

Los intereses de demora tributarios no están sujetos al IRPF

Análisis de la [STS de 3 de diciembre de 2020, rec. núm. 7763/2019](#)

Carmen Banacloche Palao

*Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario.
URJC*

Extracto

El objeto de este trabajo es analizar la importante Sentencia del Tribunal Supremo 1651/2020, de 3 de diciembre (rec. núm 7763/2019 –NFJ079842–) que cambia radicalmente la interpretación mantenida hasta la fecha y considera que, en atención a su naturaleza compensatoria, los intereses de demora abonados por la Agencia Tributaria al efectuar una devolución de ingresos indebidos constituyen un supuesto de no sujeción al impuesto sobre la renta de las personas físicas.

1. Supuesto de hecho

El caso planteado parte del procedimiento de comprobación limitada que inició la Administración tributaria por el concepto impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), ejercicio 2010, circunscrito a la «comprobación de la ganancia patrimonial no declarada por el contribuyente como consecuencia de la obtención en 2010 de intereses de demora». El procedimiento finalizó con una liquidación provisional en la que la Administración tributaria incrementó la base imponible del ahorro del contribuyente por importe de 50.264,14 euros, percibidos en concepto de intereses de demora, reconocidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) en 2010 como consecuencia de una reclamación económico-administrativa interpuesta por el contribuyente.

La interpretación que efectuó la Administración tributaria fue corroborada por la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Valencia de 23 de febrero de 2017, que desestimó la reclamación económico-administrativa interpuesta por el contribuyente, entendiendo que «los intereses de demora abonados por la Agencia Tributaria al efectuar una devolución de ingresos indebidos, debido a su carácter indemnizatorio, dan lugar a la existencia de una ganancia patrimonial que procederá integrar en la base imponible del ahorro».

El contribuyente interpuso recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, recurso que fue estimado por la Sentencia de 3 de julio de 2019 del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana (rec. núm. 688/2017 –NFJ076333–), de acuerdo con la cual:

[...] el importe percibido en concepto de intereses de demora no tiene la consideración de ganancia patrimonial, atendiendo al propio carácter de los intereses de demora cuya naturaleza persigue compensar o reparar el perjuicio causado como consecuencia del pago de una cantidad que nunca tuvo que ser desembolsada por el contribuyente. Nótese que los intereses de demora dejan de tener la consideración de ganancia o pérdida patrimonial en función de quién ha hecho frente al pago de los mismos, la Administración o el contribuyente.

El abogado del Estado interpuso recurso de casación contra la sentencia del tribunal valenciano el cual, finalmente, no prosperó, de conformidad con los argumentos de la Sentencia 1651/2020 del Tribunal Supremo (TS) de 3 de diciembre de 2020 (rec. núm. 7763/2019 –NFJ079842–), objeto de este comentario.

2. Doctrina del tribunal

La Sección Segunda de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del TS da un vuelco a la tradicional interpretación sobre la tributación en el IRPF de los intereses de demora percibidos por el contribuyente, los cuales hasta ahora se gravaban bien como rendimientos del capital mobiliario (cuando tuvieran naturaleza remuneratoria), bien como ganancias de patrimonio (en caso de que su carácter fuera indemnizatorio). Considera el Alto Tribunal, en cambio, que estamos ante un supuesto de no sujeción, ya que «cuando se devuelven al contribuyente unos intereses soportados por el mismo indebidamente, compensándolos, es evidente que no existe ganancia patrimonial, sino que se produce un reequilibrio, anulando la pérdida antes sufrida».

El TS hila su razonamiento sobre la no sujeción de los intereses de demora abonados por la Administración tributaria con la no deducibilidad de esos mismos intereses cuando son soportados por el contribuyente: «Y desde luego no tiene sentido negar el carácter deducible de los intereses soportados por el contribuyente y entender como sujetos y no exentos los intereses anejos a la devolución de ingresos indebidos».

En definitiva, sobre la base de la naturaleza compensatoria de los intereses de demora, el Alto Tribunal aboga por su no tributación en el IRPF, so pena de frustrar tal finalidad, «al menos parcialmente».

No obstante, la sentencia cuenta con el voto particular contrario a la misma formulado por el magistrado don Isaac Merino Jara. En opinión del catedrático de la Universidad del País Vasco, debe desvincularse la relación entre la no deducibilidad de los intereses de demora en el impuesto sobre sociedades (IS) respecto a su tributación en el IRPF. El profesor Merino Jara hace un par de distinciones muy interesantes a los efectos que nos ocupan: por una parte, diferencia lo que él denomina «intereses pasivos», esto es, los intereses de demora que acompañan a la devolución de ingresos indebidos y que son percibidos por el contribuyente, respecto de los «intereses activos», es decir, los intereses de demora integrantes de la deuda tributaria a tenor de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley General Tributaria (LGT), y que son abonados por el contribuyente. Con independencia de que los intereses activos (los que paga el contribuyente) sean deducibles o no, opina Merino Jara que los pasivos (los que cobra el contribuyente) son renta gravable en el IRPF mientras el legislador no disponga lo contrario (como ha hecho al excluir expresamente de tributación las ganancias patrimoniales reguladas en el art. 33.3 de la Ley del impuesto sobre la renta

de las personas físicas –LIRPF– o al declarar exentas las cantidades percibidas por la devolución de las cláusulas de limitación de tipos de interés de préstamos derivadas de acuerdos celebrados con las entidades financieras, de conformidad con lo establecido en la disp. adic. cuadragésimo quinta de la LIRPF).

En el supuesto de que se vinculara el tratamiento fiscal de los intereses pasivos con el de los activos (tratando de que haya una correlación lógica y sistemática entre ellos, de forma que si los intereses de demora abonados a la Hacienda Pública por el sujeto pasivo son deducibles en el IS, cuando se cobren por los contribuyentes personas físicas sean considerados renta gravable en el IRPF; o viceversa, si no se admite la deducibilidad en el IS, no deberá predicarse su sujeción en el IRPF), relación con la que no está de acuerdo, Merino Jara apunta la segunda diferenciación interesante: los intereses de demora han de tener necesariamente distinto tratamiento jurídico-tributario en función de que el contribuyente desarrolle o no una actividad económica. Solo en el caso de que sí lo hiciera, resultaría extrapolable al IRPF (concretamente respecto de los rendimientos de actividades económicas) el criterio aplicable sobre la deducibilidad o no de los intereses de demora en el IS. En este sentido, recuerda el profesor Merino Jara que mientras el IRPF es un impuesto de naturaleza analítica (en el que la configuración de la base imponible se hace depender del origen de las rentas), el IS es un tributo de corte sintético, cuya base imponible está conformada por el resultado contable, sin distinción del origen de los ingresos.

En resumen y en su opinión, los intereses de demora percibidos por los contribuyentes personas físicas son ganancias patrimoniales que deben integrarse en la base general, puesto que no proceden de transmisiones.

3. Comentario crítico: La gran confusión en torno a la tributación de los intereses de demora tributarios

Una primera aproximación al estudio de la tributación de los intereses de demora tributarios ya pone de manifiesto la gran confusión doctrinal y jurisprudencial que existe al respecto. Y no es por falta de análisis: la Dirección General de Tributos (DGT) dictó específicamente una Resolución el 4 de abril de 2016 (BOE de 6 de abril), sobre la deducibilidad de los intereses de demora tributarios, en aplicación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), y, actualmente, si tecleas «Tributación de intereses de demora» en la base de datos de Consultas de la DGT se obtiene la ingente cantidad de 797 resultados; a la vista de la resolución de la DGT citada, la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) emitió un informe de 49 páginas en mayo de 2016 bajo el título «La deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de los intereses de demora tributarios»¹.

¹ Papeles AEDAF, n.º 11, mayo 2016.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda elaboró el «Informe sobre la deducibilidad de los intereses de demora en el Impuesto sobre Sociedades» (14 pp.), a cargo de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica en marzo de 2016.

Por otra parte, son innumerables los estudios doctrinales, tanto de tipo monográfico como a través de artículos científicos en revistas especializadas, que han abordado la fiscalidad de los intereses de demora tributarios².

Dentro de la propia Administración tributaria, durante muchos años, la interpretación de la DGT era opuesta a la que mantenía la AEAT³. La doctrina administrativa (resoluciones de los distintos TEAR y del Tribunal Económico-Administrativo Central –TEAC–) y la jurisprudencia no solo es abundante sino, lo que resulta peor, en ocasiones, claramente contradictoria. Por poner un ejemplo reciente: las Sentencias del TSJ de Castilla y León (sede en Burgos) de 11 de enero y 1 de febrero de 2019⁴ concluyen afirmando la no deducibilidad de los intereses de demora en el IS, empleando el argumento de la igualdad de trato entre los contribuyentes y, por ende, el principio de Justicia tributaria⁵. En cambio, la Sentencia del TSJ de Aragón de 15 de junio de 2020 (rec. núm. 597/2019 –NFJ078581–) interpreta que los intereses de demora son deducibles en el IS en la medida en que no tienen carác-

² Por citar solo algunos de los más recientes o relevantes: Carreras Manero y de Miguel Arias (2020), Márquez Márquez y Márquez Sillero (2020 y 2017), Orón Moratal (2019), García Novoa (2016), Lucas Durán (2016), Villegas Moreno (2015), Martínez Lafuente (1970).

³ Tras la entrada en vigor en 1995 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, la DGT admitió la deducción de los intereses de demora al desaparecer del texto normativo (en el entonces nuevo art. 14) la exigencia que sí contenía la norma anterior (Ley 61/1978, de 27 de diciembre), de que la deducibilidad de los gastos estuviera subordinada a que estos «fueran necesarios» para la obtención de los ingresos (antiguo art. 13). Sin embargo, la AEAT siguió negando de forma sistemática durante años la posibilidad de la deducción en el IS de los intereses de demora abonados por las personas jurídicas. La controversia se resolvió a raíz de la ya citada Resolución de la DGT de 4 abril de 2016 donde se consideraba que los intereses de demora satisfechos por los sujetos pasivos eran gastos financieros deducibles en el IS. De igual manera, los intereses de demora que la Administración tuviera la obligación de abonar a los contribuyentes tendrían la calificación de ingresos financieros y se integrarían, consecuentemente, en la base imponible del IS.

⁴ Sentencias del TSJ de Castilla y León 3/2019 (rec. núm. 153/2018 –NFJ079999–) y 18/2019 (rec. núm. 150/2018 –NFJ073042–), respectivamente.

⁵ Afirma el TSJ de Castilla y León (Burgos) en su fundamento jurídico octavo que:

[...] admitir la deducibilidad fiscal en el IS determinaría desigualdad entre contribuyentes, incompatible con la existencia de un sistema tributario justo que la Constitución preconiza. Así, si la naturaleza jurídica de tales intereses es indemnizatoria no parece justo que la cuantía efectiva de esa indemnización dependa de la figura tributaria que esté en juego, ya que a un obligado que ingrese tardíamente el Impuesto sobre Sucesiones, por ejemplo, se le girarán intereses al 3,75 %, pero en cambio, si el incumplimiento se produjera en sede del IS y los intereses, girados también al 3,75 %, fueran deducibles, ese pago conllevaría un ahorro fiscal del 0,9375 % (el 25 % del 3,75 %), ascendiendo el coste efectivo al 2,8125 %.

ter sancionador y, por tanto, no se encuentran entre los gastos excluidos de deducción por el artículo 14 de la LIS (y esto es así tanto de acuerdo con la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, como posteriormente con el texto refundido aprobado por el RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, e igualmente bajo la vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, todas ellas del IS, las cuales mantienen idéntico régimen de deducibilidad de gastos⁶).

Por otro lado, hay distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica de los intereses de demora tributarios: hay quien defiende su carácter remuneratorio o financiero; para otros tienen claramente carácter compensatorio o reparador; por último, mayoritariamente se defiende su carácter indemnizatorio... Solo hay unanimidad en un aspecto: los intereses de demora no tienen naturaleza punitiva o sancionadora (Sentencia del Tribunal Constitucional –TC– 76/1990, de 26 de abril –NFJ000802–).

También existe acuerdo en la premisa de que el abono de intereses de demora no responde a una idea de retraso culpable, ni por parte del sujeto pasivo ni por parte de la Administración tributaria, sino que se establece de oficio en todos los múltiples supuestos para los que la normativa los prevé. Como ha señalado la DGT (lo ha hecho en relación con los intereses activos, pero se puede extrapolar también a los pasivos):

[...] el origen y finalidad del interés de demora es único y no es otro que el establecido por el propio Tribunal Constitucional, resarcir a la Administración por el retraso en el pago de las deudas tributarias, desvinculándose totalmente de la posible conducta infractora del contribuyente. El interés de demora está regulado unitariamente en el artículo 26 LGT, no pudiendo establecerse, por tanto, finalidades ni tipologías diferentes del interés de demora por el hecho de que sea exigible en distintos supuestos previsto en la LGT⁷.

Queremos abordar el comentario crítico sobre esta materia desde la perspectiva de un sabio aforismo acuñado por los creadores del Derecho, los juristas romanos: *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans* o «Nadie puede alegar a su favor su propia torpeza» (Bana cloche Pérez, noviembre 2020).

Siendo este el punto de partida, vamos a intentar sistematizar en las siguientes páginas las diferentes perspectivas desde las que se puede abordar el problema.

⁶ La única modificación al respecto deriva de la LIS que añadió en el artículo 14 una letra f) a fin de prohibir la deducción de los «gastos derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico».

⁷ Consulta de la DGT V1439/2018, de 29 de mayo (NFC069833). En la misma línea, la Sentencia del TSJ de las Islas Baleares de 20 de julio de 2005 (rec. núm. 832/2003 –NFJ079997–) llegó a la conclusión de que los intereses de demora son compensatorios y no sancionadores y se exigen en todo retraso, cualquiera que fuese su causa, culpable o no.

3.1. Diferenciación entre «intereses activos» e «intereses pasivos»

Utilizamos la terminología empleada por Merino Jara en su voto particular de la Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2020 que estamos analizando para referirnos respectivamente a los intereses pagados por el contribuyente (persona física o jurídica), que forman parte de la deuda tributaria, de acuerdo con el artículo 58 de la LGT⁸ y que están definidos en el artículo 26 de la LGT como obligación accesorias, que se exige a los obligados al pago o a los sujetos infractores en una serie de supuestos (pagos fuera de plazo, presentación de autoliquidaciones o liquidaciones con resultado a ingresar fuera de plazo, cobros de devoluciones improcedentes, entre otros). Estos serían los que hemos dado en llamar «intereses de demora activos», pagados por los contribuyentes y cobrados por la Hacienda pública. Respecto de los mismos la duda en cuanto a su tributación será si son o no gasto deducible para el empresario o la empresa (es decir, si pueden minorar el rendimiento de actividades económicas si el pagador de los intereses es una persona física empresario o profesional que tributa en el IRPF, o bien si son gastos deducibles en el IS cuando se trate de una persona jurídica). Cuando, en vez de un empresario/empresa, los intereses de demora hubieran sido satisfechos por un particular, se planteará la cuestión acerca de si pueden computarse como pérdidas patrimoniales en su IRPF. En otros impuestos esta alternativa no tiene trascendencia; así, el argumento esgrimido por el TSJ de Castilla y León (Burgos), en la sentencia antes citada⁹, en el sentido de que si se permite la deducción de los intereses de demora en el IS y no se permite en el impuesto sobre sucesiones, por ejemplo, se hace de peor derecho al contribuyente por este impuesto, entendemos que no es del todo correcto ya que, en su caso, la eventual deducción de los intereses pagados por la mora en el ingreso del impuesto sucesorio no sería aplicable de ningún modo en el mismo (cuyo hecho imponible son las adquisiciones a título lucrativo), sino en la declaración del IRPF que presentara ese mismo contribuyente, si se entendiera el pago de dichos intereses como una pérdida patrimonial. En este caso, la capacidad económica general del contribuyente no se vería perjudicada, ya que los intereses pagados por el retraso en el pago del impuesto sucesorio los recuperaría al declarar la correspondiente pérdida patrimonial en su IRPF.

También se ha planteado la cuestión de si la tributación de los intereses de demora, en cuanto obligación accesorias, ha de seguir la de la deuda principal¹⁰. Esta teoría, que puede

⁸ «Art. 58. Deuda tributaria.

2. Además, la deuda tributaria estará integrada, en su caso, por:

a) ... El interés de demora».

⁹ Véase nota 5.

¹⁰ Quizá esta interpretación pueda sostenerse en la idea de que, desde el punto de vista positivo, en nuestro ordenamiento, la deuda tributaria es unitaria, tal y como precisaba el profesor Sainz de Bujanda (1991, p. 286), al hilo del estudio del artículo 58 de la LGT:

deducirse de algunas resoluciones administrativas (como la del TEAC de 10 de mayo de 2018, en relación con los intereses indemnizatorios por el retraso en el pago de una indemnización exenta¹¹), presenta dudas de calado, puestas de manifiesto por el profesor Orón Moratal (2019, pp. 6/8), como por ejemplo que «si el concepto principal fuese rendimiento de trabajo o de actividad económica, los intereses también lo serían», y precisa que «si el concepto principal no es renta, como así ocurre normalmente con la devolución de un ingreso indebido, los intereses de demora percibidos por el tiempo que la Administración tuvo en su poder el principal, tampoco debieran ser renta».

Los intereses de demora pasivos serían los que reintegra la Administración tributaria al contribuyente, bien como consecuencia de la devolución de un ingreso indebido (art. 221 LGT) o cuando se realiza más allá del plazo establecido la devolución propia de cada tributo (art. 31 LGT).

En el caso de los intereses de demora pasivos, la cuestión versa en establecer si dichos ingresos por intereses son ingresos computables de la actividad económica (en el supuesto de que fueran percibidos por una empresa, tributando en el IS; o bien sujetos al IRPF si fueran obtenidos por una persona física que desarrollara una actividad empresarial o profesional, gravándose en este caso como rendimientos de la actividad), o si han de calificarse como cualquier otro tipo de renta (cuando fueran cobrados por una persona física que actúe a título particular).

3.2. Diferenciación del tratamiento fiscal de los intereses de demora tributarios en el IS y en el IRPF

3.2.1. En el IS

Ya hemos apuntado al hilo de la diferenciación anterior entre intereses activos y pasivos que la clave del asunto es discernir si los intereses de demora tributarios tienen o no tienen la consideración de renta, en cuanto índice de capacidad económica. Por tanto, los impuestos que entran en juego a la hora de sujetar su tributación son los dos únicos tri-

[...] Cabe advertir que, en ocasiones, distingue la doctrina entre la prestación tributaria fundamental (la que tiene por objeto la cuota) y unas prestaciones tributarias accesorias (las que tienen por objeto los recargos, los intereses o las sanciones). Sin embargo, en el plano positivo, dentro de nuestro ordenamiento, la deuda tributaria es una, en el sentido de que engloba todos esos conceptos si existieren, y en el ámbito de la gestión se conceptúa también como deuda unitaria.

¹¹ RG 5260/2017 (NFJ070279). El criterio administrativo es que al estar exenta la indemnización principal, también lo estarán los intereses de demora indemnizatorios derivados del retraso en el pago de aquella. Véase, asimismo, la Consulta de la DGT V2395/2018, de 5 de septiembre (NFC070307).

butos de nuestro sistema impositivo cuyo objeto consiste en obtención de renta: el IRPF (art. 2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, LIRPF) y el IS (art. 4 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, LIS).

El profesor Orón Moratal (2019) abordó esta distinción para llegar a la conclusión de que, en el *ámbito de las actividades económicas*, los intereses de demora pagados por los sujetos pasivos son gastos financieros y los que paga la Administración tributaria a los contribuyentes son, correlativamente, ingresos financieros. Parece que no hay duda al respecto pues, en este sentido, la Resolución de la DGT, ya citada, de 4 de abril de 2016 es concluyente. Al respecto, el profesor García Novoa (2016, pp. 185 y 186) manifiesta su objeción a que, en cuanto gasto de carácter financiero, los intereses de demora sean objeto de la limitación regulada en el artículo 16 de la LIS (30 % del beneficio operativo del ejercicio en lo que excedan de 1 millón de euros), tal y como en cambio preconiza la DGT (Consulta V1439/2018, de 29 de mayo –NFC069833–).

La jurisprudencia mayoritaria refrenda la interpretación favorable a la *deducibilidad de los intereses de demora en el IS*: Sentencia del TSJ del País Vasco 354/2017, de 21 de septiembre (rec. núm. 84/2017 –NFJ069892–); Sentencias del TSJ de Castilla y León (Valladolid) 297/2019, de 28 de febrero (rec. núm. 616/2018 –NFJ073647–), 59/2019, de 22 de enero (rec. núm. 615/2018 –NFJ072938–), y 3/2019, de 2 de enero (rec. núm. 547/2018 –NFJ073310–), así como Sentencia del TSJ de Aragón 170/2020, de 15 de junio¹²). El criterio interpretativo defendido por esta jurisprudencia abrumadora, así como la doctrina de la DGT y de los tribunales económico-administrativos, se puede resumir en que, tras la Ley 43/1995 (que hizo desaparecer la condición de la necesidad del gasto para su deducibilidad), tanto el texto refundido de la LIS de 2004, como la vigente LIS han mantenido un mismo régimen de deducibilidad de los gastos en el IS consistente en enumerar los que no se consideran deducibles, entre los que no se encuentran los intereses de demora. Por lo tanto, al no estar expresamente excluidos, han de interpretarse como deducibles.

Paralelamente, los intereses de demora percibidos por los sujetos pasivos del IS (o del IRPF, si fueran empresarios personas físicas) se califican como ingresos computables. Téngase en cuenta en este punto la precisión que hace el profesor Merino Jara en su voto particular a la Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2020, en el sentido de que el IS es un impuesto sintético, cuya base imponible está integrada por el resultado contable (art. 10.3 LIS), fijado de acuerdo con las normas del Código de Comercio y corregido por la propia normativa del impuesto. Así, las normas del ICAC¹³ (Resolución de 9 de febrero de 2016), concretamente el apartado 3 del artículo 18, que regula la contabilización de los intereses, se refiere a los intereses de demora, los cuales se anotarán como regla general como gasto

¹² Rec. núm. 378/2019 (NFJ079996).

¹³ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

financiero, o bien con cargo a reservas cuando habiendo procedido una provisión en ejercicios previos, esta no hubiera sido objeto de registro (es decir, van a reservas los intereses de demora que resulten afectados por la existencia de un error contable)¹⁴. Los intereses de demora, cuando se *cobren* por el sujeto pasivo, se contabilizarán como ingreso financiero¹⁵.

3.2.2. En el IRPF

Más problemática resulta la consideración en el IRPF de los intereses de demora tanto activos como pasivos. En este sentido, es cierto que su calificación como renta y gasto deducible en el IS es un indicio interpretativo favorable (al fin y al cabo, la naturaleza jurídica de los intereses de demora no depende del sujeto que los abone o perciba –como oportunamente ha señalado de forma crítica el TSJ de la Comunidad Valenciana en su Sentencia de 3 de julio de 2019 [rec. núm. 688/2017 –NFJ076333–]: «Nótese que los intereses de demora dejan de tener la consideración de ganancia o pérdida patrimonial en función de quién ha hecho el pago de los mismos, la Administración o el contribuyente»–, sino de su propia razón de ser y finalidad), pero no podemos olvidar que IRPF e IS son dos impuestos distintos (el primero, analítico y el segundo, sintético), con normativa propia, que difiere de uno a otro. Solo en el caso de personas físicas catalogadas como empresarios y que, por tanto, tributan por rendimientos de actividades económicas, existe una remisión expresa y explícita de la LIRPF a la LIS (art. 28.1 LIRPF: «El rendimiento neto de las actividades económicas se determinará según las normas del Impuesto sobre Sociedades, sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en este artículo, en el artículo 30 de esta Ley para la estimación directa, y en el artículo 31 de esta Ley para la estimación objetiva»).

Entonces, los intereses de demora que la Hacienda Pública abona a un particular como consecuencia de un ingreso indebido o de la devolución tardía de un impuesto ¿son renta gravada para el contribuyente en su IRPF? Expondremos las dos teorías contrarias que se barajan.

Según el profesor Merino Jara¹⁶ sí son renta, dada la definición amplia y omnicomprensiva de renta del contribuyente que ofrece el artículo 2 de la LIRPF: «la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley». De acuerdo con esta interpretación, toda aquella manifestación directa de renta que no esté expresamente excluida por el legislador, bien a modo de exención (art. 7 LIRPF y en otras disposiciones del articulado), bien a modo de no sujeción (art. 6.4 LIRPF respecto de las rentas sujetas al impuesto sobre sucesiones y donaciones), queda gravada

¹⁴ Cfr. Consulta de la DGT V1439/2018, de 29 de mayo (NFC069833).

¹⁵ Consulta 4 del ICAC (NFC023878) (BOICAC 68/Diciembre 2006).

¹⁶ Voto particular de la Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2020, que estamos analizando.

por el IRPF¹⁷. También coincide el profesor Orón Moratal¹⁸ en que los intereses de demora tributarios son renta gravable.

Si convenimos en que los intereses de demora percibidos por el contribuyente suponen un aumento de su capacidad económica digno de gravamen, la segunda pregunta es: ¿bajo qué concepto de renta deben tributar?

A esta cuestión las respuestas también son variadas y en cierta medida dependen de las interpretaciones que se hagan sobre la naturaleza jurídica de los intereses de demora, las cuales, a su vez, son diversas. Recordemos en este punto que el interés de demora se calcula incrementando el interés legal del dinero en un 25 % (art. 26.6 LGT), lo que supone que en 2020 el interés de demora asciende al 3,75 % (siendo así que, actualmente, en el mercado, los tipos de interés son negativos como consecuencia de las políticas monetarias mantenidas por el Banco Central Europeo para estimular la economía):

- A la vista de las anteriores observaciones puede defenderse que los intereses de demora tributarios tienen *carácter remuneratorio*, por lo que su tributación lógica sería como rendimiento del capital mobiliario (art. 25 LIRPF). En este sentido, la Consulta de la DGT V1528/2018, de 5 de junio (NFC069284), establece que: «los intereses remuneratorios constituyen la contraprestación, bien de la entrega de un capital que debe ser reintegrado en el futuro, bien del aplazamiento en el pago, otorgado por el acreedor o pactado por las partes. Estos intereses tributarán en el impuesto como rendimientos del capital mobiliario [salvo que proceda calificarlos como rendimientos de la actividad empresarial o profesional]».
- No obstante, para algunos autores y reiterada jurisprudencia la naturaleza de los intereses de demora tributarios no es remuneratoria sino *indemnizatoria*¹⁹. La misma Consulta de la DGT V1528/2018, de 5 de junio, define los intereses indem-

¹⁷ Incide el profesor Merino Jara en que cuando el legislador ha querido excluir de tributación un supuesto concreto, lo ha hecho expresamente; v. gr. en la disposición adicional 45.^a de la LIRPF, reguladora del tratamiento fiscal de las cantidades percibidas por la devolución de las cláusulas de limitación de tipos de interés de préstamos derivadas de acuerdos celebrados con las entidades financieras o del cumplimiento de sentencias o laudos arbitrales.

¹⁸ «En mi opinión, los intereses percibidos sí son renta, deben integrarse entre las ganancias patrimoniales si no estamos ante un contribuyente y deuda relativa a una actividad económica» (Orón Oratal, 2019).

¹⁹ Sería la posición, entre otros, de Calvo Ortega (2011); Martín Queralt, Lozano Serrano, Tejerizo López y Casado Ollero (2011, p. 468): «Su naturaleza no es diferente a la del Derecho privado, pues tiene una finalidad indemnizatoria y resarcitoria del retraso en el pago, evitando así el enriquecimiento injusto de quien dispone de unas sumas de dinero debidas más allá del término en que había de cumplir su prestación». En cuanto a la jurisprudencia, se puede citar, entre otras las Sentencias del TS de 17 de octubre de 2008 (rec. núm. 794/2005 –NFJ079995–); de 28 de junio de 2010 (rec. núm. 2841/2005 –NFJ056571–), y de 23 mayo de 2011 (rec. núm. 250/2008 –NFJ043140–), o la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2011 (rec. núm. 421/2010 –NFJ079998–).

nizatorios como aquellos que «tienen como finalidad resarcir al acreedor por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación o el retraso en su correcto cumplimiento». En caso de que los intereses de demora reciban esta calificación no deberían tributar en el IRPF como rendimientos del capital mobiliario sino como variaciones de patrimonio: ganancias o pérdidas patrimoniales.

Además, en estos casos, hemos de plantearnos si han incluirse en la base imponible del ahorro (como ganancias y pérdidas patrimoniales procedentes de transmisiones), o en la base imponible general (en caso contrario). Parece evidente que cuando la Administración tributaria abona intereses de demora al contribuyente no se transmite ningún elemento patrimonial, por lo que la ubicación adecuada de la ganancia sería, a nuestro juicio, en la base imponible general (así lo entienden asimismo Merino Jara y Orón Moratal) y, sin embargo, la Consulta V1528/2018, de 5 de junio, mantiene que los intereses indemnizatorios forman parte de la renta del ahorro, por paralelismo con la inclusión en la misma de los intereses que calificados como rendimientos del capital mobiliario. Como señala el profesor Orón Moratal (2019) esta inclusión «es más ventajosa para el contribuyente», pero desde luego *discutible*²⁰.

Los intereses de demora activos (satisfechos por el contribuyente) calificados como indemnizatorios también plantean dudas respecto a su tributación. Entendemos, con el profesor de Castellón, que cuando un particular paga intereses de demora no se trata de un gasto de consumo, ni de una decisión libre del contribuyente por lo que «entra dentro del concepto de pérdida patrimonial, pues constituye una obligación de pago y una salida de dinero impuesta administrativa o judicialmente»²¹. Recordemos que en este apartado nos estamos refiriendo a la tributación de los intereses de demora en el IRPF cuando el contribuyente no desarrolla una actividad económica; por supuesto, si el obligado tributario fuera empresario, dichos intereses serían deducibles como gasto de los rendimientos de actividades económicas.

Por tanto, los intereses de demora tributarios satisfechos por el contribuyente tendrían que ser declarados como pérdida patrimonial, en nuestra opinión, no procedente de transmisiones, por lo que formarían parte de su base general.

- Por último, encontramos opiniones favorables a considerar que los intereses de demora tienen carácter compensatorio²²; desde esta perspectiva, se trata sim-

²⁰ Precisa el profesor de la Universidad Jaume I que será más ventajoso en el caso de que el tipo efectivo de la base liquidable general sea superior al tipo de gravamen de la base imponible del ahorro.

²¹ Cfr. Orón Moratal (2019), cita al respecto, aunque referida a otro tipo de indemnización, la Consulta de la DGT V2564/2010, de 26 de noviembre (NFC039700), que la admite como pérdida de patrimonio.

²² Algún autor, como Martínez Lafuente (1970), defiende incluso ambas categorizaciones: «Como en el derecho privado, el interés de demora tributario se justifica por ser, por un lado, una compensación por

plemente de resarcir al contribuyente, de restablecer el equilibrio económico descompensado por no haber podido disponer de su renta durante un determinado periodo de tiempo. Es la postura defendida por el TS en la Sentencia que estamos analizando de 3 de diciembre de 2020:

Es evidente que cuando se devuelven al contribuyente unos intereses soportados por el mismo indebidamente, compensándolos, no existe ganancia patrimonial, sino que se produce un reequilibrio, anulando la pérdida antes sufrida.

Sigue el TS la línea interpretativa ya iniciada hace años por el TC, en cuya Sentencia 76/1990, de 26 de abril (NFJ000802), en su fundamento jurídico 9 B), se manifiesta en los siguientes términos, en relación con los intereses de demora:

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.

En consonancia con esta interpretación, los intereses de demora no deberían tener la consideración de renta, ya que no darían lugar a una variación de la capacidad económica del contribuyente.

Hay una alternativa más, propuesta por el profesor Orón Moratal. Ya hemos comentado que para algún autor (Martínez Lafuente)²³ la naturaleza jurídica de los intereses de demora es a la vez indemnizatoria y compensatoria (quizá por ello no se remunera solo con el interés legal del dinero sino con un plus del 25 % adicional). De ahí que el profesor de la Universidad Jaume I plantee la opción de una tributación de los intereses de demora tributarios al modo de las indemnizaciones, según la regla especial del artículo 37.1 g) de la LIRPF: tributará como ganancia o pérdida de patrimonio la diferencia entre la cantidad percibida y la parte de valor que corresponda al daño:

Entiendo que cuando la indemnización surge por el retraso en el pago de una deuda, y la misma se corresponde con el interés legal, puede equipararse el daño

el uso de un capital ajeno y por otro, una indemnización al acreedor por cuanto el pago de la deuda fuera de plazo lesiona el derecho de crédito».

²³ Véase nota 15.

con el coste de producción del daño, y la indemnización por ese importe cubriría este, y solo si la indemnización fuese superior procedería gravar el exceso, planteamiento que coincide con el últimamente referido del TSJ Comunidad Valenciana.

Los intereses de demora tributarios satisfechos por devoluciones tributarias son superiores al importe del interés legal, y sin duda sobre ese exceso no habría duda sobre su sujeción y gravamen, pero el importe concurrente con el interés legal, aun siendo renta sujeta, compensa el daño y conforme a la cuantificación que resulta de lo establecido en el art. 37.1 g) LIRPF, no procedería el gravamen (Orón Moratal, 2019).

Es decir: según este planteamiento en el caso de los intereses de demora tributarios percibidos por el contribuyente, la parte de los mismos estrictamente de carácter compensatorio no tributaría. Esta parte sería el importe retribuido de acuerdo con el tipo de interés legal del dinero (que para el año 2020 es el 3%). En cambio, la parte de los intereses de demora que reviste naturaleza indemnizatoria sí tributaría en el IRPF como variación patrimonial (es decir, si el interés de demora es el 3,75%, hasta el 3% no tributaría; sí lo haría el restante 0,75% sobre el capital abonado).

Concluimos este análisis diciendo que, pese a que en nuestra opinión los intereses de demora tributarios abonados por la Administración al contribuyente como consecuencia de una devolución de ingresos indebidos quedan incluidos en el concepto de renta tal y como la define el IRPF, debiendo calificarse como ganancia de patrimonio originaria (o sea, no procedente de transmisiones), y tributando en la base imponible general, lo cierto es que no es este el criterio del TS, que entiende que es un supuesto de no sujeción, pues los intereses de demora tributarios no generan una ganancia de patrimonio sino un restablecimiento del equilibrio patrimonial del contribuyente.

Esta novedosa interpretación sobre la tributación de los intereses de demora pasivos en el IRPF plantea, bajo mi punto de vista, dos problemas inmediatos: en primer lugar, la incongruencia que supone respecto a la tributación de esa misma clase de intereses cuando sean percibidos por personas jurídicas y se exija su tributación como ingresos computables en el IS. Porque no tiene sentido que los intereses de demora no sean considerados renta a efectos del IRPF y sí lo sean respecto del IS, siendo idéntica la naturaleza jurídica de los intereses de demora tributarios en uno u otro caso.

El segundo problema es que esta interpretación deja abierta la puerta a la interposición de los pertinentes recursos para devolución de ingresos indebidos por parte de aquellos contribuyentes que en los últimos cuatro años hayan tenido que tributar (como consecuencia de regularizaciones tributarias efectuadas por la Administración) por intereses de demora en el IRPF. Es cierto que la sentencia del TS no crea jurisprudencia y que los distintos TSJ podrían mantener una posición diferente, pero también lo es que esos teóricos pronunciamientos disidentes de la nueva interpretación del Alto Tribunal serían con toda probabilidad tumbados en casación.

Referencias bibliográficas

- Banacloche Pérez, Julio. (noviembre 2020). Lo tributario. *El Hecho imponible*, n.º 664.
- Calvo Ortega, Rafael. (2011). *Curso de Derecho Financiero. Parte general*. (15.ª ed.). 2011.
- Carreras Manero, Olga y De Miguel Arias, Sabina. (2020). La deducibilidad fiscal de los intereses de demora en el Impuesto sobre Sociedades. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de junio de 2020. *Quincena Fiscal*, 20, parte Jurisprudencia. Comentarios.
- García Novoa, César. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades*. Marcial Pons.
- Lucas Durán, Manuel. (2016). ¿Son fiscalmente deducibles los intereses de demora? Análisis de la RTEAC de 7 de marzo de 2015. RG 1967/2012. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 396, 145-164.
- Márquez Márquez, Antonio y Márquez Sillero, Carmen. (2017). Carácter deducible de los intereses de demora. Regularizaciones inspectoras retroactivas. *Carta Tributaria*, 27.
- Márquez Márquez, Antonio y Márquez Sillero, Carmen. (2020). Los intereses de demora. Nuevas dudas sobre su deducibilidad fiscal: análisis del Auto del Tribunal Supremo de 16/01/2020. Rec. casación núm. 3071/2019. *Quincena Fiscal*, 15 y 16, parte Jurisprudencia. Comentarios.
- Martín Queralt, Juan; Lozano Serrano, Carmelo; Tejerizo López, José M. y Casado Ollero, Gabriel. (2011). *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. (22.ª ed.). Tecnos.
- Martínez Lafuente, Antonio. (1970). El interés de demora en las relaciones tributarias. *Estudios de Derecho Tributario*. Vol. I. IEF. Ministerio de Hacienda.
- Orón Moratal, Germán. (2019). Los intereses de demora tributarios en la base imponible de los impuestos. *Carta Tributaria. Revista de opinión*, 51.
- Sainz de Bujanda, Fernando. (1991). *Lecciones de Derecho Tributario*. (9.ª ed.). Facultad de Derecho. Universidad Complutense.
- Villegas Moreno, Alicia. (2015). A propósito de los gastos financieros: ¿Son fiscalmente deducibles los intereses de demora tributarios? *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 387, 73-114.