



La limitación de la deducibilidad de gastos financieros en operaciones de adquisición apalancadas de empresas (LBO) en el impuesto sobre sociedades

Ana María Cremades Cano

Inspectora de Hacienda del Estado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Isaac Merino Jara, don Ignacio Corral Guadaño, don Jesús López Tello, doña Saturnina Moreno González, don Enrique Ortiz Calle y don Eduardo Verdún Fraile.

Extracto

La problemática de la subcapitalización o preferencia que muestran las empresas por los capitales ajenos frente a los propios, dada la deducibilidad de los primeros, es en cierta forma corregida por la regla del artículo 16 de la vigente Ley del impuesto sobre sociedades. En el caso concreto de los grupos de empresas, la erosión de la base imponible provocada por las financiaciones intragrupo también encuentra su encaje en dicho artículo, junto a la solución ofrecida por el artículo 15 h) del mismo texto normativo cuando la financiación tiene un destino concreto como es la adquisición de participaciones en el capital de otras empresas. Como caso particular objeto de este estudio destaca la operativa iniciada en el periodo 2000-2010 en el que determinados fondos europeos proceden a la adquisición de empresas españolas con poco capital y enormes cantidades de deuda con la finalidad de que la propia empresa que se adquiere financie su propia adquisición derivándose una serie de problemas como la pérdida de la base imponible nacional o del control de nuestras empresas. La actual redacción del artículo 16.5 de la Ley del impuesto sobre sociedades hace frente a dicha operativa, conocida como operaciones *leveraged buyouts* (LBO), el cual precisa en el futuro de determinados desarrollos y aclaraciones dada la inseguridad jurídica de la redacción actual y los interrogantes que a día de hoy suscita.

Palabras clave: limitación; gastos financieros; adquisición; fusión; deuda.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019 / Fecha de revisión: 17-12-2019

Cómo citar: Cremades Cano, A. M.^a (2020). La limitación de la deducibilidad de gastos financieros en operaciones de adquisición apalancadas de empresas (LBO) en el impuesto sobre sociedades. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 73-106.





Limitation on interest deductions in leveraged buyouts operations in the corporation tax

Ana María Cremades Cano

Abstract

The problematic of the undercapitalisation or preference of the companies which borrow capital over their own capital, given the deductibility of the first, is in some way corrected by the article 16 of our Corporation Tax. In the specific case of enterprise groups, the intra-group financing contribute to eroding the tax base. This is also inserted into the provision, together with the solution offered by the article 15 of the same regulation text, when the financing has a specific destination such as the acquisition of shares in the capital of other companies. Throughout this analysis, we underscore the particular case of an operation that took place between 2000 - 2010 through which certain European funds acquired some Spanish companies with little capital and huge amounts of debt. This way the company that was acquired could finance its own acquisition. This resulted in a series of problems such as the loss of the national tax base or the control of our companies. The article 16.5 of the Corporate Tax Law addresses this operation, known as leveraged buyouts (LBO) operations, which will require further development given the legal uncertainty of the current wording and the questions that it is still rising today.

Keywords: limitation; interest expenses; acquisition; fusión; debt.

Citation: Cremades Cano, A. M.^a (2020). La limitación de la deducibilidad de gastos financieros en operaciones de adquisición apalancadas de empresas (LBO) en el impuesto sobre sociedades. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 73-106.





Sumario

1. Introducción
 - 1.1. Las compras apalancadas o *leveraged buyouts*. Esquema básico y problemática
 - 1.2. La deducibilidad de los gastos financieros: quiebra de neutralidad y erosión de la base imponible
 - 1.3. Evolución normativa y el problema de las libertades europeas
 2. La limitación a la deducibilidad de gastos financieros intragrupo del artículo 15 h) de la LIS
 - 2.1. El origen de la deuda
 - 2.2. El destino de la deuda
 - 2.3. La conexión entre deuda y adquisición
 - 2.4. La consecuencia de denegación permanente de la deducibilidad
 - 2.5. La prueba en contrario y exclusión por motivos económicos válidos
 3. El límite adicional del artículo 16.5 de la LIS
 - 3.1. El límite general del artículo 16.1 de la LIS
 - 3.2. El supuesto objetivo del límite adicional
 - 3.3. El problemático cálculo del límite adicional
 - 3.4. La exclusión del límite adicional para adquisiciones con un ratio 70-30 de deuda y capital
 4. Consideraciones finales
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

1.1. Las compras apalancadas o *leveraged buyouts*. Esquema básico y problemática

Las compras de empresas por terceros se pueden clasificar en dos tipos, por un lado, encontramos las de carácter industrial cuyo objetivo es la ampliación del negocio ya existente y, por otro, las que se realizan en el marco del capital riesgo, que persiguen mediante la reorganización de la empresa, la obtención de plusvalías en el medio o corto plazo, principalmente en torno a los tres años. Centrándonos en las últimas, que son objeto de nuestro estudio, las compras apalancadas de empresas o, lo que es lo mismo, compras con deuda, surgen principalmente cuando fondos o sociedades de capital riesgo, en su mayoría británicos o americanos, muestran su interés en adquirir una entidad española, denominada *target* u operativa (OpCo), generalmente empresas familiares o de capital cerrado con buenos resultados aunque con significativas posibilidades de mejora (Manzano, 2007, pp. 35-36).

Para llevar a cabo dichas adquisiciones, estas entidades de capital riesgo acuden a la financiación ajena frente a la propia, en primer lugar, porque en los últimos años la deuda resulta más barata que el capital propio (Manzano, 2007, p. 42) y, en segundo lugar, en términos puramente fiscales, los intereses derivados de la financiación ajena son deducibles en el impuesto sobre sociedades mientras que el coste del capital propio representado por los dividendos es una partida no deducible.

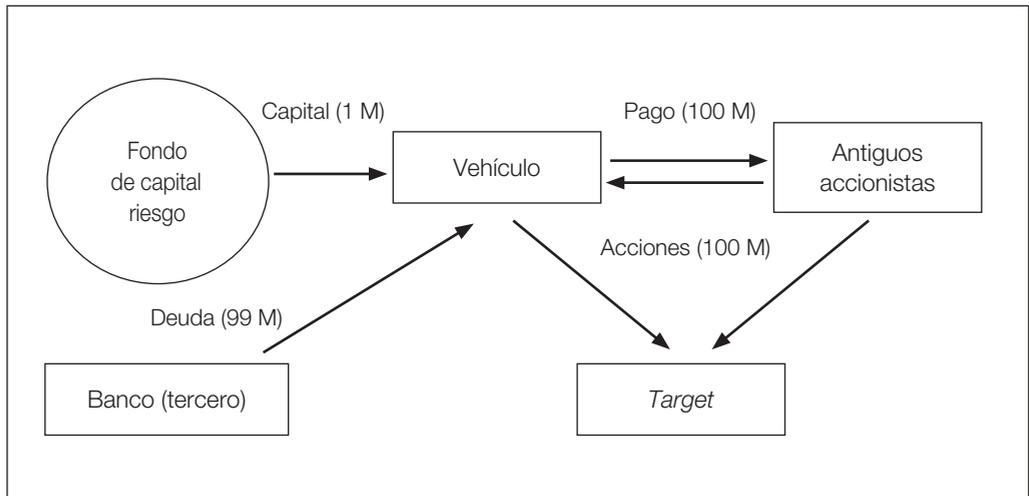
Las empresas adquiridas u operativas suelen tener elevados flujos de caja y ello conduce a un importante problema como es que la propia empresa adquirida pague su propia adquisición (Fernández Fernández, 1999). Sin perjuicio de las limitaciones mercantiles relativas a la prohibición de asistencia financiera que exceden de nuestro estudio¹, la finalidad última de estas operaciones es conseguir que la deuda del vehículo o *holding* se ubique en la empresa adquirida, normalmente a través de operaciones societarias como son las fusiones, de forma que el gasto financiero de la deuda erosione o incluso anule la base imponible de la operativa (Fernández Fernández, 1999; Ferrer Vidal, 2017, p. 2; Sánchez-Calero y Fernández Torres, 2011, pp. 16-25). En consecuencia, se produce una importante pérdida de recaudación para el fisco español cuando el vehículo o el banco financiador de la operación se encuentran situados fuera de territorio nacional. Sin embargo, si el banco se

¹ Nos referimos a la prohibición de asistencia financiera que está contemplada en el artículo 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

encuentra ubicado en territorio español la pérdida de recaudación en la empresa operativa se compensa con un incremento de recaudación en territorio español vía tributación en la entidad prestamista (Sanz Gadea, 2016, p. 66).

A través de un sencillo ejemplo podemos explicar este tipo de operaciones, teniendo en cuenta que en la realidad esta operativa puede llegar a complicarse debido a la introducción de entidades intermedias entre el denominado vehículo y *target*, con el objetivo de emitir bonos y otros propósitos mercantiles, pero también aprovechar ventajas fiscales como la Directiva matriz-filial, convenios de doble imposición o para la posterior venta de la plusvalía, como exenciones de plusvalías de participaciones significativas.

Vamos a ver el esquema básico de la operación: en primer lugar, el fondo o sociedad de capital riesgo constituyen un vehículo o *holding* (HoldCo) a la que aportan un capital relativamente pequeño en relación con el coste total de la operación². A continuación, el vehículo suscribe un préstamo por la mayor parte del valor de la adquisición con una entidad financiera. Las cantidades que la entidad tiene en caja se destinan a pagar a los antiguos accionistas de la empresa *target*, de forma que el fondo pasa a detentar la titularidad de esa empresa a través de la entidad *holding*. En esta situación, la empresa *holding* tiene que satisfacer los intereses por el préstamo sin tener ingreso recurrente.



Para pagar esas cantidades o bien la entidad operativa distribuye dividendos a la *holding*, o bien se fusionan ambas entidades una vez que venza la prohibición de asistencia

² Véase una explicación simplificada de los pasos en Fernández Fernández (1999). Un análisis más complejo, en Manzano (2007, pp. 39-43).

financiera, para que la deuda acabe en la entidad operativa y se puedan emplear sus flujos de caja para pagar los intereses.

En una situación previa a la fusión, la cuenta de pérdidas y ganancias de la *holding* recogerá un resultado operativo reducido o nulo, ya que normalmente son empresas sin actividad y una partida elevada de gastos financieros derivados del préstamo, dando lugar a bases imponibles negativas. Por su parte la entidad operativa al tener elevados flujos de caja determinará bases imponibles positivas generando ingresos para el fisco español. Con posterioridad a la fusión del vehículo y la operativa, se integran en una única cuenta las cuentas de pérdidas y ganancias de ambas y esta situación da lugar a que los flujos de caja de la operativa se vean erosionados con los intereses derivados del préstamo, dando como resultado una base imponible de la fusionada reducida o, incluso, nula.

1.2. La deducibilidad de los gastos financieros: quiebra de neutralidad y erosión de la base imponible

El impuesto sobre sociedades (IS) es un impuesto directo que grava la renta empresarial.

Nuestro impuesto, como sabemos, solo permite deducir el coste de los capitales ajenos generando un primer problema y es que no es un impuesto neutral, favorece el endeudamiento empresarial, ya que va a permitir únicamente deducir el coste de la deuda y no el de los capitales propios de forma que las empresas no van a tomar las decisiones desde el punto de vista de la racionalidad económica sino desde la optimización fiscal (García Novoa, 2016, p. 18).

Un segundo problema en el ámbito del IS, propio de entidades vinculadas, es la erosión de la base imponible (García Novoa, 2016, p. 19; Granado Fernández de la Pradilla, 2016, p. 95; OECD, 2013a, pp. 16-17; 2013b, p. 43; 2015, pp. 15-18). Esto se entiende con un ejemplo, si la matriz 1 concede un préstamo a su filial 1, para la matriz prestamista el interés es una renta que tributa, mientras que para la filial prestataria el interés pagado es un gasto fiscalmente deducible, siendo que ambas se encuentran en la misma jurisdicción, ingreso y gasto se compensan y se neutraliza el efecto recaudatorio para el Estado (Fuster Tozer y Durán Haeussler, 2016, p. 1). El problema se produce en el ámbito internacional, ya que los grupos multinacionales utilizan planificaciones fiscales agresivas a través de préstamos matriz-filial, siendo que la matriz se ubica en un país de baja o nula tributación que es donde se percibe el ingreso y la filial en uno de alta tributación de forma que el gasto financiero a ese tipo más elevado permite un ahorro fiscal significativo para el grupo, reflejado por la diferencia de tipos (García Novoa, 2016, p. 95; Granado Fernández de la Pradilla, 2016, p. 95; OECD, 2013a, pp. 16-17; 2013b, p. 43; 2015, pp. 15-16).

A continuación, vamos a ver las soluciones en derecho comparado a los problemas ya expuestos que genera el diferente tratamiento fiscal dado al capital propio y ajeno (Ferrer Vidal, 2017, p. 2).

1.3. Evolución normativa y el problema de las libertades europeas

Tradicionalmente se ha admitido la plena deducibilidad de los gastos financieros en el IS, sin importar la procedencia de la financiación o el destino de los fondos. Mientras la regla fiscal admita el régimen de contabilidad, el cual implica reconocer todos los costes de capitales ajenos como deducibles³, sin realizar ningún tipo de ajuste, no va a haber diferencia entre la contabilidad y fiscalidad.

Por ello, para solventar los problemas ya referidos de falta de neutralidad y erosión de la base imponible se va a tratar de adoptar medidas fiscales tendentes a limitar dichos gastos reconocidos en contabilidad mediante una serie de ajustes a través de reglas de precios de transferencia, reglas antiabuso, normas de subcapitalización o reglas de ratio-fijo en relación con el EBITDA (*Earnings Before Interest Taxes Depreciation and Amortization*), entre otras.

A) Precios de transferencia (*transfer pricing*)

Antes hemos hecho referencia al problema de erosión de base imponible que se genera en los grupos empresariales a través de los préstamos matriz-filial ubicadas en diferentes Estados y sometidos a distintos tipos de gravamen.

Para resolver dicho problema se planteó como solución aplicar las reglas de precios de transferencia a dichas operaciones de forma que se valoren a valor de mercado, por tanto, a interés reducido dado que la prestamista en estos casos al ser parte del mismo grupo corre menos riesgo que una entidad financiera externa al participar en el riesgo y ventura del negocio (OECD, 2015, p. 19; Parejo García, 2018, p. 174).

Esta solución fue la preferida por la OCDE hasta la aprobación del informe de la acción 4 de la OCDE (Hernández González-Barreda, 2017, pp. 50-51). En España también han sido apoyadas en algún caso por la Audiencia Nacional⁴.

Sin embargo, la regla de precios de transferencia es problemática debido a la dificultad de valorar las operaciones, no existiendo un comparable como tal, ya que una entidad financiera como regla general nunca participa en el riesgo y ventura de la prestataria como ocurre entre vinculadas. No obstante, dicho obstáculo sería salvable con otros métodos alternativos que contemplan las guías de precios de transferencia de la OCDE y nuestra normati-

³ Salvo que sean imputables a la adquisición, producción o construcción de activos. Norma internacional de contabilidad número 23. Recuperado de <<http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/2.Internacional/020.NIIF-UE/020.NIC%20Vigente/230.NIC%2023%20Costes%20por%20intereses.pdf>>.

⁴ Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2009 (rec. núm. 416/2005 –NFJ034292–).

va⁵. Pese a lo anterior, es una regla limitada, ya que no resuelve el problema de neutralidad y sobre todo porque es una solución solo válida para entidades vinculadas.

B) Normas antisubcapitalización o ratios fijos entre deuda y capital (*thin capitalization rule*)

Es una regla tradicional, que se introduce en España en el año 1991, para hacer frente a la problemática expuesta que implica limitar la deducibilidad a través de los ratios fijos de relación entre fondos propios y ajenos (Hernández González-Barreda, 2017, p. 49; Parejo García, 2018, p. 174).

En su primera redacción la norma española limitaba las operaciones de captación de recursos ajenos de las empresas españolas con sus vinculadas no residentes, ya fueran comunitarios o de terceros países. Implicaba que el endeudamiento que excediera de tres veces los recursos propios no generaba intereses deducibles y además se recalificaba como dividendo y, por tanto, no deducible.

Por un lado, la doctrina española puso en duda su compatibilidad con el derecho comunitario y con la cláusula de no discriminación recogida en los convenios para evitar la doble imposición (Fuster Tozer y Durán Haeussler, 2016, p. 4). Por otro lado, en el año 2000 la norma de subcapitalización alemana de redacción idéntica a la nuestra se impugna ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el caso *Lankhorst-Hohorst* con base en la vulneración de la libertad de establecimiento recogida en el artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁶.

Ante la posibilidad de tener una norma contraria a la normativa europea, la Ley 24/2001 introduce una modificación en el entonces artículo 20 de la ley que permitiría aplicar un coeficiente de subcapitalización distinto siempre que se pruebe por el contribuyente y la financiación no proceda de un paraíso fiscal⁷.

Posteriormente, el TJUE entendió que la norma alemana de subcapitalización vulneraba la libertad de establecimiento mermando la aplicabilidad de nuestra norma, que era similar a la alemana tras la reforma del año 2002. En dos Sentencias, la primera en el asunto C-324/00 en el caso *Lankhorst-Hohorst*, ya referido antes, y la segunda, en el caso *Thincap*

⁵ Vid. los métodos que se pueden emplear en el artículo 18.4 de la LIS y OECD (OECD, 2017, pp. 109 y ss.).

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst GmbH contra Finanzamt Steinfurt* (C-324/00 –NFJ013286–).

⁷ Artículo 2.Siete de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Vid. Granado Fernández de la Pradilla (2016, p. 108).

litigation group, asunto C-524/04⁸, el tribunal argumenta de forma clara la vulneración del artículo 43, relativo a la libertad de establecimiento, con base en que existe una libertad comunitaria en juego, libertad restringida para los no residentes, ya que aunque se permite que el contribuyente pruebe un coeficiente distinto al legal, no existe ninguna limitación cuando la financiación es interna, mientras que si procede de otro Estado miembro existe dicha restricción legal y, por último, se aplica a todo no residente independientemente de que sea montaje abusivo o no, por lo que no se justifica dicho perjuicio según la prevención de la evasión fiscal (Fuster Tozer y Durán Haeussler, 2016, p. 5).

Para acomodarse a la jurisprudencia señalada se vuelve a modificar la norma española, ahora ya en el artículo 20 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS), y se opta por aplicar la limitación únicamente a no residentes que residan en paraísos fiscales de la Unión Europea. Esta normativa sigue siendo discriminatoria porque trataba peor las transacciones con paraísos fiscales que fueran legítimas frente a transacciones financieras domésticas, por lo que no se dirigía a aquellos montajes que fueran abusivos sino a todos los que tuvieran su origen en un paraíso fiscal sin añadir nada más⁹. Una solución por ello habría sido aplicar a paraísos fiscales en los supuestos en que no hubiera motivos económicos válidos.

Para solucionar el problema de la discriminación, varios países europeos, entre ellos Alemania, determinaron la aplicación del límite indistintamente a entidades residentes y no residentes¹⁰. Solucionado dicho problema, se provoca de forma sobrevenida doble imposición económica pues la denegación del gasto siendo que dicho gasto es ingreso para la prestamista, hace que la renta se vea gravada dos veces. Mientras que a nivel doméstico se previó la eliminación de esa doble imposición, sin embargo, en situaciones transfronterizas la no residente prestamista no va a poder corregir la doble imposición en tanto esa corrección va a depender de la normativa del Estado donde radique la prestamista, y normalmente los Estados son reacios a limitar su potestad tributaria por actuaciones de otros Estados. Además, los ratios de endeudamiento entre países eran diferentes¹¹. Por ello, considera el TJUE en el caso *Masco Denmark ApS/Damixa ApS* que se genera una situación discriminatoria entre pagos a residentes y no residentes¹².

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04 –NFJ024996–).

⁹ Como señala García Novoa (2016, p. 40), no es que las reglas antisubcapitalización sean *per se* contrarias al derecho de la Unión, sino que esta provoque efectos discriminatorios. *Vid.* Fernández Antuña (2013, p. 11); Fuster Tozer y Durán Haeussler (2016, p. 5).

¹⁰ Solución que ofrecía para España Fernández Antuña (2013, p. 11).

¹¹ En España el ratio de intereses deducibles era el correspondiente a la deuda equivalente 3 veces el capital, en línea con la mayor parte de países. Otros países adoptaban relaciones distintas, como Italia que llegó a tener un ratio de 2 veces, Bélgica de 7 veces, o Francia de 1.5.

¹² Sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 21 de diciembre de 2016, *Masco Denmark ApS/Damixa ApS* (C-593/14 –NFJ064954–).

Ante la inaplicabilidad de la norma de subcapitalización y en un contexto de crisis económica y recaudatoria se da nueva redacción al artículo 20 del TRLIS por Real Decreto-Ley 12/2012 estableciendo una limitación general a la deducibilidad de gastos financieros del 30 % del EBITDA, actual artículo 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS)¹³.

C) Dedución de un nocional sobre el capital

Otra de las medidas utilizadas para restaurar la neutralidad fiscal entre la financiación ajena y los recursos propios consiste en establecer una serie de ventajas fiscales a la financiación propia para equiparar estos recursos a la ventaja fiscal que supone la deducibilidad de los intereses (Albi, 2017, pp. 9-14).

Existen tres grupos de medidas en este contexto, en primer lugar, las que se destinan a realizar una ficción de que se han realizado pagos por el capital propio, esto es, tomar el pago de dividendos como referencia y excluirlo de la base del impuesto, solución poco neutral, ya que la remuneración de capital propio tiene que ser mayor que la de capital ajeno por el riesgo en que incurre el accionista por posibles pérdidas en la empresa (García Novoa, 2016, pp. 23-24).

En segundo lugar, medidas tendentes a la acumulación del capital en la empresa mediante el establecimiento de incentivos fiscales a las aportaciones a fondos propios en el seno de la empresa. Siendo un claro ejemplo de esto último las reservas de capitalización y de nivelación para las pequeñas y medianas empresas de la LIS en la normativa española, o la deducción por aportaciones al capital del modelo italiano, sustituida en el año 2011 por la deducción de un interés nocional sobre los recursos propios¹⁴.

Finalmente, y siempre que la limitación a la deducibilidad de intereses tuviera como objetivo evitar la doble imposición que se dedujera de la cuota del impuesto lo que ha pagado la sociedad perceptora de los mismos y con este límite, sustituyendo por tanto un gasto en base por los intereses financieros por una deducción en cuota (García Novoa, 2016, pp. 23-25).

El referente de esta medida lo encontramos en la normativa belga a partir del 2005 tendente a restaurar la neutralidad fiscal tan deseada (Albi, 2017, pp. 10-12; García Novoa, 2016, pp. 26-27).

¹³ En Gipuzkoa se mantiene el régimen de subcapitalización en el artículo 47 de la Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, sobre el Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Gipuzkoa, lo que podría ser incompatible con la jurisprudencia europea.

¹⁴ *Vid.* los artículos 25 y 105 de la LIS. En Italia se permite una deducción en base del 1.5 % del incremento de los fondos propios. Recuperado de <https://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/NSE/Invest+in+Italy/Allowance+for+corporate+equity+%28Ace%29/?page=invest_italy>.

Sin embargo, seguimos sin poder resolver el problema de erosión de bases imponibles entre vinculadas y, por otro lado, el TJUE considera que puede ser discriminatoria si no se aplica a los establecimientos permanentes de entidades no residentes de otros Estados miembros, y solo a entidades residentes¹⁵.

D) Simulación o fraude de ley

Otra alternativa para resolver el problema que nos ocupa sería a través de las normas generales antiabuso, como la simulación o conflicto en aplicación de la norma tributaria, definidas respectivamente en los artículos 16 y 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como la calificación de las operaciones, potestad recogida en el artículo 13 de la misma norma.

En nuestro análisis, podríamos entender que el préstamo se ha realizado únicamente con motivos fiscales, y no con el ánimo de otorgar recursos ajenos a la empresa, y por tanto debiendo reconducirse el tratamiento fiscal a la operación que se hubiera realizado en ausencia de ese beneficio fiscal, en este caso una aportación a fondos propios. Esta es la solución que ha sido dada por buena por una numerosa jurisprudencia y doctrina administrativa española en casos como, por ejemplo, los préstamos intragrupo entre entidades españolas antes de la introducción del artículo 14 h) del TRLIS, hoy 15 h) de la LIS¹⁶.

Sin embargo, esta solución sigue sin resolver el problema con carácter general, ya que entender que existe simulación en préstamos concedidos por terceros genera inseguridad jurídica, siendo, por tanto, solo aplicable a vinculadas (Hernández González-Barreda, 2017, p. 51).

E) La tendencia actual: *earning stripping*

De todo lo expuesto anteriormente quedan patentes tres problemas, y es que es necesario una norma que sea general, no discriminatoria y que no cause doble imposición. General que no distinga entre entidades vinculadas y no vinculadas, no discriminatoria entre

¹⁵ Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 4 de julio de 2013, *Argenta Spaarbank NV v Belgische Staat* (C-350/11 –NFJ051164–).

¹⁶ Véanse, entre otras, las Resoluciones de 25 de junio de 2009 (RG 656/2007 –NFJ035528–) y 5 de octubre de 2011, del Tribunal Económico-Administrativo Central; Sentencias de 24 de julio de 2012 (rec. núm. 284/2009 –NFJ047924–), 7 de febrero de 2013 (rec. núm. 172/2010 –NFJ050014–), 21 de febrero de 2013 (rec. núm. 47/2010 –NFJ050173–), 14 de noviembre de 2013 (rec. núm. 367/2010 –NFJ053053–) y 16 de enero de 2014 (rec. núm. 456/2010 –NFJ054283–) de la Audiencia Nacional; y Sentencias de 4 de julio de 2014 (rec. núm. 581/2013 –NFJ054784–) y 9 de febrero de 2015 (rec. núm. 3971/2013 –NFJ057489–) del Tribunal Supremo. Véase al respecto el análisis de Calvo Vérguez (2015).

residentes y no residentes y, por último, que no genere doble imposición económica. Por todo ello, y a pesar de la apuesta que hizo la OCDE y el Comité de Asuntos Fiscales por los precios de transferencia como solución al problema de las financiaciones vinculadas (Hernández González-Barreda, 2017, p. 53), las tendencias más recientes a nivel internacional apuestan por limitar la deducibilidad de los gastos al 30 % del EBITDA. Esta norma es adoptada por varios países como Francia y Estados Unidos, entre otros, y asimismo, es la solución de BEPS (Hernández González-Barreda, 2017, p. 53; OECD, 2015, pp. 25 y ss.).

Esta regla se considera la opción más adecuada y está siendo ampliamente aceptada internacionalmente y, particularmente, entre los países de la Unión, además de que ha sido incorporada a la Directiva 1164/2016 antielusión y todos los países de la Unión deberán incluirla obligatoriamente¹⁷.

2. La limitación a la deducibilidad de gastos financieros intragrupo del artículo 15 h) de la LIS

La regla especial del artículo 15 h) de la LIS fue, asimismo, introducida por el Decreto-Ley 12/2012, si bien entonces con la numeración 14.1 h), y de forma resumida supone un nuevo supuesto de no deducibilidad de gastos financieros que consiste básicamente en la no deducción de los intereses derivados de préstamos concedidos por entidades del grupo para realizar determinadas operaciones societarias¹⁸. Esta medida es coherente con los principios de la OCDE de combinar las reglas generales antiabuso con reglas especiales, y su propósito es combatir la generación de pasivos artificiosos en operaciones de compras apalancadas entre empresas del grupo, normalmente en el seno de operaciones de reestructuración (García Novoa, 2016, pp. 56-57).

Pero para entender la norma actual hay que ver que este tipo de operaciones se atacaban anteriormente por la vía del fraude de ley, lo que generaba una litigiosidad significativa, aunque los tribunales acababan dando la razón a la Inspección (Calvo Vérguez, 2015). Siendo un ejemplo en el que se abordaban estas operaciones por la vía del fraude de ley la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2015 en el asunto *Glaxo* (rec. núm. 4072/2013 –NFJ058191–) en concreto, en el fundamento jurídico décimo de dicha sentencia se establece en relación con las compras apalancadas que dada la normalidad o habitualidad de estas operaciones corresponde a la Administración tributaria probar que se hayan realizado en fraude de ley por el contribuyente. Sin embargo, el supuesto especial recoge-

¹⁷ Artículo 4 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

¹⁸ *Vid.* la letra h) del artículo 14.1 del TRLIS, actual 15 h) de la LIS.

do en la LIS en el artículo 15 h) es de aplicación automática, ya que mientras en las normas generales corresponderá probar a la Administración tributaria el fin elusivo de la operación, esta normal especial de no deducibilidad una vez probado el presupuesto de hecho opera como presunción *iuris tantum* trasladando desde ese momento al contribuyente la carga de probar la existencia de motivos económicos válidos (García Novoa, 2016, pp. 64-65).

2.1. El origen de la deuda

Para que estemos en el supuesto del artículo 15 h), la deuda debe proceder de una entidad del grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas consolidadas. Es decir, la aplicación de esta regla es independiente de que dichas entidades sean o no residentes en territorio español y por ello compatible con el derecho comunitario (López-Santacruz Montes, 2018, p. 120). También es irrelevante que formen parte del mismo grupo fiscal o que se encuentren vinculadas por causas distintas a la pertenencia al mismo grupo mercantil, sería el caso de un préstamo concedido por un administrador a la sociedad que administra, estaríamos en un supuesto de vinculación tal como se define en el artículo 18 de la LIS, pero quedaría fuera de la limitación del artículo 15 h) generando intereses plenamente deducibles (López-Santacruz Montes, 2018, pp. 118-119). En sentido negativo, quedan fuera de esta limitación los préstamos otorgados por entidades que formen parte de un grupo horizontal o de coordinación en tanto la Dirección General de Tributos (DGT) y el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas han precisado que los grupos horizontales no constituyen grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio¹⁹.

El momento en que debe analizarse si existe grupo mercantil entre la entidad prestamista, prestataria y la transmitente de la participación o, en su caso, la que recibe la aportación de fondos propios, es el momento de realizar la operación de endeudamiento, por lo que si existe grupo cuando se concierta el préstamo, pero no en cualquier momento posterior, seguiría siendo aplicable la limitación del artículo 15 h) y no determinaría la deducibilidad del gasto financiero devengado (Sanz Gadea, 2016, p. 75). Del mismo modo, si deviene grupo de forma sobrevenida, pero en el momento del endeudamiento no eran grupo mercantil, no se aplicaría la limitación y se trataría de gastos sí deducibles (López-Santacruz Montes, 2018, p. 119).

Además, dado que la medida se introdujo por Decreto-Ley 12/2012 y entró en vigor el 1 de enero de 2012, se va a aplicar a los gastos financieros que se devenguen a partir de dicho periodo impositivo, siendo irrelevante que los mismos procedan de una operación de financiación concertada con anterioridad a dicha fecha (García Novoa, 2016, p. 69).

¹⁹ Consulta de la DGT V2620/2016, de 13 de junio (NFC060287).

2.2. El destino de la deuda

Igualmente, para aplicar el artículo 15 h), el destino de los capitales de la deuda debe ser la adquisición a otras entidades del grupo de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidad, siendo irrelevante que las participaciones adquiridas sean participaciones en el capital de una entidad del grupo o no. Por otro lado, pese a la literalidad de la norma y según la interpretación de algunos autores que podría hacernos pensar que la participación adquirida debe serlo a otras entidades del grupo distintas a la prestamista, quedando excluidas de esta norma las adquisiciones que se hagan a la prestamista (Rojí Chandro y Rodríguez Ondarza, 2012, p. 15), entiendo que la finalidad de la norma no es esa, sino que engloba en sentido amplio adquisiciones de participaciones en el capital a cualquier entidad del grupo, sea la propia prestamista (López-Santacruz Montes, 2018, p. 117) como a cualquier otra entidad distinta de la prestamista y perteneciente al mismo grupo.

Por contraposición, generan gastos financieros deducibles las adquisiciones financiadas con préstamos intragrupo de otros activos (circulante, inmovilizado, etc.) distintos de las participaciones en el capital de entidades, así como las adquisiciones de participaciones con financiación ajena, en el primer caso por adquirirse un activo distinto a una participación en el capital y, en el segundo, por tratarse de un préstamo de terceros quedando fuera del supuesto de grupo mercantil.

También se aplica la norma especial cuando el destino del endeudamiento es la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, es decir, cuando el préstamo intragrupo es destinado a realizar una aportación a los fondos propios en otra entidad del grupo ya se instrumente con una ampliación de capital o mera aportación de los socios al patrimonio de dichas entidades y siempre que no sea una contraprestación por la entrega de bienes o prestación de servicios de la sociedad a favor de los socios (López-Santacruz Montes, 2018, p. 115).

La razón última de esa aportación a los fondos propios permitirá pasar de la no deducibilidad de los gastos financieros a que estos sean deducibles si se acreditan los motivos económicos válidos de la operación, ya que no es lo mismo que no exista un motivo económico para la operación que los fondos se destinen a financiar nuevas inversiones, a restablecer la situación patrimonial en caso de que las pérdidas reduzcan el patrimonio por debajo del capital social o en caso de que sea necesaria la inyección de fondos propios para evitar la disolución de la entidad (López-Santacruz Montes, 2018, p. 115).

2.3. La conexión entre deuda y adquisición

Además del origen y el destino de los fondos, para que sea de aplicación la limitación del artículo 15 h) es necesario que exista una relación directa entre el endeudamiento y la inversión realizada con los fondos procedentes del préstamo (López-Santacruz Montes,

2018, p. 114). Esto sería patente en los supuestos en los que hay declaración contractual, se pignoraran en garantía del préstamo las acciones adquiridas con los recursos procedentes del mismo, o en la mayor parte de los casos, cuando hay coincidencia temporal (López-Santacruz Montes, 2018, p. 115; Sanz Gadea, 2016, p. 74). En cualquier caso, en mi opinión, valdría cualquier prueba admitida en derecho con la que se pueda concluir que las cantidades obtenidas del préstamo se han destinado a la adquisición.

O en el caso de una ampliación de capital, señalar que es irrelevante y no destruiría la relación directa que se exige entre endeudamiento e inversión el hecho de que en un primer momento los recursos procedentes del préstamo se inviertan de forma transitoria por la prestataria en activos financieros líquidos para, posteriormente, una vez liquidados suscribir un aumento de capital de otra entidad del mismo grupo. Siendo aplicable en este caso la limitación de deducción de gastos financieros del artículo 15 h) (López-Santacruz Montes, 2018, p. 116).

2.4. La consecuencia de denegación permanente de la deducibilidad

Una vez cumplidos todos los requisitos para considerar que el gasto financiero derivado del préstamo entre dos entidades del mismo grupo mercantil no es deducible por aplicación de la regla especial, siempre que estemos en tributación individual, procederá realizar un ajuste permanente al resultado contable de la entidad prestataria, ajuste de carácter positivo, ya que el gasto financiero estará incluido en su resultado contable y hay que eliminarlo. Destacar que este ajuste tiene carácter permanente mientras que el ajuste derivado del artículo 16 de la LIS, que como veremos tiene carácter temporal, y, por tanto, podría revertir en ejercicios futuros.

Desde otro punto de vista, para la entidad prestamista dicho importe determina un ingreso financiero, sin embargo, el ajuste que se hace en el ámbito de entidades del mismo grupo mercantil, no así fiscal, es de carácter unilateral, es decir, se quitará el gasto en una, pero el ingreso financiero se recoge y no se elimina, quedando integrado en la base imponible de la entidad prestamista (López-Santacruz Montes, 2018, p. 119).

2.5. La prueba en contrario y exclusión por motivos económicos válidos

Para cerrar el estudio de la regla especial del artículo 15 h) de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, hay que analizar la única puerta de escape que da la normativa y es que el contribuyente alegue motivos económicos válidos de la operación, concepto, como hemos señalado antes, un tanto ambiguo y que ha dado lugar a reiterada doctrina administrativa en este sentido.

Pero antes de entrar a analizar qué es un motivo económico válido, en cuanto al momento temporal en que debe procederse a la valoración de la existencia de un motivo económico válido, esta debe hacerse en el momento de realizar la operación y no en cada uno de los periodos impositivos en que se produzca el devengo de los gastos financieros (López-Santacruz Montes, 2018, p. 118).

Siguiendo con los motivos económicos válidos, el Real Decreto-Ley 12/2012 señala en su exposición de motivos lo que debe entenderse por motivos económicos válidos: «que las operaciones sean razonables desde la perspectiva económica», y aunque este es un concepto amplio no sujeto a una enumeración taxativa, hace referencia expresamente a las siguientes operaciones (Sanz Gadea, 2016, pp. 75-76):

- Operaciones de reestructuración dentro de un grupo consecuencia directa de una adquisición a terceros.
- Supuestos en los que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde el territorio español.

El primer caso se refiere al supuesto en que una entidad perteneciente a un grupo mercantil adquiere a una entidad tercera una participación en el capital de otra entidad, sea o no del grupo, a través de una aportación en el capital o fondos propios, y, posteriormente, la entidad del grupo que había adquirido la participación la transmite a otra del grupo siendo financiada asimismo con un préstamo del mismo grupo (López-Santacruz Montes, 2018, p. 117).

En este caso se entiende que la adquisición deriva de una reestructuración y quedaría fuera del supuesto del artículo 15 h) por considerarlo una adquisición a terceros, ya que en nada se diferencia del caso en que una entidad del grupo adquiriera a un tercero participaciones en el capital de otra entidad y se financie con un préstamo intragrupo, supuesto que por no darse el requisito de adquirir dentro del grupo quedaría fuera de la limitación y, por tanto, también debe quedar fuera cualquier operación con el mismo fondo económico.

La segunda operación relativa a la gestión de participadas adquiridas desde el territorio español se refiere a una modificación de tenencia de participaciones dentro de un grupo que ya posee este con anterioridad, por tanto, un cambio de titularidad jurídica dentro de un grupo, ya sean participaciones en entidades del mismo grupo o en terceras entidades y además va a implicar que la tenencia de las mismas corresponderá a entidades residentes en territorio español, y que la gestión con posterioridad a la adquisición se va a desarrollar en territorio español.

Sin embargo, el simple cambio geográfico no avala la existencia de motivos económicos válidos de la transmisión de participaciones, pues la gestión se va a poder llevar a cabo desde donde se quiera sin que sea necesario un cambio de titularidad jurídica (López-Santacruz Montes, 2018, p. 117). Por ello, para justificar que existen dichos motivos económicos

válidos sería necesario acreditar que el cambio a territorio español de la gestión supone un cambio sustancial y que va a implicar un aumento de valor del negocio gestionado (López-Santacruz Montes, 2018, p. 119).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el test de motivos económicos válidos tal y como se entiende en España tiene su origen en la jurisprudencia comunitaria. Sobre esta cuestión, la sentencia *Leur-Bloem* de 17 de julio de 1997 entiende que el motivo económico válido es un concepto mucho más amplio que la búsqueda de una ventaja fiscal, es decir, cuando se lleva a cabo una operación esta se analiza en términos de rentabilidad económica lo que va a suponer valorar una serie de parámetros y uno de ellos sería la ventaja fiscal o el ahorro tributario, es decir, es un elemento más a analizar pero no el único ni el más importante²⁰. Así, esta sentencia es buen reflejo de que los motivos económicos válidos son un concepto jurídico indeterminado ambiguo y que debe analizarse caso a caso.

Por ello, en nuestro país y dado lo dificultoso de determinar en cada caso qué es o no es motivo económico válido, la doctrina de la DGT ha matizado o ampliado dicho concepto, permitiendo sacar algunas conclusiones acerca del mismo²¹.

3. El límite adicional del artículo 16.5 de la LIS

3.1. El límite general del artículo 16.1 de la LIS

La vigente norma de limitación de deducibilidad de gastos financieros prevista en el artículo 16 de la LIS es sustancialmente idéntica a la que recogía la anterior normativa del impuesto en el artículo 20 del TRLIS. El cambio de la regla de ratio deuda-capital a ratio sobre beneficio operativo responde a la adecuación de la regulación actual con el derecho de la Unión Europea, ya que, como vimos, la norma de subcapitalización planteaba problemas de incompatibilidad con las libertades comunitarias y, por otro lado, fue declarada inaplicable a nivel interno por el Tribunal Supremo.

Asimismo, es considerada una regla que se adecuaba a los trabajos realizados en el seno de la acción 4 del Plan BEPS para prevenir la erosión de la base imponible, así como a las reglas de la Unión Europea tendentes a la protección del mercado interior basadas en el

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, (C-28/95 –NFJ005725–), párr. 42. *Vid.* García Novoa (2016, p. 72).

²¹ Rojí Chandro y Rodríguez Ondarza (2012, p. 15) señalan que nos encontramos con el problema de la definición de «motivo económico válido», lo que es motivo de gran inseguridad jurídica, abriendo las puertas a la interpretación que haga la Administración tributaria de cada operación, como viene ocurriendo en la utilización de esta misma expresión en el marco del régimen fiscal especial de operaciones de reestructuración empresarial.

pago de impuestos donde se generan las rentas y los beneficios, que recogen una norma para evitar la reducción de la carga tributaria mediante la deducción de gastos financieros muy similar a la de nuestra normativa (Ferrer Vidal, 2017, pp. 2-3)²².

La regla del apartado 1 del artículo 16 de la LIS consiste en que se admite la deducción de gastos financieros netos hasta un 30 % del beneficio operativo de la entidad, lo que supone que los gastos devengados en el periodo impositivo que excedan dicho porcentaje no serán deducibles. Sin embargo, es una medida que no conculca la capacidad económica de las empresas, ya que los gastos no deducibles en un periodo se podrán deducir de forma conjunta con los de los ejercicios siguientes y dentro del límite global del 30 % del beneficio operativo (Ferrer Vidal, 2017, p. 3).

De lo anterior se desprende que es un ajuste de carácter temporal, que permitirá eliminar mediante un ajuste extracontable de carácter positivo los gastos no deducibles en un periodo lo que puede dar lugar a que entidades con pérdidas o resultado contable negativo determinen bases imponibles positivas siempre que el importe de dichos gastos exceda de dicho resultado negativo (López-Santacruz Montes, 2018, p. 121).

De lo expuesto anteriormente, se puede extraer una diferencia clara con el artículo 15 h) de la LIS, ya analizado, y es que mientras este es un ajuste de carácter permanente que elimina cualquier posibilidad de deducción futura de dichos gastos, el artículo 16.1 de la LIS permite llevar a ejercicios siguientes y sin limitación temporal dicha capacidad de deducción siempre que la base imponible del contribuyente sea positiva.

Otro aspecto diferencial de ambas reglas es que el artículo 16 de la LIS es un supuesto objetivo que se aplica de forma directa, es decir, dadas las condiciones legales no cabe alegar racionalidad económica de la estructura de financiación de la empresa (López-Santacruz Montes, 2018, p. 121). Por el contrario, en el artículo 15 h) de la LIS el contribuyente dispone de la prueba en contrario y, por tanto, posibilidad de escapar de la norma siendo una solución normativa lógica dado el resultado más gravoso que implica al ser un ajuste de carácter permanente.

Como hemos expuesto, la regla general es la deducibilidad del 30 % del beneficio operativo, sin embargo, también se contempla, en todo caso, la deducibilidad absoluta de un millón de euros. El relacionar la deducibilidad de los gastos con el beneficio operativo penalizaría sobremanera a empresas con pérdidas o con beneficio reducido, como ocurre con las pequeñas y medianas empresas, por ello, la posibilidad de deducir un millón de euros garantiza que estas empresas no se vean tan perjudicadas por dicha medida.

²² Artículo 4 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

Por contra, esta regla podría generar en el caso de entidades que no tengan que consolidar fiscalmente la segregación del endeudamiento entre varias entidades pequeñas frente a la concentración del mismo en la misma entidad para aprovechar la deducibilidad del millón euros.

Por otro lado, hay que matizar que, si el ejercicio es inferior al año, el millón se prorrateará en función de la duración del ejercicio respecto del año de acuerdo con el apartado tercero del artículo 16 de la LIS.

La Directiva antiabuso por su parte establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan deducir gastos financieros netos hasta un importe superior, en concreto tres millones de euros, por lo que nuestra normativa protege la base imponible en mayor medida no planteando ningún problema, ya que la directiva prevé unos mínimos de protección que nada impide que los Estados puedan establecer niveles más exigentes como ocurre en nuestro caso (Parejo García, 2018, p. 180)²³.

Sin ánimo de hacer un análisis detallado de los regímenes forales, sigue en este punto a la directiva recogiendo la franquicia de 3 millones de euros el artículo 25 bis de la Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades de la provincia de Vizcaya.

Por lo que se refiere al concepto de beneficio operativo sobre el que se calcula el límite deducible, nuestra normativa parte de un concepto propio que es definido en el artículo 16 de la LIS como el resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en la normativa contable de desarrollo, del cual se eliminan las amortizaciones del inmovilizado, las subvenciones destinadas a la adquisición de inmovilizado no financiero y otras, así como los deterioros y los resultados positivos o negativos derivados de enajenaciones de inmovilizado. Por su parte, se adicionan los ingresos financieros derivados de participaciones cualificadas en instrumentos de patrimonio, es decir, cuando el porcentaje de participación directo o indirecto sea igual o superior al 5 %, o bien, el valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros. No se adicionarán dichos dividendos si las participaciones se adquirieron con deudas que generen gastos no deducibles conforme al artículo 15 h) de la LIS.

Es destacable que nuestra norma se separa de lo dispuesto en la Directiva antiabuso y es que la directiva parte de un concepto diferente al de beneficio operativo, en concreto se refiere al EBITDA, beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones. El EBITDA es una magnitud cercana a la capacidad de una empresa para generar recursos como si estuviera financiada en su totalidad con recursos propios y sin carga impositiva, por ello, permite conocer la capacidad de pago de intereses que tiene una empresa (García Nova, 2016, p. 105).

²³ Vid. el artículo 3 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016.

Como ejemplo de la disparidad existente entre la magnitud beneficio operativo y EBITDA²⁴, destaca que esta última no adiciona los dividendos de participaciones cualificadas, dando lugar a una magnitud superior en el caso del beneficio operativo y, por tanto, a un régimen interno más laxo que el previsto en la directiva. Como se sabe la norma europea nos vincula y aunque nuestra norma interna es anterior a la misma, en su redacción se siguieron los trabajos previos que existían en el seno de la OCDE y en la Unión Europea, por ello, ambas normativas coinciden en su mayoría²⁵. No obstante, la disparidad en el caso de los dividendos, determina un punto de choque y, en mi opinión, debería plantearse la posible adaptación de nuestra regla al concepto que recoge la directiva.

Pese a lo anterior, la reciente resolución de la Unión Europea determinando medidas de efecto equivalente al artículo 4 de la directiva entiende que nuestra norma es conforme con ella, hasta el 31 de diciembre de 2023²⁶. Por ello, el anteproyecto de Ley de medidas para la prevención y lucha contra el fraude fiscal no ha corregido nuestra normativa en este punto, aun siendo contraria a la directiva²⁷.

Una vez analizado el concepto de beneficio operativo, veamos qué se entiende por gasto financiero neto, ya que esta cantidad es la que se va a ver limitada por el 30 % del beneficio operativo.

Nuestra normativa no contiene una definición como tal²⁸, por lo que hay que complementarlo con lo que establece la Resolución de 16 de julio de 2012 de la DGT definiendo qué se entiende por gastos financieros y por intereses derivados de la cesión a terceros de capitales propios, y la diferencia entre ambas magnitudes nos permite calcular los gastos financieros netos correspondientes²⁹.

²⁴ Sobre las discrepancias entre la directiva y la norma española *vid.* García Novoa (2016, pp. 104-109).

²⁵ *Cfr.* el artículo 16 de la LIS; OECD (2015); y el artículo 4 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

²⁶ Comunicación de la Comisión. Medidas consideradas igualmente eficaces a efectos del artículo 4 de la Directiva de lucha contra la elusión fiscal (2018/C 441/01). Recuperado de <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC1207\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC1207(01)&from=ES)>.

²⁷ Anteproyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de Transposición de las Directivas (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del Mercado Interior, y 2017/1852 del Consejo, de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea, y de modificación de diversas normas tributarias. Recuperado de <<https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Tributarios/ANTEPROYECTO%20LEY%20ATAD.pdf>>.

²⁸ *Vid.* el artículo 16.1 de la LIS.

²⁹ *Vid.* el criterio primero de la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades. (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2012).

Son gastos financieros netos, según la resolución, los que derivan de deudas con entidades del grupo o terceras, en concreto los incluidos en la partida 13 del Modelo de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, como los intereses de obligaciones y bonos, intereses de deudas –implícitos o explícitos–, dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero, o los intereses por descuento de efectos y operaciones de *factoring*, considerando también el efecto de los costes de emisión o transacción de las operaciones³⁰.

Por el principio de calificación unitaria, además de las partidas anteriores, directamente vinculadas a las deudas, también se van a considerar a efectos de la limitación otras como son las diferencias de cambio, coberturas financieras o contratos de cuentas en participaciones³¹. Todas ellas aun contablemente desagregadas responden a un mismo concepto y, por ello, deben estar sometidas a la misma limitación (García Novoa, 2016, p. 101; Parejo García, 2018, p. 177).

Contempla nuestra norma, siendo en este punto más restrictiva que la directiva, que no se van a incluir, en el concepto de gastos financieros, los que no son deducibles de acuerdo con el artículo 15 de la LIS, letras g), h) y j).

Analizado el límite general y los conceptos que lo delimitan, hay que ver qué ocurre cuando los gastos financieros netos de un ejercicio exceden el límite de deducción o *carry forward*, así como cuando los mismos no alcanzan el 30 % del beneficio operativo del año respectivo o capacidad no utilizada.

La directiva recoge una serie de posibilidades, siendo las siguientes: traspasar a periodos posteriores sin limitación temporal los gastos financieros excedentarios; traspasar los costes no deducibles a periodos anteriores o posteriores con el máximo de tres años; o la opción que recoge la normativa española, que es que los costes de endeudamiento excedentarios se traspasen a periodos posteriores sin limitación temporal y la capacidad no utilizada en el periodo impositivo acumularla en los cinco años siguientes al límite general, a su vez siendo deducibles los gastos siempre dentro del límite general de cada año³².

La normativa foral navarra establece una medida más restrictiva que la establecida en territorio común, ya que determina la posibilidad de deducir los gastos financieros netos excedentarios con el límite temporal de los 15 ejercicios siguientes, dentro, a su vez, del límite del

³⁰ *Idem*. Sobre la cuestión en la doctrina véase García Novoa (2016, pp. 94 y ss.); Parejo García (2018, p. 177).

³¹ Criterio primero, b), c) y d) de la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades. (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2012).

³² *Vid.* el artículo 4.6 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. *Vid.* el artículo 16.2 de la LIS.

30 % del beneficio operativo de cada año³³. Por tanto, se recoge una limitación temporal a la deducibilidad que la directiva no contempla pudiendo dudarse de su compatibilidad con el derecho europeo y con el principio de capacidad económica. Sin embargo, ha sido declarada como medida de efecto equivalente y, por tanto, considerada como medida más restrictiva³⁴.

En relación con la capacidad no utilizada, se ha suscitado la duda de si esta se va a adicionar al 30 % de beneficio operativo de cada año, o si será adicionada sobre el mayor de dos límites, el millón de euros o el 30 % del beneficio operativo.

Para resolver esta cuestión la Agencia Tributaria emitió la Nota número 1/15 relativa a la limitación de deducibilidad de gastos financieros en la que se entiende que la capacidad no utilizada se adiciona al 30 % del beneficio operativo de cada año y solo si los gastos financieros netos exceden de dicha suma opera el millón de euros, teniendo este carácter supletorio³⁵.

La interpretación de que el límite es el mayor entre el 30 % o el millón de euros sería más favorable para el contribuyente, ya que le permite adelantar gastos financieros, sin embargo, si consideramos la interpretación de la Agencia Tributaria, esta implica diferir la deducción de dichos gastos. Sobre esto, autores como García Novoa (2016, p. 119) entienden que es una interpretación un poco forzada en la que la Agencia podría estar suplantando al legislador. Con todo, una interpretación u otra es indiferente, puesto que el contribuyente puede deducir dichos gastos sin límite temporal y en la medida en que la entidad no se extinga.

Otra consecuencia de la interpretación de la Agencia es que siempre que la suma del 30 % del beneficio operativo de dicho año y la capacidad no utilizada supere el millón de euros, se agotará dicha capacidad con anterioridad a que se considerara que es el millón al que se adiciona dicha capacidad, ya que se consume innecesariamente esa diferencia entre el límite y el millón. Lo vemos de forma más clara con un ejemplo.

Supongamos que una entidad en el año 0 tiene unos GFN de 500.000 y que el 30 % BO de ese año es 800.000. Por tanto, considerando que el límite es el 30 % BO y no el mayor de un millón o el 30 %, la capacidad no utilizada ese año y a arrastrar a años posteriores es de 300.000 y no de 500.000.

En segundo lugar y asumiendo que la capacidad no utilizada es de 300.000, está la duda de cuál es la base sobre la que se adiciona. Si en el año 1 el 30 % BO son 900.000 y los

³³ Artículo 24 de la Ley foral 26/2016, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

³⁴ Comunicación de la Comisión. Medidas consideradas igualmente eficaces a efectos del artículo 4 de la Directiva de lucha contra la elusión fiscal (2018/C 441/01). Recuperado de <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC1207\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC1207(01)&from=ES)>.

³⁵ Véase la página 6 de la Nota relativa a la limitación de gastos financieros prevista en el artículo 16 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre. Recuperado de <<https://www.fiscal-impuestos.com/files-fiscal/nota-1-15.pdf>>.

GFN 1.100.000, se puede entender que los 300.000 de exceso se suman a 900.000 dando un límite conjunto de 1.200.000, o por el contrario entender que se suman al millón, dando un límite de 1.300.000. En ambos casos, se podrían deducir los GFN en su totalidad, sin embargo, en el primer caso la capacidad que se arrastraría en los 4 años siguientes sería de 100.000 y en el segundo de 200.000. Como se observa, según la interpretación de la Agencia la capacidad no utilizada se consume antes.

Por último, vamos a hacer referencia a las exclusiones a la limitación general de deducibilidad de intereses contempladas en la directiva y en la normativa internas. En primer lugar, la directiva establece la posibilidad de no aplicar dicha limitación a las entidades aisladas o independientes, puesto que entiende que el riesgo de elusión fiscal es limitado y permitiendo, por tanto, la deducción íntegra de los intereses en estos casos (Parejo García, 2018, pp. 180-181)³⁶. Son entidades aisladas aquellas que no forman parte de un grupo consolidado y no tienen empresas asociadas o establecimientos permanentes. Nuestra normativa no contempla esta exclusión siendo en este punto más exigente que la directiva (Parejo García, 2018, p. 181).

En segundo lugar, la directiva permite que las limitaciones no se apliquen o que el límite sea mayor en relación con el EBITDA cuando la relación entre fondos propios y activos sea igual o mayor a la de todo el grupo³⁷. Nuestra normativa no contempla esta exclusión que sí se recoge en el régimen foral de la provincia de Álava, en el artículo 25 bis de la Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Con esta cláusula se pretende que como el endeudamiento del grupo frente a terceros es alto, existe pago de intereses a terceros mientras el endeudamiento del grupo sea superior que el de la entidad que lo integra y que se analiza y, por ello, se entiende que no existe riesgo de erosión de la base imponible. Sin embargo, si esta exclusión no se aplica a entidades independientes que no formen parte de grupos, se estaría discriminando a las entidades aisladas respecto a los grupos.

También la directiva establece la posibilidad de que los Estados miembros excluyan de la limitación a los gastos derivados de empréstitos para financiar proyectos de infraestructuras públicas a largo plazo con determinados requisitos (Parejo García, 2018, pp. 174-175).

Otro supuesto de exclusión contemplado en la directiva y en nuestra normativa en el apartado 6 del artículo 16 de la LIS es el relativo a entidades financieras y aseguradoras, ya formen o no parte de un grupo consolidado a efectos de la contabilidad financiera³⁸.

³⁶ Artículo 4.3 B) de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

³⁷ Artículo 4.5 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

³⁸ Artículo 4.7 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

Por último, la norma española excluye la aplicación en el periodo en que se extinga la entidad y no haya reorganización.

En relación con el régimen de exclusiones cabría señalar que nuestra normativa es similar a la norma italiana y más estricta que las normas similares del entorno europeo. Nuestra norma es más exigente que la mayoría de reglas de limitación de deducibilidad de gastos financieros de derecho comparado, puesto que no discrimina entre deuda «buena» y «mala» y porque no permite dirigir la aplicación de la regla a los escenarios más agresivos (Armes-to Macías, 2013, p. 96; Ferrer Vidal, 2017, p. 4). En este sentido, países como Alemania, Francia, Países Bajos e incluso Finlandia recogen cláusulas de escape a la limitación de forma que solo opere en operaciones vinculadas, grupos de sociedades o permitiendo su inaplicación cuando el endeudamiento a nivel individual sea inferior al del grupo, de forma que la finalidad sea atacar aquellas situaciones que pretenden erosionar la base imponible a través del traslado artificioso de gastos financieros entre los mismos (Fernández Antuña, 2013, pp. 1-33; Ferrer Vidal, 2017, p. 4).

3.2. El supuesto objetivo del límite adicional

Una vez analizado el límite general que recoge el artículo 16 de la LIS en su apartado 1 pasamos a estudiar el límite adicional del apartado 5 del mismo artículo. El supuesto contemplado en dicho apartado es el relativo a los gastos financieros destinados a la adquisición de participaciones en entidades e incluyendo las adquisiciones directas o indirectas, esto es, el caso general ya expuesto en el que la deuda concertada por la *holding* con la entidad financiera se destina a la adquisición de las acciones de la operativa como las adquisiciones «indirectas» en las que el dinero procedente del préstamo se destina por la *holding* a constituir otra *holding* 2, la cual a su vez, será la que compre las acciones de la operativa a los accionistas. Sanz Gadea (2016, pp. 74-75) entiende que es fácil la prueba de estas conexiones o nexos, ya que las *holding* o vehículos solo tienen en caja los fondos procedentes de su capital propio y del préstamo, por lo que es fácil distinguir el origen de los fondos. En este sentido, la forma de probar dicho nexo puede ser la declaración contractual, la pignoración de las acciones adquiridas o la coincidencia temporal.

Tal como establece el preámbulo de la LIS, apartado III.I d), el límite adicional afecta a los gastos financieros que tienen su origen en deudas destinadas la adquisición de participaciones en entidades cuando en los cuatro años siguientes a la adquisición la entidad adquirida o cualquier otra del grupo se integre en el mismo grupo de consolidación fiscal que la adquirente³⁹, o bien, sea objeto de una operación de reestructuración con la entidad que realizó la adquisición, refiriéndose de forma concreta a la fusión, pero abarcando otras posibles combinaciones de negocio. En sentido negativo, si la fusión es realizada tras el cuarto año, dicho límite adicional no rige.

³⁹ Vid. los artículos 16.5 y 67 b) de la LIS.

Si atendemos al sentido literal de la norma podría entenderse que la regla del artículo 16.5 se aplica tanto a la *holding* sin haberse fusionado, como a la *holding* cuando se fusiona con la *target* u otra entidad antes de los cuatro años (López-Santacruz Montes, 2018, pp. 135-136). Como la norma no es clara en este punto, en mi opinión, debemos entender que el límite del artículo 16.5 se aplica tanto a la *holding* sin fusionar como tras haberse fusionado, y ello porque en el caso de la situación previa a la fusión el aplicar a la *holding* el límite general o el adicional no resulta indiferente, ya que el límite general permite siempre la deducción del 1.000.000 de euros mientras que el límite adicional no recoge dicha posibilidad. Por ello, no aplicar el artículo 16.5 hasta que no se produzca la fusión conduce a situaciones injustas, generando un tratamiento fiscal dispar en casos de empresas con la misma realidad económica⁴⁰. Así, por ejemplo, si una *holding* no se fusiona durante los tres primeros años y no le aplicamos la regla del artículo 16.5 en cada uno de esos tres años, y le aplicamos la regla general del artículo 16 de la LIS, se podrá deducir, en su caso, gastos financieros hasta un millón de euros, permitiendo en el cuarto año, en caso de fusión en el mismo, puedan compensarse con el beneficio generado por la *target* bases imponibles negativas generadas con anterioridad en la entidad *holding* debido a la deducibilidad del millón de euros y saltarse de alguna manera la limitación del artículo 16.5 de la LIS. Siguiendo la hipótesis anterior, si la fusión tiene lugar en el año 1 se aplicaría el límite desde el primer momento no permitiendo deducir ningún gasto financiero por aplicación del artículo 16.5 y suponiendo un beneficio nulo de la *holding*, generando de esta forma un resultado diferente, para una operación con la misma realidad económica. Por ello, habría que concluir que el límite adicional se aplicaría tanto a entidades fusionadas como no fusionadas y todo ello siempre que la fusión se realice dentro de los cuatro primeros años desde la adquisición, como ya indicamos.

Además de la exclusión de la regla del artículo 16.5 para fusiones a partir del cuarto año, la exclusión principal de este límite adicional se refiere a los supuestos en los que la adquisición de las participaciones se realice con un máximo del 70 % de recursos ajenos, y un mínimo de un 30 % de recursos propios. Esta exclusión, por sus particularidades la veremos con detalle en el epígrafe 3.4.

En cuanto a la aplicación temporal del artículo 16.5 de la LIS, la directiva⁴¹ prevé la posibilidad de inaplicar la regla a la deuda contraída antes de 17 de junio de 2016, sin embargo, la norma española no ha previsto esta posibilidad, pero sí recoge en la disposición transitoria 18.ª 2.º de la LIS que el límite adicional no se aplique cuando las operaciones de reestructuración en el seno de la compra apalancada tengan lugar con carácter previo al 20 de junio de 2014. Por tanto, es la fecha de la fusión la determinante de la aplicación del límite adicional, siendo aplicable a las fusiones realizadas a partir de 20 de junio de 2014 y

⁴⁰ En sentido contrario, solo se aplica el límite adicional si efectivamente ha habido operación de reestructuración (Ferrer Vidal, 2017, p. 8).

⁴¹ Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

con independencia de que la adquisición con deuda se haya realizado antes de esa fecha, la finalidad es clara y es evitar la retroactividad de la norma. La explicación de ello es que antes de la fusión la aplicación a la *holding* del límite general y el adicional no tiene consecuencias distintas –salvo por lo relativo a la deducibilidad del millón de euros– conduciendo al mismo resultado y ello siempre que la entidad *holding* no tenga beneficio operativo, puesto que si el beneficio es cero, los gastos a deducir serán cero. Sin embargo, una vez realizada la fusión, la aplicación del artículo 16.5 y de la regla general que existía con anterioridad a 20 de junio de 2014, hace que se limiten en mayor medida los gastos deducibles, por lo que aplicar la norma con carácter retroactivo, esto es, a situaciones nacidas antes de la entrada en vigor de la norma, estaría perjudicando de forma clara al contribuyente.

En mi opinión, cabría la aplicación del límite adicional a fusiones realizadas con anterioridad a esa fecha, puesto que en puridad no estaría afectado a situaciones nacidas con anterioridad a la norma, ya que los gastos financieros devengados a partir de 1 de enero de 2015 se devengan con posterioridad a la entrada en vigor de la norma y además el impuesto que grava dichos periodos también se devenga con posterioridad, por lo que ningún hecho que configura el impuesto se produce con anterioridad a la norma⁴².

Otra exclusión de la aplicación de la regla del artículo 16.5 de la LIS se refiere a los préstamos con operación de reestructuración anterior a 20 de junio de 2014, que hubieran sido objeto de renovación, prórroga o refinanciación con posterioridad a esa fecha, puesto que el hecho relevante para la norma como es la operación de reestructuración es anterior a dicha fecha, estando estos gastos únicamente sujetos al límite general del artículo 16 de la LIS⁴³.

En cuanto a la posibilidad de aplicar tanto la regla del artículo 16.5 de la LIS como la del 15 h) de la LIS a un supuesto de deuda intragrupo destinada a la adquisición de participaciones, ya que dicho supuesto es de fácil encaje en las dos normas, la DGT entiende que por ser una regla especial es de aplicación preferente el artículo 15 h)⁴⁴.

Por último y sin ánimo de hacer un estudio de derecho comparado, cabría señalar que mientras la norma francesa sí recoge una cláusula de escape basada en la existencia de motivos económicos válidos (Ferrer Vidal, 2017, p. 4), en nuestra normativa no cabe la inaplicación de la regla del artículo 16.5 basándose en la ausencia de artificiosidad de la

⁴² La retroactividad propia o auténtica se refiere a situaciones de hecho nacidas y que han producido todos sus efectos jurídicos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma y está prohibida salvo que concurren situaciones de interés general; la retroactividad impropia se refiere a situaciones nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma pero que no han agotado todos sus efectos en dicha fecha, es decir, que continúan produciéndose, en este caso se encuentra permitida siempre que haya previsibilidad de la medida por parte del contribuyente tal como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2016, de 23 de junio (NCJ061443), en los fundamentos jurídicos 5.º y 6.º

⁴³ Consulta de la DGT V1664/2015, de 28 de mayo (NFC054986).

⁴⁴ *Ibid.*

operación. En este sentido, la DGT ha reconocido que dichas financiaciones son motivo económico válido⁴⁵.

3.3. El problemático cálculo del límite adicional

El límite adicional tiene dos especialidades respecto del general, la primera es que el 30 % deducible de gastos financieros se calcula sobre el beneficio operativo de la entidad adquirente sin incluir el beneficio de la entidad fusionada con ella, ya se fusione con la entidad adquirida o cualquier otra (Ferrer Vidal, 2017, pp. 4-5; López-Santacruz Montes, 2018, p. 136). El hecho de que la limitación se aplique a fusiones realizadas además de con la entidad adquirida con otras entidades terceras trata de evitar que se eluda la aplicación del límite adicional mediante fusiones cruzadas entre vehículos y operativas de adquisiciones distintas (López-Santacruz Montes, 2018, p. 135). La segunda diferencia entre el límite general y el especial radica en que no rige la deducibilidad mínima de 1.000.000 euros de gastos financieros que sí opera en la regla general.

Respecto de la primera especialidad, mientras que con la regla general la deducibilidad del 30 % operaría sobre el beneficio operativo combinado de la entidad adquirente y adquirida, *holding* y operativa, respectivamente, con la aplicación de la regla especial se penaliza de algún modo la operación de fusión girando dicho porcentaje únicamente sobre el beneficio operativo de la adquirente o *holding* (Ferrer Vidal, 2017, p. 5).

Por otro lado, es habitual que sea la entidad operativa la que desarrolle una actividad económica que le reporte importantes flujos de caja mientras que la *holding* suele arrojar un resultado muy reducido o, incluso, nulo, lo que supondría con la regla general que mediante la operación de fusión ambos beneficios operativos se combinan y permitiría deducir gastos financieros consecuencia del propio beneficio aportado por la adquirida. Sin embargo, el límite especial al acotar la deducibilidad al beneficio operativo de la adquirente o *holding*, permitirá deducir gastos financieros de importe reducido o en el caso de beneficio cero, nula deducibilidad (Ferrer Vidal, 2017, p. 14).

Por ello, la razón del nacimiento de dicha limitación especial es evitar que la entidad adquirida u operativa soporte el coste de su adquisición, práctica habitual en las empresas entre los años 2003-2008 (Ferrer Vidal, 2017, p. 6; Sanz Gadea, 2014, p. 58).

El siguiente punto a analizar es el orden en que se aplican ambos límites, siendo criterio de la DGT recogido en la Consulta 1664/2015, de 28 de mayo (NFC054986), que primero rige el límite adicional y, posteriormente, el límite general.

⁴⁵ Consulta de la DGT V5023/2016, 18 de noviembre (NFC063099).

Encontramos dos grupos de supuestos, el primero en que los gastos financieros derivados de la adquisición son inferiores al límite adicional del artículo 16.5 de la LIS, en este caso los gastos financieros de la adquisición y los gastos financieros derivados de deudas distintas a dicha adquisición se someten al límite general (López-Santacruz Montes, 2018, p. 136): 30 % del beneficio operativo de la entidad fusionada, o lo que es lo mismo, los beneficios combinados de la operativa y *holding*-adquirente. Si el conjunto de gastos es inferior al límite general, se deducen íntegramente. En caso contrario, es decir, que la suma exceda del límite, son deducibles hasta dicho límite y el exceso será deducible en los años siguientes sin mayores especialidades que someterse al límite general del artículo 16 de la LIS.

El segundo grupo se refiere al caso en que los gastos financieros derivados de la adquisición excedan el límite especial (López-Santacruz Montes, 2018, p. 137). En este caso, hasta dicho límite adicional se suman dichos gastos al resto de gastos que tuviera la entidad fusionada provenientes de deudas terceras y a ese conjunto de gastos se aplica el límite general. Respecto a los gastos de la adquisición que excedan del límite especial serán deducibles hasta dicho límite y el exceso se sumará a los gastos derivados de adquisiciones en los años siguientes y se someterá de forma conjunta al límite adicional del artículo 16.5. Respecto de los gastos de adquisiciones que sean deducibles conforme al límite adicional, se sumarán al resto de gastos derivados de otras deudas y se aplicará a dicho conjunto el límite general, pudiendo suceder que a) la suma de los gastos sea inferior al límite del general calculado sobre el beneficio operativo de la operativa y *holding*-adquirente, en cuyo caso serán deducibles en su totalidad o b) la suma de gastos sea superior a dicho límite general, siendo deducible hasta el límite y el exceso se deduce en los años siguientes sometido al límite general y ello con independencia de la procedencia de la deuda pues una vez superado en dicho ejercicio el límite adicional queda sometido al general.

La redacción del artículo 16.5 de la LIS deja algunos interrogantes sin resolver, siendo el más importante el relativo a cómo calcular cada año el beneficio operativo de la entidad *holding*-adquirente, siendo dificultoso, ya que tras la operación de fusión los resultados de operativa y *holding* se confunden y delimitar el beneficio de la adquirente cada uno de los años requeriría acudir a un criterio subjetivo y arbitrario (Ferrer Vidal, 2017, p. 6; López-Santacruz Montes, 2018, p. 136; Sanz Gadea, 2014, p. 59), no existiendo en el momento actual consultas de la DGT que ofrezcan luz en el asunto.

Si ambas entidades, adquirente y adquirida, no se hubieran fusionado, los resultados de la adquirente estarían integrados únicamente por los dividendos repartidos por la operativa, dependiendo, por tanto, el beneficio operativo de la *holding*-adquirente de las cantidades que los socios quieran destinar al pago de dichos dividendos y qué cantidad quieran destinar a reservas en la operativa⁴⁶.

⁴⁶ Siempre que la actividad ordinaria de la *holding* sea la tenencia de valores y su administración, los dividendos en cuanto procedentes de dicha actividad se consideran que forman parte del importe neto de la cifra de negocios. BOICAC n.º 79/Septiembre 2009, consulta n.º 2 (NFC035411).

Sin embargo, tras la fusión existe auténtica confusión patrimonial siendo imposible o muy difícil determinar qué cantidad destinaría la operativa al pago de dividendos. En este sentido el límite adicional está llamado a inaplicarse según entiende Sanz Gadea (2014, p. 58).

3.4. La exclusión del límite adicional para adquisiciones con un ratio 70-30 de deuda y capital

La exclusión más relevante del límite adicional viene dada por el ratio 70-30. Dicho de otra forma, si la adquisición de las participaciones es financiada con un máximo del 70 % de deuda y un mínimo del 30 % de recursos propios, el límite adicional no se aplicará. Además, no se aplicará dicho límite en los años siguientes siempre que la deuda se reduzca proporcionalmente y de forma lineal en cada uno de los 8 ejercicios siguientes hasta que la misma alcance el 30 % del precio de adquisición⁴⁷.

En sentido negativo, si la deuda excede del 70 % del coste de adquisición, dicho límite se aplicará en los periodos impositivos siguientes sin excepción, es decir, aun cuando se reduzca año a año conforme a lo dispuesto anteriormente (López-Santacruz Montes, 2018, p. 138)⁴⁸.

El momento en que hay que valorar el cumplimiento del ratio 70-30 es en el momento de la adquisición. Además, en lo que se refiere a qué entendemos por precio de adquisición o qué conceptos incluye este término, podríamos considerar que se refiere al coste de adquisición de acciones en sentido estricto o, por el contrario, tanto dicho coste como cualquier coste accesorio relacionado con dicha adquisición como el impuesto sobre actos jurídicos documentados, notaría, registro y cualesquiera otros vinculados a la compra. De esto se deduce que en el primer caso el coste será de importe inferior al segundo caso, lo que supondrá que la deuda represente un porcentaje mayor, lo que podría implicar tener que excluir de la deuda el importe de los gastos accesorios. Sin embargo, en mi opinión, el coste de adquisición incluye tanto el precio de compra de las participaciones como cualquier coste accesorio y vinculado directamente con la compra, lo que lleva a tener en cuenta toda la deuda, es decir, la deuda que financia la adquisición como toda la deuda asociada.

⁴⁷ Artículo 16.5, tercer párrafo, de la LIS:

El límite previsto en este apartado no resultará de aplicación en el periodo impositivo en que se adquieran las participaciones en el capital o fondos propios de entidades si la adquisición se financia con deuda, como máximo, en un 70 por ciento del precio de adquisición. Asimismo, este límite no se aplicará en los periodos impositivos siguientes siempre que el importe de esa deuda se minore, desde el momento de la adquisición, al menos en la parte proporcional que corresponda a cada uno de los 8 años siguientes, hasta que la deuda alcance el 30 por ciento del precio de adquisición.

⁴⁸ Consultas de la DGT V1664/2015, 28 de mayo (NFC054986), y V3931/2015, de 9 de diciembre (NFC057445).

En caso de existencia de varios tramos de deuda, se incluyen a efectos del cálculo del 70 % y de la reducción todas las deudas destinadas a la financiación de la adquisición, sean bonos, créditos sindicados, deuda sénior, etc., y se excluyen las cantidades destinadas a financiar el circulante de la empresa adquirida o para implantar un nuevo plan de negocio, como son los tramos *mezzanine*⁴⁹.

Siguiendo con los requisitos necesarios para escapar del límite adicional, una vez que la deuda no excede el 70 % del coste de adquisición, hay que verificar que en los 8 años siguientes se reduzca la parte proporcional de la deuda hasta que alcance el 30 % de dicho coste (Ferrer Vidal, 2017, p. 6). Esto es, partiendo de que la deuda sea exactamente el 70 %, la cantidad a reducir cada año sería un octavo del 40 %, dicho de otra forma una reducción del 5 %. Si la deuda es inferior al 70 %, se reducirá proporcionalmente en 8 años la diferencia entre la deuda y el 30 % del coste de adquisición.

Lo anterior nos plantea una duda y es si un año se incumple la obligatoria reducción de deuda y no se amortiza cantidad alguna o en importe inferior al requerido, si esto determinaría que se vuelva a aplicar el límite adicional. El alto centro directivo interpreta que si en un año no se reduce el porcentaje correspondiente y con independencia de que dicho vencimiento sea a mitad de ejercicio o coincida con este, los gastos financieros devengados con posterioridad a dicho incumplimiento van a quedar sometidos de nuevo al límite adicional⁵⁰.

Por otro lado, si en un año se amortiza lo correspondiente a ese año y al siguiente o siguientes, se libera de la obligatoria reducción en los años sucesivos hasta que el importe de la deuda se iguale a la cantidad que debiera arrojar en la fecha correspondiente siguiendo el plan de reducción de los 8 años, y hasta entonces se podrá escapar del límite adicional. Así, por ejemplo, si no se amortiza nada en el año 1 los gastos financieros devengados en el año 2 se verán sometidos al límite adicional. Si en el año 2 se amortiza lo correspondiente al año 1 y al año 2, los gastos financieros devengados en el ejercicio 3 no se verán sometidos a dicho límite adicional.

Como hemos podido analizar, la redacción del artículo 16.5 de la LIS es poco clara y nos plantea algunas dudas, tampoco resueltas de forma explícita vía consultas. En primer lugar, en qué momento temporal se verifica cada incumplimiento, si es año a año o se puede comprobar en momentos diferentes. En este sentido, la DGT entiende que la comprobación de la cantidad amortizada se haría año a año y afecta a los devengos posteriores, y en caso de incumplir se aplica el límite adicional «hasta que se vuelva a cumplir»⁵¹.

⁴⁹ Consulta de la DGT V1664/2015, de 28 de mayo (NFC054986).

⁵⁰ Consultas de la DGT V1664/2015, de 28 de mayo (NFC054986), y V3931/2015, de 9 de diciembre (NFC057445).

⁵¹ Véase nota 49.

De lo anterior, cabe dos interpretaciones, una que entiendo que es la más lógica y coherente con el sentido de la norma y sería que la verificación de la amortización anual se hará en fechas fijas, es decir, año a año, llegado cada vencimiento se comprueba si se ha reducido la deuda en la cantidad correspondiente y si no es así, los gastos financieros devengados con posterioridad a este incumplimiento se verán afectados por la limitación adicional. La otra interpretación, más laxa, permitiría comprobar en momentos diferentes a cada vencimiento si se ha vuelto a restaurar el calendario de amortizaciones, lo que implicaría un coste administrativo al tener que hacer un seguimiento más exhaustivo a cada contribuyente. Por tanto, entiendo que cada incumplimiento va a contaminar los pagos que se realicen con posterioridad a dicho incumplimiento con independencia de que entre ese vencimiento y el siguiente el contribuyente realizara pagos que le situaran en línea con la norma.

La segunda duda planteada es qué ocurriría si el vencimiento de cada amortización no coincide con el periodo impositivo, sino que, por ejemplo, la amortización tiene lugar a mitad de año y se produce un incumplimiento. La cuestión sería qué magnitud de beneficio operativo habría que utilizar para calcular el límite. En mi opinión, producido el incumplimiento se distinguen los gastos financieros devengados antes del incumplimiento en dicho periodo, que se verán sometidos al límite general calculado sobre la parte proporcional del beneficio operativo del ejercicio de la fusionada y, por otro lado, los gastos devengados en dicho periodo con posterioridad al incumplimiento que se verán sometidos al límite adicional, es decir, límite calculado sobre la parte proporcional del beneficio operativo del ejercicio de la entidad adquirente.

4. Consideraciones finales

Tras realizar el estudio de las diferentes cuestiones abordadas, podemos sacar una serie de conclusiones.

En primer lugar, la norma relativa a la limitación a la deducibilidad de gastos financieros actual, recogida en el artículo 16 de la LIS de nuestra normativa y con redacción similar en muchos de los países de nuestro entorno, se considera una norma que supera algunos de los problemas que generaba la norma de subcapitalización. En primer lugar, permite aplicarse a todo tipo de entidades ya se encuentren vinculadas o no, siendo por ello una norma general. De esa forma, limita los problemas de la falta de neutralidad de la deducibilidad de gastos financieros y evita la erosión de la base imponible. Para comprobar si la medida tuvo efectos en la economía española analizando diferentes estadísticas, se observa que las relaciones entre deuda y capital, y entre deuda e ingresos parecen mostrar una caída significativa de la deuda en la financiación de las empresas a partir de 2012. Sin embargo, las causas pueden atribuirse también a las múltiples reformas estructurales acontecidas en esos años y, particularmente, a la disposición adicional cuarta de la Ley concursal introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que permitió la homologación de acuerdos de refinanciación de forma que se

potenció sensiblemente la conversión de deuda en capital al protegerse tales acuerdos de posteriores impugnaciones. Con todo, a falta de un análisis económico que excede de este trabajo, es muy posible que la introducción de la regla haya contribuido a reducir el apalancamiento de las empresas españolas corrigiendo así la falta de neutralidad del sistema fiscal en este aspecto. Sin embargo, esta regla al permitir una deducibilidad significativa no elimina por completo el problema de la falta de neutralidad de los tratamientos de capitales propios y ajenos; y puede resultar perjudicial para empresas medianas atravesando dificultades económicas cuyos gastos financieros superen holgadamente el millón de euros de deducibilidad mínima, pero cuyo beneficio operativo sea muy reducido, nulo o incluso negativo.

En segundo lugar, la regla es positiva porque no es discriminatoria entre entidades residentes y no residentes, adaptándose a los mandatos de la jurisprudencia europea, que criticaba el hecho de que las normas anteriores vulneraban la libertad europea de igualdad de trato entre residentes y no residentes, por lo que la regla actual al aplicarse a entidades con independencia de su residencia es no discriminatoria.

En tercer lugar, la regla del artículo 16 de la LIS, no así la del artículo 15 h), se configura como una regla de imputación temporal, que permite recuperar en el futuro las cantidades que no hubieran sido deducidas por insuficiencia de beneficio operativo, por tanto, combate el problema de la doble imposición causado por la anterior normativa.

Asimismo, cabría plantearse que, aunque la norma ha sido declarada de efecto equivalente a la normativa europea hasta 2023, podría ser bueno hacer algunas adaptaciones que la alineen con la Directiva antielusión y los países de nuestro entorno. Para ello, en primer lugar, deberíamos eliminar la adición de dividendos exentos. Además, podría plantearse introducir la exclusión que permite la directiva para entidades individuales. De igual forma, como permite la directiva, permitir en el ámbito de los grupos escapar a la limitación o incrementar el porcentaje de límite de la regla si su endeudamiento es similar al del grupo. Si la razón última es evitar la erosión de la base imponible nacional y en el ámbito de una entidad individual este problema no se produce, o en el caso de grupos la deuda es con entidades terceras en global, carece de sentido la aplicación del límite. De introducirse estas exclusiones deberían hacerse ambas de forma simultánea pues de lo contrario los grupos tendrían un mejor tratamiento fiscal en la deducibilidad de gastos financieros que las entidades individuales, lo que carecería de todo sentido, particularmente si el objetivo de estas normas es evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios.

Sin embargo, si la razón de estas reglas es también evitar la falta de neutralidad, la introducción de estas exclusiones perjudicaría ese objetivo. Con todo, es posible que el problema de la falta de neutralidad podría corregirse con una deducción nocional por el capital cuya explicación ya abordamos.

En relación con el supuesto regulado en el artículo 15 h) de deuda intragrupo, deberían sistematizarse las causas que dan origen a los motivos económicos válidos, dada la indefinición actual del concepto que provoca importantes lagunas.

Por último, siguiendo con adquisiciones apalancadas, pero en este caso con deuda ajena al grupo, en lo que se refiere al artículo 16.5 de límite adicional a las compras apalancadas por fondos de capital riesgo, esta debería ser reformada en profundidad para dotarla de seguridad jurídica y efectividad. Ahora mismo, como he señalado, no resultan claros numerosos aspectos como el cómputo de la deuda, el cálculo de la reducción de la deuda en la exclusión, la deuda afectada por la exclusión en cada periodo, si el límite del millón se aplica bajo la regla del artículo 16.5, o si la regla se aplica a la entidad que adquiere participaciones, pero no se fusiona. Todos estos aspectos deberían aclararse por vía legal o reglamentaria, pues aunque algunos de ellos se han resuelto por consultas de la DGT, esto genera una gran inseguridad jurídica que no es aceptable para este tipo de inversiones.

Pero el aspecto más controvertido es que resulta imposible determinar el beneficio operativo que correspondería a la *holding* una vez que esta ha sido fusionada, por lo que es absolutamente imposible calcular el límite. De esa forma, determinar un límite cero llevaría a considerar la norma inconstitucional por violar el principio de capacidad económica, mientras que cualquier otra cantidad sería absolutamente arbitraria. Si bien podría imputarse como beneficio operativo de la *holding* todo el rendimiento después de impuestos de la fusionada, tampoco parece que sea una respuesta adecuada. En consecuencia, parece difícil la aplicación de dicha norma y, en mi opinión, debería reformarse para que pueda ser efectiva. Para ello, podría determinarse que la deducción fuera directamente nula, podría decirse claramente que el 30 % se aplique sobre el resultado de la fusionada después de impuestos o, la que resulta más acertada en mi opinión, que dicho límite se aplicara a un porcentaje fijo sobre el resultado después de impuestos.

Referencias bibliográficas

- Albi, E. (2017). Criterios para una reforma del Impuesto sobre Sociedades (IS). *Fedea Policy Papers - 2017/12*.
- Armesto Macías, D. (2013). Limitaciones a la deducción de los gastos financieros comparación de la normativa aplicable en España y en otros países europeos. *Quincena Fiscal*, 1-2, 91-97.
- Calvo Vérguez, J. (2014). La deducibilidad de los gastos financieros en los grupos de sociedades. *Zergak, Gaceta Tributaria del País Vasco*, 47(1), 185-208.
- Calvo Vérguez, J. (2015). El reconocimiento de la existencia de fraude de ley en aquellas operaciones destinadas únicamente a la deducibilidad de los gastos financieros de los grupos de empresas en el IS: la unanimidad de criterio de la doctrina administrativa y jurisprudencial. *Quincena Fiscal*, 15-16, 103-152.
- Cuesta Domínguez, J. (2012). La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades recogida en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30

- de marzo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 49-55.
- Fernández Antuña, A. (2013). Fiscalidad internacional de los gastos financieros: normativa interna y derecho comparado. *Documentos de Trabajo IEF*, 19, 1-33.
- Fernández Fernández, M. C. (1999). La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones como obstáculo a ciertas compras apalancadas de empresas, o *leveraged buy-outs*. *Revista de Derecho Mercantil*, 232, 577-644.
- Ferrer Vidal, D. (2017). Los gastos financieros derivados de préstamos para la adquisición de participaciones y su posterior fusión. Análisis del límite adicional del artículo 16.5 de la LIS. *Quincena Fiscal*, 12, 1-22.
- Fuster Tozer, R. y Durán Haeussler, C. (2016). Acción 4. Limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros. *Fundación de Impuestos y Competitividad*.
- García Novoa, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto de Sociedades*. Madrid: Marcial Pons.
- Granado Fernández de la Pradilla, I. (2016). La limitación en la deducibilidad de los gastos financieros en el impuesto sobre sociedades: La experiencia española. *Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF*, 40, 94-128.
- Hernández González-Barreda, P. A. (2017). El ámbito material y formal del Plan BEPS: viejos conocidos, nuevos amigos y la necesidad de un nuevo enfoque. *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios: G20, OCDE y Unión Europea*. Cizur Menor: Aranzadi.
- López-Santacruz Montes, J. A. (2018). *Memento Práctico Impuesto sobre Sociedades 2018*. Madrid: Francis Lefebvre.
- Manzano, M. C. (2007). La evolución de las Operaciones de *Leveraged buyout* y su financiación: posibles implicaciones para la estabilidad financiera. *Estabilidad Financiera*, 13, 35-52.
- OECD. (2013a). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing.
- OECD. (2013b). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2015). *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4-2015 Final Report*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2017). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2017*. OECD Publishing, Paris.
- Parejo García, B. (2018). La regla de delimitación de deducibilidad de intereses. *La armonización de las normas contra la elusión fiscal en imposición directa en la Unión Europea* (pp. 171-186). Cizur Menor: Aranzadi.
- Rojí Chandro, L. y Rodríguez Ondarza, J. A. (2012). El IS y la limitación a la deducibilidad de gastos financieros del RDL 12/2012. *Partida Doble*, 23(243), 13-21.
- Sánchez-Calero, J. y Fernández Torres, I. (2011). Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME). *Documento de Trabajo UCM*, 38, 1-49.
- Sanz Gadea, E. (2014). Anteproyecto y Proyecto de Ley del Impuesto Sobre Sociedades. Nota sobre los gastos financieros. *Crónica Tributaria*, 3, 49-61.
- Sanz Gadea, E. (2016). *Módulo VI. Medidas antielusión fiscal en el ámbito internacional*. Recuperado de <<http://www.aedf-ifa.org/FicherosVisiblesWeb/Doctrinas/Archi-voDoctrina103.pdf>>.