

La deducibilidad del crédito perjudicado entre partes vinculadas

Análisis de la **RTEAC de 24 de octubre de 2022, RG 70/2021**

Rosa Fraile Fernández

*Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos (España)*

rosa.fraile@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0003-3389-2714>

Extracto

El Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) resuelve en alzada sobre la deducibilidad en el impuesto sobre sociedades de los deterioros de créditos entre partes vinculadas estando en vigor el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004 (TRLIS). Afirma que las previsiones legislativas a este respecto, como «excepción a la excepción», exigen una interpretación restrictiva, lo que se aleja de los criterios generales de interpretación del Derecho. Rechaza que la declaración de fallido del deudor sea equivalente a la insolvencia judicialmente declarada, lo que se ajusta a la literalidad de la norma y, en contra del criterio que defendemos, entiende que la «mera declaración del concurso» no supone una declaración judicial de insolvencia a los efectos de la interpretación del TRLIS. A continuación, analizamos la Resolución del TEAC de 24 de octubre de 2022, exponemos los criterios interpretativos para la deducibilidad de los deterioros de créditos entre partes vinculadas con la legislación actual y anterior y manifestamos la absoluta deducibilidad del crédito cuando nos enfrentamos ante pérdidas ciertas.

Publicado (en avance *online*): 16-06-2023

Cómo citar: Fraile Fernández, R. (2023). La deducibilidad del crédito perjudicado entre partes vinculadas. (Análisis de la RTEAC de 24 de octubre de 2022, RG 70/2021). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 484, 87-98. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.18627>

1. Supuesto de hecho

En el ejercicio 2011 la actora incluyó contablemente el deterioro de un crédito de una empresa vinculada que se hallaba en situación de concurso de acreedores. Al filo de la prescripción, en abril de 2016, se inició un procedimiento inspector en el que, por acuerdo de mayo de 2017, se liquidó la deuda que la Inspección estimó procedente al considerar que los deterioros del crédito de la parte vinculada que habían sido contabilizados debieron ser objeto de ajuste en la base imponible del impuesto sobre sociedades (IS).

No estando conforme la actora con la liquidación girada, interpuso recurso ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, donde sus pretensiones fueron desestimadas, tras lo que procedió en alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC).

Debe precisarse que nos encontramos ante la revisión del IS correspondiente al ejercicio 2011, por lo que resulta de aplicación el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS). En el recurso la empresa manifiesta que el deterioro era deducible por estar la insolvencia del deudor vinculada declarada judicialmente a través del auto de declaración del concurso. Que las partes no son vinculadas, pues la actora había dejado de ser administradora de la deudora. Por otra parte, añadía que, dado que la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) ya había declarado fallido a su deudor, esto equivale a la declaración judicial de insolvencia, por lo que el deterioro sería deducible también entre partes vinculadas.

2. Doctrina del tribunal

El TEAC defiende que, pese a ser de aplicación la legislación de 2004, se debe realizar una interpretación restrictiva del requisito de la declaración judicial de insolvencia para que el deterioro de la parte vinculada sea deducible, no considerando suficiente «la mera declaración del concurso».

Defiende que las partes están vinculadas entre sí por motivo de la propiedad que una ostenta sobre la otra, con independencia de la pérdida de la condición de administrador.

Sostiene que la declaración de fallido del deudor efectuada por la AEAT no es equivalente a la insolvencia judicial declarada.

Y, tras ello, finaliza desestimando el recurso y confirmando la resolución impugnada.

3. Comentario crítico

Antes de centrarnos en el asunto principal de la resolución y en su crítica, resulta preciso señalar que nada se puede objetar a la consideración de vinculadas de las partes deudora y acreedora. Existiendo participación directa o indirecta, como es el caso, en el porcentaje legalmente determinado, las empresas resultarán vinculadas con independencia de la presencia o no en los órganos de administración.

Establecido lo anterior, el asunto de la deducción del deterioro del crédito cuando este se ostenta sobre una parte vinculada es al que debemos dedicar las líneas siguientes.

3.1. La penalización de la deducibilidad del crédito entre partes vinculadas

El antiguo artículo 12 del TRLIS y el actual artículo 13 de la Ley 27/2014, de 27 de septiembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), establecen una limitación a la deducibilidad de los deterioros contabilizados por créditos incobrables cuando estos son adeudados por entidades vinculadas. Ello ha mantenido similar sentido al que se observaba en la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978 (Ley 61/1978), si bien, en aquella fue regulado de manera controvertida a través de su correspondiente reglamento.

Esta postergación de la deducibilidad del crédito deteriorado cuando nos hallamos ante partes vinculadas se trata, sin ápice de duda, de una norma destinada a sancionar la relación económica entre estos operadores, haciendo más penoso el deterioro del crédito cuando este se produce respecto de los vinculados. El crédito, igualmente incobrable entre partes vinculadas que entre terceros, no minorará la base imponible del IS hasta un momento temporal y procesal posterior, y ello por la simple causa de la vinculación. Se retrasa de este modo, por virtud de disposición legal, el derecho a adecuar la base imponible a la capacidad económica del contribuyente.

La deducibilidad del deterioro de los créditos en el IS requiere de la existencia de unas circunstancias precisas y en caso de las entidades vinculadas estas circunstancias se endurecen.

Sosteniendo la idea de este carácter penalizador de la norma, atendiendo a la suposición del concierto entre las partes para perjudicar a la Hacienda pública, se han venido pronunciando tribunales y órganos administrativos. Citamos, por todos, la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 8 de noviembre de 2012 (rec. casación núm. 679/2009 –NFJ089816–), en la que, haciendo aún referencia a la legislación de 1978 se incluía:

pues cabe deducir en una recta interpretación de los preceptos en juego, que dadas las características operativas de los negocios y operaciones entre sociedades vin-

culadas entre sí, la justificación del crédito entre ellos como dudoso depende de una caracterización objetiva de la situación patrimonial del deudor, para evitar así ficticias relaciones crediticias que permitieran a uno de ellas, en concierto con la otra, deducirse los respectivos importes al margen de toda idea de insolvencia real o aparente, que es lo que se trata de evitar.

Se desprende la presunción de ficción jurídica de la que parte la motivación de la norma, generando con ello una excepción a la excepción en la deducibilidad del deterioro del crédito.

3.2. La deducibilidad del deterioro conforme al TRLIS

Los requisitos generales para la deducibilidad del deterioro del crédito, tanto considerando la legislación del 2004, como la actual, exigen que hayan transcurrido seis meses desde el vencimiento y no se haya cobrado, que el deudor esté procesado por delito de alzamiento de bienes o que las obligaciones hayan sido reclamadas judicialmente o sean objeto de un litigio judicial o procedimiento arbitral de cuya solución dependa su cobro. También se prevé, tanto en la actual legislación como en la anterior, la deducibilidad del deterioro del crédito cuando el deudor sea declarado en concurso. Si nos hallamos ante partes vinculadas, aparece esa excepción a la excepción. El artículo 12.2 *in fine* del TRLIS señalaba: «No serán deducibles las dotaciones para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de personas o entidades vinculadas con el acreedor, salvo en el caso de insolvencia judicialmente declarada». Por su parte el artículo 13.1 de la LIS indica:

no serán deducibles las siguientes pérdidas por deterioro de créditos: 2.º Las correspondientes a créditos adeudados por personas o entidades vinculadas, salvo que estén en situación de concurso y se haya producido la apertura de la fase de liquidación por el juez, en los términos establecidos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Nos parece que resulta sencillo observar las diferencias entre la redacción de la legislación actualmente vigente y la normativa anterior: conforme a la legislación previa, la que ocupa al caso atendido por el TEAC, no es deducible el deterioro del crédito hasta que no se declare judicialmente la insolvencia, mientras que el actual precepto prevé que el deudor se halle en fase de liquidación del concurso.

El TRLIS impedía que los acreedores vinculados pudieran hacer valer la minoración de la base imponible por el deterioro del crédito por el simple transcurso del plazo previsto, seis meses y ello se deduce de la exigencia de que la insolvencia fuera declarada judicialmente. No creemos que el legislador estuviera pensando en limitar el resto de las causas para determinar la deducibilidad del deterioro, sino en limitar la causa que, precisamente por la vinculación entre las partes, no parece suficiente motivación.

Así, transcurridos seis meses desde el impago del crédito de la parte vinculada, el acreedor no podía hacer valer el deterioro del crédito para minorar su base imponible, sino que debía iniciar un procedimiento de reclamación del pago en la vía mercantil y tratar de ejecutar los bienes necesarios para el cobro. En caso de no existir bienes, el juez declararía insolvente al ejecutado y sería entonces cuando el deudor pudiera hacer valer su derecho a minorar la base imponible de acuerdo con su capacidad económica.

Precisamente por la vinculación entre las partes, tiene sentido exigir ese extra de diligencia en el esfuerzo de cobrar para poder dotar el deterioro a efectos del IS. Por cuestiones de eficiencia procesal, se entiende que, si el juez ha declarado la insolvencia del deudor en otro procedimiento, carece de sentido exigir el inicio de uno nuevo por parte del acreedor.

El concurso de acreedores se inicia porque así lo autoriza el juez de lo mercantil mediante auto en el cual se expone la situación de insolvencia del concursado. Ciertamente es que el concurso puede declararse por insolvencia actual o inminente, pero, en cualquier caso, se trata de una situación de insolvencia conforme esta es definida en la legislación mercantil.

Uno de los rasgos característicos de la ciencia jurídica es la precisión terminológica de su lenguaje en la búsqueda de la seguridad jurídica y es la corrección lingüística un elemento necesario para la comprensión y aplicación de la ley. Recuérdese que la interpretación del Derecho debe realizarse empleando criterios hermenéuticos que, inicialmente, han de atender al sentido de las palabras que la norma dispone. Cuando la norma es errónea, confusa, o colisiona con los principios tributarios o los propios de otros ordenamientos jurídicos, será la hermenéutica teleológica la que deba primar, pero siempre, en aras de la seguridad jurídica, sin negar o desvirtuar el contenido literal del texto legal.

Bien es conocido que el artículo 12 de la Ley General Tributaria (LGT) remite en primera instancia al Código Civil (CC) para aplicar la hermenéutica a las disposiciones tributarias. «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» (art. 3.1 CC). Continúa el artículo 12.2 de la LGT determinando que «En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda».

No habiendo definición específica de «insolvencia judicialmente declarada» en la norma tributaria, habremos de estar al sentido jurídico que tiene la expresión en el ámbito mercantil, ámbito al que compete el derecho de sociedades, del que habrán de extraerse los criterios para calificar a una persona jurídica como ente insolvente. Si el juez de lo mercantil declara insolvente a la empresa mediante auto de declaración del concurso, consideramos que habrá de estar a ello la Administración tributaria a los efectos que la legislación tributaria prevea para la declaración judicial de insolvencia.

No ha venido aplicando la misma consideración la Administración. Así, la primera disposición a este respecto que hemos encontrado la realiza la Dirección General de Tributos (DGT) en Consulta V2643/2011, de 7 de noviembre (NFC042922), en la que indica que se debe interpretar la norma conforme al artículo 3.1 del CC, y considera oportuno obviar «el sentido propio de las palabras», para establecer que «En términos de una interpretación sistemática e histórica del precepto, resulta complicado entender que la voluntad del legislador no configurase a la insolvencia judicialmente declarada como un requisito más estricto que la declaración de concurso». Algunos autores, como Pons Albertosa (2013), dieron por bueno este criterio que continuó reiterando la DGT en sucesivas consultas. Otros, como Argente Álvarez *et al.* (2012), rechazaban la interpretación administrativa de una norma que nos parece clara. Así, señalaban los autores:

entendemos que ninguna norma puede considerarse más propicia para encontrar en nuestro ordenamiento jurídico una definición precisa de lo que podemos considerar como «insolvencia judicialmente declarada» que la Ley Concursal. Y es el artículo 2 de dicha Ley el que con total y absoluta claridad establece que «La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común». Por tanto, si existe un auto judicial que declara el concurso del deudor, realmente lo que está declarando es la insolvencia de ese deudor, sea provisional o definitiva, y, en consecuencia, existe una «insolvencia judicialmente declarada», en concreto por un auto judicial.

Los tribunales y la Administración se ven en numerosas circunstancias en la tesitura de tener que interpretar normas cuya redacción no es clara o cuyo contenido, por claro que resulte, entra en conflicto con otros preceptos legales restando coherencia al Derecho como conjunto. Sin embargo, no es este el supuesto al que se enfrenta el intérprete del TRLIS, de cuyas palabras se pueden extraer conclusiones ciertas y cuyo contenido material no nos parece que se encare contra ningún principio jurídico. Téngase presente que, en el concurso de acreedores, el acreedor vinculado verá su crédito calificado como subordinado, lo que lo sitúa a la cola del orden de pagos del procedimiento. El concurso de la parte vinculada difícilmente finalizará con el cobro de su crédito por parte del acreedor, y si tal fuera el éxito de aquel concurso, que hasta los vinculados viesan satisfechos sus créditos, el contribuyente presentará la obligación de incluir este cobro en la base imponible del IS correspondiente.

Como han señalado, entre otros, Martín Dégano (2015), ya debería haber quedado superado el asunto de los criterios especiales de interpretación de la norma tributaria. Entendemos que la idea de que la deducibilidad del crédito de entidades vinculadas es una excepción de la excepción, no es causa suficiente para forzar la interpretación de la norma y alejarla de los criterios generales.

En este sentido, suscribimos plenamente las palabras de la Audiencia Nacional (AN) en su Sentencia de 20 de julio de 2021 (rec. núm. 395/2018 –NFJ081436–), en cuyos fundamentos de derecho se puede leer:

Ahora bien, sostiene la actora que, si existe, como en nuestro caso, un auto judicial que declara el concurso del deudor, realmente lo que se está declarando es la insolvencia de ese deudor, sea provisional o definitiva, y, en consecuencia, existe una «insolvencia judicialmente declarada», en concreto por un auto judicial, que debe permitir la deducibilidad de la pérdida por deterioro del crédito ostentado frente a una entidad vinculada.

Pues bien, el artículo 5 de la Ley 22/2003, en su redacción originaria, pues es la aplicable al auto dictado el 24 de septiembre de 2008, disponía:

«1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.»

Por lo tanto, existe una situación de insolvencia (sea esta provisional o definitiva) declarada judicialmente, que hace posible la deducción solicitada por la recurrente.

Palabras tras las que continúa la AN acordando la estimación de la pretensión de la parte actora en lo referente a esta cuestión.

En la misma línea, exponiendo aún más las causas, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en Sentencia 99/2022, de 7 de febrero (rec. núm. 15513/2021 –NFJ085759–).

Para que proceda la declaración de concurso es preciso que el deudor justifique el endeudamiento e insolvencia o, si esta es inminente, que no podrá cumplir con sus obligaciones. Por tanto, el auto judicial que declara al deudor en situación de concurso presupone la concurrencia de tal presupuesto objetivo, que determina el juez, previo examen de la documentación aportada. La actividad judicial de valoración de dicho elemento objetivo, que sustenta lo decidido en el auto, ofrece suficientes garantías sobre la casualidad de la dotación controvertida, aunque se efectúe en relación a un crédito de sociedad vinculada. Existe, pues, una insolvencia declarada judicialmente. [...] En efecto, el control judicial ínsito en la declaración de concurso cubre las exigencias del artículo 12 también en el caso de créditos entre sociedades vinculadas, de modo que procede estimar el recurso al haberse declarado en situación de concurso de acreedores la deudora.

Pese a lo expuesto, nada hará cambiar el criterio favorable al interés de la Administración que mantienen los tribunales económico-administrativos. Salvo pronunciamiento del TS que se alinee con lo sostenido por la AN, todas las controversias que surjan y que deban acomodarse a la regulación del TRLIS se resolverán del mismo modo. Así puede observarse en la Resolución del TEAC de 24 de octubre de 2022 aquí comentada. Lejos de hacerse eco de los pronunciamientos emanados de la AN, el TEAC recorre sus resoluciones previas y la doctrina de la DGT, para continuar afirmando que

el hecho de que el artículo 12.2 del TRLIS exija que «el deudor esté declarado en situación de concurso» para considerar deducible, con carácter general, la provi-

sión por insolvencias, y que tal expresión sea diferente a la utilizada a continuación al exigir la «insolvencia judicialmente declarada» para la deducibilidad del deterioro en el caso de créditos con entidades vinculadas, pone de manifiesto una intención del legislador de incorporar una exigencia de mayor evidencia y formalidad a la situación de insuficiencia patrimonial del deudor en caso de vinculación.

Somos de la consideración de que lo que el legislador pretendía supeditar a un mayor control era la simple morosidad. No serán deducibles los deterioros de créditos entre partes vinculadas por el mero transcurso del tiempo, empero el resto de motivos, consideramos, debían quedar indemnes a la cuestión de la declaración judicial de insolvencia. No obstante, y se coincida o no con esta interpretación, parece claro que la declaración del concurso, cuando el juez de lo mercantil dicta auto tras haber examinado la documentación que acredita que el deudor se encuentra en estado de insolvencia conforme a la legislación mercantil, es un auto judicial que declara la insolvencia.

Habrá quien pueda interpretar que la declaración del concurso por insolvencia inminente no representa el espíritu y finalidad de la norma, a la que ya hemos atribuido carácter punitivo. En esta línea podríamos señalar que la hermenéutica teleológica obliga a estos a buscar una situación de insolvencia actual. Pues bien, no creemos que sea necesaria la declaración del concurso por insolvencia actual para cumplir con el requisito que establecía el TRLIS, fundamentalmente porque la posición que ostenta el acreedor vinculado en la masa pasiva del concurso hace prácticamente imposible cobrar su crédito. No obstante, si ese «prácticamente imposible» no resulta suficiente para esa interpretación teleológica que haya quien pueda defender, lo que no parece discutible es que la declaración del concurso necesario, que siempre se fundamentará en la insolvencia actual, supone una declaración judicial de insolvencia de manera pura y simple. Tampoco es este el criterio mantenido por la Administración, que, pese a la declaración del concurso necesario y, por lo tanto, verificada ante el juez de lo mercantil la insolvencia actual, mantiene que esta no es declaración suficiente de insolvencia.

3.3. La deducibilidad del deterioro del crédito en la LIS

La redacción actual del precepto equivalente de la LIS exige que el concurso se encuentre en fase de liquidación para la deducibilidad del deterioro de crédito de entidades vinculadas. Con la norma vigente es claro y manifiesto que el legislador no solo ha querido limitar la deducibilidad cuando el impago se mantiene durante más de seis meses, sino también la deducibilidad cuando se declara el concurso del deudor. No consideramos razonable esta limitación extra, pues, como venimos señalando, la postergación en la lista de acreedores del acreedor vinculado ya es suficiente obstáculo para el cobro del crédito deteriorado. No obstante, conformes o no con la legislación, es claro el sentido de las palabras y no parece razonable que se pueda sostener que este sentido sea el mismo que el sentido de las palabras de la legislación anterior.

Ahora bien, esto nos debe llevar a preguntarnos cuál es la posición de la norma ante el resto de las causas que permiten la deducibilidad del deterioro del crédito. Y es que la ley indica cuándo puede deteriorarse el crédito a efectos del IS y establece, con posterioridad a las cuatro causas, que no serán deducibles los créditos entre partes vinculadas, salvo que se haya abierto la fase de liquidación del concurso de acreedores. Nos planteamos si lo expuesto determina que si un deudor vinculado se encuentra procesado por alzamiento de bienes el deterioro del crédito no sea deducible y si tampoco lo sería en caso de que el deudor haya llegado, no ha ser procesado, sino condenado. Parece irracional que, ante un supuesto como este, se deba interpretar que para deducir de la base imponible del IS el crédito incobrable deba la parte vinculada acreedora instar el concurso de acreedores del condenado por delito de alzamiento de bienes en aras de alcanzar la fase de liquidación para poder deducir el crédito. No parece un planteamiento imposible, pero sí absolutamente ineficaz. En la misma línea, la declaración de la insolvencia del deudor vinculado en el marco de otro procedimiento, diverso del concursal, parece que no queda amparada por la legislación tributaria como motivación suficiente para poder determinar la deducibilidad del deterioro del crédito. Incluso podemos plantear el supuesto en que dos sociedades se encuentren en litigación sobre la cuantía o la existencia de una determinada deuda o derecho de cobro. El fallo de la sentencia que declare la inexistencia o minoración de un crédito no presenta relación alguna con la insolvencia del que fuera deudor.

La fiereza con que la Administración defiende su posición dominante en la relación con los sujetos pasivos ha llevado a las empresas a cuestionar ante la DGT si resultan deducibles los créditos que se mantienen con una parte vinculada, cuando en el mismo auto el juez declara el concurso y lo finaliza por falta de masa o cuando el concurso finaliza con convenio en el que se acuerdan quitas y esperas.

Pues bien, la situación cierta en estas situaciones es bien diversa; no nos hallamos ante una pérdida por deterioro, sino ante una pérdida por créditos incobrables, lo que a efectos contables resulta un asunto claramente diferencial. Así, se emplea la cuenta 694 para incluir en la cuenta de pérdidas y ganancias la pérdida por deterioro de créditos comerciales, mientras que se emplea la cuenta 650 para las pérdidas de créditos comerciales. Esto es, la primera es un deterioro, una pérdida presumible que exige valorar el crédito por menor valor que aquel por el que se contabilizó al inicio, mientras que la segunda es una pérdida firme, no presunta, de un crédito. La quita del convenio supone una novación del crédito que habrá quedado reducido por derecho a una cuantía menor. Esa parte, la quita, no supone un posible impago, sino que se manifiesta como pérdida irreversible.

La DGT, en Consulta Vinculante V2281/2015, de 20 de julio (NFC055717), señala lo siguiente:

El artículo 10.3 de la LIS, de aplicación, como ya se ha indicado, a los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2015, establece que «en el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable de-

terminado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas».

En los mismos términos se expresaba el artículo 10.3 del TRLIS.

En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la LIS (y previamente en el artículo 10.3 del TRLIS), y en ausencia de precepto en la normativa del Impuesto que disponga una corrección del resultado contable que afecte a este concepto de gasto, resultaría deducible en el Impuesto sobre Sociedades el gasto contabilizado por la entidad consultante por la aprobación judicial de la quita y de la espera de sus deudoras vinculadas.

Así pues, se sostiene que el gasto, la pérdida real, es deducible sea la parte vinculada o no, quedando al margen las operaciones que puedan observarse como liberalidades o algún otro escenario conflictivo por su especial relación. Esta misma consideración será aplicable al supuesto en que el criterio judicial sea el que establezca que un pago no es debido o no en la cuantía reclamada entre partes vinculadas, pues de la sentencia se determinará la existencia de una pérdida cierta.

Esta consideración de lo incobrable con certeza parece que es la que también baraja la DGT en su más reciente Consulta Vinculante V0436/2022, de 7 de marzo (NFC082336), en la que, ante la apertura y conclusión simultánea por falta de masa del concurso, dispone

cabe señalar que todo gasto contable será gasto fiscalmente deducible, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, siempre que cumpla las condiciones legalmente establecidas en términos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo, justificación documental y siempre que no tenga la consideración de gasto fiscalmente no deducible por aplicación de algún precepto específico establecido en la LIS.

3.4. La declaración de fallido por parte de la Administración

De aplicación ante conflictos que surjan tanto en relación con la actual regulación del IS como con la anterior son las consideraciones que a continuación se exponen. Nos planteamos si se puede considerar la declaración de fallido del deudor, realizada por la AEAT tras un procedimiento de apremio, como equivalente a la declaración judicial de insolvencia y si esta insolvencia declarada por la Administración puede ser causa para la dotación de una pérdida contable cierta.

El deudor fallido lo es porque así ha sido declarado por acto administrativo en el que se manifiesta la ausencia de bienes embargables o realizables para cubrir la deuda tributaria, tal y como queda expuesto en el artículo 61.1 del Reglamento General de Recaudación. La Administración puede declarar fallido al deudor por insolvencia total o parcial. Que el deudor lo sea

por insolvencia parcial supone que no existen bienes realizables suficientes para el pago de la deuda tributaria, lo que, por virtud de la prelación de créditos, puede extenderse a que tampoco habrá bienes suficientes para el pago de la deuda que se sostenga con una parte vinculada.

Las teorías de los actos propios nos vendrían a indicar que un deudor fallido porque así lo ha declarado la AEAT debe ser incapaz de efectuar el pago de las demás deudas no garantizadas que posea y que, por ende, la propia Administración debiera considerar incobrables los créditos que contra él ostente también una parte vinculada. Y es que la declaración de fallido no es un asunto menor. No solo es requisito necesario para derivar responsabilidad tributaria subsidiaria, sino que hasta la entrada en vigor de la Ley 11/2021, de 9 de julio, que modifica el artículo 119 de la LIS, la declaración de fallido conllevaba la baja del índice de entidades del deudor, en todo caso. En la actualidad, la penalización se ha reducido a aquellos supuestos en que se declare al deudor fallido por insolvencia total. En cualquier caso, la declaración de fallido suponía entonces (y la de fallido por insolvencia total ahora) la baja del índice de entidades y esto a su vez implica, conforme dispone el artículo 119.2 de la LIS, que el acuerdo sea

notificado al registro público correspondiente, que deberá proceder a extender en la hoja abierta a la entidad afectada una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse ninguna inscripción que a aquella concierne sin presentación de certificación de alta en el índice de entidades.

Ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en Fraile (2022), sobre la desproporción de la penalización que significaba antes de la reforma la declaración de fallido, y sobre las connotaciones mercantiles que tiene esta baja ya sea por la insolvencia parcial como por la total que se requiere actualmente.

Parece que, si la Administración, sin control judicial alguno, puede instar al Registro Mercantil a la no anotación de las inscripciones que correspondan, tendría sentido que la misma credibilidad tuviera la Administración y su diligencia en la búsqueda del cobro ante sí misma que ante el Registro. Si bien, esto no es lo que el legislador ha previsto.

Y esta es la línea que sigue el TEAC en la resolución comentada, indicando que la declaración de fallida no puede ser equivalente a la insolvencia judicialmente declarada. No podemos más que dar la razón al órgano administrativo en este punto, pues, pese a los efectos que sobre el índice de entidades pueda tener esta declaración, la fiabilidad que otorga que una declaración provenga de un acto judicial es ciertamente mayor que la que atribuye su aparición como acto administrativo.

4. Conclusiones

Cuando la norma es clara no debiera la Administración tergiversar interesadamente su interpretación. Conforme al TRLIS las sociedades vinculadas pueden deducir el deterioro

del crédito que exista cuando la insolvencia haya sido declarada judicialmente y la declaración del concurso se constituye como un auto del juez de lo mercantil en la que se declara la insolvencia del deudor.

Con la legislación actual es preciso esperar a que se abra la fase de liquidación del concurso de acreedores para poder deducir el deterioro del crédito de la parte vinculada. Esta postergación se basa en intereses penalizadores, pues es bien sabido que los vinculados se incluyen entre los acreedores que en el marco del procedimiento común ven más meradas sus probabilidades de cobro.

Precisamente porque la norma es clara, la declaración administrativa de fallido no puede sustituir a la declaración judicial que exigía el TRLIS, ni servir al entendimiento de que estamos ante una pérdida cierta; cuestión diversa es si la diligencia exigible a la Administración hace correcto que esta sea la posición del legislador a este respecto.

No existiendo declaración judicial de insolvencia, ante el TRLIS, o inicio de fase de liquidación del concurso, ante la LIS, solo podrán deducirse las pérdidas ciertas de los créditos mantenidos con partes vinculadas. Siendo cierta la pérdida, bien por lo dispuesto en un convenio, en la liquidación o en el cierre del concurso por insuficiencia de masa, la deducibilidad será conforme al artículo 10.3 de la LIS. La misma línea habrá de seguirse si se determina la ausencia de deuda o la minoración de esta por la autoridad judicial que conozca de un litigio entre las partes y de cuya resolución dependa el cobro.

Referencias bibliográficas

- Argente Álvarez, J., Bertrán Girón, F. y Mellado Benavente, F. M. (2012). *Fiscalidad y recaudación en el concurso de acreedores*. CISS.
- Fraile Fernández, R. (2022). La mejora técnica que esconde un acertado cambio material. Reforma del artículo 119.1 LIS. En *Comentarios a la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal*. Aranzadi.
- Martín Dégano, I. (2015). Las fundaciones y el cumplimiento indirecto de los fines de interés general, en torno a la interpretación restrictiva de las exenciones. (Análisis de la SAN de 1 de octubre de 2015, rec. núm. 487/2012). *Revista Contabilidad y Tributación. CEF*, 393, 139-144.
- Pons Albentosa, L. (2013). Fiscalidad e insolvencia en el contexto concursal español. *Estrategia Financiera*, 308, 58-65.