

Observatorio

Deducibilidad de los intereses del préstamo entre socio y sociedad

Enrique Ortega

Socio coordinador del Área Fiscal y de Derecho Contable de Gómez-Acebo & Pombo

Carles Armiño

Asociado del Área Fiscal de Gómez-Acebo & Pombo

Resumen: El apalancamiento de las empresas viene causado en parte por el sesgo fiscal hacia la deuda frente al capital. Ello convierte a la deducibilidad de los intereses correspondientes a préstamos concedidos por socios a sociedades en cuyo capital participan en una materia objeto de análisis por la Administración tributaria sobre la que se están pronunciando los tribunales. En cualquier caso, se trata de una cuestión en la que la prueba por la que el contribuyente pueda acreditar la racionalidad económica de la operación resulta esencial.

Palabras clave: deducibilidad; intereses; préstamo; socio

Abstract: Companies' leverage is partly caused by the tax bias towards debt versus equity. This makes the deductibility of the interest corresponding to loans granted by partners to companies in whose capital they participate a matter under examination by the tax Authorities on which the courts are ruling. In any case, it is an issue in which the proof by which the taxpayer can prove the economic rationality of the operation is essential.

Keywords: deductibility; interest; loan; partner

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, las vías de financiación empresarial tradicionales son, por un lado, los instrumentos de patrimonio (financiación propia), a través de los cuales los inversores asumen el riesgo y ventura del negocio a cambio de una remuneración que depende de los beneficios empresariales; y, por otro lado, los instrumentos de deuda (financiación ajena), en que los inversores no asumen, en general, el riesgo empresarial y reciben intereses remuneratorios.

Tal y como señalan los estudios del Comité de Expertos del Ministerio de Hacienda (1), existe entre las empresas españolas una gran dependencia de la financiación ajena:

«En el caso de España, a pesar del significativo proceso de desapalancamiento privado observado en la última década, la información disponible proporcionada a este Comité indica la persistencia de elevados ratios de apalancamiento», que «se habrían visto incrementadas ante la crisis del Covid-19, en particular sobre aquellos sectores más afectados por la crisis económica, introduciendo un elemento adicional de vulnerabilidad durante la recuperación».

«La Administración tributaria está prestando una atención notable a la deducibilidad de los intereses de préstamos entre socio y sociedad, considerando que, en algunos casos, puede tratarse de una aportación de fondos propios»

Uno de los motivos de esta situación es que existe un distinto tratamiento fiscal de la financiación ajena y la financiación propia que podría cuestionar la neutralidad del Impuesto sobre Sociedades («IS») en la toma de decisiones al respecto, ya que mientras el devengo del gasto por intereses es deducible con ciertas limitaciones que exigen su diferimiento en el tiempo —hasta el millón de euros sin límite— (artículo 16 de la Ley del IS (2)), la deducción de la retribución de los fondos propios está prohibida [artículo 15 a) de la Ley del IS].

En este sentido, los estudios del citado Comité de Expertos recomiendan reducir el sesgo a favor de los recursos ajenos en el IS, con el objetivo de reducir el apalancamiento de las empresas, en la medida en que esta discriminación debilita su estructura financiera, generando riesgos que van más allá del ámbito de la propia compañía:

«Estos riesgos no sólo son relevantes a una escala microeconómica de una empresa, sino que un exceso de endeudamiento empresarial puede generar también riesgos agregados macroeconómicos y financieros».

Asimismo, el Comité de Expertos considera que el apalancamiento de las empresas multinacionales las avoca a localizar su financiación por motivos fiscales:

«De ese modo, las sociedades con capacidad para localizar sus bases gravables en distintas jurisdicciones localizarían buena parte de su financiación a través de filiales localizadas en jurisdicciones con mayores tipos de gravamen, con el objetivo de incrementar sus gastos fiscalmente deducibles y, de ese modo, reducir su carga tributaria a nivel de grupo societario».

En este sentido, GARCÍA NOVOA, C. (3) destaca lo siguiente, en relación con la deducibilidad de los gastos financieros:

«Cuando un grupo multinacional planifique a nivel internacional la carga fiscal total, seguramente optará por articular préstamos de sus matrices en Estados de baja tributación a favor de filiales en países de tributación alta. De esta manera, se conseguirá que los gastos financieros mermen la base imponible de jurisdicciones de elevada tributación sobre el beneficio empresarial, al mismo tiempo que los correlativos ingresos financieros se someten a imposición en jurisdicciones favorables».

Cabe señalar que la Ley del IS, a través de la limitación de la deducibilidad de los intereses, así como la reducción establecida en la base imponible del impuesto por los importes destinados a la reserva de capitalización, instrumenta mecanismos que, de alguna forma, van en la dirección de estimular la financiación propia.

Lo establecido en la Ley del IS respecto a la limitación de la deducibilidad de los intereses tiene su antecedente en el proyecto de la OCDE, conocido como BEPS —*Base Erosion and Profit Shifting*—, que busca combatir estas

prácticas elusivas mediante un plan de acción entre cuyas medidas se encuentra la Acción 4, que pretende limitar la erosión de bases imponibles vía deducción de intereses. Esta regulación fue incorporada al ordenamiento jurídico europeo en la Directiva (UE) anti-elusión fiscal, de 12 de julio de 2016 (4), indicando en su preámbulo:

«En un intento de reducir su deuda tributaria global, los grupos de empresas recurren cada vez más a la BEPS mediante el pago de intereses excesivos. La norma de limitación de intereses es necesaria para desincentivar estas prácticas, limitando la deducibilidad de los costes de endeudamiento excedentarios del contribuyente. Por lo tanto, resulta necesario fijar una razón de deducibilidad que haga referencia a los beneficios imponibles de los contribuyentes antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones ("EBITDA", por sus siglas en inglés)».

En este contexto, la Administración tributaria está prestando una atención notable al análisis de la deducibilidad de los intereses derivados de préstamos concedidos por socios a las sociedades en cuyo capital participan, considerando que, en algunos casos, puede tratarse de una aportación de fondos propios generadora de gastos fiscalmente no deducibles, en tanto que representativos de una retribución de fondos propios, o bien que se trata de gastos no deducibles por no estar correlacionados con los ingresos.

II. CONSIDERACIÓN COMO GASTO FISCALMENTE NO DEDUCIBLE DE LOS INTERESES DEL PRÉSTAMO CONCEDIDO POR EL SOCIO A LA SOCIEDAD

Como es sabido, la base imponible del IS se calcula a partir del resultado contable, ajustado conforme a las normas específicas previstas en la normativa fiscal. De este modo, el análisis de la deducción en el IS de los gastos financieros remuneratorios del préstamo concedido por el socio a la sociedad debe partir de su consideración como gasto desde la perspectiva contable y, con posterioridad, debe analizarse si existe alguna norma en la Ley del IS que restrinja, difiera o limite su deducibilidad. Es decir, el resultado contable es el parámetro que el Derecho contable calcula como evidencia de un flujo real que varía la riqueza del sujeto, manifestando la renta económica pura de una empresa en un periodo de tiempo, el año, sin interferencia alguna y, por tanto, se puede calificar de renta pura al venir presidido por la imagen fiel del patrimonio, el resultado y la situación financiera de una entidad. La Ley del IS, a partir de lo anterior, lo que hace es introducir ajustes o correcciones con objeto de aproximar aquel a la capacidad económica del contribuyente y así determinar su contribución a los caudales públicos.

Situada la cuestión, la Ley del IS, para otorgar la deducibilidad de un gasto, exige su correlación con la obtención de los ingresos, su necesaria inscripción contable en la cuenta de pérdidas y ganancias o de reservas si así lo exige la norma contable, siempre bajo el principio de devengo salvo las excepciones recogidas en la Ley y la necesaria prueba que permita su justificación documental.

Con base a lo anterior, en ocasiones **la Administración tributaria propone regularizaciones al apreciar que algunos gastos no son deducibles por no estar relacionados con la actividad de la compañía**, esto es, por no colaborar a la obtención de ingresos. En este punto conviene señalar que el Tribunal Supremo («TS»), en sentencia de 8 de febrero de 2021 (5), indicó que la correlación no quiere decir consecución inmediata de ingresos, sino que los gastos surgen para llevar a cabo la actividad. En concreto, señala:

«Además, no vemos que los intereses de demora no estén correlacionados con los ingresos; están conectados con el ejercicio de la actividad empresarial y, por tanto, serán deducibles».

Esta misma sentencia ya indica que cualquier separación del resultado contable debe tener como límite la capacidad económica del contribuyente, cuando indica:

«Por consiguiente, la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, la medición de la capacidad

económica del contribuyente a efectos fiscales, viene determinada a partir del resultado contable que es corregido en determinados supuestos en los términos previstos, a tal fin, en los preceptos específicos contenidos en el TRLIS. Esta es la forma que el legislador ha ideado para medir la capacidad económica de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y a ella habrá que estar, dejando a salvo la Constitución y, puesto que lo que se discute es si un determinado tipo de gastos contables son gastos deducibles en el Impuesto sobre Sociedades».

A partir de lo anterior, el artículo 15 a) de la Ley del IS regula un supuesto de no deducibilidad concreto cuando, en el entorno de un grupo de sociedades, se otorgue por una entidad de ese grupo un préstamo de carácter participativo, asimilando el rendimiento de estos préstamos a la retribución de los fondos propios. En consecuencia, la remuneración que satisface la compañía al socio por la financiación así recibida no recibe la calificación de intereses a efectos de la Ley del IS, sino de participación en beneficios o retribución de fondos propios, sin que quede duda alguna de que su configuración mercantil y contable es la de una deuda, sin perjuicio de que, al revestir características especiales, pueda ser considerado a efectos de solvencia.

A estos efectos, de acuerdo con el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio (6) :

«Uno. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

- a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.*
- b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.*
- c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.*
- d) Los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil.»*

«Los principales fundamentos para denegar la deducibilidad de los gastos generados por la financiación otorgada a la sociedad por el socio son su calificación como retribución de fondos propios y su consideración como gastos no correlacionados con los ingresos»

A continuación, se hace un análisis de determinada jurisprudencia que ha fijado criterios para denegar la deducibilidad de los intereses de préstamos otorgados por el socio:

— La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña («STSJC»), de 10 de junio de 2020 (7) , no admite que los gastos financieros derivados de un préstamo concedido por el socio mayoritario a la sociedad sean fiscalmente deducibles, razonando que **el préstamo no tenía por objeto financiar la actividad ordinaria** de la compañía y, por tanto, no estaba correlacionado con los ingresos, ya que el préstamo venía motivado por el reparto de dividendos acordados por la junta general de la sociedad.

Los principales elementos en que se basa la sentencia para llegar a esta conclusión son los siguientes: en primer

lugar, la situación financiera saneada de la que gozaba la compañía; en segundo lugar, la falta de acreditación por parte de la sociedad de los proyectos, inversiones y gastos en que se ha utilizado la financiación recibida; finalmente, la circunstancia de que la concesión del préstamo se produjese el mismo día que la distribución de los dividendos. Todo ello permite al tribunal establecer una relación de causalidad entre la concesión del préstamo y el reparto de los dividendos que le llevan a calificar los intereses satisfechos como gasto fiscalmente no deducible, al concluir la sentencia en que:

«En definitiva, la necesidad de financiación deriva, claramente, del pago del dividendo, no de la actividad propia de la sociedad pues si así fuera sería fácil identificar para que proyectos, gastos o nuevas inversiones era necesario eses préstamo, habiéndose indicado solamente que lo necesitaba para financiar su activo circulante alegación absolutamente genérica».

— También es exponente de este criterio la reciente sentencia de la Audiencia Nacional («SAN»), de 23 de marzo de 2022 (8) , en la que se rechaza la deducibilidad de los gastos derivados de una póliza de crédito concedida a la sociedad por el socio único, considerando que se trata de un gasto no correlacionado con los ingresos, esto es, un gasto innecesario para la obtención de ingresos por parte de la compañía, **en la medida en que la sociedad no presentaba necesidades de tesorería que justificasen la financiación.**

De este modo, a pesar de que la representación legal de la sociedad alegó que la póliza de crédito era necesaria para crear una estructura financiera robusta y solvente para la compañía, el tribunal acoge el criterio de la Administración tributaria, que había recalificado la operación como una aportación de fondos propios, al apreciar que el préstamo concedido se encontraba fuera de toda lógica financiera y que en realidad respondía a la especial vinculación entre las partes.

Así pues, resulta que los principales fundamentos de los que se sirve la Administración tributaria para denegar la deducibilidad de los gastos financieros generados por la financiación otorgada a la sociedad por parte del socio son su calificación como retribución de fondos propios y su consideración como gastos no correlacionados con los ingresos o la actividad ordinaria de la compañía.

III. ARGUMENTOS PARA DEFENDER LA DEDUCIBILIDAD DE LOS INTERESES DEL PRÉSTAMO CONCEDIDO POR EL SOCIO A LA SOCIEDAD

No todos los intereses derivados de préstamos concedidos por el socio a la sociedad deben considerarse no deducibles. En efecto, debe valorarse cada supuesto de hecho para determinar si la naturaleza de la operación realmente participa de las características propias de un préstamo o si, de lo contrario, existe el riesgo de que la operación sea recalificada como una aportación de fondos y, en consecuencia, que la remuneración satisfecha al socio sea considerada como una retribución de fondos propios no deducible.

A la luz de la SAN de 21 de febrero de 2022 (9) , los intereses satisfechos como consecuencia de la concesión de un **préstamo participativo** por parte de la matriz a su filial (formando parte ambas del mismo grupo fiscal) sí resultan fiscalmente deducibles. Cabe indicar que en el ejercicio en cuestión estaba en vigor el derogado texto refundido de la ley del IS («TRLIS (10) »), en el cual **no se excluía expresamente la deducción de la retribución correspondiente a los préstamos participativos otorgados por sociedades del mismo grupo**, en contraposición a lo que establece la actual Ley del IS.

En este caso, a pesar de que la Administración tributaria había considerado que los intereses no eran deducibles, esgrimiendo que la operación tenía como finalidad el ahorro fiscal y que las condiciones pactadas no se acordarían entre partes independientes, el Tribunal Económico-Administrativo Regional («TEAR») del País Vasco corrigió este criterio y se pronunció a favor de su deducibilidad, destacando lo siguiente:

«La entidad prestataria necesitaba financiación [...], correspondiendo a cada sujeto económico determinar el modo en que va a financiarse y si prefiere acudir a la financiación propia o ajena [...]».

Posteriormente, el Tribunal Económico-Administrativo Central («TEAC»), dejando sin efecto la resolución del TEAR mencionada, se pronunció a favor de la Administración tributaria. Con todo, el contribuyente impugnó la resolución del TEAC ante la Audiencia Nacional y esta, estimando el recurso, admitió la deducibilidad de los intereses del préstamo participativo, apreciando que la Administración **no había logrado acreditar que la verdadera naturaleza** de la operación era la de una aportación de capital.

A esta conclusión llega tomando en consideración que:

«el hecho de que el interés pactado sea especialmente gravoso en comparación con otras posibles fuentes de financiación no excluye la consideración de la operación como préstamo participativo».

En este sentido, la Audiencia Nacional establece que, si la operación no se había valorado en condiciones de libre mercado, **la regularización oportuna no debería haber consistido en la denegación de los gastos financieros, sino en la aplicación de las normas de valoración de operaciones vinculadas.**

Esta sentencia pone de manifiesto que no todas las operaciones de financiación entre socio y sociedad deben calificarse necesariamente como aportaciones de fondos propios, sino que, a la luz de la configuración legal de la transacción y las circunstancias del caso, puede existir efectivamente un préstamo concedido por la sociedad al socio cuya remuneración en forma de intereses resulte fiscalmente deducible para la compañía.

Sin perjuicio de ello, si la retribución de la citada deuda se califica como operación vinculada, el exceso que pudiera identificarse con respecto a una valoración de mercado se considerará retribución de fondos propios, de acuerdo con el artículo 18, apartado 11 a) de la Ley del IS:

*«Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la misma que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará **como retribución de fondos propios** para la entidad y como participación en beneficios para el socio. La parte de la diferencia que no se corresponda con aquel porcentaje, tendrá para la entidad la consideración de retribución de fondos propios y para el socio o partícipe de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.»*

«Los gastos no deducibles están tasados, pues el principio de capacidad económica del artículo 31 de la Constitución exige tener en cuenta la renta neta de los contribuyentes»

Asimismo, a nuestro juicio, la legislación actual ha superado la antigua exigencia de la necesidad del gasto, según el cual la deducción se limita a los gastos necesarios para la obtención de los rendimientos. Como bien señala la STS de 19 de diciembre de 2003 (11) :

«Esta cuestión ha sido resuelta por la nueva Ley [...] del Impuesto sobre Sociedades, que se ha remitido al concepto mucho más lógico y flexible de "gasto contable" que tiene su fundamento en que es gasto contable el que se realiza para obtener los ingresos [...] superándose los criterios de obligatoriedad jurídica, indefectibilidad, etc. y [...] de gastos convenientes, oportunos, acertados, etc, como contrarios al de gastos necesarios».

Por su parte, la STS 8 de febrero de 2021, ya señalada, vuelve a establecer el mismo criterio: la correlación no quiere decir consecución inmediata de ingresos, sino que los gastos surgen de la necesidad de llevar a cabo la actividad.

En efecto, el legislador fiscal acoge la regulación mercantil para determinar los rendimientos netos obtenidos por la sociedad, sin perjuicio de la necesidad de practicar ajustes extracontables.

Para HERNÁNDEZ LÓPEZ, C. Y LÓPEZ-TELLO, L. (12) , en consonancia con la doctrina alemana —entre cuyos exponentes se encuentra TIPKE, K. (13) —, los gastos no deducibles están tasados, pues **el principio de capacidad económica recogido en el artículo 31 de nuestra Constitución exige tener en cuenta la renta neta de los contribuyentes**, tal y como señala la sentencia del Tribunal Constitucional («STC»), de 14 de julio de 1994 (14) :

*«Sin embargo, aun admitiendo lo anterior, es igualmente claro que las opciones elegidas por el legislador al configurar legalmente el Impuesto no pueden vulnerar los principios contenidos en el art. 31,1 CE. Pues cabe observar, en lo que aquí importa, que **si se sometiera a tributación una renta que, pese a estar configurada legalmente como el rendimiento neto del sujeto, sólo fuera en realidad una renta inexistente, ello podría afectar al principio de capacidad económica, que exige gravar la renta o riqueza real del sujeto, como reiteradamente se ha declarado por este Tribunal**».*

IV. PROCEDIMIENTO A SEGUIR POR LA ADMINISTRACIÓN PARA RECALIFICAR EL PRÉSTAMO CONCEDIDO POR EL SOCIO A LA SOCIEDAD

La SAN de 21 de febrero de 2022, ya citada, analiza la idoneidad de la figura de la calificación establecida por el artículo 13 de la Ley General Tributaria (15) («LGT») como vía para rechazar la deducibilidad de los gastos financieros. Según este precepto:

«Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez».

Frente a esta figura de la calificación, la Audiencia Nacional contrapone el procedimiento de conflicto en la aplicación de la norma tributaria que recoge el artículo 15 de la LGT, indicando lo siguiente:

«En la misma línea se manifiesta la STS de 5 de mayo de 2014 [...] que entiende que estamos ante un problema de calificación y, nos parece importante, invita a valorar "apreciando globalmente los indicios" que permiten llegar a la conclusión de que, realmente, estamos ante una aportación de fondos propios [...] La sentencia indicada razona que "nada impedía a la Sala de instancia, ratificando el criterio de la Inspección [...], y apreciando globalmente los indicios de que dispuso, llegar a la conclusión de que en el caso no tuvo lugar un préstamo sino una aportación de fondos propios, pues normalmente nadie financia mediante esa forma contractual a quien se encuentra en situación de insolvencia (concursal o preconcursal), debiendo hablarse, dada la vinculación existente entre la dos sociedades, de una operación enderezada a reflotar la sociedad prestataria, evitando su insolvencia definitiva mediante esa aportación de fondos propios. Por lo tanto, tampoco nada de arbitrario, ilógico o irracional atisba esta Sala en el discurso de la sentencia impugnada".

Esta Sala, siguiendo las directrices fijadas por el TS, en su SAN (2ª) de 26 de marzo de 2018 (Rec. 72/2016), sostuvo que "no se trata de la existencia de fraude de ley o de construcción artificiosa alguna, sino que, como venimos explicando, se trata de la correcta calificación de la naturaleza del préstamo participativo y sus intereses". También nuestras SAN (2ª) de 15 de julio de 2019 (Rec.

252/2017) y SAN (2ª) de 11 de noviembre de 2019 (Rec. 363/2016).

Podemos contestar la recurrente que estamos ante un problema de calificación y que esta dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, las cuales deberemos valorar "globalmente", incluyendo los "indicios" que puedan llevarnos a sostener que la operación de préstamo participativo, realmente, es una retribución de fondos propios. Lo que, insistimos, dependerá de las circunstancias concurrente en el caso».

Es por ello que el apoyo para recalificar una determinada operación, como pueda ser en este caso de financiación, atendiendo a la naturaleza jurídica del hecho, tal y como reclama el citado artículo 13 LGT, exige una valoración de todas las circunstancias concurrentes a cada caso, sin que sea necesario acudir al conflicto en aplicación de la norma, pues para ello es preciso que mediante la operación se evite total o parcialmente el hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria, a través de actos o negocios en los que concurran las siguientes condiciones de forma cumulativa:

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

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

«El procedimiento para declarar el conflicto en la aplicación de la norma cuenta con mayores garantías que la figura de la calificación»

Así pues, la Audiencia Nacional considera que resulta adecuado acudir al artículo 13 de la LGT en estos casos, en la medida en que se trata de la mera recalificación jurídica de una operación —que las partes habían declarado como préstamo, pero que la Administración califica como aportación de fondos propios—. En cambio, para considerar que existe un conflicto en la aplicación de la norma tributaria se requiere que la operación sea artificiosa, esto es, fraudulenta, lo cual requiere voluntariedad por parte del contribuyente. Por ello, el procedimiento para declarar el conflicto en la aplicación de la norma cuenta con mayores garantías que la figura de la calificación.

Por su parte, la SAN de 2 de febrero de 2022 (16) analiza un supuesto en que una compañía española recibe un préstamo por parte de una sociedad holandesa del grupo con fondos procedentes de Suiza. El importe de estos préstamos iba destinado sistemáticamente a realizar aportaciones en los fondos propios de una filial en Estados Unidos que se encontraba en proceso concursal. El tribunal aprecia que los intereses del préstamo no son fiscalmente deducibles, puesto que **existe una falta de sustanciación económica en las operaciones realizadas constitutiva de fraude de ley:**

«La cuestión a elucidar consiste en determinar si [...] subyace una motivación económica válida [...] en las operaciones que la Administración tributaria ha declarado realizadas en fraude de ley y conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

[...] Naturalmente que una empresa puede gastar sus ingresos en el modo y forma que tenga por conveniente, pero lo que no puede es hacer pasar esos intereses por gastos deducibles, que es lo que aquí se pretende, decisiones voluntaristas con pobre resultado organizativo, y con escasa racionalidad económica, sobre todo si se piensa que hay alternativas mejores. Salvo que se explique, lo que no se ha hecho, que el método ideado era el idóneo para la consecución del fin pretendido, o, al menos, tan

idóneo como otros la deducción invocada no puede ser admitida.

[...] No ha lugar a reconocer a la autonomía de la voluntad la relevancia que la entidad recurrente pretende atribuirle al no haberse acreditado la racionalidad ni la sustancia económicas de la operación».

En nuestra opinión, si bien es cierto que la figura de la calificación habilita a la Administración tributaria para establecer que una determinada operación no es en realidad un préstamo, sino una aportación de fondos propios, es preciso justificar esta recalificación demostrando que el instrumento así recalificado contiene todas las características de un fondo propio, lo que requiere un análisis caso por caso como indica la jurisprudencia analizada.

En función de las circunstancias del caso, cuando la Administración impute al contribuyente la existencia de una conducta fraudulenta, encaminada a la erosión de la base imponible y el consecuente ahorro fiscal —imponiendo incluso sanciones por ello—, es exigible que se siga el procedimiento de conflicto en la aplicación de la norma tributaria con todas sus garantías.

V. OTRAS NORMAS ESPECÍFICAS: GASTOS FINANCIEROS INTRAGRUPU NO DEDUCIBLES POR ESTAR DESTINADOS A LA REALIZACIÓN DE DETERMINADAS OPERACIONES

También debemos tener en cuenta lo que establece el apartado h) del artículo 15 de la Ley del IS, en virtud del cual se rechaza la deducción de aquellos gastos financieros satisfechos a entidades del mismo grupo como consecuencia de deudas destinadas a realizar aportaciones a los fondos propios de otras sociedades del grupo o a la adquisición a otras entidades del grupo de participaciones de cualquier tipo de entidades. Con una salvedad, que se logre acreditar que existen motivos económicos válidos para realizar dichas operaciones.

Es decir, se establece la no deducibilidad de aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil, destinados a la realización de determinadas operaciones entre entidades que pertenecen al mismo grupo, salvando, no obstante, aquellas operaciones que fueran razonables desde la perspectiva económica, como pueden ser supuestos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros, o bien aquellos supuestos en que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde el territorio español.

«La observancia de la normativa societaria y fiscal en las operaciones de financiación entre sociedades del mismo grupo debe ser especialmente rigurosa»

En este sentido, es preciso traer a colación los criterios de la Comisión consultiva sobre conflicto en la aplicación de la norma (17) con respecto a los gastos financieros de financiación intragrupo, en el cual se analiza el siguiente supuesto de préstamo intragrupo fraudulento: una entidad extranjera constituye una sociedad en España a la cual le concede un préstamo y, paralelamente, le transmite las participaciones de una entidad perteneciente al grupo de dicha entidad extranjera. La adquisición de dichas participaciones por parte de la entidad española de nueva creación es financiada a través del préstamo otorgado por la entidad extranjera.

De conformidad con el criterio establecido por la Comisión consultiva, se trata de operaciones artificiosas de las que describe el artículo 15 de la LGT, en el cual se recoge el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, habida cuenta de que no existen motivos económicos válidos, además del ahorro fiscal, que justifiquen las operaciones realizadas.

Lo anterior pone de manifiesto el control que la Administración tributaria realiza sobre las transacciones intragrupo y, en concreto, sobre las operaciones de financiación entre sociedades del mismo grupo, como es el caso de matriz y filial. Ello implica que la observancia de la normativa societaria y fiscal en estos casos debe ser especialmente rigurosa, para evitar posibles regularizaciones por parte de la Administración tributaria.

VI. CONCLUSIONES

En conclusión, la decisión empresarial de endeudamiento o financiación propia obedece siempre a una motivación económica que en ocasiones puede venir afectada por el efecto de la norma fiscal. Nuestro ordenamiento jurídico establece un tratamiento fiscal diferente a una u otra fuente de financiación, por lo que el hecho de que en la financiación pueda intervenir el socio exige que ello no venga presidido por un empleo artificioso de la norma fiscal.

Es por ello que de la jurisprudencia analizada se advierte que los órganos de comprobación de la Administración tributaria analizan detenidamente los supuestos en los que la financiación proviene directamente de los socios de la compañía y, al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la LGT, identifican la verdadera naturaleza jurídica de la operación. En consecuencia, se debe tener muy presente la causa y motivo de este tipo de financiación, que debe venir presidida por una **motivación económica clara que entendemos debe venir con una prueba que permita llegar a la misma conclusión a cuantos valoren la operación.**

«Es lícito escoger la vía fiscal más beneficiosa, siempre que se evite encubrir la verdadera naturaleza de la operación y se actúe conforme a criterios de racionalidad económica y lógica empresarial»

En este sentido, de no cumplir con lo indicado respecto a la motivación económica clara, existe el riesgo de que los gastos financieros en que se incurra se consideren fiscalmente no deducibles.

Adicionalmente, también se ha de tener presente que al tratarse de una operación vinculada también puede ocurrir que se cuestione la valoración a mercado de la operación, aplicando las reglas fiscales de operaciones vinculadas, que también deben ser objeto de una especial atención para evitar cualquier tipo de riesgo fiscal.

En definitiva, resulta perfectamente lícito que, entre las distintas opciones de financiación que una empresa tenga a su disposición, se escoja la vía fiscal que les sea más beneficiosa, haciendo uso de la economía de la opción, siempre y cuando se actúe conforme a Derecho, evitando encubrir la verdadera naturaleza de las operaciones y actuando orientados en todo momento por criterios de racionalidad económica y lógica empresarial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Comisión consultiva, *Informe sobre conflicto en la aplicación de la norma: conflicto nº 1*, (septiembre de 2018).
- Comité de Expertos del Ministerio de Hacienda, *Libro Blanco sobre la reforma tributaria* (marzo de 2022).
- GARCÍA NOVOA, C. *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*. Marcial Pons (2016).
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, C. Y LÓPEZ-TELLO, L. *La deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de los intereses de demora tributarios*, Papers AEDAF, núm. 11 (2016), pág. 29.

— TIPKE, K., *Neueordnung der Familienbesteuerung*, StbKongrRep (1983).

- (1) Comité de Expertos del Ministerio de Hacienda, *Libro Blanco sobre la reforma tributaria* (marzo de 2022).
[Ver Texto](#)
- (2) Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
[Ver Texto](#)
- (3) GARCÍA NOVOA, C., *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*. Marcial Pons (2016).
[Ver Texto](#)
- (4) Directiva (UE) 2016/1164 Del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.
[Ver Texto](#)
- (5) STS de 8 de febrero de 2021, nº de recurso 3071/2019.
[Ver Texto](#)
- (6) Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.
[Ver Texto](#)
- (7) STSJC de 10 de junio de 2020, nº de recurso 1149/2019.
[Ver Texto](#)
- (8) SAN de 23 de marzo de 2022, nº de recurso 690/2018.
[Ver Texto](#)
- (9) SAN de 21 de febrero de 2022, nº de recurso 160/2019.
[Ver Texto](#)
- (10) Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
[Ver Texto](#)
- (11) STS de 19 de diciembre de 2003, nº de recurso 7409/1998.
[Ver Texto](#)
- (12) HERNÁNDEZ LÓPEZ, C. Y LÓPEZ-TELLO, L., «La deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de los intereses de demora tributarios», *Papers AEDAF*, núm. 11 (2016), pág. 29.

[Ver Texto](#)

(13) TIPKE, K., *Neueordnung der Familienbesteuerung*, StbKongrRep (1983).

[Ver Texto](#)

(14) STC de 14 de julio de 1994, nº de recurso 1857/91.

[Ver Texto](#)

(15) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

[Ver Texto](#)

(16)
SAN de 2 de febrero de 2022, nº de recurso 561/2018.

[Ver Texto](#)

(17) Comisión consultiva, *Informe sobre conflicto en la aplicación de la norma: conflicto nº 1* (septiembre de 2018).

[Ver Texto](#)