

1. **Acción 4: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros**

La globalización que ha experimentado el sistema financiero mundial a lo largo del último siglo permite que, en nuestros días, el dinero y los capitales financieros fluyan de un lugar a otro con una facilidad y velocidad nunca vistas hasta la fecha. Esta circunstancia ha contribuido a que los grupos multinacionales puedan financiar sus operaciones transfronterizas de forma eficiente, optimizando la captación y aplicación de los recursos propios y ajenos que destinan a su actividad empresarial.

Sin embargo, los sistemas impositivos nacionales no han experimentado una evolución similar. A pesar de la influencia en el ordenamiento tributario de los convenios para evitar la doble imposición y del Derecho Comunitario, se sigue legislando desde una perspectiva eminentemente nacional sin que exista, hasta la fecha, una normativa fiscal internacional coordinada entre los países occidentales. La descoordinación entre los sistemas fiscales nacionales ha propiciado el diseño de estructuras fiscalmente óptimas que permitían la reducción de la tributación a nivel global.

Desde la perspectiva fiscal, financiar una actividad empresarial con recursos propios (fundamentalmente, mediante aportaciones de capital por los accionistas y reinversión de beneficios) o ajenos (empleando instrumentos de deuda) no es indistinto. La financiación ajena a través de deuda se retribuye mediante el pago de intereses que se deducen del beneficio gravable. Por el contrario, la financiación con recursos propios se remunera mediante el pago de dividendos al accionista, partida que se detrae de los beneficios después de impuestos y que, por tanto, no genera un gasto fiscalmente deducible. Desde el punto de vista del financiador, los intereses percibidos por el prestamista generan un ingreso gravable mientras que, con carácter general, los dividendos quedan exentos de tributación para el accionista persona jurídica. El distinto tratamiento tributario que reciben dividendos e intereses es un aspecto importante a la hora de decidir cómo se financia la actividad empresarial por cuanto fiscalmente la deuda resulta más eficiente para el deudor que los recursos propios.

En el ámbito estrictamente nacional, la diferencia entre el tratamiento fiscal de los intereses y 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; dicho en otros términos, el estado de residencia de la entidad prestataria ve reducida su recaudación porque los beneficios empresariales tributables se reducen en el importe de los intereses abonados a una entidad residente en otro estado cuyos beneficios no puede gravar salvo de forma limitada mediante la aplicación de retenciones. De esta forma, se pueden trasladar beneficios gravables de un estado a otro, situando lógicamente el gasto financiero en aquella jurisdicción en la que la tributación sea más alta y el correlativo ingreso financiero en la de menor tributación. El impacto de este efecto puede ser mayor cuando financiador y financiado forman parte de un mismo grupo empresarial y establecen condiciones de financiación que no son de mercado (por ejemplo, pactando un tipo de interés excesivo).

Así, imaginemos que en un Estado A el tipo impositivo es del 10 %, mientras que en otro Estado B el tipo impositivo es del 30 %. En el Estado B es posible deducirse los

gastos financieros derivados de la financiación recibida mientras que el dividendo distribuido para remunerar al accionista no constituye un gasto fiscalmente deducible. En este escenario, una multinacional que pretendiera llevar a cabo una actividad empresarial en el Estado B constituyendo una filial (“Filial B”) podría financiar la Filial B desde su matriz (“Matriz A”) bien con aportaciones a los fondos propios o mediante la concesión de un préstamo. El préstamo generaría unos intereses que la Filial B podría deducirse y que la Matriz A declararía como ingreso gravable. Sin embargo, la Matriz A tributaría al 10 % por los ingresos por intereses, mientras que la Filial B reduciría su tributación en un 30 % de los gastos financieros. Como consecuencia de lo anterior, frente a una situación en la que la Filial B hubiera obtenido financiación de otra entidad del grupo residente en un mismo Estado (cuyos ingresos por intereses hubieran tributado al 30%), el grupo multinacional reduciría su carga fiscal global en un 20 %.

Este ejemplo ilustra de forma sencilla la práctica que han llevado a cabo algunos grupos multinacionales en la financiación de su actividad empresarial. Junto a la localización de los gastos y correlativos ingresos financieros en jurisdicciones de alta y baja tributación, respectivamente, existen técnicas legítimas más sofisticadas tales como la utilización de instrumentos financieros híbridos que generan un gasto deducible en el pagador y un ingreso exento en el perceptor, entidades híbridas con doble residencia fiscal para aprovechar dos veces un mismo gasto financiero o la utilización de recursos ajenos para financiar la adquisición de activos que generan rentas exentas. En definitiva, respetando la legalidad vigente en las distintas jurisdicciones, algunas multinacionales han aprovechado la globalidad del sistema financiero y la descoordinación de la normativa fiscal nacional de los distintos países para erosionar las bases imponibles de sus sociedades residentes en países de alta tributación, trasladando estos beneficios a sociedades residentes en países de baja o nula tributación y optimizando de esta forma su beneficio después de impuestos.

Esta práctica fue identificada por la OCDE en su informe preliminar de *BEPS* publicado en 2013 como uno de los mecanismos de planificación internacional más sencillos y más habituales entre los grupos de sociedades transfronterizos para deslocalizar bases imponibles. Como consecuencia de ello, la Acción número 4 del Proyecto *BEPS* ha trabajado en la revisión coordinada de las normativas fiscales nacionales de los países de la OCDE relativas a la deducibilidad del gasto por intereses y otros pagos financieros con la finalidad de atajar este tipo de prácticas, integrando las lagunas jurídicas que los ordenamientos jurídicos nacionales han creado y que han sido aprovechadas por algunas multinacionales.

El 5 de octubre de 2015 la OCDE publicó el informe final de la Acción 4 del Plan *BEPS* cuyas recomendaciones básicas —en línea con los trabajos de la Unión Europea plasmados en la resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010—, consisten en:

- Establecer como regla general una ratio fija de deducibilidad de intereses (*fixed ratio rule*) en virtud de la cual se limita el gasto financiero deducible al resultado de aplicar un porcentaje de entre el 10 % y el 30 % sobre el EBITDA —acrónimo de *Earnings Before Interest Taxes Depreciations and Amortizations*— o, en su caso, sobre el EBIT —acrónimo de *Earnings Before Interest and Taxes*—. La finalidad de la propuesta consiste en vincular la deducibilidad de los intereses al beneficio empresarial tributable, asegurando que en todo caso una parte de dicho beneficio será objeto de gravamen. A priori, se trata de una norma sencilla en cuanto a su aplicación por parte de los contribuyentes y a su control por parte de las administraciones tributarias de los países, cualidades que debieran contribuir a reforzar la seguridad jurídica de la norma y reducir la litigiosidad

(superando el déficit que en este sentido suelen presentar las normas de subcapitalización tradicionales).

- Incorporar opcionalmente como regla de escape una norma adicional que permita adaptar la regla general a la situación particular de cada grupo multinacional (*group ratio rule*). La filosofía que subyace bajo esta previsión es el hecho de que algunos grupos multinacionales pueden estar altamente endeudados con terceras personas por motivos operativos, propios de su negocio y ajenos a consideraciones fiscales. Por lo tanto, en estos casos debería permitirse la deducibilidad de los gastos financieros incluso aunque se superaran los niveles establecidos en la regla general de la ratio fija, siempre que el nivel de endeudamiento de la sociedad del grupo estuviera en línea con el endeudamiento del grupo con terceros no vinculados.
- Establecer opcionalmente también un umbral mínimo de deducibilidad (esto es, una cantidad de gastos financieros que en todo caso serán deducibles, con independencia del porcentaje que representen sobre el EBITDA) para permitir que las pequeñas y medianas empresas no se vean afectadas por la norma general (*de minimis rule*). Asimismo, se plantea la posibilidad de que el límite sea aplicable únicamente a los gastos financieros netos (esto es, a los gastos financieros obtenidos por una entidad menos los ingresos financieros que esa misma entidad obtiene) o que se excluyan de este límite determinados proyectos de interés público que se financien con un endeudamiento notable.
- Prever opcionalmente la posibilidad de que los contribuyentes arrastren la deducibilidad de la carga financiera no aplicada a ejercicios futuros (*carry forward of disallowed interest*) o incluso adelantar la deducción de intereses a ejercicios previos (*carry back of disallowed interest*) si bien se recomienda establecer una serie de límites a dicha deducción.

Esta previsión pretende resolver la rigidez de la propuesta de la ratio fija en aquellos casos en los que, por la naturaleza de la actividad empresarial financiada, no existe correlación entre los ingresos de una sociedad y sus gastos financieros, produciéndose unos y otros en ejercicios distintos (como puede ocurrir, por ejemplo, en el sector de las infraestructuras y concesiones, donde los proyectos se inician con una notable carga financiera y los ingresos de la actividad crecen progresivamente con posterioridad). Por ejemplo, una entidad podría endeudarse para afrontar determinados proyectos de inversión que no generarán ingresos hasta pasado un cierto número de ejercicios. En estos casos, los gastos financieros incurridos serían legítimos y, sin embargo, no podrían ser deducidos por insuficiencia de ingresos. En cambio, cuando el proyecto de inversión empezara a ser rentable, existiría un excedente de ingresos que no podría ser aprovechado para deducir gastos financieros, por no existir ya gastos financieros que deducirse (puesto que la deuda ya se habría amortizado total o parcialmente). Con el fin de afrontar estas situaciones, se sugiere que la norma debería permitir que cuando el proyecto del inversor empezara a generar beneficios se pudieran deducir los gastos financieros que no fueron deducibles en un momento inicial por falta de ingresos suficientes. En otras palabras, se recomienda articular la norma de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros como una norma de imputación temporal que permita que los gastos financieros no deducidos lo sean en ejercicios subsiguientes.

- Igualmente, permitir la posibilidad de que los contribuyentes arrastren la capacidad de deducción de intereses no utilizada en un ejercicio (en función de

su EBITDA) a ejercicios posteriores, siempre que la deducción por el importe neto de los intereses efectivamente abonados por una entidad esté por debajo del máximo permitido.

- Excluir del ámbito de aplicación de este límite a los bancos y aseguradoras (*banking and insurance groups exclusion*) dado que este tipo de entidades, por la naturaleza de su negocio, tienen normalmente gasto financiero neto negativo (sus ingresos financieros superan a sus gastos financieros), lo cual hace que los límites generales no operen adecuadamente. No obstante, respecto de estas entidades se espera establecer en el futuro reglas específicas que se adapten a sus necesidades y características particulares.
- En último término, la OCDE deja abierta la puerta a que los Estados incorporen normas o previsiones adicionales a las sugeridas (*targeted rules*) para así facilitar la consecución de los objetivos de *BEPS* o para adaptarse a sus condiciones particulares o a sus previsiones constitucionales o legales, entre otros supuestos.

En definitiva, se trata de un conjunto de recomendaciones que pretenden, por un lado, evitar el uso de estructuras de financiación transfronterizas por parte de los grupos multinacionales para erosionar bases imponibles y trasladar sus beneficios a otras jurisdicciones de menor o nula tributación y, por otro lado, incentivar la localización de deuda por motivos puramente empresariales o de racionalidad económica y no con base en criterios de optimización fiscal.

2. Estado de la situación en España

España ha sido uno de los Estados pioneros en el desarrollo legislativo de la Acción 4 de *BEPS*. Incluso puede decirse que nuestra normativa y nuestra práctica tributaria se han adelantado a las recomendaciones de la OCDE en esta materia. Así, las primeras medidas para combatir la recolocación internacional de gastos financieros claramente alineadas con los principios de *BEPS* se incluyeron en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (el “**Real Decreto-Ley 12/2012**”), aprobado antes de que se iniciara el proyecto *BEPS*.

Previamente, los gastos financieros habían resultado fiscalmente deducibles salvo en los casos en los que aplicaba la norma anti-subcapitalización (*thin capitalization rule*). Esta norma se introdujo en 1991 e implicaba básicamente que cuando el endeudamiento de una entidad española con respecto a una entidad vinculada no residente en España superaba tres veces los recursos propios, se consideraba que este endeudamiento era excesivo a efectos fiscales (por comparación con los fondos propios, de ahí el término “capitalización delgada”) y se recalificaba la parte de los intereses correspondientes al exceso como dividendos no deducibles. La norma anti-subcapitalización, junto con la exigencia de valorar a mercado las operaciones entre partes vinculadas, delimitaron durante varios años la deducibilidad de gastos financieros en España sin mayor restricción.

No obstante, desde su aprobación, la doctrina española se planteó la compatibilidad de la norma de anti-subcapitalización tanto con el Derecho Comunitario como con los convenios para evitar la doble imposición firmados por España que incluían la cláusula de no discriminación (es decir, la cláusula que impide la discriminación de los nacionales de un Estado contratante respecto de los nacionales del otro estado contratante). Aunque los tribunales españoles avalaron la compatibilidad de la norma

de anti-subcapitalización española con los convenios para evitar la doble imposición firmados por España sobre la base del principio de independencia de los Estados, esta norma devino ineficaz después de que los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias Lankhorst-Hohorst GmbH, asunto C-324/00 y Thin Cap Group, asunto C-524/04) limitaran considerablemente su alcance objetivo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que las normas anti-subcapitalización eran discriminatorias y contrarias a las libertades fundamentales de la Unión Europea en la medida en que sólo operaban si entidad prestamista y entidad prestataria eran residentes en distintas jurisdicciones y no en aquellas financiaciones en las que compartían residencia fiscal. Esta misma doctrina fue seguida por el Alto Tribunal español (sentencias de 21 de febrero de 2008, con número de recurso 8310/2002 y de 1 de octubre de 2009, con número de recurso 1596/2004) para declarar la incompatibilidad de la norma española de anti-subcapitalización con la libertad de establecimiento y, por tanto, su inaplicación.

Finalmente, por medio del ya citado Real Decreto-Ley 12/2012, en un contexto de crisis económica y caída generalizada de la recaudación, acompañadas con una cada vez mayor sensibilización de la sociedad civil respecto de la evasión fiscal y del sostenimiento del erario público, se introdujeron dos nuevas limitaciones a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, que fueron aplicables a partir del ejercicio fiscal 2012 (inclusive) y que se mantienen vigentes de forma básicamente inalterada hasta la fecha: una limitación general a la deducibilidad de los gastos financieros (30 % del EBITDA) —actual artículo 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (“**Ley del IS**”)— y una limitación particular en supuestos de compraventas intra-grupo apalancadas de participaciones —actual artículo 15.h) de la Ley del IS—. Estas dos medidas se han complementado con una tercera restricción, vigente desde 1 de enero de 2015, en relación con las operaciones de compraventa de acciones apalancadas (*leveraged buyouts*) —recogida en el apartado quinto del propio artículo 16 de la Ley del IS—. Todas ellas (junto con el tratamiento fiscal de los híbridos financieros, respecto de la cual nos remitimos a los comentarios a la Acción 2 de *BEPS*) delimitan hoy en día la deducibilidad fiscal de los intereses en España en los términos que se recogen en las líneas que siguen.

- Limitación general a la deducibilidad de los gastos financieros netos a un 30 % del EBITDA —artículo 16 de la Ley del IS—.

Esta norma, inspirada en la legislación alemana, responde fielmente a la configuración de la ratio fija (*fixed ratio rule*) recomendada por la Acción 4 de *BEPS* y limita la deducibilidad de los gastos financieros netos a un 30 % del EBITDA. A estos efectos, se consideran gastos financieros netos la diferencia entre los gastos financieros y los ingresos financieros (excluyendo los gastos financieros que no son fiscalmente deducibles por razón de las limitaciones especiales que siguen debajo). El porcentaje del 30 % se aplica sobre el “beneficio operativo”, concepto que se define en la propia ley y que es similar al concepto económico-financiero de EBITDA, si bien con una serie de ajustes establecidos en la propia ley. En concreto, el beneficio operativo a estos efectos es equivalente al resultado de explotación (o EBIT) más: (i) la amortización del inmovilizado; (ii) la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras; (iii) el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado; y (iv) los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio cuando su

valor de adquisición es superior a 20 millones de euros o representan al menos el 5 % del capital social de la entidad en la que se participa.

En todo caso, la norma general establece que resulta deducible la cuantía de un millón de euros de gastos financieros netos anuales (de nuevo, medida equivalente al *de minimis rule* recomendado por la Acción 4 de *BEPS*). Por ello, las pequeñas y medianas empresas quedan *de facto* excluidas de esta limitación como norma general, dado que podrán recurrir a la franquicia mínima establecida para la deducibilidad íntegra de sus gastos financieros. No obstante, en el caso de los grupos de consolidación fiscal, tanto el límite del 30 % del beneficio operativo como el de un millón de euros se aplican al conjunto de las sociedades que forman parte del grupo.

Por otra parte, la norma establece que el gasto financiero neto que no resulte deducible en un ejercicio puede deducirse en ejercicios futuros en los que no se haya alcanzado el límite de deducibilidad (sin límite temporal alguno). Por ejemplo, si en el ejercicio 1 la sociedad A tiene 10 millones de euros de gasto financiero no deducible, y en el ejercicio 2 el EBITDA de la sociedad A es de 100 millones de euros y su gasto financiero neto es de 25 millones de euros, podrá deducirse 5 millones de euros de los 10 millones de euros no deducidos en el ejercicio previo (ya que en el ejercicio 2 se podrá deducir 30 millones de euros en gastos financieros por aplicación del límite del 30% sobre el EBITDA de este ejercicio, siendo 25 millones de euros el gasto financiero del ejercicio en curso y, por tanto, pudiendo consumir 5 millones de euros de gasto deducible procedente de los gastos financieros no deducidos en ejercicios anteriores). De la misma manera, si en un ejercicio determinado la sociedad tiene exceso de beneficio operativo no utilizado (esto es, con el beneficio operativo que ha generado, se ha podido deducir los gastos financieros netos incurridos y todavía podría haberse deducido una cantidad adicional), este beneficio operativo se puede utilizar para deducirse gastos financieros que excedan el límite en cualesquiera de los cinco periodos impositivos siguientes. Como puede verse, ambas medidas son sugerencias expresamente recogidas como opcionales en la descripción de la Acción 4 de *BEPS* (*carry forward of disallowed interest*) y que España ha adoptado.

Por último, cabe señalar que la norma española permite la deducibilidad de los gastos financieros pendientes de aplicación en el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad, salvo que esta disolución sea consecuencia de una operación de reestructuración. Asimismo, conviene resaltar que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la norma las entidades financieras y aseguradoras.

En conclusión, como ya anticipábamos, la norma general establecida en España se adapta de forma casi milimétrica a la propuesta de la OCDE. El porcentaje sobre EBITDA que se ha fijado se encuentra en el límite superior del rango de intereses sobre EBITDA deducibles propuesto por la OCDE (que, recordemos, se situó entre el 10 % y el 30%). En este sentido, lo cierto es que la propia OCDE ha admitido que el rango de deducibilidad de intereses puede ser mayor cuando, entre otros supuestos, (i) el Estado en cuestión ha establecido reglas especiales limitativas de la deducibilidad del gasto financiero que complementan a la regla general o (ii) no se ha establecido una segunda vía para la deducibilidad de los gastos financieros netos en función del nivel de endeudamiento con terceros del grupo al que la sociedad pertenece. Pues bien, dado que España no

ha establecido esta segunda vía de deducibilidad y, en cambio, sí existen normas y limitaciones adicionales a la deducibilidad de gastos financieros —que comentaremos a continuación—, la opción por un porcentaje situado en la zona alta de entre los propuestos por la OCDE parece coherente.

- Compraventas de acciones apalancadas intra-grupo —artículo 15.h de la Ley del IS—.

De forma repetida, la inspección tributaria cuestionó, con base en los mecanismos generales anti-abuso, las operaciones en las que una sociedad adquiría a otra sociedad de su mismo grupo las participaciones de una tercera entidad (o llevaba a cabo una ampliación de capital en otra entidad del grupo), y para financiar esta adquisición (o esta ampliación de capital) obtenía un préstamo de otra entidad del grupo. Si bien estas operaciones podían ejecutarse por motivos económicos genuinos, por ejemplo, en el marco de una reestructuración empresarial o con ocasión de la entrada de un nuevo socio inversor, bajo este esquema también se realizaron transacciones con escasa justificación económica en las que únicamente se buscaba la generación de gastos por intereses deducibles mientras que los beneficios generados por la sociedad endeudada y percibidos en forma de dividendos quedaban exentas de tributación en destino. En ocasiones, incluso, los intereses se abonaban a sociedades situados en territorios de baja tributación de tal forma que el gasto adicional por intereses no venía compensado por una tributación correlativa en otra sociedad del grupo.

Debido a la debilidad de los mecanismos generales anti-abuso para restringir este tipo de prácticas, el propio Real Decreto-Ley 12/2012 limitó la deducibilidad de los gastos financieros generados en el seno del grupo mercantil por la financiación intra-grupo derivada de adquisiciones de participaciones en el capital de cualquier tipo de entidades realizada a entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil, salvo que se acredite la existencia de motivos económicos válidos para la realización de tales operaciones de adquisición.

- Compraventas de acciones apalancadas (*leveraged buyouts*) —artículo 16.5 de la Ley del IS—.

Desde el 1 de enero de 2015 se ha introducido una limitación adicional a la deducibilidad de gastos financieros, para cuyo entendimiento es conveniente conocer la práctica específica que se intentaba evitar. En concreto, era habitual que para financiar la adquisición de una sociedad se empleara una sociedad vehículo a la que se le inyectaba deuda, la cual se empleaba para adquirir la sociedad. Posteriormente, la sociedad adquirente y la adquirida se fusionaban o se incorporaban al mismo grupo de consolidación fiscal. Con frecuencia, la sociedad adquirente no realizaba ninguna actividad económica relevante por lo que los gastos financieros generados por ella no podrían utilizarse para compensar ingresos. En cambio, la sociedad adquirida generaba normalmente un beneficio operativo significativo. Al fusionarlas (o formar un grupo de consolidación fiscal) se podía aprovechar este beneficio operativo para deducir los gastos financieros generados por la deuda que se había empleado para adquirir la sociedad. En otras palabras, el beneficio operativo de la sociedad adquirida permitía a la sociedad adquirente deducirse los gastos derivados de la deuda que había contraído precisamente para adquirirla.

Con el fin de evitar esta práctica, se introduce una nueva limitación, que requiere de dos requisitos para ser aplicada:

1. Que una sociedad adquiriera las participaciones de otra entidad recurriendo total o parcialmente a endeudamiento para su adquisición; y
2. Que en el lapso de cuatro años desde la adquisición de las participaciones, la sociedad que adquirió estas se fusione con la sociedad adquirida o la sociedad adquirida se incorpore al mismo grupo de consolidación fiscal que la adquirente.

En caso de concurrir estos dos requisitos, los gastos financieros generados por la entidad adquirente como consecuencia de la deuda que contrajo para adquirir las participaciones en la sociedad adquirida solo pueden ser deducidos con el límite del 30 % del beneficio operativo propio de la sociedad adquirente. Dicho de otro modo, la sociedad que se fusione o se una al mismo grupo de consolidación fiscal que la adquirente no puede sumar su beneficio operativo a la adquirente para poder deducirse los intereses derivados de la deuda de adquisición. Por otra parte, en este caso no opera la franquicia de un millón de euros de gasto financiero deducible.

No obstante, aunque concurren los dos requisitos descritos, la limitación no se aplica durante el ejercicio fiscal en que se adquiere la sociedad si al menos el 30 % de la operación se financia con capital (o, viceversa, si la adquisición se financia con deuda, como máximo, en un 70 % del precio de adquisición). Asimismo, tampoco aplicará este límite en los periodos impositivos siguientes, siempre que el importe de la deuda se minore proporcionalmente en los ocho años siguientes hasta que la deuda alcance, al menos, el 30 % del precio de adquisición.

3. Derecho Comparado y Unión Europea

3.1 *Derecho comparado*

A lo largo de esta sección examinaremos la legislación fiscal de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de deducibilidad de gastos financieros, así como la situación en otras jurisdicciones no comunitarias. Con esta exposición no se pretende llevar a cabo un análisis detallado de las normas aplicables en cada jurisdicción sino ofrecer una visión general del estado de la cuestión en el Derecho comparado.

- **Alemania**

Alemania fue uno de los países pioneros en la derogación de las normas tradicionales de subcapitalización —basadas en un coeficiente de endeudamiento máximo— y en la implantación de normas basadas en la limitación a la deducibilidad de gastos financieros netos por referencia a medidas objetivas de la actividad económica del contribuyente —las llamadas *interest stripping rules* o reglas anti-erosión—. De hecho, la legislación alemana ha servido de inspiración para aquellos países que modificaron sus normas fiscales en un ambiente “pre-BEPS” como es el caso de España.

En concreto, en el año 2008, Alemania incluyó en su legislación fiscal la deducibilidad de los gastos financieros netos con el límite del 30 % del beneficio operativo del ejercicio (definido expresamente a estos efectos, en términos similares a lo establecido en la legislación española), pudiendo trasladar a ejercicios futuros los intereses no deducidos en un ejercicio anterior, siempre con el mismo límite. No obstante, esta limitación no resulta aplicable cuando los gastos financieros no excedan de tres millones de euros ni tampoco cuando la entidad sujeta al impuesto sobre sociedades alemán no sea miembro de un grupo de sociedades. En el supuesto de que los gastos financieros procedan de deuda contraída entre partes vinculadas, la limitación no será

aplicable cuando la ratio de endeudamiento de las sociedades alemanas del grupo sea igual de elevada que la ratio de endeudamiento del grupo a nivel internacional. Como puede observarse, la normativa alemana incorpora así la regla de escape sugerida también en el informe final de la acción 4 de *BEPS*.

A la vista de esta normativa, muy próxima a las recomendaciones de la OCDE, no se prevén modificaciones legislativas en Alemania en materia de limitaciones a la deducibilidad de gastos por intereses financieros.

Cabe señalar que en la fecha de publicación de este documento la norma alemana está siendo objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional alemán después de que el Tribunal Federal alemán elevase, el pasado 14 de octubre de 2015, la correspondiente consulta por considerar que vulnera el principio de igualdad de los contribuyentes ante la ley.

- Reino Unido

Por su parte, en el Reino Unido se aplican restricciones a la deducibilidad de gastos financieros cuando la financiación entre partes vinculadas no se establece en términos de mercado, o bien cuando el endeudamiento de una entidad británica es superior al endeudamiento medio del grupo a nivel internacional. También existen ciertas restricciones adicionales a la deducibilidad de intereses, por ejemplo, en relación con los instrumentos híbridos o cuando la financiación carece de racionalidad económica.

Sin perjuicio de lo anterior, los nuevos presupuestos generales publicados por el gobierno británico, la hoja de ruta sobre los cambios en la tributación societaria publicada el 16 de marzo de 2016 y la consulta pública sobre deducibilidad de gastos financieros planteada durante el mes de mayo de 2016 hacen presagiar un importante cambio normativo en Reino Unido en cuanto a la legislación sobre deducibilidad de gastos financieros. Así, se espera que, con efectos desde el 1 de abril de 2017, se implante (i) una norma de limitación de gastos financieros por referencia al EBITDA de grupo de entidades residente en Reino Unido, matizada por la correspondiente *de minimis rule* (según la cual no se aplicaría la limitación cuando los gastos financieros no excedan de los dos millones de libras) y (ii) dos reglas de escape conforme a las cuales no se aplicará la limitación cuando (a) la ratio de endeudamiento de las entidades en Reino Unido sea inferior a la ratio de endeudamiento del grupo a nivel global ni cuándo (b) se reciba financiación privada para el desarrollo de infraestructuras públicas en el Reino Unido. En definitiva, puede decirse que Reino Unido podría replicar las recomendaciones *BEPS* en cuanto a la limitación a la deducibilidad de intereses y otros gastos financieros en un futuro inmediato.

- Francia

Francia también incorporó de manera temprana legislación anti-erosión en materia de gastos financieros al tiempo que mantiene normas de subcapitalización para financiaciones entre entidades del mismo grupo. Esta jurisdicción es, sin duda, una de las más restrictivas en materia de deducibilidad de gastos financieros, al combinar ambos tipos de normas —y no está previsto que se produzcan modificaciones normativas a este respecto en el corto plazo—.

En primer lugar, aplica una limitación general —aprobada en el año 2013— según la cual los gastos financieros netos que excedan de tres millones de euros solo son deducibles en un 75% de su importe, sin que sea posible deducir en ejercicios futuros los gastos financieros no deducidos en un ejercicio —lo que aleja a la norma francesa de las recomendaciones de la OCDE—.

En segundo lugar, la legislación francesa contempla un conjunto de normas que sólo se aplican a los gastos financieros que se derivan de financiación por parte de entidades vinculadas. En este grupo de normas se incluye las siguientes restricciones:

- (i) La limitación a la deducción de aquellos gastos financieros pagados a socios que excedan de la aplicación del tipo de interés bancario para préstamos concedidos por un plazo de dos años o del tipo de interés oficial que trimestralmente publica el Banco de Francia (2,15 % en 2015) —el denominado “test de mercado”— salvo que el contribuyente pueda demostrar un tipo de interés de mercado superior.
- (ii) La tradicional norma de subcapitalización que aplica sobre aquellos gastos financieros que superen el test de mercado y que limita la deducibilidad de los gastos financieros por operaciones vinculadas que excedan de (i) los ingresos financieros recibidos de entidades vinculadas francesas; (ii) 25 % del EBITDA; y (iii) 1,5 veces los fondos propios netos del deudor (al principio y al final del ejercicio); la parte de los gastos financieros que exceda los tres umbrales anteriores no será deducible salvo que este exceso no sea superior a 150.000 euros. Las normas de subcapitalización también se aplican sobre los gastos financieros de entidades no vinculadas cuando la deuda correspondiente es garantizada por una entidad vinculada. No obstante, el “test de subcapitalización” no será aplicable cuando la empresa puede demostrar que su endeudamiento es menor que el endeudamiento promedio del grupo al que pertenece.
- (iii) La no deducibilidad durante los ocho años siguientes de aquellos gastos financieros incurridos como consecuencia de la adquisición de determinadas participaciones de entidades vinculadas que gocen de exención en el reparto de dividendos (no aplica si el coeficiente de endeudamiento de la empresa es inferior al de su grupo de sociedades).
- (iv) La limitación de los gastos financieros incurridos con una entidad directa o indirectamente vinculada, que solo serán deducibles en la medida en que el deudor pueda probar que el prestamista está sujeto a tributación efectiva de, al menos, el 25 % de la tributación que hubiera correspondido si el prestamista fuera residente en Francia por los intereses percibidos (es decir, si está sometido a una tipo de gravamen por el impuesto sobre sociedades o similar de, al menos, el 8,33 %).

En definitiva, la legislación francesa incluye un compendio de normas destinadas a diferenciar la financiación intra-grupo “buena” de la “mala” y a limitar la deducibilidad de los pagos por intereses asociados a este último tipo de deuda. A la vista de esta estricta regulación, no se esperan reformas legislativas por el momento.

- Italia

Por su parte, Italia fue también pionera en el uso de reglas limitadoras de la deducibilidad de gastos financieros netos por referencia a medidas objetivas de la actividad económica. En efecto, en 2008 se introdujo una limitación a la deducibilidad de gastos financieros netos que excedieran del 30 % del beneficio operativo (con posibilidad de aplicar los gastos financieros no deducidos en ejercicios posteriores de forma ilimitada). Es destacable que la norma italiana no contempla ninguna regla de escape (no existe un umbral mínimo de gastos por intereses por debajo del cual no aplica la restricción, ni se permite una mayor deducibilidad por referencia a una ratio de endeudamiento del grupo mundial, ni tampoco se excluyen ciertas circunstancias

justificadas de la aplicación de esta norma), resultando una norma llamativamente restrictiva, sin que se prevean modificaciones legislativas en el corto plazo.

- Países Bajos

Las normas restrictivas de la deducibilidad de gastos financieros vigentes en los Países Bajos no se han adaptado hasta la fecha a las recomendaciones del Informe Final de la Acción 4 de *BEPS*. En este sentido, aunque no es descartable alguna modificación normativa, por el momento, no hay ninguna propuesta legislativa concreta. A este respecto, el gobierno holandés ha manifestado que, si se aprueba una norma general de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, será una norma complementaria de las ya vigentes.

Las normas actualmente en vigor en los Países Bajos comprenden tanto una limitación de los gastos financieros incurridos en adquisiciones, aportaciones de capital o distribuciones realizadas a favor de entidad vinculada (salvo que se pruebe el sentido económico de la operación o salvo que se pruebe tributación efectiva a un tipo del 10 % sobre los intereses); como normas restrictivas de la deducibilidad de gastos financieros intra-grupo cuando:

- (i) la deuda subyacente esté sometida a un tipo de interés inferior al tipo de interés de mercado (en particular, cuando el tipo de interés establecido es inferior al tipo de interés de mercado en un 30 % o más) y la deuda no tenga plazo de vencimiento o este plazo sea inferior a diez años;
-
- (ii) la deuda derive de la adquisición de filiales que permitan disfrutar del régimen de exención en el posterior reparto de dividendos (*participation exemption regime*), salvo que se pruebe que la financiación se destina a la ampliación de las actividades operativas del grupo o los intereses financieros no exceden de 750.000 euros al año; o
-
- (iii) se adquieran participaciones de una entidad filial, salvo que los intereses financieros sean inferiores a un millón de euros al año o que la deuda sea superior al 60 % del precio de adquisición pero su importe se minore, desde el momento de la adquisición, al menos en la parte proporcional que corresponda a cada uno de los cinco años siguientes, hasta que la deuda alcance el 25 % del precio de adquisición.

A la vista de estas restricciones y en el caso de que se introdujera la denominada *fixed ratio rule*, los Países Bajos podrían dejar de ser una de las jurisdicciones preferidas para la canalización de estructuras de inversión en la Unión Europea.

- Portugal

En Portugal, la legislación prevé desde el año 2013 una serie de reglas relativas a la deducibilidad de intereses y otros gastos financieros basadas en el modelo de *earning stripping rules* que sustituyen el modelo anterior de normas de subcapitalización existente hasta ese momento y que guardan un parecido significativo con las normas previamente existentes en España y Alemania.

Así, no son deducibles los gastos financieros netos del ejercicio que hayan sido soportados por una entidad que supere el mayor de los siguientes umbrales: (i) el 30 % del EBITDA (calculado a estos efectos con ciertos ajustes) o (ii) un millón de euros. La parte de los gastos financieros netos que no sea deducible con arreglo al límite del 30 % del EBITDA (pero no del límite de un millón de euros) podrá deducirse en los

cinco períodos impositivos siguientes. De la misma forma, la diferencia positiva entre el importe del 30 % del EBITDA y el importe de los gastos financieros netos del período impositivo —es decir, la parte del 30 % del EBITDA no deducida en un determinado ejercicio— se adicionará al límite del EBITDA de los cinco períodos impositivos siguientes. En el caso de que un grupo de entidades opte por la aplicación del régimen fiscal especial de consolidación, la limitación a la deducibilidad de gastos financieros operará a nivel del grupo fiscal, en cuyo caso el umbral del 30 % del EBITDA se determinará con base en la suma de los EBITDA de todas las sociedades incluidas en la consolidación fiscal.

Por tanto, se puede decir que la normativa portuguesa ya ha incorporado algunas de las recomendaciones contenidas en el Informe Final de la Acción 4 de *BEPS*; de ahí que no se prevean modificaciones legislativas en esta materia por el momento.

- Resto de Estados miembros de la Unión Europea

Otros países como Finlandia, Grecia y Eslovaquia han adaptado parcialmente sus legislaciones a las recomendaciones *BEPS* en materia de gastos financieros, por cuanto que han introducido reglas limitativas de la deducibilidad de gastos financieros netos por referencia a medidas objetivas de la actividad económica de las entidades o grupos multinacionales con la opción de obtener una mayor deducibilidad de gastos financieros por referencia a una ratio de endeudamiento del grupo mundial.

Otros Estados miembros como Bulgaria, Dinamarca o Polonia han adaptado también parcialmente sus legislaciones a estas nuevas normas de limitación a los gastos financieros netos, si bien combinadas con las normas de subcapitalización (si exceden la ratio de endeudamiento aprobado, aplican límites a la deducibilidad de gastos financieros por referencia a magnitudes objetivas de la actividad económica de las entidades o grupos multinacionales).

Sin embargo, Bélgica, República Checa, Hungría, Rumanía, Croacia, Eslovenia, Letonia y Lituania mantienen las tradicionales normas de subcapitalización. Por su parte, en jurisdicciones como Luxemburgo, Austria, Irlanda, Suecia y Malta existen ciertas normas restrictivas de la deducibilidad de gastos financieros, pero no se aplican en sentido estricto normas de subcapitalización ni normas basadas en la limitación a la deducibilidad de gastos financieros netos por referencia a medidas objetivas de la actividad económica del contribuyente. Finalmente, Chipre y Estonia no contemplan por el momento normas restrictivas de la deducibilidad de gastos por intereses o gastos financieros en sus normativas nacionales.

- Otras áreas geográficas

Al margen del ámbito de la Unión Europea, la puesta en práctica de las recomendaciones plasmadas en el Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* en el resto de jurisdicciones parece encontrarse en un estado mucho más prematuro.

Así, a modo de ejemplo, en Estados Unidos se mantienen hasta la fecha las normas anti-subcapitalización tradicionales (que no establecen una ratio fija que determine la existencia de una situación de infracapitalización, sino que atienden a los criterios establecidos por la jurisprudencia para determinar cuando un instrumento de deuda debe recalificarse como fondos propios a efectos fiscales). No obstante, se ha aprobado una limitación a la deducibilidad de intereses pagados a entidades vinculadas que no están sujetas al impuesto sobre sociedades estadounidense cuando la entidad norteamericana pagadora tiene un endeudamiento que excede de la ratio 1,5:1; en estos casos, la deducibilidad de los gastos por intereses queda limitada al 50

% de la renta sujeta a tributación. Asimismo, los intereses devengados de préstamos concedidos por entidades vinculadas no residentes en Estados Unidos sólo serán deducibles en la medida en que sean efectivamente abonados. Sin perjuicio de la aprobación de ciertas limitaciones, por el momento, no se prevé ninguna otra reforma legislativa en línea con las recomendaciones de la OCDE sobre la Acción 4 de *BEPS*.

Por su parte, la normativa brasileña establece límites a la deducibilidad fiscal de los intereses pagados por empresas brasileñas a personas físicas o jurídicas del mismo grupo o a residentes en paraísos fiscales basadas en reglas anti-subcapitalización. De acuerdo con estas reglas, no será deducible para la sociedad brasileña aquella parte de los intereses que se devengue sobre el principal del préstamo cuando el importe del préstamo exceda los siguientes porcentajes:

- (a) en el caso de un préstamo entre partes del mismo grupo directamente relacionadas, 200% del valor de la participación del prestamista no residente en el patrimonio neto del prestatario brasileño;
-
- (b) en el caso de un préstamo entre partes indirectamente vinculadas del mismo grupo, 200% del total del patrimonio neto del prestatario; y
-
- (c) en el caso de que el préstamo haya sido concedido por una sociedad residente en un paraíso fiscal o sometido a un régimen fiscal privilegiado, 30% del total del patrimonio neto.

Los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de gastos no necesarios y no deducibles (esto es, no se recalifican como dividendos). En cualquier caso, la normativa brasileña establece una regla anti-abuso general por la cual un gasto solo será deducible siempre y cuando la sociedad compruebe que es necesario para su actividad y usual. Por el momento, no se visualizan cambios normativos significativos en línea con la Acción 4 de *BEPS*, considerando las medidas ya existentes en Brasil.

En otros países de Latinoamérica tampoco puede apreciarse un gran avance. México, por ejemplo, mantiene las normas de subcapitalización aprobadas en 2005 (con una ratio de endeudamiento legalmente aceptada de 3:1) y no hay por el momento ningún movimiento para la adecuación de su normativa a las recomendaciones de la OCDE en este campo. En idéntica situación encontramos a Perú, Chile y Colombia, donde se aplican normas similares anti-subcapitalización y no parece que se vayan a producir cambios normativos en el corto plazo.

Por lo que se refiere a Asia, en la República Popular China y Japón se sigue aplicando una norma anti-subcapitalización. En concreto, en China el interés correspondiente a deuda que exceda del doble de los fondos propios no es fiscalmente deducible (en el caso de entidades financieras, este límite se incrementa hasta cinco veces esta cifra). No obstante, actualmente se están estudiando cambios en la normativa vigente para clarificar el concepto de gastos financieros, posibilitar la deducibilidad de intereses no deducidos en un ejercicio en los ejercicios futuros (incluso aprovechar el excedente de deducibilidad de un año en ejercicios subsiguientes) y establecer ratios de endeudamiento respecto a fondos propios específicas para ciertos sectores industriales.

Por su parte, en Japón está vigente una limitación general a la deducibilidad de los intereses correspondientes a la parte de deuda que exceda del triple de los fondos

propios (se paguen a entidades vinculadas o no). No obstante, el contribuyente puede optar por aplicar otra ratio si puede probar que su estructura de financiación responde a condiciones de mercado en su sector. Adicionalmente, desde 2012, se ha introducido una nueva limitación en línea con las recomendaciones del Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* que consiste en una limitación de los gastos financieros al 50% de los ingresos (tal y como estos se definen en la normativa japonesa). Por otra parte, el gobierno japonés ha anunciado su intención de revisar ambas limitaciones, por lo que no son descartables nuevos cambios normativos en los próximos años.

Por lo que se refiere a la India, en este país no existe, como norma general, una norma de subcapitalización, de forma que la normativa de operaciones vinculadas es la única restricción a la deducibilidad de gastos financieros. No obstante, sí existen algunas normas particulares que limitan la deducción de gastos financieros en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando los fondos del préstamo se destinan a financiar actividades que generan ingresos exentos de tributación y cuando no se ha practicado la retención que corresponde conforme a la normativa aplicable). Además, desde 1 de Abril de 2017 van a introducirse cláusulas generales anti-abuso que, si bien no están enfocadas específicamente a la deducibilidad de los gastos financieros, sí pueden potencialmente afectar a estos.

Finalmente, fuera del continente americano y de Asia, jurisdicciones como la australiana mantienen también las tradicionales normas anti-subcapitalización: los contribuyentes pueden deducir los gastos financieros incurridos siempre que la ratio de endeudamiento no supere sus fondos propios en una proporción de 60 % / 40 % y no se prevén cambios legislativos en línea con la Acción 4 de *BEPS*.

3.2 Unión Europea

La doctrina comunitaria cuestionó, desde un principio, la validez de los preceptos anti-subcapitalización incorporados en las legislaciones fiscales de muchos de los Estados miembros a la luz del principio de libertad de establecimiento contemplado en el actual artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Como ya se ha mencionado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentenció en dos ocasiones la incompatibilidad de las normas anti-subcapitalización con el principio de libertad de establecimiento, si bien matizó que no existía tal oposición cuando estas normas (i) estuvieran destinadas a combatir prácticas abusivas; (ii) permitiesen al contribuyente probar los motivos económicos válidos de tal financiación; y (iii) sólo se aplicasen sobre la parte de financiación que excediese de la que hubiera podido pactarse en condiciones de libre competencia.

En esta línea, la Comisión Europea afirmó en su Comunicación de 10 de diciembre de 2007, relativa a la simplificación del entorno empresarial en los ámbitos del Derecho de sociedades, la contabilidad y la auditoría, que las normas anti-subcapitalización deberían *“limitar su aplicación a los montajes puramente artificiales”*, añadiendo que esto podría lograrse siempre que *“las condiciones de las operaciones de financiación mediante deuda entre sociedades vinculadas no rebasen los límites de lo que habrían acordado unas partes no vinculadas o que se basen en razones comerciales válidas”*.

Posteriormente, en la Resolución del Consejo ECOFIN de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas de subcapitalización en la Unión Europea, se reiteró la compatibilidad de las normas anti-subcapitalización con el derecho comunitario, siempre que estas respetasen el principio de libertad de establecimiento. No obstante, en este documento se recomendaba el uso de determinados indicadores para la identificación de la transferencia artificial de beneficios vía intereses: (i) el coeficiente

de endeudamiento; (ii) el valor que representa en la entidad el interés neto sobre el EBIT o el EBITDA; o (iii) el porcentaje de patrimonio neto de la sociedad respecto del grupo mundial.

A la vista de todos estos pronunciamientos, la configuración de las normas anti-subcapitalización en diversos Estados miembros no llegó a superar el test de compatibilidad con el Derecho comunitario, provocando la adaptación de las normas anti-subcapitalización locales por parte de los Estados miembros, bien suprimiendo su aplicación respecto del endeudamiento procedente de la Unión Europea (como ocurrió en España), bien ampliando su aplicación a situaciones puramente nacionales. No obstante, las incoherencias y problemas prácticos de aplicación de la normativa resultante y el influjo del ambiente “pre-BEPS” aceleró la introducción de normas anti-erosión en materia de deducibilidad de gastos financieros (*earning stripping rules*) en algunos Estados miembros aunque, por el momento, como se ha podido observar de la lectura del apartado anterior, no hay uniformidad legislativa entre los Estados miembros en cuanto a la restricción de gastos financieros.

En este contexto, y en aras de garantizar un enfoque común en la lucha contra el fraude internacional y la acción conjunta contra la erosión de bases imponibles, la Comisión Europea presentó el pasado 28 de enero de 2016 un nuevo paquete de medidas contra la elusión fiscal, claramente inspirada en los principios del Proyecto BEPS de la OCDE. Entre estas medidas, destacó la iniciativa para la elaboración de un instrumento normativo comunitario destinado a combatir las prácticas BEPS, que acabó cristalizando en la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, conocida como “Directiva Anti-BEPS” (la “**Directiva Anti-BEPS**”), que, con carácter general, debe ser transpuesta a los ordenamientos jurídicos nacionales antes del día 1 de enero de 2019 y que incluye normas jurídicamente vinculantes para hacer frente a algunos de los mecanismos de elusión fiscal más frecuentes, como el de la erosión de bases imponibles a través de la utilización de deducciones por intereses.

En materia de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, la Directiva Anti-BEPS contempla las siguientes medidas:

- Una norma general de limitación a la deducibilidad de los gastos por intereses netos por la cual sólo serán deducibles en el ejercicio fiscal en que se soporten hasta el 30 % del EBITDA (*fixed ratio rule*). A estos efectos, la Directiva Anti-BEPS señala que el EBITDA se calculará incluyendo en la renta imponible los gastos netos por intereses y otros gastos equivalentes a intereses, así como por las depreciaciones y amortizaciones.
- Varias reglas de escape según las cuales los Estados pueden optar por no aplicar la limitación (i) en el caso de que los gastos por intereses netos no excedan de tres millones de euros (*de minimis rule*); (ii) si la sociedad no forma parte de un grupo de sociedades (*standalone entities*); y (iii) si la ratio de fondos propios entre el total de activos del contribuyente es igual o superior a la ratio del grupo (*group ratio rule*).
- Se faculta a los Estados miembros para introducir 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 Europea.

- Se concede la posibilidad a los Estados miembros de trasladar los gastos financieros no deducidos en un año fiscal a los ejercicios fiscales subsiguientes, o incluso traspasar a un periodo anterior (con el límite de tres ejercicios) los gastos financieros no deducidos en un determinado ejercicio. También se faculta a los Estados para que puedan permitir el uso durante los cinco ejercicios inmediatos y sucesivos de la capacidad no utilizada de endeudamiento en un ejercicio.
- Se habilita a los Estados miembros para excluir a las entidades financieras del ámbito de aplicación de la limitación a la deducibilidad de intereses.

En definitiva, la Directiva Anti-*BEPS* traslada casi en su totalidad las recomendaciones del Informe Final de la Acción 4 del Proyecto *BEPS* de la OCDE a un texto legislativo que tiene fuerza vinculante para los Estados miembros, los cuales deberán adaptar sus legislaciones antes de que expire el plazo previsto para su transposición.

Aunque la Comisión muestra su clara preferencia por la adopción de la base imponible consolidada común en el Impuesto sobre Sociedades (BICIS) como conjunto normativo eficaz para la lucha contra la evasión fiscal y la erosión de bases imponibles, a la espera de la próxima propuesta revisada de la Directiva BICIS y consciente del complicado y largo proceso de aprobación de esta propuesta legislativa, la Directiva Anti-*BEPS* se plantea como solución temporal, si bien su transposición será un hito más de la armonización legislativa entre los países miembros de la Unión Europea. Aunque esta adaptación no supondrá un drástico cambio para aquellos Estados miembros que ya han incorporado a sus normas la limitación de intereses financieros basadas en porcentaje fijo del EBITDA, sí lo será para los que aún mantienen las viejas reglas de anti-subcapitalización y, más aún si cabe, para aquellos otros Estados miembros que no disponen de normas restrictivas de la deducibilidad de gastos financieros de ningún tipo.

A efectos ilustrativos, se recoge como anexo a este capítulo un cuadro comparativo de la situación actual de la normativa en materia de limitación a la deducibilidad de gastos financieros en las jurisdicciones más relevantes (normas anti-subcapitalización *versus* normas anti-erosión), incluyendo también las medidas de la Directiva Anti-*BEPS* y, en su caso, la adopción de las distintas recomendaciones incluidas en el Informe Final de la Acción 4 de *BEPS*. Por último, el cuadro refleja si se esperan reformas legislativas a la luz de las conclusiones de la OCDE sobre esta materia.

4. Valoración de las medidas

El objetivo del Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* consiste literalmente en establecer “*recomendaciones sobre las mejores prácticas en el diseño de normas para evitar la erosión de la base imponible a través de la utilización de deducciones por intereses, por ejemplo, mediante el uso de deuda entre entidades vinculadas y con terceros para lograr la deducción excesiva de intereses o para financiar la producción de ingresos exentos o diferidos y otros ingresos financieros que son económicamente equivalentes a los pagos de intereses*”.

Las medidas recomendadas merecen, en general, una valoración positiva. En cuanto al fondo, el Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* aspira a erradicar la erosión de la base imponible de las multinacionales a través del traslado de sus beneficios a otras jurisdicciones mediante el pago de gastos financieros. En cuanto a la forma, la previsible adopción de sus medidas por la mayoría de los Estados tendrá un efecto armonizador en las normativas fiscales nacionales que contribuirá a reforzar la

seguridad jurídica en una cuestión tan importante como el tratamiento fiscal de la financiación de los grupos multinacionales.

Dicho lo anterior, las medidas recomendadas por el Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* deben ser transpuestas a la normativa nacional de los diferentes países de forma proporcionada y aplicadas con cautela por sus respectivas autoridades fiscales y tribunales de justicia. De lo contrario, si las limitaciones se incorporan a los ordenamientos jurídicos internos de forma absoluta y se aplican de forma indiscriminada, partiendo del apriorismo de que la financiación ajena supone – casi *per se* – un mecanismo de erosión de bases imponibles, la fiscalidad generará distorsiones en los mercados de capitales, penalizando el recurso a instrumentos de financiación que son tan legítimos como los recursos propios. En tal caso, los objetivos perseguidos por el Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* no solo no se alcanzarían, sino que la iniciativa habría resultado un fracaso.

Para evitar estas distorsiones, los legisladores nacionales deberían acotar el potencial efecto expansivo de las medidas propuestas bajo las premisas de que (i) los intereses por gastos financieros son, en la mayoría de las situaciones, gasto real indubitado para las sociedades y que (ii) el uso de deuda no está asociado necesariamente a fines fiscales.

De conformidad con estas dos premisas, recomendaríamos las siguientes modificaciones:

- Limitar el amplio ámbito subjetivo de aplicación de las recomendaciones del Informe Final de la Acción 4 de *BEPS*. Así, si lo que se pretende con estas normas es evitar la erosión de bases imponibles mediante el uso de estructuras societarias transfronterizas, tiene sentido excluir del ámbito de aplicación de las normas limitativas de la deducibilidad de gastos financieros a aquellas entidades que no pertenezcan a un grupo de sociedades o a grupos de sociedades no transfronterizos. De hecho, la Directiva Anti-*BEPS* contempla la exclusión de las conocidas como *standalone entities* como vía subsidiaria para permitir la deducción de los gastos financieros, aunque la exclusión de grupos de sociedades no transfronterizos no se plantea debido a los problemas de discriminación que bajo Derecho Comunitario se podrían generar (de ahí que muchos apuesten por la adopción del sistema de base imponible consolidada común como sistema único para la persecución de la planificación fiscal agresiva y la erosión de bases imponibles dentro de la Unión Europea).
-
- Excluir la aplicación del límite general de deducibilidad de gastos financieros en aquellas situaciones en las que se pruebe su razonabilidad o los motivos empresariales. Por ejemplo, si el endeudamiento y, la consecuente generación de gastos financieros se debe a una fase de inversión (y el contribuyente puede probar este ciclo mediante datos objetivos) debería poderse habilitar la deducibilidad plena de los gastos financieros, máxime si la financiación es concedida por entidades financieras o entidades ajenas al grupo o, siendo concedida por entidades del grupo, pueda probarse que es en términos de mercado y que la entidad concedente tributa de forma efectiva por los intereses que percibe.
-
- Excluir la aplicación del límite general de deducibilidad de gastos financieros en aquellas situaciones en las que la limitación deja de ser una norma de imputación temporal —que produce una sobreimposición también temporal—, para convertirse en una norma de imputación permanente, produciendo, por tanto, una situación

de sobreimposición permanente—. El ejemplo más claro es el de aquellas inversiones que resulten fallidas y no generen los flujos de caja esperados. Restringir la deducibilidad del coste de la financiación supone “añadir sal a la herida”, sobre todo en los casos en que se atienda al servicio de la deuda y el prestamista reconozca los intereses como ingreso. Un ejemplo en el que el legislador español ha actuado correctamente —y esperemos que no rectifique a pesar de que no se recoge ni en la Acción 4 ni en la Directiva Anti-*BEPS* es el de las entidades objeto de disolución. En efecto, el Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* no contempla este supuesto específico, ni tampoco la Directiva Anti-*BEPS* (si bien la normativa española sí lo ha contemplado como tal).

-
- Previsión de normas específicas que tengan en cuenta las especialidades de ciertos sectores económicos —además del sector financiero y asegurador— o de fases expansivas o de lanzamiento de nuevos negocios, considerando magnitudes objetivas referenciadas al valor de los activos de la sociedad, número de empleados, volumen de las existencias, etc. Sin embargo, se ha claudicado en este sentido a favor de la sencillez del “café para todos” con una norma “forfaitaria” más formalista y de inmediata aplicación que es la que ofrece el umbral monetario frente a normas que se acomoden mejor a las muy diferentes situaciones de las empresas. A este respecto, la Directiva Anti-*BEPS* sí contempla al menos una previsión en este sentido, excluyendo de su ámbito de aplicación los gastos por intereses generados como consecuencia de la inversión en infraestructuras públicas en la Unión Europea.

En cualquier caso, de poco sirven estas propuestas si no encuentran un desarrollo legislativo armonizado y acompasado en las distintas jurisdicciones. De no ser así, no solo no se evita el problema de la descoordinación de los sistemas impositivos nacionales sino que, incluso, puede empeorarse la situación existente. De hecho, la descoordinación en la puesta en aplicación de las recomendaciones plasmadas en el Informe final de la Acción 4 de *BEPS* puede afectar a la competitividad de las empresas sitas en las jurisdicciones más restrictivas, colocándolas en inferioridad de condiciones a la hora de captar recursos en los mercados internacionales de capitales o de obtener financiación (ya que, de facto, la no deducibilidad total o parcial de su carga financiera a efectos fiscales incrementa indirectamente el coste de su financiación ajena). Si así aconteciera, el resultado de los trabajos de la OCDE en esta materia sería el contrario del declaradamente pretendido.

Consciente de la importancia de todo ello, la Comisión de la Unión Europea ha impulsado y aprobado la referida Directiva Anti-*BEPS* para establecer un mínimo común denominador normativo en el territorio comunitario que, en la medida de lo posible, evite la asimetría entre las legislaciones nacionales.

En este contexto, y ya en clave interna, es menester valorar cuál es la posición institucional de España y cómo afecta a la competitividad de nuestras empresas. Como ya se ha puesto de manifiesto en el apartado 2 de este capítulo, en España, algunas de las recomendaciones vertidas en el Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* así como otras medidas anti-erosión de bases imponibles fueron incorporadas de forma prematura en la legislación, si bien con un propósito más oportunista en la medida en que pretendían, fundamentalmente, el ensanchamiento de las bases imponibles en un entorno de elevado déficit público; propósito que fue con creces logrado ya que, según datos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, tales medidas tuvieron un importante efecto recaudatorio para el Tesoro Público —en términos de cuota, en el primer año de aplicación de las limitaciones a la deducibilidad

de gastos financieros, esto es en el ejercicio 2012, se recaudó un importe adicional estimado de 1.010 millones de euros, incrementándose esta cifra en 110 millones de euros más respecto del año anterior en 2013—.

Además del efecto recaudatorio, las medidas anti-erosión en España han tenido un considerable impacto tanto en la práctica administrativa como en la doctrina jurisprudencial. En la práctica administrativa y de la inspección tributaria, se ha venido observando una clara influencia del Plan de Acción *BEPS* en la Administración tributaria y, en particular, de la Acción 4 de *BEPS*. España ha participado activamente en el desarrollo de las 15 líneas de actuación del Proyecto *BEPS* y eso está teniendo un impacto directo en la práctica inspectora y en los planes de control tributario. En efecto, el Proyecto *BEPS* viene mencionándose en los Planes Anuales de Control Tributario y Aduanero desde 2013, así como la necesidad de adoptar sus directrices en el control de la actividad transfronteriza que realicen tanto los obligados tributarios españoles en el exterior como los inversores extranjeros en España para evitar el deterioro de las bases imponibles. En concreto, en el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2016 se hace referencia expresa a la necesidad de potenciar el examen de las principales áreas de riesgo detectadas en el Proyecto *BEPS*, entre las que se encuentra el control de las operaciones de adquisición de participaciones con apalancamiento, fundamentalmente cuando quede acreditado que la operación tiene como finalidad principal generar gastos financieros.

Las orientaciones plasmadas en los planes anuales de control tributario han sido ciertamente reproducidas por la inspección tributaria que, impregnada con esta filosofía, viene usando los argumentos y premisas anti-abuso en las que descansa *BEPS* en los procedimientos inspectores, incluso referentes a ejercicios fiscales “*pre-BEPS*”, para atacar estructuras de endeudamiento aparentemente avaladas por la normativa en vigor, si bien apoyándose en los mecanismos de simulación o fraude de ley (actualmente denominado conflicto en aplicación de la norma tributaria) y en cláusulas generales anti-abuso. Así, no son extrañas las alusiones a *BEPS* en las actas para calificar planificaciones societarias como “*prácticas fiscales agresivas dirigidas a erosionar bases imponibles*”. En particular, la revisión sobre estructuras apalancadas está siendo especialmente activa.

Pues bien, desde nuestro punto de vista, en ocasiones la Administración tributaria está haciendo un uso indiscriminado de estos mecanismos, aplicándolos retroactivamente sin que sus efectos hayan podido tenerse en cuenta por parte de los contribuyentes en el momento de decidir la estructura de financiación más oportuna. Que se persigan actuaciones “*BEPS*” con base en las recomendaciones de los informes finales del Plan de Acción *BEPS* sería entendible siempre que estas afecten a situaciones coetáneas o posteriores a la propagación de esta doctrina fiscal y a su aceptación por parte de las autoridades tributarias, pero lo que no es aceptable es que afecte a situaciones anteriores al inicio de la “*era BEPS*”; y ello porque a ningún agente económico se le puede exigir racionalmente predecir esta evolución futura de los criterios administrativos ni de la conciencia social de la inspección tributaria, ya que supone un quebrantamiento inaceptable del principio de seguridad jurídica que debe imperar en el Estado de Derecho.

También los tribunales —tanto económico-administrativos como contenciosos— aluden a las recomendaciones de la OCDE a modo de *soft law* para atacar estructuras de financiación cuando entienden que no existen razones económicas o empresariales que justifiquen tales estructuras de endeudamiento. En un ambiente *pre-BEPS*, el propio Tribunal Supremo acudió a las directrices aprobadas por el Comité de Asuntos

Fiscales de la OCDE para razonar su fallo y declarar que “*el efecto elusivo es evidente cuando se obtienen unos gastos incomprensibles como consecuencia de una operación difícilmente aceptable, y que son, precisamente, los que la “liquidación impugnada trata de eliminar”* (sentencia de 18 de julio de 2012, recurso número 3779/2009). Posteriormente, el Tribunal Supremo ha hecho alusión varias veces al Plan de Acción *BEPS* para justificar la práctica inspectora contra operaciones de adquisiciones apalancadas en las que se reducían las bases imponibles españolas mediante préstamos concedidos a filiales españolas del grupo para trasladar los beneficios tributables a países de baja tributación. Ante estas situaciones, el Alto Tribunal ha manifestado 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, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, habiéndolo reconocido también el legislador español ante el nuevo tratamiento de la deducción de los gastos financieros en los grupos de sociedades dado por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo*” (sentencias de 9 de febrero de 2015, recursos número 3971/2013 y 188/2014 y de 12 de febrero de 2015, recurso número 184/2014). Aunque las alusiones al Proyecto *BEPS* son argumentos de apoyo a la regularización practicada por la inspección tributaria con base en la normativa general anti-abuso, los fallos reflejan cómo ha permeado la filosofía de la OCDE impregnada en el Plan de Acción *BEPS*. De nuevo, se trata de reflexiones *obiter dicta* pero de las que el Tribunal Supremo debería abstraerse cuando se refieren a situaciones “*pre-BEPS*”.

A la vista del prematuro pero intenso desarrollo legislativo de las medidas limitativas de la deducción de gastos financieros en España y de la notable porosidad de la filosofía inherente en *BEPS* en la práctica administrativa y judicial española, es necesario volver a incidir en los efectos perniciosos que en términos de competitividad pueden generarse para las empresas españolas y poner de manifiesto la necesidad de una revisión de las normas actualmente en vigor. El hecho de que en España se haya optado por introducir la mayor parte de las recomendaciones del Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* de forma pionera, junto con *targeted rules* de refuerzo pero, sin embargo, escasas “reglas de escape”, dificulta la inversión económica en España y que los agentes empresariales puedan tomar decisiones sobre los instrumentos de financiación (capital y deuda) en términos neutrales.

Esta circunstancia, unida al hecho de que, en tanto que otras naciones todavía no han implantado medidas restrictivas a la deducibilidad de gastos financieros o estas son más laxas que las implementadas por España, hace que las empresas españolas se encuentren en una situación de clara desventaja competitiva.

En conclusión, y a la vista de lo anterior, entendemos que el hecho de que España haya sido pionera en la adopción de algunas de las medidas propuestas en el Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* ha comportado que la empresa española se sitúe, por lo menos de forma temporal, en desventaja competitiva frente a las empresas de otros países de nuestro entorno en esta materia.

Por ello, a la vista del Informe Final de la Acción 4 de *BEPS* y considerando que las necesidades recaudatorias han dejado de ser el objetivo principal, sería recomendable que el legislador español revisara en profundidad la normativa para, entre otras cuestiones, elevar el umbral mínimo de deducibilidad (*de minimis rule*) en línea con el límite previsto en la Directiva Anti-*BEPS* y en términos similares a lo establecido en Alemania o en Francia y para incluir “reglas de escape” adicionales, —por ejemplo, la

no aplicación de la regla general de limitación en los casos en los que la entidad financiada no pertenezca a ningún grupo de sociedades o la financiación no proceda de entidades del grupo o, siendo del grupo, se pruebe que está concedida en puros términos de mercado—.

*_*_*_*

Anexo I – Cuadro comparativo de la situación actual de la normativa en materia de limitación a la deducibilidad de gastos financieros

Estado	Normas anti-subcapitalización	BEPS 4 – Normas anti-erosión						Posibles reformas legislativas en línea con BEPS 4
		Fixed ratio rule	Group ratio rule	De minimis rule	Carry forward of disallowed interest	Exclusión de bancos y aseguradoras	Otras reglas de escape	
Directiva Anti-BEPS	—	✓	✓	✓	✓	✓	✓	—
Alemania	—	✓	✓	✓	✓	—	✓	—
Reino Unido	✓	—	—	—	—	—	—	✓
Francia	✓	✓	—	✓	—	—	✓	—
Italia	—	✓	—	—	✓	✓	✓	—
Países Bajos	✓	—	—	—	—	—	—	✓
España	—	✓	—	✓	✓	✓	✓	—
Portugal	—	✓	—	—	✓	✓	—	✓
Finlandia	—	✓	✓	✓	✓	✓	✓	—
Grecia	—	✓	—	✓	✓	✓	—	—
Eslovaquia	—	✓	—	—	—	✓	—	—
Estados Unidos	✓	—	—	—	—	—	—	—
Mexico	✓	—	—	—	—	—	—	—
Brasil	✓	—	—	—	—	—	—	—
Colombia	✓	—	—	—	—	—	—	—
Chile	✓	—	—	—	—	—	—	—
Perú	✓	—	—	—	—	—	—	—
Australia	✓	—	—	—	—	—	—	—

Fuente: elaboración propia

Anexo II – Sugerencias de reforma

1. Restringir el alcance subjetivo de las normas limitativas de la deducibilidad de gastos financieros cuando las entidades prestatarias residentes en España satisfacen intereses a entidades prestamistas que no forman parte de su grupo de sociedades;
2. Elevar el umbral mínimo de deducibilidad (*de minimis rule*) en línea con lo establecido en otros países de nuestro entorno (como Alemania, por ejemplo) y en la Directiva Anti-BEPS;
3. Incluir una norma de escape general para flexibilizar la limitación de la deducibilidad de gastos financieros cuando el contribuyente pueda demostrar que la financiación se acuerda en términos de mercado, por motivos económicos válidos y que la entidad prestamista está sujeta a tributación por los intereses que percibe; y
4. Incluir normas de escape específicas que respondan a las particularidades de determinados sectores y ciclos empresariales (sin limitarse al sector financiero y asegurador).