

Gastos financieros asociados a la distribución de fondos propios

Análisis de las **SSTS de 26 de julio, recs. núms. 4762/2020 y 5693/2020**, y **21 de julio de 2022, rec. núm. 5309/2020**

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de la Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

La presente colaboración se adentra en los pronunciamientos judiciales relativos a las operaciones de distribución de fondos propios a los socios o accionistas, bajo diversas técnicas jurídicas, financiadas mediante endeudamiento. La jurisprudencia sobre la materia se ha consolidado con las tres sentencias del Tribunal Supremo mencionadas en el encabezamiento, pero es lo cierto que el conflicto número 9, publicado por la Agencia Tributaria al tiempo de emitirse aquellas, ha añadido nuevos elementos de reflexión. Al hilo de ellos, se formula una sugerencia de reforma normativa a concretar con la transposición de la Directiva 2016/1164.

Nota: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso

1. Supuestos de hecho

Las tres sentencias del Tribunal Supremo (TS) versan sobre la deducción de los intereses correspondientes a los préstamos tomados para distribuir fondos propios a los socios, bajo distintas modalidades.

En la Sentencia de 21 de julio de 2022 (rec. núm. 5309/2020 –NFJ087035–) se repartieron beneficios y reservas de libre disposición, mediante un préstamo recibido de la entidad matriz, residente en Luxemburgo.

En la Sentencia de 26 de julio de 2022 (rec. núm. 4762/2020 –NFJ087030–) se recibió un préstamo de dos entidades de crédito residentes en territorio español, empleado, en parte, para adquirir acciones propias para su amortización.

En la Sentencia de 26 de julio de 2022 (rec. núm. 5693/2020 –NFJ087027–) se redujo el capital a cero, con la consiguiente devolución de aportaciones para, posteriormente, proceder a una ampliación de capital mediante aportación no dineraria de acciones, generándose una prima de emisión que, seguidamente, fue, en parte, repartida entre los accionistas, a cuyo efecto se concertó un préstamo con la sucursal española de una entidad de crédito extranjera.

En los tres casos, los tribunales de instancia desestimaron el recurso, planteado por el contribuyente.

En los tres casos, los autos de admisión del recurso de casación se expresaron en los siguientes términos:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

- Determinar si cualquier gasto acreditado y contabilizado que no denote una correlación directa e inmediata con un ingreso empresarial ha de constituir necesariamente una liberalidad no deducible, aun cuando ese gasto no pueda ser considerado estrictamente, como un donativo o una liberalidad gratuita.
- Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación los artículos 10.3 y 14.1 a) y e) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo; el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre.

Lo novedoso de los autos de admisión, respecto del relativo a la misma materia, antecedente de la Sentencia del TS, de 30 de marzo de 2021 (rec. núm. 3454/2019 –NFJ081566–), es la mención al artículo 14.1 a) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre sociedades de 2004, el cual declara no deducibles los gastos que «representen una retribución de los fondos propios».

En los tres casos, el TS estimó el recurso.

Aun cuando las controversias se produjeron y fueron resueltas bajo la vigencia del texto refundido de 2004, tienen plena actualidad en los periodos impositivos regidos por la Ley 27/2014, por cuanto los preceptos aplicables no han sufrido variación.

2. Doctrina del tribunal

Las tres sentencias sientan la misma doctrina, en línea con la establecida por el TS en la Sentencia citada anteriormente de 30 de marzo de 2021 (rec. núm. 3454/2019 –NFJ081566–), relativa a un supuesto de adquisición de acciones propias para su amortización financiada mediante préstamos, al tiempo que efectúan una leve consideración adicional respecto de la cuestión de la retribución de fondos propios.

Las tres sentencias reproducen lo concluido en dicha sentencia, en la que el Alto Tribunal dijo:

el art. 14.1 e) del Real Decreto Legislativo 4/2004, debe interpretarse en el sentido de que los gastos acreditados y contabilizados no son deducibles cuando

constituyan donativos y liberalidades, entendiéndose por tales las disposiciones de significado económico, susceptibles de contabilizarse, realizadas a título gratuito; serán, sin embargo deducibles, aquellas disposiciones –que conceptualmente tengan la consideración de gasto contable y contabilizado– a título gratuito realizadas por relaciones públicas con clientes o proveedores, las que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa y las realizadas para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, y todas aquellas que, no comprendidas expresamente en esta enumeración, respondan a la misma estructura y estén correlacionadas con la actividad empresarial dirigidas a mejorar el resultado empresarial, directa o indirectamente, de presente o de futuro, siempre que no tengan como destinatarios a socios o partícipes.

Las tres sentencias complementan esa doctrina, añadiendo lo siguiente:

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 Impuesto de Sociedades siempre que cumplan con los requisitos generales de deducibilidad del gasto, esto es, inscripción contable, imputación con arreglo a devengo, y justificación documental.

Y, en fin, las tres sentencias hacen una breve alusión a la «retribución de los fondos propios», observando que:

conforme a lo expresado, no cabe calificar estos gastos como donativos o liberalidades no deducibles, por no ser de aplicación el art. 14.1 e) TRLIS, así como, en las circunstancias del caso, tampoco pueden ser considerados como una retribución de fondos propios que hubiera de quedar excluida de la condición de gastos deducibles por aplicación del art. 14.1 a) TRLIS.

Así pues, las tres sentencias fundamentan la deducción de los gastos financieros correspondientes a los préstamos tomados para distribuir, bajo distintas modalidades, los fondos propios, en tres argumentos:

- No pueden ser calificados como disposiciones constitutivas de liberalidades, por cuanto corresponden a negocios jurídicos con indudable causa onerosa. Por tanto, no están afectados por la no deducción de las liberalidades, en el sentido del artículo 14.1 e) del texto refundido de 2004, así como del artículo 15 e) de la Ley 27/2014.

- Aunque no estén correlacionados con un ingreso específico, lo están con la actividad de la entidad. Por tanto, no opera la causa de no deducción constituida por la carencia de correlación entre ingresos y gastos, prevista en el artículo 14.1 e) del texto refundido de 2004 y en el artículo 15 e) de la Ley 27/2014.
- No constituyen una retribución de los fondos propios. Por tanto, no están afectados por lo establecido en el artículo 14.1 a) del texto refundido de 2004 o en el artículo 15 a) de la Ley 27/2014.

3. Comentario crítico

Como se ha indicado, las tres sentencias se apoyaron en la Sentencia de 30 de marzo de 2021 (rec. núm. 3454/2019 –NFJ081566–) la cual, al hilo de una operación de adquisición de acciones propias para su amortización, financiada mediante un préstamo, enfocó la cuestión desde la perspectiva de la correlación entre ingresos y gastos, esto es, del artículo 14.1 e) del texto refundido de 2004, concluyendo que los intereses correspondientes eran deducibles¹.

En la citada Sentencia de 30 de marzo de 2021 no se abordó la posible consideración de esos intereses como retribución de los fondos propios y, por ende, no deducibles por aplicación del mandato previsto en el artículo 14.1 a) del texto refundido de 2004, actualmente recogido en el artículo 15 a) de la Ley 27/2014. Puesto que los autos de admisión mencionaron, entre otros, como precepto a interpretar a aquel artículo, era de esperar que las sentencias ahondaran en esa materia. Sin embargo, como se verá, las referencias a la misma no han sido significativas.

Ciertos antecedentes alentaban la esperanza de que el TS hiciera, al respecto, un pronunciamiento elaborado. Así, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 21 de enero de 2021 (RG 4560/2019 –NFJ085495–), ante un caso en el que la entidad adquirió sus propias acciones para su amortización sobre la base de un pacto previo entre socios, después de argumentar, en línea con la inspección tributaria, que los intereses no eran deducibles por cuanto el préstamo se tomaba en interés de los socios pero no de la entidad prestataria, se plegó ante la Sentencia de 30 de marzo de 2021, anulando la liquidación, pero dejando caer que:

este TEAC llama la atención sobre la posibilidad de que en casos como el presente, los gastos financieros devengados a resultas de operaciones realizadas por una sociedad y asumidos total o parcialmente en beneficio de los socios o partícipes, pudieran considerarse retribución de los fondos propios cuya deducibilidad se ve

¹ Esta sentencia fue comentada por Sanz Gadea (2021).

igualmente vedada por el artículo 14.1 a) (actual art. 15 a) LIS). Cuestión que este órgano revisor no aborda al no haber constituido el fundamento de la regularización aquí cuestionada.

Tal esperanza apenas ha quedado satisfecha.

3.1. La retribución de los fondos propios

En la Sentencia de 21 de julio de 2022 (rec. núm. 5309/2020 –NFJ087035–), a la que se remiten las Sentencias de 26 de julio de 2022 (recs. núms. 4762/2020 –NFJ087030– y 5693/2020 –NFJ087027–), se dice lo siguiente:

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; tampoco se ha sostenido por la Administración que se trate de retribución de fondos propios (art. 14.1 a) TRLIS, que dispone que no tendrán la consideración de gastos deducibles los que representen una retribución de fondos propios) porque, obviamente, los gastos financieros de un préstamo no tienen esta consideración, y la mención de la sentencia acerca de que «[...] el reparto de dividendos no genera un gasto fiscalmente deducible en virtud del art. art. 14.1 a) del TRLIS [...]» carece del menor desarrollo o argumentación, y ni siquiera explica la conexión que parece sugerir. Y aunque el acta de inspección y la resolución del TEAR de Cataluña, 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.

El texto precedente es suficientemente revelador. La sentencia no entró a examinar, en profundidad, si los intereses del préstamo asociado a la distribución de fondos propios podrían ser considerados como retribución pagada a los socios, limitándose a indicar las causas de tal proceder.

Así, en primer lugar, porque la inspección tributaria no había fundamentado su regularización en el artículo 14.1 a) sino en el artículo 14.1 e), ambos del texto refundido de 2004 y, en segundo lugar, porque la sentencia del tribunal de instancia, en el caso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia de 10 de junio de 2020, rec. núm. 1149/2019 –NFJ079285–), aun cuando sí había argumentado en función del artículo 14 a), lo había hecho de manera insuficiente. Mas debiendo dar respuesta al auto de admisión, se limitó a indicar que era obvio que tales intereses no tenían la consideración de retribución de los

fondos propios. Respuesta tajante, pero poco ilustrativa porque, en efecto, una vez admitida la vinculación entre el préstamo y la distribución de los fondos propios, había lugar a indagar si aquel se tomaba en beneficio de la entidad o de sus accionistas, pues si lo fuere en el de estos, los intereses no serían fiscalmente deducibles.

Hubiera podido argumentar el TS que, una vez tomado el acuerdo de distribuir los fondos propios, bajo la modalidad que fuere, si no existiese suficiente tesorería habría que liquidar activos o tomar un préstamo. No hay otra alternativa. Si se liquidan activos la actividad económica de la entidad se verá mermada. Para mantenerla se debe acudir al préstamo. Desde esta perspectiva, el préstamo se toma en beneficio de la entidad, antes que de sus socios y, consecuentemente, los intereses no podrían ser considerados como retribución de los fondos propios, en el sentido de los artículos 14.1 a) del texto refundido de 2004 y 15 a) de la Ley 27/2014.

En cierto modo, las sentencias que se comentan apuntan en el sentido del argumento precedente, en cuanto indican 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» deben ser considerados fiscalmente deducibles. Esa vinculación entre el préstamo y el ejercicio de la actividad aleja a los gastos financieros correspondientes del supuesto de hecho de los artículos 14.1 a) del texto refundido de 2004 y 15 a) de la Ley 27/2014.

El argumento precedente da pie al corolario consistente en que si la distribución acordada excediera de los fondos propios, el montante del préstamo correspondiente al exceso no estaría financiando los activos de la entidad, sino la distribución de beneficios futuros y, por ende, los intereses inherentes no serían fiscalmente deducibles.

3.2. La distribución en exceso sobre los fondos propios

Pudiera parecer exorbitante una distribución a favor de los socios que excediera de los fondos propios, habida cuenta de lo previsto en el artículo 272 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital (TRLSC). Sin embargo, los tribunales de justicia se han hecho eco de tal supuesto.

Este caso puede acaecer cuando la distribución se efectúe mediante una adquisición de acciones propias para su amortización, operación prevista en los artículos 140.1 b) y 144 a) del TRLSC, cuyo valor de mercado sea superior a su valor contable.

La cuenta 109 del Plan General de Contabilidad (PGC) establece que las acciones o participaciones propias adquiridas por la empresa en ejecución de un acuerdo de reducción del capital «figurarán en el patrimonio neto, con signo negativo», de manera tal que dicha cuenta «se cargará por el importe de la adquisición de las acciones, con abono, generalmente, a cuentas del subgrupo 57» y «se abonará por la reducción de capital, con cargo a la

cuenta 100 por el importe del nominal de las acciones o participaciones. La diferencia entre el importe de adquisición de las acciones o participaciones y su valor nominal se cargará o abonará, según proceda, a cuentas del subgrupo 11», esto es, a cuentas representativas de «reservas y otros instrumentos de patrimonio neto». El efecto patrimonial de la adquisición de acciones propias para su amortización es la reducción de capital con devolución de aportaciones y el reparto de reservas.

Cuando el valor de mercado de las acciones propias adquiridas exceda de su valor contable, las reservas imputables a las mismas no serán suficientes. En tal caso, surge la interrogante de la cuenta a utilizar, esto es, una específica o bien las restantes reservas, pero, incluso, pudiera acontecer que estas últimas no fuesen bastantes.

La consulta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) número 3 –NFC010556– (BOICAC 40/1999) aborda tal supuesto indicando lo siguiente:

en la medida en que la diferencia existente entre el importe de adquisición de las acciones y su valor nominal fuese mayor que el total de las reservas susceptibles de aplicación de acuerdo con la legislación mercantil, la sociedad deberá proceder a la creación de una partida de reservas con denominación adecuada cuya naturaleza contable determina su inclusión en el pasivo del balance con signo negativo minorando los fondos propios, ya que en el fondo dicho importe se identifica, en general, con resultados a generar en el futuro que hoy se abonan por la sociedad.

Cuando se pague por la adquisición de las acciones propias un precio que exceda de su valor contable, se están entregando a los socios beneficios que se espera realizar en el futuro. Sin embargo, la reserva negativa solo se presentará, en los términos de la consulta citada, si el total importe pagado rebasa los fondos propios.

El préstamo tomado en esas circunstancias no solo permite el mantenimiento de los activos, sino que también implica, en la porción correspondiente, la entrega a los socios de activos no derivados de la actividad económica realizada hasta el momento por la entidad. Estos activos se generarán a lo largo de los ejercicios sucesivos y su impacto sobre el patrimonio de la entidad se reflejará plenamente en el resultado de explotación, pero no en el resultado contable, el cual quedará menguado respecto de aquel en el importe de los intereses del préstamo.

Algunas sentencias de los tribunales de justicia, relativas a la adquisición de acciones propias para su amortización han puesto de relieve la significación financiera del exceso de precio pagado sobre el valor contable, mediando la inexistencia de fondos propios bastantes y la necesaria concertación de un préstamo.

En este sentido, el Alto Tribunal, en la Sentencia de 20 de mayo de 2010 (rec. núm. 2970/2005 –NFJ039290–), explicó:

si la sociedad no tiene reservas suficientes para aplicarlas en la reducción del capital, en tal caso el exceso del precio de adquisición de las acciones propias sobre el valor del nominal del capital amortizado y las reservas expresas objeto de reducción, a efectos contables, no representan un gasto sino que se recoge en una cuenta de reservas con saldo negativo (saldo deudor) que minora los fondos propios de la sociedad. Dicho saldo representa la parte de las reservas tácitas de la sociedad que aflorarán en el futuro a las cuales no renuncia el socio que ve amortizada su participación.

En la misma línea, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2018 (rec. núm. 72/2016 –NFJ070326–) argumentó:

la compra de acciones propias se realizó por un importe de 98.391 millones de euros (a un precio de 25,30 euros por cada participación de un 1 de nominal) y los fondos propios eran de solo 24 millones de euros, derivando como consecuencia unos fondos propios negativos por importe de –74,323 millones de euros [...] se trata de distribución de beneficios por resultados que se generarán en el futuro por la sociedad.

La Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2015 (RG 4085/2013 –NFJ060457–) extrajo la consecuencia lógica de tal calificación, señalando que

no se está negando por este Tribunal ni por la Inspección la deducibilidad de los gastos financieros asociados a cualquier distribución de beneficios, sino solo la de los «intereses computados por el obligado tributario por el préstamo participativo obtenido de la sociedad vinculada HD, SARL, en el importe correspondiente a los fondos propios negativos derivados de la operación de compra y amortización de participaciones propias, hasta el momento en que se restaura el equilibrio patrimonial de la entidad con la ampliación de capital producida el 28 de octubre de 2008, por constituir retribución a los socios que tienen la consideración de gasto fiscalmente no deducible...

En suma, los intereses inherentes a aquella parte del préstamo correspondiente a la reserva negativa no serán deducibles por cuanto benefician a los socios, en la medida en que perciben un beneficio antes del momento de su realización por la entidad.

En el precio de adquisición de las acciones propias, pueden distinguirse, idealmente, tres componentes, a saber, la devolución de las aportaciones, la entrega de reservas y la entrega de beneficios futuros. Esto da pie a sugerir que el componente de los beneficios futuros habría de ser reflejado con la contrapartida de una reserva negativa. De esta manera, se dibujan dos formas de calcular la reserva negativa.

Una de ellas, en términos específicos, es el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de cada acción propia y su valor contable multiplicado por el número de accio-

nes adquiridas. Otra, en términos brutos, es el exceso del total precio de adquisición de las acciones propias sobre el importe de los fondos propios. Se trata, bien se ve, de dos cálculos distintos que conducen a importes diferentes de la reserva negativa.

Los tribunales de justicia, el TEAC y el ICAC se han referido a la segunda forma.

La reserva negativa es el reflejo de la distribución de beneficios futuros y, por ende, la porción de préstamo a ella imputable se toma en beneficio de los socios. Consecuentemente, los intereses derivados de esa porción no deberían ser deducibles, por aplicación de lo previsto en los artículos 14.1 a) del texto refundido de 2004 y 15 a) de la Ley 27/2014.

La Sentencia de 26 de julio de 2022 (rec. núm. 4762/2020 –NFJ087030–) pudo entrar en esta cuestión, aun cuando fuere a modo de *obiter dicta*, ya que versó sobre una operación de adquisición de acciones propias para su amortización, pero no lo hizo, por cuanto se remitió, plenamente, a la Sentencia de 21 de julio de 2022 (rec. núm. 5309/2020 –NFJ087035–), en la cual no cabía ninguna reflexión sobre la misma, ya que abordó la distribución directa de resultados y reservas libres.

Las tres sentencias comentadas han tenido como supuesto de hecho la entrega de patrimonio a favor de los socios y de ahí que, en principio, pudiera parecer pertinente la formulación de una doctrina uniforme. Sin embargo, la distribución de patrimonio mediante adquisición de acciones propias para su amortización puede dar lugar, desde la perspectiva de la entidad que la efectúa, al reparto de beneficios futuros e, incluso, a la generación de reservas negativas, las cuales, evidentemente, no aparecerán en el caso de la distribución del beneficio, de las reservas o, como se verá seguidamente, de la prima de emisión.

3.3. La distribución de la prima de emisión

La cuenta 110 del PGC describe la prima de emisión o de asunción como «la aportación realizada por los accionistas o socios en el caso de emisión y colocación de acciones o participaciones a un precio superior a su valor nominal».

La prima de emisión representa el mayor valor de las acciones emitidas respecto de su valor nominal. Ese mayor valor incorpora, idealmente, el importe de las reservas existentes más, eventualmente, el de los beneficios futuros. El componente de beneficios futuros se presenta cuando el valor de emisión de las nuevas acciones supere su valor contable. En este sentido, la distribución de la prima de emisión podría implicar, idealmente, la distribución de beneficios futuros.

Sin embargo, a diferencia de lo que puede ocurrir en el caso de la adquisición de acciones propias para su amortización, la distribución de la prima de emisión no dará lugar a la aparición de una reserva negativa.

Bajo la consideración precedente, el préstamo tomado para financiar la operación de distribución de la prima de emisión se hace en beneficio de la entidad, en cuanto financia los activos que la misma aplica a la realización de sus actividades y, consecuentemente, los intereses de los préstamos tomados al efecto no se hallan afectados por la causa de no deducción de los artículos 14.1 a) del texto refundido de 2004 y 15 a) de la Ley 27/2014.

3.4. Conflicto en aplicación de la norma tributaria

En el mismo mes en el que se dictaron las sentencias que se comentan, julio de 2022, la Agencia Tributaria publicó el conflicto número 9 (NCR011328), «Gastos financieros derivados de un préstamo destinado a la devolución de una prima de emisión».

La operación, detalladamente descrita en el informe de conflicto consistió, en síntesis, en la aportación, por parte de una entidad residente en el extranjero (RSTBV), de las acciones de una entidad operativa residente en territorio español (PQSA) a una entidad creada al efecto residente en territorio español (PQH), la cual formó grupo fiscal con la anterior. Esa aportación generó una prima de emisión que, en parte, fue inmediatamente distribuida, a cuyo efecto, una entidad del grupo mercantil residente en el extranjero (PQBV) facilitó un préstamo, financiado, a su vez, mediante otro préstamo concedido por una entidad de crédito residente en el extranjero.

El informe de conflicto concluyó lo siguiente:

se realizaron una serie de operaciones que consistieron en la creación de sociedades interpuestas, aportación de acciones de PQ SA a PQ HOLDING, generando una prima de emisión, la distribución inmediata de dividendos con cargo a la prima de emisión generada, y la financiación de esa distribución con un préstamo, operaciones de las que 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 de naturaleza estrictamente tributaria.

El informe de conflicto argumentó:

el efecto de estas operaciones es el gasto financiero que se coloca en PQ HOLDING, y por tanto en el grupo PQ, como consecuencia de la restitución a su socio único, de lo que, constituyó un anticipo de beneficios potenciales futuros, efectuado, no a expensas de su socio, que recibió los fondos, sino a cargo del propio grupo español, en quien se colocó, indebidamente, pues ninguna utilidad percibía, la carga financiera correspondiente, con la consiguiente erosión de la base imponible en España.

Así pues, el informe de conflicto observó que, además de no apreciarse en la operación otro efecto práctico que el puramente fiscal, la misma envolvía la distribución de beneficios futuros.

Sin embargo, como se ha visto en el epígrafe precedente, la distribución de una prima de emisión nunca puede dar lugar a reservas negativas, de manera tal que la deducción de los intereses correspondientes podría hallar amparo en la doctrina ínsita en las sentencias que se comentan, en particular, en la de 26 de julio de 2022 (rec. núm. 5693/2020 –NFJ087027–).

La observación precedente, relativa a la mencionada Sentencia de 26 de julio de 2022, ha de ser matizada. En efecto, la entidad cuyas acciones fueron aportadas (PQSA) carecía de suficientes fondos propios para respaldar el importe de la prima de emisión distribuida por la entidad dominante (PQH), y de ahí que el informe de conflicto puntualizara:

sin la interposición de PQ HOLDING y la creación de la correspondiente prima de emisión, la casi inmediata devolución de 185 MM, financiada con préstamo a cargo del grupo español, no habría sido posible, pues en PQ SA no existían reservas que pudieran justificar una devolución por semejante importe (a 31-12-2013, según sus CCAA, tenía un capital de 77,58 MM y unas reservas de 18,09 MM)...

El efecto práctico de la operación ha sido entregar patrimonio al socio único por importe de 185 millones de euros, cuando los fondos propios de la entidad operativa, íntegramente participada, apenas rebasaba los 85 millones de euros. Si esa entrega de patrimonio se hubiera realizado por dicha entidad operativa (PQS), necesariamente mediante una adquisición de acciones propias para su amortización, se hubiera presentado la reserva negativa. Mas como se ha realizado en la forma expuesta, en el balance individual (PQH) no aparece tal reserva negativa. El balance consolidado registrará un fondo de consolidación, el cual es la expresión de beneficios futuros, así como el préstamo contraído y la desaparición, parcial, de la prima de emisión.

Se abre así una línea de reflexión adicional a la procurada por la Sentencia de 26 de julio de 2022 (rec. núm. 5693/2020 –NFJ087027–). En esta sentencia no se indagó respecto de la composición y cuantía de los fondos propios de la entidad cuyas acciones fueron aportadas. En el caso del conflicto, por el contrario, esa circunstancia fue considerada. En efecto, el informe de conflicto, al hacer hincapié en que «la devolución de esta prima de emisión de forma casi inmediata a su creación es la que requiere el endeudamiento y pago de intereses para posibilitar el reparto de unos beneficios no realizados», acercó el debate al campo de la distribución de los beneficios no realizados, pero sin aportar un criterio concluyente ni, por ende, resolver a su tenor.

La consulta de la Dirección General de Tributos V1193/2020, de 30 de abril (NFC075949), contestando a una cuestión formulada precisamente por PQH, abundó en ese campo, advirtiéndolo:

en relación a la citada distribución de la prima de emisión, a efectos de la presente contestación se partirá del supuesto de que desde la fecha de adquisición (o constitución) por la sociedad holandesa H1 de la entidad consultante, esta última ha generado beneficios por importe superior al de la prima de emisión que se distribuye, de manera que dicha distribución, conforme a los criterios contables, pueda calificarse como de distribución de beneficios.

Nótese que la referida advertencia apunta a la generación de beneficios en la entidad que distribuyó la prima de emisión (PQH), de manera tal que incluso la generación de beneficios en sede de la entidad a la que domina a causa de la aportación no dineraria (PQSA), no hubiera sido suficiente para cumplimentar la hipótesis de referencia. Bajo tal hipótesis, la contestación admitió la deducción de los intereses.

El expediente de conflicto confirió, como no podría ser de otra manera, un valor fundamental al análisis de la lógica económica de la operación, de manera tal que «en la apreciación de la artificiosidad debe atenderse a si la valoración del conjunto de operaciones desarrolladas o de la estructura negocial desplegada responde a alguna lógica empresarial o, en cambio, se reduce a la persecución de una estricta ventaja fiscal».

Fue la apreciación, a juicio de la Administración tributaria, de la carencia de una lógica económica en la operación, lo que decantó la conclusión a la que llegó el informe de conflicto, por cuanto «la artificiosidad de las operaciones, globalmente consideradas, la inexistencia de efectos económicos relevantes que justifiquen llevar a cabo las referidas operaciones y el ahorro fiscal obtenido a través de las mismas permiten concluir que concurren las circunstancias previstas en el artículo 15 de la LGT». De esta manera, el caso se situó en la permanente dialéctica entre el fraude a la ley tributaria o conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la denominada economía de opción, antes que en el campo de la retribución de los fondos propios.

El informe de conflicto concluyó que «**PROCEDE DECLARAR**, con el carácter vinculante que confiere a este informe el artículo 159.6 LGT: LA EXISTENCIA DE CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA».

Establece el artículo 15.3 de la Ley General Tributaria que «en las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora».

Consecuentemente, la inspección tributaria habrá podido practicar una liquidación en la que los intereses del préstamo relacionado con la prima de emisión distribuida habrán sido considerados fiscalmente no deducibles, a efectos de determinar la base imponible del impuesto sobre sociedades. Y no solo, quizás, respecto del exceso de la prima distribuida sobre los fondos propios de la entidad participada (PQS), sino de su totalidad.

En este punto, conviene preguntarse por la relación entre la resolución del informe de conflicto y la doctrina del TS, decantada en las tres sentencias que se comentan. En principio, cabe señalar que no hay oposición entre una y otra, por cuanto todas las sentencias han indicado 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».

Recuerda la Sentencia de 21 de julio de 2022 (rec. núm. 5309/2020 –NFJ087035–) que «no es correcto sostener que no había necesidad de acometer esta operación de préstamo porque los fondos propios disponibles (reservas voluntarias) podrían haber servido al mismo fin», por cuanto la Administración tributaria no debe cuestionar «las decisiones de gestión de los recursos económicos de la empresa».

Por tanto, si el caso resuelto en el informe de conflicto llegase a sustanciarse ante los tribunales de justicia, como así es posible, los mismos habrán de pronunciarse acerca de si la operación es artificiosa y dirigida a obtener una pura ventaja fiscal o, por el contrario, se inscribe en el marco de las acometidas en el ejercicio de la libertad de empresa, si bien no cabe descartar que también analicen si la operación procuró, en términos consolidados, el efecto propio de la generación de una reserva negativa, en cuyo caso el artículo 14.1 a) del texto refundido de 2004 o el artículo 15 a) de la Ley 27/2014 rechazarían la deducción de los intereses, en la proporción correspondiente a aquella.

3.5. Préstamos intragrupo asociados a transmisiones de acciones intragrupo

En similar sentido, también parece útil comentar si la operación objeto del informe de conflicto pudiera ser subsumida en el artículo 14.1 h) del texto refundido de 2004, actual artículo 15 h) de la Ley 27/2014. Estos preceptos rechazan la deducción de los intereses

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

Ciertamente, la entidad que distribuyó la prima de emisión (PQH) adquirió las acciones mediante una aportación, esto es, tal adquisición no se financió mediante endeudamiento, pero la distribución parcial de la prima de emisión fue financiada mediante un préstamo recibido de otra entidad del grupo mercantil (PQBV), de forma tal que podría argumentarse

que el efecto práctico final fue que tal adquisición, en parte, se financió mediante un préstamo intragrupo.

Así las cosas, el análisis retorna a la consideración de la existencia de motivos económicos válidos de la operación o, de otra manera, a su lógica económica y, por ende, a la confrontación entre fraude o conflicto y economía de opción, materia que ha venido siendo objeto de reiterada atención por parte de los tributaristas².

En el ámbito de la aplicación de los artículos 14.1 h) del texto refundido de 2004 y 15 h) de la Ley 27/2014, la prueba de la concurrencia de los hechos determinantes de tal lógica recaería sobre la entidad contribuyente, una vez admitido, evidentemente, que se ha producido el supuesto de hecho contemplado en los mismos, en tanto que en el de la aplicación del artículo 15 de la Ley General Tributaria, correspondería a la inspección tributaria negarla.

Con todo, la propia existencia del informe de conflicto parece descartar la pertinencia de la aplicación de los aludidos preceptos de la Ley del impuesto sobre sociedades.

3.6. La perspectiva de grupo

Durante las pasadas dos décadas, se desarrolló lo que, habitualmente, suele denominarse el «conflicto de los gastos financieros». En síntesis, versó sobre la deducción de los intereses derivados de los préstamos intragrupo tomados para adquirir acciones intragrupo.

La mayor parte de esos conflictos se presentaron en sede de entidades residentes en territorio español pertenecientes a grupos multinacionales. La Administración tributaria entendió que las operaciones en cuestión eran artificiosas y carentes de sentido económico, sin otro objetivo que el de generar gastos financieros con la finalidad de obtener un ahorro fiscal irregular, en tanto que los contribuyentes afectados alegaron, básicamente, el sentido económico de sus operaciones, amparadas en la libertad de empresa, así como que la posición administrativa infringía ciertas normas del Derecho de la Unión Europea. El conflicto se residenció, por tanto, en el ámbito del fraude a la ley tributaria o del conflicto, según los periodos impositivos, salvo contadas excepciones.

En unos casos, los más, los tribunales de justicia estimaron que estas operaciones carecían de lógica económica y que no tenían otra finalidad que la puramente fiscal, pero en

² Sin ánimo exhaustivo, se citan ciertas publicaciones relativamente recientes: Palao Taboada (2020); Palao Taboada y Salvador Coderch (2022); Delgado Pacheco (2018); Ruiz Almendral (2006); Durán-Sindreu (2007); Calderón Carrero y Quintas Seara (2015); Nocete Correa (2016); Serrano Antón (2022); Martín Jiménez (2012); Falcón Tella (2011); Herrera Molina y García-Herrera Blanco (2004).

otros, los menos, concluyeron que la Administración tributaria no había probado suficientemente los hechos determinantes de la irregularidad.

El legislador tomó cartas en el asunto, rechazando la deducción de los intereses así configurados, mediante una norma introducida por el Real Decreto-Ley 12/2012, actualmente recogida en el artículo 15 h) de la Ley 27/2014, dando explícito respaldo a la posición que había venido manteniendo la Administración tributaria, mediante una mención en la exposición de motivos del decreto-ley.

El conflicto número 9 da cuenta de la aparición de una nueva controversia, que presenta algunos rasgos similares con la relativa al «conflicto de los gastos financieros», cuyo desenlace pertenece al futuro.

Contempladas estas controversias desde el prisma de la aplicación de las normas tributarias, seguramente han discurrido por el cauce jurídico apropiado, esto es, el del fraude a la ley tributaria o el del conflicto en aplicación de la norma tributaria, pero si se enfocan desde la perspectiva de la distribución equilibrada de la carga financiera de un grupo multinacional entre las diversas entidades o establecimientos permanentes que lo integran, se revelan perfiles que apuntan hacia una forma distinta de resolución. Ahora bien, esa distribución equilibrada procura la equidad entre jurisdicciones fiscales, la cual es la piedra angular del sistema internacional de tributación de los beneficios. El problema, entonces, es la técnica tributaria a emplear para lograrla.

Pues bien, la regla, de raigambre contable, de que todo el pasivo financia indistintamente todo el activo, suministra un criterio de fácil aplicación y absolutamente objetivo, para identificar el importe de los gastos financieros que deben soportar las entidades residentes en las distintas jurisdicciones fiscales concernidas y, por ende, rechazar, en su caso, el identificado como excesivo.

Tal regla, en definitiva, no es sino una consecuencia de la equivalencia contable básica (García-Olmedo Domínguez, 2011):

$$\text{Activo no corriente} + \text{Activo corriente} = \text{Patrimonio neto} + \text{Pasivo no corriente} + \text{Pasivo corriente}$$

Esta equivalencia denota que todos los elementos patrimoniales del activo están financiados por todas las partidas del pasivo, sin que pueda establecerse una vinculación entre determinados elementos patrimoniales y determinadas partidas integrantes de los fondos propios o del endeudamiento.

Cuestión distinta, no contradictoria con la citada regla, es que sea aconsejable, en términos de estabilidad económica, mantener una determinada estructura financiera en relación con la naturaleza y aplicación de los distintos componentes del activo.

Nótese que cuando el TS admite la deducción de las partidas de gasto financiero que «estén correlacionadas con la actividad empresarial», esto es, no con un determinado ingreso o activo, está argumentando en la órbita de la meritada regla.

La consecuencia fiscal de esa regla es que ninguna objeción debiera hacerse a la deducción de los gastos financieros de las entidades pertenecientes a la rama española de un grupo multinacional, ya sean pagados a terceros o a otras entidades del grupo, en la medida en que guardaren una proporción con los activos que aporten al balance consolidado, que no rebasare aquella que existiese entre los gastos financieros consolidados totales y el activo consolidado total. E, inversamente, serían rechazables los que la rebasaren.

Repárese que, entre los activos aportados al balance consolidado por las distintas entidades y establecimientos permanentes, no se encuentran las acciones intragrupo, puesto que las mismas no forman parte del balance consolidado.

En consecuencia, las proporciones a comparar serían las siguientes:

- Gastos financieros individuales/Activo individual – Acciones intragrupo.
- Gastos financieros consolidados/Activo consolidado.

En definitiva, bajo la técnica tributaria expuesta, sería irrelevante el contexto de las circunstancias en las que se concierten los préstamos, esto es, sería indiferente que financiaran la adquisición de acciones de entidades del grupo o acciones propias o, en fin, pudieran guardar alguna relación con la distribución de fondos propios. Lo único relevante sería el mantenimiento de la equidad interjurisdiccional construida sobre la regla enunciada. Así, los intereses inherentes a los préstamos presuntamente asociados a la adquisición de acciones intragrupo u otro negocio jurídico concebido para generarlos serían fiscalmente deducibles si, conjuntamente con los restantes intereses, no rebasasen la proporción de referencia y, por la misma razón, no lo serían los que la superasen, aun cuando no concurrieren tales operaciones.

Con todo, debieran admitirse las excepciones debidamente justificadas.

La transposición de la Directiva 2016/1164 ofrece al legislador la oportunidad de introducir un precepto que incorpore esa técnica tributaria, ya que su artículo 4.5 así lo ampara, si bien a modo de opción, al establecer:

cuando el contribuyente sea miembro de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera, se le podrá otorgar el derecho [...] a deducir íntegramente los costes de endeudamiento excedentarios si puede demostrar que la razón entre

sus fondos propios y el total de sus activos es igual o superior a la razón equivalente del grupo...

En efecto, la comparación entre una y otra *razón* determina un resultado semejante al derivado de la realizada con base en las proporciones enunciadas. No obstante, se estima que estas proporciones son más ventajosas, por cuanto no están afectadas por la calificación, no siempre fácil, de una determinada partida como perteneciente a los fondos propios o al endeudamiento.

Por otra parte, para que la razón prevista en la norma comunitaria sea correcta, es preciso aminorar el activo y los fondos propios de la entidad individual en el importe del activo representado por las acciones mantenidas sobre otras entidades del grupo.

En consecuencia, las razones a comparar deberían ser las siguientes:

- Fondos propios individuales aminorados/Activo individual – Acciones intragrupo.
- Fondos propios consolidados/Activo consolidados.

En fin, esta comparación de razones no es sensible a la diferencia del coste de los pasivos financieros, a diferencia de las proposiciones anteriormente sugeridas, que sí lo son, ganándose así en objetividad y sencillez.

Se advertirá que la técnica de comparar las razones o proporciones de endeudamiento tiene sentido en cuanto se admita que el problema a resolver es la ubicación arbitraria de los gastos financieros, lo que únicamente puede ocurrir, básicamente, en el contexto de los grupos multinacionales. No obstante, para evitar cualquier tacha de discriminación debería extenderse su aplicación a los grupos nacionales.

El enfoque precedente sustituiría a las normas restrictivas de la deducción de gastos financieros de los artículos 15 h) y 16 de la Ley 27/2014.

3.7. Conclusiones

Primera. Las tres sentencias comentadas, en unión de otras precedentes, permiten sostener que los gastos financieros relativos a los préstamos relacionados con la distribución de fondos propios serán fiscalmente deducibles, en la generalidad de los casos.

Segunda. Las tres sentencias comentadas dejan la puerta abierta a que la Administración tributaria cuestione la deducción de esos gastos financieros, bajo la prueba de que la operación financiera acometida carezca de lógica económica y que su efecto práctico

no sea otro que obtener, ilegítimamente, un ahorro fiscal, sin que pueda ser cuestionada la que pertenezca al ámbito de las decisiones de gestión de los recursos económicos de la empresa.

Tercera. La regla de que todo el pasivo financia indistintamente todo el activo alumbró una vía diferente a las que, hasta el momento, han sido seguidas para enjuiciar la deducción de los gastos financieros. Esta vía, consistente en la comparación de proporciones financieras en el seno de un grupo multinacional, no tiene actualmente respaldo normativo, pero podría alcanzarlo a raíz de la transposición de la Directiva 2016/1164, aun cuando los antecedentes legislativos no alienten esperanzas en tal sentido. Su carácter, estrictamente objetivo, superaría las controversias teñidas del subjetivismo propio de la indagación en las motivaciones económicas.

Referencias bibliográficas

- Calderón Carrero, J. M. y Quintas Seara, A. (2015). Una aproximación al concepto de «planificación fiscal agresiva» utilizado en los trabajos de la OCDE. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 394, 41-92.
- Delgado Pacheco, A. (2018). *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*. Thomson Reuters.
- Durán-Sindreu, A. (2007). *Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal. Economía de opción autonomía de voluntad y causa en los negocios*. Aranzadi.
- Falcón Tella, R. (2011). Economía de opción, fraude de ley y simulación: al hilo de la STS 30 mayo 2011. *Actualidad jurídica Aranzadi*, 833, 2.
- García-Olmedo Domínguez, R. (2011). *Esplendor y ocaso del principio de correlación*. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Ministerio de Economía y Hacienda.
- Herrera Molina, P. M. y García-Herrera Blanco, C. (2004). ¿Asedio a la justicia fiscal en Europa? *Revista de Contabilidad y Tributación*, 251, 47-76.
- Martín Jiménez, A. J. (2012). Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario de la Unión Europea. *Quincena fiscal*, 7, 59-114.
- Nocete Correa, F. J. (2016). ¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE? Acerca del concepto europeo de planificación fiscal agresiva. *Quincena fiscal*, 5, 113-149.
- Palao Taboada, C. (2020). En favor de la indispensable claridad y rigor en la reacción frente a la elusión fiscal. *Nueva Fiscalidad*, 2, 23-71.
- Palao Taboada, C. y Salvador Coderch, P. (2022). *Fraude a la ley y simulación en Derecho Civil y Derecho Tributario*. Davinci Editorial.
- Ruiz Almendral, V. (2006). *El fraude a la ley tributaria a examen: los problemas de la aplicación práctica de la norma general*

anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario. Aranzadi.

Sanz Gadea, E. (2021). Correlación de ingresos y gastos. (Análisis de la STS de 30 de marzo de 2021, rec. núm. 3454/2019). *Revista de Contabilidad y Tributación*, 464, 132-147.

Serrano Antón, F. (2022). La propuesta de Directiva sobre el uso indebido de las sociedades fantasma en la fiscalidad: hacia una fiscalidad justa. *Unión Europea Aranzadi*, 5.