



Abogados

Enero 2021

Alerta informativa

La deducibilidad de intereses derivados de préstamos intragrupo y su compatibilidad con el Derecho de la UE

La doctrina del TJUE en el caso *Lexel*

Rocío Reyero
Socia codirectora EY Abogados

José Manuel Calderón
Consejero Académico EY Abogados

Araceli Saenz de Navarrete
Socia de Tributación Internacional y Transaccional en Servicios Financieros EY

Introducción

A través de esta alerta fiscal damos cuenta de la reciente sentencia del TJUE, de 20 de enero de 2021, en el caso *Lexel* (C-484/19), donde se debate la compatibilidad con el Derecho de la UE de una medida nacional (sueca) que limita la deducibilidad fiscal de los intereses derivados de préstamos entre entidades vinculadas cuando concurren una serie de circunstancias asociadas a casos de planificación fiscal (v.gr., la obtención de una “ventaja fiscal significativa”).

El Tribunal de Justicia establece una doctrina de la que resultan importantes límites a la configuración y aplicación de este tipo de “medidas anti-BEPS”; también resulta interesante el reconocimiento que hace de las diferencias que existen entre las operaciones de elusión fiscal y las estructuras de planificación fiscal (no abusiva), y las implicaciones que se derivan de ello.

I. Análisis de la sentencia del TJUE en el asunto *Lexel*

Antecedentes fácticos del caso *Lexel*

El asunto *Lexel* constituye el objeto de una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Suecia, que se enmarca en el contexto de una controversia entre Lexel AB (sociedad residente fiscal de Suecia), y la administración tributaria sueca (*Skatteverket*), en relación con la negativa de esta última a concederle la deducción de determinados gastos por intereses pagados a una sociedad del mismo grupo empresarial (Schneider) establecida en Francia.

La denegación de la deducibilidad de los intereses se fundamentó en la aplicación de la normativa doméstica sueca aplicable *ratione temporis* (2013-2018) que establecía las siguientes reglas:

- ▶ **La regla general** en el impuesto sobre la renta pasaba por la **deducibilidad** de los gastos por intereses en el marco de la tributación de las actividades mercantiles de las empresas.
- ▶ **Regla especial de no deducibilidad de intereses para préstamos entre empresas vinculadas:** en casos de vinculación entre empresas a partir de una "influencia significativa" o dirección única, los intereses no resultaban fiscalmente deducibles, salvo que se disponga otra cosa con arreglo a otra disposición específica.
- ▶ **Regla especial de deducibilidad del 10%:** los gastos por intereses relativos a deudas derivadas de préstamos entre entidades vinculadas serán deducibles si los ingresos correspondientes habrían sido gravados con un tipo nominal del impuesto sobre la renta no inferior al 10% con arreglo a la normativa del Estado de residencia de la empresa asociada, beneficiaria efectiva de esos ingresos, si dicha empresa hubiera recibido únicamente tales ingresos (test hipotético de tributación al tipo de gravamen del 10%).

▶ **Cláusula de excepción basada en la concurrencia de motivo fiscal principal resultante del disfrute de una ventaja fiscal significativa para las empresas asociadas derivada de la operación:** esta regla establece la no deducibilidad fiscal de los intereses derivados de préstamos entre empresas vinculadas allí donde el disfrute de una ventaja fiscal significativa para las empresas asociadas constituye el principal motivo de la obligación que han contraído (cláusula de excepción basada en el motivo fiscal principal). La interpretación de esta cláusula se venía realizando de acuerdo con los trabajos preparatorios relativos a la misma en los siguientes términos:

- ▶ La carga de la prueba de la concurrencia de motivos fiscales no principales le corresponde al contribuyente.
- ▶ El término "principal" se refiere a un porcentaje aproximadamente del 75% o más. La valoración o ponderación debe llevarse a cabo al nivel de las empresas asociadas y deben tenerse en cuenta tanto la situación del prestamista como la del prestatario.
- ▶ El análisis debe realizarse de forma casuística con el fin de determinar si la obtención de un beneficio fiscal significativo por parte del grupo de empresas asociadas constituye la motivación principal de las operaciones realizadas y de las condiciones acordadas.
- ▶ Entre los factores que abogan por la aplicación de la cláusula de excepción se mencionan los siguientes: i) si el préstamo se obtuvo de otra empresa asociada para financiar la adquisición de participaciones por parte de una empresa asociada; ii) los elevados tipos de interés acordados; iii) si la financiación podría haber adoptado la forma de aportación de capital; iv) las posibles transferencias injustificadas de pagos de intereses a través de otras empresas asociadas; v) el origen del capital y al nivel de tributación del beneficiario de los intereses; y vi) la cláusula no resultará aplicable a los pagos de intereses relativos a préstamos internos entre sociedades anónimas, gravadas

conforme al régimen general, que tienen derecho a realizar transferencias financieras entre sociedades del grupo.

► **Cláusula de motivos comerciales:** cuando no fuera aplicable la referida "regla del 10%" (casos de tributación inferior o de no tributación) la limitación de la deducibilidad fiscal de los intereses no aplicaría allí donde la obligación que subyace a las deudas entre las empresas asociadas está justificada por razones comerciales. Esta cláusula únicamente aplica cuando la empresa asociada beneficiaria efectiva de los intereses esté establecida en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (EEE) o en un Estado con el que Suecia haya celebrado un convenio de doble imposición (CDI).

La normativa sueca contiene, a su vez, disposiciones específicas relativas a transferencias entre sociedades de un grupo que excluyen la aplicación de la "cláusula de excepción". Por un lado, esta regulación específica permite la deducibilidad fiscal de las transferencias financieras entre sociedades de un grupo de una empresa matriz a una filial de la que sea propietaria al 100% o de una filial participada al 100 % por una empresa matriz cuando se cumplan determinados requisitos. Por otro lado, se permite la deducción de las transferencias entre sociedades del grupo a una filial participada indirectamente a través de otra filial, así como la deducción de las transferencias financieras entre sociedades del grupo entre dos filiales participadas directa o indirectamente.

La controversia entre la entidad Lexel y la administración tributaria sueca versa precisamente sobre la aplicación de la cláusula de excepción en un contexto donde se cumplía la "regla del 10%".

En el año 2011 la entidad sueca Lexel financió una operación de compra de participaciones de una entidad belga (Schneider Electric International SPRL, SESI) a una entidad española (Schneider Electric España SA, SEE) integrada en el mismo grupo Schneider Electric, mediante un préstamo de un banco interno del grupo (Bossière Finances SNC, BF) establecido en Francia. Los intereses pagados por Lexel al banco prestamista localizado en Francia se integraron en su base imponible pero no se recaudó ningún impuesto sobre tales

intereses porque el grupo fiscal en el que estaba integrado el banco había registrado pérdidas durante 2013 y 2014. No obstante, la aplicación de la "regla del 10%" resultaba procedente, permitiendo la deducibilidad fiscal de los intereses en sede del prestatario sueco, en la medida en que el tipo del IS en Francia durante tales ejercicios era del 34,43 %, en tanto que en Suecia el tipo del IS era del 22%.

La administración sueca invocó la "cláusula de excepción" para denegar la deducibilidad de los intereses por parte de Lexel en la parte correspondiente al préstamo concedido por BF. Según el *Skatteverket*, las transacciones en cuestión se realizaron para permitir la deducción de los gastos de intereses relativos a la adquisición de las acciones de SESI en Suecia en lugar de en España y con el fin de obtener una ventaja fiscal significativa. Las autoridades fiscales suecas también argumentaron que esta cláusula de excepción resultaba compatible con la libertad de establecimiento del art.49 TFUE.

Disconforme con tal regularización tributaria, el contribuyente presentó varios recursos frente a la misma, llegando el caso al Tribunal Supremo de Suecia que planteó la correspondiente cuestión prejudicial donde suscitaba la compatibilidad de la referida cláusula de excepción con el art.49 TFUE.

Doctrina del TJUE en el asunto *Lexel*

El Tribunal de Justicia examinó el caso desde la perspectiva de la libertad de establecimiento que obliga a suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, que comprende el derecho de las sociedades establecidas en un Estado miembro a ejercer su actividad en otros Estados miembros a través de agencias, sucursales o filiales. No obstante, una diferencia de trato resultante de una norma de un Estado miembro en perjuicio de las sociedades que ejerce su libertad de establecimiento no constituye obstáculo a dicha libertad si se refiere a situaciones que no sean objetivamente comparables o si está justificada por una razón imperiosa de interés general.

En el caso *Lexel*, la cuestión que se plantea reside en determinar si la normativa fiscal sueca (cláusula de

excepción) constituye un obstáculo (restricción/discriminación) al ejercicio de la libertad de establecimiento por parte del grupo francés Schneider, y si, en el caso de que existiera, puede considerarse compatible con el Derecho de la UE al concurrir una causa de justificación que fundamente la medida en términos tales que cumpla con el "test de proporcionalidad".

Diferencia de trato fiscal

El TJUE examinó la normativa nacional controvertida y apreció la concurrencia de una diferencia de trato que restringe la libertad de establecimiento. Los propios autos del caso pusieron de manifiesto que si la entidad BF (prestamista de Lexel) hubiera estado establecida en Suecia, la prestataria Lexel habría podido deducir los gastos por intereses relativos a dicho préstamo, toda vez que, con arreglo a la legislación fiscal sueca, una sociedad puede deducir de sus ingresos sujetos a tributación las transferencias financieras entre sociedades del grupo efectuadas a una sociedad del mismo grupo cuando esta última está sujeta al impuesto en Suecia.

La comparabilidad de las situaciones internas y transfronterizas

El Tribunal de Justicia continuó con su análisis de compatibilidad con el art.49 TFUE de la normativa nacional controvertida abordando la cuestión de la concurrencia de situación comparable, de suerte que de no apreciarse ésta el diferente trato fiscal podría ser compatible con el Derecho de la UE.

En este punto el TJUE siguió la posición desarrollada por la Comisión UE en el sentido de que la situación en la que una sociedad establecida en un Estado miembro abona intereses por un préstamo contraído con una sociedad establecida en otro Estado miembro y perteneciente al mismo grupo no es diferente, en lo que respecta al pago de los intereses, de una situación en la que el beneficiario de los intereses es una sociedad del grupo establecida en el mismo Estado miembro (Suecia).

Justificación de la medida nacional discriminatoria

Una vez confirmada la existencia de discriminación y situación comparable, el Tribunal de Justicia procedió a examinar si la medida nacional controvertida resultaba justificada por razones imperiosas de interés general.

La administración tributaria sueca, apoyada por los gobiernos sueco y neerlandés, argumentaron que la "cláusula de excepción" se fundamentaba, por un lado, en la "lucha contra el fraude y la evasión fiscales", y, por otro, en la "necesidad de mantener un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros".

Respecto de la invocación de la justificación basada en "la lucha contra el fraude y la evasión fiscales", el TJUE trajo a colación su jurisprudencia sobre la misma con arreglo a la cual tal razón imperiosa de interés general:

- ▶ Sólo ampara medidas cuyo objetivo específico sea evitar comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional.
- ▶ Para determinar si una transacción presenta el carácter de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales, el contribuyente debe poder presentar, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que se celebró dicha transacción.
- ▶ En caso de que la comprobación de tales elementos (objetivos) conduzca a la conclusión de que la transacción constituye un montaje puramente artificial carente de motivos comerciales reales, el principio de proporcionalidad exige que la denegación del derecho a deducir se limite a la fracción de los intereses que supere lo que se habría acordado de no haber existido relaciones especiales entre las partes.

El Tribunal de Justicia procedió a aplicar esta doctrina a la medida nacional controvertida (la "cláusula de excepción"), rechazando que pudiera justificarse de acuerdo con esta razón imperiosa de interés general, ya que la "cláusula de excepción" puede incluir en su ámbito de aplicación operaciones realizadas en condiciones de plena competencia y que, por consiguiente, no constituyen montajes puramente artificiales o ficticios llevados a cabo con el fin de evadir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios

generados por actividades desarrolladas en el territorio nacional.

La misma suerte corrió la invocación de la justificación basada en **“la necesidad de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros”**. El Tribunal recordó, en primer término, el alcance de esta razón imperiosa de interés general, poniendo de relieve cómo puede admitirse cuando el objetivo del régimen de que se trate sea evitar comportamientos que puedan poner en peligro el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio. En particular, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia evidencia que esta causa de justificación puede ser admitida en especial cuando se exige un requisito de residencia para tener acceso a un régimen fiscal particular con el fin de evitar que el sujeto pasivo tenga la posibilidad de elegir libremente en qué Estado se grava un beneficio o se imputa una pérdida y la posibilidad de desplazar libremente la base imponible entre Estados miembros. En particular, el TJUE ha declarado que la consolidación a nivel de la sociedad matriz de los beneficios y las pérdidas de las sociedades integradas en un grupo fiscal representa una ventaja que está justificado reservar a las sociedades residentes por la necesidad de mantener el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Sin embargo, en situaciones referidas a medidas donde las ventajas fiscales concurrentes no se refieren a la transmisión de los beneficios y pérdidas dentro de un grupo fiscal consolidado, el TJUE entiende que debe examinarse si un Estado miembro puede reservar esas ventajas fiscales a las sociedades que forman parte de un grupo fiscal consolidado y, por tanto, permitir que se excluyan en situaciones transfronterizas.

Razona el Tribunal que el caso *Lexel* se refiere únicamente a la deducción del gasto financiero y no a la compensación general de beneficios y pérdidas propia del régimen de consolidación fiscal, de manera que no resulta aplicable esta causa de justificación; a su vez, la no deducibilidad fiscal de los intereses que contempla la norma sueca se basa en la residencia del prestamista, no siendo de aplicación la cláusula de excepción en una situación interna.

El Tribunal europeo termina rechazando, por tanto, la aplicación de esta causa de justificación, no sin antes destacar que la propia finalidad de la medida no pasa por proteger el equilibrio del reparto del poder tributario entre Estados, sino impedir la erosión de la base imponible sueca a través de determinadas operaciones intragrupo transfronterizas.

Finalmente, el TJUE examinó la alegación de justificación de la medida controvertida consistente en la toma en consideración conjunta de las justificaciones relativas a la lucha contra el fraude y evasión fiscales y al mantenimiento de un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. A este respecto, el Tribunal de Justicia consideró que los presupuestos para invocar esta “causa compleja” de justificación no concurren en el caso de la “cláusula de excepción”, ya que tal medida no persigue mantener el reparto equilibrado del poder tributario sino evitar la erosión de la base imponible a través de determinadas operaciones intragrupo.

Fallo del TJUE

El **fallo** del TJUE resulta claro y contundente al declarar que *“El artículo 49 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el procedimiento principal, conforme a la cual una sociedad establecida en un Estado miembro no está autorizada a deducir los intereses abonados a una sociedad perteneciente al mismo grupo, establecida en otro Estado miembro, debido a que la obligación contractual que las vincula parece haber sido contraída principalmente con el objetivo de obtener una ventaja fiscal significativa, mientras que no se habría considerado que existe dicha ventaja fiscal si las dos sociedades hubieran estado establecidas en el primer Estado miembro, dado que las disposiciones relativas a las transferencias financieras entre sociedades del grupo les habrían resultado aplicables en tal caso”*.

Consideraciones finales sobre las implicaciones de la doctrina del TJUE en el asunto *Lexel*

Este pronunciamiento del TJUE posee, a nuestro juicio, gran relevancia tanto desde una perspectiva “principalista” o teórica como desde un ángulo práctico, al clarificar las condiciones de compatibilidad con el Derecho de la UE de medidas nacionales que limitan la deducibilidad fiscal de los intereses derivados de préstamos intragrupo con el fin de prevenir la erosión de la base imponible nacional, proyectándose, por tanto, sobre operaciones o estructuras que no constituyen en todo caso montajes abusivos.

Como se sabe, los grupos de empresas adoptan distintas estrategias y fórmulas de financiación (internas o externas) de sus operaciones, estructuras e inversiones dependiendo de un conjunto de factores económicos (liquidez, rentabilidad, capacidad de repago, tipos y controles de cambio, disponibilidad de crédito, etc.) que no necesariamente tienen que ver con la fiscalidad, aunque ciertamente en determinados casos se instrumentan esquemas de optimización fiscal a través de préstamos intragrupo sin que en modo alguno ello pueda calificarse o asimilarse mecánicamente a una operación abusiva, como ha puesto de relieve la propia OCDE.

La sentencia del TJUE en el asunto *Lexel* no sólo refrenda implícitamente estos principios de “teoría financiera”, sino que también pone de relieve cómo las operaciones financieras intragrupo genuinas o dotadas de realidad económica están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE y, por tanto, resultan protegidas por el mismo, incluso en aquellos casos donde tales operaciones respondan a una estrategia de optimización fiscal o *tax planning*. En este sentido, los Estados miembros no pueden establecer diferencias de trato (explícitas o implícitas o *de facto*) que limiten la deducibilidad fiscal de préstamos intragrupo atendiendo ya a la residencia del prestamista en otro Estado miembro, ya a la baja o nula tributación de los intereses en sede del beneficiario efectivo de los mismos, ya considerando que se trata de un préstamo entre empresas asociadas del que resulta una ventaja fiscal significativa para el grupo de empresas.

Ello en modo alguno significa que las administraciones tributarias queden inermes frente a montajes puramente abusivos o totalmente artificiales carentes de realidad económica. El Tribunal de Justicia admite el cuestionamiento de transacciones ficticias carentes de realidad económica, y en tal sentido toda medida nacional antiabuso que se configure capturando específicamente tales operaciones resulta compatible con el Derecho UE. Sin embargo, la “jurisprudencia comunitaria” no permite cuestionar operaciones intragrupo (financieras o de otra naturaleza) de las que resulte una ventaja fiscal significativa, cuando se trata de transacciones genuinas (no ficticias) dotadas de realidad económica (v.gr., que posee efectos jurídicos y económicos o motivos comerciales). De esta forma, el TJUE cuestiona medidas “anti-BEPS” que capturan indistintamente esquemas abusivos y operaciones intragrupo genuinas que responden a una planificación fiscal.

A su vez, el Tribunal de Justicia, en su sentencia sobre el caso *Lexel*, conectó el principio de plena competencia con el concepto de montaje artificial, llegando a declarar que “*las operaciones realizadas en condiciones de plena competencia no constituyen montajes puramente artificiales o ficticios llevados a cabo con el fin de evadir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades desarrolladas en el territorio nacional*”ⁱ. Tal importante afirmación debe interpretarse de forma consistente con otros pronunciamientos donde el TJUE ha puesto de relieve cómo las medidas nacionales que establecen el principio de plena competencia permiten a las autoridades fiscales de los Estados miembros controlar las operaciones entre empresas asociadas localizadas en distintas jurisdicciones, de manera que a través de las mismas se previenen y neutralizan transferencias artificiales de bases imponibles. Ahora bien, la aplicación de la normativa nacional (o convencional) reguladora del principio de plena competencia debe realizarse de forma acorde con el Derecho de la UE, en el sentido de que el contribuyente debe poder acreditar, sin soportar dificultades administrativas excesivas, la concurrencia de razones comerciales que justifican la operación.

En este mismo sentido, no puede dejar de señalarse como la doctrina del TJUE en el caso *Lexel* no limita la aplicación de cláusulas domésticas antiabuso (v.gr.,

arts.15 y 16 LGT) que estén configuradas (y se apliquen) de acuerdo con el Derecho de la UE en el sentido de prevenir específicamente la realización de simulaciones o de montajes puramente artificiales carentes de realidad económica o motivos comerciales. Ahora bien, no puede perderse de vista cómo la doctrina *Lexel* también contribuye a perfilar (negativamente) el concepto de abuso en materia tributaria con el que opera el TJUE y en tal sentido tales cláusulas deben interpretarse de forma acorde con esta jurisprudencia; lo mismo aplica a cláusulas antiabuso específicas como las que limitan la deducibilidad de intereses en determinadas circunstancias (art.15.h LIS).

Otro tipo de normas y enfoques que limitan la deducibilidad de intereses (v.gr., casos de falta de correlación con la generación de ingresos, EBITDA rule, etc.) o que sujetan a tributación en la fuente tales rendimientos en virtud de otro tipo de disposiciones (v.gr., cláusulas de beneficiario efectivo recogidas en los CDIs o en la normativa interna) podrían seguir aplicándose por las autoridades fiscales, siempre que tal *enforcement* se realice de forma no discriminatoria y se observaran en todo caso los límites generales derivados de las libertades fundamentales del TFUE en esta materia, así como los derechos y garantías constitucionales que ostentan los obligados tributarios en un Estado de Derecho.

Para cualquier información adicional, contacte con:

Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Rocío Reyero Folgado

Rocio.ReyeroFolgado@es.ey.com

Araceli Saenz de Navarrete Crespo

Araceli.SaenzdeNavarreteCrespo@es.ey.com

Puede consultar las últimas [alertas fiscales y legales](#) en nuestro [Centro de Estudios EY](#)

EY | Assurance | Tax | Transactions | Advisory

Acerca de EY

EY es líder mundial en servicios de auditoría, fiscalidad, asesoramiento en transacciones y consultoría. Los análisis y los servicios de calidad que ofrecemos ayudan a crear confianza en los mercados de capitales y las economías de todo el mundo. Desarrollamos líderes destacados que trabajan en equipo para cumplir los compromisos adquiridos con nuestros grupos de interés. Con ello, desempeñamos un papel esencial en la creación de un mundo laboral mejor para nuestros empleados, nuestros clientes y la sociedad.

EY hace referencia a la organización internacional y podría referirse a una o varias de las empresas de Ernst & Young Global Limited y cada una de ellas es una persona jurídica independiente. Ernst & Young Global Limited es una sociedad británica de responsabilidad limitada por garantía (company limited by guarantee) y no presta servicios a clientes. Para ampliar la información sobre nuestra organización, entre en ey.com.

© 2021 Ernst & Young Abogados, S.L.P.
Todos los derechos reservados.

ED None

La información recogida en esta publicación es de carácter resumido y solo debe utilizarse a modo orientativo. En ningún caso sustituye a un análisis en detalle ni puede utilizarse como juicio profesional. Para cualquier asunto específico, se debe contactar con el asesor responsable.

ey.com/es

Twitter: [@EY_Spain](#)

Linkedin: [EY](#)

Facebook: [EY Spain Careers](#)

Google+: [EY España](#)

Flickr: [EY Spain](#)

ⁱ Para.56 de la STJUE en el caso *Lexel*.