

LÍMITES A LA CAPITALIZACIÓN ENCUBIERTA EN ESPAÑA: PROBLEMAS COMUNITARIOS Y CONVENCIONALES DE LOS NUEVOS ARTÍCULOS 20 Y 14.1 H) DEL TRLIS

José Manuel Castro Arango

Abogado de la Universidad Externado de Colombia.

Magister en Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares y el CIFF.

Doctorando de la Universidad Carlos III de Madrid.

Actualmente es docente investigador del Centro de Estudios Fiscales de la Universidad Externado de Colombia

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE, don Francisco Alfredo GARCÍA PRATS, don FRANCISCO MAGRANER MORENO, don Juan MESTRE CHESA y don JAVIER SANCHO SEBASTIÁN.

EXTRACTO

Este trabajo analiza las nuevas normas de limitación y prohibición de deducibilidad de gastos financieros contenidas en el RDL 12/2012 a través de las dos razones que dieron lugar a su expedición, a saber: la pérdida de eficacia del artículo 20 del TRLIS respecto de muchos supuestos de subcapitalización, y la tendencia europea a adoptar normas de limitación a la deducibilidad de intereses. En buena medida ambas circunstancias han tenido como detonante la sentencia del caso *Lanhorst Hohorst* del TJUE, aunque también los problemas de compatibilidad con los CDI. Por ello, este trabajo evalúa los nuevos preceptos para definir si esos problemas han desaparecido o no. Se concluye que el mencionado RDL crea nuevos problemas de adecuación con el derecho comunitario y los CDI. El más importante, según lo explicamos en este texto, es la restricción que supone el principio de *arm's length* reconocido por el TJUE, la Comisión Europea y los CDI en el artículo equivalente al 9 del MCOCDE. Además, se analizan las complejas relaciones con otras normas anti-abuso previstas en el derecho español.

Palabras claves: subcapitalización, limitación a la deducibilidad de gastos financieros, convenios de doble imposición y principio de independencia (plena competencia).

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013 / Fecha de revisión: 06-06-2014

LIMITS TO HIDDEN CAPITALIZATION IN SPAIN: EUROPEAN AND CONVENTIONAL LEGAL PROBLEMS OF ARTICLE 20 AND 14.1 H) TRLIS

José Manuel Castro Arango

ABSTRACT

This article analyses the new interest barrier rules stated in the Royal Decree-Law 12/2012. There are two reasons behind its issue. First of all, art. 20 TRLIS –Spanish thin capitalization rule– was ineffective in many circumstances; and, secondly, there is an European trend to adopt interest barrier rules. Both of them find the same cause: the ECJ precedent in the case *Lankhorst Hoyer*. Also, the repealed article had a lot of issues concerning the compatibility with DTC's. The new rules are evaluated in this paper and there are shown the opportunities and risks for tax planning purposes. Nonetheless, this contribution focuses on the new questions relating to the compatibility between the new interest barrier rules on one hand, and the European Tax Law and DTC's on the other hand. The most important one is the limitation provided by the arm's length principle recognized by the ECJ, the European Commission and article 9 of the OECD Model Convention. Finally, this contribution describe the complex problems derived from the interaction between different anti abuse rules on finance transactions.

Keywords: thin capitalization, financial expenses/interest barriers rules, double tax treaties and arm's length principle.

Sumario

Introducción

1. La capitalización encubierta como fraude o abuso tributario
2. La cláusula de subcapitalización (vigente hasta el 31 de diciembre de 2011 en España)
3. Las normas de limitación a la deducibilidad de intereses (vigente desde el 1 de enero de 2012)
4. Límites derivados de los CDI
5. Conclusiones

Bibliografía

NOTA: Este artículo se elaboró dentro del proyecto DER2013-47912-P «Repensando la Estructura y Conceptos de la Fiscalidad Internacional» dirigido por el profesor doctor Juan ZORNOZA PÉREZ y financiado por la Secretaría de Estado de I+D+i del Gobierno de España. Además, el autor agradece a quienes han apoyado esta investigación, en particular a la Universidad Carlos III de Madrid, al gobierno austriaco quien a través de la beca *Ernst-Mach Stipendien* otorgada por la *Austrian Agency for International Cooperation in Education & Research* con recursos de la *BMWF*, me permitió desarrollar una estancia de investigación en el *Institute for Austrian and International Tax Law* de la *Wirtschaftsuniversität Wien* (WU), así como al programa de formación de docentes de la Universidad Externado de Colombia.

INTRODUCCIÓN

Hace más de dos años se expidió el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, que puso punto final a la célebre norma de subcapitalización española contenida en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Impuesto sobre Sociedades (TRLIS). Producto del afán recaudatorio generado por la profundización del déficit, la inminencia de la crisis de deuda soberana y la inoperancia práctica de la norma de subcapitalización, el gobierno fijó un límite objetivo a la deducción de gastos financieros bajo el entendido propósito de permitir una mejor preservación de las bases imponibles españolas. Así, el artículo 1 apartado segundo del RDL 12/2012 modifica el citado artículo 20, adoptando una «Limitación en la deducibilidad de gastos financieros». En consonancia, el RDL agrega la letra h) al apartado 1 del artículo 14 que prohíbe la deducibilidad de algunos gastos financieros con entidades del grupo.

Este trabajo aborda un análisis de la capitalización encubierta en las citadas normas (la derogada y la vigente) dejando de lado doctrinas derivadas de otros preceptos¹. La importancia de este trabajo se justifica en que la financiación empresarial es tal vez el principal instrumento de planificación fiscal internacional, y actualmente representa los mayores desafíos para la Administración tributaria y para los diseñadores de la normativa anti-elusión, sobre todo en los Estados receptores de inversiones². Por eso, las nuevas normas españolas responden a una tendencia de los estados europeos y pueden ser entendidas como una receta normativa similar a la adoptada en países como Alemania, Francia e Italia, quizá trasplantada de forma descontextualizada y amañada. Sin embargo, los derechos de los contribuyentes, en especial, a no soportar doble imposición económica en determinados supuestos, han sido objeto de un abuso del derecho –por parte del legislador– que desde un punto de vista dogmático merece ser criticado.

En el primer apartado de esta contribución se hace un panorama del problema de la capitalización encubierta y las principales soluciones propuestas desde un punto de vista de política fiscal. Seguidamente se aborda el derogado artículo 20 del TRLIS y los principales problemas que generó durante su vigencia y que, valga justificar, siguen siendo relevantes para los profesionales porque hay casos pendientes de resolución en los tribunales y en la Administración. Además, mientras ocurre la prescripción, podrán surgir nuevos litigios. Vistas las causas de su derogatoria, a continuación, en el tercer apartado, se analizará la adopción de los nuevos artículos 20 y 14.1 h). Tanto la norma descrita en el apartado segundo, como las del tercero, son evaluadas frente a las limitaciones de los CDI en el numeral cuarto.

¹ Entre otras: Reino de España, Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, n.ºs 167/2013, de 24 de enero, 403/2013, de 7 de febrero.

² KNÖLLER, C.-P.: «The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective», *Intertax*, vol. 39, Issue 6/7, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011, págs. 317-336, pág. 320.

Esta contribución se fundamenta en la metodología de estudio del Derecho Tributario Internacional la cual aconseja el análisis del Derecho Tributario interno del ordenamiento de referencia, de los Modelos de Convenios de Doble Imposición (CDI) y sus comentarios, la jurisprudencia extranjera y de la Unión Europea, así como de la doctrina internacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Asociación Fiscal Internacional (por sus siglas en inglés IFA).

1. LA CAPITALIZACIÓN ENCUBIERTA COMO FRAUDE O ABUSO TRIBUTARIO

1.1. DEBT VS. EQUITY

Una sociedad que requiere recursos se enfrenta a la *summa divisio* de las fuentes de financiación, el capital o fondos propios (*equity*), y la deuda o endeudamiento (*debt*), que envuelven distintos niveles de riesgo y de derechos económicos, o incluso políticos para el inversor³. La distinción entre deuda y capital en los impuestos sobre la renta y el patrimonio tiene importantes efectos en la mayoría de ordenamientos. La sofisticación y la natural politización de estos tributos ha supuesto también una diferencia de tratamiento fiscal entre los fondos propios y el endeudamiento en al menos tres aspectos: el contribuyente, la base imponible y el tipo. Tales diferencias se reflejan al mismo tiempo en el inversor y en la entidad financiada⁴.

Detengámonos en las principales diferencias⁵: a) Los dividendos pueden verse sometidos a una doble imposición económica, ya que una misma renta tributa primero en cabeza de la sociedad y, posteriormente, en la del socio o accionista, a menos que existan medidas concretas en el ámbito interno o internacional. Por su parte, los intereses no soportan una doble imposición económica, pues solo tributan en cabeza del prestamista. b) Los intereses son un gasto deducible para la entidad financiada, mientras que los dividendos no, en la medida en que se pagan después de calcular el beneficio de la entidad que los distribuye y una vez esta ha pagado impuestos. Ejemplo de esto es la prohibición expresa del artículo 14.1 a) del TRLIS. c) Las leyes internas o los Convenios Tributarios sobre la Renta y el Patrimonio, más conocidos como CDI, podrían tener un tipo distinto para los intereses y para los dividendos. d) Otras diferencias pueden surgir por los efectos de los dos tipos de financiación en el patrimonio de la compañía, como por ejemplo ocurre en sistemas que gravan el patrimonio o utilizan sistemas de renta presuntiva sobre la base del patrimonio poseído por el sujeto pasivo.

³ SCHÖN, W. y otros, *Debt and Equity: What's the difference? A Comparative View*, Max Planck Institute for Intellectual Property. Competition & Tax Law Research Paper Series n.º 09-09, pág. 2.

⁴ *Vid.* ibídem, pág. 3.

⁵ Las diferencias dependen en todo caso de los ordenamientos jurídicos con los que una operación tenga elementos de conexión.

1.2. LA CAPITALIZACIÓN ENCUBIERTA

Financieramente, muchas veces es indiferente la financiación como deuda o como capital, puesto que se trata únicamente de regímenes diferenciados por la rentabilidad y el riesgo asumido, aunque las tasas de interés, las calificaciones de las agencias y la posibilidad de acceso al crédito son algunos de los factores que pueden marcar diferencias entre una y otra. Pues bien, ante una misma necesidad, los recursos económicos, se tienen dos regímenes paralelos. Esto genera fricciones a nivel económico, siendo las diferencias tributarias las principales. La capitalización encubierta es precisamente un arbitraje entre los regímenes fiscales de ambas categorías.

En la mayoría de los casos, desde un punto de vista fiscal resulta mucho más ventajoso financiar con endeudamiento que con fondos propios, sobre todo si se trata de operaciones internacionales en las cuales el inversionista puede resultar gravado con un tipo efectivo menor. Téngase en cuenta que en operaciones internacionales financiar con deuda supondrá trasladar la tributación de un Estado a otro. En efecto, la entidad financiada no tributará en el Estado de su residencia por los intereses pagados, ya que reducirá sus beneficios con los gastos deducibles por los citados intereses. Los intereses podrán o no tener una retención en la fuente (*withholding tax*) en dicho Estado, considerando el ordenamiento interno, los CDI y el Derecho Comunitario. Para el Estado de residencia del prestamista, las rentas obtenidas por los intereses cobrados serán un ingreso gravable por el criterio de renta mundial, en la medida en que aumentará el beneficio computado en este último Estado⁶.

1.3. SOLUCIONES A PARTIR DE LA ELIMINACIÓN DE DIFERENCIAS ENTRE EL ENDEUDAMIENTO Y EL CAPITAL

El problema de la capitalización encubierta tiene como origen el distinto tratamiento de la deuda y del capital, de manera que la mejor forma de solventarlo es a través de la eliminación de las diferencias fiscales entre los dividendos y los intereses, tanto para el prestamista como el prestatario. No existiendo razones fiscales que inclinen la balanza entre la financiación con deuda o con capital, habrá neutralidad y la subcapitalización dejará de ser un problema con relevancia tributaria⁷.

La equiparación de los aspectos cuantitativos y espaciales del hecho imponible de los dividendos e intereses, como el que plantean las Directivas europeas de matriz-filial y de fiscalidad del ahorro, o los sistemas de renta DUAL o el de tributación de rentas del ahorro en España introducido en 2006, ciertamente acercan el tratamiento tributario entre la deuda y el capital, pero desde la perspectiva del prestamista. En cuanto a la situación del prestatario los intereses siguen siendo no deducibles.

Por ello, la solución más lógica a las diferencias sería eliminar la deducibilidad de los gastos financieros y darles así un tratamiento equivalente a los dividendos. Tal sistema se ha llamado

⁶ MAKHMUDOVA, K.: «Conflicts of Qualification and Thin Capitalization Rules», en BURGSTALLER, E. y HASLINGER, K. (eds.): *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law*, Linde, Viena, 2007, págs. 251-267, pág. 253.

⁷ KNÖLLER, C.-P.: «The Efficacy of...», *op. cit.*, pág. 336.

el *Comprehensive Business Income Tax*, pero parece un tanto gravoso para solucionar el problema. Otra solución es la incorporación del interés nocional (*notional interest*) o, en general, los sistemas de *allowance corporate equity (ACE)* que permiten la deducibilidad de los dividendos pagados a los accionistas o socios hasta un monto máximo estimado de la base imponible de la sociedad distribuidora. Esta estrategia resulta interesante para cortar el problema desde sus orígenes. De hecho, países como Croacia (entre 1994 y 2001), Bélgica (desde 2008), Brasil (donde se llaman *juros*) e Italia lo han adoptado con distintos matices, y se discute en el Reino Unido y Australia su adopción. Su fundamento parte de que el sistema tributario promueve estados financieros débiles en las compañías y de endeudamiento por un afán recaudatorio que al final se ve truncado por esquemas que permiten la capitalización encubierta⁸.

1.4. NORMAS QUE ATACAN LA CAPITALIZACIÓN ENCUBIERTA

Sin descartar los beneficios logrados por las estrategias descritas en el apartado anterior, las soluciones en todo caso han sido restringidas y con un alcance limitado. Lo cierto es que la salida de este problema, que es de orden internacional, debería ser una medida igualmente internacional, lo que no parece probable ni mucho menos próximo. De tal forma, la incorporación de normas de subcapitalización ha sido vista como necesaria para corregir las externalidades que genera la propia regulación fiscal, incluso en países que incorporan sistemas *ACE*. Ello es así puesto que desde un punto de vista de política fiscal no se debería poder justificar un alto grado de endeudamiento por el mero hecho de buscar una reducción de la carga fiscal.

El fenómeno de capitalización encubierta suele tener dos perspectivas: la primera a partir de analizar la proporción entre el endeudamiento y el capital de una compañía, a lo que llamaremos *situaciones de subcapitalización* y que usualmente la doctrina llama subcapitalización; y, la segunda, a partir de las características del instrumento financiero utilizado, que entenderemos como *operaciones de subcapitalización o de financiación híbrida*⁹. Está claro que, aunque son conceptos distintos, están estrechamente relacionados porque como consecuencia de una financiación híbrida podría devenir una situación de subcapitalización, pero sobre todo porque en ambos casos hay un traslado de base imponible de una entidad a otra, lo que hace que las medidas anti-elusión para ambos, resulten siendo las mismas, o siendo diferentes, se solapen.

Una mirada al Derecho Comparado permite concluir que existen distintos enfoques para atacar la subcapitalización, cuyas ventajas e inconvenientes se han comentado por la doctrina y no es

⁸ Vid. con la bibliografía ahí citada: SANZ GADEA, E.: «Restricción y limitación a la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades», en *RCyT*. CEF, núm. 355, págs. 47-104, págs. 88-89.

⁹ GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de Transferencia y otras Operaciones Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, págs. 220-221. En sentido similar Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, apartados 10-13 (Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, Sec. II. núm. 25. OECD, Committee of Fiscal Affairs, *Issues in International Taxation N.º 2 - Thin Capitalization and Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen*, París, 1987).

el caso tratarlas en este trabajo. De todas formas, sí es importante mencionar que en cuanto a los sujetos comprendidos, el análisis de los sistemas fiscales de varios Estados comprueba que la subcapitalización ha sido vista como un problema de erosión de bases imponibles nacionales hacia el exterior, que se exagera con la competencia fiscal internacional que permite el arbitraje tributario¹⁰. La prueba de la anterior afirmación está en que el ámbito de aplicación de las normas especiales anti-elusión se suele restringir a las entidades vinculadas no residentes, lo cual, además de dejar abierta la puerta a la subcapitalización entre entidades residentes, genera, en algunos casos, cuestiones de discriminación en el ámbito constitucional, de la OMC, de los tratados internacionales y del Derecho de la Unión Europea. Algunos estados que contenían esas diferenciaciones, como Alemania, han reaccionado ampliando las medidas para atacar la subcapitalización interna e internacional.

Los enfoques para atacar el fenómeno de capitalización encubierta se pueden resumir así¹¹:

1. Subjetivos: cuando se analizan las operaciones y la situación patrimonial de una compañía viendo sus particularidades. Se aprecian dos tipos según su fundamento se encuentre en:
 - 1.1. La norma general anti-elusión.
 - 1.2. El principio de *arm's length*.
2. Objetivos: son esquemas en los que se establecen parámetros que determinan el nivel anormal de endeudamiento de una compañía. Los más comunes son:
 - 2.1. Un excesivo nivel de endeudamiento que conlleva una baja proporción de capital (fondos propios o patrimonio neto) sobre las deudas¹². A estas normas se les llama normas de subcapitalización en sentido estricto. La *ratio* de endeudamiento puede ser:
 - 2.1.1. Fija: se aplica de forma general a todos los contribuyentes.
 - 2.1.2. Flexible: se hacen ciertas excepciones y consideraciones a los casos concretos, como al tipo de activo que se financia (así ocurre en Suiza), a *ratios* especiales a ciertas industrias¹³ o incluso a una comparación con los índices de endeudamiento del grupo¹⁴.

¹⁰ KNÖLLER, C. P.: «The Efficacy of...», *op. cit.*, págs. 321-322.

¹¹ Sobre las tendencias en esta materia consultar: HINNY, P.: «General Report», en IFA, *Cahiers de Droit Fiscal, New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*, vol. 93b, Rotterdam, 2008, págs. 25-26. Disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform).

¹² Vid. SANZ GADEA, E.: «La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales», en *Crónica Tributaria*, núm. 136/2010, Madrid, págs. 169-182.

¹³ MAKHMUDOVA, K.: «Conflicts of ...», *op. cit.*, pág. 257. HINNY, P.: *General Report, op. cit.*, págs. 15-50. Disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform). págs. 37-40.

¹⁴ Vid. Resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010. SANZ GADEA, E.: «La ubicación...», *op. cit.*, págs. 169-182.

- 2.2. La determinación de un alto porcentaje de gastos en intereses respecto de los ingresos. Estas normas se llaman normas de limitación a la deducibilidad de intereses y con los anglicismos *earnings-stripping rules* o *interest barriers*. Ejemplo de esta es el nuevo artículo 20 del TRLIS.

Los estados pueden tener varios enfoques para atacar la capitalización encubierta y ello podría generar una superposición de normas que no resulta en absoluto clara, más aún si se tiene en cuenta que cada norma puede tener efectos jurídicos diferentes. Descontando el hecho de que ciertas normas de este tipo supongan además infracciones, interesa resaltar que el Derecho Comparado suele asignar uno de los siguientes efectos: a) negar la deducibilidad de los intereses que superen los límites; b) reclasificar la deuda en capital y, en consecuencia, tratar los intereses como dividendos; c) tratar el diferencial como dividendos sin recalificar el préstamo en capital. En todo caso, estos son ajustes extracontables que suelen tener un impacto únicamente fiscal. A la par, en una situación internacional los estados envueltos pueden tener aproximaciones radicalmente distintas perjudicando la carga impositiva de los contribuyentes. Por ejemplo cuando el Estado de la fuente considera que son dividendos no deducibles, les aplica una retención limitada por el CDI y el de la residencia del inversor lo califica como un interés que no tiene derecho al método para eliminar la doble imposición económica (*participation exemption*).

2. LA CLÁUSULA DE SUBCAPITALIZACIÓN (VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2011 EN ESPAÑA)

La regulación de la subcapitalización en España no ha estado exenta de debate. La Ley 18/1991 sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) cuya disposición adicional quinta añadió a la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978 el apartado 9 del artículo 16, fue criticada por dejar importantes aspectos al desarrollo reglamentario¹⁵ y estar incluida dentro de las normas de valoración y precios de transferencia. La falencia reglamentaria se solucionó mediante el artículo 20 de la Ley 43/1995 (LIS), que además la configura como un artículo independiente. A raíz de la jurisprudencia del TJCE¹⁶ el ámbito subjetivo de la cláusula se modificó mediante Ley 62/2003, tal como veremos más adelante.

La finalidad del precepto es anti-elusiva, en concreto, evitar el traslado de bases imponibles entre entidades vinculadas del territorio español a otros estados por medio del juego entre el capital y deuda, según lo ha reconocido la jurisprudencia española, como veremos al hablar de la

¹⁵ La crítica a la legalidad de esta norma puede verse en CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario», en *Crónica Tributaria*, núm. 76, 1995, págs. 13-60, pág. 21.

¹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 12 de diciembre de 2002, proc. C-324/2000, asunto *Lankhorst-Hohorst*. La Ley 209152/2002.

financiación indirecta. Esta finalidad se cumple a partir de establecer una *ratio* fija de 3:1, y aplicándose no solo a las relaciones matriz-filial, sino a todos los casos de vinculación de que trata el artículo 16 del TRLIS¹⁷. A continuación analizaremos los principales problemas jurídicos que presentó durante su vigencia el derogado artículo 20 del TRLIS y que son la causa de la expedición del nuevo régimen de deducibilidad de gastos financieros.

2.1. NATURALEZA JURÍDICA

A lo largo de la existencia de la cláusula de subcapitalización en España ha existido la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la norma, en particular si es una ficción o una presunción, lo cual es un campo un tanto estéril por sus nulos efectos prácticos, tal como lo ha destacado el profesor MARÍN-BARNUEVO¹⁸. Por ello, solo cobra relevancia jurídica desde un punto de vista práctico la posibilidad (si es presunción *iuris tantum*) o no (si es ficción o presunción *iure de iure*), de presentar prueba en un procedimiento tributario para demostrar que, aunque se supera la *ratio* prevista en el artículo 20 del TRLIS, la operación se ajusta al principio de independencia (*arm's length*) y, en consecuencia, que la recalificación no procede.

A nuestro juicio, la naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización como estaba configurada es la de una ficción, si nos vamos a los conceptos extrajurídicos, o una norma de remisión, utilizando los conceptos propuestos por el profesor MARÍN-BARNUEVO, que por lo tanto no admite prueba en contrario. Ello no debe confundirse con la idea de que el presupuesto de hecho de la ficción tenga excepciones. La más evidente, porque aparece en el mismo artículo, es la fijación *ex ante* de un coeficiente alternativo. En efecto, el coeficiente de 3 podrá ser ampliado, *ex ante*, si la Administración acepta que el sujeto pasivo hubiese podido obtener de personas o entidades no vinculadas dicho endeudamiento y siempre que no se trate de un paraíso fiscal. Esta autorización se hace en el plano legal y no supone una prueba en contra de la ficción. Con ello, la evidencia del mayor endeudamiento se hace para calificar en el presupuesto de hecho de la excepción que se prevé a la *ratio* fija¹⁹.

No obstante lo dicho, la doctrina vaciló entre considerar la *ratio* como una presunción, una ficción, o una mezcla de ambas, con todo lo que ello conllevaba. La doctrina mayoritaria aceptó que el artículo 20 del TRLIS era una ficción, puesto que una vez que se den los presupuestos previstos en la norma no se admite prueba en contrario ni modulación alguna, de forma que nada impedirá que los intereses se traten como dividendos. No obstante, el entendimiento plano de la norma como una ficción, llevaba a la apresurada conclusión de que al no admitir prueba en contrario se trataba de una norma contraria a los CDI, en la medida en que el artículo 24 de los mismos exigía que se cumpliera con el principio de plena competencia. Esta idea no tiene ningún asidero legal,

¹⁷ CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización», en *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF, Madrid, 2010, págs. 637-691, pág. 641.

¹⁸ MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 135-152, pág. 144.

¹⁹ GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de..., op. cit.*, pág. 231.

pues la especial relación entre los CDI y las normas internas exigiría una segunda excepción a la ficción derivada del artículo 9 del MCOEDE, que se da también en el plano legal pero *ex post*, tal como se explica en el apartado 4 de este trabajo.

En cualquier caso el artículo 20 del TRLIS afecta «las reglas sobre la carga de la prueba, en la medida en que exime a la Administración de probar que el endeudamiento excesivo de las sociedades se debe a motivaciones exclusivamente fiscales» y en consecuencia podría resultar contraria a la jurisprudencia del TJUE si no estuviera excluida su aplicación a residentes en la Unión Europea²⁰. Por ello, la construcción de norma anti-elusión como una ficción fue un error en la medida en que las cláusulas anti-elusión establecidas mediante ficciones están condenadas a desaparecer, pues son desproporcionadas por no permitir prueba en contrario de que no se trata de una operación puramente artificial²¹.

2.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

La cláusula requiere dos sujetos: una «entidad residente» que recibe una financiación y una «entidad no residente» que la proporciona. Así pues, no cabría, como es lógico, una financiación en sentido inverso en la cual el prestamista sea la entidad residente en España. El término entidades comprende cualquier obligado tributario según las leyes tributarias españolas, aunque no tengan personalidad jurídica, tal como refiere el artículo 34.4 de la Ley General Tributaria (LGT). Así las cosas, todos los sujetos pasivos del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) quedarían comprendidos. La primera cuestión que se plantea es si esta regla se aplica también a los establecimientos permanentes (EP).

2.2.1. La cuestión de los EP

Aunque sea discutible si los EP son entidades que tienen la misma personalidad jurídica de su casa central o si son un sujeto sin personalidad de los que trata el artículo 34 de la LGT, lo cierto es que encuadran dentro del término «entidad», con lo cual el verdadero problema es definir si se consideran «residentes» o «no residentes» a los efectos del derogado artículo 20 del TRLIS. Aquí cabría considerar varias hipótesis:

- a) Un EP sito en España recibe financiación de su casa central u otros EP de dicha casa central: un lectura apresurada de la normativa lleva a entender que, aunque los EP son entidades no residentes, la norma de subcapitalización es aplicable a los mis-

²⁰ RODRÍGUEZ-BEREJIO LEÓN, M.: «La Carga de la Prueba en el Derecho Tributario: Su Aplicación en las Normas Tributarias Anti-abuso y en la Doctrina del TJUE», *RCyT*. CEF, n.º 344, Madrid, 2011, págs. 5-50.

²¹ *Ibidem*, págs. 41-44. El principio de proporcionalidad se encuentra en varias sentencias del TJUE. En especial resaltamos la del asunto SGI. Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 21 de enero de 2010, proc. C-311/2008, asunto *Société de Gestion Industrielle (SGI)*.

mos pues el artículo 18 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Renta de no Residentes (TRLIRNR) remite de manera general al TRLIS. Además, esa idea se respaldaría en que el literal k) del artículo 16.3 del TRLIS considera vinculados a una «entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el mencionado territorio». Sin embargo, la doctrina ha acertado en entender que esta hipótesis no queda cubierta por la norma de subcapitalización, puesto que el artículo 18.1 a) del TRLIRNR impide deducir de la base imponible los intereses que el EP radicado en España pague a su casa central o a otros EP, salvo que se trate de intereses abonados por los EP de bancos extranjeros a su casa central, o a otros EP, para la realización de su actividad. De cualquier modo, el artículo 18.1 c) del TRLIRNR indica que en ningún caso se podrán imputar las cantidades correspondientes al coste de los capitales propios de la entidad afectos al EP directa o indirectamente. De tal manera el supuesto de elusión quedaría cubierto²².

- b) Un EP sito en España recibe financiación de una entidad vinculada distinta de su casa central: los literales a) y c) del artículo 18.1 del TRLIRNR hacen referencia a la casa central u otros EP, pero no se refieren a las otras entidades vinculadas. Con esto, consideramos que las operaciones de financiación recibidas por el EP sito en España por otra entidad vinculada no residente –distinta de su casa central u otros EP de la misma–, sí quedarían comprendidas dentro del ámbito subjetivo del artículo 20 del TRLIS²³.
- c) Un EP radicado en España recibe financiación por parte de entidades residentes en España o por otros EP sitos en España. En principio los EP radicados en España se consideran a estos efectos como no residentes según el TRLIRNR. Sin embargo, consideramos, al igual que la DGT, que si la finalidad del artículo 20 del TRLIS es evitar la traslación de la base imponible de un Estado a otro, no habría razón para aplicar la normativa anti-subcapitalización, pues en este caso de cualquier forma las rentas se gravarían en España²⁴. Aunque ello no se desprende de la literalidad de la norma, ni existe precepto alguno que lo ordene, parece contrario al principio de no discriminación previsto en los CDI y en los artículos 14 y 31 de la Constitución Española. Por lo anterior, es dable concluir que es más coherente entender que los EP radicados en España no son una «entidad residente» a efectos de aplicar el artículo 20 del TRLIS.

²² CORDÓN ESQUERO, T. y GUTIÉRREZ LUOSA, M.: La subcapitalización: Tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación», en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, Tercera edición, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, págs. 979-1.019, pág. 991.

²³ En igual sentido: CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización», *op. cit.*, pág. 644.

²⁴ Dirección General de Tributos, Consulta general 2476/2003, de 26 de diciembre de 2003, de la Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas. La Ley 2738/2003. La DGT ha entendido que los préstamos entre una entidad vinculada residente y la sucursal española de una entidad financiera no residente no cumple con el elemento subjetivo de la subcapitalización previsto por el artículo 20 del TRLIS, puesto que si se atiende a la finalidad de la norma, no existe la posibilidad de traslado de la base imponible a otro Estado. Véase, CORDÓN ESQUERO, T. y GUTIÉRREZ LUOSA, M.: «La subcapitalización: Tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación», *op. cit.*, pág. 1.007.

- d) Un EP de una entidad residente en España sito en otro Estado que otorga una financiación a otra entidad residente en España vinculada. Compartimos la opinión de CENCERRADO quien ha entendido que en este caso literalmente la norma no aplicaría pero deja abierta la posibilidad de que atendiendo a la finalidad del precepto sí se aplique, pues podría haber un desplazamiento de la base imponible hacia el exterior²⁵.

Vistos estos casos es dable concluir que dada la literalidad del artículo 20 del TRLIS, la aplicación a los EP es un tema que puede dar lugar a interpretaciones opuestas que generan inseguridad jurídica. La definición de ámbito subjetivo de la regla de subcapitalización a partir del concepto de «residencia» no es apropiada en una legislación que contempla al EP criterio de conexión que opera como un centro de imputación de rentas de un sujeto no residente, que en cualquier caso puede ser sub-capitalizado directa o indirectamente por la casa central. Ello resulta mucho menos adecuado en un Estado con una extensa red de CDI como lo es España, pues a partir de los comentarios al MCOCDE de 2008 y de 2010, deben ser deducibles intereses sobre la financiación que supere el *free capital* y no necesariamente limitado a una ratio²⁶.

2.3. ENTIDADES EXCLUIDAS

2.3.1. Entidades financieras residentes

La norma excluye a las entidades financieras residentes, lo cual ha sido explicado por la doctrina como una excepción lógica derivada del objeto mismo de estas actividades y el alto grado de supervisión²⁷. Recuérdese que los requerimientos de capital propio atienden a los riesgos asumidos y las inversiones realizadas según la regulación financiera y prudencial de Basilea.

A efectos de la exclusión, se entiende por entidad financiera las entidades de crédito (las cajas de ahorros y los bancos), aseguradoras, sociedades y agencias de valores. En todo caso, este supuesto genera una diferencia de trato que parece evidenciar una discriminación, entre las entidades financieras residentes y las no residentes registradas en España como entidades financieras. Esta afirmación se verifica si se tiene en cuenta que según la doctrina de la DGT, hay subcapitalización indirecta cuando las sucursales en España de entidades financieras del exterior –registradas en España como entidades financieras– que hagan préstamos a otras entidades vinculadas residentes en España²⁸.

²⁵ CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización», *op. cit.*, pág. 646.

²⁶ Comentarios 42 a 49 al artículo 7 del MCOCDE 2008. Comentarios 20, 21 y 49 del MCOCDE 2010. *Vid. supra* apart. 4.

²⁷ CORDÓN ESQUERO, T. y GUTIÉRREZ LUOSA, M.: «La subcapitalización...», *op. cit.*, págs. 990-991; GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de...*, *op. cit.*, págs. 234-235.

²⁸ DGT, Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas, Consulta general 2476/2003, de 26 de diciembre de 2003. La Ley 2738/2003.

2.3.2. No residentes: excepciones que atienden a las libertades fundamentales de la Unión Europea

En la jurisprudencia del TJUE existen dos sentencias hito sobre el problema de las normas de subcapitalización y el principio comunitario de no discriminación, las cuales han tenido importantes repercusiones en la legislación y jurisprudencia de los Estados miembros.

En el caso *Lankhorst-Hohorst*²⁹ el TJUE analizó la normativa de subcapitalización en Alemania que se aplicaba a los préstamos contratados con entidades extranjeras, concluyendo que resulta vulneratoria de la libertad de establecimiento, puesto que si bien es posible que una norma de subcapitalización no excluya expresamente a los sujetos de los Estados miembros de la Unión Europea, es necesario que se aplique, formal y materialmente, de la misma forma a los créditos entre entidades residentes³⁰. Esta sentencia admite los tratos diferenciados entre residentes y no residentes siempre que exista justificación en la lucha contra el fraude, la coherencia del sistema fiscal o para ejercer un control fiscal, aunque para el caso concreto lo cierto es que en el expediente no se comprueba estar en ninguna de esas excepciones. De la sentencia parecería entenderse que incluso una cláusula que permita probar una *ratio* superior de endeudamiento no sería acorde con el Derecho Comunitario simplemente por ser discriminatoria, lo cual evidenciaría una no aceptación del principio de *arm's length*³¹.

La sentencia generó que el legislador alemán extendiera inicialmente el régimen a los residentes. Es importante referir que el caso *Lankhorst-Hohorst* ha sido tenido en cuenta por el Tribunal Supremo español³² y la Audiencia Nacional³³ para inaplicar la norma de subcapitalización española anterior a la vigente (que no excluía a los residentes en la Unión Europea) por considerarla contraria a la libertad de establecimiento en los mismos términos de la sentencia. También llevó al legislador a incorporar el apartado 4 del vigente artículo 20 del TRLIS que excluye aquellas situaciones donde la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado regla-

²⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 12 de diciembre de 2002, proc. C-324/2000, asunto *Lankhorst-Hohorst*. La Ley 209152/2002.

³⁰ HELMINEM, M.: *The International Tax Law Concept of Dividend*, Wolters Kluwer International BV, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 2010, págs. 210-211. LUCAS DURÁN, M.: «STJCE 12-12-2002, Lankhorst-Hohorst versus Finanzamt Steinfurt, As. C-324/00. Libertad de establecimiento; normas tributarias sobre subcapitalización; distribución encubierta de beneficios; coherencia del régimen fiscal; evasión fiscal», en *Crónica Tributaria*, n.º 117, Madrid, 2005, págs. 3-9.

³¹ PALAO TABOADA, C.: «La Subcapitalización», en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, Cuarta edición, CEF, Madrid, 2010, págs. 999-1.036, pág. 1.021.

³² Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2008, rec. 8310/2002. La Ley 8984/2008. Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 6 de abril de 2011, rec. 103/2007. La Ley 14493/2011. Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2011, rec. 5871/2006. La Ley 14311/2011.

³³ Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2009, rec. 169/2006. La Ley 210244/2009.

mentariamente como paraíso fiscal a los residentes en un Estado miembro de la Unión Europea. Esta solución, no obstante, no era la única alternativa que se tenía, pues se pudo haber ampliado a los residentes como sugirió LUCAS DURÁN³⁴.

Casos posteriores estudiados por el TJUE macaron una diferencia de criterio con la sentencia *Lankhorst-Hohorst*. En los casos *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*³⁵ y *Lammers & Van Cleef*³⁶, referidos a la legislación inglesa y belga respectivamente, el Tribunal sentó dos exigencias para la compatibilidad de las normas de subcapitalización: a) derecho de la entidad prestataria a probar los motivos económicos que justifican que la operación no es meramente artificial, b) la restricción de que solo pueden recalificarse como dividendos el exceso resultante de comparar el monto con lo que se habría acordado en condiciones de mercado³⁷.

Gracias a esta última sentencia se discute si los nuevos criterios permiten una mayor compatibilidad de las cláusulas de subcapitalización. Así las cosas, bajo la nueva concepción se podría pensar en el restablecimiento de una cláusula de subcapitalización en España para las operaciones con residentes en el ámbito comunitario sobre la base de que la misma sea subjetiva y basada en el principio de independencia, es decir, que se trate de operaciones artificiosas, incluso otorgando un trato diferenciado a residentes y no residentes³⁸. Así lo ha reconocido en el *obiter dictum* el Tribunal Supremo español en la Sentencia de 6 de abril de 2011.

La influencia de la más reciente jurisprudencia se ve claramente en la Resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010 que se pronuncia sobre la coordinación de las normas de transparencia fiscal internacional y subcapitalización en la Unión Europea. Esta resolución, que es una mera recomenda-

³⁴ LUCAS DURÁN, M.: «STJCE 12-12-2002,...», *op. cit.*, pág. 9.

³⁵ Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, Sentencia de 13 de marzo de 2007, proc. C-524/2004, asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. La Ley 8926/2007.

³⁶ Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia de 17 de enero de 2008, proc. C-105/2007, asunto *Lammers & Van Cleef*.

³⁷ FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 242. En palabras del Tribunal: «El artículo 43 de la CE se opone a una legislación de un Estado miembro que restringe la facultad de una sociedad residente de deducir a efectos fiscales los intereses de un préstamo financiero concedido por una sociedad matriz, directa o indirecta, residente en otro Estado miembro o por una sociedad residente en otro Estado miembro controlada por tal sociedad matriz, sin sujetar a dicha restricción a una sociedad residente que haya obtenido el préstamo de una sociedad también residente, *excepto si, por un lado, dicha legislación se basa en un examen de elementos objetivos y verificables que permiten identificar la existencia de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales al establecer la posibilidad de que el contribuyente pueda presentar, en su caso, y sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los motivos comerciales subyacentes a la transacción de que se trata y, por otro lado, si, demostrada la existencia de tal montaje, la referida legislación solo califica dichos intereses como beneficios distribuidos en la medida en que superen lo que se habría acordado en condiciones de libre competencia.*» (Cursiva nuestra).

³⁸ *Vid.* AA. VV.: *Guía Impuesto de Sociedades*, *op. cit.*, pág. 468. Esto hace que según la sentencia, el principio de *arm's length* tenga recibo en el Derecho de la Unión Europea, contrario a lo que parecería entender la sentencia *Lankhorst-Hohorst*.

ción, reconoce que estas normativas tienen un interés público loable, pero que según la jurisprudencia de TJUE pueden resultar en restricciones del ejercicio de las libertades fundamentales cuando resultan desproporcionadas y no atacan a «montajes puramente artificiales». Sobre esta base sugiere que cuando las normas de subcapitalización no sean aplicables a situaciones nacionales similares y adopten como base el respeto al principio de plena competencia atendiendo a cada caso concreto. Finalmente, permite utilizar los indicadores objetivos de una situación de subcapitalización, como las *ratios* de deuda y capital, siempre que estos operen –podríamos entender– como presunciones *iuris tantum*³⁹.

De todas formas, es preocupante el entendimiento que se ha dado en España por parte del legislador con las reformas introducidas a partir de la sentencia del caso *Lankhorst-Hohorst*, así como por la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, pues parece bastante simplista. En la práctica, y más allá del *obiter dictum*, los dos poderes públicos han entendido que toda cláusula anti-subcapitalización que distinga entre residentes y no residentes es contraria al ordenamiento de la Unión Europea, aun cuando parece evidente que existen alternativas regulatorias para el legislador, por ejemplo, podría pensarse en que la *ratio* opere como una presunción⁴⁰. Finalmente, la alarma que aquí hacemos es compartida por otros autores quienes han sugerido que la solución legal española ha dejado sin la protección que el artículo 20 del TRLIS da al principio de *arm's length*⁴¹.

Otra cuestión que aparece en torno a los límites comunitarios de las cláusulas de subcapitalización se plantea con la libertad de circulación de capitales y residentes en terceros estados. La pregunta es: ¿el derogado artículo 20 del TRLIS vulnera la libertad de movimiento de capitales? Si la respuesta es afirmativa tendríamos que concluir que dicha norma es completamente inaplicable pues esta libertad se aplica también a terceros estados. La sentencia del caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, en los apartados 33 y 34, se abstuvo de analizar si las normas anti-subcapitalización son contrarias a la libertad de movimiento de capitales o no.

En nuestra opinión es posible que en un caso concreto la aplicación del artículo 20 del TRLIS vulnere la libertad de circulación de capitales y no se enmarque en las restricciones admitidas en el orden comunitario. En estas circunstancias, la normativa de subcapitalización deberá ser inaplicable, incluso, si se trata de residentes o nacionales de terceros países. Lo anterior encuentra fundamento en la sentencia del TJUE en el caso *Itelcar v. la Fazenda Pública* que analizó la norma de subcapitalización portuguesa en relación con la no deducibilidad de pagos de intereses realizados a terceros estados⁴².

³⁹ «en particular los siguientes (lista no exhaustiva): a) El coeficiente de endeudamiento es excesivo. b) El importe del interés neto pagado por la sociedad supera determinado umbral de beneficios antes de intereses e impuestos (EBIT), o bien del resultado bruto de explotación antes del pago de intereses, impuestos, depreciación y amortización (EBITDA). c) La comparación entre el porcentaje de patrimonio neto de la sociedad y la del grupo en todo el mundo parece demostrar que la deuda es excesiva.»

⁴⁰ Una propuesta de *lege ferenda* en este sentido puede verse en LUCAS DURÁN, M.: «STJCE 12-12-2002,...», *op. cit.* pág. 9.

⁴¹ PALAO TABOADA, C.: «La Subcapitalización», *op. cit.*, pág. 1.027.

⁴² TJUE, asunto C-282/12, Sentencia de 3 de octubre de 2013. Un antecedente, no precisamente relativo a las normas de subcapitalización, pero sí con dividendos es la Sentencia de 9 de marzo de 2012 de la Corte Tributaria de Apela-

2.4. «ENTIDADES VINCULADAS»

2.4.1. Regla general

La norma requiere que la entidad residente sea vinculada con la no residente de acuerdo con cualquiera de los criterios del artículo 16.3 del TRLIS⁴³. No obstante la doctrina no parecía unánime para definir si la norma excluye los casos de subcapitalización de las matrices en la práctica⁴⁴ o no⁴⁵. En especial resultaron muy controvertidos los esquemas de planificación fiscal que tenían como base utilizar la transparencia fiscal internacional para inaplicar la regla de subcapitalización y sobre esta base utilizar las regulaciones especiales de las Entidades de Tenencias de Valores Extranjeros (ETVE). De esta forma, estos esquemas de planificación fiscal dejaban un amplio margen para erosionar las bases imponibles españolas⁴⁶. El TEAC mediante Resolución de 25 de junio de 2009⁴⁷ puso cortapisa a las planificaciones fiscales que se aprovechaban de este solapamiento de medidas específicas anti-elusión, acudiendo a las cláusulas generales y demostrando otra debilidad del derogado artículo 20 del TRLIS.

2.4.2. Excepción: financiación indirecta

La norma requiere también un endeudamiento directo o indirecto entre las vinculadas, de forma que exista económicamente una deuda o pasivo que genera un interés, que como gasto deducible, provoca un desplazamiento de la base imponible de una sociedad, a la base imponible de otra sociedad residente en otro Estado, por ser en esta un ingreso producto de un activo financiero. El endeudamiento directo supone que el nexo causal entre la deuda en una sociedad y el activo en la otra sociedad es fácilmente constatable por la existencia de un negocio jurídico entre las vinculadas. Por su parte, el endeudamiento indirecto es un concepto no acotado⁴⁸ que busca evitar la interposición de entidades para evitar configurar el elemento subjetivo de la regla de subcapitalización española que pasamos a exponer seguidamente. Gracias a dicho concepto se entiende que

ciones de Den Bosch (Países Bajos) indicó que la retención sobre los dividendos realizada a un fondo de inversión finlandés era contrario a la libertad de movimiento de capitales. Asimismo, el caso *Santander* del TJUE, Sala Tercera, asuntos C338/11 a C347/11, Sentencia de 10 de mayo de 2012.

⁴³ CORDÓN ESQUERO, T. y GUTIÉRREZ LUOSA, M.: «La subcapitalización...», *op. cit.*, pág. 991. DGT, Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Jurídicas, Consulta General, n.º 1.210 de 20 de junio de 2001. La Ley 1361/2001.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 991.

⁴⁵ SANZ GADEA, E.: *Medidas Antielusión Fiscal*, Documento IEF 08/09, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009. Disponible en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2009_08.pdf págs. 27-31, [Consultada el 10 de abril de 2012] págs. 77-78.

⁴⁶ *Ibidem*, págs. 77-78.

⁴⁷ Tribunal Económico-Administrativo Central, Sección Vocalía 10.ª, Resolución de 25 de junio de 2009, rec. 656/2007. La Ley 184069/2009.

⁴⁸ CORDÓN ESQUERO, T. y GUTIÉRREZ LUOSA, M.: «La subcapitalización...», *op. cit.*, pág. 992.

la cláusula aplica a las entidades que, aunque no estén vinculadas, operen como intermediarias de otras que sí lo son. También es una excepción a que la entidad prestamista sea no residente⁴⁹.

Para que se dé un endeudamiento indirecto se requieren tres sujetos: a) un prestatario residente en España, b) un prestamista –residente o no en España– vinculado o no con la prestataria, c) un prestamista real. La cuestión reside en probar que «el préstamo o crédito está respaldado por otra operación financiera de sentido inverso realizado por una entidad vinculada no residente»⁵⁰. El problema para determinar las relaciones entre las tres partes es fundamentalmente probatorio. La evidencia es el principal problema en los casos de mera intermediación en la operación de crédito, lo cual hace difícil la aplicación, pues la carga de la prueba corresponde a la Administración⁵¹. Un caso sencillo y típico sobre la financiación indirecta ocurre por ejemplo en los préstamos *back to back*. En la práctica, el principal problema ha sido determinar si las garantías otorgadas por un vinculado económico ante una entidad financiera para respaldar un crédito del otro vinculado supone o no un endeudamiento indirecto. Sobre el particular es posible encontrar una rica casuística de la DGT y de la jurisprudencia. En un primer momento, se entendió que si la entidad no residente asumía con la garantía el riesgo de insolvencia, había endeudamiento indirecto⁵². Se aceptó que una *confort letter* era un endeudamiento indirecto bajo la teoría del banquero independiente⁵³, idea matizada posteriormente por la exigencia de alguna garantía ejecutable⁵⁴. Finalmente el Tribunal Supremo sometió el endeudamiento indirecto a la condición de probar «que se produce o se va a producir (...) elusión fiscal mediante la erosión de las bases tributarias españolas a favor de otra entidad del mismo grupo y no residente en España...»⁵⁵.

Sobre esta base, podríamos inferir que en el caso en que la entidad prestamista aparente se encuentre en territorio español, y no se compruebe algún pago realizado por esta a la no residen-

⁴⁹ En palabras de SANZ GADEA: «El endeudamiento indirecto es, pues, una situación en la que un endeudamiento no afectado por la norma anti-subcapitalización realmente encubre otro sí afectado por dicha norma». SANZ GADEA, E.: *Medidas Anti-elusión Fiscal*, *op. cit.*, pág. 34.

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 34.

⁵¹ GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de...*, *op. cit.*, págs. 233 y 235.

⁵² Para ello habría que valorar las circunstancias del caso concreto, en especial, la estructura financiera de la prestataria, la posibilidad de insolvencia, lo que pasaría si se efectúa el aval y, obviamente, se necesita que exista una vinculación entre prestatario y avalista. Dirección General del Tributo, SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas, Consulta vinculante n.º 0503 de 30 de marzo de 1998. Disponible en [http://petete.minhac.es/Scripts/know3.exe/tributos/consulta/texto.htm?Consulta=.EN+Normativa+\(Ley\)&Pos=3658](http://petete.minhac.es/Scripts/know3.exe/tributos/consulta/texto.htm?Consulta=.EN+Normativa+(Ley)&Pos=3658) [Consultada el 15 de mayo de 2011].

⁵³ Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2006, rec. 109/2006, La Ley 124963/2006. Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, Sentencia de 23 de abril de 2007, n.º de recurso: 295/2006, La Ley 12703/2007. PALAO TABOADA, C.: «La subcapitalización», *op. cit.*, pág. 1.006.

⁵⁴ Dirección General del Tributo, Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Jurídicas, Consulta General, n.º 1210 de 20 de junio de 2001, La Ley 1361/2001. SANZ GADEA, E.: *Medidas Anti-elusión Fiscal*, *op. cit.*, pág. 35.

⁵⁵ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2011, rec. 5871/2006, La Ley 14311/2011. Antes de la sentencia la idea de esa finalidad de la norma de subcapitalización era reconocida por SANZ GADEA, E.: *Medidas Anti-elusión Fiscal*, *op. cit.*, pág. 35.

te vinculada, el traslado de base imponible española al exterior no se daría y por tanto no sería aplicable el artículo 20 del TRLIS. Incluso, la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo lleva a pensar en que las garantías no han sido previstas por el legislador dentro del concepto «endeudamiento indirecto», no solo porque no caben dentro del tenor literal como han dicho algunos autores⁵⁶, sino porque no siempre existe una rentabilidad por el mero hecho de garantizar. Es decir, solo en ocasiones habrá un gasto que permita desplazar la base imponible⁵⁷.

Debemos agregar tres comentarios, en primer lugar, el endeudamiento indirecto, a falta de la mención expresa, podría ser atacado a través de la cláusula general anti-elusión⁵⁸. En segundo lugar, la financiación indirecta se ha visto afectada por la exclusión de la subcapitalización de operaciones comunitarias donde compañías vehículo permitirían eludir la aplicación de la norma a financiaciones extracomunitarias; y, en tercer lugar, existen deficiencias en la regulación, tales como la no determinación de las consecuencias que trae el endeudamiento indirecto para el intermediario⁵⁹ o la posibilidad de establecer el efecto cascada para elevar a la potencia la ratio a través de sociedades interpuestas⁶⁰.

Todo lo anterior destaca las desventajas del ámbito subjetivo elegido por el legislador para la aplicación de la regla de subcapitalización.

2.5. ELEMENTOS OBJETIVOS

Exige la ley que exista un endeudamiento neto remunerado reducido a su estado medio⁶¹ que supere en tres veces el capital fiscal también reducido a su estado medio, es decir, que por cada 100 unidades monetarias de capital propio puede haber 300 de deuda. La cuestión estará en precisar qué conceptos encuadran en ambas magnitudes y su cálculo. Uno de los problemas más graves es que la norma no aclaró si el estado medio se determinaba «diario, mensual, trimestral, semestral o con cualquier otra periodicidad...»⁶², dando lugar a sendas discusiones⁶³. En torno

⁵⁶ CORDÓN ESQUERO, T. y GUTIÉRREZ LUOSA, M.: «La subcapitalización...», *op. cit.*, pág. 993. FALCÓN Y TELLA, R.: «Artículo 20 subcapitalización», en AA. VV. *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 286. GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de...*, *op. cit.*, pág. 233.

⁵⁷ Estos dos argumentos son recogidos por CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización», pág. 655.

⁵⁸ GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de...*, *op. cit.*, pág. 233.

⁵⁹ CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización», *op. cit.*, pág. 655.

⁶⁰ PLITZ, D. J.: «General Report», en AA. VV., *Cahiers de Droit Fiscal International: International 1996, Aspects of Thin Capitalization*, Congreso de Suiza, vol. 81b, 1996, págs. 83-139, disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform), págs. 113 y ss.

⁶¹ Sobre el significado de neto y remunerado véanse CORDÓN ESQUERO, T. y GUTIÉRREZ LUOSA, M.: «La subcapitalización...», *op. cit.*, pág. 995. FALCÓN Y TELLA, R.: «Transparencia fiscal internacional, subcapitalización y convenios de doble imposición», en *Quincena Fiscal*, núm. 16, 1997, págs. 5-8, pág. 6.

⁶² CORDÓN ESQUERO, T. y GUTIÉRREZ LUOSA, M., «La subcapitalización...», *op. cit.*, págs. 996-997.

⁶³ *Ibidem*, págs. 998; SANZ GADEA, E.: *Medidas Anti-elusión Fiscal*, *op. cit.*, pág. 38.

al cálculo del endeudamiento existían dos posiciones. Para algunos, el cálculo debe hacerse de forma separada entre cada entidad⁶⁴, mientras que otros entienden que deben computarse todos los créditos con las vinculadas no residentes para determinar si se supera o no la *ratio*⁶⁵. Esta discusión resultaba un tanto bizantina pues si se detalla en la redacción de la norma se aprecia que no se está indicando solo una relación como lo sugiere la primera tesis, sino que se deja abierto a «otras», queriéndose cobijar a toda la financiación que provee un grupo a una entidad. Aun manteniendo la primera tesis, se puede argumentar que en un determinado caso existe una financiación indirecta por parte de la matriz cuando ella utiliza distintas entidades del grupo para realizar la financiación. Sobre esta base, operaciones de financiamiento circulares encuadrarían como endeudamiento indirecto y se acumularían en cabeza de la matriz. El problema en todo caso es que la norma no incluye los créditos con vinculados residentes en la Unión Europea, pues resultaría contrario a los fundamentos de la sentencia *Lankhorst-Hohorst*⁶⁶ lo cual abriría el espacio para financiar a través de entidades residentes en la Unión Europea.

No existe una norma fiscal que determine qué debe considerarse como «endeudamiento» y «capital fiscal». La remisión al resultado contable del artículo 10.3 del TRLIS no resulta aplicable en este caso, pues la misma se hace para la determinación de la base imponible. La utilización de los conceptos del Derecho Privado, en concreto, el Código de Comercio y el Plan General de Contabilidad (PGC) puede vulnerar los principios de reserva de ley tributaria y el de seguridad jurídica. Siguiendo a la LGT en materia de calificación, los conceptos no tributarios serán relevantes siempre y cuando se mantenga el sentido y finalidad de la norma tributaria⁶⁷. De ahí que resultará discutible aceptar, a efectos del artículo 20 del TRLIS, la recalificación hecha en virtud del artículo 34.2 del Código de Comercio a un instrumento híbrido⁶⁸. De todas formas, el PGC señala que las obligaciones convertibles, las cuentas en participación, los préstamos participativos, los préstamos subordinados y algunas otras formas híbridas de financiación, en principio son endeudamiento⁶⁹. En estos casos, no parece haber dudas de la coincidencia de la norma contable y la finalidad de las normas de subcapitalización, pues al final todos estos instrumentos generan gastos financieros deducibles.

⁶⁴ Cfr. «La Subcapitalización», en SERRANO ANTÓN, F. (dir.): *Fiscalidad Internacional*, Cuarta edición, CEF, Madrid, 2010, págs. 999-1.036, págs. 1.008-1.009. Indica este autor que las sociedades en régimen de consolidación se entiende que conforman una misma relación según la DGT en Consulta vinculante 1315 de 7 de julio de 1998.

⁶⁵ GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de...*, op. cit., pág. 234. CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización», pág. 652.

⁶⁶ CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización», págs. 647-648. Aquí jugarían los argumentos a favor y en contra reseñados anteriormente.

⁶⁷ *Ibidem*, págs. 655 y 660.

⁶⁸ Podría hacer que incluso las normas especiales anti-subcapitalización no fueran necesarias para solucionar la elusión. Así lo sugiere SANZ GADEA, E.: *Medidas Anti-elusión Fiscal*, op. cit., pág. 27. Enunciamos esto, sin embargo ello no hace parte de nuestro estudio.

⁶⁹ Cfr. PALAO TABOADA, C.: «La subcapitalización», op. cit., págs. 1.007. SANZ GADEA, E.: *Medidas Anti-elusión Fiscal*, op. cit., págs. 31 y ss. DGT, Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas, Consulta vinculante V1859/2006, de 19 de septiembre de 2006. La Ley 2607/2006.

2.6. EFECTOS JURÍDICO TRIBUTARIOS

Indica el artículo 20 del TRLIS que los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos, pero no se aclara si la recalificación se hace «a los últimos préstamos concedidos, que han sido los determinantes del exceso de endeudamiento» o si se debe «imputar a cada sujeto la parte proporcional del exceso de endeudamiento en relación con el endeudamiento total»⁷⁰. La doctrina se decanta por esta última opción pues resulta más respetuosa del espíritu y finalidad del artículo 20 del TRLIS⁷¹. Así, para el residente se denegará la deducibilidad de los intereses recalificados en dividendos y para el no residente se aplicarán las reglas de retención prevista para los dividendos.

Ahora bien, en el Estado de la residencia la entidad prestamista tendrá que ajustar sus ingresos y tratar de que la Administración tributaria de ese otro Estado le acepte la recalificación de las rentas, para lo cual, si está en aplicación de un CDI, podrá solicitar un procedimiento amistoso o arbitraje si así lo prevé el CDI y, en su caso, el Convenio Europeo de Arbitraje⁷². De otro modo, la doble imposición jurídica se podrá eliminar pero, por lo general, deberá soportar doble imposición económica⁷³ gracias a lo que se conoce en la doctrina internacional como un *conflicto de calificación*⁷⁴. Con ello se evidencia que los efectos del derogado artículo 20 son muy acotados y no afectan la recalificación del instrumento. Esto genera mayores problemas con los CDI que exigen que los dividendos deriven de «otras participaciones sociales». Igual ocurre con las directivas de Intereses y Cánones 2003/49 de 3 de junio de 2003 y matriz-filial 90/435 de 23 de julio de 1990, pues si bien se ha entendido que los intereses reclasificados como dividendos pueden considerarse como una «distribución de beneficios» y por tanto aplicar esta última Directiva, al no reclasificarse el instrumento de deuda este no contará para determinar el capital necesario para considerar una «participación sustancial» que da lugar a un grupo de entidades⁷⁵.

Una falla adicional de la norma derogada es que no aclara los efectos que produce para los sujetos pasivos que adecuan su financiación a la *ratio*. En algún punto se llegó a derivar del artículo 20

⁷⁰ *Ibidem*, págs. 999 y 1.000.

⁷¹ *Ibidem*, págs. 999 y 1.000. SANZ GADEA, E.: *Medidas Anti-elusión Fiscal*, *op. cit.*, pág. 39. CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización», *ob. cit.*, págs. 667 y 668.

⁷² En efecto, el Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, sobre la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas de los Estados miembros, resulta aplicable para solucionar los ajustes de beneficios con base en el principio de independencia. Véase Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre. PALAO TABOADA, C.: «La Subcapitalización», *op. cit.*, pág. 1.034.

⁷³ CORDÓN ESQUERO, T. y GUTIÉRREZ LUOSA, M.: «La subcapitalización...», *op. cit.*, pág. 1.003.

⁷⁴ MAKHMUDOVA, K.: «Conflicts of...», *op. cit.*, págs. 252 y ss. VOGEL, K.: *On Double Taxations Conventions*, Third edition, Kluwer Law International, 1997, pág. 52.

⁷⁵ VAN DONGEN, T. J. C.: «Thin Capitalization Legislation and the EU Corporate Tax Directives», en *European Taxation*, vol. 52, n.º 1, 2012, págs. 20-28.

del TRLIS un supuesto puerto seguro (*safe harbour*) en ciertas circunstancias⁷⁶. Esta cuestión cobra relevancia ante la concurrencia de normas anti-elusión que pueden ser utilizadas por la Administración para combatir la subcapitalización. Esto nos lleva al terreno de determinar las relaciones entre las cláusulas generales y especiales anti-elusión, tema sobre el cual se ha pronunciado la doctrina y que de forma muy simplificada puede resumirse en que el fraude de ley no podría aplicarse cuando la vía de elusión ha sido prevista con precisión por el legislador en una norma específica⁷⁷.

El problema de aplicar esa lógica es que llevaría a la conclusión extraña de que existiría un puerto seguro (*safe harbour*) para los no comunitarios y los cubiertos por un CDI, mientras que para el resto no. Ello se explicaría porque una operación donde potencialmente resulta aplicable el derogado artículo 20 del TRLIS (porque no es contraria a los CDI y ni al Derecho Comunitario), pero no se cumplen los presupuestos objetivos de dicho artículo, la cláusula de subcapitalización operaría como un puerto seguro (*safe harbour*)⁷⁸. La Administración no podría ir más allá argumentando otras cláusulas anti-elusión, puesto que el legislador para este caso concreto ha establecido una verdad normativa que no puede ser desconocida por el ejecutivo. En otras palabras, cuando se dan los presupuestos subjetivos de aplicación del artículo 20 del TRLIS pero no se dan los objetivos, la *ratio* opera como un puerto seguro (*safe harbour*) de forma que la Administración no podrá desestimar el endeudamiento con base en otra norma anti-elusión. Bajo esa misma lógica, en los casos en que se den los presupuestos objetivos, pero no se den los subjetivos (porque es contrario a un CDI, al Derecho Comunitario o por la ausencia de cualquier otro elemento subjetivo del precepto), el 20 del TRLIS nunca fue potencialmente aplicable, con lo cual no habría ficción legal alguna, y por tanto será perfectamente posible aplicar una cláusula general anti-elusión o el principio de independencia previstos por la ley interna (art. 16 TRLIS).

3. LAS NORMAS DE LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE INTERESES (VIGENTE DESDE EL 1 DE ENERO DE 2012)

3.1. EL CONTEXTO DE LA MODIFICACIÓN

La principal razón para la expedición del Decreto 12/2012 se encuentra en las fallas que el derogado artículo 20 presentaba en su aplicación, tal como se expuso en el apartado anterior. Otro motivo se encuentra en las recientes reformas realizadas en Europa a partir de la sentencia del caso *Lanhorst Hohorst*, que se pueden agrupar en dos grandes tendencias. La primera se encuentra en el

⁷⁶ FALCÓN Y TELLA, R.: «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal de riesgos», en *Quincena Fiscal*, n.º 22, diciembre de 2009, pág. 7-13.

⁷⁷ *Ibidem*, págs. 8-13. RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso? (Sobre la planificación fiscal y las norma anti-abuso en el derecho de la Unión Europea)», en *RCyT. CEF*, núms. 329-330, págs. 5-60, págs. 41, 42 y 48.

⁷⁸ Así lo han puesto de presente: OECD, *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, Paris, 1998, pág. 662. Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, núm. 79. PLITZ, D. J.: «General Report», *op. cit.*, págs. 111 y ss.

ordenamiento británico que ha supuesto la adopción de un sistema subjetivo a partir del principio de *arm's length*, unificando así el problema con el de Precios de Transferencia. La segunda tendencia se observa en países como Italia, Holanda, Alemania y Francia, donde se ha optado por crear normas de limitación a la deducibilidad de intereses sobre parámetros objetivos de EBIT o EBIT-DA vs. Gastos financieros. En cualquier caso, aunque no sea objeto de nuestro estudio, es menester aclarar que el trasplante legal hecho por el legislador español no ha «aclimatado» las reglas al particular contexto fiscal español, que hasta ahora se había caracterizado por gravar los beneficios netos. Más aún, fue un trasplante incompleto, amañado, pues no incorporó cláusulas de escape o excepciones como se puede observar de una comparación simple con el régimen alemán o francés.

La Resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010 que, como es bien sabido, busca la coordinación de las normas de transparencia fiscal internacional y subcapitalización en la Unión Europea, reconoce que estas normativas tienen un interés público loable, pero que según la jurisprudencia del TJUE pueden resultar en restricciones del ejercicio de las libertades fundamentales cuando resultan desproporcionadas y no atacan «montajes puramente artificiales», para lo cual el rasero es el principio de *arm's length*. Sobre esta base, sugiere que cuando las normas de subcapitalización no sean aplicables a situaciones nacionales similares sean acordes con el principio de independencia y permitan la evaluación de cada caso concreto. De todas formas, autoriza utilizar los indicadores objetivos de una situación de subcapitalización, siempre que estos operen –podríamos entender– como presunciones *iuris tantum*.

3.2. PROHIBICIÓN DE DEDUCIR GASTOS FINANCIEROS DESTINADOS A LA ADQUISICIÓN DE FONDOS PROPIOS DE VINCULADAS [ART. 14.1 H) TRLIS]

El RDL adiciona el literal h) al apartado 1 del artículo 14 del TRLIS para hacer no deducibles los «gastos financieros devengados en el periodo impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones».

3.2.1. Elementos de la norma

El propósito de esta norma, siguiendo a la Exposición de Motivos, es dar un sustento legal expreso a una doctrina del TEAC⁷⁹, según la cual el endeudamiento contratado para participar

⁷⁹ Se destacan las siguientes: Reino de España, Tribunal Económico-Administrativo Central, Resolución del 27 de mayo de 2007; Reino de España, Tribunal Económico-Administrativo Central, Vocalía 10.ª, Resolución N.º 00/656/2007

en el patrimonio de las entidades del grupo no genera gastos deducibles si no existen «motivos económicos válidos». Este último requisito fue derivado de los elementos del fraude de ley contenido en la LGT. La nueva norma no debe influir en los casos que se discuten en los tribunales actualmente, so pena de vulnerar la prohibición de retroactividad, aunque en todo caso su expedición es evidencia de que la doctrina del TEAC requería un mayor sustento legal.

Una diferencia fundamental entre el nuevo precepto y la citada doctrina es la inversión de la carga de la prueba, de forma que los gastos financieros no son deducibles a menos que el contribuyente compruebe la existencia de «motivos económicos válidos». Ahora la Administración tiene una menor carga probatoria. El contribuyente cuenta con la posibilidad de elevar una consulta para conocer su opinión acerca de si un supuesto cumple o no con el test. La consulta puede brindar seguridad jurídica a las operaciones y facilitar la aplicación de esta norma. Al tiempo, de la pericia y diligencia de la Administración al resolver las mismas, dependerá el impacto negativo en términos económicos del nuevo precepto.

El ámbito subjetivo se restringe a que las operaciones de transmisión o aportación en el capital, así como las que den lugar a los intereses –préstamos–, que se hagan entre las entidades del grupo mercantil. Varias cuestiones se plantean: la primera es que precisamente por la adquisición del patrimonio propio en una entidad tercera puede devenir la calificación de la misma como miembro del grupo. La doctrina se orienta a indicar que en tal caso aplicará la prohibición de deducibilidad⁸⁰, conclusión que no tiene soporte en el texto de la norma. En segundo lugar, debe resaltarse que el endeudamiento indirecto, en especial, los *back to back loans* serán una vía de planeación fiscal/abuso (ya lo veremos en la práctica) no expresamente contemplada y eventualmente corregible a través del artículo 15 de la LGT.

La relación entre el préstamo y la adquisición del patrimonio se da por la palabra *destinada* que como resalta SANZ GADEA puede generar múltiples vías de planeación fiscal a través del aprovechamiento de la idea de que todos los activos financian todos los pasivos y la dificultad probatoria de distinguir los activos financiados con un préstamo⁸¹.

3.2.2. Motivos económicos válidos

La cuestión de definir qué es un motivo económico válido debe ser resuelta a partir de transpolar los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales que se han dado en otros preceptos que utilizan la frase «motivos económicos válidos», en especial, el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE (art. 96.2 TRLIS) sobre el régimen común aplicable a las fusiones escisiones, aportaciones y canjes realizados entre sociedades de distintos Estados miembros. Asimismo, resulta útil una reinterpretación

de 25 de junio de 2009. Reino de España, Tribunal Económico-Administrativo Central, Resolución 1 de junio de 2010, JUR2011/86429.

⁸⁰ SANZ GADEA, E.: «Restricción y...», *op. cit.*, pág. 54.

⁸¹ *Ibidem*, pág. 56.

tación de la jurisprudencia y consultas respondidas por la Administración en relación con el test de motivos económicos válidos, que se venían aplicando para (in)admitir la deducibilidad de intereses por créditos obtenidos para adquirir patrimonio de entidades del grupo.

3.2.2.1. ¿Cuánto voltaje debe tener el motivo?⁸²

Como es bien sabido y no es del caso profundizar aquí, el origen del test de motivos económicos válidos se encuentra en la doctrina del *business purpose* de derecho anglosajón desarrollada desde la sentencia *Helvering v. Gregory* y de alguna manera encuentra parangón en las doctrinas alemanas de la consideración económica. Una de las principales cuestiones ha sido si es motivo económico válido la simple existencia de otra razón de negocios distinta a la fiscal (*sole tax purpose test*) o si cuantitativa y materialmente el motivo no tributario es preponderante (*essential tax purpose test*). Claramente el análisis no puede hacerse únicamente sobre la forma o motivo económico alegado por el contribuyente⁸³. De forma más o menos unánime se ha entendido como el requerimiento de que la operación tenga un propósito distinto al fiscal, de manera que si se elimina la ventaja fiscal y no quedase ningún motivo funcional, se entenderá que no hay un propósito de negocios⁸⁴.

En el ámbito de la Unión Europea y en lo que nos interesa, la Sentencia del TJUE del caso *Leur-Bloem* de 17 de junio de 1997, hito en esta materia, ha entendido que no hay motivo económico válido cuando el único propósito es fiscal. Mucho más estricto fue el criterio aplicado por el TJUE en la sentencia del caso *Foggia-SGPS* de 10 de noviembre de 2011 (C-126/2010) que dispuso que en caso de que existan varios objetivos, el de carácter fiscal no puede resultar preponderante en el marco de la operación proyectada⁸⁵. La norma del artículo 14.1 h) no da luces sobre esta cuestión.

3.2.2.2. Un motivo económico sin voltaje: la indiscreta Exposición de Motivos

La propia Exposición de Motivos contiene dos ejemplos de motivos económicos. El primero que se daría siempre que la financiación de que trata el artículo se otorgue en el marco de una

⁸² CALDERÓN CARRERO, J. M.: «¿Hacia motivos económicos válidos de "alto voltaje"?», en *RCyT*. CEF, núm. 347, 2012, págs. 5-40, pág. 39.

⁸³ RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Tiene futuro...», *op. cit.*, pág. 38.

⁸⁴ Por todos: PALAO TABOADA, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, Thomson-Civitas, 2002, págs. 6.597-6.648, págs. 6.605 y ss.

⁸⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M.: «¿Hacia motivos económicos válidos de "alto voltaje"?», *op. cit.*, págs. 5-40. El fundamento jurídico de esta sentencia indica: «Por tanto, nada se opone, en principio, a que una operación de fusión que lleve a cabo una reestructuración o una racionalización de un grupo que permita reducir los gastos administrativos y de gestión de este pueda tener motivos económicos válidos. No obstante, ese no es el caso de una operación de absorción, como la controvertida en el litigio principal, en el que parece resultar que, habida cuenta de la ventaja fiscal que se pretende obtener, a saber más de 2 millones de euros, el ahorro realizado por el grupo de que se trata en términos de costes estructurales es completamente marginal».

reestructuración producto (consecuencia directa) de la adquisición a terceros. Hemos de entender el término «adquisición» de forma amplia, como podría ser la adquisición de una sociedad o una rama de actividad, y tener en cuenta que debe existir una relación causal entre la reestructuración y la adquisición a terceros. Sin embargo, el segundo caso no es muy preciso y no expresa claramente la existencia de un motivo económico válido. Parecería dar a entender que pueden ser deducibles aquellos gastos financieros que correspondan a deudas contraídas para adquirir patrimonio de entidades del grupo siempre que la gestión de la compañía en la cual se participa, sea efectivamente gestionada desde España, con lo cual, más que un ejemplo se trataría de un intento de excepción a la prohibición, en cualquier caso sin valor normativo alguno. Lo cierto es que si bien el grupo o la sociedad participada puede ser gestionada desde España, ello no es muestra alguna de que la compañía requiera obtener un financiamiento para la adquisición. Lo anterior sin contar con que el criterio de gestión parece cuanto menos extraño al lenguaje fiscal, donde existen términos con un significado más depurado como los de sede de dirección efectiva, participación sustancial y consolidación.

3.2.2.3. *¿Motivo económico como presunción de fraude o como test autónomo?*

Podría entenderse que el artículo 14.1 h) es independiente y autónomo del juicio de fraude de ley previsto en el artículo 15 de la LGT (conflicto en la aplicación de la norma tributaria), pues su tenor literal parecería tajante al decir «salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones...». Sin embargo, tratándose de otros *test* similares como el de la Directiva 90/434 se ha entendido como una presunción de fraude que admite prueba en contrario, tal como lo ha admitido la sentencia del TJUE del caso *Leur-Bloem* y la mayoría de la doctrina⁸⁶. Por ello, la tesis de la autonomía del test de motivos económicos válidos frente a las cláusulas generales anti-elusión defendida por algunos⁸⁷ no tiene mayor aceptación. En consecuencia, el test incorporado en el artículo 14.1 h) es una presunción de fraude, por lo cual debe existir la posibilidad de demostrar que el elemento objetivo del fraude no se da y que otros elementos subjetivos distintos de los motivos económicos no están presentes. De otro modo, no sería entendible que un contribuyente pueda probar la ausencia de ventajas fiscales para justificar la no aplicación del artículo 14.1 h)⁸⁸. Ahora bien, bajo ese entendido, si se presume el fraude del artículo 15 de la LGT deben generarse todos sus efectos, esto es, aplicar «la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios» y no únicamente la no deducibilidad. Probablemente esta posición no será admitida por la Administración, porque además de acogerla, la gran pregunta en cada caso sería: ¿cuál es el negocio propio o usual?

⁸⁶ PALAO TABOADA, C.: «Los motivos...», *op. cit.*, págs. 6.616 y ss. CALDERÓN CARRERO, J. M.: «¿Hacia motivos económicos válidos de "alto voltaje"?», *op. cit.*, pág. 26.

⁸⁷ SANZ GADEA, E.: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», en *RCyT. CEF*, núm. 215, 2001, pág. 99 y ss.

⁸⁸ Cfr. SANZ GADEA, E.: «Restricción y...», pág. 54.

3.2.2.4. Límites comunitarios

La existencia de un concepto comunitario de abuso en Unión Europea afecta a la interpretación del artículo 14.1 h) del TRLIS cuando se proyecte sobre operaciones financieras cubiertas por el Derecho de la Unión Europea, en el sentido de exigir la proporcionalidad que, *inter alia*, supone la libertad de prueba, la no existencia de restricciones administrativas y la revisión judicial⁸⁹. Además, cuando el motivo económico es una ventaja fiscal producto del ejercicio de una libertad comunitaria, debería aceptarse como justificación del contribuyente el aspecto objetivo del fraude a nivel comunitario, esto es, si la operación es contraria a la finalidad de las normas europeas de cobertura.

Al tiempo, se deben transpolar las discusiones en torno a la artificiosidad como evasión o como elusión en materia comunitaria, generados en especial por la Sentencia del TJUE del caso *Cadbury Schweppes* de 2 de mayo de 2006 (C-196/04) o aquellas relativas a la insuficiencia del test de motivos económicos válidos a nivel comunitario⁹⁰. Es posible que el artículo 14.1 h) del TRLIS no cumpla con la noción restringida de artificiosidad como simulación que ha sido vista en sentencias como la referida del caso *Cadbury*⁹¹. La cuestión en todo caso debe ser planteada partiendo de indagar si se encuentra en lisa una libertad comunitaria, puesto que estamos en un ámbito no armonizado.

3.2.2.5. Motivo económico válido en operaciones de financiación

Es relevante analizar la aplicación del criterio del test de motivos económicos válidos por parte del TEAC⁹² puesto que de sus argumentos se puede marcar una línea de interpretación del nuevo precepto. Por ello, permítasenos obviar las críticas a estas resoluciones, ya que ante la existencia de una norma como la vigente, muchos de los argumentos en su contra resultan descartados⁹³, y pasemos así a concentrarnos en lo que podemos rescatar hacia futuro. En resumen, el TEAC ha indicado que en los casos de financiación analizados existe un fraude de ley previsto en el derogado artículo 24 de la Ley 230/1963. Esta última norma guarda una estrecha

⁸⁹ Por todos: CALDERÓN CARRERO, J. M.: «¿Hacia motivos económicos válidos de "alto voltaje"?», *op. cit.*, pág. 18 y ss.

⁹⁰ RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Tiene futuro...», *op. cit.*, págs. 21-23 y 38-43.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 23.

⁹² Se destacan las siguientes: Reino de España, Tribunal Económico-Administrativo Central, Resolución de 27 de mayo de 2007; Tribunal Económico-Administrativo Central, Sección Vocalía 10.ª, Resolución de 25 de junio de 2009, rec. 656/2007. La Ley 184069/2009; Reino de España, Tribunal Económico-Administrativo Central, Resolución de 1 de junio de 2010, JUR2011/86429.

⁹³ FALCÓN Y TELLA, «La subcapitalización, las ETVE...», *op. cit.*, págs. 7-13. Este autor considera que la norma defraudada en el caso de la Resolución del TEAC de 25 de junio de 2009 no es el artículo 4 del TRLIS, sino el 20 *ibidem*.

similitud con el conflicto en la aplicación de la norma tributaria regulado en el artículo 15 de la nueva LGT⁹⁴.

Un análisis de los de dichas resoluciones permite concluir que las entidades *holding* no operativas tendrán mayores problemas para demostrar un motivo económico válido, al tiempo que si son instrumentales para la operación, por lo general, no podrán descartar la existencia de dicho motivo, pues su estructura reflejará más claramente la relación entre la financiación y la adquisición de patrimonio. Además, es palpable que los motivos económicos válidos deben ir de la mano de la realidad de los negocios y no quedarse en análisis superficiales. Por ello, la *ratio* entre los flujos de caja y los gastos financieros, evaluada antes y después de la operación podrá aportar elementos objetivos suficientemente fuertes para evidenciar si existe o no fraude de ley. Podrá inferirse un motivo económico válido cuando los flujos de caja menos los gastos financieros se mantengan en niveles similares a los anteriores a la operación o, incluso, si disminuyen en el corto plazo, se prevea en el futuro un incremento de los mismos en razón a las adquisiciones de patrimonio propio de entidades del grupo⁹⁵. Debe dejarse claro que a pesar de que este es un motivo económico de relativa fácil prueba, no es ni podría ser el único.

Para terminar, resulta ilustrativo mencionar, con base en la Resolución de 25 de junio de 2009 FJ undécimo, un listado de pruebas que podrían aportarse para conseguir la deducibilidad de los gastos financieros de que trata el artículo 14.1 h): 1) Una apropiada documentación de las operaciones y sus finalidades en los informes, actas, documentos públicos, etc. 2) La no reducción de las bases imponibles y de los resultados de las sociedades financiadas o la justificación de que obedecen a un motivo económico. 3) La efectiva modificación de la estructura política y de administración de las entidades envueltas en la reorganización. 4) Ahorro de costos no fiscales con la reorganización o adquisición de patrimonio de entidades del grupo. 5) La prueba de que la compañía financiada es real y no meramente instrumental, a partir de la demostración de que es operativa. 6) La demostración de la inexistencia de un vínculo directo entre la financiación obtenida del grupo y la adquisición de patrimonio propio de entidades del grupo. 7) La inexistencia de un tratamiento fiscal ventajoso.

3.2.3. Efectos

Aunque la norma se engarce dentro del fraude de ley o del conflicto en la aplicación de la norma, su efecto es simplemente la no deducibilidad y, por el contrario, no el de exigir «el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas». Esto causa problemas de asimetría y doble imposición económica que perfectamente pueden ser contrarios al derecho de la Unión Europea y a los CDI, como se ha anticipado y se profundizará más adelante.

⁹⁴ Véase por todas: Reino de España, Tribunal Económico-Administrativo Central, Resolución de 1 de junio de 2010, JUR2011/86429, FJ. Décimo Sexto.

⁹⁵ Resulta ilustrativa a este respecto la Resolución de 25 de junio de 2009, FJ undécimo.

3.3. LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS (ART. 20 TRLIS)

3.3.1. Naturaleza jurídica

El «artículo 1, segundo, dos» elimina la norma de subcapitalización y la reemplaza por una limitación en la deducibilidad de gastos financieros, cuya naturaleza es la de un criterio de imputación temporal de los gastos financieros y cuya finalidad es favorecer indirectamente a la capitalización empresarial, según lo dice la Exposición de Motivos del RD. Ello podría dar a entender que se ubica por fuera de todas las –posibles– limitaciones establecidas por el TJUE y los CDI para las normas anti-fraude, anti-elusión o de empresas asociadas. Así, podría pensarse que se trata de una norma de control como la denomina RUIZ ALMENDRAL «cuya finalidad última no es solo evitar el fraude sino reequilibrar el reparto del poder tributario entre Estados⁹⁶».

Dicho esto, el vigente artículo 20 del TRLIS tendría una finalidad extra-fiscal cual es favorecer la capitalización y una fiscal, reequilibrar el poder tributario entre los estados. La finalidad extra-fiscal no se materializa con los efectos de la norma, que más que propender por la capitalización como si lo hiciera una norma de ratio entre endeudamiento y fondos propios, lo que incentiva, por no decir obliga, es a generar de utilidades. Esto último genera serias dudas acerca de su compatibilidad con el principio de capacidad contributiva. La finalidad fiscal tampoco se plasma en la práctica, pues hablar de «equilibrio» en materia de fiscalidad internacional parece un poco ocioso, puesto que respecto a la relación con aquellos Estados que contengan normas similares es posible que sí exista un reequilibrio, mientras que si se trata de sistemas con pocas normas anti-elusión con alcances internacionales, la nueva normativa creará un desequilibrio entre el poder tributario. A nuestro juicio, la distinción entre norma anti-elusión o regla especial de imputación resulta irrelevante para determinar si una libertad comunitaria se ve afectada o no, o si se adecúa o no al artículo 9 del MCOCDE tal como veremos a continuación.

3.3.2. Elementos objetivos

El artículo 20 del TRLIS restringe la deducibilidad de los gastos financieros netos al 30% del beneficio operativo del ejercicio (por sus siglas en inglés OIBDA). Para el cálculo de estas magnitudes la ley tributaria hace una remisión directa a la normativa contable y ha sido objeto de especial interpretación por la Resolución de 16 de julio de 2012 de la DGT la cual no comentaremos por exceder de nuestro objeto⁹⁷. La propia norma, de forma oportuna, permite la deducibilidad sin el citado límite de aquellos «gastos financieros netos del periodo impositivo por importe de 1 millón de euros»⁹⁸, su razón de ser es la de aumentar la eficiencia y reducir trabajo a la Ad-

⁹⁶ RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Tiene futuro...», *op. cit.*, pág. 8.

⁹⁷ *Vid.* SANZ GADEA, E.: «Restricción y...», págs. 62 y ss.

⁹⁸ De forma semejante en las legislaciones de Australia (250.000 AUD) y Francia (150.000 euros).

ministración Tributaria en los casos que no representen grandes pérdidas recaudatorias. Así las cosas, la norma vigente en resumen prevé:

Gasto financiero deducible:

- = Gastos financieros netos <1.000.000 de euros.
- = Gastos financieros netos hasta el 30% Beneficio operativo del ejercicio.

3.3.3. Elementos subjetivos

Por tratarse de una limitación general a la deducibilidad de gastos financieros, esta norma alcanza a todos los contribuyentes sujetos del Impuesto sobre Sociedades y, por remisión, a los EP regulados en la LIRNR y los CDI, así como a los empresarios individuales afectando el rendimiento neto de las actividades económicas. Desaparece por tanto la diferencia entre residentes y no residentes que tenía el derogado artículo 20 del TRLIS, lo que ahorra la discusión sobre la adecuación con el principio de no discriminación comunitario y de los CDI. El RDL 12/2012 excluía a las entidades que no pertenecieran a un grupo y a las entidades de crédito, pero el RDL 20/2012 ha indicado que solo resultan excluidas las entidades aseguradoras y las de crédito, así como en los casos de extinción previstos en el artículo 20.6 c).

3.3.4. Efectos

El efecto del nuevo artículo 20 del TRLIS es la no deducibilidad del exceso, en el año gravable, de las magnitudes descritas anteriormente. No obstante, la ley prevé un *carry forward consistente* en que «los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los periodos impositivos que concluyan en los 18 años inmediatos y sucesivos, conjuntamente con los del periodo impositivo correspondiente, y con el límite» que hemos descrito anteriormente. Es por esto que el precepto es una regla de imputación temporal que obliga a repartir el exceso dentro de los periodos siguientes, lo cual la ubica en una zona cercana a las compensaciones de bases imponibles negativas previstas en el artículo 25 del TRLIS.

Cabe mencionar que a diferencia de la norma alemana, el *carry forward* y el *carry back* no se encuentra limitado a que se mantenga el negocio o el control de la compañía, lo cual, si bien resulta benéfico para los contribuyentes, ciertamente pone en entredicho la eficacia de la norma para cumplir su finalidad, puesto que la sociedad podría cambiar su objeto y actividad económica de innumerables formas y lograr producir mayores beneficios operativos y menores gastos financieros mientras logra reducir los gastos acumulados en periodos anteriores. Por ejemplo, un caso controvertido podría ser aquel en el cual a través de reorganizaciones empresariales las empresas ceden ramas de actividad intensivas en capital y por tanto con altos porcentajes de gastos financieros netos, a sociedades que en los periodos anteriores hayan tenido altos beneficios operativos y pocos gastos financieros, y viceversa. Ello sobre la base de que existen motivos económicos válidos para la operación conforme al artículo 96.2 del TRLIS.

Con el objeto de hacer menos gravoso el régimen, también se prevé un sistema de *carry back* que permite que el límite de gastos deducibles no efectivamente utilizados en un periodo impositivo pueda acumularse hasta por 5 años. En otras palabras, cuando los gastos financieros netos del periodo impositivo no alcanzan el límite establecido en el apartado 1 del artículo 20 del TRLIS, la diferencia entre el mismo y los gastos financieros netos del periodo impositivo se adicionará al límite previsto en el apartado 1 del citado artículo, respecto de la deducción de gastos financieros netos en los periodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos, hasta que se deduzca dicha diferencia.

3.4. RELACIÓN ENTRE EL RDL 12/2012 Y EL ARTÍCULO 14.2 DEL TRLIS

Alguna duda se puede plantear en torno a si los intereses derivados de préstamos participativos se encuentran sujetos a las limitaciones y prohibiciones de deducción que hemos descrito, puesto que la literalidad del 14.2. del TRLIS indica que serán deducibles los intereses devengados, tanto fijos como variables, de un préstamo participativo que cumpla los requisitos señalados en el apartado uno del artículo 20 del RDL 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Se requiere una aclaración legal para quizá excluir los gastos financieros relativos a los préstamos participativos del cálculo de los gastos financieros netos pues el artículo 14.2 contiene un beneficio fiscal que quiere promover el fortalecimiento de los recursos propios garantizándoles la deducibilidad ilimitada y no solamente aclarar que pese a ser considerados fondos propios, su retribución es deducible y no restricta por el artículo 14.1 a).

3.5. APLICACIÓN DE NORMAS GENERALES ANTI-ELUSIÓN Y DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LAS SITUACIONES DE SUBCAPITALIZACIÓN A PARTIR DEL RDL 12/2012

A partir del nuevo artículo 14.1 h) y 20 del TRLIS parece que la subcapitalización como estrategia de planeación fiscal internacional se encuentra bastante restringida. La pregunta es si en aquellas situaciones no cubiertas por dichos preceptos y que ocurra una situación de subcapitalización, las normas generales anti-elusión puedan corregir el traslado de bases imponibles. Lo primero es señalar que es perfectamente posible que se entienda al artículo 20 del TRLIS como norma defraudada. Entendiendo que el artículo 20 del TRLIS no es precisamente una norma anti-elusión, las normas generales anti-elusión no se encuentran excluidas por el criterio de *lex specialis* o por la existencia de alguna verdad legal. De ahí que no parezca fácil argumentar la existencia de un puerto seguro (*safe harbour*)⁹⁹.

Tampoco parece que el artículo 16 del TRLIS deje de exigir que el endeudamiento entre sociedades vinculadas respete el principio de independencia, tanto en el tipo de interés, como

⁹⁹ Concordancia con el Capítulo IV, apartado 1.1.1.1.; Capítulo III, apartado 3.1.; y, Capítulo I, apartado 5.3.1., Capítulo II, apartado 4.2.

en el nivel de endeudamiento, si es que esto último se puede argumentar. Por ello, el límite del 30% de los beneficios operativos de gastos financieros netos deducibles en cada periodo impositivo opera de forma independiente a la exigencia de que dichos gastos financieros previamente sean considerados conformes al principio de independencia de acuerdo con el citado artículo 16¹⁰⁰. Bajo este panorama, la reforma legal del RDL 12/2012 ha aumentado la complejidad en la planeación fiscal de las operaciones financieras, pues es sabido que ni el artículo 16, ni las guías de precios de transferencia de la OCDE, incorporan un método sobre este asunto, salvo algunas ideas que puedan extraerse de algunos aspectos subjetivos incorporados en el Método del Precio Comparable no Controlado (MPC). En cualquier caso, la OCDE es consciente de que hace falta claridad en torno la determinación del *arm's length* en atención a las situaciones de subcapitalización y ha anunciado que los futuros trabajos se centrarán en este problema¹⁰¹.

3.6. ¿ES COMPATIBLE EL RDL 12/2012 CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA?

3.6.1. Armonización negativa

Uno de los propósitos fundamentales del RDL 12/2012 es evitar la subcapitalización en operaciones comunitarias que habían sido desreguladas a partir de una errónea interpretación de la sentencia del caso *Lankhorst-Hohorst* y demás jurisprudencia comunitaria. Por ello, la pregunta obligada es si la nueva regulación se adecúa a la jurisprudencia del TJUE y la Resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010. El nuevo artículo 20 del TRLIS no guarda perfecta armonía con la recomendación, ya que si bien se basa en parámetros de EBITDA/OIBDA expresamente aceptados, no permite probar que la situación a pesar de superar los parámetros objetivos se adecúa al principio de independencia. Ello sin contar con que el *carry forward* puede no darse en la práctica¹⁰². El problema es que no hay consecuencias jurídicas evidentes del incumplimiento de la recomendación.

El artículo 20 del TRLIS se aplica de forma general y sin discriminar entre residentes y no residentes, ni a la entidad prestamista, ni a la prestataria. Por ello, no está en vilo la discriminación y quizá tampoco ninguna libertad comunitaria, de ahí que en principio no observemos que pueda ser contrario a la jurisprudencia del TJUE, puesto que el principio de independencia mencionado por esta está ligado al análisis de proporcionalidad cuando hay efectivamente una restricción a una libertad comunitaria. No habiéndolo, la conclusión de que la norma vigente es contraria al prin-

¹⁰⁰ En la misma línea la Resolución de 16 de julio de 2012; y SANZ GADEA, E.: «Restricción y...», *op. cit.*, pág. 75.

¹⁰¹ OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, París, 2010, págs. 22 y 160.

¹⁰² En la misma línea LUCHENA MOZO, G.: «Thin Capitalization: An Unanswered Question Following Recent Spanish Amendments», *European Taxation*, agosto, 2012.

cipio de independencia no tiene ninguna relevancia comunitaria. Igual conclusión podría tenerse del vigente artículo 14.1 h) siempre que no se aplique en la práctica de forma discriminatoria.

A pesar de lo dicho, el riesgo en este punto es que se entienda que ambos preceptos no cumplen con el requisito de «artificiosidad» exigido por la jurisprudencia del TJUE para todas las normas anti-elusión que sean potencialmente aplicables en el ámbito comunitario, como podrían serlo los preceptos que nos ocupan, más aún si estas son una «restricción» contraria al Derecho de la Unión Europea. Mientras que el artículo 14.1 h) podría encontrar justificación en la prevención del abuso¹⁰³, no ocurriría lo mismo con el artículo 20 que, como hemos dicho, tiene como finalidad evitar el traslado de bases imponibles, la cual posiblemente sea entendida como una justificación no aceptable –la pérdida de recaudación– o como una aceptable –*balanced allocation of taxing rights*–¹⁰⁴.

3.6.2. Armonización positiva

La configuración de la prohibición y limitación a la deducibilidad puede hacer inaplicable la Directiva de Intereses y Cánones (2003/49/CE). Respecto de la primera, su ámbito rige esencialmente la situación del acreedor de los intereses, con lo cual, aparentemente, no existen restricciones a las limitaciones previstas por el RDL¹⁰⁵. Sin embargo, recuérdese que el artículo 1.3 de dicha Directiva liga la deducibilidad con la condición de pagador de un EP. De esta forma, cuando el EP sea pagador de intereses que, gracias a los nuevos artículos 20 y 14.1 h) del TRLIS no sean deducibles, el receptor de las rentas no tendrá derecho a los beneficios de la Directiva. Obviamente esto puede dar lugar a una discriminación, con lo cual lo propio sería entender que pese a que no sean deducibles los gastos debe extenderse la exención de la retención, so pena de vulnerar la jurisprudencia del TJUE, *inter alia*, el caso *Saint Gobain* (C-307/97). Además, puede plantearse la discusión de si el artículo 20 del TRLIS, por ser una restricción temporal, en realidad está haciendo no deducibles los intereses o si por el contrario los está haciendo deducibles pero de forma condicionada en el futuro.

Por otra parte, el Estado de origen puede negarse a aplicar la Directiva de Intereses y Cánones entre otros, en los casos en que los intereses sean tratados como una distribución de beneficios (art. 4.1) o el motivo principal o uno de los principales, sea la evasión, evasión o abuso (5.2). Cuando se aplique el artículo 14.1 del TRLIS, España podrá denegar la aplicación de la exención prevista en la Directiva pues recordemos que el fraude se presume *ab initio* en los supuestos previstos por la norma. Sin embargo, cuando se trate del artículo 20 del TRLIS, como hemos explicado, no tiene por qué haber abuso, fraude o evasión, de manera que de la Directiva sería claramente aplicable.

¹⁰³ SANZ GADEA, E.: «Restricción y...», *op. cit.*, págs. 75.

¹⁰⁴ Vid. por todos: ENGLMAIR, V.: «The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation», en *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 3rd edition, Linde, Viena, 2013, págs. 43-92.

¹⁰⁵ Vid. TJUE, 2011, C-397/09, caso *Scheuten Solar*.

4. LÍMITES DERIVADOS DE LOS CDI

Las normas para evitar la capitalización encubierta previstas en los ordenamientos internos, dependiendo de su configuración, pueden entrar en contradicción con las normas de los CDI generando antinomias, pues van más allá del marco que deja el CDI al Derecho interno. Los enfoques objetivos para atacar la subcapitalización, en especial los de norma general anti-elusión, dependiendo de su configuración pueden ser normas que determinan «qué hechos dan lugar a una obligación tributaria» (com. 22.1 al art. 1 MCOCDE). En tal caso, dichas normas no podrían contradecir al CDI según los comentarios. Tal posición es discutible y no es del caso referirnos a ella en este apartado por exceder del objeto¹⁰⁶.

La OCDE en 1987 reconoció que las normas anti-subcapitalización se relacionan especialmente con los artículos 9 sobre empresas asociadas, 10 sobre dividendos, 11 sobre intereses, 24 sobre la no discriminación y 25 de procedimiento amistoso¹⁰⁷. Las normas de limitación a la deducibilidad de intereses y su relación con los CDI no han sido analizadas en específico por la OCDE, pero en cualquier caso pueden resultar afectadas por las obligaciones convencionales, muy a pesar de que se diga de que estas «no perturban la distribución de la potestad tributaria entre los Estados contratantes que es, en rigor, el núcleo duro de los convenios bilaterales, ya que la protección contra la doble imposición ocupa solo un segundo lugar»¹⁰⁸. A continuación exponemos como la norma anterior y la vigente resultan limitadas por los CDI.

4.1. RELACIONES CON EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA (*ARM'S LENGTH*)

4.1.1. Artículo 9 del MCOCDE

Lo primero que debe indicarse es que el artículo 9 del MCOCDE no puede ser entendido como una norma anti-abuso general aplicable directamente como lo ha hecho la Sentencia de 21 de mayo de 2009 de la Audiencia Nacional¹⁰⁹. A nuestro juicio, ello no parece razonable ya que este artículo solo autoriza a los Estados a realizar los ajustes de acuerdo con su ley interna pero limitándolos al cumplimiento del principio de independencia convencional. Es decir, el principio de independencia consagrado en el artículo 9 del MCOCDE no es en sí mismo una medida anti-elusión, pues se trata de una norma contenida dentro del capítulo III del Modelo que versa sobre las reglas de distribución. Su objeto primordial es eliminar la doble imposición económica, el

¹⁰⁶ Vid. por todos y con la bibliografía ahí citada: JIMÉNEZ MARTÍN, F. y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L.: «Cláusulas Anti-elusión y Convenios para Evitar la Doble Imposición: cuestiones no resueltas», en *RCyT*, CEF, núm. 339, págs. 59-108.

¹⁰⁷ Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, Sec. III.

¹⁰⁸ SANZ GADEA, E.: «Restricción y...», *op. cit.*, págs. 79.

¹⁰⁹ Reino de España, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sentencia N.º 2528/2009, de 21 de mayo de 2009. También, Reino de España, Tribunal Supremo, Sentencia de 18 de julio de 2012, Recurso n.º 3779/2009.

objeto secundario es lograr un equilibrio en la distribución del poder tributario, y su posible inordinación dentro de la finalidad anti-elusiva de los CDI no podría vulnerar la «golden rule» o el principio de no agravación, según el cual los CDI solo excepcionalmente pueden imponer obligaciones adicionales a las contenidas en el Derecho interno¹¹⁰. Más aún, el carácter meramente restrictivo del artículo 9 se refuerza en la redacción de la norma que incluye el adverbio «podrán»¹¹¹.

Para la OCDE, el artículo 9 no impide la aplicación de las normas de subcapitalización en tanto que los efectos de estas son similares a los del principio de independencia¹¹². Esta posición presenta cierta controversia en la doctrina pues la literalidad de la norma, se ha dicho, no permite tal re-caracterización dado que el artículo 9 se refiere a las «condiciones aceptadas o impuestas» que se refieren únicamente a los términos del contrato, es decir, el tipo de interés y condiciones de pago, excluyéndose así las consideraciones en torno a si la financiación hubiere sido dada por un tercero independiente¹¹³. Por su parte DE BROE no está de acuerdo con esta última posición, dado que las decisiones de configurar un instrumento financiero como capital o como deuda encuadran también como «condiciones», más aún si se tiene en cuenta que las mismas pueden ser «impuestas» por sujetos que participan en las dos compañías¹¹⁴. Además, para DE BROE el artículo 9.1, según su propio tenor literal, permite ajustar los «beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones». Ello comprendería los ajustes fiscales a las utilidades contables según la norma anti-subcapitalización¹¹⁵. La posición de la OCDE respaldada por DE BROE es acogida mayoritariamente y encaja perfectamente dentro de una interpretación literal y finalística de dicho precepto.

Bajo esa idea el derogado artículo 20 debía ajustarse al artículo 9 de los convenios. Dicho ajuste se permitía *ex ante* pero no se aceptaba unánimemente el *ex post*. En nuestra opinión la única interpretación válida es aquella sistemática, que considere las especiales relaciones entre los CDI

¹¹⁰ Véase con las referencias doctrinales y jurisprudenciales que soportan estos argumentos en WITTENDORFF, J.: «The Transactional Ghost of Article 9 (1) of the OECD Model», en *Bulletin for International Taxation*, Marzo de 2009, págs. 107-129.

¹¹¹ Por todos: VOGEL, K.: *On Double...*, *op. cit.*, pág. 521.

¹¹² Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, núms. 48 y 49. En igual sentido el comentario 3 al artículo 9 del MCO-CDE. MAKHMUDOVA, K.: «Conflicts of...», *op. cit.*, págs. 258. El artículo 9.1 del MCO-CDE autoriza a los Estados a corregir la base imponible para ajustar las operaciones vinculadas siempre que se hagan de acuerdo con el principio de independencia. El apartado segundo del artículo 9 del MCO-CDE reconoce que por cuenta del apartado primero se puede generar doble imposición y, en consecuencia, señala que el Estado B «practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esas utilidades».

¹¹³ MICHIELSE, G.: «Treaty Aspects of Thin Capitalization», en *Bulletin*, vol. 51, núm. 12, IBFD, Ámsterdam, 1997, págs. 565-573, pág. 568.

¹¹⁴ En igual sentido VOGEL, K.: *On Double...*, *op. cit.*, pág. 527.

¹¹⁵ DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of abuse*, IBFD, Ámsterdam, 2008, pág. 505. En igual sentido la Sentencia de la Corte Federal de apelación de Canadá de 18 de mayo de 1999, en el caso A-659-97 entre *Specialty Manufacturing Limited vs. Her Majesty the Queen*, donde se analiza el artículo IV(1) del Tratado entre este Estado y Estados Unidos de 1942 y 1980.

y la legislación interna, suponen que el derogado artículo 20 del TRLIS establece una ficción que, a efectos internos, indica cuál es un grado de endeudamiento que supera el principio de independencia. No obstante, esta ficción se ve restringida por un concepto convencional del principio de independencia, con lo cual, en aplicación de un CDI, la mera superación de la *ratio* no da lugar a la ficción, pues se requiere que se dé otro presupuesto, a saber: que demuestre que la operación está fuera del principio de independencia convencional¹¹⁶. Así lo ha reconocido la Audiencia Nacional dejando ver que dicha prueba corresponde a la Administración¹¹⁷. No quiere decir que se le esté cambiando la naturaleza, ni agregando algo al derogado artículo 20 del TRLIS¹¹⁸, sino que se está haciendo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico aplicable a la situación.

Entendido que el artículo 9 es una norma de reparto del poder tributario que afecta a las normas anti-abuso y de valoración aplicables a empresas vinculadas, debemos analizar el nuevo artículo 14.1 h) del TRLIS. Esta última norma incorpora una cláusula anti-elusión basada en los motivos económicos válidos y deniega por principio la deducibilidad de los gastos financieros pagados a entidades del grupo para adquirir patrimonio de entidades del grupo. Nótese que no es una norma con una consecuencia calificadora o interpretativa que pueda encajar en el *factual approach* incorporado en los Comentarios al MCOCDE de 2003. Por el contrario, sí es una norma de empresas asociadas que afecta a la base imponible de una de estas al no reconocer (*disregard*) el efecto ordinario de un gasto: la deducibilidad; pero sin re-caracterizar toda la operación. Este no reconocimiento parece cuanto menos contrario al párrafo 1.168 de las Directrices de la OCDE de 2010 que exige por principio la aceptación y solo excepcionalmente el no reconocimiento. Entendemos también que el no reconocimiento no puede estar ligado únicamente a la consecuencia de la deducibilidad sino que también supondría no reconocer el ingreso obtenido por el prestamista por los intereses so pena de generar doble imposición.

Además, recordemos que las Directrices se basan en el análisis de la sustancia sobre la forma o en el de la comparabilidad entre partes independientes, que conceptualmente son diferentes al test de motivos económicos válidos¹¹⁹. Esta opinión es matizada por SANZ GADEA quien sostiene que se trata de instrumentos distintos pero no muy alejados porque «si la operación tiene lógica económica es también concebible su realización entre partes independientes». Quedándonos con la afirmación

¹¹⁶ Esta posición se evidencia también en el trabajo de CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización», *op. cit.*, pág. 680. Igualmente FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, *op. cit.*, pág. 242.

¹¹⁷ Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, Sentencia de 15 de enero de 2004, rec. 626/2002 «En consecuencia en este caso resulta aplicable el artículo 26.4 del Convenio Hispano Holandés y por tanto no resulta aplicable el artículo 16.9 de la Ley 61/78 ya que no consta acreditado que las operaciones realizadas entre una sociedad española y una entidad holandesa, difieran de las que hubieran sido realizadas entre empresas independientes, sin que el solo hecho de que el endeudamiento directo o indirecto exceda del resultado de aplicar el coeficiente 2 a la cifra del capital fiscal permita llegar a esa conclusión, debiéndose destacar que el Convenio de Doble Imposición objeto de aplicación no existe cláusula de salvaguardia de la normativa interna en materia de subcapitalización».

¹¹⁸ PALAO TABOADA, C.: «La subcapitalización», *op. cit.*, pág. 1.018.

¹¹⁹ Vid. POGORELOVA, L.: «Transfer Pricing and Anti-abuse Rules», en *Intertax*, vol. 37, Issue 12, 2009, págs. 683-693.

del autor de que son instrumentos distintos, debemos resaltar la imprecisión que supone entender que no sean alejados. La prohibición de deducibilidad puede resultar contraria al artículo 9 del MCO-CDE, pues el citado artículo 14.1 h) permite a las partes probar la existencia de motivos económicos válidos y no la sustancia de la operación o su comparabilidad con terceros independientes, y en la medida en que dichos motivos solo se pueden acreditar *ex ante* y a juicio de la Administración.

En la práctica solo podemos augurar problemas, máxime si lo que se busca es obtener un ajuste correlativo en el otro Estado. Ya de por sí, el mayor número de «cuestiones problemáticas» en torno a un CDI se dan en torno al artículo 9 por la aplicación de las normativas internas de precios de transferencia que están basadas generalmente en las Guías de precios de transferencia de la OCDE. Ahora, este test de los motivos económicos válidos, de carácter casuístico, ambiguo y sin «Directrices» consensuadas entre Administraciones tributarias, difícilmente será aceptado por otro Estado. Lo dicho lleva a concluir que el nuevo artículo 14.1 h) no tendrá una fácil aplicación en materia internacional y aunque la Administración resulte beneficiada en términos recaudatorios, el contribuyente encontrará un alto riesgo de doble imposición.

Al nuevo artículo 20 del TRLIS es posible hacerle las mismas críticas que han recibido las normas germanas, con el agravante de que la norma española es más dura en sus efectos. De un lado, podría argumentarse que se trata de un caso de *treaty dodging*¹²⁰ puesto que viola el contenido sustancial o la finalidad distributiva del poder tributario del CDI aunque no directamente su texto¹²¹ o que, cuanto menos, resulte ser una norma restringida por el CDI al *arm's length* convencional¹²². SANZ GADEA afirma que no se trata de un aspecto restringido por el convenio pero que si se genera «Doble imposición de nuevo cuño» no expresamente regulada, que al menos en teoría podrá ser solucionada a través del llamado procedimiento amistoso legislativo (art. 25.3 MCOCDE) aunque en la práctica la Administración española no lo aceptará¹²³. Con ello, este autor se inclina por aceptar que hay un caso de *treaty dodging* lo cual, dicho sea de paso, contrasta con su idea de que el principal fin de los tratados es distribuir la potestad tributaria. Evidentemente el artículo 20 del TRLIS

¹²⁰ Vid. VOGEL, K.: *On double...*, *op. cit.*, núm. 125 y ss.

¹²¹ HOMBURG, FR 2007, 717 (725) y GOSCH, ISTR 2008, pág. 413 (418) citado por LINN, A.: «Germany», en AA.VV., *Cahiers de Droit Fiscal International 2010. Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-avoidance Provisions*, Congreso de Roma, vol. 95a. Rotterdam. 2010. Disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform), págs. 333-354, pág. 345.

¹²² Según relata LINN la nueva norma anti-subcapitalización alemana no recalifica los intereses en dividendos, sino que niega la deducción de los intereses pagados en exceso, sin diferenciar entre el financiamiento con vinculados o no. Ello haría mucho más compatible la medida anti-elusión con el CDI, pues se trataría de una norma que solamente versa sobre la determinación de los beneficios gravables y, por tanto, no tendría ninguna relación con el artículo 9 del MCOCDE ni con ningún precepto del CDI pues la determinación de la base impositiva no está cubierta por este. A pesar de ello, si es un interés con una parte relacionada, VOGEL y LEHNER han argumentado que se trata de un ajuste de la renta transfronteriza en una situación con parte relacionada y por tanto sujeta a los límites del artículo 9 del MCOCDE (VOGEL & LEHNER, artículo 9 del OECD MA, para 39. Citado por LINN, A.: «Germany», *op. cit.*, pág. 345).

¹²³ SANZ GADEA, E.: «Restricción y...», *op. cit.*, pág. 79.

rompe el equilibrio «negocial», en especial con aquellos estados que no contienen normas similares, llegando incluso a vulnerar la buena fe exigida por el artículo 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Si se acepta que el objeto principal de los CDI es la eliminación o atenuación de la doble imposición y que en el caso en el artículo 9.1 del MCOCDE se busca evitar aquella de tipo económico, sería más viable argumentar que no existe *treaty dodging* y que por el contrario el nuevo artículo 20 del TRLIS resulta restringido al concepto convencional de *arm's length*. La consecuencia práctica de esto es que puedan aceptarse gastos financieros superiores al 30% del beneficio operativo en todas aquellas situaciones acordes con el *arm's length*. Aunque no se trata de una doble imposición económica generada por los típicos ajustes, esto es, en la valoración de los precios de transferencia o a la transacción¹²⁴, sí que podría tratarse de un nuevo ajuste comprendido en el artículo 9.1 del MCOCDE. La interpretación finalista de la recién citada norma partiría de la base de que es una regla que afecta, entre otras, a empresas asociadas causando doble imposición económica (de nuevo cuño, si se quiere) pues aunque el sistema objetivo dinámico (ingresos depurados vs. gastos financieros) adoptado sea más cercano al principio de independencia, lo cierto es que no es lo mismo. Además, a pesar de que el *carry forward* permita deducir en el futuro, en la práctica este derecho puede verse anulado por las propias condiciones de la empresa que, aunque sean de mercado y tengan sustancia económica, le impidan generar beneficios operativos suficientes para eliminar la doble imposición en los años siguientes.

En esa línea el artículo 9.1 como norma de reparto de la potestad tributaria solo autoriza aquellos ajustes de relaciones comerciales o financieras que afecten a los «beneficios» de empresas vinculadas cuando existan condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las acordadas por empresas independientes. Dicho esto, el artículo 20 del TRLIS afecta a la cuantificación del beneficio de una de las empresas asociadas realizando un ajuste consistente en la no deducibilidad que, como expusimos arriba, no se acompasa con el juicio de comparabilidad exigido por el artículo 9.1 del Modelo. Producto de lo anterior se genera una doble imposición económica prohibida entonces por el Convenio. El informe de subcapitalización de la OCDE de 1987 (núms. 48 y 49) entendió que el artículo 9.1 del MCOCDE **autoriza** a los Estados a corregir la base imponible para ajustar las operaciones vinculadas siempre que se hagan de acuerdo con el principio de independencia. *A contrario sensu*, el artículo no autoriza las correcciones a los beneficios por fuera de ese principio.

El apartado segundo del artículo 9 del MCOCDE reconoce que por cuenta del apartado primero se puede generar doble imposición y, en consecuencia, señala que el Estado B «practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esas utilidades». Lo cierto es que hoy por hoy hay una práctica imposibilidad de acudir al ajuste correlativo previsto en el 9.2 del Modelo. Si bien el gravamen de los intereses –por la no deducibilidad– que ha hecho

¹²⁴ Sobre estos conceptos véase WITTENDORFF, J.: «The Transactional...», *op. cit.*, pág. 114 y ss.

España no se da en términos del principio de independencia, no existe una re-caracterización ni una valoración que suponga un mayor gravamen a la entidad no residente en España.

Con todo lo dicho, es dable concluir que el artículo 20 del TRLIS contraría las dos finalidades principales de los CDI y del artículo 9: eliminar la doble imposición –en este caso económica– y repartir la potestad tributaria. Las consecuencias jurídicas de esta conclusión se dan en un plano interpretativo para justificar una restricción al derecho interno con base en el artículo 9.1 cuyo tenor literal en nada se opone a esta idea.

4.1.2. Artículo 7 del MCOCDE

Desde el año 2006 la OCDE ha entendido que los EP deben tributar de manera semejante a las filiales considerando el enfoque de la entidad separada, lo que supone atribuir ingresos y gastos de acuerdo con el principio de independencia consagrado en el artículo 7.2 del MCOCDE. Ello supuso una modificación a los comentarios al artículo 7 del MCOCDE de 2008 y un nuevo artículo con nuevos comentarios en el Modelo 2010. A los efectos de lo que nos interesa, ambos comentarios incorporan la idea de que las entidades deben ser dotadas de recursos debidamente a través de endeudamiento y un «free capital». Dicho capital debe ser el que resulte de considerar el principio de independencia que evalúa la asignación de riesgos y activos. El informe de 2006, reconociendo lo difícil que puede llegar a ser establecer el monto adecuado de «capital libre», señala varios métodos como el de considerar a la estructura de la empresa a la que pertenece el EP (*capital allocation approach*) o la estructura de capital comparable entre empresas independientes (*thin capitalization approach*). La OCDE también reconoce que pueden presentarse problemas por la diferencia en el criterio de atribución del capital libre que pueden dar lugar a doble imposición internacional, y que «es importante garantizar que vaya a eliminarse **toda doble imposición** que pueda surgir de esta discrepancia» (com. 49 al art. 7 anterior MCOCDE).

En los casos analizados en los que un EP sito en España se ve sujeto al derogado artículo 20 del TRLIS y cuando resulte de aplicación un CDI, debería entenderse que la *ratio* opera como un *safe harbour*, y que en todo caso deberá haber un capital libre asignado al EP en el monto que resulte del principio de independencia. Sin embargo, el vigente artículo 20 no puede ser considerado un *safe harbour* puesto que es una mera regla de imputación temporal de los gastos financieros, y porque no hace una estimación o ficción de *arm's length*. Sin embargo, el artículo 7.2 del MCOCDE solamente autoriza denegar la deducibilidad de intereses que correspondan al capital libre y este último puede ser superior al 30% del beneficio operativo. Por esto, lo lógico es que se deba admitir una excepción cuando se justifique la plena competencia en los gastos financieros atribuidos. La misma conclusión se puede hacer respecto del artículo 14.1 h). Por otra parte, el artículo 18.1 a) del TRLIRNR no permite la deducibilidad de los intereses pagados por el EP a su casa central. Esta norma podría resultar contraria a los nuevos comentarios de la OCDE, pues debería permitir la deducibilidad del monto que resultare en una situación de independencia y solo denegar la que corresponda al capital libre asignado.

4.2. LAS DEFINICIONES DE DIVIDENDOS E INTERESES

Los artículos 10 y 11 del MCOCDE contienen definiciones de las rentas consideradas como dividendos e intereses. Estas definiciones se hacen para caracterizar las rentas y distribuir el poder tributario de los Estados mediante el CDI. Para los vigentes artículos 14.1 y 20 del TRLIS los intereses no deducibles en cabeza del prestatario serán intereses para el prestamista a nivel interno y de los CDI en la medida en que no hay reclasificación. Por el contrario, el derogado artículo 20 conlleva a una reclasificación del exceso de interés en dividendos (*constructive dividends*) y por esa vía a la no deducibilidad, pero sin recalificar el endeudamiento en capital.

El artículo 10.3 del MCOCDE relativo a la definición de dividendos contiene tres partes¹²⁵:

- Las rentas de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundador.
- U otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios.
- Así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución.

El derogado artículo 20 del TRLIS generaba el problema de determinar si los intereses reclasificados se podían entender como «otras rentas derivadas de otras participaciones sociales», pues como hemos dicho, solo se reclasificaba la renta pero no su fuente generadora, el instrumento de deuda. Aunque sea una renta que recibirá el tratamiento de los dividendos, no deriva de ningún derecho en la compañía, por el contrario se trata de un derecho en contra de la compañía¹²⁶. De ahí que la OCDE haya elaborado un criterio que delimita entre los 10 y 11 y, por tanto, entre los conceptos opuestos «participaciones sociales» y «derechos de crédito», que supone que puedan ser reputados dividendos aquellos intereses sobre créditos donde el prestamista comparte los riesgos empresariales, pues si ello es así, económicamente se trataría de participaciones sociales. Según este argumento, los CDI no impiden las recalificaciones por la norma de subcapitalización interna¹²⁷. Si bien este criterio soluciona un buen número de casos, habrá otros en los cuales a pesar de la recalificación prescrita por la norma de subcapitalización interna, no por esa razón el prestamista comparte los riesgos empresariales de la prestataria¹²⁸. Además, el

¹²⁵ AVERY JONES, J. et al.: «The definition of dividends and interest in the OECD Model: Something Lost in Translation?», *World Tax Journal*, octubre de 2009, págs. 5-45, págs. 5-6. *British Tax Review*, 4, 2009, págs. 406-451.

¹²⁶ Para un detallado análisis histórico del origen y significado de la frase «participaciones sociales» véase: AVERY JONES, J. et al.: «The definition of dividends and interest in the OECD Model: Something Lost in Translation?», *op. cit.*, págs. 19-34.

¹²⁷ Comentario 25 al artículo 10 del MCOCDE 2010.

¹²⁸ Esta interpretación encuentra sustento en el comentario 67 al artículo 23A y 23B del MCOCDE. DE BROE, L.: *International Tax...*, *op. cit.*, págs. 482-486 y 526. En un sentido similar HELMINEM, M.: *The International Tax Law Concept of Dividend*, *op. cit.*, págs. 220-221.

Congreso de la IFA del año 2010 resaltó que en Rusia los tribunales han entendido en los casos *Swedwood-Tiknvin* y *Ferrotek* que los CDI deben interpretarse autónomamente y que, por tanto, el exceso de interés que se recalifique de acuerdo con la norma de subcapitalización interna, ha de ser tratado como interés bajo el CDI aplicable¹²⁹.

El mencionado problema no ocurre en algunos CDI. Entre otros, el MC EUA hace la remisión al derecho interno mucho más amplia eliminando de la tercera que deban ser rentas provenientes de participaciones sociales, sino que pueden provenir de «otros derechos»¹³⁰, o de «participaciones»¹³¹ bien sea que tengan el mismo régimen fiscal al que se somete la renta¹³², que la renta sea asimilada a los rendimientos de las acciones¹³³. Canadá no sigue el comentario 24 al artículo 10 del MCOUDE pues bajo el derecho interno ciertos intereses son tratados como distribuciones y, por tanto, definidos como dividendos. En tales casos, el conflicto de calificación debe solventarse atendiendo a la calificación que proceda según la legislación del Estado de la fuente de los dividendos.

Visto lo anterior y a modo de reflexión final, es dable preguntarse si la tercera parte de la definición de dividendos podría dar lugar a entender que los intereses no deducibles bajo los artículos 14.1 y 20 del TRLIS están sujetos «al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones» en España, en la medida en que no puede deducirse de la base imponible de la entidad prestamista/participada, están exentas en el ámbito intracomunitario y son gravadas con la misma retención en la fuente por pagos a no residentes, y por lo tanto, deban ser calificados como dividendos a nivel convencional

¹²⁹ VAN WEEGHEL, S.: «General Report», en AA. VV., *Cahiers de Droit Fiscal International 2010. Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, Congreso de Roma, vol. 95a. Rotterdam. 2010, págs. 17-55. Disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform), pág. 33. Así también la Sentencia del caso n.º 2 Afs 42/2008-62, entre *Lacrum Velke Mezirici s.r.o. vs. Finančni reditelstvi v Bme de la Suprema Corte Administrativa de República Checa*. En esta sentencia se analiza el CDI entre dicho Estado y Alemania de 1980 y se concluye que «los intereses reclasificados como dividendos bajo el derecho interno no entran dentro del ámbito del artículo 10 del tratado y de la definición del término "dividendos" incluida en el tratado». Sentencia en IBFD, Tax Research Platform. De esta forma la jurisprudencia rusa entendió que las reclasificaciones de intereses en dividendos generadas por las normas internas (*constitutive dividends*) no afectan a las definiciones dadas en el tratado, puesto que no están comprendidas expresamente dentro del concepto de dividendos del artículo 10. Sin embargo, el Modelo de Convenio 2010 de dicho país expresamente contiene una referencia a las recalificaciones en dividendos de los excesos de intereses según las normas de subcapitalización, en la definición convencional de dividendos.

¹³⁰ P. ej. España-Chile 2012, España-Bélgica 2003 contiene una remisión amplia y aclara que «incluso las satisfechas en forma de intereses» son dividendos si reciben el tratamiento tributario de estos últimos.

¹³¹ P. ej. Colombia-Canadá 2012.

¹³² España-Alemania 2012; España-Albania 2011; España-Barbados 2011; España-Bélgica 2003; España-Estados Unidos 2013; España-Hong Kong 2012; España-Reino Unido 2013 (en trámite de ratificación); España-Chile; España-Singapur 2012; España-Uruguay 2011. Polonia con Australia, Canadá y Nueva Zelanda. Con redacciones similares o idénticas a: «... otros rendimientos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que realiza la distribución sea residente».

¹³³ España-Australia 1992 «otros rendimientos que la legislación fiscal del Estado contratante del que sea residente la sociedad que los distribuye asimile a los rendimientos de las acciones». España-Finlandia 1968; España-Marruecos 1985; España-Suecia 1977; más ejemplos en VOGEL, K.: *On Double...*, *op. cit.*, párr. 203, artículo 10.

con la consecuente posibilidad de evitar la doble imposición económica en el otro Estado contratante cuando el CDI o la legislación interna, prevea un crédito subyacente para los dividendos¹³⁴.

4.3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Los nuevos artículos 14.1 y 20 del TRLIS se aplican de forma general a operaciones internas e internacionales, con lo cual, no se enfrentan a las cuestiones de discriminación que plantea el derogado artículo 20 del TRLIS. Esta última norma fue acusada sin fundamento de vulnerar el artículo 24.4 y 24.5 del MCOCDE¹³⁵. Consideramos, al igual que la Corte Suprema Rusa¹³⁶ y los Comentarios al MCOCDE¹³⁷, que el propio artículo 24.4 del MCOCDE empieza indicando «A menos que» y salva la aplicación de los artículos 9 y 11.6 del MCOCDE para todo el contenido del artículo y con ello la norma de subcapitalización interna que, como hemos visto, está autorizada por el artículo 9 del MCOCDE. Al igual que lo menciona el comentario 79 al artículo 24 del MCOCDE, el apartado 5 no prohíbe las normas de subcapitalización *per se*. Solo podrán ser discriminatorios, de acuerdo con el inciso 5, aquellos tratos diferenciados basados en el control del capital de la empresa por un residente del otro Estado contratante. Pero además, para concluir el juicio de discriminación se requeriría que los ajustes realizados no resulten conformes a los artículos 9 y 11.6 del MCOCDE, pues los mismos están dentro del contexto del artículo 24 y, por tanto, deben tenerse en cuenta para la interpretación sistemática del CDI de acuerdo con el artículo 3.2 del MCOCDE y el 31 de la CVDT.

Sin embargo, esta posición no ha sido aceptada por la jurisprudencia francesa que en «el caso *Andritz* sugiere que el artículo 24 (5) del MCOCDE puede impedir la aplicación de las normas de subcapitalización que restrinjan la deducibilidad de los pagos a las compañías relacionadas no residentes, incluso cuando esos pagos estuvieran conformes con el principio de plena competencia»¹³⁸. Un criterio estricto como el referido supondría que toda norma de subcapitalización que se aplique solo a no residentes resulta contraria al artículo 24.5 del MCOCDE, sin que sea necesario analizar nada más¹³⁹.

¹³⁴ Los métodos de exención por participación significativa no parecen evitar este tipo de doble imposición.

¹³⁵ Por todos: MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «No discriminación» en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.): *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, 2010, págs. 591-619.

¹³⁶ Supreme Arbitration Court of Russia, 15th of November 2011, Disponible en <http://intertaxlaw.org/Alert.pdf> [consultada el 24 de enero de 2012].

¹³⁷ Comentario 74 al artículo 24 del MCOCDE.

¹³⁸ VAN WEEGHEL, S.: «General Report», en AA. VV.: *Cahiers de Droit Fiscal International 2010. Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, Congreso de Roma, vol. 95a. Rotterdam. 2010, págs. 17-55. Disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform), pág. 33. Ello trajo como consecuencia que en el 2005 se modificara la legislación francesa para extenderlo tanto a residentes como no a residentes y salvar así los juicios provenientes de los CDI y del Derecho de la Unión Europea.

¹³⁹ Por todos: CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LUOSA, M.: «La subcapitalización...», *op. cit.*, pág. 1.008. En esta posición se encuadran CORDÓN y GUTIÉRREZ quienes, al criticar las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del

En nuestra opinión, los CDI no se aplican cuando son utilizados como instrumento para la elusión fiscal. Los comentarios al artículo 1 del MCOCDE así lo han puesto de presente desde el modelo de 1977¹⁴⁰. A partir de 2003 se establece con claridad que uno de los objetivos de los CDI es evitar la evasión y elusión fiscal internacional¹⁴¹. De esta forma, la no discriminación es un concepto que, de un lado, no podrá servir para envolver situaciones meramente abusivas y, de otro, solo podrá configurarse cuando además de un trato diferencial, se encuentre que el mismo es arbitrario e injustificado. Con ello, estaría justificado y no sería arbitrario un tratamiento diferencial a los no residentes respecto de los residentes cuando se busque evitar las operaciones de subcapitalización que sean artificiales. Frente a la crítica que podría hacerse a esta posición de que los comentarios de la OCDE no ofrecen una definición de elusión fiscal¹⁴², debemos responder que aunque exista un amplio margen de interpretación de este concepto, al menos sí existe claridad en que las operaciones por fuera del principio de independencia son elusivas y abusivas, tanto así, que el propio artículo 9 del MCOCDE lo reconoce.

4.4. CLÁUSULAS QUE PROHÍBEN LAS RESTRICCIONES A LA DEDUCIBILIDAD

Algunos CDI incluyen en los protocolos normas que hacen inaplicables las normas de subcapitalización internas o incluso podría argumentarse que también a las de limitación a la deducibilidad de intereses. En ciertos casos se permite la deducibilidad ilimitada de los intereses pagados por una compañía residente de un Estado contratante a otra compañía residente en el otro Estado contratante, siempre que el monto no exceda del pactado en condiciones de mercado entre partes independientes o que no se encuentren exentos en el otro Estado. Otras inaplican las normas de subcapitalización o las condicionan a ciertos requisitos como el Convenio entre España y Reino Unido. Especial mención requiere el Convenio entre España y Croacia cuyo Protocolo indica: «Las disposiciones del derecho interno de cualquiera de los Estados contratantes en virtud de las cuales los intereses pagados por una sociedad a otra serían considerados dividendos o distribución de beneficios, no computables en el cálculo de los beneficios sujetos a imposición de la sociedad que los paga, no serán aplicables cuando dichos intereses se paguen a una sociedad residente del otro Estado contratante que sea su beneficiaria efectiva».

Principado de Asturias de 5 de abril, 13 y 14 de septiembre de 2006, sostuvieron que: «aunque sean de aplicación los preceptos del artículo 9 y 11 del CDI por el que cabe reclasificar los intereses excesivos en dividendos e incluso, como señala el Protocolo del CDI hispano-méjicano, sean de aplicación las disposiciones internas sobre subcapitalización, no puede existir ningún impuesto u obligación que no se exija o sea más gravoso que aquellos a los que estén o puedan estar otras empresas similares en España».

¹⁴⁰ Comentario 9 del artículo 1 del MCOCDE 1977.

¹⁴¹ Comentario 7 del artículo 1 del MCOCDE 2010.

¹⁴² ARNOLD, B. J. y VAN WEEGHEL, S.: «The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures in Tax Treaties and domestic Law» en MAISTO, G.: *Tax Treaties and Domestic Law*. EC and International Tax Law Series – vol. 2, IBFD, Ámsterdam, 2006, págs. 81-120, págs. 81 y ss.

Algunos autores entienden que estas normas solo confirman lo que se infiere de los artículos 24.4 y 24.5 del MCOCDE¹⁴³, pero de acuerdo a la posición que hemos sostenido, solo podríamos entender que las cláusulas de deducibilidad ilimitada son una excepción al artículo 9 que autoriza las normas de subcapitalización. Tales cláusulas tienen un contenido de *lex speciales* y, por tanto, aplicarían de preferencia a las demás normas del CDI, tal y como lo han sostenido las cortes rusas y un autor español¹⁴⁴. Ello supondría, pues, la inaplicación de las normas internas de subcapitalización, al menos respecto del efecto de denegación de la deducibilidad. En atención a su redacción podrían incluso inaplicar los artículos 20 y 14.1 f) del TRLIS, más aún si se entiende, como expusimos atrás, que la no deducibilidad puede hacer que los intereses se califiquen como dividendos en los CDI y se enfatiza en que precisamente estos artículos hacen que los «intereses... no (sean) computables en el cálculo de los beneficios».

4.5. INEXISTENCIA DE ANTINOMIAS: LA CLÁUSULA ANTI-SUBCAPITALIZACIÓN INTERNA COMO MEDIDA ANTI-ELUSIÓN PREVISTA EN LOS CDI

Algunos CDI salvaguardan la aplicación de normas de subcapitalización interna. Una primera forma es indicando genéricamente que las normas del Tratado no pueden ser interpretadas de manera que afecten la aplicación de las medidas anti-subcapitalización internas. Esta cláusula se encuentra, por ejemplo, en la práctica habitual brasilera¹⁴⁵ y en el CDI de España con México. Otros CDI como el de España y Francia, sin embargo, se restringen a que sea conforme con el artículo 9 sobre empresas asociadas. Una segunda alternativa de cláusula es aquella que solo salva la normativa anti-subcapitalización de las restricciones de la no discriminación, como es el caso de los CDI de España con Islandia, Costa Rica, Israel, la República Helénica y Sudáfrica. En estos casos el derogado artículo 20 del TRLIS esquivaría más fácilmente los problemas interpretativos sobre su aplicación en contextos convencionales planteados anteriormente. Los nuevos artículos 14.1 h) y 20 del TRLIS no generarán las posibles antinomias descritas atrás, en aquellos CDI que se refieran a normas de «endeudamiento excesivo» como el de España y Costa Rica. En los demás casos la cuestión estará en definir si la limitación a la deducibilidad de intereses es una norma de subcapitalización.

La cuestión de la aplicación dinámica o estática se reduce a las cláusulas consideradas normales y acordes con la buena fe. Así se ha entendido en el caso *Ramadá Ontario Ltd. vs. Her*

¹⁴³ VARIYCHUK, E.: «The Application...», *op. cit.*, pág. 220.

¹⁴⁴ Sentencia de 9 de abril de 2007 de la Corte Federal comercial de la región noroeste, en el caso A56-19578/2006 entre Swedwood Tikhvin LLC vs. Inter.regional tax inspectorate N.º 6 of Leningrad region, aplicando el CDI entre Rusia y Holanda. Citado por VARIYCHUK, E.: «The Application of...», *op. cit.*, pág. 220. Así también el caso *Ferrotek* (Decision of the Federal Moscow District Arbitration Court, N.º KA-A40/6616-05, 25 February 2005. Citado por BRUK, B.: «Russian Thin Capitalization...», *op. cit.*, pág. 507. CENCERRADO MILLÁN: «La subcapitalización», *op. cit.*, págs. 677 y 678. Resolution of the 9th Arbitration Appeal Court 23. 12. 2009, N.º 09AP-25019/2009-AK.

¹⁴⁵ FERRAZ, L. F. y ALMEIDA, A.: «Brazil Thin Cap Rules and Nondiscrimination Under Its Income Tax Treaties», en *Tax Notes International*, may 10, 2010. págs. 483-485.

Majesty the Queen, donde la Corte de Impuestos de Canadá estableció que la salvaguarda de una norma de subcapitalización interna por parte del CDI entre dicho país y Estados Unidos permitía una aplicación dinámica siempre que no se cambiara la **naturaleza general** de la norma vigente al momento de suscripción del CDI¹⁴⁶. Al mismo tiempo, el tenor legal de la salvaguarda juega un papel fundamental para clarificar la intención de los Estados.

La mayoría de salvaguardas internas se inclinan por la interpretación dinámica pues suelen no restringirse a artículos concretos y agregan la frase «u otras disposiciones similares que modifiquen o sustituyan las de estos artículos». No obstante, el criterio de la buena fe debe limitar esta intensión a que se trate de normas similares que las hayan «sustituido», como es el caso del artículo 20 del TRLIS. No creemos que la nueva norma tenga una naturaleza similar a la anterior y como ya mencionamos, pueden desequilibrar el reparto del poder tributario en el CDI. Por ello los CDI con salvaguardas de normas de subcapitalización, de todas formas restringen a los nuevos artículos 20 y 14 del TRLIS. De cualquier modo, el único CDI español que realmente eliminaría los problemas en relación con el artículo 9 es el de México.

5. CONCLUSIONES

1. Los contribuyentes que operan transnacionalmente se enfrentan a una compleja superposición de normas que atacan la capitalización encubierta con enfoques muy diversos. (apdo. 1). La adopción de las limitaciones a la deducibilidad de intereses en el RDL 12/2012 se explica en los problemas del derogado artículo 20 del TRLIS (apdo. 2), que no terminan de resolverse del todo en la nueva normatividad (apdos. 3 y 4). De hecho, el RDL genera doble imposición, económica en el caso de las filiales/matrices, y jurídica en el caso de los EP, que salvo para estos últimos no encuentra una solución legal en la lógica que hasta la fecha ha imperado en el escenario de la OCDE. Los Comentarios al MCOCDE indican que el principio de independencia del artículo 7 es el mismo del que se habla en el artículo 9 y en las Directrices de precios de transferencia de la OCDE. Por ello, sería paradójico decir que el artículo 9 no puede solucionar la doble imposición económica de las empresas asociadas que fuere contraria a reglas del *arm's length*, pero que a juicio del artículo 7 y las Directrices si fuere contrario (apdo. 4).
2. El nuevo artículo 14.1 h) del TRLIS debe ser leído de acuerdo con el concepto comunitario de abuso. Es una norma anti-elusión con el extraño efecto de la simple denegación de la deducción, lo cual contrasta con normas de este tipo que exigen una recalificación de la operación. Esta particularidad genera la potencial doble imposición económica en términos contrarios al principio de independencia (*arm's*

¹⁴⁶ Tax Court of Canada, Caso Ramadá Ontario Ltd. V. Her Majesty the Queen, Sentencia de 3 de diciembre de 1993, en IBFD, Tax Research Platform.

- length*). Ello sin contar con que contradice las recomendaciones contenidas en la Resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010 (apdos. 3 y 4).
3. El nuevo artículo 20 del TRLIS es una norma de imputación temporal de gastos financieros que no puede ser asemejada a un simple aumento del tipo impositivo, pues sus efectos jurídicos internacionales son completamente distintos. Podría decirse que el precepto es un fraude de ley a los CDI *–treaty override–*, al principio de capacidad contributiva y a la jurisprudencia del TJUE que ha reconocido al principio de independencia. Por suerte, existen alternativas interpretativas y aplicativas que pueden paliar los efectos negativos de la norma, como las restricciones a que se somete en contextos convencionales (apdos. 3 y 4).
 4. En efecto, el principio de *arm's length* ha mutado en su finalidad para justificar ya no solo ajustes valorativos, sino también de calificación y no reconocimiento de transacciones en las Directrices de 2010. Las legislaciones internas también han cambiado su enfoque sobre las operaciones de empresas asociadas. En ambos casos estos cambios han favorecido a la administración, bajo la bandera de evitar la elusión y el fraude fiscal, sobre el cual hay un mínimo consenso internacional en torno a su calidad de principio o finalidad del CDI. No obstante ello, el artículo 9 ha debido interpretarse con los tiempos para responder a esos nuevos retos. En este artículo hemos defendido que el artículo 9 debe también responder a aquellos retos que, por el momento, no están en la agenda de la OCDE: eliminar la doble imposición económica entre empresas asociadas. Este es, claramente y sin lugar a dudas, el objeto y finalidad de dicho precepto según su historia y literalidad, y es el momento de materializarlo a través de la interpretación del sentido de las palabras del artículo 9 del MCOCDE para restringir así las limitaciones a la deducibilidad de gastos financieros, en los términos expuestos en este trabajo.

Bibliografía

- ARNOLD, B. J. y VAN WEEGHEL, S. [2006]: «The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures in Tax Treaties and domestic Law», en MAISTO, G.: *Tax Treaties and Domestic Law*. EC and International Tax Law Series, vol. 2, IBFD, Ámsterdam, págs. 81-120.
- AVERY JONES, J. et al. [2009]: «The definition of dividends and interest in the OECD Model: Something Lost in Translation?», *World Tax Journal*, octubre de 2009, págs. 5-45, págs. 5-6. - *British Tax Review*, 4, págs. 406-451.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [1995]: «Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario», en *Crónica Tributaria*, núm. 76, págs. 13-60.
- [2012]: «¿Hacia motivos económicos válidos de "alto voltaje"?, en *RCyT. CEF*, núm. 347, págs. 5-40.
- CENCERRADO MILLÁN, E. [2010]: «La subcapitalización», en *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF, Madrid, págs. 637-691.

- ENGLMAIR, V. [2013]: «The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation», en *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 3rd edition, Linde, Viena, págs. 43-92.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1997]: «Transparencia fiscal internacional, subcapitalización y convenios de doble imposición», *Quincena Fiscal*, núm. 16, págs. 5-8.
- [2009] «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal de riesgo», en *Quincena Fiscal*, n.º 22, diciembre, págs. 7-13.
- FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E. [2010]: *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid.
- FERRAZ, L. F. y ALMEIDA, A. [2010]: «Brazil Thin Cap Rules and Nondiscrimination Under Its Income Tax Treaties», *Tax Notes International*, may 10, págs. 483-485.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. [2001]: *Precios de Transferencia y otras Operaciones Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 220-221.
- HELMINEM, M. [2010]: *The International Tax Law Concept of Dividend*, Wolters Kluwer International BV, Alphen aan den Rijn (The Netherlands).
- HINNY, P. [2008]: «General Report», en IFA, *Cahiers de Droit Fiscal, New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*, vol. 93b, Rotterdam, págs. 15-50. Disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform), págs. 37-40.
- JIMÉNEZ MARTÍN, F. y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L. [2011]: «Cláusulas Anti-elusión y Convenios para Evitar la Doble Imposición: cuestiones no resueltas», en *RCyT*, CEF, núm. 339, págs. 59-108.
- KNÖLLER, C.-P. [2011]: «The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective», *Intertax*, vol. 39, Issue 6/7, Kluwer Law International BV, The Netherlands, págs. 317-336.
- LINN, A. [2010]: «Germany», en AA.VV., *Cahiers de Droit Fiscal International 2010. Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-avoidance Provisions*, Congreso de Roma, vol. 95a, Rotterdam. Disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform), págs. 333-354, pág. 345.
- LUCAS DURÁN, M. [2005]: «STJCE 12-12-2002, Lankhorst-Hohorst versus Finanzamt Steinfurt, As. C-324/00. Libertad de establecimiento; normas tributarias sobre subcapitalización; distribución encubierta de beneficios; coherencia del régimen fiscal; evasión fiscal», en *Crónica Tributaria*, n.º 117, Madrid, págs. 3-9.
- LUCHENA MOZO, G. [2012]: «Thin Capitalization: An Unanswered Question Following Recent Spanish Amendments», *European Taxation*, agosto, disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform).
- MAKHMUDOVA, K. [2007]: «Conflicts of Qualification and Thin Capitalization Rules», en BURGSTALLER, E. y HASLINGER, K. (eds.), *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law*, Linde, Viena, págs. 251-267, pág. 253.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D. [1996]: *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, Mc.Graw-Hill, Madrid.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2010]: «No discriminación», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.): *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, págs. 591-619.
- MICHIELSE, G. [1997]: «Treaty Aspects of Thin Capitalization», en *Bulletin*, vol. 51, núm. 12, IBFD, Ámsterdam, págs. 565-573.
- MIRRLEES, J. A.; STUART, A. e INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES (Great Britain) [2011]: *Tax by design: the Mirrlees review*, Oxford; New York, Oxford University Press).

PALAO TABOADA, C. [2002]: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, Thomson-Civitas, págs. 6.597-6.648.

– [2010]: «La Subcapitalización», en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, Cuarta edición, CEF, Madrid, págs. 999-1.036.

PLITZ, D. J. [1996]: «General Report», en AA.VV., *Cahiers de Droit Fiscal International: International 1996, Aspects of Thin Capitalization*, Congreso de Suiza, vol. 81b, págs. 83-139, disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform).

POGORELOVA, L. [2009]: «Transfer Pricing and Anti-abuse Rules», en *Intertax*, vol. 37, Issue 12, págs. 683-693.

RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, M. [2011]: «La Carga de la Prueba en el Derecho Tributario: Su Aplicación en las Normas Tributarias Anti-abuso y en la Doctrina del TJUE», *RCyT. CEF*, n.º 344, Madrid, págs. 5-50.

RUIZ ALMENDRAL, V. [2010]: «¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas anti-abuso? (Sobre la planificación fiscal y las norma anti-abuso en el derecho de la Unión Europea)», en *RCyT. CEF*, núms. 329-330, págs. 5-60.

SANZ GADEA, E. [2001]: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000» en *RCyT. CEF*, n.º 215.

– [2009]: *Medidas Antielusión Fiscal*, Documento IEF 08/09, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, Disponible en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2009_08.pdf págs. 27-31.

– [2010]: «La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales», en *Crónica Tributaria*, núm. 136, Madrid, págs. 169-182.

– [2012]: «Restricción y limitación a la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades», en *RCyT*, núm. 355, págs. 47-104.

SCHÖN, W. y otros [2009]: *Debt and Equity: What's the difference? A Comparative View*, Max Planck Institute for Intellectual Property. Competition & Tax Law Research Paper Series n.º 09-09, pág. 2.

VAN DONGEN, T. J. C. [2012]: «Thin Capitalization Legislation and the EU Corporate Tax Directives», en *European Taxation*, vol. 52, n.º 1, págs. 20-28.

VAN WEEGHEL, S. [2010]: «General Report», en AA. VV., *Cahiers de Droit Fiscal International 2010. Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, Congreso de Roma, vol. 95a. Rotterdam, págs. 17-55. Disponible en www.ibfd.org (IBFD - tax research platform).

VARIYCHUK, E. [2011]: The Application of Thin Capitalisation Rules in Russia: New Tendencies, en *Steuer Und Wirtschaft International Tax and Business Review*, (n.º 5), Linde, Viena.

VOGEL, K. [1997]: *On Double Taxations Conventions*, Third edition, Kluwer Law International.

WITTENDORFF, J. [2009]: «The Transactional Ghost of Article 9 (1) of the OECD Model», en *Bulletin for International Taxation*, marzo, págs. 107-129.