

ARTÍCULOS

LA LIMITACIÓN EN LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: ANÁLISIS NORMATIVO Y COMENTARIO CRÍTICO

LUIS SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ y VÍCTOR VIANA BARRAL
Abogados*

La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: análisis normativo y comentario crítico

El Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, elimina la tradicional norma de subcapitalización y aprueba dos normas encaminadas a la limitación de la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: (i) una norma sobre la no deducibilidad de los gastos financieros derivados de deudas intragrupo destinadas a la realización de ciertas operaciones efectuadas en el seno de un grupo mercantil y (ii) una limitación general en la deducibilidad de gastos financieros. Esta segunda norma dispone, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2012, que los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio, siendo en todo caso deducibles aquellos gastos financieros netos que no excedan de un millón de euros y pudiendo la entidad deducirse en los 18 años inmediatos y sucesivos el exceso de gastos financieros que no haya resultado deducible.

La nueva normativa, modificada posteriormente por el Real Decreto-ley 20/2012 e interpretada por la Dirección General de Tributos, está teniendo un efecto negativo de carácter inmediato en la actividad económica de las sociedades españolas participadas. Por su importancia, a continuación se analizan los aspectos más relevantes de la nueva regulación.

Restrictions on the deduction of financial expenses for Spanish Corporate Income Tax: legal analysis and review

On 30 March 2012, the Spanish government approved Royal Decree-law 12/2012, which implements various tax and administrative measures aimed at reducing public deficit. The Royal Decree-law has eliminated the traditional thin capitalisation rule and has introduced two rules focusing on the limitation of the deductibility of financial expenses for Spanish Corporate Income Tax purposes: (i) a rule regarding the non-deductibility of financial expenses derived from intra-group loans used to finance certain transactions carried out within a group of companies, and (ii) a general restriction on the deduction of financing expenses. The second rule states that net financing expenses exceeding 30% of the operating profit of a given tax year will not be deductible for CIT purposes, whereas net financing expenses not exceeding EUR 1 million are tax deductible in all cases. Moreover, a company may carry forward and deduct the amounts exceeding the maximum deductible limit for a tax year in the following 18 years.

The new regulations, which were amended by Royal Decree-law 20/2012 and have been interpreted by the Spanish tax authorities, are creating an immediate negative effect on the business of Spanish companies. Bearing in mind the significance of the new regulations, their most relevant aspects are analysed below.

1 • INTRODUCCIÓN

Mediante el RDL 12/2012¹, el Gobierno aprobó una serie de medidas extraordinarias encaminadas a la reducción del déficit público y a la corrección

de los principales desequilibrios que se manifiestan en la economía española.

Las principales medidas tributarias aprobadas en el RDL 12/2012 afectan al Impuesto sobre Sociedades, ya que se considera, según reza la propia exposición de motivos, «una prioridad conseguir un incremento de los ingresos fiscales procedentes del Impuesto sobre Sociedades, esfuerzo recaudatorio que se recaba, fundamentalmente, de las grandes empresas, poseedoras de la capacidad contributiva necesaria para coadyuvar al sostenimiento de las finanzas públicas, a través de la figura del mencionado tributo».

* Abogados del Área de Derecho Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid). Queremos expresar nuestro agradecimiento a Gloria Marín Benítez por sus valiosos comentarios a este artículo.

¹ Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 31 de marzo.

El RDL 12/2012 aprueba medidas de carácter excepcional para los períodos impositivos 2012 y 2013 y medidas indefinidas. Entre las disposiciones adoptadas con carácter indefinido destacan, por su importancia, las limitaciones que se introducen en relación con la deducción de gastos financieros, en línea con la tendencia legislativa de otros Estados de nuestro entorno. Estas limitaciones se concretan en dos normas: (i) una norma sobre la no deducibilidad de los gastos financieros derivados de deudas intragrupo destinadas a la realización de ciertas operaciones efectuadas en el seno de un grupo mercantil (similar a la aprobada en Suecia², principalmente, y en los Países Bajos, Francia o Austria, en menor medida) y (ii) una limitación general a la deducción de gastos financieros que funciona como una regla de diferimiento, ya que la norma permite la deducción en ejercicios futuros de los gastos financieros que resulten no deducibles en un determinado ejercicio, de manera similar a la compensación de bases impositivas negativas. Esta norma ha sido posteriormente modificada por el Real Decreto-ley 20/2012³ y ha sido objeto de interpretación administrativa mediante la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos («DGT»), cuya finalidad es establecer los criterios interpretativos necesarios que proporcionen seguridad jurídica, teniendo en cuenta tanto la novedad de la norma como su inmediata aplicación. La limitación general se ha basado principalmente en la normativa aprobada en Alemania —*Zinsschranke*—⁴ e Italia⁵. Otras normativas en la misma línea son la aprobada en Dinamarca y la que actualmente en tramitación en Finlandia (aunque se prevé que esta última únicamente afecte a gastos financieros devengados en financiación intragrupo).

Las limitaciones se insertan en el paquete de medidas encaminadas a la reducción del déficit público aprobadas por el Gobierno entre 2011 y 2012, cuyo principal objetivo es aumentar la presión fiscal sobre el contribuyente con la finalidad de aumentar los ingresos del Estado. Sin perjuicio de que la situación

económica del Estado español exhorta la aprobación de medidas de ajuste, no es menos cierto que medidas fiscales como las analizadas en este trabajo están influyendo negativamente en la inversión en nuestro país.

El objeto del presente artículo es el análisis conjunto de los aspectos más relevantes de las dos nuevas normas (artículos 14.1.h) y 20 del TRLIS⁶), tal y como han quedado configuradas tras la reforma del RDL 20/2012. En ambos casos, tras una descripción detallada de la norma, se pretende realizar un análisis crítico que permita detectar las principales inconsistencias y proponer alternativas para su corrección.

2 · NO DEDUCIBILIDAD DE INTERESES DE DEUDAS INTRAGRUPU QUE FINANCIEN LA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES A OTRAS ENTIDADES DEL GRUPO

El artículo 1.Segundo.Uno del RDL 12/2012 establece, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2012, la no deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de los gastos financieros derivados de deudas intragrupo destinadas a adquisiciones apalancadas que se efectúen en el seno de un grupo de sociedades, mediante la introducción de una nueva letra h) al TRLIS con el siguiente tenor:

«Artículo 14. Gastos no deducibles.

1. No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

[...]

h) Los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.»

² Párrafos 10a-10d del capítulo 24 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (*Inkomstskattelag*).

³ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 14 de julio.

⁴ Sección 4h de la Ley del Impuesto sobre la Renta (*Einkommensteuergesetz —EStG—*) y Sección 8a de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (*Körperschaftsteuergesetz —KStG—*).

⁵ Artículo 96 de la Ley Consolidada del Impuesto sobre la Renta (*Testo Unico Imposte sui Redditi —TUIR—*).

⁶ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Así, con carácter general pasan a considerarse no deducibles los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo destinadas (i) a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades o (ii) a la aportación al capital o fondos propios de otras entidades del grupo. La norma acota claramente las operaciones que deben entenderse comprendidas en su presupuesto de hecho, por lo que a los gastos financieros devengados en deudas destinadas a financiar otras operaciones intragrupo (como la adquisición de elementos del inmovilizado material, del inmovilizado intangible o inversiones inmobiliarias) no les resultará de aplicación esta norma, sino la limitación general a la deducción de gastos financieros que se analiza en la sección siguiente.

En cuanto al concepto de grupo, la norma establece la no deducibilidad de los gastos financieros que derivan de deudas con entidades del grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. Esto excluye del ámbito de aplicación de la norma no solo a los intereses devengados en deudas con terceros ajenos al grupo, sino también, en nuestra opinión, a los devengados en deudas con entidades que formen parte de un grupo horizontal (por ejemplo, entre entidades participadas por la misma persona física). Recordemos que el artículo 42 del Código de Comercio dispone que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras, y que en los grupos familiares no existiría una sociedad que ostente o pueda ostentar, el control de otra u otras. Por otro lado, la referencia al concepto de grupo del artículo 42 del Código de Comercio es independiente de la residencia de las entidades o de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, por lo que debe entenderse que tanto la entidad con la que se concierte el endeudamiento como la entidad adquirida pueden no ser residentes en España.

La norma establece una vía de escape para la aplicación de su consecuencia jurídica: la prueba de la existencia de motivos económicos válidos para la realización de las operaciones definidas en su presupuesto de aplicación. La estructura de la norma contenida en el artículo 14.1.h) del TRLIS se asemeja, en este sentido, a las de otras normas antiabuso de carácter especial contenidas en el ordenamiento tributario (como, a título de ejemplo, los artículos 8.1, 12.3 o 96.2 del TRLIS): un presupuesto de hecho en el que se definen unas circunstancias «sospechosas de abuso» que llevan aparejada una consecuencia

fiscal desfavorable (pérdida de un beneficio fiscal, por ejemplo), a no ser que el obligado tributario acredite la existencia de motivos económicos válidos para la concurrencia de esas circunstancias que al legislador le parecían indicativas de abuso.

En este sentido, no puede desconocerse que la nueva norma contenida en el artículo 14.1.h) del TRLIS viene a dar respuesta a la controversia suscitada entre la Administración tributaria y numerosos contribuyentes en torno a la deducibilidad del gasto financiero incurrido en operaciones de compra apalancada de filiales intragrupo con deuda de otra entidad vinculada (Vid. Resoluciones del TEAC⁷ de 17 de mayo de 2007⁸ y posteriores en el mismo sentido⁹). A nuestro juicio, esa respuesta legislativa solo se entiende si se quiere negar la deducibilidad del interés mediante la aplicación de una norma antiabuso general como la del artículo 15 de la LGT, ya que es discutible que una compra financiada con deuda sea una operación que pueda calificarse de notoriamente artificiosa o impropia y que carezca de efectos jurídicos o económicos relevantes¹⁰

⁷ Tribunal Económico-Administrativo Central.

⁸ En la Resolución número 00/2563/2006, de 17 de mayo de 2007, el TEAC aprecia la existencia de fraude a la ley tributaria en una operación encadenada de compras intragrupo de participaciones de filiales y posteriores ampliaciones de capital en las filiales adquiridas, financiando esas operaciones con préstamos facilitados por otras sociedades también del grupo. El TEAC justifica el fraude en la existencia de un conjunto de negocios jurídicos todos ellos válidos en sí mismos e individualmente considerados, pero que, tomados en su conjunto, parecen tener la finalidad de crear un artificio con vistas a la disminución ilegítima de la deuda tributaria del grupo fiscal. El TEAC considera, por tanto, que el grupo creó una estructura artificiosa en la que se llevaron a cabo unas reubicaciones de cartera intragrupo carentes de contenido patrimonial real y, por tanto, destinadas a propiciar una aparente necesidad de endeudamiento que erosionó vía pago de intereses la base imponible del grupo en España. El TEAC considera que el contribuyente no probó que la realización de los negocios jurídicos en cuestión respondiera a una estrategia económica o comercial válida y considera que las operaciones consistían en un simple intercambio de participaciones dentro del grupo que evidenciaba que el contribuyente perseguía el objetivo de reducir su carga fiscal.

⁹ Entre otras, Resolución número 00/656/2007, de 25 de junio de 2009, y Resolución número 00/7082/2008, de 8 de octubre de 2009.

¹⁰ En este sentido, el artículo 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria («LGT») establece que:

«Artículo 15. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

a. Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

por el hecho de ser realizada entre empresas del grupo.

A pesar de que la norma no especifica qué son motivos económicos válidos a estos efectos, en la exposición de motivos se indica que podrían ser razonables desde la perspectiva económica supuestos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros —lo que podría dar encaje a algunas operaciones de *debt push down*—, o bien aquellos supuestos en los que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde territorio español. Hasta la fecha, la única resolución del TEAC (a saber, Resolución de 1 de junio de 2010¹¹) que, en esa controversia a la que hacíamos referencia, concluye en la inexistencia de fraude de ley versaba sobre un caso en el que el grado de integración entre la filial adquirida y la sociedad española adquirente era muy elevada en todas las áreas de negocio (productiva, financiera, logística, de recursos humanos, etc.), con lo que podría afirmarse que era un caso en el que la sociedad española adquirente gestionaba las sociedades participadas adquiridas.

En todo caso, parece una medida cuya aplicación no estará exenta de conflictividad, que obligará a revisar la consistencia en términos de motivos económicos válidos de muchas operaciones y que generará un buen número de consultas vinculantes a la DGT con la finalidad de aclarar qué motivos

pueden considerarse válidos a estos efectos (como ha ocurrido con la cláusula de motivos económicos válidos establecida en el artículo 96.2 del TRLIS en relación con el régimen fiscal especial aplicable a operaciones de reestructuración¹²).

Es importante destacar que la aplicación de la norma establecida en el artículo 14.1.h) del TRLIS determina en todo caso que se produzca una situación de doble imposición, ya que mientras que la sociedad pagadora de los intereses no podrá deducirse el gasto en el impuesto sobre Sociedades, la sociedad (residente o no) que reciba el pago de esos intereses deberá tributar por ellos. En este sentido, sería recomendable que el TRLIS previese algún tipo de mecanismo para evitar esa doble imposición económica similar al de otras normas, como por ejemplo el artículo 16 del TRLIS en relación con operaciones entre entidades vinculadas.

La norma se asemeja a legislación sueca en relación con la limitación a la deducibilidad de gastos financieros intragrupo. Es importante destacar que la normativa aprobada en Suecia en enero de 2009 (y recientemente modificada para ampliar su ámbito a los gastos financieros derivados de cualquier deuda intragrupo, sin perjuicio de que se destine a la adquisición de participaciones de otra entidad del grupo o para otros fines) se cibe exclusivamente a la limitación de la deducibilidad de gastos financieros derivados de deudas intragrupo, sin incluir una limitación general a la deducibilidad de otros gastos financieros (posición que podría haber tomado España a la vista del objetivo de la norma, que no es otro que evitar el traslado de la carga financiera de un grupo multinacional a la filial española). Por otro lado, la normativa sueca añade al supuesto de inaplicabilidad por existencia de motivos económicos válidos (*business reasons exception*) un supuesto adicional de exclusión de la aplicación de la limitación para los casos en los que los intereses estén

b. *Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.»*

¹¹ En la Resolución número 4756/08, 6326/08, 6327/08 y 401/09 (asuntos acumulados), de 1 de junio de 2010, el TEAC mantiene la línea argumentativa desarrollada en las Resoluciones de 17 de mayo de 2007 y siguientes ante un caso similar de adquisición de participaciones intragrupo financiadas con préstamos de otras sociedades del grupo. Sin embargo, en este caso el TEAC entiende que la operación no responde al propósito de eludir el impuesto, sino a auténticas razones económicas. En consecuencia, el TEAC anula la resolución administrativa de fraude de Ley sobre la base, entre otros argumentos, de que la operación directa de adquisición se llevó a cabo entre dos sociedades plenamente operativas que no podían calificarse como entidades instrumentales y de que existían sinergias entre la sociedad adquirente y la filial adquirida que aconsejaban la consecución de los objetivos perseguidos a través de la adquisición de la filial.

En este caso, por lo tanto, la estimación del recurso se basa en los condicionantes económicos que hacen que el TEAC no aprecie la existencia de ánimo fraudulento en la operación, por lo que esta Resolución no supone un cambio en el criterio administrativo mantenido por el TEAC desde la Resolución 00/2563/2006, de 17 de mayo de 2007.

¹² A diferencia del artículo 96.2, el artículo 14.1.h) del TRLIS no contiene una previsión expresa en relación con la posibilidad de que los contribuyentes formulen consultas vinculantes a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas. Entendemos que esta diferencia resulta puramente anecdótica y que la referencia a la formulación de consultas que contiene el artículo 96.2 es innecesaria, ya que el artículo 88 de la LGT, dispone expresamente que «los obligados podrán formular a la Administración tributaria consultas respecto al régimen, la clasificación o la calificación tributaria que en cada caso les corresponda», y el artículo 89 del mismo texto legal les otorga efectos vinculantes a las mencionadas consultas.

sujetos a tributación en la sociedad vinculada receptora del pago de esos intereses en la medida en que esta sea la beneficiaria efectiva (para evitar la interposición de sociedades en jurisdicciones con un tipo de tributación más alto mediante una estructura de *back-to-back*) y tribute a un tipo de gravamen de, al menos, el 10%. Entendemos que resultaría interesante añadir este supuesto de exclusión de la aplicación de la limitación a la norma española.

En relación con la cláusula de *business reasons exception*, el Tribunal Supremo sueco ha venido aceptando la existencia de razones económicas principalmente en dos situaciones: (i) cuando la adquisición y financiación intragrupo está estrechamente ligada a la adquisición de un negocio a un tercero o de participaciones de una entidad ajena al grupo (como, por ejemplo, en la sentencia número 4348-10, en la que el Tribunal Supremo sueco acepta la existencia de razones económicas en un caso en el que la adquisición de participaciones de una entidad tercera viene seguida por una adquisición intragrupo de esas participaciones) y (ii) cuando existen circunstancias económicas extraordinarias (así, en la sentencia del Tribunal Supremo sueco número 7648-09, se acepta la existencia de razones económicas válidas en la concesión de un préstamo intragrupo para financiar una suscripción de capital intragrupo cuando la entidad que ampliaba su capital estaba en causa de insolvencia o de proceso concursal).

3 · LIMITACIÓN GENERAL A LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS

El RDL 12/2012, mediante su artículo 1.Segundo. Dos, deroga el régimen de subcapitalización (cuyo ámbito de aplicación había quedado muy mermado en 2003 al excluirse su aplicación en el caso de deudas con entidades residentes en la Unión Europea) e introduce una limitación general a la deducibilidad de gastos financieros en el artículo 20 del TRLIS, por la que los gastos financieros netos son deducibles en el Impuesto sobre Sociedades con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio, siendo en todo caso deducibles aquellos gastos financieros netos que no excedan de un millón de euros. La limitación es general y, por tanto, aplica con independencia de que los gastos financieros deriven de deudas con personas o entidades vinculadas o independientes.

La norma establece asimismo (i) que el exceso de gastos financieros que no haya resultado deducible

podrá deducirse en los 18 años inmediatos y sucesivos, junto con los del período impositivo correspondiente y con sujeción al mismo límite general, y (ii) que si los gastos financieros netos no alcanzan el límite en un determinado ejercicio, este defecto de gastos financieros netos podrá consumirse en los cinco años inmediatos y sucesivos, puesto que su importe se adicionará al límite general que resulte en tales años.

La razón de ser de la norma se concreta en la exposición de motivos del RDL 12/2012, que establece que «esta medida favorece de manera indirecta la capitalización empresarial». Como punto de partida, creemos que una norma dirigida a limitar la deducibilidad de los gastos financieros de las empresas puede suponer un claro freno a la importación de capitales por nuestro país, al reducir la rentabilidad de las inversiones realizadas a través de una sociedad o un establecimiento permanente situados en España en unas circunstancias económicas muy adversas y una situación de difícil acceso al crédito. Pensamos, por el contrario, que las medidas económicas y tributarias deberían potenciar la inversión internacional en nuestros sectores productivos. En este sentido, es importante tener en cuenta que España (a diferencia de Suecia o Alemania, otros de los Estados de nuestro entorno que han aprobado una normativa de este tipo) ha sido tradicionalmente y sigue siendo un país importador de inversiones, por lo que medidas de este tipo tienen consecuencias adversas en la actividad económica.

Por otro lado, es importante destacar que la norma resulta de aplicación para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2012 (retroactividad débil o de primer grado). Resulta sorprendente que se apruebe una normativa de tal calado tras el inicio del ejercicio, sin ofrecer un período de adaptación a las empresas a las que le resulta de aplicación. Aunque la nueva limitación deberá tenerse muy presente en la estructuración de futuras operaciones de inversión en España y, en particular, en la definición del ratio de capital y deuda para su financiación (especialmente en las operaciones de capital riesgo o *private equity*), resulta especialmente gravosa la modificación para aquellas entidades que hayan realizado inversiones apalancadas con retornos a largo plazo durante los últimos ejercicios (como, por ejemplo, en operaciones de compra de inmuebles o en operaciones de *sale and lease back* de sedes corporativas o sucursales de grandes empresas y de entidades financieras), ya que la aprobación de la norma les obligará a revisar sus previsiones financieras, hecho que

afectará de forma sensible a la rentabilidad esperada en el momento de la conclusión de las operaciones y derivará en ocasiones en la no viabilidad del proyecto.

Asimismo, sin perjuicio de que la exposición de motivos del RDL 12/2012 considere «una prioridad conseguir un incremento de los ingresos fiscales procedentes del Impuesto sobre Sociedades, esfuerzo recaudatorio que se recaba, fundamentalmente, de las grandes empresas», la normativa afecta por igual a cualquier entidad española, con independencia de su tamaño. En un momento en el que el tejido empresarial español se ha visto seriamente afectado como consecuencia de la crisis económica que estamos viviendo, pensamos que sería interesante plantearse la exclusión de la limitación para pequeñas y medianas empresas, elemento necesario para la recuperación económica.

Cabe destacar que la nueva regulación aplica tanto a sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades como a contribuyentes que actúen en España mediante establecimiento permanente, ya que el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes establece que, salvo excepciones, la base imponible del establecimiento permanente se determinará con arreglo a las disposiciones del régimen general del Impuesto sobre Sociedades. Lo anterior se debería aplicar sin perjuicio de la no deducibilidad para el establecimiento permanente de los pagos que este efectúe a la casa central o a alguno de sus establecimientos permanentes en concepto de intereses.

A continuación, se analiza en detalle el nuevo régimen establecido por el artículo 20 del TRLIS.

3.1 · Cuantía sometida a limitación: gastos financieros netos

La cuantía que se somete a la limitación de deducibilidad viene determinada por los *gastos financieros netos*, que se definen como el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo, excluidos los gastos financieros que no sean deducibles. A estos efectos, tal y como se ha establecido anteriormente, no son deducibles los gastos financieros que deriven de deudas intragrupo que financien la adquisición de participaciones a otras entidades del grupo o las

aportaciones a los fondos propios de las entidades del grupo, en las condiciones indicadas en el artículo 14.1.h) del TRLIS.

En relación con la cuantificación de los referidos gastos financieros netos, el criterio administrativo recogido en la Resolución es el siguiente:

- La limitación establecida en el artículo 20 del TRLIS trata de favorecer indirectamente la capitalización empresarial, a través de la limitación del efecto fiscal del uso de la financiación ajena, por lo que tanto los gastos como los ingresos que se deben tomar en consideración a los efectos de la aplicación del límite establecido han de estar relacionados con el endeudamiento empresarial y recogerse como tales en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad. En particular, se incluyen los recogidos en el epígrafe 13 del modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias del PGC¹³, cuentas 661, 662, 664 y 665, como, por ejemplo, los intereses de obligaciones y bonos, los intereses de deudas, los dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros o los intereses por descuento de efectos y operaciones de *factoring*.
- No computan como gastos financieros (i) los intereses incorporados al valor de un activo, por cuanto, de acuerdo con la normativa contable, su imputación efectiva al resultado del ejercicio y, por ende, a la base imponible de la entidad, se realiza a través de la amortización del activo; (ii) los gastos derivados de actualización de provisiones, por no estar relacionados con el propio endeudamiento empresarial, o (iii) aquellos gastos que no resulten deducibles en virtud de cualquier otra norma.

En relación con este punto, es importante destacar que, además de los citados, la normativa italiana no incluye entre los gastos financieros sometidos a limitación los devengados en relación con contratos de financiación asegurados con garantía hipotecaria o los derivados de cuentas comerciales a pagar.

Si, presuntamente, entre los objetivos del legislador para la aprobación de esta norma está la limitación de los gastos financieros intragrupo

¹³ Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

- (de manera que las sociedades españolas estén suficientemente capitalizadas y la carga financiera del grupo no se sitúe en España), entendemos que sería recomendable una exclusión, como en Italia, de los intereses derivados de contratos de financiación hipotecarios del cómputo de gastos financieros sometidos a limitación.
- A los efectos de determinar el importe de ingresos financieros derivados de la cesión a terceros de capitales propios se tomarán en consideración los mismos criterios y, en consecuencia, se tendrán en cuenta aquellos ingresos que procedan de la cesión a terceros de capitales propios, recogidos en la partida 12 del modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias, cuentas 761 y 762 (ingresos de valores representativos de deuda e ingresos de créditos).
 - La cuantía de los ingresos o gastos financieros será, en el caso de que procedan de entidades vinculadas, la que resulte después de los correspondientes ajustes derivados de la normativa sobre operaciones vinculadas.

La Resolución considera que existen algunos elementos que, aunque desde un punto de vista contable puedan no tener el carácter de gasto o ingreso financiero, sí lo deben tener a los efectos del artículo 20 del TRLIS. Estos son:
 - Los gastos por deterioro del valor de créditos que se correspondan con intereses devengados y no cobrados (entendemos que siempre que cumplan las condiciones del artículo 12.2 para ser deducibles), por cuanto precisamente dichos intereses han tenido la consideración de ingreso financiero. Dicha limitación no afectará a la parte del deterioro del valor del derecho de crédito que se corresponda con el principal adeudado.
 - Las diferencias de cambio que se integren en la cuenta de pérdidas y ganancias del periodo impositivo y que deriven de cualquier endeudamiento que se encuentre afectado por la aplicación del artículo 20 del TRLIS, aun cuando desde el punto de vista contable no figuran recogidas como gastos o ingresos financieros. La razón de ser de la inclusión es que la limitación se establezca de forma unitaria sobre todo el endeudamiento, incluyendo aquellas partidas que estén directamente vinculadas con aquel, aun cuando contablemente estén desagregados en diferentes partidas de la cuenta de pérdidas y ganancias.
 - Los gastos e ingresos derivados de coberturas financieras que cubran deudas de la entidad. La misma interpretación debe realizarse, por tanto, en relación con las coberturas financieras vinculadas al endeudamiento, aunque no se recojan contablemente en cuentas de gastos o ingresos financieros. Así, desde el punto de vista fiscal, el tratamiento de la cobertura no debe desvincularse del correspondiente a la partida cubierta, evitando asimetrías fiscales sin justificación razonable, por el simple hecho de que las convenciones contables las reconozcan en diferentes partidas de las cuentas de pérdidas y ganancias.
 - Los resultados positivos o negativos derivados de contratos de cuentas en participación que corresponden al partícipe no gestor. Desde el punto de vista contable, la participación del partícipe no gestor tiene la condición de activo financiero derivado del endeudamiento, de acuerdo con la Norma de Registro y Valoración 9.^a, registrándose en cuentas del grupo 4 de la quinta parte del PGC, relativa a *Definiciones y relaciones contables*, y no como una participación en capital. Teniendo en cuenta esta consideración, en el ámbito fiscal debe entenderse que la participación del partícipe no gestor en las operaciones del partícipe gestor constituye una forma de financiación a este último y debe ser calificada como endeudamiento, tal y como dispone la normativa contable. En consecuencia, los resultados positivos o negativos que corresponden al partícipe no gestor deben asimilarse desde el punto de vista fiscal, a efectos de la aplicación de lo establecido en el artículo 20 del TRLIS, a ingresos o gastos financieros, tanto en sede del partícipe gestor como en sede del partícipe no gestor, debiendo, por tanto, incluirse en la limitación establecida en dicho artículo.
 - Asimismo, la Resolución realiza una precisión en cuanto a los ingresos financieros derivados de la cesión a terceros de capitales propios que forman parte de la cifra neta de negocios de determinadas entidades que, por las características propias de su actividad, incluyen ingresos financieros dentro del beneficio operativo —mencionando el caso particular de las entidades *holding* (respecto de los intereses derivados de la financiación que puedan conceder a las entidades participadas) y de las entidades concesionarias de infraestructuras públicas (respecto de los ingresos financieros derivados de las contraprestaciones de los acuerdos de concesión que

activen como derechos de cobro)—. En estos casos, la Resolución determina que debe prevalecer el carácter financiero de tales ingresos, debiéndose utilizar para determinar la cuantía de los gastos financieros netos del periodo impositivo. Consecuentemente, la DGT entiende que no se deben computar como integrantes del beneficio operativo, ya que una interpretación razonable del beneficio operativo definido en el artículo 20 del TRLIS debe considerar que este se encuentra al margen de cualquier componente financiero.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta que, con carácter general, es más beneficioso que un ingreso se considere financiero, pues así compensa gastos financieros por un 100% de su cuantía, mientras que si se entendiera que integra el beneficio operativo (en lugar de considerarse ingreso financiero) solo permitiría la deducción de gastos financieros por un 30% de su cuantía.

3.2 · La base de cálculo de la limitación: el beneficio operativo del ejercicio o EBITDA

La norma define *beneficio operativo del ejercicio* como el resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, eliminando (i) la amortización del inmovilizado, (ii) la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, y (iii) el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado, y añadiendo los dividendos o participaciones en beneficios procedentes de entidades en las que se mantenga una participación de al menos un 5% o con un coste de adquisición superior a 6 millones de euros, excepto cuando la participación haya sido adquirida con deuda intragrupo cuyos intereses sean no deducibles en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.1.h) del TRLIS.

El concepto de beneficio operativo del artículo 20 del TRLIS se asemeja, por lo tanto, al de EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization* o beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones), con determinados ajustes.

La adición de dividendos o participaciones en beneficios procedentes de entidades en las que se mantenga una participación de al menos un 5% o con un coste de adquisición superior a 6 millones de euros (excepto en los casos del artículo 14.1.h) del TRLIS) es una previsión que se aparta de otras

normativas de nuestro entorno (esta no viene prevista ni por la normativa alemana ni por la italiana) y que, en consecuencia, supone una ventaja para el contribuyente español al incrementar el beneficio operativo del ejercicio y, por tanto, el gasto financiero neto deducible.

Según interpreta la Resolución, la adición de determinados dividendos o participaciones en beneficios procede exclusivamente en aquellos casos en que tales ingresos no formen parte del importe neto de la cifra de negocios. En las entidades *holding*, según la DGT, el beneficio operativo ya recoge los dividendos o participaciones en beneficios, por lo que no deberán adicionarse, ya que ello supondría computar doblemente los mismos dividendos o participaciones en beneficios. Bajo esta interpretación parecería posible mantener que en sociedades *holding* no jugaría la exclusión de los dividendos o participaciones en beneficios de participaciones afectadas por el artículo 14.1.h) del TRLIS.

Por otro lado, la exclusión del beneficio operativo del ejercicio de los dividendos o participaciones en beneficios derivados de participaciones en instrumentos de patrimonio, cuando estas han sido adquiridas con deudas que generen gastos financieros no deducibles en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.1.h) del TRLIS (es decir, básicamente participaciones adquiridas de otras entidades del grupo con deuda intragrupo), solo opera en tanto subsista la deuda intragrupo con la que se haya financiado la adquisición de la participación. Entendemos en consecuencia que una amortización parcial de la deuda debería dar lugar a un levantamiento parcial de esta exclusión, aunque es algo que no aclara la DGT en la Resolución.

Entendemos que el criterio administrativo es excesivamente riguroso, por cuanto supone una doble penalización cuando se adquieren participaciones con deudas intragrupo: por un lado, existiría una limitación a su deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades en virtud del artículo 14.1.h) TRLIS y, por otro, se limitaría la integración dentro del propio beneficio operativo de los dividendos o participaciones en beneficios adquiridos con estas deudas intragrupo.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el supuesto de no deducibilidad previsto en el artículo 14.1.h) TRLIS no opera cuando se pueden acreditar motivos económicos válidos, lo cual a buen seguro generará abundantes conflictos interpretativos en la práctica.

Por último, interesa destacar que la eliminación del concepto de beneficio operativo de los resultados por enajenaciones de inmovilizado está suponiendo un grave problema para las inversiones en nuestro país (en muchas ocasiones realizadas por inversores internacionales), ya que el hecho de que las entidades no puedan utilizar los gastos financieros no deducidos en años anteriores para compensar las plusvalías derivadas de ventas de inmovilizado en la desinversión (como en el cálculo del beneficio operativo se excluyen los resultados por enajenaciones de inmovilizado, el beneficio operativo —y, en consecuencia, la deducibilidad de gastos financieros— no aumentan con la venta de los activos inmovilizados de la sociedad) supone en la práctica que un ajuste llamado a ser temporal¹⁴ se convierta en definitivo para aquellas sociedades vehículo cuyo objeto a medio o largo plazo sea la obtención de plusvalías derivada de la compra y venta de un activo determinado¹⁵.

Esta problemática (que, en la práctica, está afectando a la viabilidad de inversiones en inmovilizado en España) se ha visto paliada con la introducción de la exclusión de la limitación en el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad, tal y como se analizará en el apartado 3.9. Sin embargo, la no exclusión de los resultados por enajenaciones de inmovilizado en el cálculo del beneficio operativo del ejercicio evitaría que en el futuro se produzcan situaciones anómalas y de difícil encaje con la gestión regular de una empresa, como la extinción de sociedades en el año de venta de sus activos o como el uso de sociedades individuales para la adquisición de activos independientes con el único

fin de compensar las eventuales plusvalías con los gastos financieros pendientes de deducir en años anteriores en el año de la venta del activo (y subsiguiente disolución de la entidad). Creemos que en un momento en el que es prioritario para la economía nacional dar salida al *stock* inmobiliario, deberían eliminarse o modificarse todas aquellas normas con un efecto desincentivador a este respecto.

De la problemática planteada en los párrafos anteriores en relación con la exclusión del resultado por enajenaciones de inmovilizado en el cálculo del beneficio operativo del ejercicio se desprende la importancia de la clasificación de los distintos elementos en los estados financieros de la compañía. Así, si un activo inmobiliario se registra en el balance de la compañía como inmovilización material o inversión inmobiliaria, el resultado de su enajenación se excluirá del concepto de beneficio operativo del ejercicio y, por tanto, el importe de gastos financieros netos deducibles en el ejercicio de esa enajenación no se verá afectado por el beneficio obtenido en la venta. Sin embargo, si el mismo activo inmobiliario se registra como existencia, el producto de su enajenación formará parte del resultado de explotación de la compañía y no se excluirá al calcular el beneficio operativo del ejercicio, de manera que el importe de gastos financieros deducibles se incrementará generalmente (en un 30% del resultado por la enajenación del inmovilizado, salvo en aquellos casos en los que el 30% del beneficio operativo del ejercicio sea inferior a un millón de euros). De acuerdo con lo anterior, cobra especial importancia en estos casos la doctrina del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en relación con la clasificación de bienes inmuebles como inmovilizado o como existencias¹⁶.

¹⁴ La exposición de motivos del RDL 12 /2012 establece que la «limitación general en la deducción de gastos financieros [...] se convierte en la práctica en una regla de imputación temporal específica, permitiendo la deducción en ejercicios futuros de manera similar a la compensación de bases imponibles negativas».

¹⁵ Imaginemos una sociedad que adquiere en el año n un inmueble financiándose parcialmente con una deuda que genera unos intereses anuales de 1.500.000 euros sin que su beneficio operativo sea suficiente para deducirse intereses por una cantidad mayor a un millón de euros. Si la sociedad vende el inmueble en el año n+4 obteniendo una plusvalía de 15.000.000 de euros, la sociedad debería tener un beneficio operativo suficiente como para deducirse los gastos financieros que hayan resultado no deducibles entre el año n y el año n+4 (2.500.000 euros), ya que el 30% de 15.000.000 de euros es 4.500.000 euros. Sin embargo, la eliminación del concepto de beneficio operativo de los resultados por enajenaciones de inmovilizado le impediría deducir esos gastos pendientes, convirtiendo la limitación en definitiva si la sociedad decide no proseguir con sus actividades.

¹⁶ La consulta 2 del BOICAC 77, de marzo de 2009, establece que la correcta calificación contable a otorgar un inmueble dependerá del destino que se le dé. Es decir, la clasificación como inmovilizado (y dentro de este, inmovilizado material o inversión inmobiliaria) o como existencias vendrá determinada por la función que cumpla en relación con su participación en el proceso productivo. Considerando que, con carácter general, el objeto social de una empresa inmobiliaria incluirá la venta de estos activos en el curso ordinario de sus operaciones:

- en general, los inmuebles se contabilizarán como existencias cuando van a estar destinados a transformarse en disponibilidad financiera a través de la venta como actividad ordinaria de la empresa, y,
- pertenecerán a la categoría de inversión inmobiliaria (inmovilizaciones materiales) si generan rentas derivadas de su alquiler.

Se entiende que si el destino a que se ha hecho referencia anteriormente para calificar los bienes es irrelevante respecto a la

3.3 · Cuantía mínima de gastos financieros netos deducibles

La norma establece que en todo caso serán deducibles los gastos financieros netos que no excedan de un millón de euros por período impositivo. A estos efectos, el RDL 20/2012 introduce un nuevo apartado 5 al artículo 20 del TRLIS, que establece que *«si el período impositivo de la entidad tuviera una duración inferior al año, el importe previsto en el párrafo cuarto del apartado 1 de este artículo será el resultado de multiplicar 1 millón de euros por la proporción existente entre la duración del período impositivo respecto del año»*. Por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en el precepto citado, y según entiende la Resolución, en caso de que el período impositivo de la entidad tuviera una duración inferior al año, el millón se prorrateará de forma proporcional a la duración del período impositivo respecto del año.

El límite para la deducibilidad es el mayor del 30% del EBITDA o el millón de euros, extremo que es confirmado en la Resolución: si los gastos financieros netos de un ejercicio son 1.100.000 euros y el 30% del EBITDA asciende a 600.000 euros, en ese ejercicio serán deducibles gastos financieros netos por importe de un millón de euros.

En aquellos casos en los que las limitaciones anteriores sean aplicables (cuando los gastos financieros netos excedan del límite), habrá que realizar un ajuste extracontable positivo por el importe de los gastos financieros no deducibles en el ejercicio, que posteriormente revertirá en forma de ajuste negativo en los ejercicios en los que esos gastos puedan ser considerados deducibles de acuerdo con el artículo 20 del TRLIS.

Es interesante destacar que, a pesar de que la normativa española se inspira en general en la regulación alemana, en este punto en concreto aquella se separa de esta en los siguientes puntos:

- Cuantía a partir de la cual se limita la deducibilidad: aunque la limitación en la deducibilidad de gastos financieros alemana establecía inicial-

mente un mínimo deducible de un millón de euros, en 2009 se aumentó ese límite (primero temporalmente y más tarde de forma definitiva) a tres millones de euros. Teniendo en cuenta que la norma española va dirigida a aumentar la recaudación en relación con grandes empresas, entendemos que el mínimo deducible de tres millones de euros resultaría más razonable.

- Interpretación del funcionamiento de las limitaciones: la Administración tributaria alemana ha interpretado que los gastos financieros son deducibles siempre en la medida en que no superen el límite mínimo de deducibilidad (actualmente, tres millones de euros), pero en el caso de que los gastos financieros netos superen ese 30% del mínimo, la limitación del 30% del EBITDA aplicaría al montante total de gastos financieros (así, una sociedad alemana con un EBITDA de 1.200.000 euros y unos gastos financieros de 3.300.000 euros únicamente podría deducirse 400.000 euros de gastos financieros, ya que, como los gastos financieros superan los 3.000.000 de euros, el límite del 30% del EBITDA —30% de 1.200.000 euros— aplicaría). Sin embargo, la DGT ha aclarado en la Resolución que en España el millón de euros es deducible en todo caso, sin perjuicio del montante de gastos financieros netos que tenga la compañía (en el ejemplo, un millón de euros de gastos financieros serían deducibles, aunque el 30% del EBITDA es inferior).

3.4 · Aspectos temporales de la limitación

La norma pretende no penalizar ejercicios aislados en los que puedan incrementarse los gastos financieros netos por encima de lo habitual. Por ello adopta una perspectiva plurianual en la aplicación de la limitación en la deducibilidad de los gastos financieros netos, que soporta sobre dos ejes:

- (i) el exceso de gastos financieros que no haya resultado deducible puede deducirse en los 18 años inmediatos y sucesivos, si, entonces, se cumplen las condiciones para ello, y
- (ii) si los gastos financieros netos no alcanzan el límite de deducibilidad (entendido aquí como el 30% del beneficio operativo y no como un millón de euros) en un determinado ejercicio, la diferencia no consumida de dicho límite incrementa el límite disponible para deducir gastos financieros netos de los cinco años inmediatos y sucesivos.

utilidad del propio bien, en términos cuantitativos y cualitativos, deberá atenderse a la verdadera naturaleza de la operación, circunstancia que supondrá que aquellos activos destinados a la venta como una parte de la actividad de comercialización propia de la sociedad deberán formar parte, en su caso, de las existencias de las mencionadas empresas, sin que una utilización mínima o accidental deba limitar ni alterar la verdadera calificación que procediera otorgar.

A diferencia de las normativas española o alemana, la italiana no establece limitaciones temporales al uso del exceso de gastos financieros no deducibles o de la diferencia de beneficio operativo no consumida en un ejercicio, por lo que ambos conceptos pueden ser usados indefinidamente.

En relación con este punto, es criticable que la norma pueda generar situaciones en las que un ajuste que pretende ser una regla de imputación temporal se convierta en un ajuste definitivo (casos de empresas endeudadas a largo plazo o resultados de explotación reducidos de forma anticuada), ya que en esos supuestos nos encontraremos ante situaciones de exceso de imposición o doble imposición (ya sea interna o internacional) sin que la norma establecida en el artículo 20 de TRLIS prevea ningún mecanismo para corregirla.

3.4.1 · Carry forward de gastos financieros no deducidos

Como se ha anticipado, el exceso de gastos financieros netos que no haya resultado deducible puede deducirse en los 18 años inmediatos y sucesivos, junto con los del período impositivo correspondiente y con sujeción al mismo límite general. Es importante destacar que el exceso de gastos financieros no deducidos en un ejercicio determinado se perderá en no pocas ocasiones, ya que se basa en escenarios de despalancamientos futuros que pueden no cumplirse.

La Resolución interpreta que la aplicación de los gastos financieros procedentes de ejercicios anteriores tendrá que realizarse una vez deducidos los devengados en el período, de forma similar al tratamiento dado a las bases imponibles negativas, pero sin que exista una base normativa clara para esta interpretación.

En consecuencia, los gastos financieros netos no deducidos en períodos impositivos anteriores se podrán deducir en períodos posteriores siempre que no excedan, en su conjunto, del 30% del beneficio operativo del período impositivo o de un millón de euros. De esta manera, el importe de gastos financieros netos en un determinado ejercicio podrá exceder el importe de los gastos financieros netos contabilizados en ese período en aquellos casos en los que los gastos del ejercicio sean inferiores a un millón de euros o al 30% del beneficio operativo y la entidad tenga gastos financieros netos generados en ejercicios anteriores pendientes de deducción (en esos casos será deducible la diferencia entre los gastos financieros generados en el período y un millón de

euros, con el límite de los gastos financieros de ejercicios anteriores pendientes de deducción).

3.4.2 · Carry forward del 30% de EBITDA no consumido

La norma prevé que si los gastos financieros netos no alcanzan el límite en un determinado ejercicio, la cuantía no consumida de dicho límite podrá utilizarse en los cinco años inmediatos y sucesivos, puesto que su importe se adicionará al límite general que resulte de aplicación en tales años. Así, si una sociedad tiene un beneficio operativo de 6.000.000 de euros en 2012 podría deducirse gastos financieros en el ejercicio por importe de 1.800.000 euros (el 30% de 6.000.000 de euros). Sin embargo, si sus gastos financieros netos ascienden a 1.200.000 euros, la sociedad podrá incrementar su límite deducible en 600.000 euros (1.800.000 euros - 1.200.000 euros) en los cinco años inmediatos y sucesivos hasta agotar ese límite.

Dado que en cada ejercicio, en todo caso, son deducibles los gastos financieros netos que no excedan de un millón de euros, cabría interpretar que lo que puede llevarse a los cinco años sucesivos no es solo la diferencia entre el 30% del EBITDA y los gastos financieros netos de un determinado ejercicio, sino también la diferencia entre el millón de euros y los gastos financieros netos del ejercicio que corresponda.

Como en otros aspectos que venimos comentando, la DGT adopta una interpretación en relación con este punto que no parece tener base legal clara y que debería ser modificada por perjudicar los intereses del contribuyente, pues entiende que la parte del millón de euros no consumida no puede llevarse a ejercicios sucesivos.

Esta previsión de *carry forward* del EBITDA no consumido en los cinco años inmediatos y sucesivos fue introducida por la normativa alemana en 2009 de forma retroactiva a los ejercicios iniciados tras el 27 de mayo de 2007, fecha de entrada en vigor de la limitación en el país germano.

3.5 · Gastos financieros generados por agrupaciones de interés económico y uniones temporales de empresas

De acuerdo con lo establecido por el apartado 3 del artículo 20 del TRLIS, «los gastos financieros netos imputados a los socios de las entidades que tributen con

arreglo a lo establecido en el artículo 48 de esta Ley se tendrán en cuenta por aquellos a los efectos de la aplicación del límite previsto en este artículo».

Las entidades que tributan con arreglo a lo establecido en el artículo 48 del TRLIS (las agrupaciones de interés económico españolas, las agrupaciones europeas de interés económico por remisión del artículo 49 del TRLIS y las uniones temporales de empresas por remisión del artículo 50 del TRLIS) no tributan por el impuesto sobre sociedades por la parte correspondiente a la base imponible imputable a los socios residentes en territorio español. En consecuencia, en los casos en los que esas entidades no puedan incluir en su base imponible los gastos financieros generados, estos se imputarán a los socios de la entidad. El RDL 12/2012 introduce un nuevo apartado 1.º al artículo 48.1.b) del TRLIS que permite a estas entidades imputar a sus socios residentes en territorio español los gastos financieros netos que, de acuerdo con el artículo 20 del TRLIS, no hayan sido objeto de deducción en la entidad en el período impositivo. Asimismo, el artículo 20.3 citado dispone que los gastos financieros que se imputen a los socios se deben tener en cuenta a los efectos de la limitación de deducción.

Como resulta razonable, la norma establece que los gastos financieros netos que se imputan a los socios no son deducibles por la entidad.

3.6 · Especialidades respecto del régimen de consolidación fiscal

3.6.1 · Determinación del límite bajo el régimen de consolidación

El artículo 20.4 del TRLIS prevé que, en el caso de entidades que tributen bajo el régimen de consolidación fiscal, el límite general de deducibilidad de gastos financieros netos «se referirá» al grupo fiscal. Esto supone que tanto el límite general relativo a la deducibilidad de gastos financieros netos como el importe de un millón de euros deducible en todo caso se deberán determinar para el grupo fiscal en su conjunto. Asimismo, la deducibilidad de gastos financieros de períodos anteriores únicamente será posible cuando los gastos financieros netos del grupo correspondientes al período impositivo en curso no alcancen el límite de (i) el 30% del beneficio operativo del ejercicio o (ii) un millón de euros.

En el régimen de consolidación fiscal, la base imponible del grupo se determina, tal y como establece

el artículo 71 del TRLIS, mediante la suma de las bases imponibles individuales de las entidades del grupo, las eliminaciones, las incorporaciones que corresponda realizar y la compensación de las bases imponibles negativas del grupo fiscal. Ello significa que la base imponible de cada entidad del grupo se determina con independencia de su participación en él, de manera que solo a partir del momento en que se produce la suma de bases imponibles de las entidades individuales que conforman el perímetro de consolidación fiscal, el grupo es tratado a efectos fiscales como tal.

No obstante, el artículo 20.4 del TRLIS parece establecer una excepción a esta regla general, de modo que, en el cálculo de la base imponible individual de cada entidad que forma parte del grupo deban tenerse en cuenta los gastos financieros netos que resulten deducibles por aplicación del límite del 30% del beneficio operativo o de un millón de euros, determinado a nivel del grupo fiscal. Según la Resolución, esta configuración en la determinación de la deducibilidad de los gastos financieros supone considerar, excepcionalmente a nivel de base imponible individual, las circunstancias del grupo, teniendo en cuenta tanto los gastos financieros netos totales del período impositivo como el beneficio operativo del grupo fiscal (teniendo en cuenta las eliminaciones y las incorporaciones que corresponda realizar por operaciones internas), a los efectos de determinar posteriormente el ajuste a realizar en la base imponible individual de las entidades que forman parte de él. Lo anterior supone (i) que los gastos e ingresos financieros sometidos a la limitación deben ser los que el grupo tenga respecto a terceros y no los gastos e ingresos intragrupo, ya que estos serán objeto de eliminación y (ii) que el beneficio operativo del grupo fiscal deberá tener en cuenta todas las eliminaciones e incorporaciones que proceda realizar por operaciones internas.

Entendemos dudoso el encaje de la interpretación que realiza la Resolución en la actual regulación del régimen de consolidación fiscal, ya que supone considerar la pertenencia al grupo de las entidades individuales en la composición de su propia base imponible, cuando la Ley establece que la base imponible del grupo fiscal se determine sumando las bases imponibles individuales correspondientes a todas y cada una de las sociedades integrantes del grupo fiscal, las eliminaciones, las incorporaciones y la compensación de las bases imponibles negativas del grupo fiscal, sin tener en cuenta la pertenencia al grupo fiscal en el cálculo de las

bases individuales. En consecuencia, creemos necesaria una modificación del artículo 71.1 del TRLIS que habilite la realización de ajustes individuales en la base imponible de las sociedades pertenecientes a un grupo, teniendo en cuenta el beneficio operativo y los gastos financieros netos generados por el grupo fiscal en su conjunto en el período impositivo.

Siguiendo este esquema de cálculo, la Resolución entiende que la posterior distribución de los gastos financieros no deducibles (en el caso de que los gastos financieros netos del grupo fiscal excedan de un millón de euros y del 30% del beneficio operativo del ejercicio) entre las entidades que conforman el grupo fiscal deberá realizarse en primer lugar entre aquellas entidades en las que sus gastos financieros netos, individualmente considerados, excedan del 30% de su propio beneficio operativo, en proporción a todos los excesos que, sobre dicho límite individual, tengan las entidades del grupo, siempre teniendo en cuenta su pertenencia al grupo fiscal. De esta forma, tanto los gastos financieros netos como el beneficio operativo de cada entidad, serían los que esta aporte al grupo de consolidación fiscal, teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones que dicha entidad tiene a nivel de grupo fiscal.

Asimismo, entiende la DGT que en los casos en los que el importe de los gastos financieros netos no deducibles del grupo sean superiores a todos los gastos financieros netos que excedan del 30% del beneficio operativo de cada entidad, los gastos financieros no deducibles restantes se distribuirán entre todas las entidades, de manera proporcional a sus correspondientes gastos financieros netos, una vez descontados los ya considerados como no deducibles.

Por otra parte, la DGT hace referencia al cálculo del deterioro de valor de la participación en entidades que forman parte de un grupo de consolidación fiscal. En este sentido, la Resolución establece que, a los efectos de la aplicación de la regla del artículo 12.3 del TRLIS, el posible deterioro de valor de la participación en dicha entidad deberá calcularse incrementando los fondos propios existentes al cierre del ejercicio, en su caso, por el importe de aquellos gastos financieros no deducibles que tenga la entidad participada, considerando su pertenencia a un grupo de consolidación fiscal.

Debe tenerse en cuenta que a los efectos del cálculo del beneficio operativo de grupos de consolidación fiscal, la normativa italiana entiende que debe

incluirse el beneficio operativo de las *controlled foreign companies*, entidades que tributan en un régimen similar al de transparencia fiscal internacional español (de forma que las rentas de esas entidades se imputan a su matriz italiana bajo ciertos requisitos).

3.6.2 · Grupos de consolidación en los que participen entidades de crédito

Como se analiza con posterioridad, el artículo 20.5 del TRLIS establece que las entidades de crédito y las aseguradoras quedan excluidas de la aplicación del límite en la deducibilidad de gastos financieros. No obstante, el precepto añade que en el caso de entidades de crédito o aseguradoras que tributen en régimen de consolidación fiscal junto con otras entidades que no tengan esta consideración, las últimas quedarán sometidas al límite establecido en el artículo.

La Resolución establece que, en estos casos, (i) 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, no debiendo tenerse en cuenta a los efectos de la limitación los gastos financieros ni los ingresos financieros entre entidades del grupo fiscal que sean objeto de eliminación en el marco de la consolidación, y (ii) el beneficio operativo será el correspondiente a las entidades que no tienen la consideración de entidades de crédito, si bien teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones que corresponda realizar por su pertenencia a todo el grupo de consolidación fiscal.

Por último, la DGT entiende que el límite de un millón de euros resultará aplicable respecto del conjunto de entidades del grupo de consolidación fiscal que queden sometidas a la aplicación de la limitación del artículo 20 del TRLIS (esto es, las entidades que no tengan la consideración de entidades de crédito o aseguradoras).

Sin perjuicio de que la Resolución únicamente menciona a las entidades de crédito en este punto, entendemos que las interpretaciones en él contenidas deben extenderse a las entidades aseguradoras por mor de la modificación del artículo 20.6 del TRLIS aprobada por el RDL 20/2012 (el hecho de que el RDL 20/2012 se publicase en el *Boletín Oficial del Estado* solo 3 días antes de la publicación de la Resolución puede ser el motivo de que esta obvie a las entidades aseguradoras en este punto).

3.6.3 · Incorporación de entidades al grupo de consolidación o abandono de este

Cuando se incorporen al grupo de consolidación fiscal nuevas entidades, la norma prevé, de manera análoga a lo que ocurre con las bases imponibles negativas pendientes de compensación, que para los gastos financieros netos pendientes de deducir se cumpla un doble límite: el propio del grupo de consolidación fiscal (que el grupo no haya alcanzado el límite del 30% del beneficio operativo o el importe de un millón de euros) y el de la propia entidad individual (que sus gastos financieros pendientes de deducir no superen el 30% de su beneficio operativo).

No aclara el artículo 20.4 del TRLIS, en cambio, qué ocurre cuando una entidad que se incorpora al grupo de consolidación fiscal no consumió toda la cuantía del límite de deducibilidad en ejercicios anteriores, con lo que teóricamente tendría derecho a utilizar el límite no consumido en sucesivos ejercicios, en las condiciones indicadas en el apartado 3.6 anterior. A este respecto, la DGT ha considerado en la Resolución que el beneficio operativo no consumido por una sociedad en ejercicios anteriores a su incorporación al grupo solo podrá ser utilizado una vez que se haya producido, en su caso, la distribución de los gastos financieros netos no deducibles del grupo del ejercicio entre las entidades que lo componen, sin que pueda, por tanto, ser objeto de utilización por otras entidades que forman parte del grupo de consolidación fiscal.

Asimismo, según establece la norma, si alguna entidad perteneciente al grupo de consolidación fiscal decidiera abandonarlo, o este se extinguiera, en el caso de que existieran gastos financieros netos pendientes de deducir, cada entidad que deje el grupo asumirá el derecho a la deducción de tales gastos bajo las mismas reglas que regulan la atribución de las bases imponibles negativas pendientes de compensar en estos casos. Parece razonable interpretar (y esta es la posición de la DGT) que lo mismo ocurrirá respecto a los beneficios operativos pendientes de utilizar en la deducción de gastos financieros netos.

3.7 · Exclusiones

El artículo 20 del TRLIS, tal y como ha quedado redactado tras el RDL 20/2012 (nuevo apartado 6 del precepto), excluye de la limitación general a la deducibilidad de gastos financieros que venimos comentando a las siguientes entidades:

- A las entidades de crédito y aseguradoras.
- A las entidades que se extingan, salvo en el caso en que la extinción fuera consecuencia de (i) una operación de reestructuración acogida al régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS, o bien (ii) se realice dentro de un grupo fiscal y la entidad extinguida tenga gastos financieros pendientes de deducir en el momento de su integración en él.

El principal cambio que el RDL 20/2012 introduce sobre la limitación general a la deducibilidad de gastos financieros se produce en relación con las exclusiones a su aplicación. En este sentido, el artículo 20.5 del TRLIS en su redacción original (dada por el RDL 12/2012) establecía la exclusión de la aplicación de la limitación a (i) las entidades de crédito (no incluyendo, por tanto, a las entidades aseguradoras) y a (ii) las entidades que no formen parte de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, salvo que los gastos financieros derivados de deudas con personas o entidades que tengan una participación, directa o indirecta, en la entidad de al menos el 20%, o bien los gastos financieros derivados de deudas con entidades en las que se participe, directa o indirectamente, en al menos el 20%, excedan del 10% de los gastos financieros netos.

Este precepto fue uno de los más criticados tras la publicación de la nueva normativa. Principalmente, los siguientes puntos fueron puestos de manifiesto por la doctrina y los profesionales:

- En relación con la exclusión de las entidades de crédito, la norma española (a diferencia de la normativa italiana) excluía de la aplicación de la limitación a las entidades de crédito, pero no a otras entidades financieras, como las entidades aseguradoras, las empresas de servicios de inversión, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, las sociedades de garantía recíproca, las entidades de pago o las entidades que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda. La actividad financiera de todas estas entidades debería determinar que la exclusión de la limitación aplicable a las entidades de crédito fuese de aplicación a todas esas entidades.

El legislador se ha hecho eco de esas voces críticas y, mediante la introducción del nuevo artículo 20.6 del TRLIS por el RDL 20/2012 (antiguo

artículo 20.5 modificado), ha incluido a las entidades aseguradoras en el ámbito de la exclusión de la limitación de la deducibilidad de gastos financieros netos.

En consecuencia, la exclusión es actualmente aplicable a las entidades de crédito (el Instituto de Crédito Oficial, los bancos, las cajas de ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito, los establecimientos financieros de crédito e incluye, tal y como establece el artículo 20.6 del TRLIS, a aquellas entidades cuyos derechos de voto correspondan, directa o indirectamente, íntegramente a aquellas, y cuya única actividad consista en la emisión y colocación en el mercado de instrumentos financieros para reforzar el capital regulatorio y la financiación de tales entidades) y a las entidades aseguradoras, no siendo aplicable a otras entidades financieras (como las mencionadas anteriormente), tal y como resultaría razonable.

- En un principio, las entidades independientes (que no formasen parte de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio) quedaban fuera del ámbito de aplicación de la exclusión, salvo que los gastos financieros derivados de deudas con personas o entidades que tuviesen una participación o en las que participase la entidad, directa o indirecta, en la entidad de al menos el 20%, excediesen del 10% de los gastos financieros netos. Esta norma, inspirada en la normativa alemana (cláusula *stand-alone*), pretendía que la limitación no aplicase a las entidades independientes (no vinculadas a otras entidades en más de un 20% de participación, siempre que los gastos financieros derivados de deudas con esas entidades excediesen del 10% del total). Sin embargo, este párrafo fue eliminado en el nuevo artículo 20.6 del TRLIS, introducido por el RDL 12/2012. Teniendo en cuenta la ya comentada voluntad presunta del legislador de limitar la deducibilidad de gastos intragrupo, abogaríamos por el mantenimiento de esta cláusula, tal y como se ha hecho en Alemania.
- Las entidades constituidas que efectúan inversiones apalancadas en España con el principal objetivo de aumentar el valor del activo durante la vida de la inversión y posteriormente desinvertir obteniendo plusvalías (como las de *private equity* o de inversión inmobiliaria) veían como la norma establecida en el artículo 20 del TRLIS iba a

tener un efecto definitivo en su factura fiscal. Así, una norma de imputación temporal podría terminar convirtiéndose en definitiva en aquellos casos en los que se limitase anualmente la deducibilidad de gastos financieros en España sin que esos intereses no deducidos pudiesen compensarse en años posteriores (en gran medida, como consecuencia de la exclusión de los resultados por enajenaciones de inmovilizado en el cálculo del beneficio operativo de las entidades, tal y como se analiza en el punto 3.2 anterior).

El Gobierno, creemos que consciente de las situaciones que podía provocar esa exclusión, ha mitigado el efecto negativo de la irreversible deducción de gastos financieros de gastos derivados de ejercicios anteriores con la inclusión de una nueva exclusión a la norma (regulada en el artículo 20.6 del TRLIS, en su redacción dada por el RDL 20/2012) en el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad, de manera que, no aplicando las limitaciones en el período impositivo de disolución de la entidad, esta podrá deducir sin limitación los gastos financieros no deducidos en los 18 años anteriores, siempre que tenga base imponible positiva suficiente para hacerlo.

Sin embargo, y para evitar una doble deducibilidad de gastos, la norma limita la aplicabilidad de esta exclusión en aquellos casos en los que exista la posibilidad de que exista una subrogación en la situación tributaria de la entidad disuelta por otra entidad, a los efectos de la aplicación futura de los gastos financieros no deducidos. Estas situaciones, limitadas por la norma, son dos:

- cuando la extinción sea consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen especial establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS, o
 - cuando la extinción se realice dentro de un grupo fiscal y la entidad extinguida tuviese gastos financieros pendientes de deducir en el momento de su integración en él.
- En Alemania, la limitación en la deducibilidad no aplica a aquellas entidades que forman parte de un grupo de sociedades cuando su ratio de endeudamiento (ratio de *equity* calculado a partir de sus estados financieros auditados de acuerdo con las NIIF) durante el período impositivo anterior no es más bajo (no se tienen en cuenta a estos efectos las diferencias inferiores a dos puntos porcentuales

desde el 1 de enero de 2010 —anteriormente era de un punto porcentual—) que el del grupo en su conjunto, salvo que, entre otros casos, los gastos financieros derivados de deudas con personas o entidades que tengan una participación, directa o indirecta, en la entidad de al menos el 25% (*harmful shareholder financing*), excedan del 10% de los gastos financieros netos.

Sin perjuicio de la limitada operatividad de esta cláusula de escape (derivada de la excepción en los casos de *harmful shareholder financing*), sería interesante su introducción en la normativa española. La normativa de limitación en la deducibilidad de gastos financieros pretende evitar abusos derivados de la infracapitalización de sociedades españolas en casos en los que se pretenda trasladar a una filial española la carga financiera de un grupo. En este sentido, una cláusula de escape de este tipo evitaría que cayesen en el ámbito de la limitación aquellas entidades españolas que, perteneciendo a un grupo multinacional, cumplan con los mismos ratios de endeudamiento del grupo, de manera que se permita probar al contribuyente la no existencia de esa voluntad de disminución de la base imponible de la sociedad española mediante su apalancamiento. Por otro lado, esta cláusula de escape supondría también una aplicación de la limitación a la deducibilidad de gastos financieros más adecuada a la presunta voluntad del legislador, ya que permitiría que los intereses satisfechos a terceros fuesen generalmente deducibles.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 20.6 del TRLIS, en su redacción dada por el RDL 20/2012, ha quedado configurado como sigue:

«La limitación prevista en este artículo no resultará de aplicación:

A las entidades de crédito y aseguradoras. No obstante, en el caso de entidades de crédito o aseguradoras que tributen en el régimen de consolidación fiscal conjuntamente con otras entidades que no tengan esta consideración, el límite establecido en este artículo se calculará teniendo en cuenta el beneficio operativo y los gastos financieros netos de estas últimas entidades.

A estos efectos, recibirán el tratamiento de las entidades de crédito aquellas entidades cuyos derechos de voto correspondan, directa o indirectamente, íntegramente a aquellas, y cuya única actividad consista en la emisión y colocación en el mercado de instrumentos financieros para reforzar el capital regulatorio y la financiación de tales entidades.

En el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad, salvo que la misma sea consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII de esta Ley, o bien 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.»