

CÉSAR GARCÍA NOVOA

LA DEDUCIBILIDAD  
DE GASTOS FINANCIEROS  
EN EL IMPUESTO  
DE SOCIEDADES

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO I. <b>INTRODUCCIÓN</b> .....	11
CAPÍTULO II. <b>LA NEUTRALIDAD EN EL TRATAMIENTO FISCAL DE LA FINANCIACIÓN DE LAS EMPRESAS Y EL DESAPALANCAMIENTO SOCIETARIO</b> .....	17
1. MEDIDAS TENDENTES A CORREGIR LA FALTA DE NEUTRALIDAD .....	22
2. LA OPCIÓN POR LA FINANCIACIÓN PROPIA O LA AJENA Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA .....	29
3. EL CARÁCTER DE ABUSIVO DE LAS OPERACIONES DE ENDEUDAMIENTO ENTRE SOCIEDADES DEL GRUPO.....	31
4. LA SUPERACIÓN DE LA SUBCAPITALIZACIÓN .....	36
CAPÍTULO III. <b>EL DECRETO-LEY 12/2012 Y EL NUEVO TRATAMIENTO DE LOS GASTOS FINANCIEROS. LA POSTERIOR RECEPCIÓN POR LA LEY 27/2014, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES</b> .....	53
1. NO DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS EN ADQUISICIONES CON PRÉSTAMOS INTRAGRUPPO.....	55
2. ELEMENTOS DE LA NO DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS EN ADQUISICIONES INTRAGRUPPO DE ACCIONES .....	65
CAPÍTULO IV. <b>LA MEDIDA GENERAL DE LIMITACIÓN DE LA DEDUCCIÓN DE GASTOS FINANCIEROS</b> .....	77
1. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA LIMITACIÓN DE LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS .....	83
1.1. Cuantía de la limitación .....	84
1.2. ¿Qué se entiende por gastos financieros a efectos de la limitación?...	92
1.3. El concepto de <i>beneficio operativo</i> .....	104

	Pág.
2. LA NO APLICACIÓN DE LA REGLA DE LIMITACIÓN DE DEDUCIBILIDAD A LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y ASEGURADORAS ....	110
3. UTILIZACIÓN DE GASTOS FINANCIEROS NO DEDUCIDOS Y BENEFICIO NETO OPERATIVO NO CONSUMIDO .....	116
<b>CAPÍTULO V. LA CLÁUSULA DE ESCAPE .....</b>	<b>123</b>
<b>CAPÍTULO VI. LÍMITE ADICIONAL A LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS FINANCIEROS POR LA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES.....</b>	<b>127</b>
<b>CAPÍTULO VII. ESPECIALIDADES EN LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS BAJO EL RÉGIMEN DE CONSOLIDACIÓN...</b>	<b>133</b>
<b>CAPÍTULO VIII. SOLUCIONES PROPUESTAS A LA LUZ DE LA DIRECTIVA ANTI-ABUSO Y DEL INFORME DE LA ACCIÓN 4 DE BEPS .....</b>	<b>145</b>
<b>CAPÍTULO IX. VALORACIÓN GLOBAL DE LA NORMA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA Y PROPORCIONALIDAD Y PROPUESTAS DE MEJORA.....</b>	<b>155</b>
<b>CAPÍTULO X. LA DEDUCCIÓN DE LOS INTERESES DE DEMORA...</b>	<b>173</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>187</b>

# 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 subsiguientes<sup>1</sup> 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 Acción<sup>2</sup>. Y, en concreto, la Acción 4, que pretende *limitar la erosión de*

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *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 especial<sup>3</sup>. 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.

<sup>3</sup> 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*<sup>4</sup>, 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 2016<sup>5</sup>, 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-

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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 grupo<sup>6</sup>. 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»<sup>7</sup>.

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

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> «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 Europea<sup>8</sup>.

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 publicados<sup>9</sup>, 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.

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Es el caso del Informe Mirrlees (*Reforming the Tax System for the 21st Century: The Mirrlees Review*; <http://www.ifs.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 económica<sup>1</sup>. 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,

---

<sup>1</sup> 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»<sup>2</sup>.

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 tributario<sup>3</sup>.

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*<sup>4</sup>. 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

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> *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.