

¿SON FISCALMENTE DEDUCIBLES LOS INTERESES DE DEMORA?¹

Análisis de la RTEAC de 7 de mayo de 2015, R. G. 1967/2012

Manuel Lucas Durán

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Alcalá. Madrid*

1. SUPUESTO DE HECHO

Los hechos que se debaten en la Resolución del Tribunal Económico Administrativo-Central (RTEAC) de 7 de mayo de 2015 (NFJ058171) –resolución que sirve de punto de partida para una serie de reflexiones que se realizarán seguidamente– aluden a determinadas regularizaciones efectuadas a una empresa constructora respecto del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), en relación con los ejercicios 2004 y 2005. Adicionalmente es preciso considerar que, por otro lado, la misma empresa había sido objeto de regularizaciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) por la comunidad autónoma andaluza también en relación con una transmisión inmobiliaria realizada en el año 2005.

En lo que a este comentario importa, una de las cuestiones referidas en la resolución aludida tiene que ver con la deducibilidad de los intereses de demora. En el caso planteado ante el TEAC, el sujeto pasivo contabilizó como gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades los intereses de demora –que superaban los 600.000 euros– correspondientes a dos incumplimientos tributarios (por un acta incoada en relación con el IVA y otra en relación con el ITP), lo cual fue admitido por la Inspección. La única cuestión que se discute en el recurso administrativo en relación con tales intereses de demora es que, al haberse firmado el acta en disconformidad, la propuesta de liquidación contenida en la misma no se eleva a definitiva por el mero transcurso del tiempo, sino que se obliga al órgano competente (inspector-jefe) a dictar una liquidación tributaria y notificarla al interesado (art. 157 LGT). En el caso resuelto por la RTEAC de 7 de mayo de 2015 (NFJ058171) que comentamos, el inspector-jefe redujo los intereses de demora en la liquidación tributaria que terminó el procedimiento de comprobación, reduciéndolos en algo más de 4.000 euros. En consecuencia, también se regulariza la liquidación del IS «al haber tomado como referencia la entidad el importe propuesto en acta de disconformidad y no el (menor) finalmente determinado en el acto de liquidación».

¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «La coordinación fiscal desde la perspectiva del ordenamiento de régimen común», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2012-39342-C03-03).

Parece ser que el contribuyente también recurre este aspecto de la liquidación tributaria y tanto la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Castilla y León como la del TEAC confirman en este particular el acto impugnado. Ello no obstante, la resolución del TEAC comentada se pronuncia *obiter dicta* y de forma genérica sobre la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de tales intereses de demora. Como se infiere de lo anterior, tal declaración no tiene más que efectos que *pro futuro* y no altera la liquidación tributaria dictada por el inspector-jefe, pues de otro modo debería haberse instado por la Administración una declaración de lesividad y subsiguientemente haberse impugnado el acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, y aunque sin efectos para el caso concreto al que se refiere la RTEAC comentada, se trata de una doctrina importante, pues hasta el momento la Administración tributaria había tenido una posición que, aunque vacilante al respecto, toleraba por lo general la deducción de referidos intereses de demora.

2. DOCTRINA DEL TEAC

En la Resolución de 7 de mayo de 2015 comentada (NFJ058171), el TEAC recoge la siguiente doctrina:

«[...] si bien tanto el contribuyente como la Inspección aplicaron respecto de la cuestión que ahora nos ocupa el criterio vigente al momento de autoliquidar (el primero) y practicar la liquidación (la segunda) reconociendo la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de los intereses de demora exigidos por liquidación inspectora siempre que los mismos estén contabilizados, hay que señalar que el Tribunal Central modificó su criterio al respecto en Resolución de fecha 23/11/2010 (R. G. 2263/09) por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y así señaló:

En cuanto a la deducibilidad de los intereses de demora liquidados en actas de inspección, si bien este Tribunal en Resoluciones anteriores admitía la deducibilidad de los mismos si bien condicionada a su contabilización, dicho criterio considera este Tribunal que ha de ser modificado, y ello a la vista de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2010, recaída en el recurso de casación n.º 10396/2004, que se hace eco de la Sentencia de 24 de octubre de 1998.

Recoge la Sentencia de 25 de febrero de 2010 lo siguiente:

"La sentencia de instancia considera la no deducibilidad de los intereses sobre la base de que si bien los intereses tributarios tienen naturaleza indemnizatoria, tal como expresa el artículo 1.108 del Código Civil (LEG 1889, 27); en cambio, para obtener el beneficio la entidad bancaria no estaba obligada a pagar el interés de demora, puesto que lo que determina su exigibilidad es la mora en el cumplimiento de la obligación de ingresar la retención en el Tesoro Público, por lo que **no se trata de un gasto necesario para obtener los beneficios derivados de la utilización de capitales ajenos**. Con expresa referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 –se entiende

que se refería a la del día 24— de octubre de 1998 (RJ 1998, 9496) cuando indica que 'los intereses de demora tienen una función compensadora del incumplimiento por los contribuyentes de su obligación de pagar la cuota dentro del plazo fijado, y asumiendo en definitiva tales intereses las características de una modalidad indemnizatoria, esta naturaleza compensadora excluyen la pretensión del apelante de deducirlos en su declaración del impuesto sobre sociedades, pues carecería de sentido que el ordenamiento permitiera aminorar la compensación con la deducción que se pretende...!.

A pesar de los reparos que a la sentencia de 24 de octubre de 1998 opone la entidad recurrente, afirmando que no guarda la identidad requerida respecto del caso que nos ocupa, el tenor de la misma, en cambio, impide compartir el parecer de aquella en los términos en los que se formula. Así es la sentencia deja sentado lo que sigue: 'La tesis viene a coincidir con la jurisprudencia ya citada, pues teniendo los intereses de demora una función compensadora del incumplimiento, por los contribuyentes, de su obligación de pagar la cuota dentro del plazo fijado, y asumiendo en definitiva tales intereses las características de una modalidad indemnizatoria, esta naturaleza compensadora excluye la pretensión del apelante de deducirlos en su declaración del impuesto sobre sociedades, pues carecería de sentido que el ordenamiento permitiera aminorar la compensación con la deducción que se pretende.

En otros términos, podemos establecer las siguientes afirmaciones:

1. Los intereses financieros son deducibles como gastos necesarios.
2. Los intereses derivados del fraccionamiento o aplazamiento del pago de los tributos son deducibles, como consecuencia del pacto con la Hacienda Pública, que conlleva tal aplazamiento.
3. Los intereses de demora no son deducibles, pues tienen carácter indemnizatorio y no pueden considerarse ni gasto necesario ni tampoco que deriven de un pacto con la Hacienda Pública'.

No se cuestiona la naturaleza indemnizatoria de los intereses de demora, ni su función compensadora del incumplimiento de una obligación. Y es esta naturaleza compensadora la que ha de llevarnos a coincidir con la sentencia referida, puesto que si la función de los intereses de demora es compensar el tiempo en el que la Administración tributaria no ha podido disponer de las sumas que debieron ser objeto de retención, de aceptarse el carácter de gastos necesarios, desaparecería la función llamada a cumplir por estos intereses, pues la deducción como gasto tendría por efecto el descompensar la situación que precisamente trata de corregir los intereses de demora.

La tesis presente en la sentencia del Tribunal Supremo referida, en la sentencia de instancia objeto de este recurso de casación y que acoge la Administración tributaria, se funda en que no pueden tener la consideración de gastos deducibles los intereses de demora, en este caso derivados de un acta de inspección, en tanto **no son necesarios los gastos derivados de una situación de incumplimiento de una norma**. Lo que

resulta acorde con el principio general de la no admisibilidad de que para obtener ingresos sean necesarios gastos que deriven de una infracción de ley. Repugna al principio de Justicia, consagrado en el art. 1 de la CE (RCL 1978, 2836), que el autor de un acto contrario al ordenamiento jurídico obtenga un beneficio o ventaja del mismo. Por ello, como presupuesto primero e ineludible para determinar si un gasto es o no fiscalmente deducible, se exige que el gasto no esté prohibido normativamente o que derive de un acto ilícito; de suerte que resulta inútil entrar a examinar fiscalmente la deducibilidad fiscal del gasto si procede del incumplimiento de una norma, por prohibición o por contravención"». (Las negritas aparecen en el texto original).

Consecuentemente, la RTEAC de 7 de mayo de 2015 (NFJ058171) reitera el cambio de criterio respecto de su anterior doctrina [ya enunciada en la RTEAC de 23 de noviembre de 2010, R. G. 2263/2009 (NFJ061476), que sin embargo no tuvo mucha publicidad, al no aparecer siquiera en la base de datos del TEAC], en relación con la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de los citados intereses de demora, que antes se habían admitido como deducibles por dicho órgano administrativo, a fin de adecuarse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) emanada sobre el particular.

3. COMENTARIO CRÍTICO

La RTEAC referida sugiere varias cuestiones que merece la pena examinar. Así, en primer lugar, ha de tenerse en cuenta que no se trata de una doctrina pacífica, pues la propia Administración había sostenido reiteradamente la deducibilidad de los intereses de demora en –al menos– el Impuesto sobre Sociedades. Pero, más allá de eso, cabría asimismo preguntarse qué incidencia tributaria tiene el pago por parte del sujeto pasivo de intereses de demora en el ámbito de otros impuestos sobre la renta, como son el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR). Finalmente, y si se entiende que los intereses de demora han de estimarse como deducibles, habría que determinar asimismo qué criterios han de seguirse para imputarlos temporalmente a un periodo impositivo u otro. A tales cuestiones dedicamos los subepígrafos que siguen.

3.1. DIVERSIDAD DE OPINIONES EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA, EN LA JURISPRUDENCIA Y EN EL DERECHO COMPARADO

La deducibilidad de los intereses de demora respecto de la base imponible de los impuestos sobre la renta ha sido una cuestión discutida desde hace tiempo, y respecto de la cual se han adoptado posiciones diversas.

En el ámbito administrativo, el propio **TEAC** ha tenido al respecto resoluciones contradictorias. Así, consideró que tales intereses no son deducibles en las resoluciones de la vocalía segunda del TEAC de 8 de septiembre de 2000 [núm. resolución: 00/194/1996 (NFJ061466) y 00/3135/1996

(NFJ061469)²], además de la ya citada RTEAC de 23 de noviembre de 2010. Sin embargo los consideró deducibles en las Resoluciones del TEAC de 20 de julio de 2001 [núm. resolución: 00/32/1998 (NFJ061472)³]; de 26 de abril de 2002 [núm. resolución: 00/348/1999 (NFJ061474)⁴]; de 16 de junio de 2005 [núm. resolución: 00/1226/2002 (NFJ020996)]; de 30 de marzo de 2006 [núm. resolución: 00/4463/2003 (NFJ023687)⁵]; de 18 de mayo de 2006 [vocalía cuarta, núm. resolución: 00/3759/2003 (NFJ023715)]; de 1 de junio de 2006 [núm. resolución: 00/1611/2004 (NFJ023104)⁶].

² La última resolución citada recoge en su FJ 3.º: «En lo relativo a la deducibilidad o no de los intereses de demora exigidos en la misma acta, el criterio del Tribunal Supremo, plasmado entre otras en Sentencia de fecha 24 de octubre de 1998 es el de que los intereses de demora tienen una función compensadora del incumplimiento, por los contribuyentes, de su obligación de pagos de cuota dentro del plazo fijado, asumiendo tales intereses las características de una modalidad indemnizatoria, excluyendo tal naturaleza la pretensión de su deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades por carecer de sentido aminorar dicha compensación con su pretendida deducción. En consecuencia los intereses de demora liquidados en el acta por retenciones incoada no son deducibles por tener carácter indemnizatorio no pudiendo considerarse ni gasto necesario ni tampoco que deriven de un pacto con la Hacienda Pública».

³ En el FJ 3.º de la citada resolución se recogía: «El Tribunal Supremo (Sentencia de 28 de septiembre de 1990) y el Tribunal Constitucional (Sentencia 76/1990 de 26 de abril) han reconocido el carácter indemnizatorio y no sancionador de los intereses de demora, señalando que (Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia del Tribunal Constitucional citada) "[...] su sola finalidad consiste en disuadir a los contribuyentes de su morosidad en el pago de las deudas tributarias y compensar al Erario Público por el perjuicio que a este supone la no disposición tempestiva de todos los fondos necesarios para atender los gastos públicos. Los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda tributaria [...]. Más que una penalización en sentido estricto, son una especie de compensación específica, con arreglo a un módulo objetivo, del coste financiero que para la Administración tributaria supone dejar de disponer a tiempo de cantidades dinerarias que le son legalmente debidas". La utilización de recursos ajenos en las actividades de la empresa constituye el fundamento de los gastos financieros, deducibles por naturaleza, como reconoce el artículo 109 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto 2631/1982 de 15 de octubre), si bien dicha deducibilidad queda subordinada con carácter general a la efectividad y contabilización del gasto de acuerdo con lo previsto en los artículos 11 y 22 de la Ley 61/1978 de 27 de diciembre. Este criterio ha sido mantenido por este Tribunal Central, en resoluciones, entre otras, de 21 de febrero y 24 de octubre de 1990 (esta última citada por la reclamante), 8 de mayo de 1996, 11 de julio de 1997 y 23 de febrero de 2001».

⁴ Recoge dicha resolución en su FJ 3.º: «A este respecto, es necesario destacar que, puesto que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional en Sentencia de 26 de abril de 1990, y este Tribunal Central, en reiteradas Resoluciones, han reconocido la naturaleza indemnizatoria y no sancionadora de los intereses de demora, estos responden al mismo fundamento que los gastos financieros a que se refiere el artículo 109 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades y que son, por su naturaleza, deducibles de los ingresos. Por tanto, los intereses de demora correspondientes a actas de inspección tienen carácter de gasto deducible independientemente de que en dichas actas los hechos regularizados se hayan calificado de rectificación o de infracción tributaria».

⁵ El FJ 4.º de dicha resolución indica: «Baste decir que las actas se incoan bajo la vigencia de la Ley 43/95, que de acuerdo con su art. 10 los intereses de que se trata, debidamente contabilizados, forman parte del resultado contable y que nada hay en la Ley 43/95, ni en su art. 14 –gastos no deducibles– ni en otro de sus preceptos, que establezca su no deducibilidad».

⁶ Recoge el FJ 3.º de dicha resolución: «Según se deduce del expediente, estando suspendido el pago de la cuota de este tributo, la entidad procedió a dotar una provisión por el importe de los intereses de demora que tendría que abonar en caso de que los Tribunales acabaran confirmando la legalidad de la tasa y, por tanto, tuviera que proceder a su abono. La deducción de esta provisión por intereses de demora está amparada, a juicio de este Tribunal, en lo previsto en el artículo 13 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, que regula la provisión para riesgos y gastos en los siguientes términos:

Por su parte, la Dirección General de Tributos (DGT) ha entendido de forma continuada que los intereses de demora son deducibles del Impuesto sobre Sociedades⁷. En lo que concierne al IRPF, el mismo centro directivo entiende que no son necesariamente deducibles en cuanto que el citado tributo es un impuesto analítico dividido en varias cestas de rendimientos; así, cuando no resulte probado que los intereses de demora de la liquidación tributaria derivada del acta de la inspección estén correlacionados con los ingresos de actividades económicas, los mismos no resultarán deducibles⁸. Ello no obstante, cabría pensar que al menos si la comprobación tributaria y liquidación administrativa se relaciona exclusivamente con las actividades económicas del sujeto pasivo del IRPF, los intereses de demora derivados del acta sí serían deducibles, por encontrarse en la misma situación que en el Impuesto sobre Sociedades⁹. Sobre ello se volverá, no obstante, en el epígrafe 3.2.2 siguiente.

¹ No serán deducibles las dotaciones a provisiones para la cobertura de riesgos previsibles, pérdidas eventuales, gastos o deudas probables.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, serán deducibles:

a) Las dotaciones relativas a responsabilidades procedentes de litigios en curso o derivadas de indemnizaciones o pagos pendientes debidamente justificados cuya cuantía no esté definitivamente establecida (...)."

Y en el presente caso, existía efectivamente un litigio en curso en relación con este Impuesto, pues su legalidad estaba planteada ante los Tribunales, de tal modo que el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 30 de noviembre de 2000, acabó declarando la inconstitucionalidad del Impuesto sobre instalaciones que incidan sobre el medio ambiente dictada por el Gobierno Balear (la llamada ECOTASA BALEAR), al considerar que este se había extralimitado de sus competencias. Por otro lado, es evidente que, en el caso en que el fallo hubiera sido desestimatorio, la entidad habría tenido que efectuar no solo el pago del principal sino también el de los intereses de demora, al encontrarse suspendida la liquidación, por lo que ha de concluirse que la cuantía de estos intereses forma parte del concepto "responsabilidades derivadas de litigios en curso" al que se refiere la Ley y son, por tanto, deducibles».

⁷ Cfr. entre otras las contestaciones a las Consultas no vinculantes de la DGT de 10 de junio de 1997 [1179/1997 (NFC057142)], de 23 de diciembre de 1997 [2669/1997 (NFC007114)], de 16 de diciembre de 2003 [2266/2003 (NFC035384)]; así como las contestaciones a las Consultas vinculantes de 7 de abril de 2014 [V0983/2014 (NFC051022)] o de 27 de marzo de 2015 [V0989/2015 (NFC054286)].

⁸ Cfr. contestación a la Consulta vinculante de la DGT de 2 de febrero de 2015 [V0394/2015 (NFC053919)], la cual sostiene que «la deducibilidad de los gastos está condicionada por el principio de su correlación con los ingresos, de tal suerte que aquellos respecto a los que se acredite que se han ocasionado en el ejercicio de la actividad serán deducibles, en los términos previstos en los preceptos legales antes señalados, mientras que cuando no exista esa vinculación o no se pruebe suficientemente no podrán considerarse como fiscalmente deducibles de la actividad económica. Además del requisito de que el gasto esté vinculado a la actividad económica desarrollada, deberán los gastos, para su deducción, cumplir los requisitos de correcta imputación temporal, de registro en la contabilidad o en los libros registros que el contribuyente deba llevar, así como estar convenientemente justificados.

Con este planteamiento, y al ser el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas un impuesto que tiene por objeto la totalidad de la renta del contribuyente y no exclusivamente los beneficios de la actividad económica, no se aprecia la existencia de aquella correlación respecto a los intereses de demora del acta levantada por este impuesto».

⁹ Vid. sobre el particular la contestación a la Consulta de la DGT de 24 de febrero de 2004 [364/2004 (NFC019221)], a cuyo tenor: «Por lo que se refiere al importe correspondiente a los intereses de demora liquidados a la entidad financiera por la Administración tributaria autonómica, cabría su consideración como partida deducible en la determinación de los rendimientos netos de la actividad económica del consultante, en la medida en que la obligación de satisfacer dicho importe a la entidad financiera derive de lo dispuesto en el contrato, y por tanto quepa conceptuarlo como un gasto originado por la utilización de un bien de titularidad ajena afecto a la actividad y siempre que figure

No obstante lo indicado en la doctrina administrativa anteriormente citada, lo cierto es que los **jueces y tribunales** han entendido, por lo general, que los intereses de demora no son deducibles en el Impuesto sobre Sociedades –y cabría decir, en consecuencia, que tampoco en otros impuestos sobre la renta–.

Así, por un lado, la **STS de 24 de octubre de 1998** [rec. núm. 5785/1992 (NFJ006911)] ya recogió que los intereses de demora no resultaban deducibles en el Impuesto sobre Sociedades, y ello no porque tuvieran una naturaleza sancionadora, sino porque al tener un carácter indemnizador no tiene sentido que el ordenamiento permita la minoración de compensación a la Administración tributaria con la reducción en la base imponible de los mismos y, consecuentemente, la minoración de pago –vía impuestos al mismo acreedor (Hacienda Pública)¹⁰–. De tal manera que la resolución referida indica que los únicos intereses de demora que resultarían deducibles serían aquellos derivados de aplazamiento o fraccionamiento del crédito tributario, en la medida en que tienen una naturaleza pactada, como ocurre de hecho con otros intereses financieros¹¹. En mi opinión el TS realiza en dicha sentencia un salto en el vacío al sostener, sin fundamento jurídico sólido, la imposibilidad de la deducción de determinados intereses de demora: simplemente indica que tal deducción «carecería de sentido» sin más apoyo argumental¹². Sobre ello volveremos en el subepígrafe siguiente.

debidamente contabilizado en los correspondientes libros registros». En un sentido similar se había expresado, entre otras, la contestación a la Consulta de la DGT de 6 de marzo de 2000 [446/2000 (NFC011143)].

¹⁰ Recoge el FJ 1.º de dicha sentencia que «los intereses de demora no son sanción es, en efecto, la doctrina que nuestra jurisprudencia viene sosteniendo desde antiguo, bastando con citar a tal fin la sentencia de 28 de mayo de 1997, dictada en el recurso de apelación 7319/1991, según la cual "como ya dijo la Sentencia de esta Sala de 2 noviembre 1987, la raíz profunda de los intereses de demora se encuentra en el Derecho común y así el artículo 1.108 del Código Civil establece con carácter general que en el caso de que una obligación consistiera en el pago de una cantidad de dinero (la cuota, en la deuda tributaria) y el deudor (aquí, el contribuyente) incurriera en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal, módulo configurado posteriormente en este ámbito o sector mediante el tipo básico del Banco de España con ciertas matizaciones a lo largo del tiempo que no son del caso en este momento. En consecuencia, queda claro que el interés de demora tiene una función compensadora del incumplimiento de una obligación de dar y, por tanto, su naturaleza intrínseca consiste en ser una modalidad indemnizatoria"».

¹¹ Recoge el FJ 3.º de la sentencia aludida que «teniendo los intereses de demora una función compensadora del incumplimiento, por los contribuyentes, de su obligación de pagar la cuota dentro del plazo fijado, y asumiendo en definitiva tales intereses las características de una modalidad indemnizatoria, esta naturaleza compensadora excluye la pretensión del apelante de deducirlos en su declaración del impuesto sobre sociedades, pues carecería de sentido que el ordenamiento permitiera aminorar la compensación con la deducción que se pretende.

En otros términos, podemos establecer las siguientes afirmaciones:

- a) Los intereses financieros son deducibles como gastos necesarios.
- b) Los intereses derivados del fraccionamiento o aplazamiento del pago de los tributos son deducibles, como consecuencia del pacto con la Hacienda Pública, que conlleva tal aplazamiento.
- c) Los intereses de demora no son deducibles, pues tienen carácter indemnizatorio y no pueden considerarse ni gasto necesario ni tampoco que deriven de un pacto con la Hacienda Pública».

¹² Criticando igualmente la sentencia, *vid.* IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «¿Son deducibles los intereses de demora tributarios?: crítica a la STS 24 octubre 1998», *Quincena Fiscal*, núm. 14/1999, págs. 43-46.

Por su parte, la **STS de 25 de febrero de 2010** [rec. núm. 10396/2004 (NFJ038068)], que confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña de 10 de septiembre de 2004 [rec. núm. 553/1999 (NFJ018398)], reiteró su doctrina anterior en el sentido de que los intereses de demora no resultan deducibles del Impuesto sobre Sociedades, extendiendo en algo la fundamentación jurídica de la resolución de 1998 al indicar –como se reprodujo más atrás en la propia RTEAC comentada– que «[r]epugna al principio de Justicia, consagrado en el artículo 1 de la CE, que el autor de un acto contrario al ordenamiento jurídico obtenga un beneficio o ventaja del mismo». Ello no obstante, y aunque el argumento del TS en la sentencia referida tiene un mayor nivel de elaboración que el de la sentencia de 1998, en mi opinión el mismo peca de ser en exceso reduccionista. En efecto, en un ordenamiento jurídico tan complicado de interpretar como el tributario, en el que no existen verdades dogmáticas sino que muchas veces podrían plantearse dos o incluso más soluciones razonables y fundadas aun con diferentes cuotas a ingresar, mantener que una falta de ingreso tributario conlleva una ilicitud tan reprochable es, cuanto menos, poco realista¹³. De hecho, cabría decir que tal penalización de un proceder reprochable, en su caso, en el que habría que analizar además la antijuridicidad y culpabilidad, corresponde al derecho sancionador administrativo-tributario (o incluso a la ley penal), pero no al ámbito del cálculo de la cuota tributaria en función de los criterios fijados en las normas reguladoras (Ley y Reglamento del Impuesto sobre Sociedades) y los principios constitucionales aplicables al efecto (entre los que se encuentra el de capacidad económica, como se desarrolla más adelante).

Es preciso indicar que sentencias posteriores del TS han otorgado alguna otra justificación para considerar no deducibles los intereses de demora, como por ejemplo el hecho de implicar una liberalidad¹⁴.

Ciertamente, las sentencias de la Audiencia Nacional han seguido como resulta lógico la jurisprudencia del TS antes referida, ya sea considerando que las resultas de actos ilícitos no pueden

¹³ En este sentido cabe traer a colación el voto particular del magistrado José Antonio Montero Fernández, quien indica: «En este caso, ya se ha puesto en evidencia las muchas dudas que suscitaba supuestos como el que dio origen a la controversia que nos ocupa, incluso nos encontramos con cambios legislativos con carácter retroactivo clarificando una situación sinuosa e, incluso, una última jurisprudencia antes referida que se decanta por un cambio de criterio que afecta directamente a las retenciones de capital; pero además nadie discute ni el carácter de deducibilidad de las cantidades que debieron ser retenidas y no lo fueron, de hecho el Sr. Abogado del Estado no cuestiona su procedencia sino su imputación temporal, ni el derecho a la devolución a favor de la entidad actora. No discutiéndose dichas consecuencias del incumplimiento de la obligación *ex lege*, de la no retención, no parece lógico que a los intereses de demora derivados del incumplimiento en tiempo de la citada obligación, se le niegue su carácter de gasto deducible, de carga financiera –que despojado de consideraciones ajenas a su realidad, resulta incuestionable técnicamente–, por derivar del incumplimiento de una obligación legal, en tanto que hechas las anteriores matizaciones, en este caso el incumplimiento de la obligación no da lugar, a los efectos que en este interesa, sin más, a un acto ilícito del que no puede surgir consecuencias favorables para su autor».

¹⁴ Cfr. SSTs de 14 de septiembre de 2012 [rec. núm. 3254/2008 (NFJ049031)] y de 14 de febrero de 2013 [rec. núm. 565/2010 (NFJ050378)], al deberse los intereses de demora a la no repercusión de empresas eléctricas de las cuotas de IVA a sus empleados.

otorgar derecho a la aminoración de los tributos, o bien que en determinados casos –de acuerdo con el carácter de la cuota impositiva regularizada– tales intereses de demora son liberalidades no conectadas con la obtención de ingresos derivados de la actividad económica del empresario¹⁵.

Si acudimos, como mero punto de contraste, al derecho comparado, aunque en algunos países de nuestro entorno se suele interpretar que los intereses de demora no son deducibles –en muchos casos por entender, de forma cuestionable en mi opinión, que los mismos tienen un carácter sancionador–, no puede decirse que ello sea un patrón generalizado¹⁶.

Por todo ello, es preciso en este momento dilucidar cuál de las dos posturas mencionadas (deducibilidad o no de los intereses de demora en los impuestos sobre la renta) es más razonable desde un análisis de la normativa y principios aplicables, tarea a la que dedicamos el siguiente subepígrafe.

3.2. ¿ES CORRECTO SOSTENER QUE LOS INTERESES DE DEMORA NO SON DEDUCIBLES EN LA BASE IMPONIBLE DE LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA (IS, IRPF E IRNR)?

Si bien la cuestión de la deducibilidad de los intereses de demora se ha puesto de manifiesto, sobre todo, en relación con el Impuesto sobre Sociedades –y por ello se dedica el siguiente subepígrafe de forma monográfica a tal cuestión– me ha parecido interesante derivar las oportunas conclusiones en relación con otros impuestos sobre la renta, como son el IRPF o el IRNR, a lo cual se dedica un subepígrafe diferenciado.

¹⁵ Cfr. SAN de 30 de marzo de 2011 [rec. núm. 141/2008 (NFJ042746)], 25 de julio de 2013 [rec. núm. 435/2010 (NFJ061516)] y de 6 de marzo de 2014 [rec. núm. 124/2011 (NFJ054264)].

¹⁶ Así en Alemania, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo Financiero (BFH) de 15 de junio de 2010 (VIII R 33/07, *BSfBl* 2011 II, págs. 503 y ss.) al interpretar que los intereses de demora (*Nachzahlungszinsen*) entran entre los no deducibles previstos en el artículo 10.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (*Körperschaftsteuergesetz*); del mismo modo, en Francia se consideran los *intérêts de retard* como encuadrables entre las partidas no deducibles previstas en el artículo 39.2 del *Code Général des Impôts* referidas a «sanciones pecuniarias, penas de cualquier naturaleza de las que respondan quienes contravengan obligaciones legales» (cfr. *Conseil d'Etat*, 7 novembre 2008, n.º 302032, *Société civile immobilière Vega Investissement*); en Italia, por su parte, no se consideran deducibles los *interessi di mora* (art. 109.7 del *Testo unico delle imposte sui redditi*); en Portugal, el artículo 45.1 d) del *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas* expresamente excluye como gasto deducible a los *juros compensatórios*, por equipararlos a las infracciones. Ello no obstante, en el Reino Unido en algunos casos sí son deducibles los *interest on late payment tax* en el Impuesto sobre Sociedades desde el 1 de julio de 1999 (cfr. <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/bimmanual/bim45740.htm> consultado el 21 de enero de 2016). En un sentido similar, en los Estados Unidos los intereses de demora no son deducibles por lo general, pero dicha regla no se aplica a las sociedades (26 U.S. Code § 163). Por su parte, en Brasil en contestación a consulta interna núm. 9- Cosit de 18 de junio de 2012, se indica que ante el silencio del artículo 41.1 de la *Lei 8981/95, de 20 de janeiro de 1995*, deben considerarse deducible los *acréscimos moratorios*.

3.2.1. Impuesto sobre Sociedades

Desde la entrada en vigor de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, la base imponible se conforma a partir del resultado contable alterado por las correcciones previstas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades¹⁷. Consecuentemente, en buena lógica, debe partirse de las reglas de contabilización de los intereses de demora y, posteriormente, acudir a los preceptos sobre gastos no deducibles contenidos en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades¹⁸.

Pues bien, en lo que respecta a la **contabilización de los intereses de demora**, los mismos son considerados como gastos financieros por el Plan General de Contabilidad (PGC)¹⁹. Ello no obstante, y a pesar de su apariencia de retribución financiera por el uso de capitales ajenos, lo cierto es que referidos intereses de demora no se deben por lo general a pacto o contrato (salvo en supuestos de aplazamiento y fraccionamiento), sino que tienen el carácter de indemnización por incumplimiento, como de hecho ha sostenido la jurisprudencia, tal y como se ha indicado más atrás. En definitiva, resultaría más adecuado entender que los intereses de demora habrían de contabilizarse como provisiones para otras responsabilidades (abono en la cuenta 142 del PGC, probablemente con cargo en la cuenta 678, «Gastos excepcionales»).

Aunque la contabilización entre ambos supuestos previamente mencionados no difiere significativamente (abono a una cuenta de provisiones y cargo a otra de gastos), lo cierto es que enturbia en cierto modo la información que refleja la contabilidad y, como se verá seguidamente, pudiera desenfocar el tratamiento tributario de tal anotación contable. Por todo lo anterior, pudiera acaso asumirse que en este punto el PGC cometió un exceso reglamentario respecto de la idea de imagen fiel contenida en el artículo 34.2 de nuestro Código de Comercio. Es más, en la medida en que el citado precepto del Código de Comercio no es más que la transposición del artículo 2, apartados 3 a 5, de la Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978 (Cuarta Directiva del Derecho de Sociedades), pudiera asimismo considerarse que el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el PGC, vulnera asimismo el Derecho de la Unión Europea (UE)²⁰.

¹⁷ Cfr. artículo 10.3 de la LIS/1995, TRLIS y LIS/2014.

¹⁸ Cfr. artículo 14 de la LIS/1995 y TRLIS; artículo 15 de la LIS/2014.

¹⁹ Así, el PGC entiende que los intereses de demora se contabilizarán por lo general con abono a la cuenta 141 (provisión de impuestos) con cargo cuentas del grupo 66 (gastos financieros). Con amplias referencias a consultas del ICAC y también críticas, *vid.* VILLEGAS MORENO, A.: «A propósito de los gastos financieros: ¿son fiscalmente deducibles los intereses de demora tributarios?», *RCyT. CEF*, núm. 387, 2015, págs. 82-95.

²⁰ *Vid.* sobre el particular ÁLVAREZ MELCÓN, S.: «El principio contable de la imagen fiel: una introducción», en *Fiscalidad y contabilidad empresarial. Homenaje a Carlos Cubillo Valverde*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 13-22; ANTOLINET COLLET, S.: «Imagen fiel y principios contables», *Revista española de financiación y contabilidad*, núm. 63, 1990, págs. 351 y ss., así como LUCAS DURÁN, M.: «La contabilidad en el marco de la armonización del derecho europeo de sociedades. Comentarios críticos en torno a la 4.ª directiva del derecho de sociedades», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. 46, núm. 242, 1996, págs. 913 y ss. De hecho, es preciso indicar que existe jurisprudencia de la UE en virtud de la cual se ha declarado no conforme al citado princi-

Pues bien, si consideramos que el pago de intereses de demora se contabiliza con abono a una provisión por responsabilidades y cargo a gastos extraordinarios (no financieros), la perspectiva tributaria pudiera acaso variar. Dado que el resultado contable debe modificarse –en su caso– por lo dispuesto en la **Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades**, habría que examinar qué preceptos de dicha normas podrían resultar aplicables.

Así, por un lado, convendría en primer lugar referirse al artículo 14 de la LIS/2014 (art. 13 LIS/1995 o TRLIS), el cual alude a determinadas *provisiones* que no resultarían deducibles de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades aun cuando hubieran sido tenidas en cuenta a efectos contables. Nada indica tal precepto sobre la no deducibilidad de provisiones por riesgos o responsabilidades, de manera que no cabría realizar ajuste positivo alguno.

En segundo lugar, es preciso acudir al artículo 15 de la LIS/2014 (art. 14 LIS/1995 o TRLIS) referido a *otros gastos no deducibles* (distintos a las amortizaciones y otras correcciones de valor o bien a provisiones) que obligarían a realizar ajustes positivos en el resultado contable. Al respecto, el precepto citado guarda silencio sobre los intereses de demora. Y ello a pesar de que sí se mencionan como gastos no deducibles «las multas o sanciones penales o administrativas, los recargos del periodo ejecutivo y el recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo». En efecto, al haber afinado tanto la norma aludiendo a conceptos muy cercanos a los intereses de demora del artículo 26 de la LGT (como los recargos tributarios de los arts. 27 y 28 LGT), pero no haber incluido a aquellos –como de hecho sí lo hicieron otras normas de países de nuestro entorno– todo parece indicar que el legislador ha excluido expresamente tales intereses de demora de los gastos no deducibles, permitiendo por ende su deducibilidad. Bien es cierto que el nuevo apartado f) del artículo 15 de la LIS/2014 («gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico») pudiera hacer pensar que acaso los intereses de demora deberían encuadrarse allí. Sin embargo, como se indicará seguidamente, ello derivaría de una interpretación errónea del precepto referido.

De hecho, las sentencias del TS en las que se fundamenta la no deducibilidad de los intereses de demora tienen varios argumentos, que pueden fácilmente rebatirse:

Por un lado, indican que **no se trata de gastos necesarios para la obtención de beneficios empresariales**. Como han comentado diversos autores, la idea de «necesariedad» del gasto es algo que pertenece al pasado²¹. De hecho, las SSTs de 24 de octubre de 1998 (NFJ006911) y de 25 de

pio un Real Decreto belga que versaba sobre cuestiones contables [Cfr. STJUE *GIMLE SA*, de 3 de octubre de 2013, C-322/12 (NFJ052005)].

²¹ *Vid.*, entre otros, PAGÉS I GALTÉS, J.: «El abandono del concepto de gasto necesario por la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades y sus efectos en el IRPF», *Quincena Fiscal*, núm. 9/1996, págs. 11-14; IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «Son deducibles los intereses de demora tributarios?: crítica a la STS 24 octubre 1998», *Quincena Fiscal*, núm. 14/1999, págs. 45-46; UCELAY SANZ, I.: «La licitud del gasto como requisito previo para su deducibilidad. Efectos de la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Carta Tributaria*, núm. 3/2015, pág. 2; CUESTA CABOT, G.: «¿Son deducibles en el Impuesto sobre Sociedades los intereses de demora liquidados por la inspección? Comentarios a la luz de la re-

febrero de 2010 (NFJ038068), ya aludidas, a las que se refieren las RRTEAC de 23 de noviembre de 2010 (NFJ061476) y de 7 de mayo de 2015 (NFJ058171), se pronunciaron interpretando la normativa anterior (Ley 61/1978, de 27 de diciembre, y RD 2631/1982, de 15 de octubre) en la que el concepto de gasto necesario sí resultaba relevante²². Así, la normativa vigente a partir de 1996 no alude a que los gastos, para ser deducibles, deban ser necesarios para obtener los ingresos de la actividad, salvo en el particular caso de las liberalidades a que nos referimos en el siguiente párrafo. En definitiva, no cabe en estos momentos con la actual normativa el debate sobre la «necesariedad» de los gastos, siendo ello algo caduco que debe abandonarse después de haber transcurrido 20 años desde los cambios legislativos referidos.

Por otro lado, el Alto Tribunal ha indicado en algunos casos que los intereses de demora no son deducibles por tratarse de una **liberalidad**. Ello merece una aclaración. En efecto, las referidas SSTs de 14 de septiembre de 2012 (NFJ049031) y de 14 de febrero de 2013 (NFJ050378) aludieron a dicho argumento para justificar la no deducibilidad de los intereses de demora. Ello no obstante, se trataba de un supuesto muy particular: no repercusión del IVA a empleados de compañías a quienes se les suministraba de forma gratuita el fluido eléctrico. Con todo, cabe indicar que en mi opinión el argumento del Alto Tribunal era erróneo de partida: sin perjuicio de entender o no que los IVA no repercutidos a su personal eran una liberalidad (y no un salario en especie, lo cual es en sí cuestionable), lo que parece claro es que los intereses de demora derivados de la oportuna regularización no son liberalidad alguna; y ello es así porque al resultar obligatorios (como obligación *ex lege*, según recoge el art. 1.089 del Código Civil, a tenor del art. 26 LGT), faltaría el elemento esencial de toda donación: el ánimo de liberalidad²³. En definitiva, el TS parece confundir en las resoluciones referidas dos conceptos: la eventual –y discutible– liberalidad producida al no repercutir IVA a sus empleados, por un lado, y los efectos de no haber cumplido con tal obligación fiscal en tiempo y forma (compensación vía intereses de demora), por otro. Sin embargo tales intereses de demora responden a un silogismo causa-efecto fundado en la ley y no depende de voluntad privada alguna. Y en cualquier caso, fuera de los supuestos específicos contemplados en las sentencias referidas, la mayoría de los casos en los que se presente una regularización no tendrán conexión con ánimo alguno de liberalidad, sino con interpretaciones diferentes de la norma o, eventualmente, infracciones de la misma.

ciente resolución del TEAC de 7 de mayo de 2015 y la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Carta Tributaria*, núm. 3/2015, pág. 4. Particularmente, recoge al respecto la STS de 19 de diciembre de 2003 [rec. núm. 7409/1998 (NFJ018232)], FJ 3.º, lo siguiente: «Al fin, esta cuestión ha sido resuelta por la nueva Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del nuevo 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, en suma el beneficio, superándose los criterios de obligatoriedad jurídica, indefectibilidad, etc. y los negativos de gastos convenientes, oportunos, acertados, etc., como contrarios al de gastos necesarios».

²² En el mismo sentido, *cfr.* UCELAY SANZ, I. y CUESTA CABOT, G., *ibidem*.

²³ En sentido similar se ha pronunciado la contestación a la Consulta de la DGT V4080/2015, de 21 de diciembre (NFC057227), a cuyo tenor «los intereses de demora no tienen la condición de donativo o liberalidad, por cuanto no existe por parte de la entidad el *animus donandi* o la voluntariedad que requiere la donación o liberalidad, toda vez que estos intereses vienen impuestos por el ordenamiento jurídico».

Finalmente, nuestra Corte Suprema ha esgrimido el argumento de que resulta **contrario al principio de Justicia (art. 1 de la Constitución), que quien ha realizado un acto contrario al ordenamiento jurídico obtenga un beneficio fiscal por ello**. Tal argumento también resulta, a mi juicio, rechazable. Ello es así porque todo sistema jurídico contempla sanciones para los supuestos de contravención de sus propias normas: ya sea una sanción civil de nulidad (v. gr. arts. 6 –apdos. 3 y 4– y 1.255 del Código Civil), o bien una sanción administrativa o penal. Esto es, la reacción del ordenamiento es una sanción civil o punitiva que castiga y pretende desincentivar la infracción del ordenamiento jurídico. Y, ciertamente, en caso de haberse cometido una infracción administrativa o penal de carácter tributario, la sanción pecuniaria impuesta no es deducible en el Impuesto sobre Sociedades, como recoge expresamente la norma y ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, pues efectivamente ello alteraría la cuantía de la sanción –en puridad la rebajaría–, restando efectividad a la misma. Ciertamente, ello no parece conforme con lo pretendido por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia, los intereses de demora tienen un carácter indemnizatorio y no sancionador²⁴. Esto es, no puede justificarse su falta de deducibilidad en una cuestión de política criminal para evitar que la sanción pierda parte de su virtualidad, pues no estamos en tal supuesto. Solo pretenden compensar a la Administración por el pago tardío de los tributos, lo cual no es un acto contrario al ordenamiento sino precisamente debido a él (art. 26 LGT). Y ello con independencia de que el desencadenante de los intereses de demora sea un acto ilícito. Así, quien de forma imprudente conduce con exceso de velocidad y por ello provoca un accidente de tráfico, habrá de indemnizar a los perjudicados por tal imprudencia (sin perjuicio de que le corresponda una sanción administrativa o penal por tal hecho), siendo así que tal indemnización es debida conforme al ordenamiento jurídico y provoca una alteración patrimonial en el sujeto que puede ser tenida en cuenta a efectos fiscales. Indicar que es contrario a la justicia que el ordenamiento tributario tome en cuenta tal alteración patrimonial es, en realidad, un salto en el vacío, pues precisamente se podría argumentar lo contrario: en la medida en que no se tome en cuenta podría contravenir el principio de capacidad económica previsto en el artículo 31 de nuestra Constitución.

Cuestión distinta sería que los intereses de demora se consideraran no deducibles a partir de la entrada en vigor de la LIS/2014 por entenderse encuadrados en el supuesto previsto en el apartado f) del artículo 15 de tal cuerpo legal, a tenor del cual no serán deducibles «[l]os gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico». Ahora bien, ¿el pago de una indemnización puede considerarse una actuación contraria al ordenamiento jurídico, aunque la causa de tal indemnización provenga de haber cometido una infracción legal? Como ya hemos comentado, no parece que esto sea así. Por contra, lo que resultaría contrario al ordenamiento jurídico sería no restablecer el equilibrio patrimonial al que obliga el Derecho por causa de una acción dolosa o, cuanto menos, culposa. Imagínese que una compañía farmacéutica ha sido demandada por haber vendido medicamentos que provocan determinados efectos secundarios no anunciados ni previsibles, siendo así que por ello un grupo de pacientes le exigen una indemnización. Ciertamente

²⁴ Cfr. STC 76/1990, de 26 de abril (NFJ000802), además de las SSTs antes citadas.

no podría decirse que tal indemnización no tiene el carácter de deducible en el IS, pues su pago es necesario para que la actividad empresarial continúe y, de hecho, no existe la posibilidad de zafarse de la misma si es consecuencia de una condena firme²⁵.

Deben, pues, diferenciarse dos ámbitos: por un lado, estaría la sanción que el ordenamiento jurídico impone como represión del acto ilícito, la cual no resulta deducible –en cuanto multa pecuniaria– a tenor del artículo 15 c) de la LIS/2014 (así como del correlativo art. 14 LIS/1995 o TRLIS)²⁶; y, por otro lado, estaría la indemnización debida por el acto ilícito de impago tributario, que no puede calificarse como sanción ni recargo de los artículos 27 y 28 de la LGT, ni siquiera como actuación contraria al ordenamiento jurídico –como sí lo fue el impago–, toda vez que es el mismo ordenamiento jurídico le obliga a pagar tal indemnización a la Administración en forma de intereses de demora, como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del TS. Lógicamente, una actuación (pago de intereses de demora) no puede ser contraria al ordenamiento jurídico si resulta obligada por el mismo. Otra cosa es que la obligación *ex lege* derive de un acto ilícito, pero eso es otra cuestión que no logra en mi opinión incardinar a los intereses de demora en el artículo 15 f) de la LIS/2014²⁷.

En definitiva, según la normativa del Impuesto sobre Sociedades la base imponible del mismo ha de ser el resultado que derive del cómputo contable de los intereses de demora (como gasto),

²⁵ Así, la STS de 21 de mayo de 2015 [rec. núm. 2167/2013 (NFJ058599)], FJ 7.º indica en relación con la contabilización y tributación de las indemnizaciones que «su adecuado registro contable debe ser el de una dotación a la provisión para riesgos y gastos, estimativa del riesgo derivado de las indemnizaciones por incumplimiento». *Vid.* asimismo STS de 25 de julio de 2012 [rec. núm. 3416/2009 (NCJ060761)]. Particularmente la STS de 19 de enero de 2013 [rec. núm. 3726/2009 (NFJ046221)] recoge en su FJ 9.º, aplicando ya la LIS/1995 –pero con cierto atavismo al concepto de *gasto necesario* propio del sistema anterior– lo siguiente: «El concepto de "gastos necesarios" no es pacífico. La "necesidad" del gasto es tendencial, en el sentido de que han de estar orientados o dirigidos a la "obtención" de ingresos. Esta característica del "gasto necesario" puede ser contemplada desde una doble perspectiva: primera, positiva, como concepción económica de obtención del beneficio, criterio que sigue el citado artículo 13 de la Ley 61/78, en el que gasto e ingreso están directamente relacionados, al entender el gasto como un costo de los rendimientos obtenidos. Y, segunda, negativa, como contraria a "donativo" o "liberalidad"; criterio mantenido en el artículo 14.1 e) de la Ley 43/95, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Las indemnizaciones serán gastos deducibles para determinar la base imponible en el IS "siempre que los gastos de indemnización sean necesarios para la continuación de la actividad de la entidad"».

²⁶ Lo mismo ocurriría con determinadas acciones ilícitas en sí mismas que de hecho constituyen un gasto contable para las empresas, como serían por ejemplo los sobornos y otros pagos por corrupción. En tales casos, la acción cuyo gasto pretende deducirse es esencialmente contraria al ordenamiento jurídico, y este no puede permitir que beneficie al sujeto pasivo que ha cometido tal irregularidad. A tales casos sí podría resultar aplicable la doctrina de las SSTS comentadas sobre la injusticia que supone permitir un beneficio fiscal al infractor de la norma (aunque infelizmente aplicadas al supuesto de los intereses de demora) y, a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/2014, el apartado f) del artículo 15 de referido cuerpo normativo.

²⁷ En un sentido similar *vid.* contestación a la Consulta de la DGT V4080/2015, de 21 de diciembre (NFC057227), a cuyo tenor «En el caso de los intereses de demora, no nos encontramos ante gastos contrarios al ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario, son gastos que vienen impuestos por el mismo, por lo que tampoco cabe establecer su no deducibilidad por la referida letra f). Precisamente aquellos gastos impuestos por el ordenamiento jurídico con carácter punitivo, las sanciones, se consideran no deducibles de forma expresa por la normativa tributaria, mientras que nada establece la normativa fiscal respecto a los intereses de demora».

sin que proceda sobre el particular alteración alguna por la LIS/2014 (ni tampoco por la LIS/1995 o el TRLIS). Es más, cabría indicar que otras interpretaciones normativas tendentes a no permitir la consideración como gasto de los citados intereses de demora, al entender que los mismos no son deducibles, a tenor del artículo 15 de la LIS/2014 (o art. 14 LIS/1995 o TRLIS), podrían contravenir principios constitucionales consolidados que rigen la imposición. En este sentido la interpretación del precepto citado debería hacerse, de entre todas las posibilidades que cabrían al respecto, en la forma más conforme con el artículo 31 de nuestra Constitución.

Así, en primer lugar, podría entenderse que el *principio de capacidad económica* exige la deducibilidad de los intereses de demora: si el pago de los mismos implica una minoración del patrimonio y no es un acto voluntario (pues ello entraría en el ámbito de las liberalidades), conlleva una reducción de la capacidad económica del sujeto pasivo que debe ser tomada en cuenta por el Derecho tributario. En efecto, podría comentarse que algunos gastos aun cuando suponen una menor capacidad económica no resultan deducibles según el artículo 15 de la LIS/2015 por razones de política criminal o por motivos éticos, como sería el caso de las sanciones y recargos de carácter desincentivador de determinadas conductas tributarias, así como ciertos gastos que son contrarios al ordenamiento jurídico (como pago de sobornos, etc.). Ahora bien, tales circunstancias no parecen sin embargo concurrir en el pago de los intereses de demora, como se ha indicado. Y siendo así que el pago indemnizatorio que se debe por los intereses de demora supone un quebranto económico para el sujeto pagador, y que el mismo está íntegramente relacionado con la actividad empresarial que realiza (como cualquier otra responsabilidad que pueda derivarse de la misma), la falta de consideración de dicho gasto en el cálculo de la base imponible pudiera considerarse como contraria al referido principio de capacidad económica.

Adicionalmente, cabe indicar que podría producirse una vulneración del *principio de igualdad* si son tratados fiscalmente de forma diversa y sin justificación razonable y objetiva los intereses de demora pagados o recibidos por el sujeto pasivo. Así, no parece discutible que los intereses de demora recibidos por el sujeto pasivo tributan en los respectivos impuestos sobre la renta, pues implican una mayor capacidad económica de este²⁸. En paralelo, si los intereses de demora pagados a la Administración tributaria no fueran tenidos en cuenta para minorar la base imponible de la imposición sobre la renta, existiría una diferencia de trato entre sujetos (públicos y privados) que difícilmente encontraría una adecuada justificación.

²⁸ Así, la DGT en contestación a las Consultas vinculantes de 23 de noviembre de 2007 [V2508/2007 (NFC028156) y V2510/2007 (NFC027999)], de 8 de febrero de 2008 [V0273/2008 (NFC028643)], de 25 de febrero de 2008 [V0418/2008 (NFC028736) y V0421/2008 (NFC028737)]; o de 9 de diciembre de 2009 [V2720/2009 (NFC036851)], entre otras; indica particularmente esta última resolución que «los intereses indemnizatorios tienen como finalidad resarcir al acreedor por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación o el retraso en su correcto cumplimiento, circunstancia que concurre en el presente caso. Estos intereses, debido a su carácter indemnizatorio, no pueden calificarse como rendimientos del capital mobiliario. En consecuencia, a tenor de lo dispuesto en los artículos 23 y 31.1 del mismo texto refundido, han de tributar como ganancia patrimonial, tributación que procede en este supuesto». En un sentido similar *vid.* más recientemente las consultas vinculantes de la DGT de 30 de enero de 2015 [V0347/2015 (NFC053620)], 5 de agosto de 2015 [V2499/2015 (NFC056079)] y 7 de octubre de 2015 [V2958/2015 (NFC056356)], entre otras.

3.2.2. IRPF e IRNR

En lo que respecta a otros impuestos directos distintos del Impuesto sobre Sociedades los intereses de demora debidos resultarían igualmente deducibles de la base imponible en las condiciones contempladas en la normativa oportuna²⁹. Ahora bien, en el ámbito del IRPF y del IRNR la respuesta no es tan evidente, y cabría preguntarse si los intereses de demora tendrían de algún modo incidencia fiscal en la base imponible de los mismos.

En lo que respecta al IRPF, podría en principio pensarse que son extrapolables las conclusiones obtenidas en relación con el Impuesto sobre Sociedades siempre y cuando los intereses de demora se refieran a regularización de rendimientos de actividades económicas, por expresa reconducción en la LIRPF a las normas del Impuesto sobre Sociedades³⁰. Ello no obstante, parece más razonable pensar que la naturaleza indemnizatoria y no financiera de los intereses de demora abogarían por que los mismos pudieran considerarse como pérdidas patrimoniales³¹.

²⁹ Así por ejemplo ocurriría en relación con el Impuesto sobre el Patrimonio por los intereses de demora debidos a la Administración, en la medida en que las deudas del sujeto pasivo resultan deducibles (*cf.* art. 9.dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio); y algo similar ocurre en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en relación con las deudas por intereses de demora del causante de la herencia o del donante si se transmiten al heredero, legatario o donatario (*cf.* arts. 9 y 13 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones).

³⁰ *Cfr.* artículo 28 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sobre el particular *vid.* las contestaciones a las Consultas de la DGT de 24 de febrero de 2004 [364/2004 (NFC019221)] y de 2 de febrero de 2015 [V0394/2015 (NFC053919)], ya citadas.

³¹ *Cfr.* contestación a la Consulta vinculante de la DGT de 26 de noviembre de 2010 [V2564/2010 (NFC039700)], que textualmente indica: «La determinación legal del concepto de ganancias y pérdidas patrimoniales se recoge en el artículo 33 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [...]. A continuación, los apartados siguientes de este mismo artículo 33 se dedican a matizar el alcance de esta configuración, apartados de los que procede referir aquí el número 5, donde se establece lo siguiente:

"No se computarán como pérdidas patrimoniales las siguientes:

- a) Las no justificadas.
- b) Las debidas al consumo.
- c) Las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades.
- d) Las debidas a pérdidas en el juego.
- e) Las derivadas de las transmisiones de elementos patrimoniales, [...].
- f) Las derivadas de las transmisiones de valores o participaciones admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores [...].
- g) Las derivadas de las transmisiones de valores o participaciones no admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores [...]"

De acuerdo con lo anterior, la condena al pago de la indemnización que en la sentencia se impone al consultante comporta para este una alteración en la composición de su patrimonio (en cuanto surge una obligación de pago de una cantidad de dinero) que da lugar a una pérdida patrimonial, ajena totalmente a las recogidas en el artículo 33.5, y por tanto perfectamente computable como tal».

Por otro lado, y en lo que respecta al IRNR, dado que la normativa de dicho tributo se remite en bloque a la del Impuesto sobre Sociedades y a la del IRPF con algunas peculiaridades que no afectan en este momento, cabría extrapolar las conclusiones obtenidas con anterioridad respecto de ambos impuestos³². Ello no obstante, podría presentarse algún problema en relación con las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente respecto de los intereses de demora analizados en este trabajo, habida cuenta del devengo instantáneo de dichos rendimientos en casos distintos a los casos de prestaciones de servicios, asistencia técnica, obras de instalación o montaje derivados de contratos de ingeniería y, en general, de actividades o explotaciones económicas realizadas en España. En la medida en que esto sea así –al menos en relación con otros países de la UE y del Espacio Económico Europeo– podría presentarse alguna incompatibilidad en relación con las libertades fundamentales de la UE y del principio de no discriminación. Pero ello plantea de hecho una cuestión general en relación con las pérdidas patrimoniales en el referido tributo, que no puede acometerse en este trabajo³³.

3.3. IMPUTACIÓN TEMPORAL DE LOS INTERESES DE DEMORA EN EL CASO DE CONSIDERARSE DEDUCIBLES

Así pues, si se considera en la línea expresada más arriba que los intereses de demora pueden deducirse de la base imponible de los impuestos sobre la renta (IS, IRPF, IRNR) debería resolverse seguidamente a qué ejercicio han de imputarse tales gastos o pérdidas patrimoniales.

En relación con el **Impuesto sobre Sociedades**, cabrían básicamente dos opciones: por un lado, podrían imputarse al momento en que tales intereses han nacido al mundo jurídico (se han devengado en su sentido más jurídico), pues los mismos traen por causa la liquidación derivada del acta de la inspección aun cuando esta no sea firme; por otro lado, podría pensarse que deben imputarse a cada uno de los ejercicios respecto de los cuales se calculen tales intereses, aunque sea por un cálculo realizado *a posteriori*, precisamente por su consideración contable como gastos financieros. Pues bien, para solucionar tal duda debe acudir al artículo 11 de la LIS, el cual se remite a su vez a la normativa contable. Ahora bien, si consideramos que los intereses de demora no son –como se ha defendido más atrás– un gasto financiero sino un gasto por indemnización, el devengo no puede entenderse producido sino en el momento en que sea firme el acto administrativo de liquidación de intereses derivados del acta de regularización³⁴.

³² Cfr. artículos 18 y 24 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

³³ Puede consultarse sobre el particular CORNUDELLA MARQUÉS, J.: «El importe de las ganancias y pérdidas patrimoniales» en MENÉNDEZ MORENO, A. (coord.), *Los impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de los no residentes: Estudio de sus leyes reguladoras y reglamentos generales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 307-360.

³⁴ En este sentido ya se manifestó la ya citada RTEAC de 20 de julio de 2001 [vocalía segunda, núm. resolución: 00/32/1998 (NFJ061472)] al indicar en su FJ 3.º que «[e]n cuanto al momento temporal en que son deducibles los in-

Lo anterior se refiere a intereses de demora calculados *a posteriori*, esto es, en el momento de la regularización tributaria. Cabe preguntarse sin embargo si serían deducibles las dotaciones a provisiones realizadas en previsión del pago de intereses de demora (conforme al principio de prudencia) en el caso de recurrir una determinada liquidación tributaria habiendo pedido la suspensión del ingreso. Ello es común en algunos casos en los que se estime que un determinado tributo es ilegal o inconstitucional y se haya recurrido convenientemente. Pues bien, en tales casos cabría realizar las oportunas dotaciones de provisiones por responsabilidades, que resultarían deducibles al ser contabilizadas dado que no implicarían ajustes extracontables conforme al artículo 14 de la LIS/2015 (art. 13 LIS/1995 o TRLIS)³⁵. En cuanto a los intereses de demora por aplazamiento y fraccionamiento de pago, al tener un carácter financiero y no indemnizador, sí se devengarían en cada periodo impositivo.

En lo que respecta a la imputación temporal en el **IRPF**, habría que atender a lo dispuesto en el artículo 14 de la LIRPF, que diferencia la imputación temporal en relación con los rendimientos de actividades económicas y de las ganancias y pérdidas patrimoniales, que como se indicó más atrás serían los dos supuestos que podrían contemplarse en relación con la toma en consideración de los intereses de demora en dicho tributo. Así pues, de acuerdo con la doctrina de la DGT antes comentada, si los intereses de demora derivan de una comprobación de rentas de actividades económicas, habría que remitirse a la normativa del Impuesto sobre Sociedades antes referida, con los matices que recoge el RIRPF en relación con la opción por el criterio de cobros y pagos³⁶. Ello no obstante nos parece más razonable indicar que habida cuenta de la naturaleza indemnizatoria de los intereses de demora (que conllevarían su calificación como pérdida patri-

tereses de demora derivados de Actas que regularicen la situación tributaria de ejercicios anteriores, la resolución de este Tribunal Central de 8 de mayo de 1996 señala que "[...] si bien es cierto que en el artículo 22 de la Ley 61/1978 de 27 de diciembre (y en el artículo 88 del Reglamento del Impuesto), se establece que los ingresos y los gastos que componen la base del Impuesto se imputarán al periodo en que se hubieran devengado los unos y producido los otros, con independencia del momento en que se efectúen los correspondientes cobros y pagos, también es cierto que en el supuesto en cuestión, el gasto correspondiente a los intereses de demora no resulta conocido hasta el ejercicio en que se produce la comprobación por parte de la Administración tributaria, que es cuando se cuantifican los intereses de referencia. Por tanto, al no poder conocer con anterioridad el importe de este gasto, tampoco puede efectuarse anotación ni contabilización alguna", debiendo en consecuencia admitirse en dicho momento, como concluye este Tribunal en la resolución citada, y en aplicación de los artículos 37.3 y 110 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, "la deducibilidad de los intereses de demora liquidados como consecuencia de las Actas de Inspección". En el presente caso, por las razones expuestas, ha de admitirse la deducibilidad en el ejercicio comprobado (1993) de los intereses de demora liquidados en el mismo periodo [...] por la Inspección». Sobre el particular, y permitiendo imputarlo al momento del cierre del acta según el artículo 19.3 del TRLIS *vid.* contestación a la Consulta vinculante DGT de 7 de abril de 2014 [V0983/2014 (NFC051022)]. *Vid.* asimismo en relación con tal cuestión contestaciones a las Consultas vinculantes de la DGT de 4 de julio de 2011 [V1716/2011 (NFC042032)], de 12 de marzo de 2013 [V0761/2013 (NFC047104)] y 23 de marzo de 2015 [V0890/2015 (NFC054281)].

³⁵ En este sentido *vid.* la ya citada RTEAC de 1 de junio de 2006 [vocalía cuarta, núm. resolución: 00/1611/2004 (NFJ023104)], FJ 3.º.

³⁶ *Cfr.* artículo 7 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

monial, como se examinó más atrás), habrá de estarse a la fecha en que adquiera firmeza el acto administrativo de imposición de tales intereses de demora³⁷.

Finalmente y en relación con el **IRNR**, habría que estar a los artículos 20 y 27 del TRLIRNR.

3.4. CONSIDERACIONES FINALES

Como reflexión de conjunto sobre la deducibilidad de los intereses de demora en los impuestos sobre la renta (IS, IRPF e IRNR), parece oportuno indicar que una adecuada interpretación de la normativa vigente, conforme a los postulados de justicia tributaria, abogarían por su consideración como gasto deducible.

Así, por un lado, el artículo 15 de la LIS/2014 (y tampoco el art. 14 LIS/1995 o TRLIS) no excluye de forma explícita como gasto deducible a los intereses de demora, aun cuando sí se refiere a otros elementos de la deuda tributaria (recargos de los arts. 27 y 28 LGT) o a las sanciones [apdo. c) de referido precepto]. El silencio de la norma debe interpretarse, pues, como un apoyo a la deducibilidad de tales intereses de demora.

Por otro lado, aun cuando el apartado f) del artículo 15 de la LIS/2014 contempla como no deducibles «[l]os gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico», no puede interpretarse que dicho supuesto afecte a la deducibilidad de los intereses de demora. Esto es así dado que la propia ley obliga a su pago y ello, por definición, no puede entenderse contrario al ordenamiento jurídico sino, precisamente, compelido por él.

Por otro lado, la jurisprudencia a la que se refiere la RTEAC de 7 de mayo de 2015 (NFJ058171) aludida en este trabajo, menciona sentencias del TS que interpretan normas anteriores al cambio producido por la LIS/1995, a partir de la cual se abandona el concepto de gasto necesario para descansar en el resultado contable con las modificaciones que prevea la normativa del Impuesto sobre Sociedades. Por ello, parte de los argumentos utilizados por la citada resolución no resultan hoy en día aplicables.

En lo que respecta, asimismo, a una eventual exigencia del principio de justicia que postularía por la no deducibilidad de los intereses de demora, tal afirmación parece carente de fundamento jurídico, sobre todo si se toma en consideración el principio de capacidad económica en virtud del cual toda alteración patrimonial (salvo las expresamente prohibidas por el ordenamiento por diversos motivos) habrá de tenerse en cuenta por los tributos que graven la renta. Adicionalmente, la consideración de los intereses de demora como liberalidad en algunas sentencias del TS resulta igualmente indebida, pues el pago de los mismos resulta obligatorio y no opcional para el sujeto pasivo.

³⁷ En palabras de la contestación a la Consulta vinculante de la DGT de 26 de noviembre de 2010 [V2564/2010 (NFC039700)]: «A la imputación temporal de las pérdidas y ganancias patrimoniales se refiere el artículo 14.1 c) de la Ley del Impuesto estableciendo que "se imputarán al periodo impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial", circunstancia que en el presente caso cabe entenderse producida en el periodo impositivo en que adquiere firmeza la sentencia condenatoria».

Una vez que se ha concluido que los intereses de demora han de considerarse deducibles del Impuesto sobre Sociedades, es preciso indicar que de igual modo han de tomarse en consideración tanto en el IRPF como en el IRNR, ya sea como gasto deducible –en el caso de que deriven de regularizaciones de actividades económicas en el ámbito del IRNR y cuando se trate de personas jurídicas–, o bien como pérdida patrimonial en los demás casos.

Finalmente, considerando que los intereses de demora tienen una naturaleza indemnizatoria, deberá imputarse su gasto por lo general al periodo impositivo en que resulte firme el acto administrativo que determina su exigencia, sin perjuicio de que puedan dotarse las oportunas provisiones *pro futuro* en caso de determinados recursos contra la legalidad o constitucionalidad de determinados tributos en los que se ha solicitado la suspensión del ingreso.

Bibliografía

ÁLVAREZ MELCÓN, S. [1983]: «El principio contable de la imagen fiel: una introducción», en *Fiscalidad y contabilidad empresarial. Homenaje a Carlos Cubillo Valverde*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

ANTOLÍN ET COLLET, S. [1990]: «Imagen fiel y principios contables», *Revista española de financiación y contabilidad*, núm. 63.

CUESTA CABOT, G. [2015]: «¿Son deducibles en el Impuesto sobre Sociedades los intereses de demora liquidados por la inspección? Comentarios a la luz de la reciente resolución del TEAC de 7 de mayo de 2015 y la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Carta Tributaria*, núm. 3.

CORNUDELLA MARQUÉS, J. [2008]: «El importe de las ganancias y pérdidas patrimoniales», en MENÉNDEZ MORENO, A. (coord.), *Los impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de los no residentes: Estudio de sus leyes reguladoras y reglamentos generales*, Lex Nova, Valladolid.

GABINETE DE ESTUDIOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ASESORES FISCALES (AEDAF) [2015]: «Tratamiento en el IS de los intereses de demora tributarios: resolución del TEAC de 7 de mayo de 2015», julio.

IBÁÑEZ GARCÍA, I. [1999]: «¿Son deducibles los intereses de demora tributarios?: crítica a la STS 24 octubre 1998», *Quincena Fiscal*, núm. 14.

LUCAS DURÁN, M. [1996]: «La contabilidad en el marco de la armonización del derecho europeo de sociedades. Comentarios críticos en torno a la 4.ª directiva del derecho de sociedades», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. 46, núm. 242.

PAGÉS I GALTÉS, J. [1996]: «El abandono del concepto de gasto necesario por la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades y sus efectos en el IRPF», *Quincena Fiscal*, núm. 9.

UCELAY SANZ, I. [2015]: «La licitud del gasto como requisito previo para su deducibilidad. Efectos de la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Carta Tributaria*, núm. 3.

VILLEGAS MORENO, A. [2015]: «A propósito de los gastos financieros: ¿son fiscalmente deducibles los intereses de demora tributarios?», *RCyT. CEF*, núm. 387.