

LAS REGLAS DE LIMITACIÓN DE LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

José Manuel Almudí Cid

*Director de la Revista Técnica Tributaria
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Complutense de Madrid
(España)*

Con el fin de evitar determinados esquemas de planificación fiscal recurrentemente empleados por los grupos multinacionales, basados en la concesión de préstamos por entidades no residentes que disfrutaran de una imposición directa privilegiada, mediante los que se persigue minorar la tributación sobre la renta societaria exigible por el país de residencia de la entidad prestataria, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), contiene determinadas medidas específicamente dirigidas a limitar la deducibilidad de los gastos financieros satisfechos por los sujetos pasivos de este impuesto, que fueron incorporadas en nuestro ordenamiento tributario en el año 2012, en un escenario de crisis económica y elevado déficit público¹.

Por una parte, el artículo 15 h) de la LIS, en consonancia con las ulteriores recomendaciones de la Acción 4 del Plan BEPS², limita la deducibilidad de los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo societario, con independencia de su lugar de residencia fiscal, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades (*leveraged buyout*), o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones. Por otra parte, el artículo 16 de la LIS, en línea con lo establecido en el artículo 4 de

1 Vid. artículo 1 segundo del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen determinadas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

2 OCDE, *Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros, Acción 4 - 2015 Informe Final*, OCDE, París, 2015, apartado 173.

la Directiva 2016/1164³, dispone que los gastos financieros satisfechos serán deducibles con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio (EBITDA), si bien se admite la deducibilidad cuando su importe no supere el millón de euros⁴.

Como cabe observar, a diferencia de lo que acontecía con las derogadas normas de subcapitalización⁵, sendas normas antielusivas han sido configuradas por el legislador español evitando incurrir en cualquier distinción basada en el lugar de residencia del prestamista, ya que esta divergencia podría dar lugar a que se declarasen contrarias al Derecho de la Unión Europea, en la medida en que no respondan exclusivamente frente a montajes puramente artificiales y resulten proporcionadas para alcanzar los fines que persigue dicha normativa antiabuso⁶. No obstante, pese a no establecerse expresamente una diferencia de trato basada en el lugar de residencia de las entidades prestamistas, la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Euro-

pea y del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en materia de deducibilidad de gastos financieros invita a cuestionar la adecuación de las referidas normas españolas antiabuso al Derecho de la Unión⁷.

En la relevante sentencia de 20 de enero de 2021, dictada en el caso *Lexel AB*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reitera la doctrina plasmada en pronunciamientos previos según la cual las transacciones realizadas a precio de mercado no pueden considerarse un montaje puramente artificial y, por tanto, sus efectos no pueden desvirtuarse válidamente por los Estados miembros mediante normas antiabuso domésticas, con independencia de que tales medidas respondan a objetivos tales como la lucha contra el fraude y la evasión fiscal⁸.

Lexel AB era una compañía sueca, perteneciente al grupo *Schneider*, que había adquirido el 15% de participaciones de una sociedad belga a la filial

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

4 En relación con esta norma, Vid. Parejo García, B., «La regla de limitación de deducibilidad de intereses», en la obra colectiva *La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea* (coords: Almudí Cid, Ferreras Gutiérrez y Hernández González-Barreda), Thomson Reuters - Aranzadi, 2018, Cizur Menor, pp. 171 a 186.

5 La sustitución de las normas de subcapitalización por la vigente limitación a la deducibilidad de gastos financieros se llevó a cabo mediante la aprobación del previamente citado Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo. En relación con la adecuación de la normativa de subcapitalización a los convenios para evitar la doble imposición y al Derecho de la Unión Europea, vid. Vega Borrego, F.A., «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho comunitario», *Crónica Tributaria*, núm. 104, 2002, pp. 89 a 125.

6 Vid. las sentencias del TJUE de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, EU:C:2002:749, apartados 33 a 44; de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2021:34, apartados 82 a 87, de 5 de julio de 2012, *SIAT*, C-318/10, EU:C:2012:415, apartados 52 a 59 y de 21 de diciembre de 2016, *Masco Denmark*, C-593/14, EU:C:2016:984, apartados 39 a 47, en las que, si bien se admite la incorporación de medidas antiabuso de esta naturaleza, se declara que no son proporcionadas para alcanzar el fin antielusivo que las inspira.

7 Vid. Tale, A., «New Targeted Interest Deduction Limitation Rules post *Lexel*», *Intertax*, núm. 4, 2023, pp. 335 a 348.

8 Sentencias del TJUE de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:16, apartado 83 y de 20 de enero de 2021, *Lexel AB*, C-484/19, EU:C:2021:34, apartado 51.

española de dicho grupo societario. El 85% restante pertenecía a una filial francesa de la matriz del grupo, también residente en Francia. La compra fue financiada por una filial de la matriz del grupo *Schneider*, igualmente residente en Francia, con la que conformaba un grupo fiscal integrado por 60 sociedades.

Durante el proceso, *Lexel AB* declaró que había adquirido las acciones de la sociedad belga a la filial de *Schneider* en España porque necesitaba capital para acometer la compra de una empresa ajena al grupo, operación que se financió mediante préstamos. Dicha venta le permitió devolver los préstamos que había contraído. En Francia el tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades relativo a los años 2013 y 2014 era del 34,43%. No obstante, no se recaudó impuesto alguno en virtud de los intereses satisfechos por la sociedad sueca (11,4 millones euros) al compensarse en Francia con las pérdidas del grupo.

En virtud de la normativa sueca, los gastos por intereses resultaban deducibles si los ingresos correspondientes estaban sujetos a tributación a un tipo de gravamen de al menos el 10% conforme a la normativa del Estado de residencia de la empresa asociada. No obstante, se contemplaba que tales

gastos por intereses también resultarían deducibles, pese a incumplirse la regla anterior, si la deuda se justificaba principalmente por razones comerciales⁹ y la empresa asociada beneficiaria estaba radicada en el Espacio Económico Europeo o un Estado con el que Suecia hubiese celebrado un convenio para evitar la doble imposición internacional.

Adicionalmente, la normativa sueca incorporaba una «cláusula de excepción» que impedía deducir los intereses si la razón principal por la que se contrajo la deuda es el disfrute de una ventaja fiscal significativa¹⁰. Conforme a la misma, la carga de la prueba recae sobre la empresa prestataria que debe acreditar que la deuda no se ha contraído fundamentalmente por razones fiscales. Dicha cláusula no resultaba aplicable a las operaciones de préstamo entre sociedades residentes, gravadas conforme al régimen general, que contaban con el derecho a la deducción de los intereses.

En este escenario, pese a que el tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades aplicable a la sociedad prestamista francesa superaba el 10%, la Administración Tributaria sueca negó la deducibilidad de los intereses de demora satisfechos a la

9 Conforme a los trabajos previos a la aprobación de esta norma antiabuso, el término «principalmente» se refiere a un porcentaje de aproximadamente el 75 % o más. La valoración debe llevarse a cabo al nivel de las empresas asociadas y deben tenerse en cuenta tanto la situación del prestamista como la del prestatario.

10 De acuerdo con los trabajos previos a la aprobación de esta norma antiabuso, de cara a la aplicación de la «denominada cláusula de excepción», que permite a la Administración denegar la deducibilidad de los intereses pese a cumplirse los requisitos previamente señalados, debe comprobarse, por ejemplo, si el préstamo se obtuvo de otra empresa asociada para financiar la adquisición de participaciones por parte de una empresa asociada. En ese contexto, los elevados tipos de interés pueden ser un indicador importante. Es también importante determinar si la financiación podría haber adoptado la forma de aportación de capital en lugar de ser realizada mediante un préstamo. Además, deben tenerse en cuenta las posibles transferencias injustificadas de pagos de intereses a través de otras empresas asociadas, pero también las situaciones en que las empresas asociadas constituyen, en relación con la adquisición de derechos de accionistas, nuevas sociedades cuya función principal es ser titulares de un crédito. Por último, y con carácter no exhaustivo, se prestará especial atención también al origen del capital y al nivel de tributación del beneficiario de los intereses.

entidad francesa, al considerar que la operativa del grupo *Schneider* perseguía garantizar la deducibilidad de los intereses en Suecia con el fin de obtener una ventaja fiscal significativa (los intereses no hubiesen resultado deducibles en España en virtud de la normativa previamente expuesta).

Ante dicha negativa, *Lexel* interpuso los oportunos recursos en vía administrativa y judicial, lo que dio lugar a que el Tribunal Supremo sueco elevase una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se planteaba la compatibilidad con la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) de una normativa que permite denegar a una sociedad sueca la deducción de los intereses satisfechos a una entidad vinculada residente en un Estado miembro, al considerarse que la razón principal para contraer la deuda es que el grupo de empresas asociadas va a obtener una ventaja fiscal significativa, cuando no se habría considerado que existe dicha ventaja fiscal si ambas sociedades hubieran sido suecas, ya que en tal caso habrían estado amparadas por las disposiciones que regulan las transferencias financieras entre sociedades del grupo.

Esta diferencia de trato en la deducibilidad de intereses conduce al Tribunal de Luxemburgo a la conclusión de que concurre una vulneración de la libertad de establecimiento toda vez que los préstamos realizados por entidades del grupo se consideran situaciones comparables con independencia del lugar de residencia del prestamista. No obstante, conforme a

pronunciamientos previos del Tribunal, la divergencia propiciada por la norma doméstica podría llegar a justificarse por su condición de norma antiabuso, mediante la que se reacciona frente a esquemas recurrentes de fraude o evasión fiscal.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que una restricción de la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 TFUE pueda estar justificada por tales motivos, el objetivo específico del tal restricción debe ser evitar comportamientos consistentes en la creación de montajes puramente artificiales o ficticios, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional¹¹. Además, para determinar si una transacción presenta el carácter de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales, el contribuyente debe poder presentar, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos o pruebas relativas a los posibles motivos comerciales por los que se celebró dicha transacción¹².

Por otra parte, conforme a la doctrina previa del Tribunal, en el supuesto de que la comprobación de tales elementos lleve a la conclusión de que la transacción de que se trata corresponde a un montaje puramente artificial carente de motivos comerciales reales, el principio de proporcionalidad exige que la denegación del derecho a deducir se limite a la

11 Sentencias del TJUE de sentencias de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, apartado 55; de 22 de febrero de 2018, *X y X*, C-398/16 y C-399/16, EU:C:2018:110, apartado 46 y de 20 de enero de 2021, *Lexel AB*, C-484/19, EU:C:2021:34, apartado 49.

12 Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2021, *Lexel AB*, C-484/19, EU:C:2021:34, apartado 50.

fracción de los intereses que supere lo que se habría acordado de no haber existido relaciones especiales entre las partes¹³.

Partiendo de esta premisa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea limita el alcance de la cláusula sueca de limitación de la deducibilidad de intereses habida cuenta que el ámbito de aplicación de la norma antiabuso se extiende indebidamente a operaciones de préstamo realizadas por entidades asociadas en condiciones de plena competencia. De donde se colige que las transacciones financieras realizadas en condiciones de mercado no constituyen montajes puramente artificiales o ficticios encaminados a erosionar la base imponible del impuesto sobre sociedades al que está sujeto la entidad prestataria¹⁴.

Este mismo planteamiento está presente en la sentencia dictada el 1 de junio de 2022 por el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso *Pra Group Europe S.a.r.l*¹⁵. Esta sociedad luxemburguesa había aportado capital a su filial noruega, al tiempo que le concedió un préstamo, lo que determinó que se abonaran intereses a la matriz en los años 2014 y 2015. La administración Tributaria noruega denegó la deducibilidad de estos intereses, sin tomar en consideración que era parte de un grupo societario internacional.

En Noruega resultaba aplicable tanto una norma general de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros (pagos a entidades asociadas –residentes y no residentes– con el límite del 30% del EBITDA) como un

régimen de «contribución de grupos», este último limitado a entidades residentes en Noruega. En dicho país no existe un régimen de consolidación fiscal, pero con el denominado régimen de «contribución de grupos» se alcanzan efectos similares, pues los beneficios pueden trasladarse de una sociedad del grupo a otra que genere pérdidas. De este modo, una «contribución de grupo» es deducible en sede de la entidad «aportante» y constituye un ingreso gravable en cabeza del destinatario, lo que implica la posibilidad de incrementar el EBITDA en sede de este último y mitigar los efectos de la limitación a la deducción de intereses.

Como cabe observar, de la interacción de sendas normas se deriva una diferencia de trato en la deducibilidad de los intereses satisfechos por las entidades pertenecientes a los grupos fiscales noruegos y las entidades integrantes de grupos multinacionales como consecuencia de la posibilidad de elevar el monto de intereses deducibles en las situaciones estrictamente domésticas, lo que condujo a la Corte de Oslo a elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio. En la misma se planteaba si concurre una restricción a la libertad de establecimiento cuando las «contribuciones» de sociedades noruegas incrementan el importe máximo de interés deducible en aplicación de la regla de limitación a la deducibilidad de intereses, mientras que esa posibilidad no existe cuando se trata de inversiones realizadas por entidades radicadas en el Espacio Económico Europeo.

13 Sentencias del TJUE 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:16, apartado 83 y de 20 de enero de 2021, *Lexel AB*, C-484/19, EU:C:2021:34, apartado 51.

14 Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2021, *Lexel AB*, C-484/19, EU:C:2021:34, apartado 56.

15 Sentencia del TALC de 1 de junio de 2022, *PRA Group Europe AS*, E-3/21. Este pronunciamiento puede consultarse en línea en: <https://eftacourt.int/download/3-21-judgment/?wpdmdl=7959>.

En este contexto, el Tribunal debía dilucidar, en primer lugar, si una compañía situada en el Espacio Económico Europeo se encuentra en una situación comparable respecto a una sociedad noruega que integra un grupo mercantil con otra entidad noruega, y qué incidencia tiene a efectos de determinar la comparabilidad que no se haya hecho ninguna «contribución de grupo» por parte de la entidad no residente en Noruega a la entidad residente en dicho país, salvo un préstamo. Asimismo, en caso de que concurriese dicha discriminación, se interroga al Tribunal respecto a las razones de interés público que podrían justificar dicha restricción.

El Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio se pronuncia a favor de la comparabilidad de las situaciones de los grupos nacionales e internacionales, descartando otorgar virtualidad a estos efectos el hecho de que no se haya llevado a cabo ninguna «contribución de grupo» con una entidad noruega por parte de las entidades no residentes, toda vez que la normativa noruega lo impedía.

En este marco, se declara que el artículo 31 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE), leído conjuntamente con el artículo 34 AEEE, relativo a la libertad de establecimiento, debe ser interpretado en el sentido de que la normativa nacional examinada en el procedimiento constituye una restricción a la libertad de establecimiento cuando la compañía sujeta a tributación en Noruega puede, aprovechando las reglas de contribución de grupos, minorar o eliminar el impacto de las reglas de limitación de la deducibilidad de intereses respecto a préstamos concedidos

por entidades vinculadas, cuando dichas entidades son residentes en Noruega, mientras que eso no es posible si se trata de un grupo en el que las restantes entidades son residentes en otros Estados del Espacio Económico Europeo¹⁶.

Por lo que respecta a las posibles justificaciones a dicha restricción, el Tribunal declaró que, aisladamente consideradas, las reglas de contribución de grupos estaban justificadas por la necesidad de mantener el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, considerándose legítimo limitar ciertos beneficios fiscales exclusivamente a los grupos de sociedades residentes en Noruega¹⁷. No obstante, en el asunto enjuiciado, se produce una combinación del régimen de grupos con la regla de limitación a la deducibilidad de intereses, que a juicio del Tribunal impide invocar la justificación relativa al reparto equilibrado de la potestad tributaria, pues afecta a una situación en la que la deducción se admite en un escenario estrictamente nacional, pero no transnacional¹⁸.

Asimismo, en consonancia con los previamente citados casos *Thin Cap* y *Lexel AB*, el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio declara que la normativa noruega no tiene como finalidad reaccionar frente a montajes puramente artificiales y no permite acreditar al contribuyente que el préstamo se ha otorgado en condiciones normales de mercado. Asimismo, el ajuste no se limita a la proporción de intereses que excede lo que se habría pactado entre partes independientes, por lo que va más allá

16 Sentencia del TALC de 1 de junio de 2022, *PRA Group Europe AS*, E-3/21, apartado 37.

17 Sentencia del TALC de 1 de junio de 2022, *PRA Group Europe AS*, E-3/21, apartado 41.

18 Sentencia del TALC de 1 de junio de 2022, *PRA Group Europe AS*, E-3/21, apartado 48.

de lo necesario para alcanzar su objeto¹⁹.

Siguiendo la estela de estos dos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio, el 7 de septiembre de 2022 el Tribunal Supremo holandés elevó una cuestión prejudicial al primero de los tribunales citados en la que nuevamente se pone en tela de juicio la adecuación al Derecho originario de la Unión de una norma de limitación de la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades²⁰.

En el supuesto que da lugar a la cuestión prejudicial, la sociedad holandesa *X BV* había adquirido el 100% de las participaciones de otra sociedad holandesa con la que conformaba un grupo fiscal. La adquisición de estas participaciones en la entidad holandesa se financió con un préstamo de una entidad del grupo residente en Bélgica. Esta entidad se había creado a partir de una aportación de capital de la matriz del grupo, también residente en Bélgica.

La entidad prestamista residente en Bélgica estaba acogida al régimen fiscal de los centros de coordinación, disfrutaba de una baja imposición y contaba con una relevante estructura (sustancia) en Bélgica. La normativa holandesa relativa a la limitación a la deducibilidad de intereses de satisfechos a entidades asociadas (residentes o no residentes) resulta aplicable si el tipo de gravamen aplicable es inferior al 10% y la operación realizada y el préstamo no obedecen primordialmente a consideraciones empresariales.

Previamente, el Tribunal de Apelación de *Arnhem-Leeuwarden* había declarado que esta normativa no planteaba problemas de compatibilidad con el Derecho de la Unión porque la restricción a las libertades establecidas en los artículos 49 TFUE, 56 TFUE y 63 TFUE, causada por dicha normativa, está justificada. A juicio de este Tribunal mediante esta normativa se pretende impedir la erosión de la base imponible holandesa como consecuencia de prácticas abusivas, consistentes en deducir los gastos por intereses del beneficio, pese a que, por contra, estos gastos por intereses no resultan efectivamente gravados. Por consiguiente, esta normativa es proporcionada, puesto que el sujeto pasivo tiene la posibilidad de demostrar que la decisión de financiar la adquisición o ampliación de la participación en cuestión mediante un préstamo concedido por una entidad asociada obedece a consideraciones empresariales.

No obstante, la parte recurrente sostiene que de la previamente citada sentencia *Lexel AB* se colige que las operaciones realizadas en condiciones de plena competencia no constituyen montajes puramente artificiales, lo que conduce al Tribunal Supremo de los Países Bajos a cuestionar ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea si resulta compatible con las libertades de establecimiento, prestación de servicios o circulación de capitales (arts. 49, 56, 63 TFUE) una norma antiabuso con arreglo a la cual no son deducibles en la determinación del beneficio del sujeto pasivo los intereses devengados en virtud de una deuda por un préstamo concedido por una entidad

19 Sentencia del TALC de 1 de junio de 2022, *PRA Group Europe AS*, E-3/21, apartado 57.

20 Cuestión prejudicial del Tribunal Supremo de los Países Bajos de 7 de septiembre de 2022, *X BV*, C-585/22.

asociada con el sujeto pasivo, que está vinculada a la adquisición o ampliación de la participación en el capital de una entidad que, tras dicha adquisición o ampliación, se convierte en entidad asociada, porque debe considerarse que dicha deuda es parte de un montaje puramente artificial, con independencia de que la deuda de que se trate, en sí misma considerada, se haya contraído en condiciones de plena competencia.

El Tribunal Supremo holandés también plantea si, incluso en el supuesto de considerarse que dicha normativa antiabuso es compatible con el Derecho de la Unión, atentaría contra las libertades fundamentales previamente citadas que se deniegue la deducción íntegra de los intereses devengados en virtud de una deuda por un préstamo concedido por una entidad asociada al sujeto pasivo, considerada como parte de un montaje puramente artificial, y vinculada a la adquisición o ampliación de una participación en el capital de una entidad que, tras dicha adquisición o ampliación, se convierte en entidad asociada, incluso en la medida en que los referidos intereses, considerados en sí mismos, no superen el importe que se habría pactado entre empresas independientes.

Asimismo, se interroga al Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a si incide de alguna manera en la contestación el hecho de que la empresa que es objeto de adquisición apalancada tuviese la condición de empresa asociada o vinculada con carácter previo a la adquisición.

En nuestro país, según se ha indicado previamente, a diferencia de las

normas específicas de limitación de la deducibilidad de gastos financieros suecas que fueron enjuiciadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Lexel AB* – que incurrieran en una discriminación entre residentes y no residentes en la configuración de la denominada «cláusula de salvaguarda»–, el artículo 15 h) de la LIS limita la deducibilidad de los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo societario, 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, con independencia de su lugar de residencia fiscal, salvo que el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.

Prima facie podría considerarse que la norma española resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea al otorgar el mismo tratamiento a los préstamos concedidos por entidades del grupo, con independencia de su condición de residentes o no residentes. No obstante, a la luz de la jurisprudencia previamente expuesta, estimamos que, a la hora de valorar si concurren motivos económicos válidos que, según se ha dicho, permiten desvirtuar la aplicación del artículo 15 h) de la LIS, habrá de tomarse en consideración si el préstamo entre entidades del grupo se ha realizado en condiciones de mercado²¹.

Repárese en que la normativa española específica de limitación de la deducibilidad de gastos financieros, al igual que acontecía con el régimen

21 Cfr. Calderón Carrero, J.M., «Medidas limitadoras de la erosión de bases imponibles a través de préstamos intragrupo y su compatibilidad con el Derecho de la UE: la doctrina del TJUE en el caso *Lexel*», *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2021, consultado en línea a través de Aranzadi instituciones.

sueco, no se limita a reaccionar frente a montajes puramente artificiales o ficticios, pudiendo quedar comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma española «(...) transacciones celebradas en condiciones de plena competencia, es decir, en condiciones análogas a las que se aplicarían entre sociedades independientes»²². Por ello, a la hora de identificar el ámbito objetivo de aplicación de dicha norma, no puede obviarse que, en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los préstamos otorgados por entidades del grupo en condiciones de libre competencia «(...) no constituyen montajes puramente artificiales o ficticios llevados a cabo con el fin de evadir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades desarrolladas en el territorio nacional»²³.

En virtud de lo anterior, debe permitirse al contribuyente que satisface los intereses acreditar que el préstamo se ha otorgado en condiciones normales de mercado. Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea previamente expuesta, el ajuste que se practique en virtud de lo previsto en el artículo 15 h) de la LIS no podrá afectar a la deducibilidad de los gastos financieros que se habrían pactado entre partes independientes²⁴.

A nuestro juicio, esta jurisprudencia debe resultar extrapolable a otras cláusulas antiabuso específicas, como la contemplada en los artículos

100.3 i) de la LIS y 91.3 i) de la LIRPF, que obligan a imputar, en virtud del régimen de transparencia fiscal internacional, los rendimientos derivados de actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en territorio español y vinculadas en el sentido del artículo 18 de esta Ley, en cuanto determinen gastos fiscalmente deducibles en dichas personas o entidades residentes.

A la luz de la referida jurisprudencia, la configuración de esta norma antiabuso difícilmente puede considerarse proporcionada para reaccionar frente a situaciones de fraude o abuso toda vez que resulta igualmente aplicable a transacciones realizadas en condiciones de mercado que no necesariamente se habrán realizado por una motivación fiscal. De donde se deriva que la cláusula de escape prevista en los artículos 100.15 de la LIS y 91.14 de la LIRPF, aplicable cuando la entidad participada es residente en un país miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, deba interpretarse y aplicarse tomando en consideración los límites que se derivan de la aplicación del principio de plena competencia.

Asimismo, los referidos pronunciamientos del Tribunal de Justicia habrán de tomarse necesariamente en consideración de cara a la aplicación de la cláusula general antiabuso prevista en el artículo 15 de la Ley

22 Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2021, *Lexel AB*, C-484/19, EU:C:2021:34, apartado 53.

23 Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2021, *Lexel AB*, C-484/19, EU:C:2021:34, apartado 56.

24 Sentencias del TJUE de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:16, apartado 83 y de 20 de enero de 2021, *Lexel AB*, C-484/19, EU:C:2021:34, apartados 50 y 51.

General Tributaria y 6 de la Directiva 2016/1164²⁵, debiendo sopesarse si las transacciones financieras que se estiman fraudulentas por la Administración se han producido entre las partes contratantes en condiciones de libre competencia²⁶.

A estos efectos, es importante tener presente que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reiterada en el caso *Lexel AB* en relación con el principio de plena competencia podría ser objeto de matización con ocasión de la anteriormente referida cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo holandés el mes de septiembre de 2022. Según se ha señalado previamente, el Tribunal de Justicia debe dilucidar si el referido umbral de deducibilidad de los gastos financieros resulta igualmente aplicable cuando la deuda que da lugar al gasto financiero adolece de una finalidad empresarial, estando motivada la concesión del préstamo por razones fundamentalmente fiscales, con independencia de que, en sí mismo considerado, se haya contraído en condiciones de plena competencia²⁷.

A nuestro juicio, no cabe descartar que el Tribunal de Justicia matice su jurisprudencia previa considerado que pueden concurrir situaciones abu-

sivas pese a realizarse a precio de mercado, pues determinadas operaciones podrían no llegar a celebrarse nunca con un tercero, lo que, en determinadas circunstancias, podría ser considerado un indicio de artificiosidad. De confirmarse este extremo, lo relevante será determinar el alcance del ajuste que podrá practicar la Administración en la medida que concurren transacciones que respetan el principio de plena competencia.

Por otra parte, por lo que se refiere a la cláusula general de limitación de deducibilidad de los gastos financieros prevista en los artículos 16 y 67 de LIS, cabe plantearse igualmente su adecuación al Derecho de la Unión Europea partiendo de la sentencia dictada por el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el anteriormente citado caso *PRA Group Europe AS*²⁸.

A la luz de la jurisprudencia previa en relación con los grupos fiscales²⁹, resulta cuando menos dudoso que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vaya a reconocer una restricción a las libertades fundamentales derivada de la combinación de la citada cláusula y del régimen español de consolidación fiscal, toda vez que tradicionalmente se han justificado las

25 En relación con este precepto de la Directiva anti-abuso, cfr. Báez Moreno, A. y Zornoza Pérez, J., «La norma general contra las prácticas abusivas de ATAD», en la obra colectiva *La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea* (coords: Almudí Cid, Ferreras Gutiérrez y Hernández González-Barreda), Thomson Reuters - Aranzadi, 2018, Cizur Menor, pp. 131 a 170.

26 Vid. Calderón Carrero, J.M., *op. cit.*, consultado en línea a través Aranzadi instituciones.

27 Cuestión prejudicial del Tribunal Supremo de los Países Bajos de 7 de septiembre de 2022, X BV, C-585/22.

28 Sentencia del TALC de 1 de junio de 2022, *PRA Group Europe AS*, E-3/21.

29 Vid. sentencias del TJUE de 18 de julio de 2007, *Oy AA*, EU:C:2007:439, apartado 67; de 25 de enero de 2010, *X Holding*, C-337/08, EU:C:2010:89, apartados 42 y 43 y de 22 de febrero de 2018 *X BV y X NV*, C-398/16 and C-399/16, EU:C:2018:110, apartado 23.

divergencias entre situaciones nacionales y transnacionales de esta naturaleza en virtud de la necesidad de garantizar la coherencia del sistema fiscal de los distintos Estados miembros³⁰.

No obstante, la configuración de norma española de limitación general de la deducibilidad de intereses puede dar lugar, al igual que sucedía con el régimen noruego, a una diferencia de trato a favor de las sociedades residentes, al excluir a las entidades no residentes del grupo del cálculo del umbral del endeudamiento correspondiente al 30% del EBITDA conjunto, pese a la previsión contenida en el artículo 4.5 de la Directiva 2016/1164, que otorga a los Estados la posibilidad de tomar como referencia, al objeto de determinar los intereses deducibles, el endeudamiento del grupo en su conjunto a escala mundial³¹.

Dicho en otros términos, el hecho de que la normativa española permita tomar en consideración exclusivamente la situación de las empresas que conforman el grupo fiscal español

a efectos de determinar el alcance de la deducibilidad de los intereses satisfechos por grupos nacionales podría implicar una restricción injustificada de la libertad de establecimiento o de la libre circulación de capitales, en línea con lo declarado por el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso *PRA Group Europe AS*, pues se impide tener presente, a la hora de determinar el monto de intereses deducible, la situación de las entidades del grupo radicadas en otros Estados.

A tal efecto, es preciso tener presente que el hecho de que los artículos 16 y 67 de la LIS constituyan una transposición de lo previsto en el artículo 4 de la Directiva 2016/1164, no impide al Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizar la norma interna a la luz del Derecho de la Unión Europea, máxime en un escenario en el que, según dispone el apartado séptimo del Preámbulo y el artículo 4.5 de la Directiva 2016/1164, es una opción de los Estados miembros permitir que la regla general de limitación de deducibilidad de gastos financieros tome en

30 Vid. CFE ECJ Task Force, «Opinion Statement ECJ-TF 3/2022 on the EFTA Court Decision of 1 June 2022 in *PRA Group Europe* (Case E-3/21) on the Discriminatory Interaction between the "Interest Barrier" and Group Contributions», *European Taxation*, núm. 1, 2023, p. 14 y Zalasinski, A., «Norwegian Interest Limitation and the EEA Right of Establishment: Comments on the EFTA Court's Decision in *PRA Group Europe AS* (E-3/21)», *European Taxation*, núm. 1, 2023, pp. 19 a 25.

31 El apartado séptimo del Preámbulo de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, dispone que «Cuando el contribuyente forme parte de un grupo que mantenga cuentas consolidadas obligatorias, a efectos de la concesión a dicho contribuyente del derecho a deducir importes más elevados de los costes de endeudamiento excedentarios, puede tenerse en cuenta el endeudamiento del grupo en su conjunto a escala mundial. También puede ser conveniente establecer normas para una disposición de salida de capital en caso de que la norma de limitación de intereses no se aplique si la empresa puede demostrar que su capital por encima de la razón de activos totales es globalmente igual o superior a la razón del grupo equivalente. La norma de limitación de los intereses debería aplicarse en relación con los costes de endeudamiento excedentarios de un contribuyente, con independencia de que los costes provengan de deuda contraída a nivel nacional, transfronterizo dentro de la Unión o con un tercer país, o bien de terceros, empresas asociadas o del interior del grupo. Cuando un grupo incluya más de una entidad en un Estado miembro, dicho Estado miembro puede tener en cuenta la posición global de todo el grupo en el mismo Estado, e incluso un sistema separado de imposición de las entidades que permita la transferencia de beneficios o de intereses entre entidades de un mismo grupo, cuando se apliquen las normas que limiten la deducibilidad de los intereses».

consideración la situación de las entidades no residentes que conforman el grupo. No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el legislador de la Unión Europea aprueba una norma que debe ser transpuesta por los Estados miembros, sin posibilidad de opción en su implementación, su cuestionamiento a la luz del Derecho originario de la Unión únicamente es posible cuando concurre un error manifiesto y la diferencia de trato propiciada por el legislador de la Unión no está debidamente justificada³².

En el mismo sentido, la jurisprudencia establecida en *Lexel AB* también podría tener repercusión sobre las reglas anti-híbridos del artículo 15.bis de la LIS, las cuales en la práctica solamente son aplicables a situaciones transfronterizas y operan de

manera automática cuando existe un resultado de deducción sin inclusión (o de doble deducción), exigiendo únicamente la existencia de una relación de vinculación entre las partes involucradas en la asimetría híbrida o bien de un mecanismo estructurado, mecanismo que en ningún caso implica necesariamente la existencia de un montaje puramente artificial, bastando que la ventaja fiscal «esté cuantificada o considerada en sus condiciones o contraprestaciones o bien que haya sido diseñado para producir los resultados de tales asimetrías» (apartado 9 del artículo 15.bis de la LIS)³³. No obstante, el hecho de que las normas anti-híbridos sean transposición de una Directiva de la Unión otorga una presunción de legalidad difícilmente discutible ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal y como acabamos de mencionar.

Cómo referenciar: Almudí Cid, J.M. (2023). Las reglas de limitación de la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades a la luz del derecho de la Unión Europea. *Revista Técnica Tributaria* (142), 7-18.

32 En los apartados 52 a 54 de la sentencia del TJUE 7 de marzo de 2017, *RPO*, C-390/15, EU:C:2017:174, se declara lo siguiente «(c)uando se constate una diferencia de trato entre dos situaciones comparables, el principio de igualdad de trato no resultará vulnerado en tanto la diferencia de trato esté debidamente justificada (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Arcelor Atlantique y Lorraine y otros*, C-127/07, EU:C:2008:728, apartado 46). Así ocurre, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando la diferencia de trato está en relación con un objetivo legalmente admisible perseguido por la medida que tenga como efecto establecer tal diferencia y ésta es proporcionada a dicho objetivo (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de octubre de 2013, *Schaible*, C-101/12, EU:C:2013:661, apartado 77, y de 22 de mayo de 2014, *Glatzel*, C-356/12, EU:C:2014:350, apartado 43). En este contexto, se entiende que, al adoptar una medida de naturaleza fiscal, el legislador de la Unión está llamado a tomar decisiones de naturaleza política, económica y social y a establecer una jerarquía entre intereses divergentes o a realizar apreciaciones complejas. Por tanto, en este marco se le debe reconocer un amplio margen de apreciación, de forma que el control judicial de los requisitos mencionados en el apartado anterior de la presente sentencia debe limitarse a controlar si hay un error manifiesto [véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, apartado 123, y de 17 de octubre de 2013, *Billerud Karlsborg y Billerud Skärblacka*, C-203/12, EU:C:2013:664, apartado 35]».

33 En relación con la adecuación de las normas anti-híbridos con el Derecho de la Unión Europea, vid. los trabajos de Zubimendi Cavia, A., *La doble no imposición como resultado de la utilización de instrumentos y entidades híbridas*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 378 y ss. y Martínez Laguna, F.D., *Hybrid Financial Instruments, Double-Non Taxation and Linking Rules*, IBFD, 2018, pp. 312 y ss.