

# CRONICA TRIBUTARIA

*Boletín de Actualidad 5/2012*



I N S T I T U T O D E E S T U D I O S F I S C A L E S

## SUMARIO

**Carbajo Vasco, Domingo:** El llamado régimen fiscal de las “microempresas” y la Disposición Adicional Duodécima del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

**Cordón Ezquerro, Teodoro:** Los motivos económicos válidos en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes

**Miguel Canuto, Enrique de:** Constitucionalidad del control del endeudamiento de las entidades locales

**Sanz Gadea, Eduardo:** Ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales. reflexiones bajo el Real Decreto-Ley 12/2012 (I)

## EL LLAMADO RÉGIMEN FISCAL DE LAS “MICROEMPRESAS” Y LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DUODÉCIMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Domingo Carbajo Vasco

Agencia Estatal de Administración Tributaria

### Nota previa

En los últimos ejercicios, ha sido constante la pérdida de calidad de la normativa tributaria. Aunque en este resultado han confluído diversas causas, creemos que una de las más importantes es el fenómeno que hemos denominado “coyunturalismo”, es decir, la presión a la cual la crisis económica está sometiendo al legislador tributario, obligándole a adoptar medida normativa tras medida normativa, sin respiro, sin planificación a medio plazo, sin visión de futuro, sin coherencia; muchas veces, incluso, para calmar (*sic*) al nuevo Saturno de nuestra era: los mercados financieros<sup>1</sup>, obteniendo a cambio un respiro de unos pocos días o unas escasas semanas.

Esta situación ha traído consigo varias consecuencias, todas ellas, lógicamente, negativas para el principio de seguridad jurídica, proclamado tan enfáticamente en nuestra Carta Magna, artículo 9.3<sup>2</sup>, como son el uso reiterado del Decreto Ley para modificar normas tributarias, en base a razones de “...*extraordinaria y urgente necesidad*...”, artículo 86.1 de la Constitución Española, con su arduo encaje con el principio de legalidad tributaria (su último ejemplo en el tiempo es 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, *Boletín Oficial del Estado*; en adelante, *BOE*, de 31)<sup>3</sup> y sus problemas interpretativos añadidos y ante la sucesión de disposiciones que alteran, modifican, cambian reglas anteriores o suprimen, incluso, medidas de Política Fiscal e, incluso, las vuelven a reimplantar al cabo de poco tiempo (el caso paradigmático de la deducción por adquisición de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; en adelante, IRPF, es muy significativo)<sup>4</sup>, la relevancia que están adquiriendo en nuestros textos tributarios las Disposiciones Adicionales (en adelante, DA) y las Disposiciones Transitorias (DT).<sup>5</sup>

Irónicamente, podríamos decir que, ahora, ante cualquier texto fiscal, debe uno comenzar por el final del mismo, es decir, por sus disposiciones finales, transitorias y adicionales, por ser éstas mucho más significativas que el resto del *corpus* jurídico.

---

<sup>1</sup> *Passim*. Carbajo Vasco, Domingo. “Urgencia y necesidad de una reforma global del sistema tributario español”, en Encuentro de Derecho Financiero y Tributario, *Desafíos de la Hacienda Pública Española*, Instituto de Estudios Fiscales, 1º edición 2011, Madrid, 13 de diciembre de 2011, *mimeo*.

<sup>2</sup> “...

<sup>3</sup> *La Constitución garantiza...la seguridad jurídica...*”.

<sup>4</sup> Un comentario general de las mismas puede verse en: Cuatrecasas. Gonçalves Pereira. “Novedades fiscales de interés introducidas por el Real Decreto-Ley 12/2012”, *Nota monográfica*, Área Financiero y Tributario, abril de 2012.

<sup>5</sup> Registro de Economistas y Asesores Fiscales. “Análisis normativo. Declaración de la Renta y Patrimonio 2011”, *BOFIPER*, abril 2012.

<sup>6</sup> En el Impuesto sobre Sociedades ya vamos por la friolera de la Disposición Transitoria Trigésimo Séptima.

Como un ejemplo de este dislate jurídico que, insistimos, tiene efectos perniciosos que van mucho más allá de simples consideraciones teóricas sobre la belleza, armonía y coherencia de las normas impositivas, pues conlleva incertidumbre y relevantes costes de cumplimentación (*compliance costs*) para los obligados tributarios<sup>6</sup> y costes de gestión para la Administración tributaria (en adelante, AT), comentaremos seguidamente la DA 12<sup>a</sup> del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto-legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLIS).

### **1. Redacción de la disposición adicional duodécima<sup>7</sup>**

En los momentos actuales, 2012, la redacción de la disposición es como sigue:

*“Tipo de gravamen reducido en el Impuesto sobre Sociedades por mantenimiento de empleo.*

*1. En los períodos impositivos iniciados dentro de los años 2009, 2010, 2011 y 2012, las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en dichos períodos sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media en los mismos sea inferior a 25 empleados, tributarán con arreglo a la siguiente escala, excepto si de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de esta ley deban tributar a un tipo diferente del general:*

*a) Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202, 41 euros, al tipo del 20 por ciento.*

*En los períodos impositivos iniciados dentro de los años 2011 y 2012, este tipo se aplicará sobre la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros.*

*b) Por la parte de base imponible restante, al tipo del 25 por ciento.*

*Cuando el período impositivo tenga una duración inferior al año, se aplicará lo establecido en el último párrafo del artículo 114 de esta ley.*

*2. La aplicación de la escala a que se refiere el apartado anterior estará condicionada a que durante los doce meses siguientes al inicio de cada uno de estos períodos impositivos, la plantilla media de la entidad no sea inferior a la unidad y, además, tampoco sea inferior a la plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009.*

*Cuando la entidad se haya constituido dentro de ese plazo anterior de doce meses, se tomará la plantilla media que resulte de ese período.*

*Los requisitos para la aplicación de la escala se computarán de forma independiente en cada uno de esos períodos impositivos.*

*En caso de incumplimiento de la condición establecida en este apartado, procederá realizar la regularización en la forma establecida en el apartado 5 de esta disposición adicional.*

---

<sup>6</sup> Recuérdese que el artículo 3.2 de la norma básica de nuestro Ordenamiento Tributario, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), indica que, entre los principios de aplicación del sistema tributario, se encuentra la “...limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales...”.

<sup>7</sup> Aneiros Pereira, Jaime: “El nuevo incentivo para el mantenimiento del empleo: el tipo de gravamen del 20 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades”, *Crónica Tributaria, Boletín de Actualidad*, 1/2010, páginas 5 a 12.

3. Para el cálculo de la plantilla media de la entidad se tomarán las personas empleadas, en los términos que disponga la legislación laboral, teniendo en cuenta la jornada contratada en relación con la jornada completa.

*Se computará que la plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009 es cero cuando la entidad se haya constituido a partir de esa fecha.*

4. A efectos de determinar el importe neto de la cifra de negocios, se tendrá en consideración lo establecido en el apartado 3 del artículo 108 de esta Ley.

*Cuando la entidad sea de nueva creación, o alguno de los períodos impositivos a que se refiere el apartado 1 de esta disposición adicional hubiere tenido una duración inferior al año, o bien la actividad se hubiera desarrollado durante un plazo también inferior, el importe neto de la cifra de negocios se elevará al año.*

5. Cuando la entidad se hubiese constituido dentro de los años 2009, 2010, 2011 ó 2012 y la plantilla media en los doce meses siguientes al inicio del primer período impositivo sea superior a cero e inferior a la unidad, la escala establecida en el apartado 1 de esta disposición adicional se aplicará en el período impositivo de constitución de la entidad a condición de que en los doce meses posteriores a la conclusión de ese período impositivo la plantilla media no sea inferior a la unidad.

*Cuando se incumpla dicha condición, el sujeto pasivo deberá ingresar junto con la cuota del período impositivo en que tenga lugar el incumplimiento el importe resultante de aplicar el 5 por ciento a la base imponible del referido primer período impositivo, además de los intereses de demora.*

6. Cuando al sujeto pasivo le sea de aplicación la modalidad de pago fraccionado establecida en el apartado 3 del artículo 45 de esta ley, la escala a la que se refiere el apartado 1 anterior no será de aplicación en la cuantificación de los pagos fraccionados.”.

A pesar de la novedad de esta norma, incorporada en el TRLIS, con efectos para los períodos impositivos iniciados el día 1 de enero de 2009, por medio de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (BOE de 24), ya ha sufrido dos alteraciones significativas, la primera, modificándose el apartado 1, con efectos desde los períodos impositivos comenzados el día 1 de enero de 2011, a través del artículo 1.5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (BOE de 3), cuyo artículo 1.5, amplió la vigencia de la norma para el ejercicio 2011 y elevó a 300.000 euros el tramo de la base imponible de la entidad sujeta al 20 por 100 y la última, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del día 1 de enero de 2012, por medio de la DF 3, 2ª del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE de 31), la cual extendió, nuevamente, la vigencia temporal de la norma en el período 2012.

## **2. Comentario**

### **2.1. Introducción**

Se trata de una nueva DA existente en el TRLIS, incorporada con efectos retroactivos, para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2009 y vigencia

indefinida, por el artículo 77 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de Estado para el año 2010 (BOE de 24).

La finalidad de esta medida, según lo dispuesto en el párrafo séptimo de la Exposición de Motivos, VII, de la citada Ley, es:

*“...favorecer la recuperación económica y, en particular, la mejora de aquella variable (empleo)...”.*

Este incentivo tributario es paralelo al que la misma LPGE para el año 2010 introdujo para los empresarios, personas físicas, que determinen su base imponible mediante el régimen de estimación directa, DA 27<sup>a</sup> de la Ley 35/2006, del IRPF y ha seguido su misma evolución normativa; de esta forma, cada vez que se ha alterado la redacción de la DA 12<sup>a</sup> TRLIS, ver *supra*, lo ha hecho la legislación del IRPF.

Popularmente se le conoce como “régimen fiscal de las “microempresas”, por su similitud con el denominado “régimen fiscal especial de las pequeñas y medianas empresas”, en adelante, PYME.

A nuestro entender, tal expresión es errónea y conduce a confusión. Por un lado, a pesar de su extensión, el propio régimen fiscal especial de las PYME no se denomina de esa forma, sino con la rúbrica (mucho más acertada, jurídicamente hablando, dado el contenido del mismo) de “incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión”, artículos 108 a 114 TRLIS.

Ciertamente, algunos de los rasgos que delimitan el ámbito subjetivo de la nueva DA 12<sup>a</sup> TRLIS, por ejemplo, la inclusión en el mismo, entre otros criterios, según la cifra neta de negocios o el fraccionamiento de la base imponible en dos tramos, a efectos de aplicar la alícuota de gravamen, artículo 114 TRLIS, derivan del régimen fiscal especial de “incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión”, vulgo régimen fiscal de las PYME; pero también existen diferencias apreciables entre los mismos, supuesto de la consideración de la plantilla media a efectos de gozar del tipo de gravamen reducido incluido en la DA 12<sup>a</sup> TRLIS y tampoco aparece este último regulado dentro del Título VII. Regímenes tributarios del TRLIS.

Ahora bien, el hecho de que su legislación aparezca extra muros del mencionado Título VII, no sería óbice para calificarlo como un régimen fiscal especial, dado el ámbito subjetivo al cual se aplica, su finalidad, ver *supra*, su carácter transitorio, aunque se haya ido ampliando su vigencia temporal y sus similitudes con el de PYME, pues también encuentran su regulación fuera del TRLIS regímenes fiscales especiales del gravamen sobre la renta de las sociedades como son el régimen fiscal del mecenazgo y la fiscalidad de las cooperativas.

Otra cosa es que la normativa del mismo aparezca regulada en una Disposición Adicional, cuando de haberse querido configurar como una “especialidad” fiscal para ciertas empresas en razón de su volumen de negocios y nivel de empleo, lo coherente hubiera sido su inclusión como régimen fiscal especial dentro del Título VII TRLIS.

Desgraciadamente, ya hemos señalado la ausencia de coherencia creciente en la normativa tributaria española y, sin duda, tal regulación, ajena al cuerpo principal del TRLIS, se debió a su creación, en principio, como una norma de vigencia temporal: 2009, 2010 y 2011, aunque tal circunstancia hubiera debido traer consigo su implementación mediante la pertinente DT.

En segundo término, el concepto de “microempresa” tiene diferentes significados en nuestro Derecho, así, en el ámbito contable, tal y como se señala en el Real Decreto



1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC) de las PYME y los criterios de valoración para las microempresas y la delimitación de estas “microempresas” es diferente a la regulada en la DA TRLIS.

## 2.2. Contenido del beneficio fiscal

En primer lugar, conviene señalar que este incentivo se aplica a las “entidades”, denominación general del sujeto pasivo en el IS, artículo 7 TRLIS, pero con dos excepciones:

- Se excluye expresamente a las entidades que deban tributar a una alícuota distinta del tipo general de impuesto que es del 30 por 100.
- Quedan excluidos, asimismo, ciertos regímenes fiscales especiales ligados al sector inmobiliario, salvo las sociedades dedicadas al arrendamiento de vivienda, pues éstas se gravan al tipo general del IS.

Por otro lado, la mención al importe neto de la cifra de negocios, parece conllevar la exclusión de este régimen a las sociedades inactivas o de mera tenencia de bienes (patrimoniales), tal y como ya sucede, según doctrina reiterada del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC), para el supuesto del denominado régimen fiscal especial de PYME, artículo 108 TRLIS.

En este sentido, pueden verse las Resoluciones del TEAC (en adelante, RTEAC) 385/2005, de 15 de febrero de 2007; 859/2005, de 14 de marzo de 2008 y 5106/2008, de 29 de enero de 2009. La Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) también sigue este criterio, por ejemplo, en su consulta vinculante (en adelante, CDGTV) V0150-10 de 3 de febrero de 2010.

En segundo término, el incentivo tributario consiste en una reducción del tipo de gravamen para ciertas empresas, las “microempresas”.

Estas “microempresas” se delimitan mediante dos rasgos fundamentales y el cumplimiento de una condición:

- a) Tener una cifra de negocios en los años a los que afecta este incentivo, 2009, 2010, 2011 y 2012, inferior a 5 millones de euros.

Téngase en cuenta que esta cifra no coincide, y es menor, que la establecida para las entidades que gozan del régimen fiscal especial de incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión, normado en el Capítulo XII del Título VII del TRLIS, artículos 108 a 114, ambos inclusive.

Así, considérese que en este régimen fiscal especial el importe neto de la cifra de negocios, medida en el período impositivo anterior, ha de ser 10 millones de euros, artículo 108 TRLIS.

El concepto y forma de cuantificar la cifra de negocios parte del artículo 35.2 del Código de Comercio<sup>8</sup>, se desarrolla en la Norma de Registro y Valoración 11<sup>a</sup> del PGC, Tercera Parte y se interpreta por la Resolución del Instituto de

---

<sup>8</sup> “...la cifra de negocios comprenderá los importes de la venta de productos y de la prestación de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas así como el Impuesto sobre el Valor Añadido, y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios, que deban ser objeto de repercusión.”.

Contabilidad y Auditoría de Cuentas de fecha 16 de mayo de 1991 (BOE de 18 de enero de 1992)<sup>9</sup>, cuyo contenido puede considerarse, básicamente, vigente.

En general, la cifra de negocio es igual a:

- Importe de la venta de productos y prestaciones de servicios de la entidad, más
- Otros ingresos derivados de las actividades ordinarias de la empresa, menos
- Descuentos de cualquier clase, y menos
- Impuestos indirectos, supuesto del IVA, que sean objeto de repercusión sobre el adquirente.

Para evitar el fraccionamiento de la actividad empresarial del contribuyente en varias entidades, con ánimo de gozar del incentivo fiscal, se establece en el apartado 4 de la DA 12<sup>a</sup> TRLIS y al igual que en el régimen fiscal especial de las PYME que, si la entidad está integrada en un grupo económico, tal y como se regula en el artículo 42 del Código de Comercio, entonces, la cifra neta de negocios tomará en consideración el volumen de operaciones de todo el grupo, de acuerdo con las reglas del artículo 108.3 TRLIS.

En este sentido, importa considerar que la Administración tributaria está realizando actuaciones de control tributario a partir de la existencia del control, generalmente, definido por la existencia de una mayoría de derechos de voto en todas las sociedades afectadas, el perímetro de consolidación, cuando el propietario de las mismas es una persona física, un grupo familiar, verbigracia, formado por hermanos o se trata de cónyuges.

Importa resaltar que se han de poseer la mayoría de los derechos de voto de todas las sociedades afectadas para aplicar esta restricción en el cálculo de la cifra de negocios (CDGTV 0949-08 de 13 de mayo de 2008, CDGTV 2106-10 de 22 de septiembre de 2010 y DGT de 6 de septiembre de 1999).

Cuando la entidad sea de nueva creación, o alguno de los períodos impositivos considerados sea inferior a 1 año, se elevará la cifra de negocios al año.

b) Disponer en el período impositivo en el cual se va a aplicar el beneficio fiscal de una plantilla media inferior a 25 empleados y superior a uno.

La historia ha demostrado que este requisito resulta de una enorme complejidad por las dificultades para aplicar el concepto de “plantilla” y por la necesidad de calcular el estado “medio” de esta última.

Esta determinación, además, se complica por el otro requisito necesario para gozar del beneficio fiscal, nos referimos a:

c) Mantenimiento o creación de empleo durante los doce meses siguientes en los cuales se vaya a aplicar el beneficio fiscal, donde, además, se exige que la plantilla media no sea inferior a la unidad y tampoco menor a la plantilla de los doce meses anteriores al inicio del período impositivo que comience el 1 de enero de 2009.

---

<sup>9</sup> También existen varias consultas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que analizan en determinados supuestos el contenido de la cifra de negocios, [www.icac.minhap.es](http://www.icac.minhap.es).

En suma, este requisito laboral es de una enorme complejidad, todavía superior en el supuesto de períodos impositivos “partidos” y resulta incompatible con la pretendida simplicidad que debe regir la vida de las “microempresas”, nueva razón para rechazar que se denomine de esta forma al este régimen fiscal especial.

El cómputo de los trabajadores se realizará, teniendo en cuenta las personas empleadas, de acuerdo con la legislación laboral y tomando en consideración la jornada contratada en relación a la jornada completa; de este modo, dos contratos parciales equivaldrían a un trabajador contratado.

Ha de tratarse de personas “empleadas”, es decir, sometidas a una relación de dependencia con respecto al empresario<sup>10</sup>; por ello, la Administración tributaria rechaza que los administradores de una sociedad puedan computarse a efectos de determinar la plantilla (CDGTV 1065-10 de 20 de mayo de 2010), aplicando lo dispuesto en el artículo 1.2,c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo<sup>1112</sup>.

Sin embargo, de estos administradores ha de demostrarse que poseen el control efectivo de, al menos, la mitad del capital social, único caso, junto con el de mayoría de los votos, donde el concepto de control es automático.

A nuestro entender, en caso contrario, si es posible compatibilizar la función de administrador y la de trabajador dependiente de una sociedad, como ha reconocido la propia Administración tributaria a otros efectos, caso de la deducibilidad de los salarios y cuantías abonadas a los mismos en el Impuesto sobre Sociedades, aunque nos encontremos en un terreno movedizo, donde es preciso analizar caso por caso.<sup>13</sup>

Es más, la propia Administración ha advertido a estos efectos que la naturaleza laboral o no de las relaciones entre las empresas y sus empleados va a depender de las circunstancias específicas de la situación, siendo además ajena tal determinación a consideraciones de naturaleza tributaria (CDGTV 2141-10 de 28 de septiembre de 2010).

La definición de “trabajador” viene ligada a las normas del Derecho Social, empezando por el Estatuto de los Trabajadores<sup>14</sup>, pudiendo ser objeto de la consideración de trabajador por cuenta ajena, tanto el cónyuge del empresario como su familiares, mas siempre que exista tal “ajenidad”, es decir, que los familiares y el cónyuge ejerzan su actividad bajo las notas definitorias del trabajo por cuenta ajena: voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia, deducidas del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (CDGTV 1472-10 de 28 de junio de 2010).

---

<sup>10</sup> El artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores vincula la relación laboral a aquellos que “...voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

<sup>11</sup> VVAA.: *El Trabajador Autónomo*, Eds. Experiencia, Barcelona, 2007.

<sup>12</sup> “*Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio*”.

<sup>13</sup> Sobre esta compleja problemática y desde una perspectiva administrativa, puede verse: Agencia Tributaria. Departamento de Gestión Tributaria. “Consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles”, Nota 1/12, de 22 de marzo de 2012.

<sup>14</sup> En este sentido, el artículo 1.3,c) de ese cuerpo legal excluye de la consideración de trabajadores a los consejeros o miembros de los órganos de administración de las empresas, pero sólo si su actividad comporta exclusivamente la realización de los cometidos inherentes a tales cargos.



Ahora bien, no podemos olvidar que el Derecho Social es de aplicación subsidiaria en el campo tributario, de acuerdo a lo expuesto en el artículo 7.2 de la norma básica del Ordenamiento Tributario, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT).

Es totalmente indiferente la modalidad de contrato utilizado y una baja por maternidad o enfermedad no reduce la plantilla y, además, si se produce un contrato nuevo, para sustituir a la persona de baja, entonces, el nuevo empleado computa como aumento de plantilla (CDGTV 2334-10 y 2335-10, de 27 de octubre de 2010 y 17744-11 y V 1256-11).

Por lo que se refiere a los trabajadores que, con carácter temporal, tengan reducción de jornada por cuidado de hijos, habrá que atender a la jornada contratada, según Convenio o relación laboral particular con el empleado y no a la jornada real, a efectos del cálculo de la plantilla media (CDGTV 1782.11).

El número de trabajadores es el “medio” a lo largo del período impositivo.

Se requiere, además, que la plantilla media en el período impositivo no sea inferior a la de los doce meses anteriores al período impositivo que se inicie a partir del día 1 de enero de 2009.

De esta forma, los términos de comparación son, por una parte, la plantilla media en cada uno de los períodos impositivos posteriores a 2009 y, por la otra, los trabajadores en plantilla en los 12 meses anteriores al 1 de enero de 2009 o al período de que se trate en el caso de los sucesivos ejercicios, lo cual puede producir una enorme diversidad de situaciones, ya que como dice la propia DA 12<sup>a</sup> la aplicación del beneficio fiscal se hará ejercicio a ejercicio<sup>15</sup>.

Cumpliendo estas condiciones, las entidades que gocen del tipo general del IS, artículo 28.1 TRLIS, estarán sometidas a la siguiente tarifa:

- a) Hasta una base imponible equivalente a 300.000 euros (ejercicios 2011 y 2012) ó 120.202, 41 euros (períodos 2009 y 2010) el 20 por 100 (la misma cantidad de base imponible en el régimen especial de empresas de reducida dimensión, artículo 114 TRLIS, se grava al 25 por 100).
- b) Las cantidades superiores tributarán al 25 por 100 (en el precitado régimen especial al 30 por 100.).

Se ha planteado la posible existencia de un error de salto en esta tarifa por escalones, lo cual conllevaría, en su caso, la aplicación del artículo 56 LGT/2003, es decir, que si el aumento de base imponible supone un incremento de cuota superior al de la base imponible, la diferencia tendrá que ser devuelta de oficio por la Administración Tributaria, AEAT.

Si el período impositivo es inferior al año, se utilizan las reglas del artículo 114 TRLIS, es decir, que la base imponible que tributaría con la alícuota reducida del 20 por 100, sería la resultante de aplicar a 300.000 euros, 2012, la proporción en la que se hallen el número de días del período impositivo entre 365 días, o la base imponible del período impositivo, si ésta fuera inferior<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Sobre estos cálculos y su variedad, puede verse: *Todo Fiscal 2012*, Ed. CISS, Valencia, 2012, 3-139, página 1265.

<sup>16</sup> Sobre este problema y los criterios administrativos aplicados al respecto, nos remitimos a: Rodríguez Ondarza, José Antonio y Galán Ruiz, Javier: “El régimen fiscal de las empresas de reducida dimensión”, en Rodríguez Ondarza, José Antonio (dir.); Gutiérrez Lousa, Manuel y Galán Ruiz, Javier (coord.). *El*

En todo caso, esta escala especial de gravamen no se utiliza para determinar los pagos fraccionados del IS, en el supuesto de que el sujeto pasivo use la modalidad de pagos fraccionados a partir de la base imponible de cada uno de los períodos de fraccionamiento, artículo 45.3 TRLIS (CDGTV 1360-10 de 17 de junio de 2010).

Si el período impositivo es inferior al año, entonces, la parte de base imponible que tributará al 20 por ciento, “...será la resultante de aplicar a 300.000 euros la proporción en que se hallen el número de días del período impositivo entre 365 días, o la base imponible del período impositivo cuando esta fuera inferior.”, artículo 114 TRLIS, segundo párrafo.

La aplicación de esta escala, como hemos indicado con anterioridad, requiere que la plantilla media de la entidad durante los 12 meses siguientes a cada uno de los cuatro períodos impositivos: 2009, 2010, 2011 y 2012, durante los cuales ha podido y puede utilizarse este incentivo tributario (teniendo en cuenta que las condiciones de cumplimiento se aplicarán de manera independiente en cada año), no sea inferior a 25 miembros, ni menor a la plantilla existente en los doce meses anteriores al período impositivo iniciado el 1 de enero de 2009.

El término “plantilla media”, tal y como hemos dicho, se elabora a partir de cualquier modalidad de contrato laboral (indefinido, parcial, temporal, por objetivos, por obra, etc.), reduciendo su duración en atención a los días efectivamente trabajados en la empresa, según establezca el contrato y la legislación laboral, generalmente, el Convenio colectivo aplicable al sector.

Si nada se dice al respecto, la duración media es de 1.800 horas al año, pues la jornada laboral contratada ha de relacionarse con la jornada completa.

Se computará que la plantilla media en los 12 meses anteriores al inicio del primer período impositivo que comience desde el día 1 de enero de 2009 es cero, si la entidad se ha constituido a partir de esa fecha.

Si la entidad se hubiese constituido dentro de los años 2009, 2010, 2011 y 2012 y la plantilla media en los 12 meses siguientes al comienzo del período impositivo sea superior a cero e inferior a 1, entonces, esta escala especial de gravamen se aplicará en el período impositivo de constitución de la entidad, a condición de que en los 12 meses posteriores la plantilla media no sea inferior a uno.

El incumplimiento de cualquiera de las condiciones anteriores en un ejercicio impositivo, obligará a la entidad a ingresar un 5 por 100 (diferencia de los tipos de gravamen con el régimen fiscal especial de las empresas de reducida dimensión, artículos 108 a 114, ambos inclusive, TRLIS) al importe de la base imponible de este período, más el pertinente interés de demora.

En suma, un beneficio fiscal excesivamente complejo en su cálculo, lo que contrasta con la pretensión de ser aplicado por unas “microempresas”, de delimitación desconocida en nuestro Derecho y que, además, fragmenta todavía más los tipos nominales de gravamen en el IS y su relación con los tipos efectivos.

---

*Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2 º edición, 2010, páginas 1203 a 1225.

## **LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE NO RESIDENTES**

**Teodoro Cordón Ezquerro**

Agencia Estatal de Administración Tributaria

El motivo económico válido es un concepto jurídico nuevo, de reciente incorporación en nuestro Derecho tributario interno, que tiene, a nuestros efectos, su origen en el derecho comunitario y que con la aplicación de las Directivas, sobre todo, de la Directiva 90/434/CEE, se ha ido expandiendo por el IS y el IRNR.

En esta breve nota destacamos su regulación expresa en ambos impuestos directos, señalando como característica esencial que, generalmente, el concepto aparece vinculado a operaciones fiscales internacionales, con la excepción de las operaciones nacionales de reestructuración empresarial, a las que resulta aplicable el artículo 96.2 de la LIS.

Su delimitación conceptual abierta, la aplicación caso por caso, la carga de la prueba y la sanción inherente han originado una amplia jurisprudencia y doctrina, especialmente, en el ámbito de las reestructuraciones empresariales.

### **1. Impuesto sobre Sociedades**

a) Operaciones de reestructuración empresarial, artículo 96.2.

La Ley 29/1991, de 16 de diciembre, fue la primera ley que incorporó al ordenamiento jurídico interno las normas contenidas en la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones. En dicha Directiva, en su artículo 11, se establece una medida antiabuso aplicable por los Estados miembros de tal forma que un Estado podrá negarse a aplicar el régimen fiscal favorable de la Directiva cuando la operación *“tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectuó por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”*.

Así, la Ley 29/1991, dentro del Título I *“Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores”*, en su artículo 16.2 trasladaba el artículo 11 de la Directiva en los siguientes términos: *“Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1º, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora”*

Aunque ambos textos no son coincidentes, sobre todo porque en la Ley 29/1991 no se hace mención expresa a los motivos económicos válidos, conviene recordar que para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), en su sentencia de 17 de julio de 1997, (asunto C-28/95, *Leur-Bloem*), a falta de disposiciones más precisas relativas a la

aplicación del artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, corresponde a los Estados miembros determinar las modalidades necesarias al objeto de aplicar esa disposición, así como los procedimientos internos necesarios para comprobar que las operaciones económicas no se hayan efectuado por motivos económicos válidos, respetando el principio de proporcionalidad. A su vez, la Audiencia Nacional, en sentencia de 26-02-2004, señaló que “la exclusión de la normativa contenida en la Ley 29/1991, en base a una presunción relativa a que la fusión se realizase con fines de fraude o evasión fiscal, al amparo de lo establecido en el artículo 16.2 de la LIS, ha de estar plenamente acreditada por la Administración, enervando la finalidad organizativa o comercial en la que se fundan las decisiones empresariales de esta índole, sin que pueda confundirse con el aprovechamiento de determinadas ventajas fiscales mediante los mecanismos tributarios previstos”.

Posteriormente la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del nuevo Impuesto sobre Sociedades, dentro del capítulo VIII “ Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores”, en su artículo 110.2 mantiene la medida antiabuso con la siguiente redacción “*Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 97 de esta Ley , se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente capítulo y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos*”.

Finalmente, es con la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, con efectos 1 de enero de 2001, cuando se introducen los motivos económicos válidos de manera expresa con la nueva redacción que se da al artículo 110.2 de la LIS, que es la vigente en la actualidad: “*No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participen en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal*”.

Ahora bien, esta nueva redacción implica que los motivos económicos válidos ¿solo son invocables en nuestro derecho desde el 1-1-2001 o también han sido aplicables a situaciones previas de ejercicios anteriores?

En este sentido, en relación con una operación relativa al IS/1998, la AN, en sentencia de 16-2-2011, reiteración de otras anteriores, ha entendido que “la modificación se limitó a añadir un requisito estructural, el de que la operación se efectúe por motivos económicos válidos, que antes no se contenía en la letra del precepto, pero virtualmente se requería conforme a su espíritu, pues no en vano es el requisito a que se refiere el art. 11.1 de la Directiva 90/434/CEE , a la que se ha hecho antes alusión. El cambio, pues, no es tan significativo como pretende la demanda, pues la estructura del precepto, más que a los requisitos sustantivos para excluir del régimen especial determinadas operaciones, ponía el acento en la cuestión procedimental de la carga de la prueba, en el sentido de que sólo era posible esa exclusión cuando "se probara...", actividad que parecía referirse a la Administración como sujeto obligado a esa prueba y, por tanto, a padecer la falta de acreditación. La reforma operada, con no ser aplicable al ejercicio 1998, se limita a ejemplificar supuestos, no enunciados agotadoramente sino *numerus apertus*, en que la ley excluye, empleando una fórmula análoga a la que expresa la Directiva, en que cabe presumir el predominio de los fines de fraude o evasión fiscal, coincidentes con aquéllos en que no consten motivos económicos válidos, aunque con la

consecuencia añadida de que la carga de justificar la presencia de tales motivos correspondía ahora, dada la estructura del precepto, al sujeto pasivo del Impuesto que pretendiera acogerse al régimen de neutralidad.

Ahora bien, por lo que más adelante se verá, que el art. 110.2 LIS sea aplicable al caso en la versión originaria o, aun no siéndolo la introducida por la Ley 14/2000, ésta debe entenderse como meramente interpretativa, que es lo que la Sala considera, constituye en este asunto un elemento irrelevante, porque, podemos adelantarlo, la parte recurrente ha probado, más que sobradamente, la existencia de motivos económicos válidos en la operación de escisión parcial de rama de actividad, aun no incumbiéndole, con la intensidad exacerbada que le exige en este caso la Inspección, como más adelante veremos, la carga de probar la realidad de ese motivo económico válido”.

Sobre este concepto de motivo económico válido existe una amplia jurisprudencia comunitaria y nacional, así como consultas tributarias vinculantes, referida a operaciones internacionales, en sintonía con el espíritu de la Directiva, y también a operaciones de carácter exclusivamente nacional. De la misma, así como de la variada doctrina existente podemos destacar los siguientes aspectos:

- El concepto de motivo económico válido va más allá de la pura ventaja fiscal.
- La cláusula antiabuso solo es aplicable cuando el principal objetivo de la operación sea el fraude o la evasión fiscal.
- Existe una prohibición de abuso del Derecho Comunitario que faculta a los Estados miembros a adoptar medidas para evitarlo compatibles con las libertades garantizadas por el Tratado.
- Los Estados deben respetar el principio de proporcionalidad en la aplicación de sus medidas nacionales antiabuso.
- La finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí sola, suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de una libertad reconocida en el Tratado.
- Puede constituir un motivo económico válido una operación de reestructuración empresarial con diversas ventajas económicas, entre las que tienen cabida las de naturaleza fiscal, siempre que estas últimas no sean de una importancia vital para justificar la operación.
- Es posible una presunción de que una operación tiene como motivo el fraude o la evasión fiscal cuando la misma no se efectúa por motivos económicos válidos como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades intervinientes en la misma.
- Debe realizarse un análisis casuístico, caso por caso, por parte de las autoridades nacionales, para determinar si la operación tiene un objetivo exclusivamente fiscal o si existen motivos económicos válidos.
- La carga de la prueba de que solo existen motivos fiscales y, por tanto, abuso de la norma, recae sobre la Administración tributaria que niega la aplicación de las ventajas fiscales correspondientes.



b) Residencia y domicilio fiscal, artículo 8.1

Con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de diciembre de 2006, introducida por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, se establece una presunción por la que la Administración tributaria podrá presumir la residencia en España para una entidad establecida en un paraíso fiscal *“salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la simple gestión de valores u otros activos.”*

Ahora bien en esta restricción a la medida antiparaiso, nos podemos preguntar por cual es el alcance de la expresión motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la gestión de valores u otros activos, para no considerar residente en España a dicha entidad.

c) Correcciones de valor: pérdida por deterioro del valor de los elementos patrimoniales, artículo 12.1

La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2008, modifica dicho artículo para regular que no serán deducibles las pérdidas por deterioro o correcciones de valor correspondientes a la participación en entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales excepto que dichas entidades consoliden sus cuentas con las de la entidad que realiza el deterioro en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, y *el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realizan actividades empresariales.*

Nuevamente nos encontramos ante operaciones de carácter exclusivamente internacional y vinculadas a paraísos fiscales, aunque en este caso hay que tener motivos económicos válidos y realizar actividades económicas en dichos territorios para que no se aplique la norma antiparaiso.

d) Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, artículo 21.1 y 2

La aplicación del método de exención para eliminar la doble imposición económica internacional es un instrumento de política tributaria muy potente al servicio de las inversiones internacionales de las empresas. Ahora bien, por este motivo se establecen restricciones a su uso como es que en ningún caso se aplicará lo dispuesto en este artículo cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y *“el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales.”*

En este caso la medida fue introducida por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2008 y trata de facilitar la aplicación del método de exención si se prueba la existencia de tales motivos y reducir el ámbito de aplicación de la medida antiparaiso.

e) Transparencia fiscal internacional, artículo 107.15

La inclusión por imputación en la base imponible de la entidad residente de determinadas rentas positivas obtenidas por entidades no residentes en España pero que

son residentes en territorios de baja tributación, es una medida caracterizada como norma antiabuso especial, que con la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, y, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2008, no resultará aplicable cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, *siempre que el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales.*

f) Obligaciones de documentación en las operaciones vinculadas, artículo 16.2.

Dentro de las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas, de acuerdo con la redacción dada por la Ley 36/2006, el RD Ley 6/2010, de 9 de abril, con efectos para los periodos impositivos concluidos a partir del 19 de febrero de 2009, estableció que dicha documentación no será exigible a las personas o entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo sea inferior a ocho millones de euros, (nueve millones con el RD Ley 13/2010) siempre que el total de las operaciones realizadas en dicho período con personas o entidades vinculadas no supere el importe conjunto de 100.000 euros de valor de mercado. No obstante, deberán documentarse en todo caso las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que residan en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que residan en un Estado miembro de la Unión Europea y *“el sujeto pasivo acredite que las operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas o entidades realizan actividades económicas.”*

Es decir, si existen motivos económicos válidos y se realiza una actividad económica por la otra entidad vinculada residente en un paraíso fiscal resulta aplicable a la entidad vinculada residente la exclusión de la obligación de documentación.

Además, en este caso, los motivos económicos válidos se han incorporado al desarrollo reglamentario a través del RD 897/2010, de 9 de julio, con efectos para los periodos impositivos concluidos a partir del 19 de febrero de 2009, mediante la modificación del artículo 18 del RIS, aplicando en relación con las operaciones realizadas con otras personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, los supuestos de exclusión de la obligación de documentar, tanto en el caso general de que el conjunto de operaciones no supere los 100.000€ a valor de mercado, artículo 18.3, como cuando el conjunto de operaciones específicas con una misma persona o entidad, cualquiera que sea su cifra de negocios, no supere los 250.000€, a valor de mercado, artículo 18.4.e), 1º, siempre que existan motivos económicos válidos y se ejerzan actividades económicas en dichos territorios, en cuyo caso no existirá la obligación de documentar cumplidos los requisitos establecidos.

Siguiendo con las obligaciones de documentación, el RD 793/2008, de 3 de noviembre, con efectos para las operaciones realizadas a partir del 19 de febrero de 2009, introdujo en el RIS un nuevo artículo 21 ter para regular las *“Obligaciones de documentación de las operaciones con personas o entidades no vinculadas residentes en paraísos fiscales”*.

En este caso no se exige vinculación pero sí que se opere con paraísos fiscales. Sin embargo, no serán exigibles las obligaciones de documentación previstas respecto de servicios y compraventas internacionales de mercancías, incluidas las comisiones de mediación en éstas, así como los gastos accesorios y conexos, cuando, entre otros requisitos, el obligado tributario pruebe que la realización de la operación a través de un país o territorio considerado como paraíso fiscal responde a la existencia de motivos económicos válidos.

g) Gastos no deducibles, artículo 14.1

El RD ley 12/2012, de 30 de marzo, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2012, añade al artículo 14.1, la letra h), por la que no son deducibles aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil y destinados a la realización de determinadas operaciones entre entidades que pertenecen al mismo grupo como la adquisición a otras entidades del grupo de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades o 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. Impuesto sobre la Renta de no residentes. Rentas exentas, artículo 14.1,h) y m)**

a) Reparto dividendos por la Directiva 90/435/CEE

La Ley 29/1991, de 16 de diciembre, con efectos desde 1 de enero de 1992, en su artículo 20 regula la exención para los dividendos distribuidos por filiales residentes en España a sociedades matrices residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, como consecuencia de la trasposición de la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 24 de dicha Ley 29/1991, la exención no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquélla realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o *pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en esta letra.*(Actualmente artículo 14.1,h de la LIRNR)

Aunque la Directiva matriz-filial, 90/435/CEE, no menciona los motivos económicos válidos como requisito de aplicación de la misma, ha sido la norma nacional la que los ha incorporado como medio de prueba a favor de su invocación para que los dividendos queden exentos. No obstante, el artículo 1.2 de la Directiva establece que para cada Estado miembro la Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para evitar fraudes o abusos.

b) Pago de intereses y cánones por la Directiva 2003/49/CEE

Con efectos desde 1 de julio de 2011, la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, añade la letra m) al artículo 14 de la LIRNR, por lo que estarán exentos, de acuerdo con la Directiva 2003/49/CEE, los cánones o regalías satisfechos por una sociedad residente en territorio español o por un establecimiento permanente situado en éste de una sociedad residente en otro Estado miembro de la Unión Europea a una sociedad residente en otro Estado miembro o a un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad residente de un Estado miembro, cuando se cumplan los requisitos establecidos.

No obstante, no será de aplicación la exención cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad perceptora de los rendimientos se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión

Europea, *excepto cuando aquélla pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente de este régimen.*

También esta Directiva posibilita en su artículo 5 que los Estados miembros tomen las medidas pertinentes para combatir el fraude y los abusos, en los siguientes términos:

1. La presente Directiva no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal o los abusos.
2. Los Estados miembros podrán denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso.





# CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL DEL ENDEUDAMIENTO DE LAS ENTIDADES LOCALES\*

Enrique de Miguel Canuto  
Universidad de Valencia

*Reflexión jurisprudencial sobre la competencia y parámetros de control del endeudamiento de las Entidades locales.*

## 1. Planteamiento del problema

Los problemas relativos al endeudamiento de las Entidades locales están imbricados con los problemas relativos a la competencia para su control. La rivalidad competencial de los controlantes corre el riesgo de acabar en un defectuoso control del controlado.

Quién es el que tiene la competencia para autorizar las operaciones de crédito a largo plazo de las Entidades locales es el centro del debate habido en el recurso de inconstitucionalidad resuelto por sentencia nº 120/2012 de 5 de junio<sup>1</sup>, en torno al artículo 54 de la LRHL, en la redacción introducida por la Ley nº 50/1998<sup>2</sup>, en que recurrente es el Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

La Comunidad autónoma reclama para sí la competencia “ejecutiva” consistente en otorgar determinadas *autorizaciones* para el endeudamiento de las Entidades locales con base en su competencia estatutaria sobre la tutela financiera de ellas, competencia que considera desconocida por la norma estatal cuestionada.

Aclaremos que elemento subjetivo de la norma son no solo las Entidades locales, sino también los organismos autónomos locales y sociedades mercantiles de capital íntegramente local. Elemento objetivo son no solo las operaciones de crédito, sino también la concesión de avales y la sustitución de operaciones de crédito. Por simplicidad, hablaremos de Entidades locales y operaciones de crédito o endeudamiento.

## 2. Esquema de los supuestos

Resulta necesario precisar los tres grupos de supuestos que enuncia la norma del artículo 54 de la LRHL versión de 1998 y con los cuales argumenta el recurrente de diversos modos.

Primera hipótesis: en el supuesto de *ahorro neto negativo*<sup>3</sup> de la Entidad local, no puede efectuarse nuevas operaciones de crédito a largo plazo sin la previa autorización, en unos casos del Estado y en otros casos de la Comunidad autónoma (apartado nº 1). Junto a la solicitud de autorización, la Entidad debe presentar un plan de saneamiento financiero.

---

\* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación “El control del ordenamiento jurídico español desde la óptica constitucional y comunitaria”, DER 2009-13199 del Ministerio de Ciencia e innovación.

<sup>1</sup>STC nº 120/2.012, de 5 de junio (BOE nº 159, de 4 de julio).

<sup>2</sup>Ley nº 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales (BOE nº 313, de 31 de diciembre).

<sup>3</sup>La determinación del ahorro neto, en lo esencial, consiste en calcular la diferencia entre los ingresos liquidados del estado de ingresos y las obligaciones reconocidas del estado de gastos, con minoración de la cuota anual de amortización más intereses, ajustados a la inflación, de la operación proyectada y de las demás operaciones pendientes de reembolso. El Plan de saneamiento debe permitir como mínimo ajustar a cero el ahorro neto negativo artículo 54.1 de la LRHL 1998).

Segunda hipótesis: en el supuesto de que el volumen total de *capital vivo* exceda de 110 por 100 de los ingresos corrientes, no pueden efectuarse nuevas operaciones de crédito a largo plazo sin previa autorización, en unos casos del Estado y en otros casos de la Comunidad autónoma (apartado nº 2).

Tercera hipótesis: supuestos tradicionales de competencia estatal: caso de operaciones de endeudamiento en el exterior, caso de operaciones con entidades no residentes y caso de apelación al crédito público la Entidad local necesita siempre autorización del Estado (apartado nº 5).

La Comunidad autónoma, en su *estrategia procesal*, se concentra en atacar los supuestos de autorización estatal, que después veremos en pormenor, que están regulados en el apartado nº 1 del artículo 54 de la LRHL, y que ella entiende le sustraen su competencia sobre la tutela financiera de las Entidades locales.

Las premisas argumentales de que parte el recurso de inconstitucionalidad son dos. La primera, que al Estado le corresponde la Política económica en su conjunto y a la Comunidad autónoma corresponde garantizar la *solvencia* de las Entidades locales tuteladas. La segunda consiste en afirmar que existe una relación de concurrencia y *compatibilidad* entre las autorizaciones estatales y las autorizaciones autonómicas en los tres casos del apartado nº 5.

La primera premisa toma como ocasión para su enunciación la ambigüedad de la jurisprudencia constitucional precedente (STC nº 56/1983 y STC nº 57/1983) sobre esta materia. La segunda, en mi opinión, supone postular una relectura de los preceptos implicados, aun cuando se diga que se deja tal cuestión (la interpretación del apartado nº 5) al margen del recurso. Relectura que está presente a lo largo de la argumentación del recurso.

### 3. Constitucionalidad de los límites del endeudamiento

Comienza el Tribunal argumentando la constitucionalidad del establecimiento por el legislador de límites al endeudamiento de las entidades locales, constitucionalidad que es argumentada en dos direcciones.

Por una parte, se remonta a la doctrina de la sentencia del Tribunal constitucional nº 4/1981, de 2 de febrero<sup>4</sup>, argumentadora de la no vulneración de la autonomía local por causa de la definición de un límite al endeudamiento de las entidades locales y de que cuando se superen esos límites las operaciones se sometan a autorización. “El control es compatible con la autonomía y se orienta, junto al objetivo de preservar a los Ayuntamientos de endeudamientos comprometedores de su hacienda, a otros *objetivos supralocales*, en el área del crédito y de la economía y aún de la relación entre las Haciendas públicas”, había dicho ya en su día y ahora confirma el Tribunal constitucional.

Por otra parte, la mención de la actual Ley orgánica nº 2/2012 sobre Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>5</sup>, que exige el respeto de los objetivos de estabilidad presupuestaria y los objetivos de deuda pública<sup>6</sup>, junto a los principios y obligaciones que de ellos se derivan. Esta norma orgánica encuentra su fundamento en la reciente reforma constitucional. Y considera como título competencial las reglas del propio artículo 135 de la Constitución recién reformado.

<sup>4</sup>STC nº 4/1.981, de 2 de febrero (BOE nº 30 de 24 de febrero).

<sup>5</sup>LO nº 2/2.012, de 27 de abril (BOE nº 103, de 30 de abril).

<sup>6</sup>Ver Ruiz Almendral, V.: *Estabilidad presupuestaria y gasto público*, Madrid, 2008.

Examinada la autonomía el Tribunal constitucional pasa a analizar la competencia.

#### 4. Criterio competencial

El criterio competencial seguido por el Tribunal constitucional en la sentencia n° 120/2012 es que la competencia para autorizar una operación que supera el techo de endeudamiento de la Entidad local está atribuida al responsable del *equilibrio económico* del Estado.

La reflexión jurisprudencial en origen pone su mirada en el techo de endeudamiento de la Entidad: “[1°] Ciertamente, la controversia suscitada en ambos supuestos se circunscribió de modo específico a si la operación de crédito local que debía ser autorizada superaba o no el *techo de endeudamiento* fijado periódicamente por el Gobierno. [2°] Ello llevó a este Tribunal, en la STC 56/1983, donde la misma no traspasaba dicho techo, a dar preferencia al título competencial autonómico previsto en el art. 48.1 EAC 1979 (correlativo del art. 218.5 EAC 2006); [3°] mientras que, en la STC 57/1983, donde sucedía lo contrario, los títulos considerados prevalentes fueron los estatales de carácter básico en materia de crédito y de actividad económica”.

Con este punto de mira se elabora una jurisprudencia práctica, más conductista que criteriológica: “Así, en la STC 56/1983 afirmábamos ya, de manera general, que, lejos de tratarse de una materia incardinable en exclusiva en un título competencial estatal o autonómico, la intervención en el endeudamiento de las entidades locales «podrá tener su justificación y finalidad, en una *acción de conjunto* en la apelación al crédito y en la evitación de alteraciones en el equilibrio económico —caso en que es obligada una competencia estatal...— o limitarse sin incidencia notable en estas áreas, a la tutela de otros intereses —caso en que prevalecerá el título competencial de la tutela financiera» (FJ 1). Abundando más en esta misma idea, la STC 57/1983 indicó que el recurso al endeudamiento local «presenta unas implicaciones competenciales, que van más allá del limitado aspecto de la tutela sobre los entes locales, para incidir en el área de la política crediticia y del equilibrio económico, mientras que, en otros, lo que se destaca es, sobre todo, el aspecto local, en orden a la necesidad de la operación, la *solvencia*, y, en definitiva, algo inmediato al *interés local*, sin repercusión —o, al menos, sin incidencia directa— en aquellas áreas del crédito y de la economía» (FJ 2).

Hemos de ser conscientes de la fragilidad de una argumentación que toma a fundamento una cifra numérica, el porcentaje expresivo del techo de endeudamiento, en cuyo cálculo intervienen numerosos conceptos contables susceptibles de más de una interpretación, y, por tanto, de distintos resultados numéricos.

Por otra parte, anotamos que la consideración de la solvencia de la entidad y circunscribirse al interés local sin trascender la Política crediticia y el equilibrio económico es la frontera señalada por esta jurisprudencia entre uno y otro ámbitos competenciales.

#### 5. Solapamiento de competencias

El Tribunal constitucional acabará señalando un solapamiento o refuerzo de competencias entre la básica de ordenación del crédito (artículo 149.I, 11) y exclusiva sobre la Hacienda general (artículo 149.I, 14) como fundamentador de los actos de naturaleza ejecutiva realizados por el Estado consistentes en la autorización de determinadas operaciones de endeudamiento de las Entidades locales.

El Tribunal empieza por afirmar que la competencia de ordenación del crédito, como básica que es, se extiende a actos de pura ejecución, y que ello pone de manifiesto la

conexión entre el artículo 149.I, 11 de la Constitución sobre “ordenación del crédito” y el artículo 149.I, 14 de la Constitución sobre “Hacienda general”.

Su argumentación, en primer lugar, señalará la prevalencia de la competencia exclusiva del Estado en relación con las instituciones comunes, las medidas de coordinación y la suficiencia financiera. En este sentido, poder incidir una operación en la Política crediticia o en el equilibrio económico general cae dentro de la competencia “*Hacienda general*” porque está incluido en las medidas de coordinación entre ambas Haciendas, medidas que están a cargo del Estado.

En segundo lugar, paradójica y sucesivamente, el Tribunal afirmará la prevalencia de la competencia básica sobre *ordenación del crédito*, con fundamento en que la regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más especial, y, en tal sentido, la competencia sobre la ordenación del crédito tiene mayor especificidad que la competencia sobre la “Hacienda general”.

Finalmente, el Tribunal constitucional formulará una posición dualista y sincrética en relación con el crédito local: “De cualquier modo, el particular alcance que, como hemos visto, despliega la primera de las citadas, hasta el punto de incluir actos de naturaleza ejecutiva, que también se comprenden de manera natural en la segunda, permite apreciar en el presente caso el solapamiento de ambas competencias estatales, con los *mismos efectos*, sobre el *ámbito material* objeto de intervención jurídica: las operaciones de crédito local. En consecuencia, ambas pueden considerarse indistinta o simultáneamente invocables por parte del Estado en sustento de las concretas facultades cuyo expreso reconocimiento pretende ahora éste, en respuesta a la reivindicación competencial formulada por la Generalitat de Cataluña a través del presente recurso de inconstitucionalidad” (FJ nº 5 *in fine*).

## 6. Confirmación del carácter básico

A continuación, en su andadura metodológica, el Tribunal busca confirmar el carácter básico de las reglas atribuidoras de competencia al Estado en materia de endeudamiento local.

La sentencia del Tribunal constitucional nº 233/1.999<sup>7</sup> había efectuado una primera aproximación acerca de qué era lo básico en la LRHL de 1988 mediante un “método residual” de delimitación. El régimen jurídico de los recursos de las Haciendas locales distintos a los tributos locales y a las participaciones en tributos del Estado, en lo que sin duda quedaba incluido el régimen jurídico de las operaciones de crédito de los Entes locales.

El Tribunal había explicado y desarrollado entonces la cuestión enunciando tres “*niveles de endeudamiento*”, expresión con la que en realidad designa tres ámbitos competenciales.

“Pasando al examen de las exigencias materiales, debemos destacar que el art. 54 LHL, en su redacción inicial, contemplaba tres niveles de endeudamiento de las Corporaciones locales, tal y como apreciamos en la ya citada STC 233/1999, de 16 de diciembre (FJ 21). Así, su apartado primero sometía «las operaciones de crédito a formalizar con el exterior y las que se instrumenten mediante deuda o cualquier otra apelación al crédito público a la autorización de los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda, conforme a la competencia estatal garantizada por los arts. 149.1.11 y 13 CE en cuanto pueden incidir en el área de la política crediticia y del

---

<sup>7</sup> STC nº 233/1.999, de 16 de diciembre (BOE nº 17, de 20 de enero).

equilibrio económico (STC 57/1983)». Por su parte, el apartado segundo confería «dicha autorización a los órganos de la Comunidad Autónoma que tengan atribuida competencia en la materia cuando de la concertación de créditos y concesión de avales en general se trate, garantizando así, en el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, su competencia en materia de tutela financiera reconocida por el art. 48.1 EAC, que se proyecta sobre aquellas operaciones de endeudamiento que *no trascienden el interés local* (STC 56/1983)». Finalmente, el apartado tercero, configuraba «el necesario margen autónomo de endeudamiento que también ha de ser reconocido a las Corporaciones Locales por imperativo del principio constitucional de autonomía local en el marco de la competencia básica estatal del art. 149.1.18 CE».

La historia de la regulación muestra que la Ley nº 50/1998, en el apartado nº 1 del artículo 54, acudió a una técnica legislativa de inversión de la enunciación original presente en la LRHL en el sentido de pasar a enunciar las condiciones en que las operaciones están necesitadas de autorización del Estado o de la Comunidad autónoma, concluyéndose de manera residual las operaciones no necesitadas de autorización. Aun así, según el Tribunal constitucional, en lo esencial, subsisten, tras la Ley nº 50 /1998, tres ámbitos de operaciones, y tres centros de competencias, a semejanza de la tripartición original, y ello de conformidad con el reparto constitucional de competencias sobre la materia.

El recurso a confirmar el carácter básico de las competencias cuestionadas es un elemento metodológico que trae causa de las anteriores sentencias del Tribunal constitucional nº 57/1983<sup>8</sup>(operación de crédito) y nº 56/1983<sup>9</sup>(operación de aval), en las que leemos “solo desde el contenido de lo básico podría configurarse un límite al contenido del Estatuto” y también “la fijación del porcentaje máximo de endeudamiento es algo que pertenece a lo básico del crédito”.

A continuación, el Tribunal pormenoriza el análisis de los supuestos objeto de combate por la Comunidad recurrente, afirmando la naturaleza básica de las normas de atribución de competencias: entidades no residentes, operaciones con divisas y escenarios de consolidación. Lo que lleva a afirmar la competencia del Estado.

## **7. Entidades financieras no residentes**

Las operaciones de endeudamiento con entidades financieras no residentes en España junto a las operaciones formalizadas en el exterior, son operaciones que trascienden el ámbito local, por lo que es lógica la atribución de competencia al Estado para su autorización previa, conforme a la doctrina de la sentencia del Tribunal constitucional nº 57/1983 (operaciones de crédito), y ello con independencia del estado financiero de la Entidad local.

Se da, además, correspondencia o coherencia de esta atribución de competencia al Estado con la atribución de competencia de la Comunidad autónoma en relación con la tutela de operaciones de crédito realizadas por Entidades locales con entidades financieras residentes en España, en moneda nacional o equivalente (artículo 54.1).

En consecuencia, la Comunidad autónoma carece de competencia aun cuando se trate de entidades residentes en la Unión europea y se instrumenten en euros las operaciones.

Hay que precisar que la Ley nº 50/1998, junto a las operaciones de endeudamiento, ha añadido las operaciones de cesión a entidades financieras no residentes en territorio

---

<sup>8</sup> STC nº 57/1.983, de 28 de junio (BOE nº 168, de 15 de julio).

<sup>9</sup> STC nº 56/1.983, de 28 de junio (BOE nº 168, de 15 de julio).



español de participaciones de entidades residentes en créditos dados a las Corporaciones locales.

## **8. Operaciones en monedas distintas al euro**

La elección de una divisa distinta al euro, como moneda de la operación de endeudamiento, en cuanto la moneda está sujeta a fluctuaciones en el mercado de cambios, puede afectar al conjunto de la Política crediticia y al equilibrio económico general, que están bajo la lógica competencia del Estado.

Esta atribución de competencia al Estado guarda coherencia con la competencia atribuida a la Comunidad autónoma para la autorización de operaciones de crédito de las Entidades locales en moneda nacional o equivalente, caso de ser realizada con entidades financieras residentes (artículo 54.1) en ejercicio de su tutela financiera.

Cabe añadir la implicación de la competencia exclusiva estatal atinente a las divisas y tipos de cambio (artículo 149.I, 11 de la Constitución) en lo que no esté transferido a la Unión europea, lo que conduce a firmar la competencia del Estado.

## **9. Escenarios de consolidación presupuestaria**

Los escenarios de consolidación presupuestaria presentan dos características: ser una opción sustitutiva de la autorización previa para endeudarse y referir a entidades locales con más de doscientos mil habitantes. Su contenido incluye un compromiso sobre el límite máximo del déficit no financiero en los tres ejercicios siguientes y un compromiso sobre el importe máximo del endeudamiento en los tres ejercicios siguientes.

La aprobación de escenarios de consolidación presupuestaria por las Entidades locales que contengan una previsión de operaciones de crédito local es competencia del Estado, en los tres casos del artículo 54 apartado 5, a saber, operaciones formalizadas en el exterior, operaciones con entidades no residentes y operaciones de apelación al crédito público.

El fundamento de la atribución competencial está en la incardinación de la operación en la Política crediticia y el equilibrio económico, que están a fundamento del título competencial del Estado sobre la materia. Cabe añadir que la Comunidad autónoma recurrente no discute tal incardinación.

En el caso de que la competencia corresponda al Estado y tratándose de un supuesto del apartado nº 5, la Comunidad autónoma emitirá informe previo a la autorización estatal. No obstante, a la Comunidad autónoma recurrente esta competencia le sabe a poco.

Hay que anotar que el ámbito temático de la respuesta del Tribunal es más estrecho que el ámbito temático de la pregunta. También en los supuestos de ahorro neto negativo y en los supuestos de desbordamiento del saldo vivo cabe acudir a un escenario de consolidación. El Tribunal constitucional, en su respuesta, no tomó en consideración estos supuestos.

## **10. Competencias autonómicas**

¿Qué competencias tiene la Comunidad autónoma en concepto de tutela financiera de las Entidades locales según la Ley nº 50/1.998?

Primero: “ el apartado 1 del art. 54 LHL circunscribe la autorización autonómica sobre las nuevas operaciones de crédito a largo plazo,(...) por parte de las entidades locales, sus organismos autónomos y sociedades mercantiles de capital íntegramente local, cuando de los estados financieros que reflejen la liquidación de los presupuestos, los

resultados corrientes y los resultados de la actividad ordinaria del último ejercicio, se deduzca un *ahorro neto* negativo, al caso en que tales operaciones sean realizadas con entidades financieras residentes en España en moneda nacional o equivalente, correspondiendo en todos los demás casos dicha autorización al Ministerio de Hacienda”(FJ nº 7).

Segundo: “es de reseñar que dicha acotación de la competencia autonómica se produce igualmente, de modo implícito, respecto de las operaciones de crédito a largo plazo de cualquier naturaleza, incluido el riesgo deducido de los avales, cuando el volumen total de *capital vivo* de las operaciones de crédito vigentes a corto y largo plazo exceda del 110 por 100 de los ingresos corrientes liquidados o devengados en el ejercicio inmediatamente anterior “(FJ nº 7). El desencadenante es la cifra de capital vivo. La atribución competencial mimetiza la solución dada al “ahorro neto”. Competencia comunitaria para operaciones con entidades residentes y en moneda nacional o equivalente y para las demás operaciones, competencia estatal.

Tercero: en la concepción de la Comunidad autónoma recurrente existe una relación de *concurrentia* o compatibilidad entre la regla del apartado nº 5 y sus tres supuestos de autorización estatal y la regla del apartado 1º que la Comunidad autónoma lee como manifestación de tutela financiera. La Comunidad no da una precisa explicación de por qué estos tres supuestos del apartado nº 5 caen bajo la tutela financiera de la Comunidad. Pero, aunque de manera confusa, los reclama para sí y postula la concurrentia de autorización autonómica junto a la autorización estatal.

El Tribunal no entra en el examen de esta tesis: “sin que nos corresponda dilucidar en el marco del presente recurso de inconstitucionalidad, si el apartado 5 del art. 54 LHL, que no ha sido objeto de impugnación, impide un sistema de *doble autorización* estatal y autonómica de las operaciones de endeudamiento concertadas por las entidades locales en aquellos casos en los que se produzca una concurrentia de los diferentes objetivos a los que cada una de estas autorizaciones se orienta. En efecto, y como ya tuvimos ocasión de recordar en la STC 233/1999, no es misión de este Tribunal Constitucional, a la hora de resolver controversias de naturaleza competencial, llevar a cabo declaraciones interpretativas sobre la existencia y significado de supuestos implícitos en las normas y sobre sus presuntas consecuencias (FJ nº 8).

El Tribunal añade que en tanto no esté en cuestión una norma autonómica sobre autorización autonómica no puede pronunciarse, pero lo cierto es que en este recurso no se discute una competencia normativa sino una competencia ejecutiva. No está excluido que la Comunidad autónoma haga concurrir su autorización junto a la autorización estatal, con base en una relectura manipuladora de la normativa estatal.

Por otra parte, las dificultades de financiación que actualmente golpean al Estado español suscitan la pregunta por el sentido y la oportunidad de duplicar actuaciones de control, lo que, además, estaría en abierta contradicción con los criterios constitucionales de eficiencia y economía del artículo 31.2 de la Constitución vigente.

## 11. Ley de acompañamiento

La Comunidad recurrente cuestiona también que una norma tan peculiar como lo es una Ley de acompañamiento <sup>10</sup>a la Ley de Presupuestos del Estado, la Ley nº 50/1998, sea el vehículo idóneo para reformar la legislación básica sobre endeudamiento local.

---

<sup>10</sup> Sobre las leyes de acompañamiento puede verse García Berro, F. y Cubero Truyo, A.:” La aparente desaparición de la ley de acompañamiento y el nuevo papel de la ley de presupuestos”, en *Quincena fiscal* nº 17 (2005).

Atendida la necesidad de dotar a lo que es básico de las características de estabilidad y permanencia que posibiliten a los legisladores autonómicos ejercer sus competencias de desarrollo con las debidas garantías de certidumbre, resulta que la ley de acompañamiento, que es un cuerpo heterogéneo de disposiciones en conexión instrumental con la Ley de Presupuestos, no es el vehículo idóneo para modificar la legislación básica.

Concurre la paradoja de que, surgidas para evitar la inseguridad jurídica derivada de unas Leyes de Presupuestos con un contenido demasiado alejado del que constitucionalmente les es propio, las leyes de acompañamiento han venido a convertirse, a su vez, en un peligro creciente para la seguridad jurídica (art. 9.3), produciéndose un perjuicio para la sistematización normativa, argumentó la Comunidad.

El Abogado del Estado, en su escrito de alegaciones, había señalado la incoherencia de plantear este vicio formal como motivo de impugnación referido solo a las partes del artículo objeto del recurso, cuando es una razón de impugnación que, caso de concurrir, afectaría a la validez de la totalidad del precepto del artículo 54 de la LRHL impugnado.

El Tribunal constitucional rechazará este motivo de impugnación con apoyo en su jurisprudencia anterior: “Para ello hemos de reiterar, en primer lugar, lo ya afirmado en la STC 233/1999<sup>11</sup>, en el sentido de que no hay ningún precepto en la Constitución del que directa o indirectamente se pueda derivar la existencia de una *categoría legislativa* particular donde deban contenerse las ‘bases’, ‘legislación básica’ o ‘normas básicas’ del Estado a las que en diversas ocasiones y bajo todas estas denominaciones se refiere el art. 149.1 CE, pues la única exigencia derivada de la Constitución en relación con la categoría jurídico-formal en que han de encontrarse contenidas las normas básicas es que éstas se hallen, como regla general, en una ley votada en Cortes”(FJ nº 3).

Además, “partiendo de que no existe prohibición alguna en el texto constitucional a la existencia de las leyes complejas, multisectoriales o de contenido heterogéneo, en la STC 136/2011, de 13 de septiembre, hemos juzgado precisamente la constitucionalidad de la propia Ley 50/1998, de 30 de diciembre, concluyendo que la misma es una ley ordinaria que no está necesitada de ninguna previsión constitucional para ser dictada ni se ve constreñida tampoco por ningún mandato constitucional y que como tal ley ordinaria que emana de las Cortes Generales puede entrar a regular cualquier materia no expresamente asignada a otro tipo legislativo, y es que, del bloque de la constitucionalidad no se deriva ni impedimento alguno para que se puedan aprobar lo que califica como ‘leyes transversales’, ni exigencia de ninguna clase que imponga que cada materia deba ser objeto de un proyecto independiente.

El Tribunal explicita los tres elementos integrantes de la *seguridad jurídica*<sup>12</sup> que es alegada: “la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4)”.

---

<sup>11</sup> STC nº 136/2.011, de 13 de septiembre (BOE nº 245, de 11 de octubre).

<sup>12</sup> Sobre las distintas manifestaciones del principio de seguridad jurídica, García Novoa, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Madrid-Barcelona, 2.000.

Y acaba rechazando la alegación de su vulneración concluyendo que “en suma, sólo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente *insuperable* acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica .”(FJ nº 3). Lo que no es el caso .La ley de acompañamiento no solo acompaña a la ley de presupuestos sino que también acompaña a las leyes modificadas.

## 12. Bloque de la constitucionalidad *superveniens*

El Tribunal constitucional enuncia su doctrina del *ius superveniens* que conduce a la aplicación de la norma constitucional vigente y el bloque de la constitucionalidad vigente en el momento de dictarse la sentencia, efectuando dos aplicaciones de esa doctrina.

De un lado, toma en cuenta el nuevo estatuto de Autonomía de 2006: “También debemos tener en consideración que, con posterioridad a la admisión a trámite de este recurso de inconstitucionalidad, se ha producido la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, por lo que, de acuerdo con nuestra doctrina, las cuestiones que se controvierten se decidirán teniendo en cuenta las prescripciones del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña que puedan ser de aplicación, pues cuando la duda de constitucionalidad se basa en un problema de delimitación competencial y el juicio de constitucionalidad ha de producirse por el contraste no sólo con la Constitución, sino con el llamado bloque de la constitucionalidad (art. 28.1 LOTC), el Tribunal habrá de considerar las leyes vigentes y las bases materiales establecidas en el momento de formularse el juicio y dictarse la Sentencia [SSTC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 179/1998, de 16 de septiembre, FJ 2; y 134/2011, de 20 de julio, FJ 2.d)]”(FJ nº 2, c).

De otro lado, se deja constancia no solo de la reforma constitucional de 2011 sobre estabilidad presupuestaria, sino también de la Ley orgánica de desarrollo de 2012: “En segundo lugar, debemos dejar constancia de la reforma constitucional de 27 de septiembre de 2011, que ha modificado el art. 135 CE, llevando a cabo la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria, al tiempo que encomienda a una ley orgánica el desarrollo de los principios a que se refiere el apartado 3 del precepto constitucional, lo que —como dijimos en la STC 157/2011, de 18 de octubre, FJ 3— corrobora la competencia del Estado en esta materia. Pues bien, este mandato constitucional ha dado lugar a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, la cual dispone en su art. 13.5 que «[l]a autorización del Estado, o en su caso de las Comunidades Autónomas, a las Corporaciones Locales para realizar operaciones de crédito y emisiones de deuda, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, tendrá en cuenta el cumplimiento de los objetivos de *estabilidad presupuestaria* y de *deuda pública*, así como al cumplimiento de los principios y las obligaciones que se derivan de la aplicación de esta Ley» (FJ nº 2, b).

La doctrina del *ius superveniens* conduce a nihilizar el significado de la norma constitucional vigente en el momento de producirse el acto impugnado. Esa doctrina es contraria al principio de seguridad jurídica, porque en el momento de producción del

acto impugnado genera una incertidumbre insuperable acerca de cuál será el contenido futuro de la norma constitucional o bloque de la constitucionalidad aplicable.

### 13. Adecuación al Derecho de la Unión

La Comunidad autónoma argumenta que de acuerdo con las Directivas 73/183, 77/780 y 89/46, y con la Ley 3/1994, de adaptación de la legislación española a la segunda Directiva de coordinación bancaria, cabe entender que las sucursales y las filiales de las entidades de crédito nacionales de un Estado de la Unión tienen, en el ámbito territorial de los otros Estados, la consideración de residentes. Bosquejando el interrogante de hasta qué punto la diferencia de trato a las entidades de crédito en razón de si tienen residencia en territorio español, recogida en el art. 54.1, es compatible con la normativa comunitaria sobre libre prestación de servicios.

Sin embargo, el Tribunal constitucional rechazará abordar la cuestión: “debemos precisar que a este Tribunal no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la *jurisdicción ordinaria*, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*; dicho de otro modo, la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional (así, STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 2)”( F J nº 2, e). Por parte del recurrente claro está que el cauce idóneo para cuestionar la compatibilidad de una norma legal con el Derecho de la Unión es solicitar el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión, cosa que el recurrente no llevó a cabo en este recurso.



# UBICACIÓN DE LA CARGA FINANCIERA EN LOS GRUPOS MULTINACIONALES. REFLEXIONES BAJO EL REAL DECRETO-LEY 12/2012 (I)

**Eduardo Sanz Gadea**

Agencia Estatal de Administración Tributaria

## 1. Introducción

Tras largos años de abstinencia legislativa en materia de subcapitalización, el Real Decreto-Ley 12/2012 ha intervenido a fondo. Así, ha incorporado una restricción específica a la deducción de intereses imputables a ciertas operaciones (nueva letra h) del artículo 14.1 del TRLIS), y establecido una limitación general objetiva a la deducción de intereses (nueva redacción del artículo 20 del TRLIS).

Las normas fiscales pueden analizarse desde variadas perspectivas. Caben análisis técnicos con vistas a facilitar su comprensión y aplicación, o de carácter histórico para ponerlas en relación con las que las han precedido en la regulación de la materia, o los que buscan la comparación con otras normas del mismo tenor vigentes en otros países, o los que versan sobre su impacto en las relaciones fiscales internacionales, o, en fin, los que tratan de averiguar los principios a los que responden y los objetivos que pretenden alcanzar.

Por lo que hace a los artículos 14.1.h y 20, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012 invita al examen de Derecho Comparado, pues advierte que *la reforma aquí recogida se asemeja a la tendencia legislativa en Estados de nuestro entorno económico, pero también al de su impacto en las relaciones fiscales internacionales, en cuanto señala que la nueva redacción del artículo 20 responde, con figuras análogas a nuestro derecho comparado, al tratamiento fiscal actual de los gastos financieros en el ámbito internacional.*

## 2. Derecho Comparado

Una investigación profunda de Derecho Comparado excede de las posibilidades del autor de estas líneas, de aquí que la misma se limitará a poner de relieve los aspectos más destacados de los regímenes vigentes en ciertos Estados miembros de la Unión Europea, con el objetivo de averiguar la medida en la que los nuevos artículos 14.1.h) y 20, hallan parangón en otros preceptos de similar propósito vigentes en esos Estados.

### 2.1. La restricción específica del artículo 14.1.h) del TRLIS

Como es sabido, el nuevo artículo 14.1.h) declara no deducibles los gastos financieros derivados de deudas contraídas entre sociedades del mismo grupo mercantil destinadas a la adquisición de participaciones a otra sociedad del mismo grupo mercantil, así como a realizar aportaciones a otra sociedad también del mismo grupo mercantil.

Holanda y Francia tienen establecidas normas similares, pero no idénticas, al nuevo artículo 14.1.h).

#### 2.1.1. *Las normas holandesas*

Las normas holandesas relativas a la restricción o limitación a la deducción de intereses derivados de préstamos destinados a la financiación de la adquisición de instrumentos

de patrimonio, o, más exactamente, a la financiación de ciertas operaciones societarias, están recogidas en los artículos 10 A y 15 AD del *Corporate Income Tax Act*<sup>1</sup>.

El artículo 10 A declara no deducibles los intereses procedentes de préstamos concedidos por personas o entidades legalmente vinculadas con la entidad prestataria, imputables a las siguientes operaciones:

- La distribución de dividendos o devolución de capital a personas o entidades legalmente vinculadas, por tanto no a socios que no tengan la consideración de vinculados.
- La aportación de capital a una entidad vinculada.
- La adquisición de una entidad legalmente vinculada, determinándose tal consideración después de la adquisición.

No obstante, los intereses serán fiscalmente deducibles si se prueba que la transacción y el préstamo responden a un propósito empresarial, entendiéndose que es así cuando los intereses tributan a un tipo de gravamen no inferior al 10 por 100, a menos que el inspector pruebe lo contrario.

El artículo 15 AD declara no deducibles los intereses imputables a los préstamos, tanto otorgados por vinculados como por terceros, tomados para adquirir o aumentar la participación sobre una entidad, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- Que las dos entidades tributen consolidadamente.
- Que los beneficios de la entidad adquirente, previos a la deducción de los intereses, sean insuficientes para absorberlos.
- Que el préstamo exceda del 60 por 100 del precio de adquisición de la compañía. Este porcentaje decrece todos los años en 5 puntos, hasta alcanzar el 25 por 100.

Hay una franquicia para los intereses que no exceden en 1 millón de euros respecto de los beneficios de la entidad adquirente.

La restricción también se aplica cuando media una fusión entre las dos entidades, o una operación de efecto similar.

Nótese que el artículo 15 AD se distingue del 10 A, en lo tocante a las operación de adquisición de la participación, en que el primero afecta a todos los intereses y el segundo solamente a los derivados de préstamos internos.

La comparación del nuevo artículo 14.1.h) con la legislación holandesa arroja bastantes puntos comunes por lo que se refiere al artículo 10 A, no así respecto del artículo 15 AD.

En efecto, las dos normas restringen la deducción de intereses derivados de préstamos internos asociados a operaciones societarias, y las dos normas abren la puerta a los propósitos empresariales o motivos económicos válidos para permitir la deducción de los intereses afectados por el supuesto de hecho. La norma holandesa parece ofrecer un refugio seguro en función de la tributación de la entidad preceptora de los intereses (10 por 100), pero no en sentido absoluto, ya que cabe la contraprueba a cargo del inspector.

El artículo 14.1.h) contempla un campo más reducido de operaciones, pues no se refiere a la distribución de dividendos ni a la devolución de aportaciones, y en la transmisión

---

<sup>1</sup> Rienout Kok: *New Legislation Regarding Deductibility of Interest on Acquisition Loans*.

de participaciones la entidad que transmite ha de pertenecer al grupo mercantil, si bien no se requiere que la participación adquirida suponga un porcentaje determinante de vinculación. En cuanto a las operaciones de aportación parece haber una sustancial coincidencia entre las dos normas.

Con ser útil la identificación de las similitudes objetivas entre las normas holandesas y españolas, lo verdaderamente relevante es indagar en la convergencia de principios y objetivos.

En las distribuciones de dividendos y devolución de aportaciones, las normas holandesas probablemente entiendan servir al principio de correlación de ingresos y gastos, de manera tal que los intereses asociados a dividendos y devoluciones no estarían correlacionados con ingreso alguno y de ahí su calificación como fiscalmente no deducibles, o, tal vez, dichas normas consideren que los intereses constituyen una distribución accesoria de beneficios. De ser correcto alguno de ambos fundamentos, las letras e) y a), respectivamente, del apartado 1 del artículo 14, llevarían a la misma conclusión.

No parece que el principio de correlación de ingresos y gastos, básicamente una norma contable de imputación temporal, pueda ser la inspiradora de la restricción, pero es más, aún admitiendo una dimensión fiscal de dicho principio que rebase el perímetro de su sentido contable, debería considerarse que la distribución del beneficio forma parte de la función de la empresa, de manera tal que la financiación de dicha función mediante pasivos financieros no parece quebrantar la pretendida vertiente fiscal de aquel principio.

En cuanto a la distribución accesoria de beneficios, lo cierto es que al accionista le llegan los beneficios que, formando previamente parte del resultado contable de la entidad, le son entregados por el cauce legalmente establecido, y no le llegan los intereses presuntamente imputables a la distribución de dichos beneficios, los cuales disminuyen el haber social. Cuestión distinta es que mediante una adquisición de acciones propias que determine reservas negativas se distribuyan beneficios futuros a los accionistas, ya que, en tal caso, dichos accionistas están disfrutando de unos caudales anticipadamente, siendo el coste de ese disfrute anticipado los intereses en cuestión, los cuales, por ello, son imputables a los accionistas, y no a la sociedad.

En lo que concierne a las aportaciones financiadas con préstamos internos, es muy posible que la norma holandesa quiera cercenar las operaciones de capitalización de entidades no residentes en Holanda que determinan gastos financieros en sede de una entidad residente en Holanda, cuando esos gastos financieros no han generado, a su vez, ingresos financieros en una entidad también residente en Holanda (nótese que el refugio seguro del 10 por 100 serviría para admitir los gastos financieros que generan ingresos financieros en una entidad residente en Holanda, ya que el tipo de gravamen holandés excede del 10 por 100) o en otro país a un tipo de gravamen suficiente (10 por 100 o más).

Este podría ser también el propósito del legislador español, pero la ausencia de un refugio seguro impide una conclusión tajante, por más que, si bajo la cláusula de justificación de los motivos económicos válidos cupiera la inexistencia de ventaja fiscal, la tributación de los intereses en concepto de ingreso financiero de manera equilibrada respecto de su tributación en concepto de gasto, abriría la puerta a la confluencia de propósitos, español y holandés.

Finalmente, por lo que se refiere a los intereses de préstamos asociados a la adquisición de una participación sobre una entidad, puede apreciarse que la norma holandesa trata de evitar que la carga financiera recaiga, a efectos fiscales, sobre una entidad residente en Holanda, cuando aquella carga financiera no tribute en concepto de ingreso financiero en sede de una entidad residente en Holanda (como se ha indicado, el tipo de gravamen holandés excede del 10 por 100) o en otro país, a un tipo de gravamen suficiente (10 por 100 o más), por entenderse que, en ausencia de esas circunstancias, la operación no tendría otra finalidad que la puramente fiscal.

También éste podría ser el propósito de la norma española, en la medida en que se admitiera que la ausencia de una ventaja fiscal implica la concurrencia de motivos económicos válidos, lo que parece plausible, pues no es concebible el fraude sin la consecución de una ventaja fiscal, y el legislador español nos informa en la exposición de motivos de que la nueva norma *establece el carácter no deducible para aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil, y destinados a la realización de determinadas operaciones entre entidades que pertenecen al mismo grupo, respecto de los cuales se venía reaccionando por parte de la Administración tributaria cuando no se apreciaba la concurrencia de motivos económicos válidos.*

El artículo 15 AD no tiene reflejo en la normativa española. Y no es que en nuestro país no hayan proliferado las operaciones como las tipificadas en el supuesto de hecho de la norma holandesa. Sin embargo, el legislador español, sin duda conocedor de esas operaciones, no las ha reputado fraudulentas, seguramente porque estima que son portadoras de un sustrato financiero, por más que cierta gama de las mismas pueda estar teñida de un fuerte componente especulativo altamente indeseable<sup>2</sup>.

Ahora bien, una cosa es que la operación tenga base financiera y otra, muy diferente, es que esa base deba otorgar carta blanca a los grupos multinacionales para ubicar la carga financiera, derivada de la adquisición de una participación, en sede de la entidad que tengan por conveniente.

El legislador holandés lo que ha pretendido es expulsar de la jurisdicción fiscal holandesa aquellos intereses derivados de la adquisición de la participación sobre una entidad holandesa que perturban severamente la recaudación del impuesto sobre los beneficios de la entidad adquirida. En definitiva, tal vez en términos tajantes, ha pretendido proteger el principio de territorialidad, proyectado sobre la entidad adquirida, ya que, en rigor, la carga financiera derivada de la adquisición de la participación deben soportarla los socios adquirentes y no la sociedad adquirida.

El corolario del razonamiento precedente, aunque no recogido en las normas holandesas, es que los intereses cuya deducción se rechaza en sede de la entidad vehicular, caso de consolidación, o de la entidad operativa adquirida, caso de fusión, deberían ser deducibles en sede de los socios últimos, de manera tal que la meritada expulsión sólo sería recaudatoriamente eficaz cuando dichos socios no residieran en Holanda.

Como se ha indicado, el Real Decreto-Ley 12/2012, no ha entrado en esta materia, y tal vez era esperable que lo hiciera, por cuanto siendo cierto que estas operaciones tienen un sustrato financiero, también lo es que pueden determinar una ubicación inapropiada

---

<sup>2</sup> “Los especuladores pueden no hacer daño cuando sólo son burbujas en una corriente firme de espíritu de empresa; pero la situación es seria cuando la empresa se convierte en una burbuja dentro de una vorágine de especulación” (Keynes. *Teoría General*, pág. 167).

de intereses en la jurisdicción fiscal española. Más aún, una norma similar al artículo 15 AD holandés se habría podido alojar con toda naturalidad en la intensa estela regulatoria del nuevo artículo 14.1.h).

Tal vez el legislador haya entendido que el caso de imputación de intereses en sede de la entidad adquirida por causa de su fusión con la entidad vehicular, contemplado en la normativa holandesa, es de imposible producción en nuestro país, en virtud de la prohibición de asistencia financiera del artículo 150 de la Ley de Sociedades de Capital, máxime a raíz del contenido y explicación de las enmiendas presentadas en la tramitación legislativa del actual artículo 35 de la Ley 3/2009, pero restaría el supuesto en el que los préstamos permanecen en sede de la entidad vehicular que actúa como dominante fiscal de la entidad adquirida. Respecto de esta situación, hubiera sido oportuno un pronunciamiento legislativo en el sentido de residenciar los intereses en sede de los accionistas últimos.

### 2.1.2. *Las normas francesas*

En Francia existen dos limitaciones a la deducción de intereses asociados a las transacciones sobre instrumentos de patrimonio.

El artículo 223 b del *Code des Impôts* establece una limitación a la deducción de intereses en el régimen de consolidación fiscal, cuando una compañía vende la participación sobre una entidad filial a otra entidad que está bajo el mismo control, y la entidad adquirente y adquirida resultan ser integrantes del mismo grupo fiscal, financiándose la adquisición mediante un pasivo financiero. A tal efecto se aplica sobre los intereses registrados en la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad adquirente la proporción que existe entre el precio de adquisición de la participación y los pasivos financieros del grupo fiscal.

Esta norma, conocida como *Amendment Charasse*, se introdujo a raíz de la aprobación del régimen de consolidación fiscal para evitar la deducción de intereses derivados de operaciones que pueden ser calificadas como transmisiones puramente internas, básicamente instrumentadas mediante la creación de una sociedad vehicular que adquiere de su matriz la participación que la misma tiene en una entidad filial operativa, resultando un grupo fiscal en el que se integran las entidades adquirente y adquirida.

Con todas las cautelas inherentes a la comprensión de un régimen fiscal extranjero, puede atisbarse que el efecto práctico de la operación es el de un préstamo cuyo principal lo obtiene la matriz, el pasivo se residencia en la entidad vehicular y los intereses, fiscalmente, repercuten sobre el grupo fiscal compuesto por las entidades adquirente y adquirida, o, de otra manera, la entidad matriz logra un efecto práctico paralelo al de la distribución de fondos propios por parte de la entidad filial operativa, endeudándose la misma para hacer frente a la distribución. El mandato de la norma limitativa es restringir la deducción de esos intereses, en la forma expuesta.

El artículo 40 de la *Loi de finances rectificative pour 2011* ha añadido un nuevo apartado IX, al artículo 209 del *Code des Impôts*, a cuyo tenor no son fiscalmente deducibles los intereses imputables a la adquisición de participaciones que disfrutaban del régimen de exención-participación, cuando las decisiones sobre dichas participaciones y el control sobre la entidad adquirida no se ejercitan por la entidad adquirida u otra entidad del mismo grupo, residente en Francia. A tal efecto, los intereses imputables a la adquisición se determinan en función de la proporción entre el precio de adquisición de la participación y los pasivos financieros medios.



Esta norma, conocida como *Amendment Carrez*, tiene por objeto rechazar la deducción de intereses correspondientes a la adquisición de una participación, ya sea sobre una entidad residente en Francia o en otro país, cuando la dirección de la participación y el control de la entidad adquirida no se ejerciten por una entidad residente en Francia. Así, en la tramitación parlamentaria se puso de relieve que la nueva norma estaba dirigida a impedir la deducción de intereses en sede de una entidad vehicular francesa dependiente de una matriz USA que adquiere una entidad operativa en Chequia, surtiendo efectos los intereses sobre otras entidades operativas francesas mediante la consolidación fiscal<sup>3</sup>.

La restricción a la deducción de los intereses no se aplica si la entidad prueba que el ratio de endeudamiento del grupo al que pertenece es superior o igual a su propio ratio de endeudamiento. Más adelante se comentará la superlativa relevancia de esta excepción a la aplicación de la restricción.

En buena parte, el supuesto de hecho del nuevo artículo 209. IX subsume al del antiguo 212 b, de aquí que la Instrucción para la aplicación interprete que el primero se aplique preferentemente.

A primera vista, la comparación del nuevo artículo 14.1.h) con las normas francesas limitativas de la deducción de intereses de préstamos relacionados con las operaciones sobre instrumentos de patrimonio ofrece bastantes similitudes. Una leve profundización pone de relieve importantes diferencias.

Por lo que se refiere al artículo 223 b, el campo de las operaciones comprendidas en el artículo 14.1.h) es mucho más amplio, por cuanto la norma española se refiere a todo tipo de participaciones, en tanto que la norma francesa versa exclusivamente sobre las que confieren la cualidad de entidad dependiente en un grupo fiscal, pero el espectro de los préstamos afectados por la norma española es mucho más estrecho, ya que la norma francesa se refiere tanto a los préstamos internos como a los externos, en tanto que la norma española sólo lo hace a los préstamos internos. En efecto, el artículo 14.1.h) no rechaza la deducción de los intereses de un préstamo bancario tomado por una entidad vehicular para adquirir de su entidad matriz la participación sobre una entidad operativa con la que formará un grupo fiscal.

El artículo 209.IX rebasa, con mucho, el ámbito de aplicación del artículo 14.1.h) del TRLIS, ya que aunque uno y otro afectan a la transmisión de todo tipo de instrumentos de patrimonio, la norma española sólo contempla las de carácter puramente interno y financiadas con préstamos internos, en tanto que la norma francesa también afecta a las adquisiciones y préstamos de terceros.

Ahora bien, la desmesurada amplitud de la norma francesa se ve constreñida por una potente cláusula de escape basada en la comparación de la estructura financiera individual ex- post de la operación con la estructura financiera del grupo al que pertenece la entidad concernida, de manera tal que, en definitiva, lo que el legislador francés rechaza no es la carga financiera derivada de la adquisición apalancada de una participación, sino que, a consecuencia de la misma, la carga financiera que soporta la entidad adquirente sea, en términos relativos, superior a la que soporta el grupo mercantil al que la misma pertenece.

Por el contrario, lo que el legislador español rechaza es la carga financiera derivada de las adquisiciones apalancadas internas, aun cuando ex- post de la operación la estructura financiera de la entidad adquirente sea, en términos relativos, más saneada que la del

---

<sup>3</sup> Eric Robert.: “New Limitations on the Deduction of Financial Expenses Related to Acquisitions”, *European Taxation*. Mayo 2012.

grupo mercantil al que la misma pertenece, tal vez porque la experiencia acumulada le haya podido indicar que tras esa operación viene el derrumbe de la estructura financiera de la referida entidad adquirente, y porque, tal vez, confíe en que los casos en que tal derrumbe no se produzca la motivación económica válida pueda restaurar el equilibrio.

## 2.2. La limitación general del artículo 20 del TRLIS

El artículo 20 limita la deducción de los gastos financieros netos al 30 por 100 del beneficio operativo. La limitación afecta tanto a los intereses de préstamos vinculados como de terceros. En la redacción original solamente se proyectaba sobre las entidades que formaban parte de un grupo mercantil, excepto por lo que se refería a los préstamos recibidos de socios relevantes o de entidades asociadas, bajo ciertas circunstancias, pero tras el Real Decreto-Ley 20/2012, lo hace sobre todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

### 2.2.1. La norma holandesa

El artículo 10 D del *Corporate Income Tax Act*, declara no deducibles los gastos financieros netos satisfechos a personas o entidades vinculadas cuando la estructura financiera de la entidad registra un ratio de endeudamiento sobre fondos propios superior a 3/1, pero el contribuyente puede solicitar que se tome el ratio que refleja la estructura financiera del grupo al que pertenece.

Las normas holandesa y española tienen en común que rechazan la deducción de intereses imputables a un endeudamiento que, objetivamente, se juzga excesivo. A partir de ese leve parecido, todo son diferencias. En efecto, la norma holandesa sólo rechaza la deducción de intereses vinculados, en tanto que la española rechaza todo tipo de intereses y, lo que es más importante, la cláusula de escape holandesa, de corte análogo a la prevista en el artículo 209 IX, del *Code* francés, evita cualquier exceso de imposición. Ya se verá que esta cláusula de escape también se halla presente en las normas francesas, alemana y británica.

Puede, por tanto, decirse que la norma holandesa se inserta en el contexto de las relaciones entre entidades vinculadas, a diferencia de la norma española que no es sino una regla objetiva de limitación a la deducción de gastos financieros.

El nuevo artículo 20 está muy lejos del campo de las operaciones vinculadas. Está en el campo, más nuclear, del hecho imponible. En efecto, a partir de su entrada en vigor, la noción de renta que configura el hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades se aleja del concepto económico de renta, en cuanto diferencia de ingresos y gastos o diferencia de fondos propios corregida en las aportaciones, devoluciones y distribuciones. Se diría, haciendo uso de licencia para exagerar con una finalidad puramente didáctica, que el nuevo artículo 20 arrastra, parcial y asimétricamente, a las empresas más endeudadas hacia ese modelo teórico de Impuesto sobre Sociedades conocido como CBIT, en el que los intereses son no deducibles en su totalidad, buscando la neutralidad del tributo en cuanto a las fuentes de financiación<sup>4</sup>.

Este alejamiento del artículo 20 del campo de las operaciones vinculadas, y el tradicional apego al mismo de las normas antisubcapitalización, evoca una cuestión muy relevante, a saber, la de la aplicación del artículo 16 del TRLIS respecto de las relaciones vinculadas de endeudamiento en orden a morigerar los efectos sobre la carga financiera del que sea excesivo en términos de mercado.

---

<sup>4</sup> Mirlees. J y otros: *Tax by Design. The Mirlees Review*. Institute for Fiscal Studies. Capítulo 17.

### 2.2.2. La norma francesa

El artículo 212 del *Code des Impôts* declara no deducibles los gastos financieros netos pagados a entidades vinculadas cuando el endeudamiento vinculado excede 1,5 veces los fondos propios y el interés pagado a entidades vinculadas es superior al 25 por 100 del beneficio operativo (aumentado en el propio impuesto, los intereses vinculados, las amortizaciones y ciertos pagos por operaciones de arrendamiento financiero), pero la no deducción decae si la entidad prueba que su ratio de endeudamiento es inferior al del grupo al que pertenece.

Se trata de una norma antisubcapitalización que podríamos denominar clásica, pues se construye sobre parámetros relativos a la financiación vinculada y restringe la deducción de intereses vinculados. La primera norma antisubcapitalización francesa, que inspiró a la primera norma española, contenida en el artículo 16.9 de la Ley 61/1978, la cual puede ser tenida como el antecedente directo de la primitiva redacción del artículo 20 del TRLIS, se fundamentaba en el ratio 1,5 citado, de manera tal que la nueva norma francesa lo que ha hecho es, partiendo de la primitiva, añadir una nueva condición acumulativa en orden a la restricción y, sobre todo, incorporar esa cláusula de escape, basada en la comparación de estructuras financieras.

Si la norma española está alejada de la norma holandesa, todavía lo está más de la norma francesa. En efecto, la norma francesa, como se ha indicado, bebe en las fuentes de las operaciones vinculadas, en tanto que la norma española es una limitación general objetiva a la deducción de intereses, cualquiera que sea la fuente de donde proceden, que, como ha quedado expuesto, se ubica en el campo del hecho imponible.

La apelación que la norma francesa hace al beneficio operativo para construir el segundo parámetro podría llevar a postular un cierto elemento de paralelismo entre la norma francesa y la española. Sin embargo, la inexistencia de una cláusula de escape en la norma española, frente a la muy depurada cláusula de escape francesa, difumina dicho elemento. Sobre este particular se insistirá al hilo de la comparación con la norma alemana.

En fin, la extensión de la limitación a todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, operada por el Real Decreto-Ley 20/2012, ha aumentado la intensidad de las diferencias entre las normas francesa y española.

### 2.2.3. La norma alemana

Las normas alemanas establecen un límite objetivo a la deducción de los gastos financieros netos del 30 por 100 del *EBITDA* (beneficios antes de la deducción de intereses, impuestos, deterioro, y amortización), con una franquicia de 3 millones de euros. Los intereses no deducidos pueden ser deducidos, con el mismo límite, en ejercicios futuros de manera ilimitada, y el límite no consumido en un ejercicio puede ser aprovechado en los cinco ejercicios futuros.

El límite no se aplica a las entidades que no forman parte de un grupo (*stand-alone-clause*), excepto si más del 10 por 100 de los gastos financieros derivan de préstamos concertados con personas o entidades vinculadas, como es el caso de socios que posean el 25 por 100 o más, o de sociedades participadas en dicha proporción.

El límite tampoco se aplica cuando el ratio fondos propios/activos de la entidad es igual o más alto que el del grupo, mediando una tolerancia del 2 por 100<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> *European Tax Handbook* 2011. Germany.

La norma alemana abandona el campo de las operaciones entre entidades vinculadas. En efecto, ya no combate el endeudamiento excesivo de carácter vinculado, sino que rechaza el endeudamiento excesivo, cualquiera que fuere su procedencia. No obstante, la cláusula de escape ofrece una cercanía a la filosofía de las operaciones vinculadas, si bien consideradas estas últimas desde una perspectiva distinta a la tradicional, como más adelante se explica.

El parecido entre la norma alemana y el nuevo artículo 20 del TRLIS era manifiesto, hasta que el artículo 26 del Real Decreto-Ley 20/2012, dio nueva redacción a dicho artículo 20, extendiendo el límite a las sociedades no integradas en un grupo mercantil. Hasta entonces la filosofía de las normas española y alemana era la misma, y también gran parte de sus elementos técnicos. Así, el porcentaje y la base de cálculo del límite, la posibilidad de deducción dentro del plazo de compensación de bases imponibles negativas, la exclusión de las entidades no pertenecientes a un grupo, excepto si sufren una carga financiera relevante de carácter vinculado.

A partir del Real Decreto-Ley 20/2012, gran parte de ese parecido se ha esfumado, pues la aplicación del límite a las sociedades no pertenecientes a un grupo mercantil, más allá de sus pretendidos efectos recaudatorios, quiebra la propia esencia de un tributo que, como el Impuesto sobre Sociedades, está concebido para gravar el resultado del que pueden disponer los socios.

Ciertamente, aun antes del Real Decreto-Ley 20/2012, el parecido se resquebrajaba en la cláusula de escape, ya que el nuevo artículo 20 del TRLIS nada establecía, ni establece, sobre el particular. Y no se trataba de una diferencia menor, por cuanto la cláusula de escape procura que las empresas pertenecientes a grupos muy endeudados puedan deducir los gastos financieros coherentes con en ese endeudamiento. En definitiva, en términos generales, la cláusula de escape garantiza que la estructura financiera del grupo, configurada por los fondos propios y por pasivos financieros frente a terceros, sea respetada en orden a la deducción de los gastos financieros de las entidades que lo integran. Ahora bien, ese respeto supone, bien se comprende, aceptar que los gastos financieros derivados de relaciones financieras con terceros han de ser, en todo caso, fiscalmente deducibles.

En este sentido, si bien la norma alemana no puede ser inscrita en el campo de las operaciones vinculadas tradicionales, por cuanto que no combate el endeudamiento excesivo derivado de relaciones financieras entre entidades vinculadas, tampoco se adentra en los terrenos del hecho imponible, pues los intereses derivados de relaciones financieras con terceros serán, en el conjunto del grupo, respetados. Así, una distribución equilibrada de las fuentes de financiación, propias y ajenas, entre las distintas entidades que componen el grupo de empresas, permite a las empresas alemanas deducir los intereses derivados de relaciones financieras con terceros, por muy endeudado que se halle el grupo y la entidad concernida.

Véase, por tanto, que, a fin de cuentas, lo que combate la norma alemana no es el endeudamiento excesivo, sino su distribución caprichosa en contra de las entidades del grupo residentes en Alemania. Esa distribución caprichosa, muy probablemente con finalidad fiscal, deriva de la decisión de la entidad dominante, máxime en un contexto de globalización de los mercados financieros, de manera tal que, en definitiva, la norma alemana combate la decisión de la entidad dominante de subcapitalizar a las entidades dependientes del grupo residentes en Alemania, y, eventualmente, a la decisión de subcapitalizarse a sí misma.

Desde la consideración precedente puede entenderse que la norma alemana está diseñada para contrarrestar la subcapitalización entendida a modo de situación de endeudamiento excesivo, sea interno o de terceros, impuesto por la entidad dominante a una o varias entidades dependientes. Ahora bien, esa decisión bien puede inscribirse en el contexto de las relaciones entre entidades asociadas.

Véase, entonces, la superlativa importancia de la cláusula de escape. La esencia de la norma antisubcapitalización alemana, ciertamente, no reside en el límite objetivo a la deducción de intereses, sino en la cláusula de escape. A tal punto que sería concebible una norma exclusivamente basada en la propia cláusula de escape.

La ausencia de cláusula de escape en el nuevo artículo 20, impide inscribirlo en la estela de la norma alemana, más todavía tras la modificación operada por el Real Decreto-Ley 20/2012 en cuanto extiende la limitación, incondicionalmente, a las entidades que no forman parte de un grupo mercantil.

Antes de la modificación operada por el Real Decreto-Ley 20/2012, la coincidencia de elementos técnicos entre la norma alemana y la española daba pie a algunas interrogaciones: ¿Por qué el nuevo artículo 20 del TRLIS no había incorporado una norma similar a la cláusula de escape alemana? ¿Por qué si había reproducido, casi al pie de la letra, todo lo concerniente a la limitación objetiva había rechazado la cláusula de escape? Y no era fácil aventurar una respuesta, pues los frutos de equidad que de la cláusula de escape alemana se derivaban superaban, con mucho, la posible dificultad técnica de su aplicación, que, en cualquier caso, descansaría sobre elementos probatorios a cargo del obligado tributario, los cuales, en un mundo contable dominado por las normas internacionales de información financiera y las normas contables norteamericanas, se reputaban de asequible manejo y comprensión. La única explicación plausible pivotaba sobre las premuras propias de toda norma aprobada mediante decreto-ley, por más que, desde hacía bastante tiempo, la doctrina había venido postulando la necesidad de una reforma en profundidad de la norma antisubcapitalización<sup>6</sup>.

Tras la modificación operada por el Real Decreto-Ley 20/2012, la respuesta a estas preguntas, que se impone con la fuerza de la evidencia, es que el legislador español no comparte los criterios de proporcionalidad que subyacen a la cláusula de escape alemana.

#### 2.2.4. *La norma británica*

En el Reino Unido coexisten dos normas antisubcapitalización.

Con carácter general, la subcapitalización se constriñe al endeudamiento excesivo concertado con entidades vinculadas, aplicándose a tal efecto el principio de libre concurrencia. En su virtud, los intereses de préstamos vinculados que, por su importe, no hubieran sido concedidos por un banquero independiente, atendidas las circunstancias del caso, no son fiscalmente deducibles.

Nótese, por tanto, que a diferencia de los países examinados, ningún sistema objetivo lleva a determinar la situación de subcapitalización. El sistema británico es idóneo para establecer acuerdos previos entre administración y contribuyentes, o para gobernar regularizaciones administrativas presididas por la idea de compromiso.

---

<sup>6</sup> Palao Taboada. C.: *La subcapitalización*, capítulo 22 de la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, dirigida por Fernando Serrano Antón.



Con todo, a partir de 2009, la parte 6 de la *Taxation International Act*, introdujo una limitación a la deducción de intereses conocida como *debt cap rules*. En síntesis, consiste en comparar la carga financiera neta de las entidades de un grupo multinacional residentes en el Reino Unido (*tested expenses amount*), con la carga financiera total del grupo (*available amount*), de manera tal que el exceso no será fiscalmente deducible (*total disallowed amount*). Este exceso es distribuido entre las entidades afectadas a su voluntad.

Las normas sobre *debt cap* limitan la cuantía absoluta de los intereses deducibles en sede de entidades residentes en el Reino Unido en función del endeudamiento del grupo al que pertenecen o endeudamiento consolidado.

Los dos regímenes antisubcapitalización no son excluyentes. Primero se aplica el basado en el principio de libre concurrencia, y después el *debt cap*.

Ningún parecido podemos encontrar entre las normas británicas y el nuevo artículo 20. Por el contrario, lo que se percibe es una oposición total, muy marcada en relación con el sistema basado en el principio de libre concurrencia.

El artículo 20 es totalmente ajeno al principio de libre concurrencia. No podía ser de otra manera, en cuanto que no es una norma que concierna a las operaciones entre entidades vinculadas, sino una norma objetiva de limitación de intereses.

Tampoco puede ser hallado un paralelismo entre el artículo 20 y el *debt cap*, pues, en efecto, en este sistema los intereses pagados a terceros marcan un importe máximo de deducción<sup>7</sup>, de manera tal que ningún interés pagado a tercero quedará sin deducir, en tanto que en la limitación de aquel precepto los intereses pagados a terceros podrán resultar no deducibles.

#### 2.2.5. La norma danesa

En Dinamarca se aplican tres regímenes antisubcapitalización<sup>8</sup>.

El primero está basado en el ratio endeudamiento vinculado/ fondos propios (4/1), de manera tal que los intereses correspondientes al exceso no son deducibles, si bien se concede al contribuyente la prueba de que el endeudamiento vinculado también hubiera podido ser concedido por un prestamista independiente, y los intereses no deducibles, cuando son percibidos por entidades danesas, no son ingreso computables.

El segundo consiste en un límite a la deducción de los gastos financieros netos, tanto vinculados como de terceros, basado en el 4,5 por 100 del valor fiscal del activo (3,5 por 100 en 2012), mediando una franquicia de 1 millón.

El tercero consiste en un límite adicional a los gastos financieros netos, basado en el 80 por 100 de los beneficios anuales.

Lo relevante del régimen danés es la coexistencia de regímenes que responden a criterios diferentes. En efecto, el primero se inserta plenamente en el contexto de las operaciones vinculadas y pretende ser respetuoso con el principio de libre concurrencia, al tiempo que evita la doble imposición.

Los regímenes citados en segundo y tercer lugar, de reciente incorporación, son similares al previsto en el nuevo artículo 20. En efecto, establecen límites objetivos,

<sup>7</sup> HMRC.: *Debt cap overview; background*.

<sup>8</sup> *European Tax Handbook* 2011.

basados en magnitudes contables, ciertamente distintas de las previstas en el artículo 20, pero que responden a la misma filosofía.

#### 2.2.6. *La norma belga*

En Bélgica se aplican dos regímenes antisubcapitalización.

El primero está basado en el *ratio* endeudamiento vinculado/fondos propios (1/1) de manera tal que los intereses imputables al exceso son recaracterizados como dividendos y no son fiscalmente deducibles.

El segundo concierne a los préstamos concedidos por entidades exentas o que tributan privilegiadamente en relación con la entidad prestataria. A su tenor, los intereses imputables al exceso determinado por el *ratio* endeudamiento afectado/fondos propios (7/1), no son deducibles<sup>9</sup>. Se trata de una limitación de carácter mixto, puesto que si bien los intereses no deducibles se determinan objetivamente, es requisito de esa restricción la tributación reducida de la entidad prestamista.

Por tanto, ambos regímenes no tienen parangón con el nuevo artículo 20.

Lo más relevante de la legislación belga no es la limitación a la deducción de intereses sino la deducción de intereses nocionales (*notional interest deduction*). En síntesis, consiste en una partida fiscalmente deducible calculada mediante la aplicación sobre los fondos propios de un tipo de interés fijado por el Gobierno (3,425 por 100 para 2012). La filosofía de esta deducción es homologar el tratamiento fiscal de la remuneración de todas las fuentes de financiación<sup>10</sup>, esto es, pasivos financieros y fondos propios, pero también constituye una palanca para atraer entidades capitalizadas a Bélgica, como lo prueba el hecho de que las entidades pueden renunciar a parte de la deducción para no incidir en las normas transparencia fiscal internacional de los países de la entidad matriz.

#### 2.2.7. *La norma portuguesa*

En Portugal, los gastos financieros correspondientes al endeudamiento vinculado que excede el *ratio* endeudamiento vinculado/ fondos propios imputables a vinculados (2/1) no son deducibles, excepto si la entidad prueba que las condiciones del endeudamiento vinculado son similares a las que hubieran podido ser concertadas con un prestamista tercero.

Se trata de una norma de estructura similar a la contenida en la redacción original del artículo 20, mejorada con una apelación explícita al principio de libre competencia. Responde, por tanto, a unos criterios distintos de los que subyacen a la actual redacción del artículo 20.

#### 2.2.8. *La norma polaca*

En Polonia la norma antisubcapitalización afecta exclusivamente a los intereses imputables al endeudamiento vinculado que excede del *ratio* endeudamiento vinculado/fondos propios (3/1).

Se trata, por tanto, de una norma de análoga estructura a la contenida en la primera redacción del artículo 20, distinta, por tanto, de la actualmente vigente.

---

<sup>9</sup> *European Tax Handbook*.

<sup>10</sup> Mirles, J y otros: *Tax by Design*. Capítulo 17.

### 2.2.9. *La norma italiana*

De la norma italiana nada ha de decirse, porque sus líneas maestras coinciden con el nuevo artículo 20<sup>11</sup>. En síntesis, consiste en un límite a la deducción de todo tipo de intereses construido sobre el 30 por 100 del beneficio operativo.

Al igual que Bélgica, Italia ha introducido la deducción de los intereses nocionales, que consiste en una deducción del 3 por 100 (2011-2013) sobre las aportaciones a metálico y los beneficios no distribuidos.

Las normas italianas empujan decididamente la financiación de las empresas hacia los fondos propios. En efecto, penalizan el endeudamiento y priman los fondos propios. Son un claro ejemplo de dirigismo fiscal.

### 2.3. Visión de conjunto

La comparación entre las normas españolas y las de otros Estados miembros de la Unión Europea, permite formular las siguientes observaciones:

Primero. Normas que restringen la deducción de intereses asociados a la adquisición de instrumentos de patrimonio o a la realización de aportaciones en el sentido del artículo 14.1.h pueden encontrarse en Holanda y Francia. Ahora bien, esas normas, como se ha comentado, abarcan un mayor número de supuestos.

Segundo. Normas que limiten la deducción de los gastos financieros derivados del endeudamiento de carácter vinculado pueden encontrarse en Holanda, Francia, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Polonia, y Portugal. También en otros países en los que el principio de libre concurrencia se aplica a todo tipo de operaciones o situaciones de vinculación. Se podría incluir a España si se entendiera que, junto a las restricciones previstas en el artículo 20 a la deducción de intereses, tratándose de intereses derivados del endeudamiento vinculado, rige el artículo 16 del TRLIS.

Tercero. Normas que limiten objetivamente la deducción de gastos financieros, por referencia a una magnitud contable, sin atender a relaciones de vinculación o al régimen fiscal privilegiado de la entidad prestamista, al modo del artículo 20, se hallan establecidas en Alemania, Dinamarca e Italia.

Cuarto. En algunos países, como Dinamarca, coexisten las normas limitativas de los intereses derivados de endeudamiento vinculado con las normas objetivas generales limitativas de los intereses imputables a todo tipo de endeudamiento. Se podría incluir a España en la medida en que el artículo 16 del TRLIS se entendiera aplicable respecto de la financiación de carácter vinculado

Quinto. Normas que incorporan la referencia a la estructura financiera del grupo al que pertenece la entidad, a los efectos de asegurar que ningún interés pagado a terceros resulte no deducible por aplicación de las normas limitativas específicas o generales, están establecidas en Francia, Holanda, Alemania, y Reino Unido. En España no existe este tipo de norma.

Sexto. Las normas de limitación objetiva generalmente incorporan franquicias, si bien esta característica no es relevante a los efectos de desvelar la filosofía a la que responden las normas. Su objetivo es proteger a los pequeños y medianos contribuyentes de las restricciones. España está incluida en este grupo.

---

<sup>11</sup> *European Tax Handbook*. Italy

Séptimo. La mayoría de las normas se aplican sin hacer distinciones por razón de la residencia de las entidades concernidas, esto es, con efectos tanto internos como transfronterizos, muy probablemente para evitar roces con el ordenamiento comunitario. España sigue esta regla.

Octavo. No hay países, de entre los examinados, en los que coexistan normas específicamente restrictivas de los intereses derivados de operaciones societarias con normas limitativas de carácter objetivo respecto de todo tipo de endeudamiento. Nótese que en Holanda y Francia, países en los que existen las normas del primer tipo, las normas generales versan sobre la limitación de los gastos financieros correspondientes al endeudamiento vinculado. En este sentido, España constituye una excepción.

Noveno. Las normas limitativas de la deducción de intereses, tanto las relativas a operaciones o situaciones específicas como las de carácter general, aunque estas últimas puedan inscribirse en dos grupos por razón de la filosofía que las anima, a saber, el que pivota sobre la limitación de los gastos financieros correspondientes al endeudamiento vinculado, y el que limita la deducción de los intereses de todo tipo de endeudamiento, presentan, incluso dentro de cada categoría o grupo, acusadas diferencias técnicas. No existe, por tanto, un arquetipo.

Décimo. La mayoría de los países han endurecido, básicamente en la última década, sus normas concernientes a la deducción de intereses de manera notable, lo cual hace pensar que los conflictos habidos en España en materia de gastos financieros asociados a la adquisición de participaciones intragrupo, también se han presentado en otros países de nuestro entorno.

Undécimo. Aun cuando no es posible identificar, en el contexto de los países de nuestro entorno, un modelo de normas concernientes a la deducción de los intereses, sí cabe distinguir un grupo de países cuyas normas limitativas de esa deducción, a pesar de estar concebidas de manera objetiva, han buscado una referencia de equidad construida en base a la comparación de la estructura financiera de la entidad concernida con la del grupo de empresas al que pertenece. Estos países son Francia, Holanda, Alemania y, en cierto modo, Reino Unido. Por su importancia, y por el correcto fundamento de la filosofía en la que se basan esas normas, si hubiera de identificarse una *tendencia legislativa*, sería, justamente, la constituida por la combinación de normas limitativas objetivas generales con la regla de la comparación de estructuras financieras.

España ha rehusado esta cita, más todavía a raíz de la modificación introducida por el Real Decreto-ley 20/2012, pero la esperanza de la reforma legislativa no debe decaer.