.

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 crítico”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 33, 2012, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3584/documento/A1.pdf?id=4386>, accedido en Marzo 2014.

6.3. Informes, propuestas, recomendaciones y dictámenes.

AEAT (Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica), “Informe aclaratorio del emitido el 6/04/2006 sobre deducibilidad de gastos financieros contraídos para la financiación de adquisiciones de sociedades del grupo”, 2011, http://www.agenciatributaria.es/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/Informe_deducibilidad.pdf, accedido en Marzo 2014.

AEAT, “Memoria de la Agencia Tributaria de 2012”, 2013, http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/Memorias/Memorias_de_la_Agencia_Tributaria/_Ayuda_Memoria_2012/_Ayuda_Memoria_2012.html, accedido en Febrero 2014.

CARROLL, R., Y NEUBIG, T., (Ernst & Young LLP), “Business Tax Reform and the Tax Treatment of Debt: Revenue neutral rate reduction financed by an across-the-board interest deduction limit would deter investment”, 2012, <http://www.pegcc.org/wordpress/wp-content/uploads/EY-PEGCC-Tax-Treatment-of-Debt-Report-May-2012FINAL.pdf>, accedido en Marzo 2014.

COMISIÓN EUROPEA, “Commission Recommendation of 6/12/2012 on aggressive tax planning”, 2012, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf, accedido en Marzo 2014.

COMISIÓN EUROPEA. “Communication of 6/12/2012 from the Commission to the European Parliament and the Council: An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion”, 2012, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/com_2012_722_en.pdf, accedido en Marzo 2014.

DEPARTAMENTO DEL TESORO DE LOS ESTADOS UNIDOS. “President’s Framework for Business Tax Reform”, 2012, <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/The-Presidents-Framework-for-Business-Tax-Reform-02-22-2012.pdf>, accedido en Marzo 2014.

IOTA, “Aggressive Tax Planning”, 2011, <http://www.iota-tax.org/iota-news/iota-report-on-aggressive-tax-planning-published-iota-secretariat-39.html>, accedido en Febrero 2014.

OCDE, “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting”, 2013) <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>, accedido en Marzo 2014.

OCDE, “Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning”, 2011, http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/corporate-loss-utilisation-through-aggressive-tax-planning_9789264119222-en, accedido en Febrero 2014.

OCDE, “Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues”, 2012, http://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf, accedido en Febrero 2014.

OCDE, “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, 2010, <http://www.keepeek.com/Digital-AssetManagement/oecd/>

taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#page1, accedido en Marzo 2014.

OCDE, “Study into the Role of Tax Intermediaries”, 2008, <http://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>, accedido en Febrero 2014.

OCDE, “Transfer Pricing and Multinational Enterprises”, 1979, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/finance-and-investment/transfer-pricing-and-multinational-enterprises_9789264167773-en#page1, accedido en Marzo 2014.

PRICEWATERHOUSECOOPERS USA, “Transfer Pricing at your fingertips – International Transfer Pricing 2013/2014 – Chapter 75. United States”, 2012, <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2013-final.pdf>, accedido en Marzo 2014.

“The Bipartisan Tax Fairness and Simplification Act of 2011 Sponsored by U.S. Senators Ron Wyden and Dan Coats”. Página web del Senador de EE.UU. Ron Wyden, 2011, <http://www.wyden.senate.gov/imo/media/doc/Wyden-Coats%20Two%20Pager%20FINAL1.pdf>, accedido en Marzo 2014.

7. ANEXO NORMATIVO.

Artículo 15 Conflicto en la aplicación de la norma tributaria de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Jefatura del Estado (BOE 18 diciembre 2003, núm. 302).

“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”.

Art. 16.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Jefatura del Estado (BOE 11 marzo 2004, núm. 61).

“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 100 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 100 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 100, o al 1 por 100 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”.

Art. 14 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Jefatura del Estado (BOE 11 marzo 2004, núm. 61).

“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”.

Art. 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Jefatura del Estado (BOE 11 marzo 2004, núm. 61). (Ver en Anexo normativo).

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

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

Artículo 209.IX del Código General de Impuestos francés (Ver traducción realizada por el autor en Anexo normativo).

“1. Los gastos financieros relativos a la adquisición de valores de renta variable mencionados en el tercer párrafo del apartado I del artículo 219 se reportan a los resultados del ejercicio en que la empresa no es capaz de demostrar por cualquier medio, de conformidad con el ejercicio o los ejercicios que abarca un período de doce meses desde la fecha de adquisición de los valores o, para los valores adquiridos durante un periodo que comience antes del 1 de enero de 2012, el primer ejercicio que se inicie después de fecha, que las decisiones relativas a estos títulos se hacen realmente por ella o por una empresa con sede en Francia que la controla el sentido del punto I del artículo L. 233-3 del Código de Comercio o por una sociedad establecida en Francia directamente controlada por esta última en el sentido del artículo L. 233-3 y, cuando el control o influencia es ejercido sobre la empresa cuyos valores se mantienen, que dicho control o influencia se ejerce de manera efectiva por la empresa tenedora de las acciones o por una empresa establecida en Francia que la controla el sentido del punto I del artículo L. 233-3 o por una empresa con sede en Francia directamente controlada por esta última en el sentido del mismo artículo.

2. Por aplicación del apartado 1, los gastos financieros afectos a la adquisición de los títulos adquiridos serán considerados iguales a una fracción de los gastos financieros que la entidad haya asumido igual a la razón entre el precio de compra de estos títulos y la cantidad promedio durante el período de la deuda que la compañía ha adquirido.

La reintegración se aplica en el ejercicio en el que la manifestación mencionada en el apartado 1 habrá de presentarse y en los ejercicios terminados hasta el final del octavo año siguiente a la adquisición”.

Sección 4h deducción de gastos corporativos por pagos de intereses de la Ley del Imp. sobre la Renta alemana. (Ver traducción realizada por el autor en Anexo normativo).

“(1): los intereses financieros de una empresa serán deducibles hasta el nivel de los ingresos financieros, por encima de este nivel sólo serán deducibles hasta un nivel del EBITDA.

(2) La frase 1 del párrafo 1 no será válida si a) la cantidad a pagar por intereses que exceda de los ingresos por intereses es menor de tres millones de euros, b) la entidad no pertenece o sólo en parte a otra entidad o c) la entidad pertenece a una empresa y su ratio de capital al final del ejercicio fiscal precedente es tanto o más alto que el de la empresa (comparativa de capital)”.

8. ANEXO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA.

8.1. Jurisprudencia.

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STJCE de 10 de noviembre de 2011 (Cuestión prejudicial).

- Tribunal Constitucional

STC de 10 de mayo de 2005 (Recurso de Amparo núm. 5388/2002).

- Tribunal Supremo

STS de 18 de marzo de 2013 (Recurso de Casación núm. 392/2011).

STS de 12 de noviembre de 2012 (Recurso de Casación núm. 4299/2010).

STS de 18 de junio de 2012 (Recurso de Casación núm. 5352/2009).

STS de 14 de mayo de 2012 (Recurso de Casación núm. 2144/2010).

STS de 20 de septiembre de 2012 (Recurso de Casación núm. 6231/2009).

STS de 9 de diciembre de 2011 (Recurso de Casación núm. 3586/2009).

STS de 3 de marzo de 2011 (Recurso de Casación núm. 4775/2006).

STS de 4 de octubre de 2010 (Recurso de Casación núm. 4954/2005).

STS de 27 de enero de 2010 (Recurso de Casación núm. 5670/2004).

STS de 22 de enero de 2009 (Recurso de Casación núm. 7117/2004).

STS de 18 de marzo de 2008 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 35/2004).

STS de 28 de marzo de 2007 (Recurso de Casación núm. 1981/2001).

STS de 10 de enero de 2007 (Recurso de Casación núm. 375/2001).

STS de 25 de octubre de 2006 (Recurso de Casación núm. 4573/2001).

STS de 22 de marzo de 2005 (Recurso de Casación núm. 3423/2000).

- Audiencia Nacional

SAN de 1 de abril de 2013 (Recurso contencioso-administrativo núm. 51/2010).

SAN de 26 de enero de 2011 (Recurso contencioso-administrativo núm. 24/2008).

SAN de 30 de abril de 2009 (Recurso contencioso-administrativo núm. 638/2005).

8.2. Doctrina administrativa.

- Tribunal Económico-Administrativo Central

Resolución del TEAC de 20 de julio de 2002.

Resolución del TEAC de 20 de julio de 2001.

- Dirección General de Tributos

“Resolución de 16 de julio de 2012, en relación con la limitación en la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto de Sociedades (BOE 17 julio 2012)”. Dirección General de Tributos. http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/Impuesto%20sobre%20Sociedades/Resolución_16-07-2012.pdf, accedido en Marzo 2014.

Consulta vinculante de 23 de julio de 2013.

Consulta vinculante de 19 de marzo de 2013.

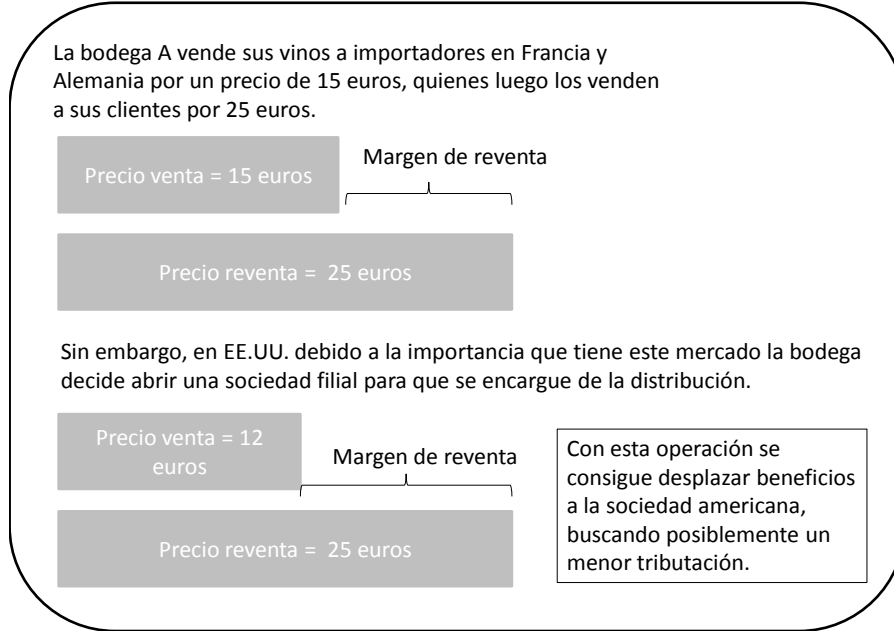
Consulta vinculante de 21 de junio de 2012.

9. ÍNDICE DE GRÁFICOS.

➤ Figura 1	Pág.
➤ Figura 2	Pág.
➤ Figura 3	Pág.
➤ Figura 4	Pág.
➤ Figura 5	Pág.
➤ Figura 6	Pág.
➤ Figura 7	Pág.
➤ Figura 8	Pág.

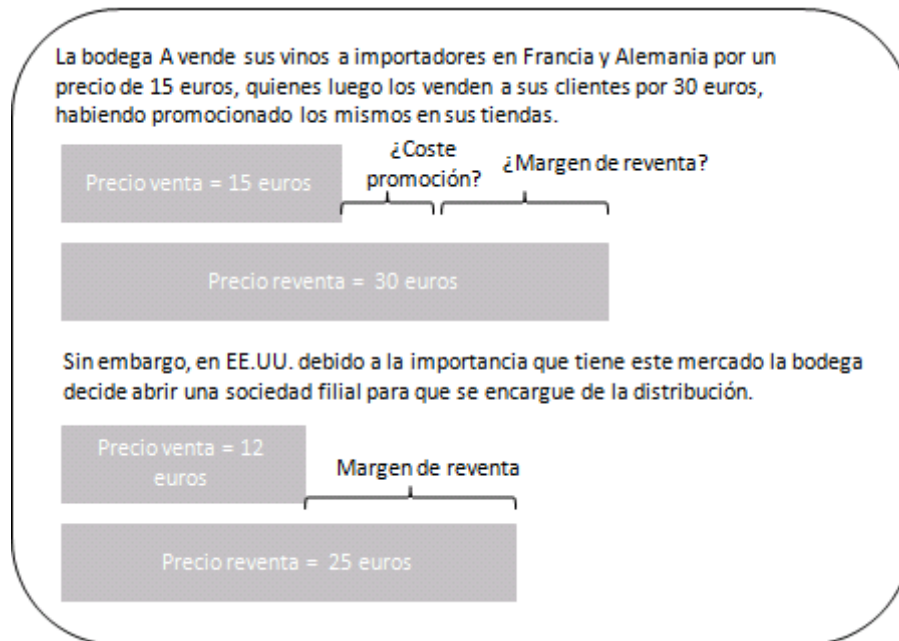
10. ANEXO DOCUMENTAL DE GRÁFICOS.

➤ Figura 1:



Fuente: Elaboración propia.

➤ Figura 2:



Fuente: Elaboración propia.

➤ Figura 3:

Se decide tomar como margen de beneficio para aplicar el método el EBITDA/ventas (unitario). Así se pasa a calcular este indicador en la operación no controlada.

$$\text{EBITDA unitario/precio de venta} = (30 - 15 - 3)/30 = 0.4 = 40\%$$

Este margen del 40% se lo aplico a la operación controlada.

$$0.4 = \text{EBITDA unitario/precio de venta} = (\text{p. de venta} - \text{p. de compra})/\text{p. de venta}$$

$$0.4 = (25 - \text{p. de compra})/25 \qquad 0.4 = 1 - (\text{p. de compra}/25)$$

$$\text{p. de compra} / 25 = 0.6$$

$$\text{p. de compra} = 15$$

Así pues el precio de transferencia deberá ser 15 euros.

Fuente: Elaboración propia.

➤ Figura 4:

En miles de euros				
	Grupo consolidado	Entidad A	Entidad B	Entidad C
Beneficio operativo	6000	2000	2000	2000
Gastos financieros netos	2000	800	700	500
Exceso sobre límite de 1 millón de euros	Sí	No	No	No
30% del Beneficio operativo	1800	600	600	600
Exceso sobre el límite del 30%	200	200	100	-100
Distribución del exceso		133,3333333	66,6666667	0

El exceso de gastos financieros sobre el límite del 30% del BO se distribuirá a prorrata entre aquellas entidades que tuvieron un exceso positivo individualmente consideradas.

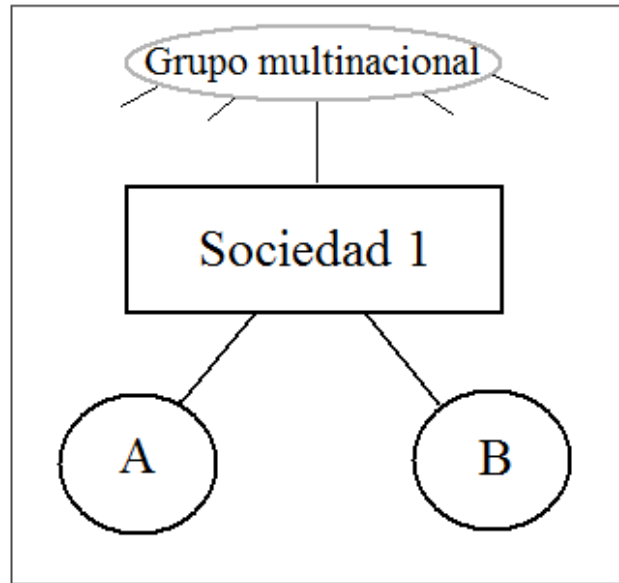
En este caso las entidades que tendrán gastos financieros por los que no se puede aplicar la deducción serían A y B:

Exceso = 200
 Exceso correspondiente a A = $200 \times (200/300) = 133,33$
 Exceso correspondiente a B = $100 \times (100/300) = 66,67$

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis doctrinal del art.20 de la LIS realizado en la Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012¹⁰⁴.

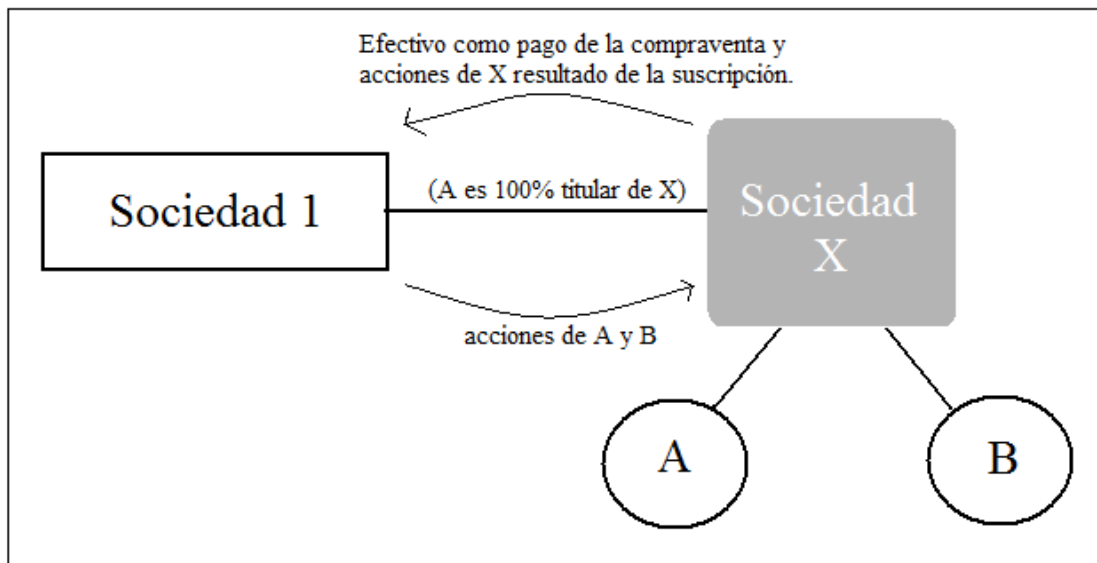
¹⁰⁴ “Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012, en relación con la limitación en la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto de Sociedades (BOE 17 julio 2012)”. Dirección General de Tributos. http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/Impuesto%20sobre%20Sociedades/Resolución_16-07-2012.pdf, accedido en Marzo de 2014.

➤ Figura 5



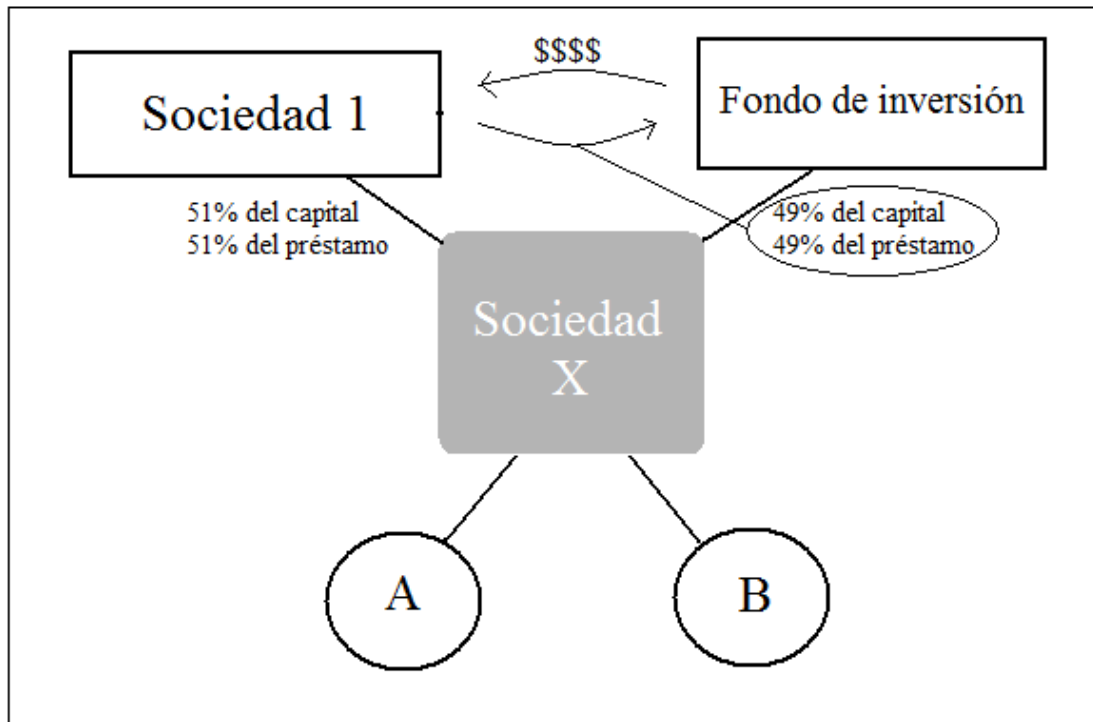
Fuente: Elaboración propia.

➤ Figura 6:



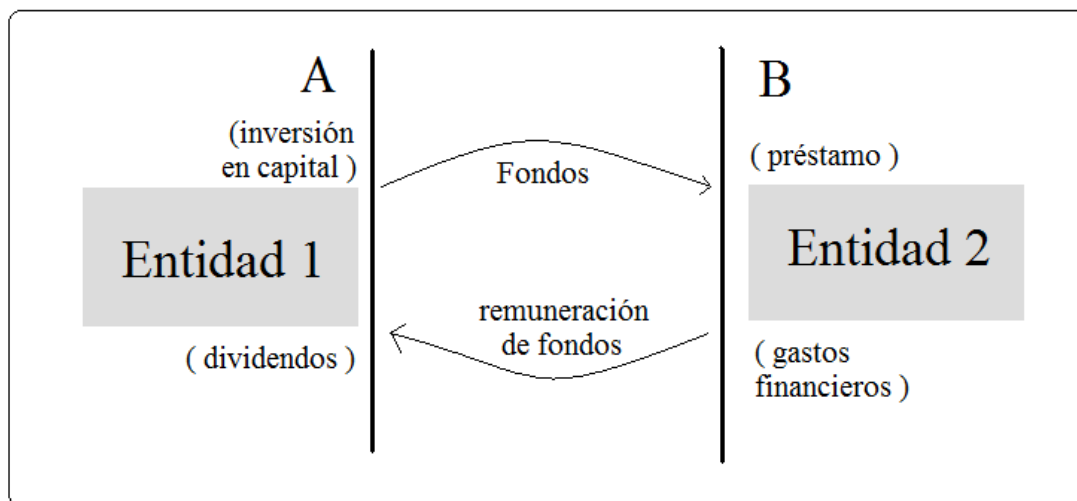
Fuente: Elaboración propia.

➤ Figura 7



Fuente: Elaboración propia.

➤ Figura 8:



Fuente: Elaboración propia.