

# RESTRICCIÓN Y LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

**EDUARDO SANZ GADEA**

*Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas*

## **Extracto:**

**EL** presente trabajo comenta las normas introducidas en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) por el Real Decreto-Ley 12/2012 concernientes a la restricción y limitación a la deducción de intereses.

Se trata de normas reactivas, en el sentido de que responden, el nuevo artículo 14.1 h) a ciertas operaciones que en la última década la Administración tributaria ha venido tildando de irregulares, y la nueva redacción del artículo 20 a la ineficacia de la redacción precedente.

Con toda seguridad, esta es la reforma más importante del Impuesto sobre Sociedades salido de la reforma de 1995 y plasmado en la Ley 43/1995, al punto que es muy posible que, de aquí en adelante, en particular por lo que se refiere a los efectos de la nueva redacción del artículo 20, sea discutible que ese impuesto se circunscriba a la tradicional función de gravar las rentas imputables al capital aportado.

Antes que un análisis detenido de las nuevas normas, lo que se ha pretendido es explicar su significación en el contexto del sistema fiscal en el que se insertan, reflexionar respecto de su incidencia en el ámbito de las relaciones fiscales internacionales, esbozar sus posibles efectos sobre la conducta de las entidades afectadas, y, en fin, calibrar su cercanía a las normas de los países de nuestro entorno.

Esa explicación ha permitido espigar los aspectos positivos y negativos de las nuevas normas, y formular una sugerencia para su perfeccionamiento, basada en los principios de proporcionalidad y libre competencia.

**Palabras clave:** Impuesto sobre Sociedades, gastos financieros y deducción de intereses.

# RESTRICTIONS AND LIMITATIONS ON THE DEDUCTIBILITY OF INTEREST IN THE CORPORATE INCOME TAX

**EDUARDO SANZ GADEA**

*Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas*

## **Abstract:**

**T**HIS paper analyzes the standards introduced in the updated Corporate Income Tax by Royal Decree 12/2012 in relation to the restrictions and limitations on the deductibility of interest.

The amendments can be labeled as reactive since they respond, in the case of the new article 14.1 h), to certain operations that had been deemed unlawful by the Tax Administration and, in the case of the new wording of the Article 20, to the ineffectiveness of the prior text.

This is certainly the most important amendment to the Corporate Income Tax that resulted from the 1995 Reform (Law 43/1995). Following this amendment, especially in what concerns Article 20, it may be debatable whether the new CIT is limited to its traditional function of taxing the income accruing to the company's capital.

Rather than an exhaustive analysis of the new rules, the article is concerned with the analysis of their significance within the tax system, their impact on our international fiscal relations, and outlines their potential effects on the behavior of the taxpayers concerned while assessing their proximity to the standards of our neighboring countries.

This explanation gives way to the reflection on the positive and negative aspects of the new standards and to suggestions for their further development drawing on the principles of proportionality and free competition.

**Keywords:** Corporate Income Tax, financial expenses and deductibility of interest.

# Sumario

1. Introducción.
2. Intereses no deducibles correspondientes a operaciones financieras internas.
3. Limitación general a la deducción de intereses.
4. Aspectos internacionales.
5. La capitalización empresarial.
6. Los sistemas *Allowance Corporate Equity* (ACE) y *Comprehensive Business Income Tax* (CBIT) y la limitación a la deducción de intereses.
7. Aspectos positivos y negativos de las nuevas normas.
8. Comparación con los países de nuestro entorno.
9. Perfeccionar las nuevas normas.
10. Conclusiones.

**NOTA:** Silvia LÓPEZ RIBAS ha tenido la amabilidad de leer el texto, y ha formulado valiosas sugerencias y aportaciones. Los errores son de la exclusiva responsabilidad del autor.

«... en lo relativo a las empresas encontramos, en la legislación fiscal de numerosos países, disposiciones que persiguen la restricción de la libre disponibilidad económica de aquellas y de las que cabe preguntarse si, en la forma que actualmente presentan o en su intensidad, son indispensables para conseguir los objetivos de política económica...»

NEUMARK, F. *Principios de la Imposición*, pág. 315.

## 1. INTRODUCCIÓN

En la última década, los países de nuestro entorno han modificado sustancialmente la normativa concerniente a la subcapitalización. A este movimiento se ha sumado el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, mediante la introducción de una nueva letra h) al artículo 14.1 del TRLIS y la nueva redacción del artículo 20 del TRLIS. Además, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, ha modificado parcialmente la nueva redacción del artículo 20 y la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, ha establecido un conjunto de criterios interpretativos.

Como se verá a lo largo de la presente colaboración, la nueva normativa implica un giro radical respecto de la precedente.

Tanto el nuevo artículo 14.1 h) como la nueva redacción del artículo 20 tienen efectos *para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2012*, y lo propio acontece con la posterior modificación parcial del artículo 20. Hay, por tanto, una retroactividad débil, en la medida en que las nuevas normas entraron en vigor después de iniciado el primer periodo impositivo al que afectan pero antes de su conclusión. Se trata, según doctrina del Tribunal Constitucional, de una retroactividad que no colisiona con el principio de seguridad jurídica.

La aplicación en el tiempo de los nuevos preceptos, y sus modificaciones, parece clara. Cuestión distinta es que pueda debatirse respecto de la oportunidad de haber concedido un tiempo de gracia para adaptar las estructuras financieras a las pautas de las nuevas normas. Probablemente el entorno de crisis de la recaudación fiscal no lo ha aconsejado.

El artículo 14.1 h) tipifica dos operaciones internas sobre instrumentos financieros financiadas internamente, y prohíbe que los intereses correspondientes sean deducibles, excepto si el obligado tributario prueba que las realizó por motivos económicos válidos.

El artículo 20 establece un límite objetivo respecto del montante total de los gastos financieros netos, calculado sobre el beneficio operativo. Ninguna prueba en contrario se admite. Por tanto, las empresas con escaso resultado operativo e importante endeudamiento deberán tributar por el Impuesto sobre Sociedades, aun cuando no hayan obtenido beneficios para repartir a sus socios. No obstante, los intereses rechazados podrán ser deducidos en ejercicios futuros, de manera tal que las empresas

que remonten la situación de carencia de beneficios podrán retornar a una tributación fundamentada en el beneficio. No así las que no logren hacerlo.

Sabido es que existe un conflicto larvado entre los objetivos de atraer inversión exterior y apoyar la expansión internacional de las empresas y el objetivo de asegurar una recaudación inmediata adecuada por el Impuesto sobre Sociedades<sup>1</sup>. A lo largo de los tres últimos lustros la política fiscal española claramente se decantó por los primeros, sin que el segundo sufriera aparente merma, sin duda porque hasta la crisis comenzada en 2008 los beneficios de las empresas fueron excelentes. Las estadísticas de recaudación son aleccionadoras ya que muestran que el Impuesto sobre Sociedades rindió notables recaudaciones y, lo que es más relevante, a muy altos ritmos de crecimiento<sup>2</sup>, pero también que ha sido el que más ha padecido los efectos de la crisis.

Recientemente, la política fiscal ha dado un brusco viraje a favor del objetivo de recaudación inmediata. La restricción y limitación a la deducción de intereses forma parte de la misma, pero tiene un objetivo adicional, a saber, poner orden en una parcela abonada a las operaciones financieras complejas potencialmente irregulares.

## 2. INTERESES NO DEDUCIBLES CORRESPONDIENTES A OPERACIONES FINANCIERAS INTERNAS

En virtud del artículo 14.1 h) se consideran fiscalmente no deducibles *los gastos financieros devengados en el periodo impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios*

<sup>1</sup> ISAAC, J.: «A Comment on the Viability of the Allowance for Corporate Equity», *Fiscal Studies* (1997).

<sup>2</sup>

Año	IRPF	I. Soc	IVA	I.I.EE.
1995	31.418	7.605	20.337	11.489
1996	31.674	8.827	21.784	12.344
1997	33.367	12.374	24.149	12.446
1998	34.087	13.997	26.242	14.372
1999	35.460	14.636	30.735	15.425
2000	36.766	17.207	33.389	16.056
2001	41.371	17.215	34.673	16.576
2002	44.344	21.437	36.913	16.150
2003	46.451	21.920	40.579	16.853
2004	47.722	26.202	44.507	17.514
2005	54.723	32.495	49.870	18.022
2006	62.813	37.208	54.652	18.602
2007	72.614	44.823	55.851	19.786
2008	71.341	27.301	48.021	19.570
2009	63.857	20.186	33.657	19.349

FUENTE: Agencia Tributaria.

*establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de las operaciones.*

## 2.1. Antecedentes de la nueva norma

Pronto se advierte que, en gran parte, la norma ha tipificado como presuntamente fraudulenta la misma operación que la inspección tributaria ha venido combatiendo en los últimos años, y con el mismo efecto práctico, a saber, la no deducción de los intereses, mediante normas antiabuso de carácter general. En síntesis, esta operación ha consistido en la adquisición a crédito por parte de una entidad residente en territorio español de participaciones sobre sociedades del grupo mercantil al que pertenece, sin concurrir una motivación económica, provocando así una disminución importante de la base imponible por el Impuesto sobre Sociedades.

*En la exposición de motivos el Gobierno explica que se establece el carácter no deducible para aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil, y destinados a la realización de determinadas operaciones entre entidades que pertenecen al mismo grupo, respecto de los cuales se venía reaccionando por parte de la Administración Tributaria cuando no se apreciaba la concurrencia de motivos económicos válidos...*

No es la primera vez que el legislador o el Gobierno salen al paso de operaciones irregulares efectuando la pertinente reforma normativa, pero sí, salvo error u omisión, que respalda explícitamente las regularizaciones practicadas por la inspección tributaria, actualmente en vía de revisión contencioso-administrativa, lo que plantea la cuestión de su posible influencia sobre las mismas.

Así, habrá quienes entiendan que la nueva norma viene a colmar una laguna, y, por tanto, se sientan inclinados a pronosticar un resultado adverso ante los tribunales para la Administración tributaria, y quienes, por el contrario, estimen que el pronunciamiento del Gobierno deja bien claro el carácter fraudulento de las operaciones, de manera tal que los tribunales, en cierto modo, verían orientada su decisión. La independencia del poder judicial permite pronosticar que tanto la nueva normativa como las declaraciones gubernamentales ejercerán escasa influencia en los tribunales de justicia.

Y, en efecto, hasta el momento así ha sido, pues la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2012 (NFJ048120) confirma la no deducción de unos intereses pagados a una sociedad vinculada no residente por causa de un endeudamiento aplicado al desembolso de una ampliación de capital de otra sociedad no residente íntegramente participada por la prestamista, supuesto de hecho y efecto que están hoy en día comprendidos en el ámbito del nuevo artículo 14.1 h), sin que en la sentencia se haga la más leve alusión al mismo. La sentencia, relativa a hechos producidos antes de la entrada en vigor de la Ley 43/1995, razona en términos de la necesidad del gasto financiero respecto de las actividades realizadas por la entidad concernida, llegando a la conclusión de que no existe tal necesidad, en el sentido del artículo 13 de la Ley 61/1978.

## 2.2. Aplicación temporal

Como se ha indicado, el artículo 14.1 h) se aplica respecto de los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2012. Las operaciones tipificadas que determinan el mandato de no deducción de intereses, han podido realizarse antes de dicha fecha, lo que sugiere dos posibles criterios en relación con la aplicación en el tiempo de la nueva norma. La más limitada entendería aplicable la no deducción de intereses respecto de operaciones realizadas a partir de 1 de enero de 2012, y la más amplia la entendería respecto de los intereses devengados a partir de dicha fecha, aun cuando las operaciones tipificadas hubieran sido concertadas antes de la misma. La segunda es la que mejor concuerda con el objeto del hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades, esto es, la obtención de renta, la cual deriva del flujo de ingresos y gastos habido en cada periodo impositivo, aun cuando los hechos que desencadenan esos flujos se hayan realizado en un periodo impositivo anterior.

## 2.3. Engarce con las actuaciones administrativas precedentes

Todavía no se conoce, exceptuando la sentencia antes citada, el criterio de la Audiencia Nacional, ni por ende el del Tribunal Supremo, en relación con las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) por las que se desestiman las reclamaciones planteadas por los obligados tributarios en relación con las regularizaciones administrativas a las que se refiere la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012.

Si los tribunales de justicia confirman el criterio administrativo, se producirá un efecto de continuidad material, a lo largo de los distintos periodos impositivos anteriores y posteriores a 1 de enero de 2012.

El escenario que el artículo 14.1 h) esboza, en unión con la exposición de motivos, es el de continuidad. Por tanto, podría afirmarse que esa norma ha venido a definir un cauce jurídico distinto, pero no contradictorio, para rechazar la deducción de los intereses asociados a ciertas operaciones. Antes, la Administración tributaria debía probar que las operaciones tipificadas se realizaban en fraude a la ley tributaria, o que eran determinantes de un conflicto en aplicación de la norma tributaria. Ahora, la Administración tributaria, una vez constatada la existencia de los negocios jurídicos tipificados en el artículo 14.1 h), deberá rechazar la deducción de los intereses afectados, excepto si el obligado tributario prueba la concurrencia de motivos económicos válidos.

Por el contrario, si las sentencias son adversas a la posición administrativa, el escenario de continuidad no habría cristalizado. Ninguna trascendencia ha de darse a esta eventualidad respecto de la aplicación del artículo 14.1 h), ni tampoco por ello quedaría desmerecida la exposición de motivos, ya que, en rigor, se limita a describir una realidad sin calificarla.

Ahora bien, la continuidad se da en el plano de lo cuantitativo, pero no en el de los valores jurídicos. Antes, ante unas operaciones abstractamente legítimas, la Administración tributaria corría con la carga de la prueba de haber sido realizadas para consumir un fraude. Ahora, esas operaciones son consideradas fraudulentas, excepto si el obligado tributario prueba que no lo son, por responder a

motivos económicos válidos. Mismo resultado, ciertamente, pero alcanzado por caminos dispares que responden a visiones distintas de la posición del obligado tributario en el seno de la relación tributaria.

## 2.4. Descripción de las operaciones tipificadas

El nuevo artículo 14.1 h) tipifica dos operaciones, integradas por una transmisión y una financiación asociada a la misma:

- Transmisión de participaciones representativas de la participación en el capital o en los fondos propios de cualquier tipo de entidades, realizada entre entidades integradas en el mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, cuando las adquisiciones se financien con deudas contraídas con entidades del mismo grupo mercantil.
- Aportaciones realizadas a entidades del mismo grupo mercantil, cuando se financien con deudas contraídas con entidades del mismo grupo mercantil.

La adquisición, la aportación y el endeudamiento han de concertarse entre entidades del mismo grupo mercantil, pero los instrumentos de patrimonio transmitidos no necesariamente han de ser representativos de los fondos propios de entidades del grupo mercantil. También es irrelevante el régimen fiscal de los dividendos que rindan esos instrumentos.

La entidad adquirente y que a tal efecto se endeuda ha de ser residente en territorio español, ya que de ella se predica la no deducción de los intereses, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de los establecimientos permanentes, pero tanto la entidad transmitente como la entidad prestamista pueden ser residentes en territorio español o extranjero. Por tanto, no están tipificadas, entre otras:

- Las aportaciones realizadas a entidades que no forman parte del grupo mercantil. La norma no especifica si la pertenencia al grupo ha de determinarse antes o después de la operación de aportación, pero la segunda alternativa parece la más apropiada.
- Las adquisiciones realizadas a terceros, entre ellos los socios de la entidad dominante, ya que los mismos no forman parte del grupo mercantil.
- Las operaciones financiadas con préstamos de terceros, por ejemplo, préstamos bancarios o préstamos otorgados por los socios de la entidad dominante.
- Las operaciones en las que, bien las partes de la transmisión o de la aportación, bien las partes del préstamo, no pertenezcan al mismo grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio aun cuando lo hagan al denominado grupo horizontal, esto es, aquel que se forma cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias (norma 13.<sup>a</sup> de elaboración de las cuentas anuales del PGC).

La comparación de las operaciones tipificadas y no tipificadas con las que se han venido regularizando por la inspección tributaria arroja una amplia coincidencia, si bien pueden señalarse dos excepciones:

- El artículo 14.1 h) constriñe la no deducción a los intereses de préstamos internos, en tanto que en las operaciones regularizadas por la inspección tributaria también se tomaron en consideración los préstamos de terceros, aun cuando la mayor parte de los intereses rechazados derivaban de préstamos internos.
- El artículo 14.1 h) se aplica a las entidades residentes en territorio español pertenecientes tanto a los grupos mercantiles internacionales como a los puramente internos, y cualquiera que sea la residencia de la entidad prestamista, en tanto que las regularizaciones se han venido proyectando, básicamente, aunque no de manera deliberadamente excluyente de otras posibilidades, sobre entidades pertenecientes a grupos multinacionales que pagaban intereses a entidades no residentes en territorio español. Podría parecer extraño que se rechace la deducción de intereses que tributan en sede de otra entidad residente en territorio español, incluso perteneciente al mismo grupo fiscal, pero se recordará que los Estados miembros de la Unión Europea, a raíz de *Lankhorst*, han venido extendiendo las normas antiabuso típicamente diseñadas para combatir la fuga artificial de bases imponibles al extranjero a las situaciones puramente internas, por más que estas últimas difícilmente puedan determinar fraude o evasión, con la pretensión de blindar dichas normas frente a la acción del Tribunal de Justicia, por más que ello haya suscitado el reproche de la Comisión<sup>3</sup>.

## 2.5. Determinación de los gastos financieros afectados

Los gastos financieros afectados son los derivados de deudas internas *destinadas* a la adquisición de participaciones o al desembolso de la aportación. Por tanto, los intereses afectados son los correspondientes a unas deudas calificadas por su destino. ¿Cuál es el destino de una deuda? ¿Cómo se identifica ese destino?

Desde la perspectiva de la representación contable, todo el pasivo financia indistintamente todo el activo, de manera tal que no es posible establecer una correspondencia entre un determinado activo y un determinado pasivo. El artículo 14.1 h) se desliga de esa perspectiva, y obliga a establecer una correspondencia entre la adquisición de la participación o la aportación y una determinada deuda. Pueden esbozarse algunas vías al efecto, tales como la declaración de las partes en el contrato de préstamo, la pignoración de la participación adquirida en garantía del préstamo, o considerarse la coincidencia temporal entre la adquisición de la participación o el desembolso de la aportación y el préstamo.

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión. Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa, dentro de la Unión Europea y en relación con terceros países. COM (2007) 785 final: *sería lamentable que, para no ser acusados de discriminación, los Estados miembros ampliaran la aplicación de las medidas contra las prácticas abusivas destinadas a reducir la evasión transfronteriza a situaciones puramente internas en las que no exista ningún riesgo en este sentido. Decisiones unilaterales de esta índole solo minan la competitividad de las economías de los Estados miembros y no redundan en beneficio del mercado interior... Por otro lado, sigue siendo discutible que dichas ampliaciones permitan conciliar todas las medidas restrictivas con las obligaciones que incumben a los Estados miembros.*

Bien se comprende que, desprovistas esas vías de identificación de un fundamento de lógica financiera, puedan ser fácil presa de la crítica adversa. Así, si en fecha cercana a la adquisición interna de una participación se concierta un préstamo interno, es muy posible que ese préstamo se tenga por la deuda *destinada* a la adquisición. Inversamente, cuando en fechas próximas a la adquisición de la participación no media un endeudamiento no existirá la deuda *destinada*, aun cuando al cierre del ejercicio el endeudamiento interno haya aumentado ¿Hay deuda *destinada* cuando en octubre de 2012 se venden unas obligaciones, se deposita su importe, en abril de 2013 se realiza una adquisición interna de la participación y en octubre de 2013 se adquieren participaciones en instituciones de inversión colectiva concertando en tal fecha un préstamo interno? ¿Se asocia esa deuda con la adquisición interna de la participación o con la de la institución de inversión colectiva?

El endeudamiento ha de ser concertado con una entidad del mismo grupo mercantil. Por tanto, el endeudamiento concertado con una entidad de crédito cae fuera del campo de aplicación de la norma. No obstante, cuando la entidad de crédito realice una función vehicular (tomar crédito de una entidad del grupo y concederlo a otra), el préstamo concedido por la misma debe entenderse afectado, por más que en los grupos amplios constatar la función vehicular sea tarea ardua.

La circunstancia de pertenencia al mismo grupo mercantil habrá de darse en el momento de concertar las deudas *destinadas* a la adquisición de la participación. Por tanto, si con posterioridad la entidad prestamista deja de pertenecer al grupo mercantil, la deuda no pierde su caracterización de *destinada*. De la misma manera, si la entidad prestataria abandona el grupo, la deuda no pierde su caracterización de *destinada*. Y, por la misma razón, cuando la deuda *destinada* es sustituida por otra procedente de terceros, señaladamente de una entidad de crédito, parece que debe darse por extinguida la caracterización de deuda *destinada*.

Es difícil no ver que la huida del supuesto de hecho del artículo 14.1 h) es sustituir el endeudamiento interno por otro procedente de terceros, señaladamente de entidades de crédito, o transformar el endeudamiento interno en capital, o transmitir la participación y cancelar con el precio el endeudamiento. La primera, a diferencia de las otras dos, perpetúa la deducción de intereses. Por tanto, lo deseable es que las operaciones que nacieron enfermas no se encostren a través del endeudamiento bancario, pero la norma no lo impide.

## 2.6. La acreditación de los motivos económicos válidos

La restricción a la deducción de los intereses derivados de la deuda *destinada* no se aplica cuando *el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones*.

### 2.6.1. Las causas de justificación de la exposición de motivos

En la exposición de motivos se indica que *este precepto permite su inaplicabilidad, en la medida en que las operaciones sean razonables desde la perspectiva económica, como pueden ser supues-*

*tos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros, o bien aquellos supuestos en que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde territorio español.*

Así pues, hay dos causas que justifican la concurrencia de motivos económicos válidos:

- La transmisión interna de la participación es *consecuencia directa de una adquisición a terceros*, realizada anteriormente.
- La entidad adquirente *gestiona* a la entidad participada.

En lo que concierne a la primera causa de justificación, surgen varias cuestiones: ¿Cómo se acota la relación de *consecuencia directa* entre la adquisición externa y la posterior transmisión interna de la participación? ¿Tal vez en razón a la proximidad en el tiempo de ambas transmisiones? ¿Cuánto tiempo? ¿Tal vez si es adecuado el adverbio «reciente»? ¿Cuándo una adquisición a terceros es reciente? ¿Quizá en razón a una relación económica entre las actividades de la entidad adquirente y la participada? ¿Acaso al designio de fraccionar entre diversas jurisdicciones fiscales la adquisición de un grupo o subgrupo multinacional de empresas? ¿Debe ser la participación adquirida representativa de los fondos propios de entidades residentes en territorio español?

Por lo que se refiere a la segunda causa de justificación, parece que su concurrencia solo es posible cuando la participación otorga el control, o, cuando menos una influencia significativa, debiendo, adicionalmente, la entidad adquirente disponer de una organización de medios humanos y materiales suficiente para acometer la función de gestión.

A partir de aquí se abren un conjunto de cuestiones: ¿Cuál es el contenido de la función de gestión? ¿Qué elementos, humanos y materiales, requiere la realización de esa tarea? La gestión ha de ser algo más que el puro control, y también algo más que la administración de la participación. La gestión implica imponer objetivos y diseñar políticas para alcanzarlos. Es difícil no intuir que para cubrir este expediente basta con residenciar en sede de la entidad adquirente un conjunto de medios humanos y materiales directivos equivalentes a los que antes del cambio de control estaban ubicados en la entidad participada, operación bastante asequible desde una posición de dominio.

En fin, no parece que las causas de justificación económica de la operación deban constreñirse a las dos citadas en la exposición de motivos.

### 2.6.2. *La acreditación por la ausencia de ventajas fiscales*

¿Se pueden acreditar los motivos económicos válidos a través de la demostración de que la operación tipificada no ha provocado ventaja fiscal alguna para el grupo mercantil de empresas? La literatura legal no abre expresamente esta vía, pero si la norma trata de salir al paso de un fraude parece claro que la consecución del mismo envuelva la obtención, ilegítima, de una ventaja fiscal, y

de ahí la pertinencia de admitir la prueba de la ausencia de dicha ventaja fiscal. En términos generales, no producen ventaja fiscal alguna las siguientes operaciones:

- Los préstamos concertados entre empresas del mismo grupo fiscal.
- Los préstamos concertados con entidades residentes en territorio español que tributen al mismo tipo de gravamen.
- Los préstamos concertados con entidades residentes en el extranjero que tributen a un tipo de gravamen igual o superior al tipo de gravamen de la entidad prestataria.
- Los préstamos destinados a la adquisición de participaciones cuyos dividendos no disfruten de exención o no disfruten de deducción plena.

También esta vía de justificación de la motivación económica precipita algunas incertidumbres: ¿Deberá atenderse al tipo nominal de gravamen o al tipo efectivo? ¿Deberá atenderse al tipo, nominal o efectivo, general, o, en su caso, al tipo, nominal o efectivo sobre los intereses? ¿Deberá atenderse a la tributación de la entidad prestamista exclusivamente, o también a la de sus socios cuando la misma sea transparente (*partnerships*)? ¿La neutralización de los ingresos financieros mediante la compensación de pérdidas equivale a tributación? Pero la dificultad mayor tal vez sea identificar el tipo de gravamen que han soportado los intereses, ya que la entidad perceptora ha podido neutralizarlos mediante intereses a pagar, y así sucesivamente, hasta llegar al perceptor final.

### 2.6.3. *La acreditación por la adecuación a la estructura financiera del grupo mercantil*

¿Es un motivo económico válido para realizar la operación tipificada el que la misma sea el instrumento para configurar una estructura financiera en sede de la entidad adquirente de la participación congruente con la que tiene el grupo mercantil al que aquella pertenece?

La idea de equilibrio, en todos los órdenes, es atractiva. Ese equilibrio, en el ámbito que nos ocupa, procura un efecto de equidad en la distribución de las cuotas derivadas de los impuestos sobre los beneficios entre las distintas jurisdicciones concernidas. Si ese equilibrio se fía a la carga financiera total por unidad de activo consolidado (por tanto sin computar las participaciones adquiridas) implica, en definitiva, una distribución de los intereses pagados a terceros de manera objetiva y proporcionada entre las entidades que configuran el grupo de empresas, lo que halla amparo en el principio de libre competencia. Con todo, los razonamientos precedentes no son suficientes para configurar una respuesta positiva al interrogante formulado.

En la práctica no parece, por otra parte, que las entidades tengan interés en acudir a dicha técnica para alcanzar la estructura financiera de equilibrio, habiendo otras no controvertidas, como, simplemente, distribuir fondos propios, logrando así el mismo efecto práctico, con la consiguiente disminución de beneficios en ejercicios futuros a consecuencia de la salida de activos o del aumento de pasivos para hacer frente a dicha distribución.

## 2.7. La eliminación de la doble imposición

La no deducción de los intereses en sede de la entidad prestataria determina un exceso de imposición en la medida en que dichos intereses deban tributar en sede de la entidad prestamista. Y así parece que será, desde el punto y hora en que el artículo 14.1 h), no establece procedimiento alguno para eliminar la doble imposición. Y esto acontece tanto en el ámbito interno como en el internacional.

### 2.7.1. Comparación con el diseño de las operaciones vinculadas

La preocupación del artículo 16 del TRLIS de que no se grave *una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieron realizado* es ajena al artículo 14.1 h). El artículo 16 se enfrenta, básicamente, a una situación en la que una entidad del grupo mercantil realiza una atribución patrimonial a favor de otra, sea como distribución encubierta de resultados o como aportación subrepticia, a consecuencia de haber pactado un precio distinto al de mercado, de la que se deriva, a efectos fiscales, un desplazamiento de bases imponibles entre las entidades concernidas, probablemente con la finalidad de aligerar la carga fiscal global.

En el supuesto de hecho del artículo 14.1 h) no hay atribución patrimonial entre entidades del grupo, supuesto que los precios pactados para la transmisión y el préstamo fueren de mercado, pero sí un desplazamiento de bases imponibles desde una entidad a otra con la finalidad de aligerar la carga fiscal. Sin embargo, el artículo 14.1 h) no pone el acento en el desplazamiento de la base imponible sino en la finalidad fiscal ilegítima de la operación y rechaza su efecto pernicioso materializado en la deducción de los intereses.

Tanto el artículo 14.1 h) como el artículo 16 combaten operaciones de vaciamiento, en el grado que sea, de la base imponible, aun cuando ejecutadas mediante técnicas distintas. Por eso es llamativo que el segundo tenga un exquisito cuidado para eliminar la doble imposición, incluso arbitrando un procedimiento específico, y el primero guarde un perceptible silencio. Nótese que las operaciones tipificadas en el artículo 14.1 h) se tejen entre partes que están vinculadas fiscalmente por razón de su pertenencia al mismo grupo mercantil.

¿Es acaso más grave desviar rentas fiscales mediante una adquisición interna de cartera de valores financiada internamente, que hacerlo mediante un préstamo con un tipo de interés excesivo, estando ambas operaciones animadas por una finalidad puramente fiscal? Si así fuere, esa mayor gravedad hubiera podido residenciarse en sede sancionadora, sin perjuicio de proveer a la superación de la doble imposición.

### 2.7.2. Comparación con las normas antiabuso generales

El mandato del artículo 14.1 h) rebasa el impacto de una regularización que, a la vista del carácter fraudulento de la operación, no toma en consideración los efectos pretendidos por las partes. En efecto, a su tenor, los intereses devengados se rechazan, siendo así desconsiderados, pero esos

mismos intereses se computan en la entidad prestamista. Esta asimetría no se da en las normas anti-abuso de carácter general.

Así, en el conflicto del artículo 15 de la Ley General Tributaria (LGT), se practican las liquidaciones correspondientes a los actos o negocios usuales o propios, de las cuales no se derivará doble imposición o exceso de imposición, sino la eliminación del déficit de imposición. Y lo mismo cabe señalar de la simulación del artículo 16 de la LGT, por cuya consecuencia deberán practicarse las liquidaciones pertinentes a tenor del negocio disimulado, y si este es inexistente (simulación absoluta) deberá rechazarse la totalidad de los efectos pretendidos y frente a todas las partes intervinientes.

Supuesto que la entidad prestamista residiera en un país con el que media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, la eliminación de la doble imposición podría sustanciarse a través de un procedimiento amistoso, cuestión esta que se aborda más adelante, pero ya cabe adelantar que no será fácil, por esa vía, superar la doble imposición.

En fin, se desprende de todo ello que no se han previsto mecanismos para superar la doble imposición que el artículo 14.1 h) provoca.

### 3. LIMITACIÓN GENERAL A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES

La nueva redacción del artículo 20.1 establece que *los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por 100 del beneficio operativo*.

La nueva redacción del artículo 20 responde a una filosofía totalmente distinta de la que animó la redacción original, que data del artículo 16.9 de la Ley 18/1991, posteriormente recogida y retocada por la Ley 43/1995.

La redacción original se inscribía en el ámbito de las operaciones vinculadas, siendo el efecto práctico de su mandato rechazar la deducción de los intereses correspondientes a un endeudamiento de carácter vinculado excesivo.

La redacción actual nada tiene que ver con el ámbito de las operaciones vinculadas. Su efecto práctico es una limitación objetiva a la deducción de intereses, tanto procedentes del endeudamiento vinculado como del endeudamiento con terceros<sup>4</sup>. En este sentido no puede ser considerado como un refugio seguro en cuanto técnica para dar seguridad jurídica a los contribuyentes en el ámbito de las operaciones vinculadas, por más que su estructura sea la propia de los refugios seguros.

Se está, más bien, ante un norma que modifica el contenido material del hecho imponible, tal vez solo con efectos temporales, o tal vez con efectos definitivos, pues en la medida en que un gasto contable, plenamente correlacionado con la obtención de los ingresos, no es fiscalmente deducible, el elemento nuclear de la base imponible deja de ser el resultado contable.

<sup>4</sup> LUCHENA MOZO, G.M.: «Thin Capitalization: An Unanswered Question Following Recent Spanish Amendments», *European Taxation* (agosto 2012).

### 3.1. Antecedentes de la nueva norma

A diferencia del nuevo artículo 14.1 h), que está diseñado para hacer frente a las operaciones que la inspección tributaria había venido considerando como fraudulentas, el artículo 20 carece de un antecedente tan preciso. Ha sido, posiblemente, el agotamiento de la redacción original de dicho artículo lo que ha llevado a la nueva redacción, en unión, posiblemente, a la constatación de que las empresas españolas estaban excesivamente endeudadas.

En efecto, el artículo 20 no era aplicable frente a la Unión Europea a raíz de la Ley 62/2003, ni respecto a países con convenio bilateral para eliminar la doble imposición a causa de producir discriminación según el criterio jurisprudencial, y, adicionalmente, también la jurisprudencia había recortado significativamente la amplitud del endeudamiento indirecto, contemplado en la redacción original, y elemento decisivo en relación con la efectividad del precepto<sup>5</sup>.

En suma, el fracaso de la redacción original del artículo 20 ha debido pesar mucho en la orientación de la nueva redacción.

Bien se comprende que la explicación precedente tiene carácter negativo. Se huye de una estructura normativa, ciertamente, pero lo relevante es por qué se va a otra. En la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012 se indica que *esta medida favorece de manera indirecta la capitalización empresarial y responde, con figuras análogas a nuestro derecho comparado, al tratamiento fiscal actual de los gastos financieros en el ámbito internacional*. Así pues, el acercamiento a otras legislaciones vecinas y el deseo de fortalecer la estructura financiera de las entidades jurídicas parece ser la explicación positiva.

La explicación del cambio normativo es meridiana. Se trata, en efecto, de alcanzar dos objetivos precisos. Por tanto, una vía de análisis irrenunciable de la nueva norma es su relación con esos objetivos, que más adelante se aborda.

### 3.2. Aplicación temporal

La nueva norma se aplica respecto de los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2012. Así es tanto respecto de su redacción original como de la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 20/2012. Tal vez hubiera sido conveniente conceder un plazo de gracia para que las entidades hubieran podido recomponer su estructura financiera, pero de esta reflexión no se sigue reproche de retroactividad.

### 3.3. Supuesto de hecho de la nueva norma

El supuesto de hecho consiste en el devengo de unos gastos financieros que exceden de los ingresos financieros en un importe que supera *el límite del 30 por 100 del beneficio operativo del ejercicio*.

<sup>5</sup> Véanse Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2009 (NFJ036837) y de 17 de marzo de 2011 (NFJ042264).

Tres son, por tanto, los elementos técnicos de la limitación, amén del porcentaje; a saber, los gastos financieros, los ingresos financieros y el beneficio operativo.

### 3.3.1. Los gastos financieros

Ni el artículo 20 ni ninguna otra norma del TRLIS definen lo que debe entenderse por gastos financieros. Sí lo hace el Plan General de Contabilidad, que dedica al efecto el subgrupo 66, *Gastos financieros*, el cual comprende diez cuentas, algunas de ellas compuestas por subcuentas. Una interpretación sistemática llevaba a tomar como gastos financieros todos los registrados en las mencionadas cuentas, pero pronto se pudo ver que esa vía interpretativa no era satisfactoria, por cuanto el artículo 20 apuntaba exclusivamente a los gastos financieros derivados del endeudamiento. Por esta razón, la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, ha establecido un conjunto de criterios interpretativos, basados en el espíritu y finalidad de la norma, que no es otra que la de *favorecer indirectamente la capitalización empresarial, a través de la limitación del efecto fiscal del uso de la financiación ajena*, de donde se deduce que los gastos financieros *han de estar relacionados con el endeudamiento empresarial*. De acuerdo con el artículo 12.3 de la LGT, estos criterios serán de obligado cumplimiento para todos los órganos de la Administración tributaria.

*Gastos financieros calificados como tales a efectos contables.* Comienza la Resolución acotando las cuentas determinantes de gastos financieros que deben ser tomadas en consideración: 661, *intereses de obligaciones y bonos*; 662, *intereses de deudas*; 664, *gastos por dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros*; 665, *intereses por descuento de efectos y operaciones de factoring*. En estos gastos financieros se encuentran comprendidas las denominadas comisiones financieras devengadas en el ejercicio o costes de transacción directamente atribuibles a los correspondientes pasivos financieros.

Consecuentemente, no tendrán la consideración de gastos financieros los conceptos alojados en las cuentas 660, *gastos financieros por actualización de provisiones*; 663, *pérdidas por valoración de instrumentos financieros por su valor razonable*; 666, *pérdidas en participaciones y valores representativos de deuda*; 667, *pérdidas de créditos no comerciales*; 668, *diferencias negativas de cambio*, excepto la precisión que más adelante se efectúa; 669, *otros gastos financieros*.

*Gastos financieros incorporados al valor de un activo.* No se toman en consideración, por cuanto su deducción se realiza a través de la amortización del activo y no en concepto de gasto financiero. Se trata de los gastos financieros correspondientes al endeudamiento que financia la adquisición o construcción de los inmovilizados materiales en el sentido de la norma 2.<sup>a</sup> 1, *valoración inicial*, del Plan General de Contabilidad. En cierto modo la Resolución, al dar este criterio, traiciona el fundamento interpretativo del que parte, a saber, la existencia de un endeudamiento que se desea limitar. La Resolución ha preferido, en este punto, desviarse hacia la interpretación sistemática, cuando la basada en el espíritu y finalidad hubiera debido tratar a estos gastos financieros en paridad con los restantes, eso sí, tomando en consideración que su incorporación a la cuenta de pérdidas y ganancias se produce a través del proceso de amortización.

*Deterioro de valor de créditos.* Bajo esta denominación la Resolución aborda la calificación del quebranto por deterioro de valor de un crédito, generalmente por causa de dudas en el cobro, para indicar que aquella parte que corresponda a los intereses devengados que fueron tomados en consideración como ingresos financieros en ejercicios anteriores tendrá la consideración de gastos financieros. Nuevamente la Resolución se aparta de su fundamento interpretativo, por cuanto ese quebranto no va ligado al endeudamiento, pero se justifica en que los ingresos financieros disminuyeron en un periodo impositivo precedente los gastos financieros netos.

*Diferencias de cambio.* Como regla general no se consideran gastos financieros, aun cuando se anoten en la cuenta 668, *diferencias negativas de cambio*, excepto, señala la Resolución, si derivan del endeudamiento a que se refiere el artículo 20 del TRLIS. ¿A qué endeudamiento se refiere el artículo 20 del TRLIS? La palabra endeudamiento no aparece en el artículo 20 del TRLIS, aunque sí lo hacía la palabra «deudas» en la redacción establecida por el Real Decreto-Ley 12/2012. Con todo, no resulta difícil entender que se trata de las diferencias de cambio correspondientes a las deudas cuyos intereses están afectados por la limitación. Por tanto, estas diferencias de cambio tendrán la consideración de gastos financieros, aun cuando contablemente no la tengan.

*Coberturas financieras.* De acuerdo con la Resolución *los efectos de aquellas coberturas financieras que cubran deudas de la entidad, que se recojan en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, deberán computar a efectos de la determinación de los gastos financieros netos.*

En consecuencia, no se computan los efectos de los instrumentos financieros derivados no utilizados como instrumentos de cobertura, ni los utilizados como instrumentos de cobertura de partidas distintas del endeudamiento, ni, en fin, los que se reflejen en patrimonio neto mientras no deban hacerlo en la cuenta de pérdidas y ganancias.

En la cobertura contable de valor razonable se imputa a la cuenta de pérdidas y ganancias el efecto de valorar por el valor razonable tanto el instrumento de cobertura como la partida cubierta, de manera tal que el efecto de la contabilidad de cobertura es modificar el tratamiento contable de la partida cubierta<sup>6</sup>, en tanto que en la cobertura de flujos de efectivo la partida cubierta continúa valorándose según sus reglas propias y la valoración del instrumento financiero de cobertura se refleja transitoriamente en ajustes de patrimonio neto. Por tanto, de acuerdo con la Resolución, todo impacto de la contabilidad de cobertura en la cuenta de pérdidas y ganancias, cuando la partida cubierta sea el endeudamiento, computará como *gasto financiero neto*, esto es, tanto proceda del instrumento de cobertura como de la partida cubierta.

Al referirse al endeudamiento, la Resolución parece excluir el impacto en la cuenta de resultados de las coberturas que versan sobre créditos, pero siendo así que los intereses derivados de los mismos sí computan para determinar los ingresos financieros que integran los *gastos financieros netos*, lo correcto sería que dicho impacto también fuera considerado a tal efecto.

*Entidades holding.* La consulta número 2 del BOICAC 79/2009 (NFC035411) considera que los productos de las inversiones financieras efectuadas por una entidad *holding* forman parte de su

<sup>6</sup> PÉREZ RAMÍREZ, J. y CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, J.: *Instrumentos Financieros*, pág. 517.

cifra de negocios. Pues bien, la Resolución apunta que los derivados de la cesión a terceros de capitales propios no por ello pierden la consideración de ingresos financieros. En consecuencia minorarán los gastos financieros a efectos de determinar el importe de los *gastos financieros netos*, y no formarán parte del beneficio operativo.

Las precisiones que efectúa la Resolución respecto de la delimitación de los *gastos financieros netos* indican que el Real Decreto-Ley 12/2012 hubiera debido constreñir el ámbito de los mismos a los correspondientes a la remuneración del endeudamiento concertado por la entidad, pues aun cuando el grueso de las cuentas del Plan General de Contabilidad relativas a los gastos financieros registra dicha remuneración también se registran en las mismas otros conceptos asociados a la función financiera de la empresa, ampliamente entendida. Esa imperfección es fácilmente comprensible, pues la extracción de todas las consecuencias del nuevo modelo contable desarrollado por el vigente Plan General de Contabilidad es un proceso temporalmente dilatado.

*Cuentas en participación.* Los resultados positivos que corresponden al partícipe no gestor se consideran gastos financieros en sede del partícipe gestor e ingresos financieros en sede del partícipe no gestor, teniendo la misma consideración los resultados negativos, aunque en sede opuesta, de acuerdo con la Resolución.

Las cuentas en participación merecen un comentario particular.

El artículo 239 del Código de Comercio establece que *podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos*, lo que apunta a una aportación de capital, mas como quiera que *terminadas las operaciones*, el partícipe gestor debe rendir cuentas de los resultados y proceder a la liquidación de la cuenta en participación (art. 243), se trataría de una aportación sujeta a devolución prefijada contractualmente, lo que apunta hacia una obligación a cargo del partícipe no gestor.

Podría considerarse que estamos ante unos fondos propios del negocio en participación, pero esto chocaría con la prohibición de asignar a la cuenta en participación *una razón comercial a todos los partícipes* (art. 241). La cuenta en participación no da lugar a la formación de un fondo patrimonial común, de manera tal que el capital aportado por el partícipe no gestor pasa al dominio del partícipe gestor o dueño del negocio, sin perjuicio de que aquel pueda conservar frente a este un derecho de crédito por la parte de capital aportado que no se pierda<sup>7</sup>.

El Plan General de Contabilidad ordena contabilizar el capital recibido bajo la rúbrica *Acreedores por operaciones en común* (419) y considera que la porción del resultado atribuible al partícipe gestor debe reflejarse como gasto del partícipe gestor, pero no de carácter financiero, sino específico, representado en la cuenta *beneficio transferido* (6510) o en la cuenta *pérdida soportada* (6511). Por su parte, el partícipe no gestor registra los movimientos correlativos bajo la partida *resultado de operaciones en común* (751).

<sup>7</sup> URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, pág. 178.

Acierta el Plan General de Contabilidad, por cuanto estando obligado el partícipe no gestor a la devolución del capital, minorado en las pérdidas sufridas y aumentado en los beneficios habidos imputables al partícipe no gestor, no puede inscribirse esta partida como fondos propios, y porque los resultados positivos no pueden identificarse con la remuneración del endeudamiento generadora de gastos financieros, y por lo tanto, ha de habilitarse una rúbrica específica. La contabilización propuesta por el Plan General de Contabilidad denota que el capital recibido pasa al dominio del partícipe gestor, pero que la remuneración de ese capital no está ligada a los factores que determinan el precio del endeudamiento, esto es, importe del nominal cedido y tiempo de cesión.

El Plan General de Contabilidad recoge perfectamente la naturaleza de los riesgos asumidos por las partes que intervienen en las cuentas en participación. Ambas partes, gestor y no gestor, están afectados por un mismo riesgo, a saber, el propio del negocio en participación. El partícipe no gestor en modo alguno sufre los riesgos del prestamista, pues perderá su capital, incluso totalmente, si el negocio resulta ruinoso, aun cuando la situación financiera y de resultados del partícipe gestor sea saneada. Por su parte, el partícipe gestor no está obligado a la devolución del capital recibido, en la medida en que el negocio se haya saldado con pérdidas.

Como se ha expuesto, la Resolución ha optado por considerar que el resultado del partícipe no gestor es un gasto financiero, lo cual parece contradecir la naturaleza de los riesgos asumidos por las partes que intervienen en la operación, siendo dicha naturaleza el elemento decisivo para llegar a una calificación adecuada de aquella remuneración en relación con el espíritu y finalidad del nuevo artículo 20. Los riesgos en cuestión, como se ha indicado, están lejos de ser los propios del endeudamiento. Piénsese en un negocio en participación arriesgado y que rinde cuantiosos beneficios, una parte de los cuales corresponden al partícipe no gestor y, siendo considerados fiscalmente como gastos financieros, determinan un exceso fiscalmente no deducible. No se atisba la razón por la que el éxito empresarial puede llevar a la no deducción fiscal de gastos, y, consiguientemente, a la doble imposición. Piénsese en una empresa que se financia mediante cuentas en participación. Pues bien, sistemáticamente estaría en situación de no deducción de gastos financieros si el partícipe no gestor tuviera una participación en el negocio superior al 30 por 100.

Ninguna fricción fiscal acarrearía que la calificación contable fuere fiscalmente respetada si los partícipes fuesen residentes en territorio español, pues el gasto del partícipe gestor sería ingreso en el partícipe no gestor, pero cuando el partícipe no gestor reside en el extranjero la situación es distinta, ya que se está ante una renta derivada de un negocio realizado por una entidad residente en territorio español (el partícipe gestor), que, sin embargo, no tributará, en la parte del beneficio imputable al partícipe no gestor, por el Impuesto sobre Sociedades. La única tributación será por el IRNR, pero cuando media un convenio bilateral no es claro el artículo que debe aplicarse, debido a la peculiaridad de la renta concernida.

Los mayores problemas se presentan cuando la cuenta en participación se realiza entre partes vinculadas y el partícipe no gestor reside en el extranjero. En rigor, puede ser un instrumento poderosísimo para recortar los beneficios de las entidades residentes en territorio español filiales de los grupos multinacionales. Ciertamente, si la remuneración del partícipe no gestor es desproporcionada, tomando en consideración los riesgos y funciones asumidas, se podría corregir por aplicación del

artículo 16 del TRLIS, pero son bien conocidas las dificultades que existen para identificar riesgos, funciones y activos aplicados por cada parte, y, sobre todo, para operativizarlas en orden a la distribución del resultado conjunto entre ellas.

En cualquier caso, es difícil entender el sentido financiero del negocio en participación concertado entre empresas vinculadas por la relación matriz-filial, o pertenecientes a un mismo grupo mercantil, cuando la entidad dependiente actúa como gestora, por cuanto la misma es el instrumento de una actividad económica realizada bajo la dirección de la entidad dominante, y la cuenta en participación viene a ser lo contrario, esto es, la actividad económica dirigida por el partícipe gestor.

Más allá de la naturaleza jurídico-mercantil de la cuenta en participación y de la adecuada representación contable de sus efectos, lo que acontece es que, cuando el partícipe no gestor es una entidad residente en territorio español, los resultados del negocio en participación corresponden a una actividad económica realizada, generalmente, en territorio español, de manera tal que esa renta debe tributar a la jurisdicción fiscal española. A tal efecto, se hubiera debido asimilar la tributación de la cuenta en participación a la de las agrupaciones de interés económico españolas (art. 48 del TRLIS), o, simplemente, someter el resultado del negocio a tributación por el Impuesto sobre Sociedades en sede del partícipe gestor, concediendo al no gestor la deducción para evitar la doble imposición de dividendos.

Obviamente, la Resolución no podía llegar a tanto, aunque sí los dos decretos-ley que la precedieron. Con todo, el criterio de la Resolución es el mejor que cabía en el vigente marco legislativo.

### 3.3.2. *El beneficio operativo*

El *beneficio operativo* es un concepto fiscal que se construye en función de magnitudes contables, aunque no en su totalidad. En efecto, el mismo se determina *a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio determinado de acuerdo con el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado*, todas ellas partidas contables que están recogidas en el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General de Contabilidad, pero adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, *siempre que se correspondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que, o bien el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por 100, o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 6 millones de euros*, concepto que ya no es contable sino fiscal.

Nótese que son dos las cualidades que debe reunir esta segunda partida determinante del beneficio operativo, a saber, tener la condición de ingreso financiero, y consistir en dividendos o participaciones en beneficios. Por tanto, no todo dividendo será tomado en consideración, cual es el caso de aquellos que no motiven un ingreso sino que minoran el valor contable de la inversión. Por no tener la consideración de dividendo o participación en beneficios las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación no serán tomadas en consideración. Alguna duda pueden suscitar las participaciones en beneficios canalizadas a través de operaciones de reducción de capital mediante adquisición

de acciones propias, y, en general, los denominados dividendos no estrictos, del artículo 30.3 del TRLIS. Tampoco tienen la consideración de dividendos los ingresos derivados de la valoración por el valor razonable.

Nada se exige respecto de la residencia de la sociedad participada, ni de la fuente de los beneficios de los que procede el dividendo, ni, en fin, de su régimen fiscal. Por tanto, en principio, podrían tomarse en consideración los beneficios procedentes de las entidades residentes en paraísos fiscales o zonas de baja tributación, los de las entidades sujetas a un régimen fiscal privilegiado y los nutridos con rentas pasivas. Sin embargo, las rentas imputadas en régimen de transparencia fiscal internacional no parece que deban ser computadas, ya que no son dividendos o participaciones en beneficios. Por el contrario, sí computarán los dividendos distribuidos por estas entidades.

Tampoco se exige un tiempo de tenencia de la participación, por lo que parece que bastará tener el 5 por 100 o los 6 millones en el momento de la distribución del beneficio.

En fin, de todo ello se sigue que la participación cuyos dividendos y participaciones en beneficios habilitan la partida relativa a la formación del beneficio operativo, cuando versa sobre una entidad no residente en territorio español, no coincide necesariamente con aquella que habilita el régimen de exención del artículo 21 del TRLIS.

La Resolución indica que la adición de estos dividendos y participaciones en beneficios para determinar el *beneficio operativo* tiene como una de sus finalidades *equiparar el tratamiento de las entidades holding con el resto de las entidades, con el objeto de no discriminar a aquellas entidades en las que los dividendos o participaciones en beneficios no se incluyen en el importe neto de la cifra de negocios por el simple hecho de realizar otras actividades distintas de las correspondientes a una holding.*

Véase, entonces, que lo particular manda sobre lo general, esto es, que la integración de dividendos y participaciones en beneficios percibidos por las entidades *holding* en su resultado de explotación ha llevado a integrar en el beneficio operativo a los dividendos y participaciones en beneficios percibidos por cualesquiera otras entidades, siempre que procedan de carteras que otorguen un porcentaje del 5 por 100 o su valor de adquisición sea superior a 6 millones.

Este sano afán de evitar discriminaciones también hubiera podido ser colmado mediante la estrategia inversa, esto es, reconduciendo lo particular a lo general. Sea como fuere, lo cierto es que se ha dado un importante balón de oxígeno a las entidades con capacidad para mantener las carteras de valores calificadas y decidir la política de distribución de dividendos.

Naturalmente, los dividendos y participaciones en beneficios procedentes de las carteras calificadas no aumentarán el beneficio operativo cuando ya formen parte de la cifra de negocios.

La Resolución no explica por qué se ha tomado el resultado de explotación como elemento básico para determinar la base de cálculo del límite. Tal vez haya pesado la experiencia legislativa de otros países, tales como Francia, Alemania y Holanda.

### 3.3.3. Determinación del límite

El límite se determina aplicando el 30 por 100 sobre el beneficio operativo del ejercicio. El límite puede elevarse cuando en los cinco años precedentes los gastos financieros netos no lo consumieron.

#### 3.3.3.1. Aplicación del límite en el régimen de tributación individual

Tratándose de entidades que tributan en régimen individual, el límite se aplica respecto de los gastos financieros netos soportados por las mismas, cualquiera que sea el endeudamiento del que procedan. Si estas entidades forman parte de un grupo mercantil, el límite afectará, indistintamente, al endeudamiento interno y al contraído con terceros.

#### 3.3.3.2. Aplicación del límite en el régimen de los grupos fiscales

En lo que concierne al grupo fiscal, el límite se referirá al mismo, lo que implica que tanto los gastos financieros netos como el beneficio operativo deben extraerse de las cuentas consolidadas que, a efectos fiscales, ha de formular la sociedad dominante, de acuerdo con el artículo 79.1 del TRLIS. Se trata, por tanto, de unas cuentas anuales que no aprueba la junta general, por ser exclusivamente de propósito fiscal.

Por consiguiente, el límite no se calcula en sede de cada entidad, aun cuando la no deducción afecta a los gastos financieros netos y estos operan respecto de la determinación de las bases imponibles individuales. Se sigue de ello que, a los exclusivos efectos de determinar el límite, solo se toman en consideración los intereses devengados frente a terceros, y también que las situaciones financieras deficientes de algunas entidades del grupo fiscal podrán ser compensadas con las situaciones financieras holgadas de otras. Véase la trascendencia de referir el cálculo del límite al grupo fiscal.

Cuestión distinta es que, si existiere exceso, el mismo deba ser imputado a las entidades del grupo que han contribuido a su formación, y en la medida en que lo hayan hecho, por cuanto la no deducción ha de predicarse en relación con la formación de cada base imponible individual. Así lo indica la Resolución, la cual establece un criterio de imputación basado en dos reglas. En virtud de la primera, el exceso se imputa a las entidades que, individualmente consideradas, presenten excesos, y caso de existir un remanente el mismo se distribuye *entre todas las entidades, de manera proporcional a sus correspondientes gastos financieros netos, una vez descontados los ya considerados como no deducibles*.

## 3.4. Mandato

Los gastos financieros netos que superen el límite no serán fiscalmente deducibles, pero podrán aplicarse en los 18 periodos impositivos sucesivos, respetando el mismo límite. La Resolución preci-

sa que los *gastos financieros netos no deducidos en periodos impositivos anteriores se deducirán en el propio periodo impositivo, una vez deducidos los devengados en el mismo, y siempre que no excedan, en su conjunto, del 30 por 100 del beneficio operativo del periodo impositivo o de 1 millón de euros, por cuanto de no establecerse dicha prioridad, se estaría prorrogando tácitamente, de manera indefinida, el plazo de 18 años establecido en la norma para la deducción de gastos financieros netos.*

La aplicación del límite eleva la base imponible, pudiendo incluso determinar la existencia de una base imponible positiva a partir de un resultado contable negativo.

Este mismo efecto lo puede producir, eventualmente, cualquier otro gasto contable fiscalmente no deducible. Sin embargo, ningún parangón se puede encontrar entre los gastos financieros cuya deducción rechaza el artículo 20 con los restantes gastos fiscalmente no deducibles del artículo 14, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de la relación entre los artículos 14.1 h) y 20. En efecto, los gastos financieros están relacionados, necesariamente, con las actividades de la entidad deudora, en tanto que los restantes gastos fiscalmente no deducibles o bien no son auténticos gastos contables o están afectados de alguna irregularidad objetivamente definida.

El límite traza una línea entre los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, según que estén afectados o no por el mismo. A un lado, los sujetos pasivos fuertes, con alta capacidad de generación de resultado de explotación y bajo endeudamiento, al otro los sujetos pasivos débiles, sea por generar escaso resultado de explotación o por estar muy endeudados o por concurrir en ellos ambas circunstancias, debiendo satisfacer los segundos una tributación relativa mayor que, tal vez, podrán recuperar a lo largo de 18 años.

Podría pensarse que es exagerada la opinión precedente, por cuanto, en definitiva, se está ante un ajuste de carácter temporal, en la medida en que las cantidades no deducidas podrán deducirse a lo largo de 18 años. Ahora bien, a diferencia de los restantes ajustes temporales, que necesariamente se recuperan (amortización excesiva, deterioro no computable, una provisión no deducible...), el correspondiente al límite del artículo 20 puede caducar. Hay, por tanto, una diferencia cualitativa entre este ajuste temporal y los restantes.

### 3.5. Sujetos pasivos excluidos

El nuevo apartado 6 del artículo 20, redactado por el Real Decreto-Ley 20/2012, exceptúa del límite a las entidades de crédito y aseguradoras, y a las que sufran extinción.

#### 3.5.1. Extensión del límite a las entidades que no forman parte de un grupo mercantil

En la redacción establecida por el Real Decreto-Ley 12/2012, el límite se aplicaba a las entidades que formaban parte de un grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio y a las entidades que no formaban parte cuando mantenían un determinado nivel de endeudamiento con

socios significativos o entidades asociadas. Tras la modificación introducida por el Real Decreto- Ley 20/2012, el límite se aplica a todas las entidades, formen o no parte de un grupo mercantil.

La modificación es muy importante, no solamente porque amplía notablemente el número de los sujetos pasivos afectados, sino también porque supone una mutación de la filosofía que subyace a la norma limitativa. En efecto, cuando la misma se aplicaba a entidades pertenecientes a un grupo mercantil, podía intuirse que trataba de contrarrestar o prevenir las prácticas financieras fiscalmente heterodoxas tejidas en el interior del mismo, por más que el límite afectara tanto a los gastos financieros internos como externos.

Ahora es claro que ya no se trata de contrarrestar prácticas irregulares, sino de limitar objetivamente el impacto del endeudamiento sobre la base imponible. El giro normativo es importante, no ya solo por sus previsibles efectos recaudatorios positivos, sino porque afecta a la médula del Impuesto sobre Sociedades.

En efecto, en el Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades de 1994, que orientó la reforma materializada en la Ley 43/1995, se asignaba a dicho impuesto la función de gravar el resultado contable de la entidad en cuanto remuneración del capital aportado por los socios, y de ahí que se considerase a modo de antecedente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que gravaba ese resultado canalizado a los socios bajo la forma de dividendos, y de ahí el establecimiento de un método para eliminar la doble imposición, denominado imputación estimativa.

Este esquema de relación entre el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas quebró con la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la desaparición del método para eliminar la doble imposición. Tras el Real Decreto-Ley 20/2012, también quiebra la función asignada al Impuesto sobre Sociedades, esto es, gravar la remuneración del capital aportado por los socios, pues, como se ha visto, también podrá formar parte de su base imponible la remuneración correspondiente a los acreedores de la entidad. Ciertamente, esa nueva tributación se presenta con carácter de ajuste temporal, y solo afecta a las entidades débiles, en el sentido anteriormente apuntado, pero ello no resta validez a la reflexión vertida sobre la quiebra de los principios que animaron la reforma de 1995.

A pesar de la importancia de la modificación, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 20/2012 nada explica, limitándose a avisar de la modificación acometida.

### 3.5.2. Entidades de crédito y aseguradoras

De acuerdo con el artículo 20.6 a), según redacción del Real Decreto-Ley 20/2012, la limitación no se aplica a las entidades de crédito y aseguradoras. El Real Decreto-Ley 12/2012 no exceptuó a las entidades aseguradoras, y, atinadamente, se ha rectificado.

Son entidades de crédito las enumeradas en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986: el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las Cooperativas de Crédito y los Establecimientos Financieros de Crédito.

Son entidades aseguradoras las reguladas en el Real Decreto Legislativo 6/2004, a saber, las Entidades aseguradoras privadas, las Cooperativas, las Mutuas y las Mutualidades de Previsión social.

No están comprendidas en la excepción, pese a que forman parte del sistema financiero, las instituciones de inversión colectiva, los fondos de titulización, las entidades de capital-riesgo y los fondos de pensiones.

Sin embargo, sí se consideran entidades de crédito las participadas íntegramente mediante derechos de voto por las entidades de crédito, y *cuya actividad consista en la emisión y colocación en el mercado de instrumentos financieros para reforzar el capital regulatorio y la financiación de tales entidades*.

Se trata de una excepción por razón de la actividad que desarrollan las entidades, esto es, recibir y dar crédito, y asegurar riesgos. La excepción no alcanza a las restantes entidades del grupo del artículo 42 del Código de Comercio lideradas por la entidad de crédito o aseguradora.

Cuando las entidades de crédito o aseguradoras se integran en un grupo fiscal, las restantes entidades calculan el límite *teniendo en cuenta el beneficio operativo y los gastos financieros netos* imputables a las mismas. Para efectuar este cálculo caben dos alternativas. La primera consiste en referirlo a cada entidad y la segunda al conjunto de todas ellas en cuanto no sean de crédito o aseguradoras, a modo de subgrupo fiscal delimitado a los solos efectos del cálculo del límite.

En lo que concierne a los *gastos financieros netos* la Resolución indica que los *gastos financieros netos que se someten a limitación serán aquellos que tengan las entidades de naturaleza no crediticia respecto de aquellas ajenas al grupo fiscal*, de manera tal que *no deberán tenerse en cuenta... los gastos financieros ni los ingresos financieros entre entidades del grupo fiscal que sean objeto de eliminación en el marco de la consolidación*.

Esta regla no resuelve explícitamente la cuestión planteada, a saber, si los gastos financieros netos han de referirse a las entidades individualmente consideradas o al que hemos denominado subgrupo fiscal. Con todo, no parece que la regla de excepción a favor de las entidades crediticias y aseguradoras deba perturbar la referencia al grupo fiscal como unidad de referencia para el cálculo del límite, y por ello parece pertinente considerar el subgrupo fiscal.

Ahora bien, la regla sí resuelve otra cuestión, a saber, si los intereses pagados a las entidades crediticias o aseguradoras por las restantes entidades del grupo fiscal deben formar parte de los gastos financieros netos. Como hemos visto, la respuesta es negativa, lo que coloca a las entidades no crediticias ni aseguradoras del grupo fiscal en una situación de ventaja respecto del resto de las entidades, ya que los gastos financieros derivados de la financiación procedente de entidades crediticias o aseguradoras del grupo fiscal no se someten al límite. En la práctica, tal regla implica que las entidades no de crédito de grupos fiscales en los que se integren entidades de crédito y aseguradoras, quedan al margen de la limitación. Bastará, en efecto, financiar a las entidades en cuestión a través de las entidades de crédito que forman parte del grupo fiscal.

En lo que concierne al *beneficio operativo* la Resolución indica que *será el correspondiente a las entidades que no tienen la consideración de entidades de crédito*, lo que parece coherente, y añade que deberán tomarse en cuenta *las eliminaciones e incorporaciones que corresponda realizar por su pertenencia a todo el grupo de consolidación fiscal*. Por tanto, parece claro que el *beneficio operativo* ha de proyectarse respecto del subgrupo fiscal no crediticio ni asegurador.

Ahora bien, según la Resolución, también deberán tomarse en consideración las eliminaciones e incorporaciones imputables a operaciones realizadas con las entidades crediticias y aseguradoras, las cuales, lógicamente, irán referidas, en cuanto deben incidir sobre el resultado de explotación, a operaciones no financieras.

### 3.5.3. Entidades extinguidas

La limitación no se aplica, de acuerdo con el artículo 20.6 b), *en el periodo impositivo en el que se produzca la extinción de la entidad*. Esta excepción, introducida por el Real Decreto-Ley 20/2012, es de todo punto lógica. En efecto, si la limitación se contempla a modo de ajuste temporal, no debe aplicarse cuando el ajuste no podrá ya recuperarse, justamente a causa de la extinción.

La excepción solamente va referida al periodo impositivo de la extinción, pero no al anterior, incluso si la extinción se realiza antes de que finalice el plazo para presentar la declaración correspondiente al mismo, y, por tanto, se tenga también la certeza de la imposibilidad de recuperación.

Los saldos de gastos financieros netos pendientes de recuperación en el momento de la extinción de la entidad no son trasladables a los socios. Sucede así con cualquier incentivo fiscal calculado como deducción de la cuota o con la compensación de bases imponibles negativas, que se hallaren pendientes de aplicación. Por tanto, lo que nace como un ajuste temporal puede morir como un ajuste definitivo, y de ahí que pueda darse el caso de que una entidad haya debido tributar en el conjunto de los periodos impositivos en los que ha existido, aun sin tener beneficios. Es difícil pronosticar si este caso será frecuente o anecdótico, pero no lo es que afectará en mayor medida a las entidades que tributen en régimen individual y que encuentren dificultades de financiación, ya que, en efecto, la pertenencia a un grupo, y mucho más si este es multinacional, ofrece un extenso abanico de alternativas de financiación, lo que, desde luego, no acontece respecto de las entidades individuales.

La única posibilidad de recuperar el ajuste después de la extinción es que la misma se produzca a consecuencia de una fusión amparada por el régimen especial del Capítulo VIII del Título VII, del TRLIS<sup>8</sup>, pues la entidad resultante se subroga en el derecho a la deducción de los gastos financieros netos pendientes de aplicación. Ahora bien, una operación de fusión que no tuviera otra razón de ser que la subrogación en el derecho a la recuperación podría ser considerada realizada para obtener una ventaja fiscal ilegítima incidiendo así en la norma antiabuso del artículo 96.2 del TRLIS<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Este régimen es en realidad, por su esencia, el régimen general, pues si con ocasión de una fusión hubieran de tributar las plusvalías latentes de la entidad absorbida, el Impuesto sobre Sociedades sería un obstáculo infranqueable para su realización.

<sup>9</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2012 (NFJ048135), que estima realizada en fraude fiscal una operación de fusión en la que una sociedad que ha sufrido importantes pérdidas y ha devenido prácticamente inactiva absorbe a otra activa.

No sería, ciertamente, equitativo que disfrutara de la recuperación un sujeto pasivo distinto del que sufrió la no deducción de los gastos financieros netos, aunque tampoco lo es, mientras el hecho imponible siga siendo la obtención de renta, que decaiga la posibilidad de recuperación. El punto de equilibrio consiste en devolver a la entidad que se extingue los impuestos que hubo de pagar a causa de la limitación, pero la norma nada prevé en tal sentido.

En fin, habida cuenta, precisamente, de esa posibilidad de recuperación, el artículo 20.6 b) exceptúa la regla de no aplicación de la limitación, cuando la extinción *sea consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII*.

La regla de no aplicación de la limitación también se exceptúa cuando la extinción *se realice dentro de un grupo fiscal y la entidad extinguida tenga gastos financieros pendientes de deducir en el momento de su integración en el mismo*, pues así se abre la posibilidad de recuperar esos gastos financieros netos en el periodo impositivo de la extinción.

### 3.6. Franquicia

El párrafo cuarto del apartado 1 del artículo 20 establece que, *en todo caso, serán deducibles gastos financieros netos del periodo impositivo por importe de 1 millón de euros*, y el Real Decreto-Ley 20/2012 ha introducido una regla para modular ese importe en proporción a la duración del periodo impositivo, cuando aquella sea inferior al año que, por su naturaleza aclaratoria, bien habría podido dejarse a la Resolución, la cual precisa en su apartado sexto que la franquicia deberá *calcularse a nivel del grupo de consolidación fiscal*, estableciendo así un criterio interpretativo de gran enjundia que tal vez, este sí, hubiera debido anidar en el Real Decreto-Ley 20/2012.

Nótese que el artículo 20.4 establece que *en el régimen de consolidación fiscal, el límite previsto en este artículo se referirá al grupo fiscal*, de manera tal que no menciona expresamente a la franquicia. La Resolución, por tanto, ha interpretado que la franquicia forma parte del límite. Esta interpretación es, desde luego, admisible, pero también lo es su contraria, y de ahí la oportunidad de haber zanjado normativamente la cuestión.

La referencia de la franquicia al grupo fiscal es acorde con la consideración del mismo como sujeto pasivo, pero adversa a la forma en cómo se determina la base imponible consolidada, partiendo de las bases imponibles individuales, y, por lo tanto, de los ingresos y gastos, financieros también, individuales.

El efecto práctico de referir la franquicia al grupo fiscal puede ser muy importante, tanto como para pasar de la total deducción de gastos financieros netos muy superiores a 1 millón de euros, tomando en consideración a todas las entidades del grupo fiscal, a restringir la deducción a esa cifra. Podría seguirse de ahí un argumento de discriminación contra las entidades que se integran en un grupo fiscal. Pero el efecto práctico de referir la franquicia a todas y cada una de las entidades del grupo fiscal también podría suscitar el reproche de discriminación opuesto, habida cuenta que el grupo fiscal tiene la consideración de sujeto pasivo.

En cualquier caso, parece claro que la franquicia, tal y como está construida e interpretada administrativamente, alienta la fragmentación de la titularidad de las actividades empresariales y la no tributación en régimen de consolidación, efectos ambos que, seguramente, estaban muy lejos de la intención del legislador, quien, probablemente, haya visto en la franquicia solamente el instrumento práctico para excluir de la limitación a un gran contingente de entidades de reducida dimensión. En tal caso, el camino más acertado hubiera sido excluir de la limitación a las empresas de reducida dimensión del Capítulo XII del Título VII del TRLIS, lo que hubiera obviado la confrontación de la franquicia con el régimen de los grupos fiscales.

### 3.7. Relaciones con otras normas o regímenes

El límite del nuevo artículo 20 del TRLIS traba un conjunto de relaciones, explícitas o implícitas, con otras normas o regímenes fiscales.

#### 3.7.1. Relación con el artículo 14.1 h) del TRLIS

La relación entre el artículo 20 y el artículo 14.1 h) es doble.

Por una parte, los gastos financieros no deducidos por aplicación del artículo 14.1 h) no serán considerados a los efectos de determinar el importe de los gastos financieros netos del artículo 20. El artículo 14.1 h) se aplica en primer lugar, de manera tal que el obligado tributario no puede elegir entre uno y otro. Nótese que los intereses afectados por el artículo 14.1 h) son todos los que se devenguen mientras se mantenga la situación inicial, esto es, la participación adquirida intragrupo mediante financiación intragrupo, por tanto, no solo los devengados en el periodo impositivo de la transmisión.

Por otra parte, los dividendos y participaciones en beneficios procedentes de las participaciones así adquiridas y financiadas no serán tomados en consideración en relación con la determinación del beneficio operativo o base de cálculo del límite.

En consecuencia, incidir en el supuesto de hecho del artículo 14.1 h) es muy gravoso. Primero porque los intereses afectados no son deducibles, y segundo porque los rendimientos de la participación adquirida no se computan para el beneficio operativo.

A partir de esta elemental constatación se abren diversas estrategias en orden a elevar el beneficio operativo mediante los dividendos y participaciones en beneficios.

La irreprochable es aquella estrategia en que la adquisición de la cartera de valores responde a una motivación empresarial y sus circunstancias no inciden en el supuesto de hecho del artículo 14.1 h), y la reprochable es aquella otra en que la adquisición tiene la exclusiva motivación de elevar el beneficio operativo, e incide en las circunstancias del artículo 14.1 h), por más que sea obvio que las entidades

no la realizarán, salvo error, pero entre ambos extremos cabe situar a todas aquellas estrategias que, destinadas a engrosar el beneficio operativo, no inciden en las circunstancias del artículo 14.1 h), entre otras las adquisiciones mediante aportación intragrupo y las adquisiciones mediante financiación externa, cuyos intereses, por otra parte, no están contemplados en el supuesto de hecho del artículo 14.1 h), excepto si inciden en la figura del endeudamiento indirecto con entidades del grupo mercantil y así se prueba.

El tiempo dirá si la motivación exclusivamente fiscal suscitará, o no, rechazos administrativos judicialmente confirmados, pero la sola posibilidad de los mismos insinúa que la construcción del artículo 14.1 h), al tiempo que ilumina unas zonas de irregularidad desliza otras de penumbra.

### 3.7.2. Relación con el artículo 16 del TRLIS

Por aplicación del artículo 16 del TRLIS, los intereses derivados de una operación financiera intragrupo pueden ser modificados a efectos de la determinación de la base imponible. Así, un interés pactado entre partes vinculadas por encima del mercado dará lugar a un ajuste del mismo en sede de las entidades prestataria y prestamista mediando, además, la pertinente recalificación, que adoptará distintos contenidos a tenor de las distintas posiciones jurídicas de las entidades concernidas.

La cuestión que se plantea es si los intereses afectados por la aplicación del artículo 16 deben o no tomarse en consideración a los efectos del límite del artículo 20 del TRLIS. Puesto que la contabilidad ordena reflejar las operaciones vinculadas por su valor razonable (norma 21.<sup>a</sup> del PGC), y este no parece que pueda ser cosa distinta del valor normal de mercado, pudiera aducirse que tal cuestión no se planteará, o que solo lo hará si la contabilidad se lleva incorrectamente, lo que conduce a la solución de la cuestión planteada. En efecto, cuando el artículo 20 del TRLIS se refiere a los gastos financieros netos lo hace respecto de los que han sido correctamente contabilizados, de manera que si la contabilización no hubiera sido correcta será preciso llegar a la cifra pertinente para operar sobre la misma en orden a la aplicación de dicho precepto.

El criterio precedente se halla en línea con la interpretación contenida en la Resolución, la cual indica que *se deberán tener en cuenta los ajustes sobre gastos o ingresos financieros que pudieran resultar por aplicación de la normativa relativa a precios de transferencia, de acuerdo con el artículo 16 del TRLIS*, si bien la Resolución no menciona la normativa contable, a diferencia de algunas contestaciones a consultas vinculadas de la propia Dirección General de Tributos relacionadas con la materia de operaciones vinculadas, las cuales ilustraron con precisión y acierto la relación que existe entre la normativa contable y la normativa fiscal, en materia de operaciones vinculadas.

La Resolución del TEAC de 30 de mayo de 2012 añade nuevas perspectivas, al recoger y dar por bueno el criterio contenido en el Informe A/2/3/08 de la Subdirección de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica, a cuyo tenor *el artículo 20 es un caso particular de precios de transferencia y por ello siempre queda la posibilidad de regularizar por la vía del artículo 16, que a diferencia del artículo 20, traslada la carga de la prueba a la Administración que deberá probar que la estructura*

*de capital no responde al principio de libre competencia. Y en ese supuesto, se regularizará en todo aquello que exceda de la estructura que responde a dicho principio.*

Aun cuando el fundamento jurídico de la regularización practicada (consistente en imputar fondos propios a un establecimiento permanente financiero, con el consiguiente efecto reductor sobre los gastos financieros fiscalmente deducibles), no fue el artículo 16 del TRLIS sino el 18.1 c) del TRLIRNR, el párrafo referido reviste gran importancia práctica, y, por otra parte, se inserta en una corriente doctrinal alentada por el profesor FALCÓN Y TELLA quien había opinado que la inaplicación de la norma antisubcapitalización (antiguo art. 20 del TRLIS) frente a la Unión Europea *no impide que se realice una recalificación basada en la norma sobre precios de transferencia (art. 16 del TR del IS). La aplicación de esta norma exige que la Administración pruebe que el préstamo no se habría concedido por un tercero independiente en condiciones normales de mercado*<sup>10</sup>.

La cuestión que ahora se plantea es si esta doctrina también ha de entenderse válida en el contexto normativo establecido por el Real Decreto-Ley 12/2012, relativo a la deducción de intereses.

Ahora, ciertamente, el artículo 20 no se puede considerar como un caso particular de los precios de transferencia, pero el artículo 16 del TRLIS permanece incólume, y de ahí que puedan entreeverse dos posturas interpretativas:

- El artículo 16 se aplicará en relación con los préstamos de carácter vinculado, de manera tal que si esos préstamos no hubieran podido ser obtenidos de un banquero independiente los intereses correspondientes al exceso deberán incorporarse a la base imponible, y procederá la calificación de los mismos, sea como beneficio distribuido o aportación de capital, básicamente, según los casos. En tal caso, los intereses afectados no se computarán a efectos de determinar los gastos financieros netos en el sentido del artículo 20.
- La nueva redacción del artículo 20, referida a todo tipo de gastos financieros, impide hacer cualquier distinción por razón de la fuente financiera, esto es, ya sea la misma vinculada o tercera.

El debate no es, en modo alguno, puramente teórico, pues el efecto cuantitativo de una y otra postura interpretativa es bien diferente. La primera, en efecto, determinará una mayor restricción a la deducción de gastos financieros, ya que implica la acumulación, aunque no el solapamiento, de dos restricciones, a saber, la derivada del 16 y la procedente del artículo 20, ambos del TRLIS.

En el fondo, lo que ocurre es que la nueva redacción del artículo 20 del TRLIS se sitúa en un terreno totalmente distinto del concerniente a las operaciones entre empresas vinculadas, de manera tal que deja, por así decirlo, una parcela al imperio del artículo 16, a saber, el concerniente a la financiación vinculada.

Ahora bien, en el artículo 16 no hay la menor orientación respecto de la forma en cómo ha de aplicarse esa corrección de una estructura financiera por razón de los préstamos vinculados. Ningun-

<sup>10</sup> FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, pág. 243.

no de los métodos de valoración es útil al respecto, más allá de la cobertura que pueda prestar el engarce con el principio de libre concurrencia la doctrina del banquero independiente.

Los británicos han venido aplicando tradicionalmente la técnica del banquero independiente, y tal vez dicha técnica sea la más pertinente en el ámbito de las relaciones financieras vinculadas, pero en la legislación española nunca ha tenido reconocimiento positivo explícito.

### 3.7.3. *Relación con la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS*

Tratándose de participaciones sobre empresas del grupo del artículo 42 del Código de Comercio, el deterioro se determina tomando en consideración la disminución de fondos propios, *siendo corregida dicha diferencia, en su caso, por los gastos del ejercicio que no tengan la consideración de fiscalmente deducibles*. Por tanto, los gastos financieros que resulten no deducibles por aplicación del límite del artículo 20 deberán ser tomados en consideración a los efectos de calcular el deterioro en el sentido del artículo 12.3 del TRLIS. Si en un ejercicio posterior pueden ser aplicados deberá efectuarse el ajuste de signo contrario, con la consiguiente repercusión sobre la partida fiscalmente deducible.

Si la entidad participada pertenece a un grupo fiscal, también ha de determinarse y aplicarse la partida fiscalmente deducible por deterioro del artículo 12.3 del TRLIS, cuyo importe, naturalmente, habrá de ser calculado teniendo en cuenta tal circunstancia, esto es, *considerando su pertenencia a un grupo de consolidación fiscal*, en los términos de la Resolución.

### 3.7.4. *Relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*

La no deducción de los intereses afectados por el límite determina doble imposición en el IRPF, siquiera sea mientras los gastos financieros netos no deducidos permanezcan en tal condición. Por tanto, junto a la doble imposición de dividendos (exceptuados los acogidos al límite exento), nace la doble imposición, tal vez transitoria, de intereses.

El artículo 46 de la Ley 35/2006 establece que *formarán parte de la renta general los rendimientos del capital mobiliario previstos en el apartado 2 del artículo 25 de esta Ley correspondientes al exceso del importe de los capitales propios cedidos a una entidad vinculada respecto del resultado de multiplicar por tres los fondos propios, en la parte que corresponda a la participación del contribuyente, de esta última*, de manera tal que imputa a la renta general, en lugar de a la renta del ahorro, los intereses, así acotados, derivados de préstamos realizados por los socios, personas físicas a su sociedad.

Los intereses de los préstamos que los socios hacen a la sociedad forman parte de los gastos financieros netos del artículo 20, y, consiguientemente, están afectados por el límite previsto en el mismo, con independencia de que, a efectos del IRPF, se integren en la renta general o en la renta del ahorro. La doble imposición es palmaria, tanto si los intereses tributan como renta del ahorro o si lo hacen como renta general.

### 3.7.5. *Relación con el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes*

Los intereses satisfechos a no residentes estarán sujetos al IRNR, aun cuando no sean fiscalmente deducibles, ya que la sujeción no está supeditada a la deducción en el Impuesto sobre Sociedades. Al tiempo, podrán disfrutar de la exención prevista en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR.

Por otra parte, la renta imputable a los establecimientos permanentes, en cuanto se determina de acuerdo con las normas previstas en el Impuesto sobre Sociedades, estará afectada también por el límite del artículo 20. No obstante, los intereses que no sean deducibles por aplicación de las normas específicas de dicho impuesto no deberían tomarse en consideración para determinar el importe de los gastos financieros netos.

### 3.7.6. *Relación con la base imponible del IRPF*

De acuerdo con el artículo 28 de la Ley 35/2006, el rendimiento neto de las actividades económicas se determina según las normas del Impuesto sobre Sociedades. Por tanto el límite del artículo 20 será aplicable.

Es de notar que, en la redacción del artículo 20 prevista en el Real Decreto-Ley 12/2012, el límite se aplicaba en relación con los gastos financieros derivados de los préstamos recibidos por entidades integradas en un grupo mercantil o, caso de no estarlo, respecto de los préstamos recibidos de los socios significativos, de manera tal que un empresario individual no reunía las características que habilitaban la restricción a la deducción de intereses.

Tras la redacción dada al artículo 20 por el Real Decreto-Ley 20/2012, los empresarios individuales están afectados por la limitación, puesto que las referidas características han desaparecido. Seguramente la franquicia aliviará a la mayor parte de los obligados tributarios.

## 4. ASPECTOS INTERNACIONALES

La relación de los artículos 14.1 h) y 20 con los convenios bilaterales y el ordenamiento comunitario es de la mayor importancia, pues si no fueran aplicables o su aplicación estuviera restringida en alguna forma, gran parte de su cometido quedaría frustrado.

### 4.1. **Relación con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición**

Los artículos 14.1 h) y 20 pueden provocar doble imposición en relación con personas o entidades que tienen derecho a la aplicación de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

Nótese que el interés rechazado como fiscalmente deducible por el artículo 14.1 h) podrá ser ingreso computable en una entidad vinculada residente en un Estado con el que España ha concluido un convenio para evitar la doble imposición, y lo propio puede ocurrir, aunque de manera difusa, en relación con el artículo 20. Ese efecto es intrínsecamente opuesto al espíritu y finalidad de los convenios bilaterales para evitarla<sup>11</sup>, pero no necesariamente a sus mandatos.

En efecto, esos artículos no perturban la distribución de la potestad tributaria entre los Estados contratantes que es, en rigor, el núcleo duro de los convenios bilaterales, ya que la protección de los contribuyentes contra la doble imposición ocupa solo un segundo lugar<sup>12</sup>. Ningún precepto de los convenios bilaterales se puede oponer a la aplicación de esos artículos, pues ni inciden sobre rentas pagadas a no residentes en territorio español, ni provocan una doble imposición de la naturaleza de aquellas que son tratadas por dichos convenios. En efecto, la doble imposición que desencadenan esos preceptos no es la doble imposición jurídica (gravar dos veces la misma renta en la misma persona), ni la derivada de un ajuste entre partes vinculadas, ni, en fin, la doble imposición económica de dividendos. Se trata de una doble imposición de nuevo cuño, refractaria a su confrontación con las normas de los convenios para evitar la doble imposición.

Esos artículos tampoco determinan efectos discriminatorios ya que se aplican sin distinción de la residencia o nacionalidad de los prestamistas y cualquiera que sea la residencia o nacionalidad de los socios de la entidad afectada por la restricción.

No obstante, ante esta forma novedosa de doble imposición, podría postularse la apertura de un procedimiento amistoso, de acuerdo con lo previsto en el artículo del convenio bilateral aplicable que siga la previsión del artículo 25.3 del Modelo de Convenio, a cuyo tenor *las autoridades competentes... también podrán ponerse de acuerdo para tratar de eliminar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio*. Se trata del procedimiento amistoso legislativo, el cual permite a las autoridades fiscales competentes tratar supuestos de doble imposición que no se encuentren dentro del ámbito de aplicación del convenio<sup>13</sup>.

Mas concebido el artículo 14.1 h) a modo de norma antiabuso específica y el artículo 20 como determinante de una no deducción temporal, aun cuando pueda degenerar en una definitiva, se puede intuir que la autoridad fiscal española no será proclive a la negociación amistosa. En efecto, por lo que se refiere al primero, la letra d) del artículo 8.2 del Reglamento de Procedimientos Amistosos establece que se podrá denegar la iniciación del procedimiento amistoso *cuando se tenga constancia de que la actuación del obligado tributario trataba de evitar una tributación en alguno de los Estados afectados*, circunstancia que es consustancial con la función y aplicación del mismo, y en lo que hace al segundo, la letra c) permite tal denegación *por ser una cuestión de derecho interno y no una divergencia o discrepancia en la aplicación de un convenio*.

<sup>11</sup> COLLADO YURRITA, M.A.: *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, pág. 18.

<sup>12</sup> SERRANO ANTÓN, F.: «La interpretación de los convenios de doble imposición internacional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: la función de los comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio», *RCyT*, CEF, núms. 341-342.

<sup>13</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, págs. 84 y 204.

Ciertamente, el punto décimo del Manual sobre el Procedimiento Amistoso Eficaz (OCDE 2007) establece que, *en general, no debe denegarse el acceso al PA porque una o ambas autoridades hayan calificado la transacción considerada como realizada en fraude de ley. En estos casos, la denegación del acceso al PA podría tener efectos punitivos, en la medida en que se evitará que se elimine la doble imposición o una imposición contraria al CDI*, y, desde luego, es deseable evitar la doble imposición, pero ello no desmerece la opinión expuesta en el párrafo precedente, habida cuenta de que el Manual carece de fuerza jurídica vinculante.

Cegada la puerta del procedimiento amistoso también lo está la de un eventual arbitraje.

## 4.2. Relación con el ordenamiento comunitario

El principio de no discriminación es la piedra angular del ordenamiento comunitario, de manera tal que las libertades comunitarias son expresión del mismo en los dominios a los que se refieren. Las sentencias del Tribunal de Justicia en materia de imposición directa básicamente han dilucidado el efecto de esas libertades respecto de las normas nacionales concernientes a esa materia<sup>14</sup>.

En apretada síntesis, y para lo que aquí interesa, puede decirse que el Tribunal de Justicia ha sentenciado que el principio de no discriminación o las libertades comunitarias se oponen a las normas fiscales nacionales que otorgan peor trato a una situación intracomunitaria respecto de una situación interna, siendo ambas comparables<sup>15</sup>.

En consecuencia, puesto que los artículos 14.1 h) y 20 tratan por igual a las situaciones internas e intracomunitarias, sin hacer distinciones por razón de la residencia o nacionalidad de las personas o entidades involucradas en las mismas, no parece que las libertades comunitarias y el principio de no discriminación se opongan a los citados artículos.

Cuestión distinta es que el precio de esta inmunidad frente al ordenamiento comunitario sea la generación de una doble imposición en operaciones interiores que, en sí mismas, no pueden suponer quebranto para la Hacienda Pública española, incurriéndose así en esa línea de política fiscal denominada por la doctrina la competencia fiscal inversa<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No discriminación y libertades básicas» (en *Convenios Fiscales Internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, obra dirigida por CARMONA FERNÁNDEZ), pág. 600.

<sup>15</sup> Véase, entre otras muchas, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia *Comisión Europea/Reino de España [C-269/09 (NFJ047562)]* en la que la restricción a la libertad de circulación se construye comparando las situaciones comunitaria y puramente interna, en relación con las consecuencias fiscales del traslado del domicilio por las personas físicas; o la Sentencia *Grid [C-371/10 (NFJ045002)]*, donde ante la liquidación y cobro de la tributación sobre plusvalías latentes con motivo del traslado de sede social, se fundamenta la restricción en que *el traslado de la sede de dirección efectiva de una sociedad neerlandesa a otro Estado miembro conlleva la tributación inmediata de las plusvalías latentes correspondientes a los activos trasladados, sin que tales plusvalías sean objeto de gravamen cuando una sociedad de este tipo traslada su sede dentro del territorio neerlandés*.

<sup>16</sup> GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. y HERRERA MOLINA, P.: «El Tribunal de Justicia ante una encrucijada: ¿Rectificar la Jurisprudencia o Desintegrar la Fiscalidad Internacional en Europa?» (en *Estudios sobre Fiscalidad Internacional Comunitaria*, obra dirigida por COLLADO YURRITA, M.A. y MORENO GONZÁLEZ, S.).

#### 4.2.1. Libertad de movimiento de capitales

No obstante, sí podría atisbarse una restricción objetiva a la libertad de movimiento de capitales, esto es, no deducida de la comparación de la fiscalidad de las situaciones interna e intracomunitaria, sino del efecto económico de la medida en sí misma.

El artículo 14.1 h), de entrada, impide la deducción de intereses de los pasivos financieros tomados para realizar una aportación de capital, lo que desalienta la operación financiera consistente en tomar capital a préstamo en un Estado miembro (España) y aplicarlo a la realización de actividades económicas en otro. Este efecto perturba la libertad de movimiento de capitales, pues los operadores se verán forzados a desistir de una determinada operación financiera. Se aducirá que bajo la prueba de la motivación económica los operadores podrán liberarse de la penitencia fiscal, pero probar motivos no es lo mismo que probar hechos, de manera tal que la incertidumbre estará inevitablemente presente, y esta es un enemigo del cálculo económico racional.

Los supuestos de hecho a los que el artículo 14.1 h) asocia la restricción a la deducción de intereses, objetivamente considerados, no tipifican operaciones fraudulentas, aun cuando bajo la concurrencia de determinadas circunstancias sí puedan serlo. Podría la norma haber incorporado estas circunstancias, y así limitar su radio de acción a lo estrictamente fraudulento, pero no lo ha hecho, arrojando sobre la Administración tributaria la pesada carga de discernir la existencia de motivación económica, y sobre los operadores la incertidumbre del resultado de ese discernimiento. Lo previsible es que los operadores procurarán soslayar estas operaciones, tanto si realmente son fraudulentas como si no lo son, y de ahí el posible conflicto, larvado, en relación con la libertad de movimiento de capitales.

Pues bien, a pesar de que la no deducción de intereses ordenada por el artículo 14.1 h) pueda perturbar la realización de operaciones intracomunitarias que caigan bajo su campo de aplicación, lo cierto es que al otorgarles un tratamiento idéntico que a las puramente internas, no habrá restricción a la libertad de movimiento de capitales, tal y como la viene entendiendo el Tribunal de Justicia en el ámbito de la imposición directa. Pero incluso si pudiere apreciarse un obstáculo a la libertad de movimiento de capitales, muy probablemente operaría la causa de justificación consistente en la necesidad de luchar contra el fraude o la evasión fiscal<sup>17</sup>.

#### 4.2.2. Elevación del coste de uso del capital

El artículo 20 tiene por efecto aumentar el coste de uso del capital<sup>18</sup>, en la medida en que parte de los intereses no serán fiscalmente deducibles. Al elevar la fiscalidad de las actividades económicas puede suponer un freno a las mismas y, por ende, disuadir a los operadores económicos de ejercitar el derecho de establecimiento en España. Ahora bien, ese efecto no es distinto del que provoca un tipo

<sup>17</sup> Véase, entre otras muchas, la Sentencia *Cadbury Schweppes* [C-196/04 (NFJ023535)].

<sup>18</sup> *Taxation Trends in Europe* (2012). Ya antes de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 12/2012, España estaba entre los países de la Unión Europea en los que el Impuesto sobre Sociedades tenía una mayor incidencia sobre ese coste.

nominal de gravamen comparativamente elevado, y, desde luego, nunca se ha entendido que de ahí se derivara conflicto en relación con la libertad de establecimiento o de movimiento de capitales.

#### 4.2.3. Doble imposición

Tanto el artículo 14.1 h) como el 20 provocan, potencialmente, doble imposición, en la medida en que los intereses cuya deducción se rechaza serán ingreso computable en sede del prestamista. Esta doble imposición puede afectar a entidades residentes en algún Estado miembro. La doble imposición es contraria al correcto funcionamiento del mercado interior<sup>19</sup>, pero no está expresamente prohibida en la normativa comunitaria con carácter general<sup>20</sup>.

#### 4.2.4. Directiva de intereses y cánones

Los artículos 14.1 h) y 20 también desencadenan una carga fiscal sobre unos intereses que, eventualmente, pueden ser percibidos por una matriz residente en algún Estado miembro, de manera tal que podría entenderse vulnerada la Directiva 2003/49/CE, relativa a la tributación de intereses y cánones pagados entre compañías asociadas residentes en Estados miembros diferentes. La Sentencia del Tribunal de Justicia *Scheuten Solar Technology GmbH* [C-397/09 (NFJ043480)], de 21 de julio de 2011, aborda un caso concerniente a la citada Directiva que guarda cierta relación de similitud con la materia que ahora nos ocupa.

Como es sabido, la Directiva 2003/49/CE establece que *los pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos (ya sean recaudados mediante retención a cuenta o mediante estimación de la base imponible) en dicho Estado de origen*, producidos en el contexto de las relaciones financieras entre empresas asociadas. Pues bien, desde 2002 rige en Alemania el denominado *Impuesto sobre actividades económicas* cuya base imponible se forma sumando al beneficio imponible determinado según el *Impuesto sobre Sociedades* la mitad de los intereses pagados, entre los cuales pueden encontrarse los pagados a una empresa asociada residente en otro Estado miembro, y sobre ellos versa la cuestión prejudicial.

La entidad recurrente alegó ante el tribunal alemán que planteó la cuestión prejudicial que la norma alemana provocaba la doble imposición económica de los intereses, pues los mismos se gravarían en sede de la filial alemana y posteriormente en sede de la matriz holandesa, con lo cual se burlaría el objetivo de la Directiva 2003/49/CE.

La sentencia del Tribunal de Justicia acepta que el objetivo de la directiva es eliminar la doble imposición, pero no la de carácter económico (gravar la misma renta en sede de dos personas distintas) sino la jurídica (gravar la misma renta dos veces en sede de la misma persona).

<sup>19</sup> VANISTENDAEL: *The Crisis: A Window of Necessity for EU Taxation*, sugiere la necesidad de introducir el principio de no doble imposición y las medidas para hacerlo efectivo.

<sup>20</sup> SERVAAS VAN THIEL: *The Direct Income Tax Case Law of the European Court of Justice: Past Trends and Future Developments*.

En este sentido el Tribunal, mediante una interpretación lógica del texto concernido (art 1.1 de la Directiva 2003/49/CE), llega a la conclusión de que esa norma versa exclusivamente sobre la tributación del acreedor en cuanto beneficiario efectivo de los cánones e intereses, y como quiera que el impuesto alemán no le afecta en el sentido de que no mengua sus ingresos, sentencia que no hay conflicto entre la Directiva 2003/49/CE y la no deducción parcial de intereses en el *Impuesto sobre actividades económicas* alemán.

La argumentación precedente puede ser trasladada al artículo 20. En efecto, este precepto puede agravar la tributación del deudor de los intereses, pero no la del perceptor o acreedor. Por tanto, la nueva redacción del artículo 20 del TRLIS no infringiría la Directiva 2003/49/CE.

#### 4.2.5. La aplicación del Convenio de Arbitraje

La eliminación de la doble imposición es uno de los objetivos perseguidos por la armonización de la imposición directa<sup>21</sup>, y el Convenio de Arbitraje, aun cuando no pertenezca en sentido estricto al ordenamiento comunitario derivado, es una de las manifestaciones de aquel<sup>22</sup>.

El procedimiento arbitral tiene por objeto corregir la doble imposición que se deriva de una regularización practicada al amparo de normas relativas a las operaciones entre empresas vinculadas (art. 4 del Convenio de Arbitraje), y no cabe cuando media la imposición de una sanción grave (art. 8 del Convenio de Arbitraje), teniendo en España *dicha consideración las sanciones administrativas por infracciones tributarias graves y muy graves, así como las penas en el caso de delitos contra la Hacienda Pública* (art. 21.2 del Reglamento de Procedimientos Amistosos).

La doble imposición que se deriva del artículo 20 puede producirse tanto en sede de entidades vinculadas como no vinculadas, de manera tal que podría pensarse que, en el primer caso, cabría el procedimiento arbitral. Se estima que esta apreciación no es correcta. En efecto, si bien es cierto que la materia de la subcapitalización está comprendida en el ámbito de las operaciones vinculadas en el sentido del artículo 4 de la Convención de Arbitraje, el artículo 20 rebasa ese ámbito puesto que las correcciones derivadas de su mandato no se atienen al *principio de plena competencia*<sup>23</sup>. La autoridad fiscal española no podría, bajo ningún concepto, admitir un ajuste distinto del derivado de la estricta aplicación del artículo 20, por más que se demostrara que la situación financiera de la entidad afectada fuera perfectamente congruente con el principio de libre competencia, e incluso que estuviera supercapitalizada en relación con el grupo mercantil al que pertenece.

La doble imposición que provoca la aplicación del artículo 14.1 h) se produce, necesariamente, entre entidades vinculadas, pero el ajuste derivado del mismo no tiene su fundamento en el principio de libre competencia sino en una presunción de fraude que puede ser combatida por el obligado tributario, de manera tal que no cabe aplicar del Convenio de Arbitraje.

<sup>21</sup> Comunicación de la Comisión. La coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros en el mercado interior. COM (2006)823.

<sup>22</sup> LÓPEZ RIBAS, S.: «Procedimientos amistosos en materia de Imposición Directa», *Crónica Tributaria*, 131/2009.

<sup>23</sup> Código de Conducta revisado para la aplicación efectiva del Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas (2009/C 322/01), apartado 1.1.b.

Por tanto, en materia de gastos financieros, el Convenio de Arbitraje será aplicable respecto de las correcciones practicadas al amparo del artículo 16, pero no en relación con las practicadas por aplicación de los artículos 20 y 14.1 h), todos ellos del TRLIS, puesto que ambos preceptos campan al margen del principio de libre concurrencia, que es, precisamente, el que, para evitar su preterición, atrae la aplicación del Convenio de Arbitraje, dándose así, seguramente de manera no buscada, el fenómeno, espigado por la doctrina española<sup>24</sup>, de la huida de su ámbito de aplicación.

## 5. LA CAPITALIZACIÓN EMPRESARIAL

La exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012 afirma que las medidas aprobadas contribuirán, siquiera sea de manera indirecta, a la capitalización de las empresas. Enlaza esta aspiración con la recomendación contenida en el *Memorando de entendimiento*, a cuyo tenor se invita a España a reducir las distorsiones fiscales que estimulan el endeudamiento<sup>25</sup>.

Lo que el *Memorando* pide no es que se adopten medidas que inviten a la capitalización, sino que se depuren aquellas que inciten al endeudamiento, esto es, pide neutralidad. Nada nuevo, pues hace casi veinte años el Libro Blanco para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades ya abordó la cuestión de la neutralidad de las fuentes de financiación<sup>26</sup>.

¿Contribuirán a la neutralidad en la elección de las fuentes de financiación las medidas que cercenan la deducción de intereses? ¿Militarán a favor de la capitalización? ¿Provocarán una disminución del endeudamiento?

Sabido es que el Impuesto sobre Sociedades, aisladamente considerado, favorece la financiación mediante endeudamiento<sup>27</sup>, por cuanto la remuneración de los pasivos financieros es fiscalmente deducible y la de los fondos propios no lo es. Sin embargo, lo que ha de considerarse es ese impuesto conjuntamente con los restantes que integran el sistema de imposición sobre la renta, singularmente con el IRPF. También debería prestarse atención a la traslación del Impuesto sobre Sociedades, cuestión esta perennemente debatida<sup>28</sup>. A reservas de las dificultades inherentes a la materia, se ofrecen un conjunto de reflexiones.

### 5.1. Financiación interior

Cuando la financiación proviene de personas o entidades residentes en territorio español, la limitación del artículo 20 crea doble imposición que cristaliza en el mismo sistema fiscal. La cues-

<sup>24</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, pág. 244.

<sup>25</sup> Apartado 31 del Memorandum of Understanding on Financial-Sector Policy Conditionality.

<sup>26</sup> Capítulo I. Principios para la reforma del Impuesto sobre Sociedades. El Principio de Neutralidad.

<sup>27</sup> DE MOOIJ: *Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions*.

<sup>28</sup> SEVILLA SEGURA, V.: «Política y Técnica Tributarias», Lección 12.

ción es si esa doble imposición puede conducir, y bajo qué condiciones y efectos, al fortalecimiento de los fondos propios. Así podría pensarse que esa doble imposición compensaría la doble imposición de dividendos y por este camino se alcanzarían cotas de neutralidad en las fuentes de financiación.

### 5.1.1. Financiación procedente de personas físicas

Si se contempla el sistema de imposición sobre la renta, se aprecia que la remuneración de los fondos propios, básicamente dividendos, sufre una mayor tributación que la de los pasivos financieros, básicamente intereses, ya que la primera tributa dos veces, una por el Impuesto sobre Sociedades y otra por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (exceptuado el importe exento), en tanto que la segunda solamente tributa por este último. Por tanto, es cierto que el sistema de imposición sobre la renta, en su conjunto, incita al endeudamiento.

Esta característica estructural del sistema está vigente desde la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En efecto, hasta 2007, partiendo de 1995 (Ley 42/1994), los dividendos disfrutaron de una deducción en la cuota del IRPF que pretendía reflejar un importe aproximado al del Impuesto sobre Sociedades que recayó sobre los beneficios de los que aquellos procedían. Hasta 2007 fue un objetivo y característica del sistema de imposición sobre la renta la eliminación de la doble imposición, y de ahí se derivaba, tomando en consideración exclusivamente ese sistema, un tratamiento neutral de las fuentes de financiación. A partir de 2007 la doble imposición de dividendos se enseorea del sistema y de ahí la discriminación contra los fondos propios.

La financiación no solo proviene directamente de las personas físicas, sino también de las instituciones de inversión colectiva. Como quiera que las mismas tributan al 1 por 100 por el Impuesto sobre Sociedades, los intereses que perciben apenas sufren tributación, o, para ser exactos, queda diferida hasta el reembolso de la participación, en tanto que los dividendos la sufren en sede de la entidad que los distribuye y también con ocasión del citado reembolso. Por tanto, la fiscalidad de la inversión colectiva añade dosis de ventaja fiscal para los intereses.

La primera forma de evitar la distorsión fiscal a favor del endeudamiento es restaurar la paridad de trato entre intereses y dividendos en el conjunto del sistema, esto es, eliminar la doble imposición de dividendos. También se puede superar la distorsión estableciendo la doble imposición de intereses. Es lo que ha hecho, en la parte afectada, con carácter general, el artículo 20. Tan neutral es gravar los intereses y los dividendos dos veces como hacerlo solo una, con tal de que haya igualdad de trato para ambas rentas. La única forma de escapar a la doble imposición consistiría en la financiación mediante fondos propios, sin reparto de dividendos ni transmisión de la participación. En este caso existiría una distorsión secundaria a favor de la financiación mediante retención de beneficios.

En una economía abierta, como la realmente existente, puede escaparse a la doble imposición de intereses prestando a entidades no residentes en territorio español, que no estén afectadas por una limitación a la deducción de intereses.

### 5.1.2. Financiación procedente de personas jurídicas

En el Impuesto sobre Sociedades tradicionalmente se ha evitado la doble imposición de dividendos internos, para participaciones significativas, mediante deducciones en la cuota determinantes de la exención de esos dividendos. En este contexto, la no deducción de intereses por causa del límite del artículo 20 favorece la financiación mediante fondos propios, ya que los intereses afectados sufrirán doble imposición. Y esto es válido tanto para los intereses del endeudamiento con socios como con terceros. En efecto, la carga fiscal agregada de la entidad financiada y financiadora es más elevada en caso de endeudamiento que en caso de fondos propios.

Así pues, la coexistencia de la doble imposición de los intereses afectados por el límite con la eliminación de la doble imposición de dividendos, puede provocar un efecto favorable a la financiación mediante fondos propios.

En una economía abierta puede escaparse a la doble imposición de intereses, endeudando a entidades no residentes en territorio español, que no estén afectadas por una limitación a la deducción de intereses. Piénsese en un grupo español, endeudado moderadamente, que pretende acometer una nueva línea de actividad, a cuyo efecto constituirá una filial cuyo capital desembolsará en parte mediante financiación bancaria a la que también acudirán la filial para completar sus necesidades de financiación. Si esta actividad puede desarrollarla indistintamente en España o en el extranjero la filial se ubicará en un país donde no sufra limitación a la deducción de intereses. Así, si la financiación soportada por la filial es paralela a la soportada por el grupo mercantil al que pertenece, no tendría problemas para deducir los intereses en Alemania, Francia y Holanda, entre otros Estados miembros.

## 5.2. Financiación exterior

Tratándose de la financiación exterior, la situación es mucho más compleja, habida cuenta de la confluencia de diversos sistemas fiscales.

### 5.2.1. Financiación intragrupo

Si la financiación proviene de una sociedad del mismo grupo mercantil, en teoría la fiscalidad de intereses y dividendos es semejante, al menos cuando los dividendos disfrutan de la eliminación de la doble imposición económica, propia de la relación matriz-filial. Pero cuando el grupo es hábil para hacer transitar los intereses hacia una entidad del grupo que disfruta de una fiscalidad reducida, sea legalmente establecida o prácticamente conseguida mediante acuerdos administrativos, los intereses disfrutan de una ventaja fiscal superlativa. Frustrar esta ventaja en sede de la entidad que soporta los intereses, limitando su deducción, puede ser, en efecto, un buen medio para restablecer la paridad de trato entre intereses y dividendos, y con ello ganar cotas de neutralidad en la elección de las fuentes de financiación. Este es el sentido de la norma antisubcapitalización con-

tenida en la propuesta de directiva relativa a una base imponible común consolidada, a cuyo tenor los intereses no son deducibles cuando, entre otras circunstancias, concurre la de exigua tributación de la entidad perceptora<sup>29</sup>.

### 5.2.2. *Financiación de intermediarios*

Cuando la financiación exterior proviene de instituciones de inversión colectiva y estas están sujetas a un régimen fiscal privilegiado, caso bastante generalizado, los intereses tienen ventaja fiscal sobre los dividendos. Nuevamente, para frustrar esta ventaja fiscal, puede ser útil limitar la deducción de los intereses en sede de la entidad pagadora. Sin embargo, cuando la financiación proviene de entidades de crédito, los intereses no tendrán ventaja respecto de los dividendos si los impositores de esas entidades de crédito están sujetos a una imposición apropiada sobre la renta. En tal caso, no hay motivo alguno para limitar la deducción de intereses, ya que no hay ventaja fiscal que neutralizar. En rigor, cuando la financiación proviene de un intermediario financiero, conocer la fiscalidad de los perceptores finales de los intereses es quimérico.

En un escenario así, limitar la deducción de los intereses en algunos casos desencadenaría doble imposición y en otros frustraría la no imposición o la imposición privilegiada, pero de ahí no se derivaría estímulo alguno para transformar el endeudamiento en capital, pues esa transformación produciría, tanto para la entidad financiada como para sus socios, una tributación semejante, cuando no mayor, con la excepción de la financiación encauzada en el seno de la relación matriz-filial.

En suma, limitar la deducción de los intereses, sobre provocar doble imposición de carácter ciego, no parece que pueda determinar un estímulo a la recomposición de las fuentes de financiación a favor del capital, habida cuenta de que el dividendo suele sufrir doble imposición en el contexto internacional, si se exceptúan los casos inscribibles en los beneficios fiscales propios de la relación matriz-filial o similares. En este sentido, solamente una restricción a la deducción de intereses, proyectada sobre la financiación intragrupo, podría haber servido al objetivo de estimular la capitalización sin producir efectos no deseados. Una restricción de carácter general, en la medida en que se proyecta también sobre la financiación entre empresas vinculadas por la relación matriz-filial, podría estimular, en ese ámbito, la capitalización, pero a costa de desencadenar fenómenos de doble imposición y de apartarse del gravamen de la renta neta.

## 6. LOS SISTEMAS *ALLOWANCE CORPORATE EQUITY (ACE)* Y *COMPREHENSIVE BUSINESS INCOME TAX (CBIT)* Y LA LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES

Las opciones que en la actualidad se ofrecen para una reforma sustancial del Impuesto sobre Sociedades versan, esencialmente, sobre el tratamiento de la remuneración de las fuentes de financiación, y de ahí su relación con los artículos 14.1 h) y 20.

<sup>29</sup> Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a una base imponible común consolidada común del Impuesto sobre Sociedades. Artículo 81.

## 6.1. La deducción ACE y el límite a la deducción de intereses

El capítulo 18 del Informe Mirrlees finaliza recomendando la introducción de la deducción ACE en el marco de la base imponible tradicional, de manera tal que el resultado contable se minoraría en una partida calculada a modo de retribución mínima requerida sobre los fondos propios de la entidad<sup>30</sup>. El principal soporte de esta recomendación es la eficiencia económica, consecuente a la no tributación de la retribución mínima requerida sobre el capital invertido, y el tratamiento neutral de las fuentes de financiación, ya que, en efecto, la referida deducción pondría en paridad a dividendos e intereses<sup>31</sup>.

La literatura económica que se ha preocupado del estudio de las distorsiones que provoca la versión tradicional del Impuesto sobre Sociedades ha mostrado una cierta preferencia por introducir la deducción ACE<sup>32</sup>. El obstáculo es la mengua recaudatoria, si bien a largo plazo podría esperarse una recuperación de la recaudación, al menos parcial, debido al aumento de la inversión. La alternativa para cubrir la pérdida de recaudación es elevar el tipo de gravamen, pero el Informe lo desaconseja porque sería *una peligrosa señal para los inversores*.

¿Sería conveniente para España adoptar la deducción ACE? Esta pregunta no es puramente teórica, desde el punto y hora que dos países europeos Italia y Bélgica, ya lo han hecho, Brasil tiene un sistema análogo desde hace algún tiempo, y está en las agendas reformadoras de los informes concernientes a algunas de las jurisdicciones fiscales más avanzadas<sup>33</sup>.

La nueva redacción del artículo 20 del TRLIS, establecida por el Real Decreto-Ley 12/2012, no solo es por completo ajena a la deducción ACE sino que tendrá por efecto aumentar la presión fiscal por el Impuesto sobre Sociedades en la medida en que limita la deducción de intereses, y lo hará, además, no de manera neutral sino repercutiéndola con mayor intensidad sobre las empresas con menor capacidad de generación del beneficio operativo.

La esperanza del Gobierno, según la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012, es que las entidades reduzcan la financiación mediante endeudamiento y la aumenten mediante capital. Ahora bien, ese es también uno de los resultados, aunque no el único, que se espera de la deducción ACE.

Si el objetivo del Gobierno se cumpliera, aumentaría la recaudación por el Impuesto sobre Sociedades, sin mengua de las inversiones. El riesgo está en que se esté enviando una *peligrosa señal para los inversores*, y el efecto final sea una disminución de la inversión, lo que, en su caso, sucedería a medio y largo plazo.

<sup>30</sup> Mirrlees Report. Tax by Design. *Nuestra tercera propuesta respecto de la tributación de las empresas es la introducción de un allowance for corporate equity (ACE) en el Impuesto sobre Sociedades. El ACE establece una deducción explícita por razón del coste de uso de los fondos propios, similar a la deducción que existe del coste financiero en cuanto pago del endeudamiento financiero... Las oportunidades para las compañías internacionales de desviar rentas fuera del Reino Unido se reducirían...* (Tax by Design. The Mirrlees Review. Institute for Fiscal Studies, 2011, pág. 492).

<sup>31</sup> KLEMM, A.: «Allowances for Corporate Equity in Practice», *IMF Working Paper*, 06/259.

<sup>32</sup> ALBI, E.: *The Challenges of Corporate Income Taxes in a Globalised World*.

<sup>33</sup> *Business Tax Working Group*, Australia (2012).

Pronosticar lo que sucederá es difícil. Los grupos multinacionales con filiales en España o las multinacionales con sede en España, afectados por el límite del artículo 20, tenderán a redistribuir, en el corto plazo, las fuentes de financiación, empujando hacia las entidades filiales residentes en terceros países todo el endeudamiento que les permita la legislación nacional atinente a las mismas y, consecuentemente, financiarán sus inversiones y operaciones en España con más capital. Las empresas y grupos puramente nacionales no podrán efectuar esa traslación y, consecuentemente, verán elevada su tributación en cuanto estuvieren afectados por la limitación. Tampoco tendrán interés en transformar endeudamiento en fondos propios por motivos fiscales, pues los dividendos no son deducibles.

En definitiva, los grupos multinacionales extranjeros con presencia en España y los grupos multinacionales españoles, tal vez podrán compensar el aumento de la tributación sobre sus beneficios en España mediante la disminución de esa tributación en otro u otros países en los que tengan presencia a través de sociedades filiales o de establecimientos permanentes. Las empresas españolas no podrán efectuar esa compensación.

¿Podría compatibilizarse la limitación a la deducción de intereses en el sentido de la nueva redacción del artículo 20 del TRLIS con la deducción ACE?

El efecto conjunto de ambas medidas sería incentivar intensamente la financiación de las nuevas inversiones mediante emisiones de capital o mediante retención de beneficios. Se trataría de un efecto contrario a la neutralidad en la financiación de las inversiones. Se pasaría así de un tributo que favorece la financiación mediante endeudamiento (dejando de lado la fiscalidad de los dividendos percibidos por personas físicas) a otro que favorece la financiación mediante capital o autofinanciación.

Este hipotético impuesto primaría a las entidades con capacidad de captación o de retención de fondos propios y perjudicaría a aquellas que no tienen esa capacidad, entre las que se encuentran las entidades en dificultades, pero también las empresas de nueva creación innovadoras que por no ser conocidas en el mercado no son atractivas para los inversores con una cierta aversión al riesgo y deben allegar su financiación mediante endeudamiento procedente de las entidades de crédito<sup>34</sup>.

En consecuencia, no sería un impuesto idóneo desde la perspectiva de la eficiencia económica. Tampoco lo sería desde la perspectiva de la igualdad, pues no se entiende bien por qué la dificultad en captar fondos propios o el exiguo resultado de explotación ha de llevar a bases imponibles que rebasan el resultado contable, y la circunstancia inversa a bases imponibles inferiores al resultado contable.

Si el análisis precedente es correcto, la deducción ACE no podría coexistir con la limitación de intereses en la forma prevista en el artículo 20 del TRLIS. Sin embargo, Italia, a partir 2012, registra esa coexistencia<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> *The Report on Tax Reform Options. Economic Recovery Advisory Board* (2010), pág. 74.

<sup>35</sup> *European Tax Handbook*, 2012.

## 6.2. El sistema CBIT y el límite a la deducción de intereses

Ortodoxo, por responder a un patrón lógico, sería no deducir, en absoluto, ningún interés en el Impuesto sobre Sociedades, pero tampoco gravarlo en el IRPF, en el que los dividendos disfrutarían, igualmente, de exención, e igual suerte correría la tributación en el Impuesto sobre Sociedades del receptor. De esta forma, la tributación de la remuneración de todas las fuentes de financiación, domiciliada exclusivamente en el Impuesto sobre Sociedades, sería equivalente.

Este sistema, conocido como *Comprehensive Business Income Tax*<sup>36</sup>, no ha disfrutado de aceptación en la práctica, por más que traería neutralidad en la elección de las fuentes de financiación<sup>37</sup>. En una economía global un sistema de imposición así concebido solamente podría tener éxito en el contexto de una acción reformadora concertada internacional, pero es difícil que se produzca pues el mismo perjudicaría a los países exportadores de capital. La eliminación radical y unilateral de la deducción de intereses ahuyentaría la inversión exterior<sup>38</sup>. En fin, ese sistema difícilmente puede tener cabida en un sistema fiscal que constitucionalmente deba ser progresivo, por cuanto en el Impuesto sobre Sociedades no operan los mecanismos de progresividad. Solamente en el denominado *Estado de tasas*<sup>39</sup> cabría tal sistema de tributación de la remuneración de los capitales utilizados por las entidades jurídicas.

El límite a la deducción de intereses del artículo 20 no puede ser entendido a modo de un remedio del sistema CBIT. Ciertamente el límite puede determinar que se deba tributar cuando el resultado contable sea nulo o negativo (resultado de explotación: 100; gastos financieros: 100; resultado contable: 0; límite:  $100/30\% = 30$ ; intereses no deducibles: 30; base imponible: 70), pero no por causa de una estructura fiscal que grave única y exclusivamente los intereses en sede de la entidad que utiliza los capitales ajenos.

Por el contrario, el límite se inserta en la estructura tradicional del Impuesto sobre Sociedades, y de su relación con el IRPF, por más que pueda provocar, al menos temporalmente pero eventualmente también con carácter definitivo, efectos no congruentes con la filosofía que anima aquella estructura, a saber, la tributación en ausencia de beneficios contables y la doble imposición de intereses.

En fin, el límite del artículo 20 tampoco está emparentado con aquella disposición de los albores del Impuesto sobre Sociedades que prohibía la deducción de *los intereses exigidos por las empresas matrices extranjeras a sus filiales o sucursales establecidas en el Reino, por razón de los capitales invertidos por aquellas en los negocios de estas*<sup>40</sup>, por cuanto el límite contempla todo tipo de relaciones de financiación, vinculadas o no.

<sup>36</sup> US Department of the Treasury (1992).

<sup>37</sup> *Fundamental Reform of Corporate Income Tax* (OECD, 2007).

<sup>38</sup> *Reforming Corporate Income Tax*. OECD Policy Brief (2008).

<sup>39</sup> BARQUERO ESTEVAN, J.M.: *La función del tributo en el Estado social y democrático de derecho*, capítulo IV.

<sup>40</sup> Disposición quinta 4.º b de la Tarifa 3.ª del Texto Refundido de la Contribución sobre las Utilidades de la riqueza mobiliaria.

## 7. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LAS NUEVAS NORMAS

Como ya se ha indicado, en el Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades de 1994 se afirmaba que *por razón de los mandatos constitucionales de suficiencia y equidad, el Impuesto sobre Sociedades tiene como objetivo primario gravar el beneficio obtenido por las entidades jurídicas, es decir, el rendimiento del capital aportado por los socios o accionistas a todo tipo de entidades*. A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012, en particular por lo que se refiere al artículo 20, el Impuesto sobre Sociedades también podrá recaer sobre la remuneración de los capitales cedidos por prestamistas, a modo de un ajuste temporal que puede transformarse en definitivo. Se trata, por tanto, de una reforma de gran calado, que invita a la delicada tarea de la valoración.

### 7.1. El límite del artículo 20

#### 7.1.1. La seguridad propia de los refugios objetivos

La ventaja de una norma limitativa de carácter objetivo es la propia de los refugios seguros, por más que, en sentido estricto, el artículo 20 no pueda ser considerado como tal. Los contribuyentes saben con certeza que la Administración tributaria no rechazará los gastos financieros que quepan bajo el límite. Por otra parte la Administración tributaria ve acotada perfectamente su tarea en relación con la deducción de los gastos financieros, lo que la descarga, aunque tal vez no en todo caso, dé penosas averiguaciones respecto de las intenciones fraudulentas de ciertas operaciones financieras. Si, además, la norma relativa al límite objetivo es fácil de aplicar, esas ventajas se incrementan.

En términos generales, el nuevo artículo 20 del TRLIS reúne esas ventajas, pues, cuando menos, parece ser más fácil de aplicar que en su redacción anterior, de manera tal que se habría logrado regular una materia muy delicada mediante una norma sencilla, virtud esta de la que anda muy necesitada la normativa fiscal y que resulta de gran utilidad para evitar los conflictos tributarios<sup>41</sup>.

En fin, una norma objetiva en materia de operaciones vinculadas de carácter financiero cumple una función imprescindible en el Impuesto sobre Sociedades, como lo demuestra la legislación de los países de nuestro entorno.

#### 7.1.2. La transformación de endeudamiento en fondos propios

Este efecto puede producirse en relación con las entidades pertenecientes a grupos multinacionales, ya que tienen capacidad de trasladar el endeudamiento hacia otras entidades residentes en otras jurisdicciones fiscales<sup>42</sup> y además la distribución de esos beneficios podrá, bajo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, disfrutar de la exención propia de la Directiva matriz-filial.

<sup>41</sup> ESPEJO, I. y THURONYI, V.: *Resolving Tax Disputes*, pág. 5 y ss.

<sup>42</sup> *The Report on Tax Reform Options*. Economic Recovery Advisory Board (2010), pág. 73.

Sin duda este es el efecto potencial más positivo en la actual coyuntura de baja recaudación. A corto plazo puede producirse, pero en el medio y largo plazo, la elevación del uso del coste de capital que implica puede tener un efecto de repulsión de la inversión extranjera<sup>43</sup>.

### 7.1.3. *Las distorsiones propias de los refugios seguros*

Los inconvenientes son el reverso de las ventajas. El carácter objetivo de la norma limitativa impide considerar las circunstancias específicas de cada contribuyente, de manera tal que habrá algunos que no podrán deducir todos los gastos financieros que realmente soportan en cuanto pagados a terceros, y otros que podrán deducir gastos financieros puramente internos con apoyo en otras entidades del grupo que, incluso, tributen en régimen privilegiado. ¿Podrán ser estos gastos financieros combatidos por aplicación de una norma antiabuso de carácter general bajo la prueba, claro está, de la concurrencia de las circunstancias tipificadas en la misma?

La limitación objetiva y generalizada a la deducción de intereses implica, para las entidades afectadas, una desviación del principio de gravamen de la renta neta, y, consecuentemente, denota una cierta revitalización de la distribución real de los impuestos frente a la de carácter personal en el sentido clásico<sup>44</sup>.

Esas deficiencias son propias de los refugios seguros, y, por tal motivo, las normas que los consagran suelen integrar reglas complementarias que tratan de corregirlas. El artículo 20 no contiene estas normas correctoras. Por tanto, como se verá más adelante, una vía de perfeccionamiento del artículo 20 descansa en la incorporación de esas normas correctoras.

Antes de la modificación establecida por el Real Decreto-Ley 20/2012, el artículo 20 discriminaba a las entidades integradas en un grupo mercantil frente a las no integradas, y a las entidades no integradas en un grupo mercantil con menguada capacidad de acceso al mercado de créditos financiadas por los socios. Ambas discriminaciones han quedado superadas.

Sin embargo, el artículo 20 continúa generando un conjunto de distorsiones, tal vez menores, y de carácter transitorio, cuya exposición puede contribuir a su mejor entendimiento.

Discrimina a las empresas con baja capacidad de generación de resultados de explotación frente a aquellas que tienen una alta capacidad, incluso si las primeras están más capitalizadas que las segundas. El artículo 20 pone sobre la mesa una pregunta incómoda: ¿Por qué una empresa con escasa capacidad de generación de resultados de explotación ha de verse imposibilitada para deducir parte de los intereses que efectivamente satisface, incluso a terceros ajenos al grupo mercantil al que eventualmente pueda pertenecer? ¿Tal vez se estime que la norma fiscal estimulará el esfuerzo por obtener un mayor resultado de explotación que permita la deducción de todos los intereses? No pare-

<sup>43</sup> *Reforming Corporate Income Tax. Policy Brief* (OCDE, julio 2008), comentando el sistema CBIT.

<sup>44</sup> EINAUDI, L.: *Principios de Hacienda Pública*, pág. 113 y ss.

ce razonable esperar que las empresas, en su conjunto, logren por la vía del rigorismo fiscal lo que por la vía de la conducta económica lógica no han conseguido.

Discrimina a las entidades con escasa capacidad para provocar la distribución de beneficios de las sociedades participadas cualificadamente frente a las entidades que sí tienen esa capacidad. Como es sabido, los dividendos y participaciones en beneficios cualificados elevan el techo de los intereses deducibles. En abstracto esto puede ser lógico por cuanto las inversiones financieras de donde proceden esos dividendos y participaciones en beneficios están en parte financiadas por pasivos financieros. Pero esa lógica decae cuando se repara en que no es la inversión financiera en sí misma la que eleva el techo, sino los dividendos y participaciones en beneficios que proceden de la misma, de manera tal que dicha elevación estará al alcance de las empresas con capacidad para decidir respecto de la distribución del beneficio, pero no de las que no tengan ese poder. Dos empresas que han realizado una misma inversión financiera están en posición comparable y deberían ser tratadas por igual, con independencia del poder que tengan en relación con la distribución del beneficio de las entidades en las que participan cualificadamente.

Discrimina a las entidades que tienen elevadas necesidades de financiación por razón de las actividades a que se dedican (construcción de bienes de equipo) frente a aquellos otros que no tienen tales necesidades (minoristas de alimentación)<sup>45</sup>. Las actividades en las que las ventas se cobran al contado o bien en las que los proveedores financian a corto plazo buena parte de los suministros, necesitan menos financiación que aquellas en las que se cobra a largo plazo o que precisan fuertes inversiones o suministros para ejecutar el proceso de producción, de manera tal que la carga financiera será, por motivos económicos, dispar. Ahora bien, el límite trata por igual a todas las actividades, y al hacerlo así, esto es, tratar por igual a los desiguales, incurre en discriminación.

Discrimina a las entidades que tienen baja capacidad de apelación a los mercados de instrumentos de patrimonio frente a aquellas cuyos instrumentos de patrimonio son apreciados y cotizados en mercados organizados. La financiación mediante endeudamiento afectado por la no deducción de los intereses encarece el coste de uso del capital, ya que sobre la remuneración de ese uso recae el Impuesto sobre Sociedades de la entidad prestataria y el de la entidad prestamista, en tanto que la remuneración de la financiación mediante instrumentos de patrimonio cualificados solo tributa en sede de la entidad emisora.

Discrimina a las entidades que consolidan fiscalmente respecto de aquellas que no lo hacen. La discriminación es de doble sentido. En principio, en contra de las entidades del grupo fiscal, por cuanto la franquicia se refiere al grupo fiscal, de manera tal que bajo la misma han de agruparse todas las entidades que lo conforman. Pero también puede ser a favor, por cuanto el excesivo endeudamiento de una o varias entidades puede compensarse con el bajo endeudamiento de otra u otras. Se podría argumentar que este efecto es propio del régimen de consolidación fiscal antes que de la norma limitativa de la deducción de intereses, pero no es así. En efecto, habida cuenta de que en el régimen de consolidación fiscal la base imponible consolidada se forma a partir de la agregación de bases imponibles individuales, lo coherente, desde la perspectiva del trato igual a los iguales, hubiera sido

<sup>45</sup> *The Report on Tax Reform Options*. Economic Recovery Advisory Board (2010), pág. 74.

residenciar el cálculo del límite en todas y cada una de las entidades que lo forman, pudiéndose, a lo sumo, no tomar en consideración los gastos e ingresos financieros puramente internos. Podría alegarse que este mismo efecto se produce a través de la compensación de bases imponibles positivas y negativas individuales a los efectos de obtener la base imponible consolidada, pero tampoco sería correcta esta alegación, por cuanto esa compensación sí es el efecto propio de la consolidación fiscal, en tanto que la de holguras y excesos respecto del límite de deducción de intereses no lo es, aun cuando la norma se lo haya dado.

Discrimina a los grupos puramente internos frente a los grupos internacionales. En efecto, los grupos internacionales podrán realizar acomodaciones de la estructura financiera de las entidades que los integran, desplazando pasivos financieros desde entidades residentes en España hacia entidades residentes en jurisdicciones fiscales permisivas, lo que no podrán hacer los grupos mercantiles puramente nacionales.

Todas estas discriminaciones, o gran parte, derivan de la rigidez de las normas que se basan en la técnica del refugio seguro, y de ahí la conveniencia de introducir elementos de flexibilización, mediante normas correctoras. Sin mengua del aspecto positivo de los refugios seguros, la introducción de normas complementarias correctoras contribuiría a desalojar o morigerar tales discriminaciones. Más adelante se exponen algunas vías para perfeccionar el artículo 20.

#### 7.1.4. *Doble imposición o doble deducción*

El artículo 20 crea doble imposición o exceso de imposición, sin que exista un mecanismo para evitarla. En efecto, el gasto financiero reputado no deducible es ingreso financiero computable en la entidad prestamista. Ciertamente esta entidad puede no ser residente en territorio español, de manera que en la jurisdicción fiscal española no se producirá la doble imposición. No es este un argumento que pueda ser admitido a modo de justificación de la doble imposición, no ya solo porque la entidad prestamista puede ser residente en territorio español sino porque la técnica apropiada para restablecer el equilibrio es la retención sobre los intereses en concepto de IRNR. Nótese que esta retención crea doble imposición jurídica internacional, pero su corrección está encomendada a los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, los cuales, por el contrario, no resuelven la doble imposición creada por la norma limitativa de la deducción de intereses.

Inversamente, el artículo 20 no evita que las empresas residentes en España de un grupo multinacional soporten una carga financiera mayor, en términos relativos, que aquella que soportan las restantes entidades del referido grupo. Así, la norma limitativa no impide la deducción de intereses puramente internos, que constituyen ingresos de otra u otras entidades del grupo que disfrutan de un régimen privilegiado, de manera tal que en grupos altamente capitalizados podría llegarse a la deducción de gastos financieros internos motivados por consideraciones fiscales, hasta el importe del 30 por 100 del beneficio operativo. Esos intereses internos tal vez pudieran ser combatidos, en cuanto fueren artificiosos, por medio de las normas generales antiabuso, pero no, desde luego, mediante el artículo 20.

Por otra parte, a raíz de la integración de España en la Unión Europea, se ha venido considerando que la retención sobre los intereses entorpecía los procesos de financiación de las empresas, y de ahí la exención introducida a tal efecto a comienzos de los noventa en el IRNR, y la normativa comunitaria concretada en la exención de retención para los intereses intragrupo<sup>46</sup>, y, en fin, la limitación o techo de imposición previsto en los convenios bilaterales, básicamente en el entorno del 10 por 100. Ahora, los intereses no deducidos soportarán, además de la eventual retención, una carga fiscal adicional del 30 por 100.

## 7.2. La restricción del artículo 14.1 h)

### 7.2.1. La delimitación normativa de la irregularidad

En la última década la Administración tributaria y un reducido pero cualificado grupo de contribuyentes han contendido respecto de la deducción de gastos financieros asociados a la adquisición apalancada intragrupo de participaciones y a la aportación apalancada. El conflicto judicial está en pleno desarrollo, pero dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, una relativa a una aportación financiada mediante un préstamo intragrupo<sup>47</sup> y otra a una adquisición de participaciones internas financiada con préstamo de tercero<sup>48</sup>, parecen indicar que la Administración tributaria no anda desencaminada.

<sup>46</sup> Directiva relativa a un régimen común para los intereses y cánones pagados entre empresas del grupo.

<sup>47</sup> Tribunal Supremo, 21 de junio de 2012 (NFJ048120).

*La referida impugnación se ha de rechazar ya que la actora no desvirtúa en ningún caso los datos fácticos deducidos del expediente administrativo y en los que se apoya la Administración para concluir que los intereses de ese préstamo no reúnen ese requisito legal de la deducibilidad de ser una operación necesaria para el desarrollo de la actividad de la empresa, que es de aplicación general en materia tributaria pues así lo establece el referido artículo 13.1 de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades aplicable al caso de autos.*

*La demandada opone que la finalidad del préstamo en cuestión era dar proyección internacional a la entidad, pero ello en absoluto destruye datos que acreditan la no relación entre ese préstamo y la actividad de inspeccionar los vehículos: aparte de que dicha entidad obtuvo fondos por otros medios sin necesidad de acudir a esa operación, contradiendo sus alegaciones de su necesidad de tener que acudir a vías ajenas de financiación, esos fondos se adquirieron para la participación en una sociedad extranjera que carece de actividad, limitándose a tener el dinero en caja y bancos hasta que el 29 de diciembre de 1992 comenzó a comprar acciones de una sociedad brasileña, de la que no consta nada en el expediente. En consecuencia, no se acredita por la recurrente, obligada a ello en virtud de lo dispuesto en el referido artículo 114 de la Ley General Tributaria aplicable al caso de autos, que dicho préstamo participativo tuviera relación con la obtención de fondos por parte de la misma, por lo que no cabía la deducibilidad de los intereses generados por el mismo y, por ende, no procede tampoco la pretensión de declarar que se trata de una operación vinculada.*

<sup>48</sup> Tribunal Supremo, 18 de julio de 2012 (NFJ048045), destaca los desequilibrios de los parámetros básicos de la operación... lo que supone ignorar principios básicos de fijación de precios en cualquier operación... que por esencia ha de ser equilibrada... de forma tal que el desequilibrio de las prestaciones es en sí mismo demostrativo del tipo de operación efectuada... a la que, por tal motivo, califica de intrínsecamente asombrosa, de manera tal que, a la vista de esa apariencia es la parte que realiza la operación la que debe justificar su razonabilidad...

Precisamente de esa inexistencia del equilibrio contractual, la sentencia deriva la conclusión de que el efecto elusivo es evidente cuando se obtienen unos gastos incomprensibles como consecuencia de una operación difícilmente aceptable, y que son, precisamente, los que la liquidación impugnada trata de eliminar.

Y añade (si este tipo de operaciones son frecuentes en el campo mercantil, llama la atención que nuestras dificultades económicas actuales no sean todavía mayores de las que sufrimos)... asombra que en supuestos como este la Administración no utilice, no ya el fraude, sino las facultades derivadas de los contratos simulados, que es, por lo antes razonado, la figura que cuadra a los hechos analizados y que es lo que suele hacerse cuando de ciudadanos se trata...

Bajo la consideración precedente, al tipificar las operaciones que se entienden irregulares, el artículo 14.1 h) nace con la vocación de cumplir una función de pacificación jurídica.

### 7.2.2. *La presunción de irregularidad y la ambigüedad de la motivación económica*

El artículo 14.1 h) se fundamenta en la presunción de irregularidad de las operaciones de adquisición y aportación internas financiadas mediante préstamos internos, pero su estructura no es propiamente la de una presunción.

En la presunción, a partir de un hecho base se da por probado otro hecho, o hecho consecuencia, siendo el efecto jurídico el correspondiente a ese hecho. Así, el artículo 134 del TRLIS, a partir del hecho de la constatación de activos no contabilizados (hecho base) presume la existencia de renta (hecho consecuencia), la cual debe integrarse en la base imponible (efecto jurídico).

En el artículo 14.1 h) puede atisbarse un hecho base, a saber, las operaciones que se describen y su financiación intragrupo, pero no hay un hecho consecuencia que se dé por probado, aunque sí un efecto jurídico, a saber, la no deducción de intereses. No se trata, por tanto, de la estructura tradicional de la presunción, en cuanto medio de prueba.

La prueba de los motivos económicos válidos pudiera recordar la facultad de prueba en contra propia de las presunciones *iuris tantum*, pero, en rigor, no hay tal.

El artículo 14.1 h) no está destinado a probar hechos, sino a calificar implícitamente como irregulares unas determinadas operaciones, y contra esa calificación el obligado tributario puede alzarse demostrando que las mismas han sido realizadas por motivos económicos válidos. En suma, el obligado tributario debe probar que mediante la realización de las operaciones tipificadas y su financiación, en los términos del artículo 14.1 h) no ha ejecutado una acción tendente a violentar la obligación que le incumbe por el Impuesto sobre Sociedades. Ha de probar, en suma, su inocencia en el cumplimiento de la obligación tributaria por el Impuesto sobre Sociedades.

El artículo 14.1 h) alivia la acción probatoria de la inspección tributaria tendente a allegar las pruebas concernientes a los indicios de irregularidad, esto es, la concurrencia de un ahorro fiscal sin

---

Esta operación, tan radicalmente repudiada por el Tribunal Supremo, no está tipificada en el nuevo artículo 14.1 h) del TRLIS, por cuanto el préstamo ha sido concedido por una entidad de crédito, lo que, en unión a su propio fundamento, suscita algunas interrogantes: ¿Han quedado frustradas las aspiraciones de quienes, desde posiciones de defensa frente a regularizaciones administrativas similares pretéritas, habían acariciado la esperanza de que aquel precepto habría venido a dibujar el haz de la ilegitimidad y el envés de la legitimidad a cuya configuración se atendría el Tribunal Supremo? ¿Se detendrá la inspección tributaria en el dintel del nuevo artículo 14.1 h) del TRLIS en relación con las adquisiciones de instrumentos de patrimonio apalancadas irregulares a pesar de que incidan en la ruptura del equilibrio contractual? ¿Son legítimas las operaciones de adquisición apalancada de instrumentos financieros en las que concurra el equilibrio contractual, pero cuya finalidad sea exclusivamente fiscal, como, por ejemplo, endeudar a las entidades del grupo multinacional residentes en territorio español más allá de lo que lo está el grupo multinacional al que pertenecen? ¿Cómo acertar con la técnica apropiada para regularizar, cuando son todas ellas tan similares, y, sin embargo, sus efectos punitivos tan dispares? ¿Existe algún algoritmo al que atenerse para combatir, al tiempo, los desequilibrios contractuales y las finalidades fiscales ilegítimas en el campo de las operaciones financieras trabadas por los grupos multinacionales?

efectos económicos relevantes, en el sentido del artículo 15 de la LGT, que conduzcan y fundamenten la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, o, eventualmente, la simulación, pero de ahí no se sigue que contenga una presunción, sino que, simplemente, a la vista de las operaciones tipificadas y de su financiación, la norma las califica implícitamente de irregulares y extrae una consecuencia, a saber, la no deducción de los intereses.

Varias reflexiones suscita la estructura normativa del artículo 14.1 h), más allá de lo especialmente delicado de todo aquello que linda con la presunción de irregularidad, cuyo reverso es la presunción de inocencia.

La primera es el efecto jurídico que se predica, a saber, la no deducción de los intereses. Lo consecuente hubiera sido desconocer los efectos de la operación y de su financiación frente a todas las entidades que han intervenido en la misma. Estos efectos no son solo los intereses, sino también todos los asociados a la adquisición de la participación o la aportación. Así, el desconocimiento de los intereses, en lugar de la no deducción, hubiera procurado la eliminación de la doble imposición, al menos cuando la entidad prestamista fuese residente en territorio español. Y el desconocimiento de la adquisición, el no cómputo de dividendos o de deterioros.

La segunda es que la calificación de irregularidad cede ante algo tan ambiguo y fácil de aparentar como *la auténtica gestión de las entidades participadas desde el territorio español*. Pero es que, además, aun cuando esa gestión fuera algo incontestable, una adquisición de instrumentos de patrimonio apalancada que determine unos gastos financieros exorbitantes no debería ganar patente de regularidad. ¿Otorgará el nuevo artículo 14.1 h) carta de legitimidad a estas operaciones?

La tercera, ya apuntada en un apartado anterior, es que la calificación de irregularidad también cede ante algo tan difícil de perfilar como una *reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros*. Pero es que, además, aun cuando esa consecuencia directa fuera perfectamente definida, tampoco deberían atravesar aquel dintel unos gastos financieros exorbitantes asociados a la adquisición de una participación.

El nuevo artículo 14.1 h) concede una ayuda a la inspección tributaria que la misma no necesitaba para cumplir con su función en orden a erradicar conductas irregulares, como lo prueban las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas. Hubiera sido mucho más efectivo la incorporación a la LGT de un tipo infractor en el caso de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, y confiar en la capacidad de la inspección tributaria para probar la irregularidad y corregir las conductas fiscales incorrectas.

## 8. COMPARACIÓN CON LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

En la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/ 2012, se afirma, en relación con el artículo 20, que *esta medida favorece de manera indirecta la capitalización empresarial y responde, con figu-*

*ras análogas a nuestro derecho comparado, al tratamiento fiscal actual de los gastos financieros en el ámbito internacional.*

Este párrafo puede ser entendido como una declaración de homologación del nuevo artículo 20 respecto de otros preceptos vigentes en los países de nuestro entorno. Es importante que una norma que va a surtir efectos en el plano de las relaciones fiscales internacionales tenga, por así decirlo, esa tarjeta de presentación. También lo es para el nuevo artículo 14.1 h), si bien nada dice a este respecto la aludida exposición de motivos. Una investigación en profundidad de esa importante cuestión rebasa las posibilidades del autor. No obstante, siguiendo los resúmenes normativos de una publicación especializada<sup>49</sup>, pueden espigarse los siguientes puntos:

- Primero. Normas que restringen la deducción de intereses del endeudamiento aplicado a la adquisición de instrumentos de patrimonio o a la realización de aportaciones en el sentido del artículo 14.1 h) están establecidas en Holanda y Francia. No obstante, las normas francesas también restringen la deducción del endeudamiento procedente de terceros. La diferencia, por tanto, con la española es muy relevante.
- Segundo. Las normas antisubcapitalización tradicionales, esto es, las que limitan la deducción de los gastos financieros derivados del endeudamiento de carácter vinculado pueden encontrarse en Holanda, Francia, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Polonia y Portugal, si bien bastantes de ellas se aplican no solo respecto de los préstamos transfronterizos, sino también respecto de los domésticos, reaccionando así frente a la posible tacha de discriminación frente al ordenamiento comunitario. Desde luego, ni el artículo 20 ni el 14.1 h) responden a la estructura de las normas antisubcapitalización tradicionales.
- Tercero. Normas que limitan objetivamente la deducción de gastos financieros, por referencia a una magnitud contable, sin atender a relaciones de vinculación o al régimen fiscal privilegiado de la entidad prestamista, al modo del artículo 20, se hallan establecidas en Alemania, Dinamarca e Italia. Sin embargo, como se indica más adelante, Alemania modera los efectos de la limitación objetiva mediante una cláusula de escape que toma como patrón de legitimidad la estructura financiera del grupo mercantil al que pertenece la entidad.
- Cuarto. En Dinamarca coexisten las normas limitativas de los intereses derivados de endeudamiento vinculado con las normas objetivas generales limitativas de los intereses imputables a todo tipo de endeudamiento. En la medida en que el artículo 16 del TRLIS se entendiera aplicable respecto de la financiación de carácter vinculado, nuestra normativa sería semejante.
- Quinto. Normas que incorporan la referencia a la estructura financiera del grupo al que pertenece la entidad, a los efectos de asegurar que ningún interés pagado a terceros resulte no deducible por aplicación de las normas limitativas específicas o generales, están establecidas en Francia, Holanda, Alemania y Reino Unido. En España no existe este tipo de norma. Y esta diferencia es, sencillamente, fundamental.

<sup>49</sup> *European Tax Handbook*, 2012.

- Sexto. Las normas de limitación objetiva generalmente incorporan franquicias, como así sucede en nuestra legislación, si bien esta característica no es relevante a los efectos de desvelar la filosofía a la que responden las normas.
- Séptimo. La mayoría de las normas, tanto las que responden a patrones tradicionales propios de las operaciones entre entidades vinculadas como las que contienen limitaciones objetivas de carácter general, se aplican sin hacer distinciones por razón de la residencia de las entidades concernidas, esto es, con efectos tanto internos como transfronterizos, muy probablemente para evitar roces con el ordenamiento comunitario. España sigue esta regla.
- Octavo. No existe, en el contexto de los Estados miembros de la Unión Europea, un modelo de tratamiento de la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades. En este sentido el juicio de homologación de las nuevas normas con *el tratamiento fiscal actual de los gastos financieros en el ámbito internacional* solo puede arrojar un resultado positivo mediante comparaciones parciales y fragmentarias, pero es dudoso que ese enfoque sea aceptable.
- Noveno. La mayoría de los países han endurecido, básicamente en la última década, sus normas concernientes a la deducción de intereses de manera notable, y han procurado huir radicalmente de cualquier atisbo de confrontación con la normativa comunitaria aun a riesgo de extender inmoderadamente el campo de aplicación de las mismas, lo cual hace pensar que los conflictos habidos en España en materia de gastos financieros en general, y de gastos financieros asociados a la adquisición de participaciones intragrupo, también se han presentado en otros países de nuestro entorno.
- Décimo. Francia, Holanda, Alemania y, en cierto modo, Reino Unido han adoptado una referencia de equidad basada en la comparación de la estructura financiera de la entidad concernida con la del grupo de empresas al que pertenece. Por la importancia de estos países, y por el correcto fundamento de la filosofía que anima esa referencia de equidad, si hubiera de identificarse una *tendencia legislativa* sería, justamente, la constituida por la combinación de normas limitativas objetivas generales con la regla de la comparación de estructuras financieras.

La regla de comparación de estructuras financieras garantiza que los intereses pagados a terceros sean deducibles, al tiempo que evita el sobrecargo de intereses, tanto procedentes del endeudamiento intragrupo como derivados del externo. En un Impuesto sobre Sociedades que pretenda gravar la remuneración de los fondos propios, cual es el caso de los impuestos sobre los beneficios de los países de nuestro entorno, esa garantía es, sencillamente, fundamental. Y también lo es que las entidades no estén sobrecargadas de intereses por imposición de la entidad dominante del grupo al que pertenecen. Ambos objetivos se ven cumplidos mediante la regla de referencia, la cual, para evitar complejidades, podría operar a modo de cláusula de escape, debiendo el obligado tributario efectuar los cálculos de la comparación y probarlos.

El Real Decreto-Ley 20/2012, seguramente movido por el justo empeño de evitar la discriminación entre las entidades individuales y las que pertenecen a un grupo mercantil, ha ampliado el

campo de aplicación de la limitación objetiva del artículo 20 a las entidades individuales sin, tal vez, percibir que la recuperación de la igualdad entre todas las entidades hubiera podido alcanzarse mediante la regla de comparación de las estructuras financieras.

## 9. PERFECCIONAR LAS NUEVAS NORMAS

El análisis de los aspectos positivos y negativos de las nuevas normas relativas a la deducción de intereses, y la sucinta comparación con normas de otros países, ameritan la consideración de vías para perfeccionarlas.

Las nuevas normas han tratado de dar respuesta a una enfermedad que ha azotado al Impuesto sobre Sociedades con particular virulencia en la última década, básicamente constreñida a las entidades de los grupos multinacionales, consistente en la ubicación en las mismas de endeudamiento exorbitante, interno o externo, y, por ende, en la imputación de gastos financieros exorbitantes, depredadores de la base imponible. Lo han hecho tomando en consideración no tanto la enfermedad en sí misma, sino las vías más conocidas de inoculación [art. 14.1 h)], y aplicando remedios que afectan también a los sanos (art. 20).

En efecto, la enfermedad, la irregularidad, no es la realización de las operaciones tipificadas en el artículo 14.1 h), ni la deducción de los intereses derivados de su financiación, sino que esos intereses, en unión de otros que pudiera satisfacer la entidad concernida, resulten exorbitantes. ¿Cuándo son exorbitantes unos intereses?

Lo exorbitante es lo que rebasa o se aparta del canon. ¿Cuál es el canon? En un Impuesto sobre Sociedades tradicional, el canon lo da el principio de libre concurrencia. En su virtud, los intereses derivados del endeudamiento concertado con terceros deben ser deducibles incondicionalmente, pues son fruto de decisiones de financiación adoptadas según las pautas del mercado. Mas cuando ese endeudamiento ha sido garantizado o, lo que es más sutil pero no por ello menos relevante, impuesto por la sociedad dominante en virtud de su política global de financiación, el endeudamiento ya no responde a ese tipo de decisiones. Entonces es legítimo rechazar la deducción de intereses, aun pagados a terceros. Bien se comprende que el problema reside en identificar ese endeudamiento, y esos intereses, que no tienen su origen en decisiones de libre concurrencia sino impuestas por una voluntad dominante.

Tratándose de entidades que pertenecen a un grupo de empresas, la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada recoge los intereses que derivan del endeudamiento del grupo, el cual, por definición, deriva de la confrontación con terceros, y por ende cumple con el principio de libre concurrencia. Bajo esta consideración los intereses soportados por una entidad del grupo son exorbitantes si exceden de aquella parte de los intereses consolidados que proporcionalmente le corresponden. La proporción puede establecerse de diversas maneras, pero la más idónea es en

función de los activos consolidados<sup>50</sup>. Con todo, siempre debería quedar abierta la prueba, a favor del obligado tributario, para una alegación basada en una realidad de mercado.

Tratándose de entidades apoyadas por sus socios, la cuestión habría de enfocarse de otra manera, pero la enfermedad aludida no ha afectado a las entidades no integradas en un grupo de empresas, si exceptuamos algunos episodios de *leveraged buy out*, cuyo adecuado tratamiento no está en las normas fiscales sino en las mercantiles, señaladamente en el artículo 150 de la Ley de Sociedades de Capital que prohíbe la asistencia financiera por parte de la sociedad a sus socios.

En las operaciones que han sido objeto de regularización por la inspección tributaria, integradas por una adquisición interna de instrumentos de patrimonio financiada con endeudamiento interno, ha debido concurrir la exorbitancia de intereses, y esa es la impresión que, en términos generales, se deduce de la lectura de las resoluciones del TEAC sobre la materia<sup>51</sup>.

Estas resoluciones se han fundamentado en la motivación fiscal de la operación y en la ausencia de motivación económica<sup>52</sup>, haciendo hincapié, en cuanto elementos probatorios coadyuvantes del fraude o el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, en la carencia de medios humanos y materiales para gestionar la participación adquirida y en que esa participación ya la tenía el grupo de empresas con anterioridad a la operación, de manera tal que la misma no suponía una nueva inversión<sup>53</sup>.

La construcción del artículo 14.1 h) ha mimetizado estos precedentes, como también lo ha hecho la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012. Y así se ha atacado a la enfermedad por sus

<sup>50</sup> GRAETZ, M.A.: «Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses», *Bulletin for International Taxation*, noviembre 2008.

<sup>51</sup> Resolución de 16 de junio de 2010: *cuando el endeudamiento para llevar a cabo estos movimientos financieros o flujos intragrupo aparece las drásticas reducciones de tributación que aquí se cuestionan, rechazar esas meras recolocaciones sin sustrato económico probado no supone en modo alguno poner en tela de juicio la libertad de empresa, sino deducir las consecuencias lógicas de unos hechos...*

<sup>52</sup> Resolución de 8 de octubre de 2009 (NFJ036567): *ante el minucioso y completo conjunto de pruebas aportado por la Inspección, que induce a concluir que la causa que ha guiado la realización del complejo conjunto de operaciones realizado ha sido exclusivamente de índole fiscal, corresponde a la interesada contradecir dicha conclusión mediante la acreditación de una justificación alternativa y la prueba de la existencia de una auténtica sustancia económica en el conjunto de la estrategia desplegada; y, naturalmente, ello ha de ser objeto de enjuiciamiento por este Tribunal...*

<sup>53</sup> Resolución de 14 de julio de 2010: *no se ha producido variación alguna en el control, dirección ni funcionamiento de la entidad adquirida, pues el control de la gestión y dirección efectiva sigue estando, igual que antes, en poder de la matriz a través de la holding holandesa y tampoco se ha producido ninguna variación en la organización y funcionamiento de las sociedades. Estos datos son relevantes pues qué duda cabe que es una característica de una multinacional que el control y fijación última de objetivos se halle en la matriz a nivel mundial de todo el Grupo. Ahora bien, ello es compatible con una cierta distribución funcional de control en algunas filiales que funcionen a su vez como cabeceiras de subgrupos (pág. 58)... debe comprobarse si las transferencias de titularidad intergrupo van acompañadas asimismo de la transferencia del poder de decisión, de una realidad de objetivos y estrategias comunes, que, dentro del grupo multinacional atribuya a la entidad adquirente de la participación accionarial, en este caso la española, la función de cabecera del subgrupo, o, si, por el contrario, son simplemente negocios cuya motivación es exclusivamente la elusión fiscal en una soberanía fiscal y la tributación privilegiada en otra (pág. 59)... esta Sala comparte totalmente la conclusión del acuerdo impugnado en el sentido de que no existe prueba alguna de que la nueva reasignación de la cartera... haya supuesto el traslado del control (pág. 63).*

vías de inoculación, no por sus efectos, aun cuando, como se ha indicado, la experiencia extraída de las resoluciones del TEAC pueda indicar amplias zonas de coincidencia entre unas y otros.

El perfeccionamiento de las nuevas normas ha de venir por el cauce de acercarlas a los efectos de la enfermedad, antes que a sus vías de inoculación, y ello porque no siempre esas vías provocan la enfermedad, o la provocan en medida distinta, o, en fin, y esto es muy relevante, porque existen otras vías para inocular esa enfermedad, como, por ejemplo, la financiación bancaria de una entidad del grupo bajo la decisión inapelable de la entidad dominante, no contempladas por el artículo 14.1 h).

Ciertamente, el artículo 20 puede hacer frente a unos intereses exorbitantes derivados de un endeudamiento puramente interno o de origen bancario impuesto por la entidad dominante, pero ni será eficaz en todo caso (elevación del beneficio operativo mediante dividendos internos) ni sus radicales efectos son deseables en todo caso (entidades con escasa capacidad de generar resultados de explotación). En fin, ese límite no impide a los grupos de empresas altamente capitalizados imputar a determinadas entidades, y deducir fiscalmente intereses derivados de préstamos puramente internos, incluso en cuantía superior a la que el grupo como un todo satisface a terceros.

Por todo ello, las nuevas normas podrían ser perfeccionadas mediante la adición de una regla de proporcionalidad, basada en la comparación de estructuras financieras, que actuaría a modo de cláusula de escape (prueba de comparación a cargo del obligado tributario) o como potestad de la inspección tributaria constreñida a los casos de préstamos internos o externos impuestos en grupos altamente capitalizados (prueba de comparación a cargo de la inspección tributaria).

#### *Ejemplo de funcionamiento de la regla de proporcionalidad como cláusula de escape*

«A», entidad residente en España, tiene un activo de 100 (antes de la operación), fondos propios de 80; y un pasivo financiero de 20 al 3 por 100; el grupo de empresas al que pertenece tiene un activo de 1.000, fondos propios de 500 y un pasivo financiero de 500 al 3 por 100; la entidad dominante transmite a crédito a la entidad española la participación sobre otra entidad del grupo por precio de adquisición de 40 al 3 por 100, tras de lo cual su pasivo financiero pasa a ser de 60 (20 + 40); el beneficio operativo es 10.

- Intereses soportados por «A»:  $(20 + 40)/3\% = 1,8$
- Intereses no deducibles artículo 14.1 h):  $(40/3\%) = 1,2$
- Límite artículo 20:  $(10/30\%) = 3$ , por tanto el límite no opera.
- Intereses soportados por el grupo:  $500/3\% = 15$
- Intereses imputables a «A» según regla de proporcionalidad:  $100/1.000/15 = 1,5$ .
- Efecto práctico de la regla de proporcionalidad sobre «A»: morigerar la no deducción de intereses del artículo 14.1 h) a 0,3 (1,8 – 1,5).

*Ejemplo de funcionamiento de la regla de proporcionalidad como potestad*

Mismo caso anterior, pero el grupo tiene unos fondos propios de 900 y un pasivo financiero de 100.

- Intereses soportados por «A»:  $(20 + 40)/3\% = 1,8$
- Intereses no deducibles artículo 14.1 h):  $(40/3\%) = 1,2$
- Límite artículo 20:  $(10/30\%) = 3$ , por tanto el límite no opera
- Intereses soportados por el grupo:  $100/3\% = 3$
- Intereses de «A» según regla de proporcionalidad:  $100/1.000/3 = 0,3$
- Efecto práctico de la regla de proporcionalidad sobre «A»: establece un techo a la deducción de intereses de 0,3.

No debería escaparse que esta regla de proporcionalidad resuelve, al tiempo, los problemas a los que se enfrentan los artículos 14.1 h) y 20.

## 10. CONCLUSIONES

Las dos normas introducidas en el TRLIS por el Real Decreto-Ley 12/2012, relativas a la deducción de gastos financieros, no pueden ser entendidas ni debidamente valoradas sin tomar en consideración los elementos que configuran el escenario en el que se producen, a saber, la crisis económica, la aparición reiterada de ciertas prácticas financieras reputadas irregulares por la Administración tributaria, y, en fin, las modificaciones normativas en materia de subcapitalización de los países de nuestro entorno.

La crisis económica ha llevado la recaudación del Impuesto sobre Sociedades desde los más de 40.000 millones de euros en 2007 a los menos de 20.000 en 2010, desde una proporción respecto del producto interior bruto en 2007 muy próxima al 5 por 100 hasta otra inferior al 2 por 100 en 2010. El corte recaudatorio de las nuevas normas es perfectamente inteligible, como también lo es la vocación de reducir el sobreendeudamiento de las empresas, fruto y causa, al tiempo, de la crisis.

La inspección tributaria había venido detectando, al menos desde finales de la década de los noventa (las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas se refieren a hechos producidos en esa década), operaciones financieras que, a su entender, no tenían otra finalidad que la puramente fiscal, determinantes de notables quebrantos recaudatorios. No puede extrañar que el Gobierno haya tomado una iniciativa normativa correctora.

En fin, los países de nuestro entorno han modificado su normativa antisubcapitalización a lo largo de la última década en el sentido de reforzar las normas tradicionales o de alumbrar nuevas normas basadas en criterios distintos y más restrictivos. Estas reformas han contribuido a configurar la española.

Lo que podría denominarse el entorno social de la reforma alentaba la producción de normas de perfil *acusadamente* fuerte y, efectivamente, así ha sido, de manera tal que enlazando con la proposición inicial de Neumark quepa insinuar que, probablemente, estas normas *en la forma que actualmente presentan o en su intensidad (no son) indispensables para conseguir los objetivos de política económica*. La tarea que ahora se abre para los diseñadores de la política fiscal es perfeccionar las nuevas normas, preferiblemente tomando como norte las consecuencias que se derivan del principio de proporcionalidad.