

Alerta informativa – octubre 2022

A vueltas con el Informe nº9 de la Comisión Consultiva sobre la aplicación de la cláusula antiabuso general de la LGT: el cuestionamiento de la deducibilidad fiscal (IS) de gastos financieros de un préstamo destinado a la devolución de prima de emisión



María Teresa González
Socia de Procedimientos Tributarios EY

Iñigo Alonso
Socio de Tributación Internacional EY

Gonzalo Acebo
Asociado de Procedimientos Tributarios EY

José Manuel Calderón
Consejero Académico EY Abogados

La Agencia Tributaria publicó en su página web, el pasado 1 de septiembre de 2022, un nuevo informe (núm. 9) de la Comisión Consultiva del art.159 LGT, donde se fija el criterio administrativo sobre la aplicación de la cláusula antiabuso general del art.15 LGT, en relación con un conjunto de operaciones donde se plantea la legalidad de la deducibilidad fiscal (IS) de gastos financieros derivados de financiación intragrupo concertada para proceder a la devolución de prima de emisión.

En concreto, el informe nº 9/2022 declara que concurren los presupuestos de aplicación del artículo 15.1 de la LGT en relación con un conjunto de operaciones societarias que, en el contexto de la transmisión de una parte de una entidad española a un grupo inversor independiente, implican la interposición de varias sociedades y la generación artificiosa de una prima de emisión cuya devolución parcial se financia con un préstamo soportado por el grupo español.

A la postre, y a juicio de la Administración, el conjunto de las operaciones realizadas genera un gasto financiero que erosiona la base imponible del grupo en España y que es susceptible de regularización en aplicación de la referida cláusula antiabuso general, allí donde se acredita de forma suficiente que se trata de un montaje abusivo.

Supuesto fáctico

El supuesto de hecho sobre el que se pronuncia el informe, que se describe a continuación, es relativamente complejo en la medida en que implica la participación de múltiples entidades y la realización de operaciones diversas.

El informe fue dictado por la Comisión Consultiva del art.159 LGT en el marco de un procedimiento de inspección general del IS de un grupo de consolidación fiscal en relación con los ejercicios 2014 a 2018.

El grupo de consolidación fiscal estaba compuesto por dos sociedades residentes fiscales en España, la sociedad PQ HOLDING como entidad representante del grupo - dominante en el ejercicio 2014- y por la sociedad dependiente PQ SA.

Las operaciones analizadas en el informe se realizaron con motivo de la transmisión del 49,99% de la sociedad PQ SA, al grupo independiente JKL, consistiendo en la interposición de dos sociedades holandesas, HH BV y PPP BV, además de una entidad española, PQ HOLDING; tales operaciones determinaron la generación de una prima de emisión, que en parte fue distribuida inmediatamente, y que se financió mediante un préstamo, en concreto, mediante una emisión de bonos realizada por la entidad holandesa PQ BV.

A continuación, se describen en detalle las operaciones analizadas en el informe y que dan lugar a la determinación de la aplicación de la cláusula antielusiva:

- ▶ Entre 2009 y 2012, la entidad PQ SA fue adquirida por el fondo INVERSOR LP domiciliado en Reino Unido. Dicha adquisición fue instrumentada a través de la entidad holandesa RST BV, implementándose la adquisición mediante una ampliación de capital realizada en 2009 de la entidad española, en la que RST BV adquirió el 50% del capital social; el 50% restante lo adquirió RST en 2012 mediante compraventa del resto de las acciones del otro socio.
- ▶ En septiembre de 2013 se creó la sociedad española PQ HOLDING, que fue adquirida por su valor nominal el 5 de diciembre de 2013 por PPP BV, filial indirecta de RST BV (RST BV ostentaba indirectamente las acciones de PPP BV a través de la entidad holandesa HH BV).
- ▶ El 5 de diciembre de 2013, se realizó una ampliación de capital de la recién creada PQ HOLDING, mediante la aportación por parte de RST BV de las acciones de PQ SA; acciones que se valoraron en 608.477.000 euros, de los cuales 1.996.994 correspondían al capital y 606.480.006 euros de prima de emisión; las participaciones de PQ HOLDING resultantes de la ampliación fueron inmediatamente transmitidas por RST BV a su filial indirecta PPP BV mediante un canje de valores.
- ▶ El 19 de diciembre de 2013, la entidad holandesa PQ BV otorgó un préstamo a la entidad PQ HOLDING por importe de 420 millones de euros, el cual se destinó parcialmente a la devolución por importe de 185 millones de euros al socio aportante (RST BV), de parte de la prima de emisión generada en ella como consecuencia de la aportación de las acciones de PQ SA.

- ▶ Finalmente, el 11 de febrero de 2014, tras las operaciones anteriores, el fondo INVERSOR LP transmitió el 49,99% de las participaciones de la entidad HH BV al grupo JKL; a través de dicha transmisión JKL adquirió la propiedad indirecta del 49,99% del grupo español formado por PQ HOLDING y PQ SA.

Análisis de las operaciones relevantes y consecuencias fiscales de las mismas

Una vez descritas las operaciones anteriores, la Comisión Consultiva analiza las operaciones controvertidas:

- ▶ ampliación de capital de la entidad PQ HOLDING y aportación a dicha entidad de las acciones de la entidad PQ SA, operación en la que se originó la prima de emisión que posteriormente se distribuye;
- ▶ emisión de bonos y concesión del préstamo a PQ HOLDING y el préstamo subsiguiente de ésta a la entidad operativa PQ SA;
- ▶ posterior devolución de la prima de emisión a PPP BV;
- ▶ flujo de efectivo de los dividendos repartidos con cargo a la prima de emisión;
- ▶ sustancia de las entidades interpuestas;
- ▶ racionalidad económica de las operaciones llevadas a cabo; y
- ▶ tratamiento fiscal otorgado por parte PQ Holding a los intereses financieros derivados de la devolución de la prima de emisión.

Concatenación de operaciones

Como señala la Comisión consultiva en su informe, mediante la primera de las operaciones, esto es, la aportación no dineraria de las participaciones de PQ SA a PQ HOLDING, se originó una prima de emisión en esta última por importe de 492.567.000 euros. Dicha prima resultó de la recepción a valor razonable de las acciones aportadas, que se estimó en 608.477.000 euros, correspondiendo 115.910.000 euros al valor de las acciones aportadas, siendo este el valor razonable de los activos netos de la entidad española adquiridos en la transacción y 492.567.000 euros al fondo de comercio generado en la transacción. El referido cálculo se obtuvo a través del sistema de flujos de efectivo futuros estimados, el cual se calculó aplicando 12 veces el EBITDA de PQ SA.

Una vez determinado el origen de la prima generada, se analizan el conjunto de operaciones que dieron lugar a la localización de la deuda en el grupo español. Siendo estas, la emisión de bonos por la sociedad holandesa PQ BV, la concesión de préstamo, por el mismo importe a PQ Holding, el subsiguiente préstamo otorgado por dicha entidad a PQ SA y la devolución de la prima de emisión por importe de 185 millones de euros a la entidad holandesa PPP BV.

Tras la emisión de los bonos realizada por PQ BV por importe de 420 millones de euros, los cuales fueron suscritos por diversas entidades financieras, dicha entidad otorgó un préstamo por ese mismo importe a la entidad PQ HOLDING, siendo las

obligaciones financieras derivadas del préstamo las mismas a las de la emisión de bonos, a excepción de un margen adicional que se pactó a favor de entidad holandesa (PQ BV).

Del importe obtenido con ocasión del contrato de préstamo, parte se destina por PQ HOLDING a la concesión de un préstamo a PQ SA, en las mismas condiciones financieras, que lo destina a la cancelación de otros préstamos que tenía, refinanciando así la deuda de la compañía. El importe restante del préstamo obtenido, que ascendía a 185 millones de euros, se destinó por PQ HOLDING al reparto de dividendos con cargo a la prima de emisión generada en la ampliación de capital de la entidad prestataria. Instrumentándose el reparto de dividendos en dos tramos, uno primero de 120 millones de euros, que tuvo lugar el mismo día en que se suscribió la emisión de bonos y se otorgó el préstamo (19 de diciembre de 2013) y un segundo tramo de 65 millones de euros (10 de febrero de 2014); repartos de dividendos que se realizaron un día antes de la entrada en el capital de HH BV por parte del grupo Inversor JKL, tenedora indirecta de las participaciones de PQ HOLDING.

Flujo de dividendos

PQ HOLDING acordó la distribución de dividendos a su socio directo, PPP BV, con cargo a la prima de emisión por importe de 185 millones. La entidad holandesa procedió igualmente a distribuir dividendos en los ejercicios 2013 y 2014, a su socio único HH BV, mediante la devolución de la prima de emisión.

En el ejercicio 2013, HH BV distribuyó los 120 millones de euros que había percibido de PPP BV a su socio único, la entidad RST BV (que era la titular inicial de las acciones de PQ SA tras la adquisición de la compañía – y continúa siéndolo, aunque indirectamente); RST BV a su vez repartió dicho importe a su socio único LL HOLDINGS SARL.

Los 65 millones de euros restantes repartidos en el ejercicio 2014, fueron distribuidos siguiendo el mismo *iter*, no obstante, al llegar a HH BV, ésta repartió una prima de emisión de 84 millones de euros, correspondiendo el 50% a RST BV y el 49,99% restante a JKL BV. Ello debido a que a dicha fecha el grupo JKL ya era socio de la mencionada compañía holandesa HH BV.

Sustancia de las entidades interpuestas, así como la racionalidad económica de las operaciones llevadas a cabo

Por lo que se refiere a la sustancia de las entidades interpuestas, esto es, las entidades holandesas HH BV y PPP BV y la entidad española PQ HOLDING, la Comisión Consultiva considera dichas entidades como instrumentales, calificando expresamente las dos entidades holandesas interpuestas como meras transitorias o conductoras de los flujos de dividendos repartidos por PQ HOLDING. Para alcanzar tal conclusión se sirve de varias notas o circunstancias:

- ▶ identidad de domicilio;
- ▶ carencia de personal;
- ▶ carencia de inmovilizado material e inmaterial;
- ▶ identidad de administradores;

- ▶ la fecha de constitución de cada una de ellas;
- ▶ ausencia de prestación de servicios; y
- ▶ ausencia de efectos o motivos económicos que justifiquen su existencia.

En lo que se refiere al tratamiento fiscal otorgado por la entidad PQ HOLDING a los gastos financieros derivados del préstamo mediante el que se devolvió la prima de emisión, la Compañía consideró los gastos financieros generados por el préstamo como no deducibles, aunque únicamente en la porción imputable a la parte del préstamo destinada a la devolución de la prima de emisión según el porcentaje que esta parte representaba sobre total del préstamo, practicando el correspondiente ajuste extracontable positivo en su declaración del IS. Posteriormente, a partir del ejercicio 2018 la compañía dejó de practicar ajuste alguno.

No obstante lo anterior, con carácter previo al inicio de procedimiento inspector en el que se emitió el Informe, la Compañía presentó solicitud de rectificación de su autoliquidación del IS del ejercicio 2014, considerando erróneo el ajuste extracontable positivo practicado por los gastos financieros generados por la parte del préstamo destinado a la devolución de la prima de emisión solicitando su eliminación. Todo ello puesto que el contribuyente consideraba que los gastos financieros ajustados reunían las condiciones para ser considerados como deducibles, dado que la única limitación a la deducción a la que estaban sometidos dichos gastos era la prevista en el artículo 20 del TRLIS vigente en dicho ejercicio, esto es, el límite a la deducibilidad de los gastos financieros netos del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio, no siendo aplicable otras limitaciones puesto que la prestamista PQ BV no residía en un paraíso fiscal, que el préstamo no fue destinado a la adquisición de otras entidades del grupo, ni a la realización de aportaciones al capital o fondos propios de otras entidades del Grupo.

Posteriormente, la entidad solicitó, en el seno de las actuaciones inspectoras que se estaban desarrollando, la rectificación de las autoliquidaciones del IS presentadas en los ejercicios 2015, 2016 y 2017 en relación con los gastos financieros, con fundamento en los mismos motivos.

Motivación jurídica ofrecida por la Comisión Consultiva

La Comisión Consultiva concluye que las operaciones analizadas en su conjunto son artificiales e impropias para el resultado pretendido, siendo este, la transmisión del 49,99% de PQ SA al grupo americano JKL. El modo en que se articuló la operación, para la generación de una prima de emisión con ocasión de la aportación y valoración de las acciones de PQ SA a PQ HOLDING, cuya devolución parcial prácticamente inmediata, provoca un endeudamiento de la entidad y la localización de un gasto financiero a cargo de la propia entidad interpuesta y, por ende, del grupo español, es inidóneo para el resultado pretendido.

Los principales argumentos que fundamentan la aplicación de la cláusula antiabuso por parte de la Comisión consultiva son los siguientes:

- ▶ El análisis conjunto de los hechos permite llegar a la conclusión de que el conjunto de las operaciones realizadas y que se reputan como artificiosas son las que posibilitan la devolución de una prima de emisión, recién creada, al socio no

residente, y provocan, adicionalmente, unos gastos financieros que corren a cargo del grupo español, al financiarse esta devolución con financiación ajena.

- ▶ La comisión consultiva constata en la fundamentación de su informe la concurrencia de los dos requisitos ineluctables para poder aplicar la cláusula antiabuso del artículo 15 de la LGT:
 - ▶ Las operaciones, consideradas en su conjunto, son artificiosas, todo ello a partir de la siguiente motivación:
 - La aplicación del primer requisito a que se refiere el artículo 15.1.a) de la LGT requiere analizar el conjunto de los indicios recabados durante la inspección a fin de determinar si se ha acreditado la concurrencia de artificiosidad en las operaciones realizadas, examinando las mismas en conjunto. Es decir, si se han implementado una serie de estructuras y operaciones artificiosas para generar y localizar unos gastos financieros en sede de las entidades españolas del grupo.
 - El informe de la Comisión toma en consideración once indicios que acreditaban que la estructura y las operaciones realizadas (creación de compañías, aportación acciones de PQ SA a PQ HOLDING para la generación de una prima de emisión y concesión de un préstamo a esta última para financiar en parte el reparto de esa recién creada prima de emisión), resultan artificiosas. Así, en el informe se pone de relieve la ausencia de motivación comercial, actividad económica y sustancia, de las entidades holandesas intermedias y en especial de la recién creada entidad española PQ HOLDING, que fue la que generó la prima de emisión y cuya actividad consistía, en esencia, en refacturar el coste de los servicios prestados por RST BV a PQ SA; servicios que, además, ya se venían prestando anteriormente de forma directa sin necesidad de interposición ni de refacturación. Siendo un mero instrumento para generar la prima de emisión que fue parcialmente objeto de distribución.
 - El informe de la Comisión consultiva concluye que la valoración conjunta de los hechos y circunstancias permite deducir que las operaciones globalmente consideradas resultan artificiosas o impropias para la consecución del resultado perseguido; mediante la interposición de sociedades se ha generado una prima de emisión, que ha sido distribuida parcialmente de forma inmediata, financiándola mediante un préstamo que ha permitido la generación y localización de un gasto financiero en el seno de un grupo español, erosionando la base imponible española.
 - ▶ Inexistencia de efectos jurídicos o económicos relevantes distintos al ahorro fiscal de las operaciones realizadas, todo ello a partir de la siguiente motivación:
 - El informe de la Comisión señala cómo las operaciones realizadas no tienen ningún efecto más allá de la creación de esa prima que luego se devuelve en parte y la colocación de los gastos financieros ocasionados por esa devolución, no en el perceptor o perceptores de la

misma (los socios neerlandeses), sino en el grupo español. No acreditándose la existencia de otros motivos de carácter comercial, ni efectos jurídicos o económicos que supusieran una ventaja aparente, real o material, para el grupo español.

- La estructura implementada es completamente artificial, al no existir efecto jurídico o económico alguno relevante distinto de la generación de la prima de emisión y la distribución de los gastos financieros derivados del préstamo otorgado para la distribución parcial de la misma
- Sin la interposición de PQ HOLDING y la creación de la prima de emisión generada con ocasión de la aportación a esta entidad de las participaciones de PQ SA, la devolución de la prima de emisión por importe de 185 millones de euros, financiada mediante el préstamo intragrupo, no habría sido posible, dado que PQ SA no tenía reservas como para permitir el desembolso realizado. Siendo así que dicha financiación fue la que determinó la existencia de unos gastos financieros que fueron asumidos por el grupo español, como consecuencia de que el grupo INVERSOR, y el propio grupo JKL percibieron unos dividendos correspondientes a beneficios aun no realizados.
- El ahorro fiscal generado - la deducción de los gastos financieros del préstamo destinado a la distribución de la prima de emisión-, no se habría producido en caso de haberse instrumentado la transmisión parcial del grupo español de forma directa. Además, la necesidad de financiación deriva del reparto de la prima de emisión de forma casi inmediata a su creación, siendo ésta la operación que motivó el endeudamiento y pago de intereses para posibilitar el reparto de unos beneficios que aún no se habían realizado.

El Informe de la Comisión Consultiva concluye calificando las operaciones realizadas como un conjunto de operaciones artificiosas, de las cuales no deriva ningún efecto jurídico o económico relevante distinto del ahorro fiscal generado al deducir y pretender deducir los gastos financieros que esa operativa generó, siendo por tanto su principal efecto y objetivo la obtención de un ahorro fiscal. Considerando así que concurren los dos requisitos previstos en el artículo 15 de la LGT para la aplicación de la cláusula antiabuso general. Añade la Comisión que el ahorro fiscal perseguido con los actos o negocios artificiosos o impropios realizados lo constituye no solo los gastos financieros efectivamente deducidos sino también aquellos otros (que no dedujo inicialmente practicando un ajuste extracontable positivo a la base imponible del Impuesto) cuya deducción pretendió el obligado presentando las solicitudes de rectificación de autoliquidación antes y durante el procedimiento inspector.

La Comisión consultiva, ante la evidencia de los indicios examinados, las circunstancias y hechos concurrentes, concluye que procede declarar la existencia de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

Comentario crítico

A lo largo del presente año 2022 se han publicado más de la mitad de los informes de la Comisión consultiva sobre conflicto en la aplicación de la norma. A la fecha de publicación de esta alerta ya constan publicados 10 informes (si tenemos en cuenta el denominado 6.bis) en los que la Administración tributaria ha ido estableciendo un criterio administrativo en torno al tipo de operaciones que deben ser consideradas bien individualmente o en su conjunto, como notoriamente artificiosas o impropias para la consecución del resultado perseguido.

El Informe nº 9 comentado a lo largo de esta Alerta, vuelve a “revisitar”, aunque bajo un nuevo prisma, la cuestión relativa a la deducibilidad de los gastos financieros derivados de un préstamo obtenido para distribuir dividendos.

Esta cuestión parecía haber quedado definitivamente resuelta en sentido favorable a los intereses de los contribuyentes tras la publicación de la tríada de Sentencias del Tribunal Supremo de 21 y 26 de julio de 2022 (rec. 5309/2020, 4762/2020 y 5693/2020), en las cuales se cuestionaba por parte de la Administración tributaria la deducibilidad de los intereses financieros derivados de los préstamos suscritos por las compañías para repartir dividendos. En dichas sentencias, el Tribunal Supremo complementa los contornos de su doctrina perfilada inicialmente en su Sentencia de 30 de marzo de 2021 (rec. 3454/2019) en el sentido de considerar que los gastos financieros devengados por un préstamo que está relacionado de forma directa e inmediata con el ejercicio de la actividad empresarial de la sociedad, aunque no con un concreto ingreso u operación, no constituyen un donativo o liberalidad pues tienen causa onerosa al igual que el préstamo a cuyo cumplimiento responden, y serán fiscalmente deducibles a efectos de determinar la base imponible del IS siempre que cumplan con los requisitos generales de deducibilidad del gasto, esto es, inscripción contable, imputación con arreglo a devengo, y justificación documental. En los supuestos de hecho enjuiciados por el TS, la Administración había cuestionado la deducibilidad de los gastos financieros a través del art. 14.1. e) del TRLIS, vigente *ratione temporis*, invocando la quiebra del principio de correlación de ingresos y gastos (actual 15.e) de la LIS). Dicho razonamiento es refutado por el Tribunal Supremo en las indicadas sentencias, que subraya que no cabe concebir esta correlación como la existente entre una determinada operación o proyecto que tienda a reportar un ingreso también singularizado, sino con el conjunto de la actividad económica empresarial. Por tanto, el gasto vinculado o conectado a la actividad que se realiza será deducible, sin perjuicio, por tanto, que del mismo se derive o no un ingreso. Basta con que ese gasto esté dirigido a procurar mejorar el resultado de la empresa lo que justifica que la relación entre gastos e ingresos pueda ser tanto directa como indirecta, agotándose en el momento de la realización de una concreta operación o proyectándose de futuro.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, enfatiza en varias ocasiones en el razonamiento que acompaña a las tres sentencias que “estamos ante una operación y unos gastos que no se han calificado de fraudulentos o artificiosos, con la finalidad exclusiva o principal de obtener una ventaja fiscal”¹, motivo por el que no se analiza si la operación realizada era susceptible de ser regularizada por la Administración tributaria a través de la figura del conflicto en la aplicación de la norma.

Y este es precisamente el cauce “armado” por la Administración para cuestionar la deducibilidad de los gastos financieros derivados del préstamo otorgado para la

devolución parcial de la prima de emisión en el supuesto de hecho analizado en el Informe, tal vez como respuesta al “revés” del Tribunal Supremo. En cierta medida, por tanto, cabría considerar que la Administración tributaria está siendo reactiva a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desactivando enfoques de regularización “agotados” en el sentido de que no resultan aceptables por el Alto Tribunal, y activando enfoques de regularización respecto de los cuales la jurisprudencia se muestra más abierta y receptiva a entrar en el fondo del asunto de forma circunstanciada.

No obstante, debe tenerse en cuenta que para que se declare el conflicto en la aplicación de la norma previsto en el artículo 15 de la LGT, deben concurrir los requisitos para la aplicación de dicha figura, siendo éstos:

- ▶ que mediante la realización de una operación o un conjunto de operaciones se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria;
- ▶ que la operación o conjunto de operaciones realizadas sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; y
- ▶ que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

Como cualquier norma antiabuso general, el artículo 15 de la LGT solo permite calificar como ilícito el uso que en un caso concreto el obligado tributario haya realizado de una economía de opción no deseada cuando se cumplen sus presupuestos aplicativos. Si no se cumplen, por muy indeseable que se perciba que es la economía de opción de la que ha hecho uso el obligado tributario, y por muy loable que sea el objetivo perseguido, no podrán denegarse sus efectos.

Echamos en falta un análisis en el Informe que permita identificar la concurrencia del primer requisito, esto es, la notoria impropiedad o artificiosidad de los negocios jurídicos empleados, y se basta la Comisión consultiva del “mantra” de la búsqueda, como único objetivo o como objetivo principal, de una ventaja fiscal, y en la ausencia, por tanto, de una explicación alternativa a las operaciones realizadas.

Respecto del segundo requisito, ausencia de efectos jurídicos o económicos de otra índole distintos a los fiscales, el Informe lo considera embebido en el primero, y lo asimila a la inexistencia de otras razones económicas o extratributarias distintas de las fiscales para llevar a cabo las operaciones realizadas.

En resumidas cuentas, en el Informe las operaciones realizadas son declaradas en conflicto en la aplicación de la norma, dada la supuesta motivación fiscal de los negocios realizados. Se tienen en cuenta las *razones* de una operación en lugar de sus efectos, cuando la norma en ningún momento habla de razones, ni de motivos sino de efectos.

A este respecto, conviene recordar que el artículo 15 de la LGT no incluye entre sus presupuestos aplicativos la ausencia de un motivo económico válido distinto al fiscal ni la búsqueda predominante de una ventaja fiscal. La motivación del obligado tributario, o el propósito que persigue con su actuar, es irrelevante en la aplicación del artículo 15 de la LGT, a menos que tal propósito económico contribuya a identificar los efectos jurídicos o económicos relevantes, o incluso a clarificar la ausencia de artificiosidad en

relación con la utilización de uno negocios jurídicos respecto de otros más típicos o usuales.

En este sentido, se ha manifestado de forma reiterada la jurisprudencia del TJUE en materia antiabuso (vid. sentencias en los asuntos *Test Claimants in the Thin Cap Group*, C-524/04, apdo. 83; *Itelcar*, C-282/12, apdo. 38; o *Lexel*, C-484-19, apdo. 53): la búsqueda de una ventaja fiscal no determina la existencia de abuso. Se exige siempre, además, que en esa búsqueda se hayan creado artificiosamente las condiciones para la aplicación del incentivo fiscal. Recientemente ha vuelto a recordarlo a través de su sentencia en el asunto *Lexel*². El TJUE consideró aquí que la concurrencia de una “ventaja fiscal significativa” en una transacción intragrupo no determina que estemos ante una transferencia artificial de bases imponibles, ni permite presumir que estemos ante una “transacción ficticia”. El Tribunal de Justicia llegó incluso a afirmar 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”. Es cierto que este criterio debe tomarse con cierta cautela conectándolo con toda la cadena de jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de prácticas fiscales abusivas; no obstante, podría considerarse criterio consolidado el que la concurrencia de realidad económica de una operación intragrupo no puede excluirse de forma mecánica o presuntiva, sino que debe probarse por las autoridades fiscales a través de indicios que revelen artificiosidad y ausencia de sustancia económica de las operaciones o inexistencia de funcionalidad económica real de una estructura o estructuración que lleva asociada la aplicación de normas que determinan “ventajas fiscales”.

El concepto de abuso que maneja el TJUE (y que se “codifica” en el art.6 de la Directiva ATAD se vincula a los comportamientos “completamente artificiales”, que se definen por referencia a dos notas fundamentales: a) un elemento subjetivo consistente en el propósito de obtener, a través de conductas caracterizadas por la artificiosidad, ventajas fiscales; y b) el elemento objetivo que consiste en que el disfrute o aplicación de tales ventajas por el contribuyente, a la luz de los hechos y circunstancias del caso, resulte contrario a los objetivos y finalidad de la normativa que establece tales ventajas fiscales.

Esta jurisprudencia del TJUE pone en tela de juicio medidas nacionales “anti-BEPS” que limitan la deducibilidad fiscal de intereses derivados de operaciones intragrupo a partir de presunciones de abuso que pivotan mecánicamente sobre elementos objetivos como la baja o nula tributación de los intereses en sede del prestamista o simplemente porque se trata de una operación intragrupo de la que resulta una ventaja fiscal significativa³. Al TJUE le parece por ello reprochable que la denegación del derecho a la deducción no se base en “el aspecto ficticio de la transacción”, sino en “la intención de la sociedad de que se trate de contraer una deuda, principalmente por motivos fiscales” (apdo. 54 STJUE en el asunto *Lexel*).

La circunstancia de que el contribuyente haya optado por una estructura para canalizar una operación, negocio o actividad económica, considerando principalmente el régimen fiscal aplicable (que lleva aparejado el aprovechamiento de “ventajas fiscales”), en modo alguno determina que tal estructura o estructuración sea abusiva o artificial, allí donde esté dotada de realidad económica (estructura genuina o bona fide) o sea

acorde con el texto y la finalidad de las normas objeto de aplicación. La estructuración de una operación para lograr la aplicación de una ventaja fiscal, puede ser perfectamente compatible con los fines de la normativa de que se trate sin que medie abuso, ya que en este caso no concurriría el “elemento objetivo” del abuso (la aplicación de la ventaja fiscal resulta contraria al objeto y finalidad de la normativa reguladora). De hecho, la propia Directiva 1164/2016 ATAD I, pone de relieve en su “exposición de motivos” cómo la GAAR o cláusula antiabuso general del artículo 6 no afecta al “*derecho del contribuyente a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista de sus operaciones comerciales*”.

En el caso objeto de análisis en el Informe número 9 se pone de manifiesto una concatenación de operaciones que involucran a múltiples entidades. Desde nuestro punto de vista, es precisamente dicha circunstancia la que a la postre lleva a la Comisión consultiva a la declaración del conflicto. Y ello por cuanto las operaciones afectadas bien podrían analizarse bajo un prisma distinto. La creación de una prima de emisión -en este caso, a través de una operación de aportación de acciones- facilita un mecanismo de repatriación hacia los socios que en ausencia de reservas expresas la normativa mercantil española no autoriza. Es decir, de alguna forma se está cristalizando un “fondo de comercio” que puede ser objeto de distribución a los socios con carácter previo a su materialización en reservas expresas. Nótese que otras legislaciones incluso permiten distribuciones por encima del patrimonio neto de una entidad, lo que evidencia su normalidad. Del informe nº 9 de la Comisión Consultiva, en nuestra modesta opinión, no se deduce con claridad la acreditación de indicios reveladores de que las operaciones realizadas resulten notoriamente artificiosas o impropias para el resultado obtenido.

Por otro lado, cabría apuntar que la participación de diversas entidades intermedias (obviamente distintas a las estrictamente necesarias para la generación de la prima de emisión) no ejerce influencia sobre la tributación de la distribución de la prima de emisión. Por tanto, en ausencia de minoración de la deuda tributaria, no cabe achacar ninguna ventaja fiscal a dicha circunstancia. A la postre, la ausencia de otras circunstancias que no tienen ninguna virtualidad tributaria, determina que el hecho definitorio de la calificación como conflicto deba reducirse por tanto a la creación de un pasivo financiero generador de gastos en concepto de intereses que es objeto de deducción de la base imponible, ligado a una distribución de “beneficios”. Salvando la diferencia entre que la distribución se realice con cargo a reservas expresas o a prima de emisión, esta cuestión, como se ha apuntado, había sido objeto de diversas sentencias del Tribunal Supremo favorables para los contribuyentes.

Quizás hubiera tenido más sentido realizar un análisis más específico de la operación que generó la prima de emisión y su conexión con el préstamo destinado, entre otras cosas, a su pago en un momento posterior, todo ello lógicamente considerando el contexto de la transmisión de las acciones del grupo español a un tercero independiente (enfoque antiabuso desagregado) que considerar que las operaciones en su conjunto son abusivas (enfoque antiabuso agregado).

Pensamos igualmente que tendría sentido incorporar al análisis de la concurrencia de los presupuestos del art. 15 LGT el impacto del Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de prácticas abusivas (*EU conforming interpretation*), considerando que el caso se refiere a una estructura y operaciones transfronterizas-comunitarias pues existe jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido. También

cabría apuntar cómo el enfoque antiabuso desarrollado por las autoridades fiscales prescinde de un análisis desde la perspectiva del principio de plena competencia, de suerte que podría tener sentido considerar si se trata de operaciones que, bajo esta óptica, poseen racionalidad comercial y si tal consideración posee o no relevancia a efectos del art.15 LGT.

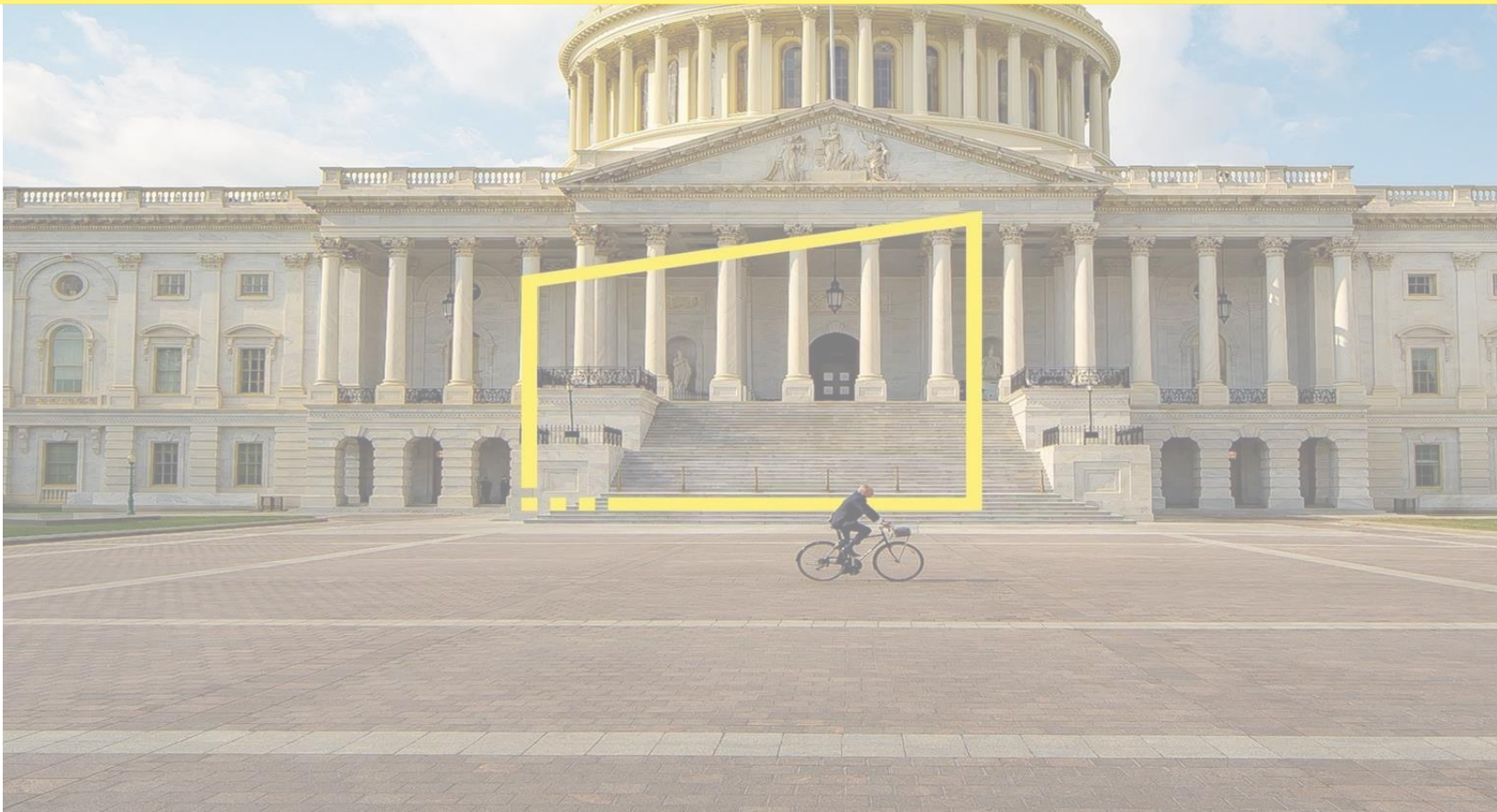
Potenciales aplicaciones derivadas del Informe nº 9 de la Comisión Consultiva

Debe señalarse que tras la publicación del presente Informe nº 9, todas las actuaciones declaradas en conflicto en la aplicación de la norma tributaria en aquellos supuestos en que se acredite por parte de la Administración tributaria la existencia de igualdad sustancial entre el caso objeto de regularización y el recogido en el Informe podrán ser sancionados, tipificándose la infracción como grave. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que únicamente podrán ser sancionadas ex artículo 206.bis una vez declarado el conflicto, aquellas operaciones realizadas tras la publicación del informe, esto es a partir del 1 de septiembre de 2022, y respecto de las que a dicha fecha todavía no se hubiese iniciado el plazo para la presentación de la correspondiente declaración o autoliquidación del impuesto correspondiente.

La particularidad del supuesto de hecho analizado por la Comisión en el Informe núm. 9 hace que, en la práctica, sea enormemente complicada su aplicación a otros casos, precisamente por la previsible ausencia de identidad sustancial.

Finalmente, cabe advertir cómo el Informe nº 9 revela un nuevo enfoque de la Administración tributaria española a través del que se cuestiona, vía cláusula antiabuso general del art.15 LGT, la utilización de sociedades intermedias y la estructuración de operaciones corporativas genuinas que llevan aparejada la aplicación de ventajas fiscales.

¡[Suscríbete](#) a las newsletters de EY para mantenerte actualizado!



Para cualquier información adicional, contacte con:

Ernst & Young Abogados, S.L.P.

María Teresa González Martínez

MariaTeresa.GonzalezMartinez@es.ey.com

Íñigo Alonso Salcedo

Inigo.AlonsoSalcedo@es.ey.com

Gonzalo Acebo o del Río

Gonzalo.Acebo.Del.Rio@es.ey.com

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.

© 2022 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](https://twitter.com/EY_Spain)

Linkedin: [EY](https://www.linkedin.com/company/ey)

Facebook: [EY Spain Careers](https://www.facebook.com/EYSpainCareers)

Google+: [EY España](https://www.google.com/search?q=EY+España)

Flickr: [EY Spain](https://www.flickr.com/photos/ey/)

- ¹ Vid. FJ 7º STS de 21 de julio de 2022 (rec. 5309/2020); en el mismo sentido, SSTs de 26 de julio de 2022 (rec. 4762/2020 y 5693/2020): (...) *“Hemos de convenir que estamos ante una operación y unos gastos que no se han calificado de fraudulentos o artificiosos, con la finalidad exclusiva o principal de obtener una ventaja fiscal”* (...) *“sí afirman que la causa de obtener el préstamo es la decisión de acordar el reparto de dividendo, no se llega al punto de sostener que exista ningún tipo de actuación fraudulenta en ello, y lo cierto es que la causa legal por la que se niega que sean deducibles los gastos financieros devengados por razón del mismo es la calificación como donativos o liberalidades del art. 14.1.e) TRLIS, y la negación de la correlación entre tales gastos y los ingresos u operaciones de la sociedad.”*
- ² Vid.: Calderón J.M., “Medidas limitadoras de la erosión de bases imponibles a través de préstamos intragrupo y su compatibilidad con el Derecho de la UE: la doctrina del TJUE en el caso *Lexel*”, QF, nº5, 2021.
- ³ Vid. Alerta de EY “La deducibilidad de intereses derivados de préstamos intragrupo y su compatibilidad con el Derecho de la UE. La doctrines del TJUE en el caso *Lexel*”.