

LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS
EN EL IMPUESTO DE SOCIEDADES

CÉSAR GARCÍA NOVOA

LA DEDUCIBILIDAD
DE GASTOS FINANCIEROS
EN EL IMPUESTO
DE SOCIEDADES

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2016

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© César García Novoa
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9123-333-6

ABREVIATURAS

AEAF	Asociación Española de Asesores Fiscales
AEDAF	Asociación Española de Asesores Fiscales
AO	Abgabenordnung 1977
Arch.Fin.	Archivio Finanziario
art.	Artículo
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BB	Der Betriebs-Berater
BFH	Bundesfinanzhof
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
BVfG	Bundesverfassungsgericht
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CDI	Convenio de Doble Imposición
CE	Constitución Española
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CEE	Comunidad Económica Europea
<i>CFC</i>	<i>Controlled Foreign Corporation</i>
CP	Código Penal
<i>CT</i>	<i>Revista Crónica Tributaria</i>
CUP	Comparable Uncontrolled Price
DGT	Dirección General de Tributos
Dir. e Prat.Trib.	Diritto e Practica Tributaria
dir.	director (-es)
<i>DOCE</i>	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsches Steuer-Zeitung
ECOFIN	Consejo Europeo de Ministros de Finanzas
ed.	Edición
Ed.	Editorial
EDERSA	Editoriales de Derecho Reunidas, S.A.

EP	Establecimiento Permanente
EstG	Einkommensteuer Gesetz
FJ	Fundamento Jurídico
FMI	Fondo Monetario Internacional
<i>HPE</i>	<i>Revista Hacienda Pública Española</i>
IEF	Instituto de Estudios Fiscales
IFS	Institute for Fiscal Studies
<i>Impuestos</i>	<i>Revista Impuestos</i>
<i>La Ley</i>	<i>Revista La Ley</i>
LGT	Ley General Tributaria
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LO	Ley Orgánica
LOB	Limitation of Benefits
MCDI	Modelo de Convenio de Doble Imposición
MOCDE	Modelo OCDE
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Num./número.	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo
OM	Orden Ministerial
OMC	Organización Mundial del Comercio
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
p.	Página/s
<i>QF</i>	<i>Quincena Fiscal (Revista)</i>
RACAC	Reglamento del Código Aduanero Comunitario
<i>RAP</i>	<i>Revista de Administración Pública</i>
<i>RAr.</i>	<i>Repertorio de Aranzadi</i>
RD	Real Decreto
<i>RDFHP</i>	<i>Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública</i>
RDley	Real Decreto Ley
<i>REDF-Civitas</i>	<i>Civitas, Revista Española de Derecho Financiero</i>
<i>REF</i>	<i>Revista de Estudios Financieros</i>
Regl.	Reglamento
Res.	Resolución
<i>Rev. Dr. Pub.</i>	<i>Revista de Derecho Público</i>
<i>Rev. Trim. Der. Civ.</i>	<i>Revista Trimestral de Derecho Civil</i>
<i>RIDT</i>	<i>Revista Iberoamericana de Derecho Tributario</i>
<i>Riv. Dir. Fin. e Sc. F.</i>	<i>Revista di Diritto Finanziario e Scienza de la Finanza</i>
<i>RTC</i>	<i>Repertorio del Tribunal Constitucional</i>
<i>RTT</i>	<i>Revista Técnica Tributaria</i>
S	Sentencia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SS	Sentencias
ss.	siguientes
StB	Der Steuerberater
StBp	Die steuerliche Betriebsprüfung
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

StuW	Steuer und Wirtschaft
TC	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TR	Texto Refundido
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vol.	volumen
VV.AA.	Varios Autores

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

La Ley 27/2014, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, ha sido una pieza más de la reforma fiscal del año 2014/2015. La *intrahistoria* de esta reforma es bien conocida. Surge con la aprobación por el Consejo de Ministros de cuatro Anteproyectos de Reforma Fiscal (Ley General Tributaria, IRPF, IVA e Impuesto sobre Sociedades), el 20 de junio de 2014. Y también es conocido que el referente de esta batería de cambios normativos fue el Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario constituida por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de julio de 2013 (en adelante, el Informe). Esta Comisión presentó su trabajo el 13 de marzo de 2014, en el cual se analizaba la totalidad del sistema tributario español y se proponía un buen número de modificaciones y cambios. El contenido de este Informe, mucho más amplio que esta reforma fiscal, de pretensiones más bien limitadas, ha sido seguido solo en parte por los proyectos de ley subsiguientes¹ y la reforma fiscal afectó a la deducibilidad de gastos financieros por las sociedades.

El objeto del presente trabajo es plantear de modo crítico las medidas fiscales que en los últimos años han tenido como objetivo el tratamiento fiscal de la financiación ajena de las sociedades mercantiles. Cuestión en la que sin lugar a dudas juega un papel fundamental el Informe de la OCDE sobre *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) con su correspondiente Plan de Acción². Y, en concreto, la Acción 4, que pretende *limitar la erosión de*

¹ Sobre el tema *La nueva tributación tras la reforma fiscal* (coord. PATÓN GARCÍA), Madrid, Ed. Ciss, 2016, pp. 121 y ss.; *Fiscalidad en tiempos de crisis* (coord. MALVÁREZ PASCUAL-RAMÍREZ GÓMEZ), Pamplona, Aranzadi, 2004, pp. 122 y ss.

² *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, versión española, OCDE, Publishing, 2013, p. 31; *vid.* nuestro trabajo "Base erosion and profit shifting

la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros, adquiriendo especial importancia las conclusiones a las que llega el Informe Final de la Acción 4, de 5 de octubre de 2015. En el mismo se pretende afrontar la estrategia de los grupos multinacionales, consistente en utilizar los endeudamientos internos para reducir la carga fiscal total. Este Informe, que se sitúa en la línea de los trabajos de la Unión Europea plasmados en la resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010, señala que «los grupos pueden aumentar exponencialmente el nivel de endeudamiento soportado por cada entidad del grupo a través de préstamos intragrupo».

Y, en concreto, se detectan fórmulas de concentración de gastos financieros en un determinado país, normalmente de fiscalidad alta. En el primer caso, el posterior Informe de la OCDE de 26 de octubre de 2015, habla, por un lado, de grupos que «colocan un mayor nivel de deuda con terceros en países con alta fiscalidad» (*groups placing higher levels of third party debt in high tax countries*) o que utilizan préstamos intragrupo para generar deducciones excesivas de intereses mediante la gestación de gastos con terceros (*groups using intragroup loans to generate interest deductions in excess of third party interest expense*).

Al margen de la deuda con terceros (grupos sin deuda o con deuda relativamente baja), el Informe se refiere también a operaciones de deducciones excesivas en forma del interés para el prestatario cuando el prestamista es una entidad vinculada y no residente que dispone de un régimen especial³. Y en las llamadas inversiones de salida se detectan operaciones de financiación más o menos artificiosas, orientadas a la generación de un ingreso exento, a lo que se refiere el Informe de 26 de octubre de 2015, diciendo que «finalmente grupos que utilizan la deuda para financiar la generación de rentas exentas» (*groups using debt to fund the generation of tax exempt income*). Al contenido de estos Informes nos referiremos de manera más extensa al tratar de la influencia de BEPS en la deducibilidad de gastos financieros.

Obviamente, y dada la visión anti-elusiva del Informe BEPS, el objeto principal del mismo es afrontar la influencia del tratamiento fiscal de los

(BEPS) y sus implicaciones en los ordenamientos domésticos», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2015, pp. 45 a 48. El Plan se estructura en tres fases; la primera se ha puesto de manifiesto en la formulación de las acciones que integran el Plan. Así, BEPS contiene 15 acciones, que deben desarrollarse en otros tantos informes. La elaboración de estos informes sería la segunda fase del proyecto, para lo que BEPS fija unos plazos específicos. La mayoría de los informes de desarrollo de las acciones tenían como plazo el mes de septiembre de 2014. Todos los demás informes se ultimaron en septiembre de 2015, aunque para los relacionados con los precios de transferencia se prevé un plazo mayor. De manera que el plan BEPS tiene una fase de concreción de objetivos y otra, ulterior, de incorporación de sus resultados a los ordenamientos domésticos de los distintos Estados.

³ F. SERRANO ANTON, «El Programa BEPS: LA OCDE contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios en el marco internacional», *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Pamplona, Aranzadi, 2014, p. 517.

gastos financieros de bases imponibles y el traslado de beneficios. El Informe señala tres situaciones en que esta erosión de bases de los grupos multinacionales mediante el pago de gastos financieros puede concretarse, que define como «escenarios básicos». Por un lado, puede ocurrir que el grupo concentre un elevado nivel de deuda con entidades independientes en países de elevada tributación. Por otro, el grupo puede utilizar préstamos intragrupo para aprovechar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros. Finalmente, el grupo puede usar financiación obtenida de empresas del grupo o de entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen.

La solución propuesta, en todos los casos, es una limitación o negación de la consideración como partida deducible de determinado volumen de gastos financieros, siendo este la única consecuencia propuesta por los Informes relativos a la Acción 4 de BEPS que, incluso, se han referido a mantener el régimen de retención en la fuente o *withholding tax* sobre los intereses no deducibles pagados.

En una línea similar, y dentro de lo que se ha dado en llamar la *BEPS europea*⁴, la Unión Europea aprobó la llamada Directiva Anti-Abuso o ATAD (por *Anti Tax Avoidance Directive*).

Se trata de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 19 de julio). Esta norma europea obtuvo carta de naturaleza por el método de *aprobación tácita*, al no manifestar ningún Estado su oposición al texto que surgió del ECOFIN del 17 de junio de 2016⁵, y constituye el principal exponente de lo que se ha dado en llamar BEPS europea, integrado por un proceso normativo europeo que ha venido discurriendo paralelamente a la implementación de BEPS.

La Directiva incluye en su art. 4 una limitación de la deducibilidad de los intereses del tipo *ceiling rule* (30 por 100 *EBITDA*, calculado incluyendo en la renta imponible los gastos netos por intereses y otros gastos equivalentes a intereses, así como las depreciaciones y amortizaciones), aunque con excepción de su aplicación en función de unas determinadas condicio-

⁴ J. M. CALDERÓN CARRERO, «La dimensión Europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de *tax rulings*, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2016, p. 7.

⁵ El art. 4.1, de la Directiva señala que los Estados miembros podrán considerar también como contribuyente: a) una entidad que esté autorizada u obligada a aplicar las normas en nombre de un grupo, según la definición prevista en el Derecho tributario nacional; b) una entidad de un grupo, como se defina en el Derecho tributario nacional, que no consolide los resultados de sus miembros a efectos fiscales. En tales circunstancias, los costes de endeudamiento excedentarios y el *EBITDA* podrán calcularse para la totalidad del grupo y englobar los resultados de todos sus miembros.

nes referidas al grupo⁶. Dispone además, en su art. 11.6, que los Estados miembros que tengan normas nacionales específicas para impedir los riesgos en materia de BEPS en la fecha de 8 de agosto de 2016, «y que sean igualmente eficaces a efectos de la norma de limitación de intereses establecida en la presente Directiva» (entre los que habría que incluir a España) podrán aplicar dichas normas específicas hasta que termine el primer ejercicio presupuestario siguiente a la fecha de publicación del acuerdo entre los miembros de la OCDE que figure en el sitio web oficial sobre unas normas mínimas en relación con la Acción 4 del BEPS. Esta fecha no podrá ir nunca más allá del 1 de enero de 2024.

Junto con la citada *ceiling rule* basada en el 30 por 100 del EBITDA, la Directiva propone una serie de reglas de escape, como una *de minimis rule* (no limitación cuando los gastos financieros no excedan de tres millones de euros), una *standalone entities* (no se establece limitación alguna cuando la sociedad no forme parte de un grupo). Por último, y en la línea del Informe de la Acción 4 de BEPS, se prevé una norma de ratio global de grupo (*group ratio rule*) que permitirá deducir intereses por encima de la ratio fija, atendiendo a la correlación entre el gasto financiero neto y el EBITDA del grupo a nivel mundial. A este paralelismo de las BEPS europea con la Directiva se ha referido el Informe de 6 de febrero de 2016 de la OCDE, al destacar que la regla de grupo que propone la Directiva, a diferencia de lo sugerido por la OCDE, permite deducir completamente los gastos financieros «si la proporción del capital sobre los activos totales del contribuyente es al menos el 98 por 100 de la del grupo según la contabilidad adecuadamente auditada»⁷.

La medida se define como una regla de alcance general con independencia de la fuente de la financiación. La Directiva supone un estándar mínimo; los Estados miembros pueden establecer normas más exigentes siempre que las mismas respeten las libertades fundamentales tal y como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así lo hace la legislación española, por ejemplo, a la hora de señalar la cuantía máxima de intereses deducibles, que en España es de un millón de euros, mientras que, según el art. 4.3 de la Directiva «se otorga al contribuyente

⁶ La norma de *ceiling rule* (gastos financieros netos no superiores al 30 por 100 del EBITDA, con posibilidad de diferimiento del exceso no deducido), es similar a la norma contenida en el art. 16 de la vigente Ley española del Impuesto sobre Sociedades, introducida en 2012 y que tuvo como referencia un precepto similar de la ley alemana; se trata, en este caso, de una norma de alcance general y, por tanto, no necesariamente con finalidad anti-abuso, sino más bien en la línea de dirimir el tradicional dilema entre endeudamiento y capital propio; M. T. SOLER ROCH, «EU BEPS vs. BEPS», trabajo pendiente de publicación en el *Libro Homenaje a Jacques Malherbe*, p. 10.

⁷ «if the proportion of equity to total assets of the taxpayer is at least 98 por 100 of that of the group as per appropriately audited consolidated accounts...» Y, ello, pasando por alto la relación capital/activos en los seis meses anteriores.

el derecho a deducir los costes de endeudamiento excedentarios hasta los tres millones de euros».

También los Estados pueden incluir reglas de escape adicionales en relación con los costes de endeudamiento de préstamos utilizados para financiar proyectos de infraestructura pública a largo plazo, cuando, tanto el promotor del proyecto como los costes de endeudamiento, los activos y la renta estén en la Unión Europea⁸.

Se trata, por tanto, de una medida incluida en una norma armonizadora de la Unión Europea, que, no obstante, no eclipsa el principal instrumento normativo para el tratamiento de los gastos financieros en las sociedades, que sigue siendo, en Europa, la Propuesta de Directiva del Consejo Europeo de 16 de marzo de 2011 relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS). Se está a la espera de una próxima versión revisada de la Directiva BICCIS, CCCTB, en sus siglas en inglés, respecto a la cual la Directiva Anti-Abuso es una solución temporal. El 24 de octubre de 2016, el comisario de fiscalidad de la Unión Europea presentó una nueva propuesta de base común consolidada.

Como vemos, los *trending* internacionales empujan a una concepción del tratamiento fiscal del endeudamiento societario en clave de política anti-elusiva. Pero, como informan los recientes informes publicados⁹, orientados a teorizar sobre cómo debe estructurarse un sistema fiscal óptimo, la cuestión de la fiscalidad del endeudamiento es de mucho mayor calado y hunde sus raíces en la problemática tributaria de la financiación empresarial, donde cuestiones como la neutralidad del sistema fiscal adquiere una importancia de primera magnitud. A ello vamos a referirnos en las líneas que siguen.

⁸ R. FUSTER TOZER y C. DURÁN HAEUSSLER, «Acción 4. Limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros»; *Proyecto BEPS de la Fundación IC*, Madrid, Fundación Impuestos y Competitividad, 2016, p. 7.

⁹ Es el caso del Informe Mirrlees (*Reforming the Tax System for the 21st Century: The Mirrlees Review*; <http://www.tfs.org.uk/publications/mirrleesreview/>). Estos informes coadyuvan una *estandarización* de los sistemas fiscales. Empiezan a percibirse modelos estándar de sistemas tributarios surgidos de las propuestas de organismos internacionales como la OCDE o el Fondo Monetario Internacional, o, simple y llanamente, de la *auctoritas* (legitimación socialmente reconocida que procede de un saber) de ciertos informes, que pretenden señalar pautas que, en buena medida, se separan de las exigencias de justicia valoradas en cada caso por los Parlamentos nacionales, para orientarse hacia los *Tax by Design*; *vid.*, L. KAPLOW, «An Optimal Tax System», *Fiscal Studies*, vol. 32, p. 431.

CAPÍTULO II

LA NEUTRALIDAD EN EL TRATAMIENTO FISCAL DE LA FINANCIACIÓN DE LAS EMPRESAS Y EL DESAPALANCAMIENTO SOCIETARIO

El mencionado Informe de la Comisión de Expertos para la reforma fiscal consideraba necesario fomentar el crecimiento económico e impulsar el proceso de desapalancamiento de las empresas (p. 72 del Informe) y preveía que el sistema tributario pudiera ser un buen instrumento para ello. La reducción del desapalancamiento es uno de los *leitmotiv* del informe, hasta el punto de que algunas de las decisiones más polémicas de entre las que se atrevió a proponer la Comisión para la Reforma Fiscal (como la supresión retroactiva de la deducción por vivienda) se justifican, precisamente, porque la existencia de tal deducción «obstaculiza el proceso de desapalancamiento de las economías domésticas» (p. 142). Lo mismo ocurre con la oposición a la existencia de impuestos autonómicos sobre depósitos bancarios; se dice que los mismos «retrasan el necesario proceso de desapalancamiento de empresas y familias» (p. 355 del Informe).

Los análisis de optimización del sistema fiscal se han venido haciendo, en los últimos años, tomando en consideración el contexto de crisis económica¹. En este sentido, y como señalan JEREZ BARROSO-PICOS SÁNCHEZ, «en la actualidad, la consecución de la neutralidad financiera en el diseño del IS ha suscitado gran interés en el contexto de la crisis económica y financiera. Aunque los expertos coinciden en que el sesgo a favor de la financiación ajena en el IS no ha sido la principal causa de la crisis financiera,

¹ Sobre la citada sentencia, E. CENCERRADO MILLÁN, «Medidas adoptadas en el Impuesto sobre Sociedades ante la crisis económica», en *Fiscalidad en Tiempos de Crisis*, MALVÁREZ PASCUAL y RAMÍREZ GÓMEZ (coords.), Aranzadi, 2014, p. 285.

sí están de acuerdo en que incentivando el excesivo endeudamiento de las empresas el diseño del impuesto podría haberla acentuado»².

Por tanto, la mitigación del alto nivel de endeudamiento de la economía española parecía ser uno de los objetivos que inspiraron el trabajo de la Comisión, centrándose preferentemente (aunque no de modo exclusivo) en el endeudamiento de las empresas. Y la Comisión, por su parte, era claramente partidaria de un uso extrafiscal del sistema tributario³.

Tal es así, que la Comisión en su Informe entendió que debería reducirse el alto nivel de apalancamiento de la economía española. Afirmaba la Comisión de Expertos que las empresas y los grupos en nuestro país financian sus activos totales a través de recursos propios (patrimonio neto en la terminología contable) y recursos ajenos (pasivo corriente y no corriente) en una proporción aproximada del 35/65 por 100. Para la Comisión lo más adecuado sería reducir el apalancamiento de la economía española, de manera que se consiguiese avanzar hacia el equilibrio entre ambas fuentes de financiación, es decir, una proporción 50/50 por 100.

Este alto nivel de endeudamiento tiene muchas causas; en lo estrictamente fiscal hay un factor que influye, que es el distinto tratamiento tributario del endeudamiento de las empresas frente a la financiación con recursos propios. Es lo que, en la terminología fiscal, se denomina la contraposición *debt-equity*⁴. El distinto tratamiento fiscal de la deuda y del capital es una de las expresiones más claras de la falta de neutralidad del sistema fiscal.

Ello adquiere singular relevancia cuando el endeudamiento, y en especial, el endeudamiento vinculado, se produce en el seno de operaciones entre sociedades en distintos Estados, dentro de lo que podemos denominar, con carácter general, grupos multinacionales. En este contexto, el diferente trato fiscal entre intereses y dividendos adquiere su máxima importancia. Así, como dicen FUSTER TOZER y DURÁN HAEUSSLER, «en el ámbito estrictamente nacional, la diferencia entre el tratamiento fiscal de los intereses y

² L. JEREZ BARROSO y F. PICOS SÁNCHEZ, *La neutralidad financiera en el Impuesto sobre Sociedades: microsimulación de las opciones de reforma para España*, Fundación de las Cajas de Ahorro, Documento de Trabajo, núm. 671, 2012, p. 2.

³ Como acertadamente señala C. A. DOMÍNGUEZ CRESPO, el uso extrafiscal del sistema tributario supone perseguir un fin distinto al de la recaudación ya sea gravando exclusivamente hechos que inciden directamente sobre un fin perseguido, o indicando exenciones, aumentos o reducciones en tipos, identificando los sujetos gravados, conformando créditos determinados u otras técnicas legislativas apropiadas; *Los fines extrafiscales de los tributos*, México, Ed. Porrúa, 2014, p. 57. Es la estructura del tributo lo que sustancia esa finalidad extrafiscal; J. E. VARONA ALABERN, *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 28.

⁴ *Vid.* al respecto nuestro trabajo «The debt-equity conundrum», National Report Spain, *IFA 2012 Boston Congress*, Hrsg, München, IFA, 2012, pp. 649 a 668; También P. A. BROWN y M. LAMBOOIJ, en el mismo volumen, la relatoría general de este tema, *International – Consequences of an Arbitrary Distinction – The Debt-Equity Conundrum*, Bulletin for International Taxation, 2012, pp. 32 y ss.

dividendos es generalmente menos relevante porque el gasto financiero en la entidad prestataria genera un correlativo ingreso financiero gravable en la sociedad prestamista. Sin embargo, en estructuras de financiación transfronterizas, el atractivo de los recursos ajenos respecto a los propios cobra mayor trascendencia en la medida en que los intereses deducibles que reducen el beneficio empresarial tributable en una jurisdicción se gravan, en su caso, en otra jurisdicción»⁵.

Así se ha destacado en un país que se ha erigido en paladín internacional contra la erosión de bases imponibles de sus compañías multinacionales, como es el caso de Estados Unidos. Así, en el reciente paquete de medidas contra las *tax inversion* del Departamento del Tesoro de 8 de abril de 2016, *Framework for Business Tax Reform*, se hace mención a los *earnings stripping* y, en concreto, al desplazamiento de beneficios por pago de intereses a las filiales adquiridas en el marco de una *tax inversion*. Para evitar el *profit shifting* en estos casos, el Tesoro promueve acciones para recaracterizar ciertos pagos de intereses en dividendos⁶.

Es en este contexto transfronterizo en el que la limitación adquiere su significado anti-elusivo, pues sirve para combatir el traslado artificial de beneficios a jurisdicciones de fiscalidad más reducida (*tax degradation*). En tal sentido, el citado documento *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), de la OCDE de 2013, al que tanta importancia se le atribuye en la actualidad, recuerda entre sus medidas para evitar la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios a jurisdicciones favorables, la necesidad de «limitar la deducción de gastos financieros».

BEPS es un documento que puede guiar la adopción de ciertas medidas en el ordenamiento español, aunque no tiene eficacia jurídica directa. No obstante el Tribunal Supremo lo ha invocado como elemento de interpretación para juzgar adquisiciones apalancadas de entidades con deducción de la carga financiera, llevadas a cabo hace más de diez años. En la sentencia *Gepe-sa*, de 9 de febrero de 2015 se dice que «bajo el prisma de la existencia de una razón imperiosa de interés general, la práctica que detecta y corrige la Administración tributaria constituye en la actualidad una de las mayores preocupaciones en el seno de la OCDE, reflejada en el BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Action Plan...» (FJ 7.^o). En un sentido similar, la sentencia del caso *Hummel Ibérica*, de 12 de febrero de 2015 —RJ/2015/912—.

En este contexto, es necesario recordar que en los grupos internacionales de sociedades, en los que la matriz está situada en un Estado y la filial en otro, es posible el endeudamiento de la matriz con la filial y viceversa, pues

⁵ R. FUSTER TOZER y C. DURÁN HAEUSSLER, «Acción 4. Limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros»; *op. cit.*, p. 1.

⁶ Memorandum *Stop Corporate Inversions* del *Join Committee on Taxation* del Congreso de los Estados Unidos, Washington DC. 20515-6453, 14 de julio de 2015, p. 2.

se trata de un negocio válido y perfectamente lícito entre sujetos de derecho con personalidad y capacidad jurídica diferenciada. En el supuesto de que la filial financie a la matriz no residente, y que esta pague intereses deducibles, la filial estaría localizada en un Estado de fiscalidad privilegiada o de baja tributación. La reducción de bases imponibles a través del endeudamiento con filiales, son estrategias próximas a un *stepping stone*, que suele enfrentarse con medidas domésticas como la citada transparencia fiscal internacional, que la OCDE anima a los Estados a incorporar a sus ordenamientos y que la mentada Directiva Anti-Abuso europea (ATAD) revitaliza.

En el caso de que sea la matriz la que financie a la filial, la matriz estará colocando capitales en forma de préstamo de forma paralela a los fondos invertidos en concepto de capital. De esta forma, la matriz, que es dueña de las participaciones de la filial, se convierte, además, en prestamista. Y ello plantea una alternativa para la filial en cuanto a la obtención de fondos. Puede obtenerlos aumentando la matriz su participación mediante un aumento de capital. Y puede obtenerlos vía financiación, recibiendo fondos de la matriz en concepto de préstamos. En el primer caso, la filial pagará dividendos y en el segundo, intereses.

En el segundo caso, el pago de los intereses supone el cómputo de una carga financiera deducible para determinar la renta neta, pues la generalidad de los ordenamientos, y en particular el español, consideran deducibles los gastos financieros, incluidos los intereses devengados por cualquier préstamo concertado por una entidad para financiar el desarrollo de sus actividades. Sobre la deducibilidad de este gasto podría hablarse mucho, pero dado que se ha superado el viejo planteamiento de la *necesidad del gasto*⁷, y que los gastos no deducibles pasan a estar tasados (así lo recuerdan HERNÁNDEZ y LÓPEZ TELLO en relación a un tema que trataremos, la deducibilidad de los intereses de demora,), la realidad es que las exigencias de capacidad

⁷ Un punto de inflexión en la teoría de la deducibilidad del gasto lo marca el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de diciembre de 2003, que reconoce que la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del nuevo IS, ha adoptado el concepto *más lógico y flexible de gasto contable*. Dicho concepto de *gasto contable* se incluye en el art. 36 del Código de Comercio, en redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, que define los gastos como «decrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones a los socios o propietarios». Por otro lado, «los gastos no deducibles pasan a estar tasados, sin que entre los mismos se incluyan los intereses de demora y a pesar de que se contemplan expresamente otros conceptos derivados de incumplimientos legales que no se consideran deducibles (multas y recargos). Por otra parte, a partir de la derogación de la Ley 61/1978 desaparece el requisito de “necesidad” del gasto para que este se considere deducible en el IS. Ante este panorama legislativo solo cabe concluir que la ausencia de toda referencia a los intereses de demora entre los gastos no deducibles debe ser interpretada como una clara decisión del legislador a favor de su deducibilidad. En efecto, su silencio a pesar de la polémica previamente existente en el contexto de la “necesidad” del gasto de la Ley 61/1978»; C. HERNÁNDEZ y L. LÓPEZ TELLO, *La deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de los intereses de demora tributarios*, Papers AEDAF, núm. 11, mayo, Madrid, 2016, p. 29.