

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ090089

### TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Resolución de 25 de abril de 2023

Sala 1.<sup>a</sup>

R.G. 3264/2021

#### SUMARIO:

**IS. Base imponible. Gastos deducibles. Otros gastos deducibles. Retribución de los administradores y consejeros.** *Condiciones para considerar deducibles las retribuciones a los administradores.* Procede en este caso examinar la regularización correspondiente a la deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los administradores.

Sobre la eficacia, en su caso, de la modificación de los estatutos sociales efectuada mediante acta de fecha 10 de diciembre de 2015, según se desprende de certificación incorporada a escritura de protocolización de acuerdos sociales, mediante acta de consignación de decisiones del socio único se procedió, entre otros extremos, a la modificación del art. 22 de los estatutos sociales de la entidad, estableciéndose que el cargo de Administrador será gratuito, salvo que la Junta General acuerde su carácter retribuido.

Considera la Inspección en el acuerdo de liquidación que "la redacción dada al artículo 22 de los estatutos sociales mediante acuerdo social de 22/06/2012, está vigente durante todo el período de inspección, y ello aun teniendo en cuenta la modificación contenida en el denominado libro de actas" mencionando dicho acuerdo impugnado cuando la referida modificación se elevó a escritura pública, se presentó para su inscripción en el Registro Mercantil, y se produjo la inscripción en dicho Registro Mercantil.

Por la interesada se alega que "en el Acuerdo de liquidación no se toma en consideración la nueva redacción de los estatutos sociales", esgrimiéndose, entre otros extremos, que de conformidad con el art. 202 del RDLeg. 1/2010 (TR LSC), los acuerdos sociales son ejecutivos desde el momento de la aprobación del acta en la que consten, que la fecha marcada para la impugnación es la fecha de la adopción de los acuerdos y no la de su redacción o elevación a público -art. 205.2 del RDLeg. 1/2010 (TR LSC)-, y que las actas de la Junta necesariamente tienen una fuerza probatoria especial, mayor de la que se deduce de las reglas generales para los documentos privados.

Tratándose la regularización efectuada de la inadmisibilidad de la deducibilidad de retribuciones a administradores de una entidad con un socio único, por la interesada se alega lo dispuesto en el art. 202 del RDLeg. 1/2010 (TR LSC), en cuyo apartado 3 se establece que "los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten". No obstante, sin perjuicio de que los acuerdos sociales puedan ejecutarse desde la fecha de aprobación del acta en el que constasen, el acuerdo de modificación de estatutos, según el art. 290.1 del RDLeg. 1/2010 (TR LSC) "se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil".

De este modo, se aprecia que la alegada validez del acuerdo de modificación de estatutos sociales, desde su fecha de adopción, resulta incoherente con la exigencia, recogida en el art. 290 del RDLeg. 1/2010 (TR LSC) de constancia en escritura pública y de inscripción en el Registro Mercantil.

De este modo, no habiéndose inscrito la modificación de los estatutos sociales hasta el día 5 de mayo de 2016, se aprecia que no fue hasta dicho momento cuando se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 290 del RDLeg. 1/2010 (TR LSC), resultando oponible, desde dicha fecha, su inscripción frente a terceros. **(Criterio 1 de 1)**

#### PRECEPTOS:

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), arts. 14 y 20.

Ley 27/2014 (Ley IS), arts. 12, 15 y 63.

RDLeg. 1/2010 (TR LSC), arts. 202, 205, 209, 217, 220, 233, 234, 249, 249.bis y 290.

RDL 7/1996 (Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica), art. 20.

Ley 58/2003 (LGT), arts. 13, 14, 15, 26, 62, 105, 150, 178, 179, 183, 184, 191 y 211.

Código Civil, art. 1.227.

Constitución Española, art. 31.

RDL 8/2020 (Medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19), art. 33.

RD 463/2020 (Estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), Disp. Adicionales Tercera y Cuarta.

En Madrid, se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver en única instancia la reclamación de referencia, tramitada por procedimiento general.

Se ha visto la presente reclamación contra **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1**, de fecha ... de 2020, y acuerdo de resolución de procedimiento sancionador nº A23 ...1, de fecha ... de 2021, emitidos por la Dependencia Regional de Inspección, de la Delegación Especial de Madrid, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), correspondientes al Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2015.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

En este Tribunal han tenido entrada las siguientes reclamaciones que se resuelven de forma acumulada:

Reclamación	F. Inter.	F. Entra.
00-03264-2021	14/01/2021	20/01/2021
00-07385-2021	08/10/2021	11/10/2021

Dichas reclamaciones se han interpuesto contra **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1.**, de fecha ... de 2020, correspondiente a IS 2014 (R.G.: 00/3264/2021), y acuerdo de resolución de procedimiento sancionador nº A23 ...1, de fecha ... de 2021 (R.G.: 00/7385/2021), mencionados en el encabezamiento.

#### Segundo.

Mediante comunicación, de fecha 20 de septiembre de 2018, notificada el día 1 de octubre de 2018, se iniciaron actuaciones de comprobación e investigación, con carácter general, correspondientes al Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 2014 y 2015; el Impuesto sobre el Valor Añadido, períodos 09/2014 a 12/2015; y por el concepto "RETENCION/INGRESO A CTA.RTOS.TRABAJO/PROFESIONAL", períodos 09/2014 a 12/2015. Asimismo, mediante comunicación, de fecha 7 de febrero de 2019, notificada el día 18 de febrero de 2019, se ampliaron las actuaciones al concepto "RETENCIONES A CTA. IMPOSICION NO RESIDENTES", períodos 01/2015 a 12/2015, con carácter general.

En relación con el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2015, en fecha ... de 2020 se formularon las siguientes actas: **ACTA CONFORMIDAD\_1**; **ACTA DISCONFORMIDAD\_1**, correspondiente a operaciones vinculadas; y **ACTA DISCONFORMIDAD\_2**, de regularización de la totalidad del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015.

#### **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1, de fecha ...de 2020**

El **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1**, de fecha ... de 2020, derivado del **ACTA DISCONFORMIDAD\_2**, de fecha ... de 2020, comprende la regularización de la totalidad del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2014. En particular, según se indica en el Fundamento de Derecho Tercero de dicho acuerdo, las cuestiones "que plantea el expediente que no corresponden a aspectos regularizados ni en el acta de conformidad ni en el acta extendida por las operaciones vinculadas son los siguientes:

- *Primera cuestión: Admisibilidad de la deducción de los intereses financieros devengados por los préstamos participativos.*
- *Segunda cuestión: Regularización de los rendimientos obtenidos por las sucursales de **XZ SL** en Francia e Italia.*
- *Tercera cuestión: Deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los administradores de la sociedad **XZ SL**.*
- *Cuarta cuestión: Eliminación del ajuste por limitación de la deducibilidad de los gastos financieros.*
- *Quinta cuestión: Eliminación de créditos por gastos financieros pendientes de deducir de ejercicios anteriores."*

En el Fundamento de Derecho Cuarto del **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1** se recoge regularización consistente en "incrementar las bases individuales de **XZ SL** y de **TW SL**, y por tanto la base imponible consolidada del ejercicio 2014 [sic] en los siguientes importes derivados de considerar no deducibles los intereses formalmente devengados por los denominados préstamos participativos al ser considerados retribución de los fondos propios, según lo dispuesto en el artículo 14.a) del TRLIS, por un total de 2.455.928,99 euros".

En el Fundamento de Derecho Quinto del dicho acuerdo, respecto de regularización de rendimientos obtenidos por sucursales de **XZ, S.L.** en Francia e Italia, se procede a *"disminuir la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015 de XZ SL en 168.670,02 euros por los rendimientos procedentes de los establecimientos permanentes en Francia e Italia indebidamente integrados en dicha base imponible"*.

Por otro lado, en el Fundamento de Derecho Sexto de dicho acuerdo se recoge regularización incrementándose la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015 de la entidad **XZ, S.L.**, y del grupo en 493.178,54 euros, como consecuencia de no considerarse deducibles las retribuciones satisfechas a los miembros del consejo de administración de dicha entidad.

En el Fundamento de Derecho Séptimo del mencionado acuerdo se recoge eliminación de ajuste por limitación de la deducibilidad de los gastos financieros, y en el Fundamento de Derecho Octavo de dicho acuerdo se recoge la eliminación de créditos por gastos financieros pendientes de deducir de ejercicios anteriores.

### Tercero.

Contra el acuerdo de liquidación, de fecha ... de 2020, notificado el día ... de 2020, se interpuso reclamaciones económico-administrativas ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (R.G.: 00/3264/2021), formulándose alegaciones que, en síntesis, son las siguientes:

- Nulidad de pleno derecho de la regularización de los intereses de los préstamos participativos, por considerar la reclamante que no está amparada en la facultad de calificación del artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, *"según reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo"*.
- Deducibilidad de los intereses de los préstamos participativos, considerando la reclamante que se ha acreditado *"que las asunciones que hace la inspección son incorrectas"*, esgrimiéndose, asimismo, la anulación de la regularización del ajuste por limitación de deducibilidad de los gastos financieros y la regularización de los créditos de gastos financieros pendientes de compensar.
- Se alega improcedencia de la regularización de las retribuciones de los miembros del consejo de administración.
- Asimismo, se alega *"incorrección del cálculo de los intereses de demora al tener que excluirse del periodo de devengo 78 días de suspensión del procedimiento decretados como consecuencia del estado de alarma derivado de la pandemia"*.

### Cuarto.

Por la Dependencia Regional de Inspección, de la Delegación Especial de Madrid de la AEAT se emitió acuerdo, de fecha ... de 2021, de resolución de procedimiento sancionador, correspondiente al Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2015, por el que se determina una sanción por importe de 133.788,04 euros, como consecuencia de haberse dejado de ingresar cantidades por importe de 473.698,21 euros (110.504,89 euros derivados de **ACTA CONFORMIDAD\_1**, 43.151,51 euros derivados de **ACTA DISCONFORMIDAD\_1**, y 320.042,41 euros derivados de **ACTA DISCONFORMIDAD\_2**).

El procedimiento sancionador mencionado trae causa del **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1**, y, de conformidad con el acuerdo sancionador impugnado, los incrementos de base imponible objeto de sanción son los correspondientes a intereses financieros y a fondo de comercio de fusión.

Contra dicho acuerdo, de fecha ... de 2021, de resolución de procedimiento sancionador, notificado el día 12 de septiembre de 2021, en fecha 8 de octubre de 2021 se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (R.G.: 00/7385/2021), solicitándose la acumulación de dicha reclamación a la interpuesta contra el **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1**

(R.G.: 00/3264/2021), y formulándose, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- Falta de motivación de la culpabilidad en el acuerdo sancionador.
- Ausencia de culpabilidad en la conducta de la reclamante *"por actuar de acuerdo con una interpretación razonable de las normas jurídicas"*.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto

520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT.

### **Segundo.**

Las reclamaciones arriba señaladas se resuelven de forma acumulada al amparo de lo dispuesto por el artículo 230 de la LGT.

### **Tercero.**

Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

La conformidad a Derecho de los acuerdos impugnados, mencionados en el encabezamiento de la presente resolución.

### **Cuarto.**

Mediante **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1** se efectúa regularización del Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2015, como consecuencia, entre otros extremos, de la calificación, por la Administración Tributaria, de los préstamos participativos como aportaciones de fondos propios, regularizándose intereses derivados de dichos préstamos participativos.

Por la reclamante se alega que *"la inspección ha regularizado los intereses del préstamos [sic] participativo acudiendo indebidamente a la facultad de calificación que le otorga el artículo 13 LGT"*, incurriendo -según la reclamante- en *"causa de nulidad de pleno derecho por vulneración del procedimiento legalmente establecido"*, así como que *"la Inspección no está llevando a cabo una recalificación del negocio jurídico, sino que considera que se acudió a un negocio impropio con el mero objetivo de obtener una ventaja fiscal"*, invocándose lo dispuesto en sentencias del Tribunal Supremo, de fecha 2 de julio de 2020 (recursos de casación nº 1429/2018 y 1433/2018).

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de julio de 2020, recurso nº 1429/2018, resuelve recurso de casación relativo a regularización efectuada por la Administración Tributaria por el Impuesto sobre el Valor Añadido, ejercicio 2009, en la que por dicho órgano se consideró que tanto la sociedad objeto de regularización, como tres personas físicas, que figuraban como empresarios individuales en el Impuesto sobre Actividades Económicas, y declaraban actividades en régimen de estimación objetiva en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en régimen simplificado en el Impuesto sobre el Valor Añadido, todos ellos efectuaban *"una actividad única"* dirigida por el administrador de la sociedad, *"y llevada a cabo por esta mercantil"*.

La regularización efectuada en dicho supuesto consistió en la imputación a la sociedad *"de todos los ingresos empresariales y cuotas repercutidas de las personas físicas interpuestas, y la de todas las cuotas soportadas y deducibles en relación con la actividad mercantil desarrollada, a efectos de los Impuestos sobre Sociedades e IVA"*, y la actividad de las personas físicas *"pasó a ser considerada como de rendimientos del trabajo personal"*.

Indica la sentencia que la cuestión con interés casacional consistía en:

*"Determinar si con sustento en el artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la Inspección de los tributos puede desconocer actividades económicas formalmente declaradas por personas físicas, atribuir las rentas obtenidas y las cuotas del impuesto sobre el valor añadido repercutidas y soportadas a una sociedad que realiza la misma actividad económica que aquéllas, por considerar que la actividad económica realmente realizada era única y correspondía a esa sociedad, bajo la dirección efectiva de su administrador, y, finalmente, recalificar como rentas del trabajo personal las percibidas por las mencionadas personas físicas"*.

En el Fundamento de Derecho Tercero de dicha sentencia se establece lo siguiente:

**"TERCERO. Breve referencia a las figuras aquí concernidas: calificación, conflicto en la aplicación de la norma y simulación.**

**1. Hemos de partir de una circunstancia esencial: en la sentencia dictada por la Sala de Granada que es objeto de la presente casación se dan por probados los hechos más arriba relatados, esto es, que no hay cuatro empresarios, sino uno solo para el que trabajan los otros tres, que emiten facturas para JOSÉ ORDOÑO, SL como falsos autónomos.**

La existencia de una realidad distinta de la que aparentemente realizan las personas concernidas (específicamente, una "actividad económica única" y no cuatro) no es, pues, cuestión controvertida en casación (ni podía serlo, dado su carácter fáctico).

2. Lo que debe resolverse es, de esta forma, algo estrictamente jurídico, concretamente si la Administración Tributaria puede -exclusivamente con los mimbres que pone a su disposición el artículo 13 de la Ley General Tributaria y por entender que lo efectivamente realizado es algo distinto de lo aparente- considerar como real una actividad diferente de la que aparentemente tiene lugar y extraer las consecuencias fiscales inherentes a la nueva realidad que se declara, consistentes en las que expresa muy bien el auto de admisión: (i) desconocer actividades económicas formalmente declaradas por personas físicas, (ii) atribuir las rentas obtenidas y las cuotas del impuesto sobre el valor añadido repercutidas y soportadas a una sociedad que realiza la misma actividad económica que aquéllas y (iii) recalificar como rentas del trabajo personal las percibidas por las mencionadas personas físicas.

3. Muy sintéticamente, cabría decir que la calificación es una operación que realiza la Administración en ejercicio de sus potestades de aplicación, gestión y control del tributo, que tiene por objeto determinar la naturaleza jurídica del hecho con trascendencia tributaria realmente realizado, al margen de la forma dada por las partes.

Como hemos visto, según el artículo 13 de la Ley General Tributaria, las obligaciones tributarias se exigirán "con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado".

4. La segunda figura en estudio -según el auto de admisión- es el conflicto en la aplicación de la norma tributaria ( artículo 15 de la Ley General Tributaria), que existe, según dicho precepto señala, cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido;

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

En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley General Tributaria se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora.

5. Por último, en la simulación ( artículo 16 de la Ley General Tributaria ), "el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes", en el bien entendido que si existe simulación la Administración Tributaria tiene que declararlo en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios; además, en la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente.

Habría, además, una simulación absoluta cuando "tras la apariencia creada, no existe causa alguna", esto es, se trata de crear una apariencia de negocio jurídico que realmente no se quiere celebrar y una simulación relativa "cuando tras el negocio simulado existe otro que es el que se corresponde con la verdadera intención de las partes", una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de Ley.

Es doctrina jurisprudencial clásica, además, la que distingue el fraude de ley (actual conflicto en la aplicación de la norma) de la simulación afirmando que en aquél el negocio o negocio realizados son reales: no se trata (en el fraude) de ocultar un acto bajo la apariencia de otro, sino, simplemente, de buscar amparo para un acto en una norma que no es la que propiamente le corresponde. Lo que integra el fraude es una conducta que en apariencia es conforme a una norma ('norma de cobertura'), pero que produce un resultado contrario a otra u otras o al orden jurídico en su conjunto ('norma defraudada').

6. Es evidente que la interpretación del ordenamiento tributario constituye el punto de partida de cualquier actividad del aplicador del Derecho, incluido -obvio es decirlo- la Administración tributaria. De esta forma, el intérprete habrá de determinar en primer lugar -cuando de actos o negocios con trascendencia tributaria se trate- si procede o no corregir la calificación que a esos actos o negocios le han dado las partes de conformidad con el precepto contenido en el artículo 13 de la Ley General Tributaria.

Solo si el negocio responde en su denominación a su verdadera naturaleza jurídica, el intérprete habría de analizar, aplicando el artículo 16 de la Ley General Tributaria, si ese acto o negocio adolece de simulación, para en tal caso aplicar la norma no al acto o negocio aparentemente realizado o celebrado sino a aquellos efectivamente queridos por las partes.

Y la cláusula antielusión de cierre (el artículo 15 de la Ley General Tributaria) sólo sería de aplicación respecto de actos o negocios correctamente calificados que, desde luego, no adolezcan de simulación alguna en la exteriorización de la voluntad de las partes."

Por su parte, en relación con la cuestión suscitada en la mencionada sentencia y la resolución de las pretensiones deducidas en dicho proceso, en los Fundamentos de Derecho Cuatro y Quinto se establece lo siguiente:

**"CUATRO. Criterio interpretativo de esta sentencia y respuesta a la cuestión suscitada en el auto de admisión.**

(...)

4. En definitiva, si las instituciones -como las aquí analizadas- no son de libre uso, sino que deben ser utilizadas en los términos legalmente previstos y si, en el caso, las potestades previstas en el artículo 13 de la Ley General Tributaria no eran suficientes para la regularización llevada a efecto, procede responder a la cuestión suscitada en el auto de admisión en el sentido siguiente (que, lógicamente, está apegado a la situación fáctica contemplada en autos):

En un caso como el que nos ocupa, no es posible, con sustento en el artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que la Inspección de los tributos pueda desconocer actividades económicas formalmente declaradas por personas físicas, atribuir las rentas obtenidas y las cuotas del impuesto sobre el valor añadido repercutidas y soportadas a una sociedad que realiza la misma actividad económica que aquéllas, por considerar que la actividad económica realmente realizada era única y correspondía a esa sociedad, bajo la dirección efectiva de su administrador, y, finalmente, recalificar como rentas del trabajo personal las percibidas por las mencionadas personas físicas.

#### **QUINTO. Resolución de las pretensiones deducidas en el proceso.**

Trasladando la anterior doctrina al caso de autos, procede la estimación del recurso de casación interpuesto por la mercantil JOSÉ ORDOÑO, SL en la medida en que la regularización a la que fue sometida -con amparo en el artículo 13 de la Ley General Tributaria- no resulta conforme a Derecho".

En similares términos se pronuncia sentencia de la misma fecha (2 de julio de 2020) que resuelve recurso de casación nº 1433/2018, correspondiente a regularización por el Impuesto sobre el Valor Añadido, del ejercicio 2007, y de los períodos 2T/2008, 3T/2008, 4T/2008.

Entiende la reclamante que la Inspección "no lleva a cabo una mera recalificación de un negocio jurídico, los préstamos participativos, sino que considera que se ha utilizado con una finalidad meramente fiscal tal instrumento jurídico", que la regularización "no podía llevarse a cabo mediante la mera calificación del negocio jurídico, si no [sic] que nos encontrábamos ante el conflicto en la aplicación de la norma tributaria [sic] del artículo 15 LGT", sosteniendo que la Inspección "utilizó de forma inadecuada la potestad calificadoras que le concede el artículo 13 LGT", y que "al hacerlo, obvió el procedimiento especial previsto para regularizar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria a que se refiere el artículo 159 LGT".

De acuerdo con lo establecido en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de julio de 2020, la calificación es una operación "que tiene por objeto determinar la naturaleza jurídica del hecho con trascendencia tributaria realmente realizado, al margen de la forma dada por las partes", estableciéndose en dicha sentencia que "solo si el negocio responde en su denominación a su verdadera naturaleza jurídica, el intérprete habría de analizar, aplicando el artículo 16 de la Ley General Tributaria, si ese acto o negocio adolece de simulación, para en tal caso aplicar la norma no al acto o negocio aparentemente realizado o celebrado sino a aquellos efectivamente queridos por las partes", y que la cláusula antielusión de cierre, prevista en el artículo 15 de la Ley General Tributaria, "sólo sería de aplicación respecto de los actos o negocios correctamente calificados que, desde luego, no adolezcan de simulación alguna en la exteriorización de la voluntad de las partes".

Constituye, por tanto, según lo dispuesto por el Tribunal Supremo en las referidas sentencias, presupuesto para acudir a la simulación, que el negocio responda a su verdadera naturaleza jurídica, extremo que se aprecia consideraría la Inspección que no concurre al efectuar regularización entendiéndose, en el acuerdo impugnado, que los préstamos participativos tendrían la calificación como aportaciones de fondos propios, y que los intereses pagados por el obligado tributario "tendrían la consideración de retribución de fondos propios".

Asimismo, de acuerdo con las mencionadas sentencias, la cláusula antielusión del artículo 15 de la Ley General Tributaria "sólo sería de aplicación respecto de actos o negocios correctamente calificados que, desde luego, no adolezcan de simulación alguna en la exteriorización de la voluntad de las partes".

En el presente supuesto, por la Inspección se procede a la calificación de los préstamos participativos como "aportaciones de fondos propios" (apartado 4.2 del Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo de liquidación), indicándose que el ajuste se hace "en aplicación de la potestad de calificación de los negocios jurídicos (artículo 13 LGT)".

En particular, en el apartado 4.2 del Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo de liquidación se establece lo siguiente:

#### **"4.2. CALIFICACION DE LOS PRESTAMOS PARTICIPATIVOS COMO APORTACIONES DE FONDOS PROPIOS**

El ajuste se hace porque, en aplicación de la potestad de calificación de los negocios jurídicos (artículo 13 LGT), se entiende que los indicios que concurren y se ponen de manifiesto, desnaturalizan las operaciones

efectuadas e impiden que puedan calificarse como "préstamos participativos", puesto que evidencian que nos encontramos con "aportaciones de fondos propios", no siendo por tanto, deducibles los intereses pagados por el obligado tributario, pues tendrían la consideración de retribución de fondos propios de acuerdo con lo previsto por los artículos 14.1.a del TRLIS (ejercicio 2014 y anteriores) y 15.a de LIS (ejercicio 2015).

A la hora de calificar correctamente las operaciones realizadas es importante tener en cuenta las consecuencias derivadas del principio de plena competencia por el que se deben analizar las operaciones realizadas entre las partes vinculadas bajo el prisma de lo que se hubiere hecho (o bien no hecho en absoluto) entre partes independientes. Este principio nos permite calificar la operación realmente realizada por las partes por encima del contrato que se haya realizado en la medida en que el contrato de préstamo firmado no se hubiera realizado entre partes independientes.

Cabe aquí citar la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 (Diario Oficial de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012) en que se aprecia que un determinado mecanismo es artificial cuando se producen determinadas circunstancias, entre otras cuando el mecanismo o la serie de mecanismos se ejecutan de una manera que no sería la normal atendiendo a un comportamiento comercial razonable.

Por todo lo anterior, del conjunto de elementos puestos de manifiesto durante el procedimiento inspector se extrae que los Fondos de Capital Riesgo **FONDO\_1** y **FONDO\_2** adquirieron el control de la empresa operativa del GRUPO **XZ** financiando la operación con un crédito externo concedido de forma sindicada y el resto con FONDOS PROPIOS. No obstante, y con la intención de reducir la tributación del grupo español (tanto presente como futura) calificaron como préstamos participativos parte de las aportaciones que realizaron para materializar el control del GRUPO **XZ**, préstamos que localizaron parte en la sociedad instrumental que sirvió de vehículo para el acceso al control del grupo y parte en la propia entidad operativa **XZ SL**.

Según todos los elementos acreditados, dichos importes sólo pueden calificarse por parte de la Hacienda Pública como fondos propios, de la misma forma que así han sido considerados por los propios Socios y por los acreedores bancarios en los documentos contractuales que regulan las relaciones jurídicas surgidas entre ellos como consecuencia de la operación de toma de control.

(...)

Idénticos argumentos a los anteriores llevaron al Tribunal Económico Administrativo Central en Resolución de fecha 11/09/2017 (RG 996-14 y 5881-14) a concluir que: "FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO:....;este Tribunal, a la vista de los indicios recogidos por la inspección ..., comparte la conclusión inspectora, al poner los mismos de manifiesto que la calificación ha de ser la de aportación a fondos propios" y enumera una serie de detalles en los que se basa su decisión coincidentes con los existentes en la operación actual:

- existencia en la documentación contractual de referencias a los préstamos participativos como aportaciones de fondos propios
- La estructura de la operación es la de "deuda empujada hacia abajo" ("debt push down"), cuyo objetivo es deducir el coste financiero de la adquisición de los resultados operativos del GRUPO adquirido.
- Ausencia de aprobación de la financiación por préstamos participativos en las Juntas Generales de Accionistas de **XZ SL**.
- Las condiciones de los préstamos participativos no podrían haberse obtenido en condiciones normales de mercado.

Las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia (julio 2010) parten del principio de aceptación de las operaciones realmente efectuadas, no obstante (Capítulo 1, párrafo 1.65) también establecen que:

"Sin embargo, hay dos circunstancias particulares en las que, excepcionalmente, puede resultar apropiado y legítimo que la administración tributaria ignore la estructura planteada por el contribuyente para la realización de la operación vinculada. La primera circunstancia surge cuando la sustancia económica de la operación difiere de su forma. En tal caso, las administraciones tributarias pueden ignorar la calificación que las partes hayan otorgado a la operación y recalificarla de acuerdo con su sustancia. Un ejemplo podría ser una inversión en una empresa asociada en forma de préstamo con devengo de intereses cuando, en plena competencia, en función de las circunstancias económicas de la sociedad prestataria, no cabría esperar que la inversión adoptara esa forma. En este caso sería oportuno que la administración tributaria calificase la inversión de acuerdo con su sustancia económica, con el resultado de considerar al préstamo como una suscripción de capital".

Es decir, si del examen de los hechos y circunstancias del caso se deriva que la conducta real de las partes no se corresponde en realidad con lo que está pactado en los contratos, o si dichos contratos no reflejan realmente la sustancia económica de una operación, ésta se calificará con arreglo a los hechos (la conducta real) o la verdadera sustancia de la operación, superándose lo que estipulen los contratos."

Cita el acuerdo de liquidación lo dispuesto en resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 11 de septiembre de 2017 (R.G.: 00/996/2014 y 00/5881/2014, acumuladas), señalando que "idénticos argumentos" llevaron a este órgano a concluir que "(...) la calificación ha de ser la aportación a fondos propios".

Por su parte, debe indicarse que contra dicha resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, dictándose sentencia por dicho órgano, de fecha 1 de abril de 2021 (recurso nº 1068/2017), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se resuelve sobre la "utilización abusiva del principio de calificación del art 13 LGT : improcedente calificación del préstamo participativo como aportación a los fondos propios", confirmando claramente que se estaba ante un problema de calificación.

En particular, en dicho Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 1 de abril de 2021 se establece lo siguiente -el subrayado es de este TEAC-:

*"TERCERO.- Utilización abusiva del principio de calificación del art 13 LGT : improcedente calificación del préstamo participativo como aportación a los fondos propios.*

*A.- Esta la cuestión esencial del debate, por lo que conviene explicar el alcance de la regularización efectuada para luego proceder al examen del motivo.*

*(...)*

*B.- Sin dudar de la legalidad de la figura del préstamo participativo, regulado en el art 20 del DRL 7/1996, lo cierto es que cuando se realiza entre entidades del grupo, en ocasiones, pueden ocultar una retribución de fondos propios. De aquí que el legislador ha terminado por entender que " tendrán la consideración de retribución de fondos propios la correspondiente a los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades" - art 15.1.a) LIS-. De hecho, la Inspección propone la regularización al amparo del entonces vigente art. 14.1.a) del TRLIS, antecedente del actual 15.15.1.a) de la LIS.*

*El hecho de que el art. 14.1.a) del TRLIS no contenga una regulación expresa como la actual, no impide que la Inspección y esta Sala puedan llegar a la conclusión, en atención a las circunstancias concurrentes, de que tras la figura del préstamo participativo se encuentra una retribución de fondos propios.*

*Ahora bien, siendo claro que la reforma no es aplicable al caso de autos, no deja de ser significativo que el legislador haya terminado por considerar que, los pagos de intereses con causa en un préstamo participativo, entre las entidades del grupo, tienen la consideración, a efectos fiscales, de retribución de fondos propios.*

*La razón fue que en la práctica se detectó que, en ocasiones, el préstamo participativo ocultaba, en realidad, una retribución de fondos propios de aquí la solución dada por el legislador, quizás drástica, pero que corta de raíz, a efectos fiscales, el uso fiscal de tal figura entre las entidades del grupo.*

*Como hemos dicho el origen de nuestra actual regulación tiene precedentes jurisprudenciales que debemos aplicar. Al efecto cabe citar la STS de 27 de septiembre de 2013 (Rec. 1255/2011 ). En esta sentencia, se indica claramente que estamos ante un problema de calificación, pues pueden existir " cláusulas que desnaturalizan la esencia del contrato de préstamo", ocultando que en realidad se está ante una retribución de fondos propios que no puede generar un gasto deducible. También las STS de 21 de junio de 2012 (Rec. 1249/2009 ) y STS de 18 de julio de 2012 (Rec.416/2005 ).*

*En la misma línea se manifiesta la STS de 5 de mayo de 2014 (Rec. 1511/2013 ), que entiende que estamos ante un problema de calificación y, nos parece importante, invita a valorar " apreciando globalmente los indicios" que permiten llegar a la conclusión de que, realmente, estamos ante una aportación de fondos propios. Literalmente la sentencia indica razona que " nada impedía a la Sala de instancia, ratificando el criterio de la Inspección (ya avalado por los órganos de revisión económico- administrativa), y apreciando globalmente los indicios de que dispuso, llegar a la conclusión de que en el caso no tuvo lugar un préstamo sino una aportación de fondos propios, pues normalmente nadie financia mediante esa forma contractual a quien se encuentra en situación de insolvencia (concurzal o preconcurzal), debiendo hablarse, dada la vinculación existente entre la dos sociedades, de una operación enderezada a reflotar la sociedad prestataria, evitando su insolvencia definitiva mediante esa aportación de fondos propios. Por lo tanto, tampoco nada de arbitrario, ilógico o irracional atisba esta Sala en el discurso de la sentencia impugnada".*

*Esta Sala, siguiendo las directrices fijadas por el TS, en su SAN (2ª) de 26 de marzo de 2018 (Rec. 72/2016 ), sostuvo que " no se trata de la existencia de fraude de ley o de construcción artificiosa alguna, sino que, como venimos explicando, se trata de la correcta calificación de la naturaleza del préstamo participativo y sus intereses". También nuestras SAN (2ª) de 15 de julio de 2019 (Rec. 252/2017 ) y SAN (2ª) de 11 de noviembre de 2019 (Rec. 363/2016 ).*

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



(...)"

Por su parte, debe indicarse que en los Fundamentos de Derecho Primero, Segundo y Tercero de la sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de marzo de 2018 (recurso nº 72/2016), relativa a una operación en la que por una entidad que se adquieren participaciones propias, en parte con fondos obtenidos mediante un préstamo participativo concedido por una sociedad vinculada, propiedad de los mismos socios de dicha entidad, se confirma nuevamente que es procedente la utilización de la facultad de calificación del artículo 13 de la Ley General Tributaria, frente al conflicto en la aplicación de la norma. Al respecto, se establece lo siguiente -el subrayado es de este TEAC-:

*"PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 8 de octubre de 2015 que desestima la reclamación económica administrativa interpuesta frente al Acuerdo de Liquidación, nº referencia 72209350, dictado por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT.*

*En el ejercicio 2006 la recurrente adquirió participaciones propias y redujo capital abonando a sus accionistas un importe superior a las aportaciones recibidas por las acciones, lo que implica que mediante la fórmula de adquisición de acciones realiza, además, una distribución de reservas.*

*Esta operación, junto a otras, determinó que la sociedad tuviese un patrimonio neto negativo. El pago derivado de la compra de acciones propias se realizó en parte con fondos obtenidos mediante un préstamo participativo que le concede la sociedad vinculada luxemburquesa HELENA DEBTCO, SARL, propiedad de los mismos socios de la actora. De esta forma, aunque los fondos propios resultan negativos, la entidad no incurre en la causa de disolución prevista en el art. 260 LSA ya que el préstamo participativo adquiere, a estos efectos, la condición de patrimonio neto.*

*Ante estas circunstancias, la Inspección determina que la parte del préstamo participativo que viene a cubrir el déficit de patrimonio neto y que en atención a lo anteriormente expuesto adquiere tal consideración, no puede generar intereses fiscalmente deducibles.*

*Y, precisamente, la deducción de tales intereses es la cuestión controvertida en el presente recurso.*

*SEGUNDO : La Administración deniega la deducibilidad de los intereses por aplicación del artículo 14.1 a) del Real Decreto Legislativo 4/2004 , que dispone:*

*"1. No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:*

*a) Los que representen una retribución de los fondos propios. (...)"*

*La posición de la Administración se justifica en la realidad económica que se genera cuando las sociedades adquieren acciones propias para reducción de capital por importe superior a su valor nominal, y, al no tener reservas suficientes para aplicar en esta operación, deben crear una cuenta de reservas con saldo negativo que minorará sus fondos propios. Se asimila económicamente esa reserva, a resultados que se generarán en el futuro por la sociedad, por lo que esa adquisición de acciones propias representa, en parte, la satisfacción anticipada a los socios "salientes" de beneficios futuros.*

*La recurrente sostiene que: 1.- no son de aplicación las facultades previstas en el artículo 13 de la Ley 58/2003 , 2.- los intereses que nos ocupan no son retribución a los accionistas salientes, 3.- los intereses no son retribución de fondos propios, 4.- la infra capitalización no justifica la regularización, 5.- la regularización provoca doble imposición, 6.- el tipo de interés aplicado es superior a la carga financiera soportada. Comenzado con la primera alegación, el artículo 13 de la Ley 58/2003 , dispone:*

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

*Considera la recurrente que el razonamiento de la Administración parte de la existencia de un interés fiscal elusivo, lo que a todas luces obliga a acudir al procedimiento establecido para los supuestos de conflicto. Pero ello no es cierto, la postura de la Administración parte de la incorrecta calificación realizada por la recurrente de la naturaleza del capital objeto del préstamo del que derivan los intereses, por lo que, en aplicación del artículo citado, lo califica de fondos propios.*

(...)

TERCERO : Ya decíamos anteriormente que las facultades previstas en el artículo 13 de la Ley 58/2003 , amparan las facultades ejercidas por la Administración.

No estamos ante un supuesto de conflicto de normas previsto en el artículo 15 de la misma Ley , pues no se trata de aplicar correctamente una norma eludida al amparo de otra que no da cobertura bastante, porque no se trata de que concurren normas jurídicas, sino de la incorrecta naturaleza jurídica atribuida a unos intereses derivados de un préstamo participativo, que responde al concepto de patrimonio neto, y que tiene por finalidad la retribución a los socios por fondos propios.

(...)"

Así, destaca lo establecido en la mencionada sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 26 de marzo de 2018 (recurso nº 72/2016), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se establece que "no se trata de aplicar correctamente una norma eludida al amparo de otra que no da cobertura bastante, porque no se trata de que concurren normas jurídicas, sino de la incorrecta naturaleza jurídica atribuida a unos intereses derivados de un préstamo participativo, que responde al concepto de patrimonio neto, y que tiene por finalidad la retribución a los socios por fondos propios".

Aplicando al caso que nos ocupa lo analizado en las anteriores sentencias, este TEAC no considera que se haya empleado de forma inadecuada la potestad de calificación prevista en el artículo 13 de la Ley General Tributaria, como la reclamante pretende, por cuanto, según lo establecido en dicho artículo, se procede por la Inspección a la exigencia de una obligación tributaria con arreglo a la naturaleza jurídica, apreciada por la Administración Tributaria, de los hechos, actos o negocios realizados.

Como se verá en el siguiente Fundamento de Derecho, la Inspección desarrolla ampliamente el marco general en el que se insertan los préstamos participativos analizados y del mismo se extraen el conjunto de indicios que avalan que la calificación conforme a su naturaleza jurídica de los préstamos participativos es la de fondos propios y no deuda.

Sumariamente, se trata de los préstamos participativos concedidos por socios indirectos de **XZ**, a saber, los fondos de capital riesgo **FONDO\_1** y **FONDO\_2**, a **TWSL** y a **XZ**.

Entre 2012 a 2015 el 100% de **XZ** correspondía a **TWSL**, **TW** a su vez estaba participada por 2 Fondos de capital riesgo: **FONDO\_1** **FUND** y **FONDO\_2** (residente en Francia), una persona física, y un conjunto de personas físicas directivos, minoritarios (< 5%).

De los antecedentes acreditados por la Inspección se desprende que la toma de control por parte de los Fondos de capital riesgo **FONDO\_1** y **FONDO\_2**, determinó una reestructuración en el accionariado del Grupo **XZ** que se financió a través de aportaciones de capital (mayoritariamente realizadas por los fondos inversores), préstamos participativos (mayoritariamente concedidos por los fondos inversores) y préstamo concedido por un sindicato de entidades bancarias.

Las necesidades de fondos de efectivo derivadas de la toma de control por parte de los Fondos de Capital Riesgo se financiaron:

- 1- Mediante inversión realizada por los propios Fondos 16.332.200,02 euros (58,25%): mediante ampliación de capital de **TWSL** (4.729.200 euros (16,87%) y mediante préstamos participativos (11.603.000,02 euros (41,38%).
- 2- Mediante inversión realizada por socios minoritarios(directivos) (308.701,00 (1,10%)
- 3- Mediante financiación bancaria (sindicato bancario) (11.400.000,00 (40,65%).

Pues bien, extraer de dicho marco el conjunto de indicios que avalan que la calificación conforme a su naturaleza jurídica de los referidos préstamos participativos es la de fondos propios y no deuda, es una praxis perfectamente apropiada a tal facultad de calificación.

Así, desprender estos indicios de muchos de los datos proporcionados por el "Acuerdo de Inversión y entre socios", tiene todo el fundamento, toda vez que su validez se ha acordado expresamente superior a lo establecido en cualquier otro documento, incluso a lo establecido a través de los Estatutos Sociales).

E igualmente extraer esos mismos indicios, coincidentes en la calificación de Fondos Propios y no Deuda, de otra documentación relativa a los acuerdos entre los socios y los "auténticos" acreedores financieros (las entidades bancarias) es lógico toda vez que revela que tal calificación es también la asumida por los terceros, acreedores externos, a quienes pudiera afectar la existencia de los préstamos participativos.

De este modo adquiere pleno sentido la pregunta que el Acuerdo de liquidación erige : "¿si para los propios accionistas y para las entidades financieras, los préstamos participativos tienen carácter de FONDOS PROPIOS, negándoles el carácter de ENDEUDAMIENTO, por qué para la Hacienda Pública deben merecer otra calificación distinta? La conclusión, es que también para la Hacienda Pública la inversión realizada bajo la forma de préstamos participativos debe tener la misma calificación, es decir la de FONDOS PROPIOS."

Por ello en el presente caso se concluye que es adecuada y conforme a derecho, a tenor de la jurisprudencia examinada, el instituto jurídico de la calificación ex artículo 13 de la LGT y no el pretendido por la reclamante, del

conflicto en la aplicación de la norma. Y es así porque no se trata de que la Inspección haya atendido a que una pluralidad de negocios realizados individualmente considerados o en su conjunto sean notoriamente artificiosos o impropios (como requiere el artículo 15 LGT), sino que de una pluralidad de documentación y acuerdos, que la propia entidad considera relevantes hasta el punto de incorporar su referencia en el contrato de préstamo participativo, se puedan extraer los indicios o circunstancias que permitan concluir la auténtica naturaleza jurídica de los préstamos participativos, con independencia de la forma o denominación que se le hubiera dado.

En este sentido ha de advertirse que en el propio contrato de Préstamo participativo obrante en el expediente (entre **FONDO\_1** y TW en 26 de junio de 2012, posteriormente novado, con apenas modificaciones), se manifiesta que:

"I. Que en el día de hoy y en unidad de acto a la firma del presente CONTRATO, el PRESTAMISTA ha suscrito un acuerdo de inversión y entre socios (en adelante, el "ACUERDO DE SOCIOS") junto con el resto de socios de la PRESTATARIA.

II. Que en el referido ACUERDO DE SOCIOS (Clausula 7) se prevé la concesión por el PRESTAMISTA de un préstamo participativo a la PRESTATARIA.

II. Que la firma del presente CONTRATO (esto es, la concesión del préstamo participativo referido en la Manifestación II anterior) se realiza en el marco de la operación de toma de participación del PRESTAMISTA en GRUPO XZ y, en particular, en el marco de la FINANCIACIÓN prevista en el ACUERDO DE SOCIOS (Manifestación XII), cuyo fin es dotar a la SOCIEDAD de los fondos necesarios para implementar la OPERACIÓN descrita en la Manifestación XI del ACUERDO DE SOCIOS y financiar los planes de desarrollo futuros de GRUPO XZ.

VI. Que. en el marco de los acuerdos alcanzados en el ACUERDO DE SOCIOS para la ejecución de la OPERACIÓN y la FINANCIACION, el PRESTAMISTA está dispuesto a conceder a la PRESTATARIA parte de dicha FINANCIACION, así como a participar en el riesgo económico del negocio de la PRESTATARIA, aceptando que parte de los intereses de esta financiación se estipulen en función de la evolución de las actividades empresariales de GRUPO XZ."

Procede, por tanto, desestimar la alegación efectuada considerando conforme a Derecho la utilización en el presente caso de la facultad de calificación ex artículo 13 LGT. Todo ello sin perjuicio de que deba examinarse la corrección, en su caso, de la regularización efectuada en el acuerdo impugnado **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1**, lo que se procede a analizar en los siguientes Fundamentos de Derecho.

#### Quinto.

Por la Inspección se considera que procede la calificación de los préstamos participativos como aportaciones de fondos propios y que, por tanto, no resultan deducibles los intereses pagados por el obligado tributario, "pues tendrían la consideración de retribución de fondos propios de acuerdo con lo previsto por los artículos 14.1.a del TRLIS (ejercicio 2014 y anteriores) y 15.a de LIS (ejercicio 2015)".

Se fundamenta dicha calificación partiéndose de "los indicios que concurren y se ponen de manifiesto", indicándose que los Fondos de Capital Riesgo **FONDO\_1** y **FONDO\_2** "adquirieron el control de la empresa operativa del GRUPO XZ financiando la operación con un crédito externo concedido de forma sindicada y el resto con FONDOS PROPIOS", señalándose por la Inspección que "con la intención de reducir la tributación del grupo español (tanto presente como futura) calificaron como préstamos participativos parte de las aportaciones que realizaron para materializar el control del GRUPO XZ, préstamos que localizaron parte en la sociedad instrumental que sirvió de vehículo para el acceso al control del grupo y parte en la propia entidad operativa XZ SL".

En el apartado 4.1 del Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo impugnado (páginas 31 y 32 del acuerdo) se indica por la Inspección que la toma de control por parte de los Fondos **FONDO\_1** y **FONDO\_2** "determinó una reestructuración en el accionariado del Grupo XZ que se financió a través de aportaciones de capital (mayoritariamente realizadas por los fondos inversores), préstamos participativos (mayoritariamente concedidos por los fondos inversores) y préstamo concedido por un sindicato de entidades bancarias".

En el apartado 5.1.1 -"Financiación de la reestructuración societaria del GRUPO XZ SL como consecuencia de la entrada en el accionariado de los Fondos de Inversión **FONDO\_1** y **FONDO\_2**"- del antecedente de hecho Quinto del acuerdo de liquidación (página 10) se recoge cuadro en el que se indica que "el importe obtenido en la operación de cambio de control del GRUPO XZ, fue:

	Capital	Préstamo participativo	Financiación Bancaria	Total
<b>FONDO_1</b> FCR	2.364.600,00	5.801.500,01		8.166.100,01
<b>FONDO_2</b> FCPR	2.364.600,00	5.801.500,01		8.166.100,01

Socios-Directivos	238.701,00	70.000,00		308.701,00
Sindicato Bancario			11.400.000,00	11.400.000,00
	<b>4.967.901,00</b>	<b>11.673.000,02</b>	<b>11.400.000,00</b>	<b>28.040.901,02</b>

"

Por otro lado, en el mencionado apartado 4.1 del Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo impugnado se recoge lo siguiente -página 32-:

"(...)

De acuerdo con los datos que figuran en el cuadro de flujos de efectivo que se anexa al Contrato de Financiación Senior (página 149 de la Escritura Pública, protocolo número 1683), el destino que se dio al importe de 28.040.901,02 euros fue:

a) Pago a **QR SA** por importe de 19.943.721,00 euros: 6.495.925,00 euros por la compra de su participación en **XZ SL** y 13.447.796,00 euros por el pago de los préstamos participativos concedidos a **XZ SL**.

b) Pago a Minoritarios (Socios-Directivos) por importe de 372.551,00 euros: 363.850 por la compra de las participaciones de **D.Axy** y 8.701,00 por la amortización parcial del préstamo participativo concedido por **D. Bts**.

c) Reducción línea de Crédito por importe de 1.900.000,00 euros con **BANCO\_1**, **BANCO\_2** y **BANCO\_3** (dichas líneas de crédito estaban vinculadas a la cancelación de la anterior financiación otorgada por entidades financieras con anterioridad al 22/06/2012).

d) Depósito en tres cuentas de disposición restringida por importe de 3.279.662,85 euros: 1.093.220,95 euros en cada una de ellas en las entidades **BANCO\_1**, **BANCO\_2** y **BANCO\_3**.

e) Gastos conexos a la toma de control y a la financiación obtenida, el resto.

Se observa, por tanto, que toda la financiación conseguida (capital, préstamo participativo y Tramo A1 de la financiación bancaria) se ha destinado a cubrir las necesidades de financiación derivadas de la reestructuración accionarial consecuyente a la toma de control de los **FONDO\_1** y **FONDO\_2**."

De lo establecido en dicho apartado 4.1 del Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo impugnado destaca lo siguiente:

- Considera la Inspección que "toda la financiación conseguida (capital, préstamo participativo y Tramo A1 de la financiación bancaria) se ha destinado a cubrir las necesidades de financiación derivadas de la reestructuración accionarial consecuyente a la toma de control de los **FONDO\_1** y **FONDO\_2**".
- Asimismo, considera la Inspección, del análisis de "Acuerdo de inversión y entre socios", elevado a escritura pública de fecha ... de 2012, protocolo nº ..., que los préstamos participativos "no tienen la consideración de endeudamiento para los socios del GRUPO **XZ**, sino que están vinculados a la evolución de los fondos propios del GRUPO".
- Se entiende, asimismo, en el acuerdo de liquidación que los préstamos participativos "no tienen la consideración de DEUDA a efectos del cálculo de las garantías y condiciones establecidas por las entidades bancarias concedentes de la financiación senior, sino que se les considera FONDOS".
- Que "se pone de manifiesto que (al igual que había sucedido cuando **QR SA** vende su participación de **XZ**) la venta de las participaciones por parte de **FONDO\_1** y de **FONDO\_2** determina necesariamente la cancelación de los préstamos participativos", señalándose que cuando los inversores financieros "deciden recuperar su inversión", retiran de **XZ** "tanto la inversión efectuada bajo la forma de capital como la inversión realizada bajo la forma de préstamo participativo", remitiéndose la Inspección a la cláusula 18 de "Acuerdo de Inversión entre accionistas", extractando contenido del que se desprende que por inversión se entiende "la totalidad de los recursos que los **INVERSORES FINANCIEROS** aporten a la **SOCIEDAD INVERSORA** y a **GRUPO XZ** por cualquier concepto", comprendiendo tanto el capital social y prima de asunción, como "la suma total de **PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS** concedidos a la **SOCIEDAD INVERSORA** y a **GRUPO XZ**"; y señalándose por la Inspección que "a efectos del cálculo de "retorno de inversión" se incluye "... la totalidad de las cantidades percibidas por los **INVERSORES FINANCIEROS** a resultas de la **OPERACIÓN**".
- Que las amortizaciones anticipadas, parciales y totales "se han realizado contraviniendo lo dispuesto en el Acuerdo de Inversión y en el Real Decreto Ley 7/1996", señalándose que, a pesar de que se amortiza anticipadamente préstamo participativo por importe de 12.429.676,76 euros, "no se ha producido un incremento de los fondos propios del GRUPO **XZ** en igual cuantía, en evidente y clara contradicción tanto con lo dispuesto en el contrato celebrado entre los socios como con lo dispuesto por la normativa legal (RDL 7/1996)".

Asimismo, se considera por la Inspección que *"la financiación obtenida bajo la forma de préstamos participativos no podría haberse obtenido de terceros independientes en condiciones normales de mercado"*, y que *"la inversión en forma de préstamos participativos concedida a TW SL y a XZ SL fue financiada con fondos propios de FONDO\_1 y FONDO\_2"*.

Defiende la reclamante la deducibilidad de los intereses devengados por los préstamos participativos, reiterándose "los principales argumentos que se hicieron valer en el escrito de alegaciones al acta".

Alega la reclamante que *"los 11,6 millones de euros recibidos de los fondos y algunos miembros del equipo directivo, sirvieron para que XZ SL pudiera repagar deuda preexistente y para el desarrollo de su operativa empresarial, de forma que XZ se ha posicionado como una empresa líder en el sector a nivel europeo e internacional"*.

A este respecto, describe la reclamante, en su escrito de alegaciones, determinadas inversiones que afirma se efectuaron "desde el ejercicio 2012" -refiriéndose a cuentas anuales de la entidad, y plan de negocio, que se indica que se adjuntaban al escrito de alegaciones al acta-, mencionando la adquisición de nuevo inmovilizado material, la adquisición de participaciones de la entidad brasileña NP, la constitución de filiales en Alemania y Colombia, la constitución de entidades en Malasia, Singapur y la República Checa, la inversión *"en el desarrollo e investigación de nuevos modelos y productos, de acuerdo con las necesidades del mercado"*.

Asimismo, por la reclamante se formula alegación indicándose que *"no entiende que sea relevante el hecho de que los prestamistas de dichos préstamos participativos sean los socios directos o indirectos de las compañías"*, esgrimiéndose que no existe identidad ni proporcionalidad entre socios y prestamistas, que los socios que también son prestamistas *"ostentan un porcentaje de participación en el capital diferente del porcentaje de participación en el principal del préstamo participativo, y existen una serie de accionistas que no participan en el préstamo participativo"*, y que *"resulta del todo coherente"* que en *"sociedades cerradas"* se acuerde que *"una tipología específica de financiación, como es la de carácter participativo, se reserve a los socios de la misma"*.

En el acuerdo de liquidación, en contestación a alegaciones formuladas a acta de disconformidad, se establece que *"sin perjuicio de que las inversiones relatadas por el obligado tributario se hayan producido, corresponde a quien alega su derecho probar los fundamentos del mismo, en este caso el origen de la financiación de dichas inversiones, no bastando para ello la mera mención de las mismas"*.

Por este Tribunal se considera que, en efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en virtud del cual *"en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo"*, corresponde a la reclamante acreditar los hechos que alega sobre el destino de la financiación obtenida al desarrollo de su *"operativa empresarial"*.

Si bien por la reclamante se detallan determinadas inversiones, creación de filiales, constitución de entidades, no se aprecia que la referencia de las mismas -aun cuando se citen cuentas anuales y planes de negocio en las que se recojan- permita acreditar, como señala el acuerdo impugnado, *"el origen de la financiación de dichas inversiones"*. Así, sin perjuicio de que las inversiones se hubieran efectuado, extremo cuya comprobación no le corresponde a este Tribunal, no se aprecia la identificación, en las alegaciones formuladas en vía económico-administrativa, de elementos de hecho que permitan colegir que el importe de la financiación obtenida se destinó a la realización de las inversiones que afirma la reclamante se efectuaron.

Por otro lado, en relación con la relevancia o irrelevancia del hecho de que los prestamistas de los préstamos participativos sean los socios directos o indirectos de las compañías, por este Tribunal se aprecia que dicha circunstancia es uno más de los elementos que por la Inspección se tiene en cuenta a la hora de proceder a la calificación de los préstamos participativos como *"aportación es de fondos propios"*, debiendo ser valorada dicha circunstancia, y su relevancia junto con el resto de indicios apreciados en el acuerdo de liquidación, a efectos de determinar la corrección, en su caso, de la calificación efectuada por la Inspección.

Por la reclamante se alega que "se trata de financiación a estándares de mercado que podría haber sido obtenida en condiciones análogas de terceros", defendiendo el carácter repagable de los préstamos; que fueron objeto de amortización parcial en fecha 17 de junio de 2015, y repagados totalmente en 2017; que se otorgaron *"atendiendo a la capacidad real de repago que disponía el Grupo XZ para hacer frente a los [préstamos participativos] a fecha de vencimiento"*; que los cálculos de la Inspección *"padecen errores"*, que la Inspección *"no está considerando los resultados financieros, principalmente procedentes del retorno de la inversión en el extranjero, que suman una cuantía de 7.535.000,00 euros"*; que el ratio de deuda-capital en el ejercicio 2012 de XZ, S.L. y de TW, S.L. *"resulta acorde a los valores razonables de mercado"*.

Similares alegaciones se formularon por la reclamante al acta de disconformidad, según escrito, obrante en el expediente, presentado en fecha 14 de julio de 2020.

En el Fundamento de Derecho Noveno del acuerdo impugnado, en relación con dichas alegaciones, se afirma que las condiciones económicas del préstamo bancario concedido al obligado tributario por las entidades BANCO\_1, BANCO\_2 y BANCO\_3 son mucho más favorables que las establecidas en los préstamos participativos, indicándose, entre otros extremos, que *"el tipo de interés de la financiación bancaria es muy inferior al tipo de interés efectivo de los préstamos participativos"*, así como que aunque en los préstamos participativos se espera un tipo de interés más alto, *"en el presente caso la diferencia es muy llamativa"*.

Así, frente a un tipo de interés de la financiación bancaria de EURIBOR más un margen, que puede oscilar en función del EBITDA, entre el 4,25% y 4,75% (y tras negociación de la deuda bancaria, tipo de interés del EURIBOR más un margen en función del EBITDA que puede oscilar entre 1,75% y 2,25%), el tipo de interés del préstamo participativo era -según el acuerdo de liquidación- la suma de un interés fijo del 10% más un variable en función del EBITDA entre el 0% y el 5%, destacándose en el acuerdo impugnado que *"durante la vida de los préstamos participativos el tipo de interés aplicado ha sido del 15% (10 + 5)"*.

Consideraba asimismo la Inspección, en contestación a alegaciones, que la posibilidad de obtener de terceros la financiación que se recibió de los socios inversores estaba limitada por las cláusulas del contrato de financiación con las entidades bancarias.

Asimismo, indica la Inspección que los cálculos que aportaba el obligado tributario en sus alegaciones *"no tienen en cuenta los gastos financieros"*, y que el hecho de que los préstamos, concedidos en 2012, hubieran sido pagables en 2018 *"viene determinado por muy diversas circunstancias entre las que las condiciones en que se negociaron los préstamos fue una de ellas pero hay muchas otras (evolución del negocio, situación de los mercados, etc)"*.

Asimismo, considera la Inspección, en el Fundamento de Derecho Noveno del acuerdo impugnado, lo siguiente:

*"En conclusión, si analizamos algunas de las condiciones de la concesión del citado préstamo participativo y tenemos en cuenta las directrices de la OCDE sobre precios de transferencia, la conclusión que obtenemos es que en circunstancias de plena competencia ni TWSL ni XZ SL podrían haber acudido al mercado para obtener una financiación equivalente a la concedida a través de los préstamos participativos. Y ello porque:*

*- En el contrato de Financiación Senior (es decir, el préstamo sindicado externo) se establecía la prohibición de endeudarse con terceros ajenos al grupo. Así como la necesidad de que cualquier endeudamiento con empresas del grupo tuviera el carácter de subordinada respecto de la Financiación Senior.*

*- Si se compara los resultados del EBITDA obtenidos por el grupo XZ, se observa que no son suficientes para atender al pago no solamente del capital prestado sino también de los intereses devengados. Para evitar esta circunstancia, el obligado tributario ha recurrido a diferir el pago del principal y de los intereses hasta la fecha de vencimiento final, circunstancia que se produjo por anticipado cuando deciden los INVERSORES FINANCIEROS vender su participación en GRUPO XZ.*

*En resumen, estos préstamos participativos son una aportación de fondos de los inversores para completar los recursos obtenidos de terceros (préstamo de los bancos) por el acuerdo de socios para financiar la adquisición a que nos estamos refiriendo, que lo hizo en forma de deuda subordinada al préstamo bancario."*

Según el acuerdo de liquidación -apartado 4.1 del Fundamento de Derecho Cuarto (página 35), *"dada la estructura patrimonial de GRUPO XZ, las entidades bancarias debieron considerar que el importe fijado para la financiación concedida el 26/06/2012, constituía el límite de riesgo en el que podían incurrir"*.

A este respecto, debe destacarse que, frente a un sumatorio de préstamos participativos concedidos por los fondos **FONDO\_1** FCR y **FONDO\_2** FCPR a las entidades **TW, S.L.** -de nueva creación- y **XZ, S.L.**, por importe de 11.603.000,02 euros, por las entidades **BANCO\_1**, **BANCO\_2** y **BANCO\_3**, se otorgó financiación a **TW, S.L.** y a **XZ, S.L.** por los siguientes importes: tramo A1: 11.400.000 euros; tramo A2: 4.212.006,00 euros -importe del que no se llegó a disponer, según indica el acuerdo de liquidación-; y tramo B: 5.500.000 euros -línea de crédito revolving-

Refiere el acuerdo de liquidación, en el apartado 4.1 del Fundamento de Derecho Cuarto, que durante el período de vigencia de los préstamos participativos (2012-2017) *"el sumatorio de los resultados consolidados de Pérdidas y Ganancias del GRUPO XZ ha sido de 209.451,63 euros"*, y que el sumatorio de los resultados EBITDA *"ascienden a 34.404.524,88 euros"*. Considera la Inspección que dichos resultados son claramente insuficientes para: (i) atender los pagos de la financiación bancaria por importe de 21.112.006 euros, aunque sólo se llegase a utilizar el tramo A1 y el tramo B, debiendo tenerse en cuenta el pago de los intereses devengados; y (ii) para atender los pagos correspondientes a la financiación derivada de los préstamos participativos, por importe de 11.673.000,02 euros, e intereses por importe de 11.339.160,53 euros.

Aunque el contrato de financiación con las entidades bancarias estableciese la obligación de no contratar nuevos créditos, con la excepción de la denominada "Financiación permitida", afectando a los préstamos obtenidos de terceros, con posterioridad a dicho contrato, esto es, hubiera sido posible la obtención de financiación de un tercero con anterioridad al mismo, por este Tribunal se aprecia que por la Inspección se justifica la imposibilidad de que un tercero independiente, en condiciones normales de mercado, hubiera concedido una financiación equivalente a la de los préstamos participativos por importe de 11.673.000,02 euros, más intereses, teniendo en cuenta la evolución de los resultados de las cuentas de pérdidas y ganancias, y de los resultados EBITDA, los cuales tendrían

que haber hecho frente no sólo a la financiación que, en su caso, se hubiese obtenido de un tercero, sino a la obtenida de las entidades bancarias.

Por este Tribunal se aprecia que, en efecto, *"es difícil admitir la posibilidad"* -según afirma el acuerdo impugnado- de que un tercero independiente, en condiciones normales de mercado, concediese una financiación equivalente a la de los préstamos participativos, por importe de 11.673.000,02 euros (con intereses devengados entre 2012 y 2017 por importe de 11.339.160,53 euros), considerando que la evolución de los beneficios del grupo **XZ** no permite apreciar que generase *"flujos de efectivo capaces de atender las obligaciones derivadas de los préstamos participativos"*, renunciando dicho tercero *"a recuperar de forma escalonada en el tiempo el principal del préstamo y la remuneración del mismo (intereses), retrasándolo hasta el vencimiento final"*.

La reclamante alega que carecen de *"sustento fáctico"* las afirmaciones de la Inspección sobre el carácter ajeno al principio de libre competencia de que la financiación se conceda *"renunciando a recuperar de forma escalonada en el tiempo el principal del préstamo y la remuneración del mismo (intereses), retrasándolo hasta el vencimiento final"*, así como que ello *"demuestra un escaso conocimiento de las prácticas de mercado"*, y que *"la financiación subordinada y bullet existe entre partes independientes, eso sí, a un tipo de interés superior al conllevar una mayor asignación de riesgo"*.

En sus alegaciones la reclamante hace referencia a documentación de precios de transferencia del ejercicio 2015, de las entidades **XZ** y **TW**, considerando que en dicha documentación se demuestra -a su juicio-

*"que los tipos de interés pactados se encuentran dentro de rangos de mercado, teniendo en cuenta el orden de prelación de deudas"*.

A este respecto, cita la reclamante en sus alegaciones el apartado 6.77 de la documentación de precios de transferencia del ejercicio 2015 de la entidad **TW**, en el que se señala que *"el tipo de interés aplicado por FONDO\_1 y por FONDO\_2 Fonds -10% fijo + 5 variable-, se situaría dentro del rango total del análisis de los instrumentos de deuda subordinados realizado y del análisis del coste de capital"*, así como que *"dicho resultado se encontraría en línea con el riesgo adicional que los prestamistas estarían asumiendo debido a la naturaleza de los PPLs"*.

Careciendo este Tribunal de funciones de comprobación, no le corresponde examinar la corrección o incorrección, en su caso, de los análisis a precios de mercado recogidos en la documentación de precios de transferencia del ejercicio 2015 de las entidades mencionadas.

Sin perjuicio de ello, debe indicarse que una cosa es que la remuneración de los préstamos participativos obtenidos en este supuesto fuera acorde -según la reclamante- con el rango de mercado determinado por el obligado tributario en la documentación de precios de transferencia (documentación no del ejercicio 2012 -año de concesión de los préstamos-, sino del ejercicio 2015), y otra cosa distinta es que, no obstante la supuesta conformidad con un rango de mercado de la remuneración de los préstamos participativos, por la reclamante no se decidiera acudir al mercado y a la obtención de préstamos que no fueran participativos, para disponer de financiación por importe de 11.673.000,02 euros, sino a los mencionados préstamos participativos, deduciendo en el Impuesto sobre Sociedades el importe de los intereses satisfechos.

En la documentación de precios de transferencia de **TW** se procede, con respecto a determinadas entidades seleccionadas como potencialmente comparables, a ajustar una determinada variable de dichas entidades -que representa, según dicha documentación, *"el coeficiente que mide la correlación entre la rentabilidad de un título y la rentabilidad del mercado en su conjunto"*- *"desapalancándolas"*, y procediendo, posteriormente, a *"ajustarlas a la estructura financiera de TW reapalancándolas"*.

Sin perjuicio de dichos ajustes de *"desapalancamiento"* y *"reapalancamiento"* que, aunque tuvieran en consideración una tasa impositiva en España -del 30% según la documentación de precios de transferencia-, y un ratio de *"Deuda / Equity"* de TW España determinado -tomando los datos de las cuentas anuales individuales de TW a 31 de diciembre de 2012, y no en el momento de que se obtuviese financiación de las entidades bancarias- y aunque la remuneración de los préstamos participativos pudiera coincidir con la correspondiente en el mercado a otro tipo de instrumentos, ello no permite apreciar que, en circunstancias idénticas a las de la entidad objeto de comprobación, por un tercero independiente, se hubiera decidido conceder préstamos por importe de 11.673.000,02 euros existiendo financiación sindicada -según el acuerdo impugnado- por un importe de hasta 21.112.006 euros.

Se aprecia que el ratio empleado en la documentación de precios de transferencia, entre deuda y capital pudiera no resultar preciso, pues no tiene en cuenta cuál sería el ratio entre deuda y capital en el momento de la obtención del préstamo de las entidades bancarias, con anterioridad a la obtención de financiación a través de préstamos participativos, y con anterioridad a las ampliaciones de capital de dicha entidad, efectuadas en la misma fecha -... de 2012-.

Asimismo, llama la atención que, para determinar el rango de mercado, en la documentación de precios de transferencia de la entidad **TW, S.L.** se emplee las cuentas anuales individuales de **TW, S.L.**, correspondientes al ejercicio finalizado a 31 de diciembre de 2012, y no, por ejemplo, las cuentas consolidadas del grupo **TW, S.L.**

A este respecto, debe indicarse que aunque el grupo fiscal es del año 2013 (grupo fiscal .../13), constan en el expediente tanto las cuentas anuales individuales de **TW, S.L.** del ejercicio 2012, como las cuentas anuales

consolidadas del grupo **TW, S.L.**, estableciéndose en la memoria de consolidada del ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2012 que *"con fecha ... de 2012, TW, S.L. adquirió la totalidad del capital social de XZ, S.L., que era, hasta dicha fecha, la sociedad Dominante del Grupo XZ, S.L., formando un nuevo grupo de consolidación, cuya Sociedad Dominante es TW, S.L., que es la que a partir de este ejercicio formulará cuentas anuales consolidadas"*.

Así, destaca que, tratándose de préstamos participativos otorgados tanto a la cabecera como a la entidad operativa, se tome como referencia, a efectos de la determinación del rango de mercado de dichos préstamos, el ratio de deuda y capital de la entidad **TW, S.L.**, individualmente considerada, y no de todo el grupo del que es cabecera, pues aunque fueran distintos préstamos concedidos a diferentes entidades, tuvieron por objeto implementar la participación de, entre otros, los "INVERSORES FINANCIEROS" ( **FONDO\_1** y **FONDO\_2**) en el capital social de la "SOCIEDAD INVERSORA" (**TW, S.L.**), estructurando la operación *"como un único todo"* -manifestación XII del Acuerdo de inversión y entre socios- a través de, entre otras operaciones, la "FINANCIACIÓN" consistente en la aportación *"a la SOCIEDAD INVERSORA y/o XZ, según corresponda"*, de *"recursos financieros"* consistentes e una *"combinación"* de (i) préstamos participativos y aplazamiento en el pago del precio derivado de determinados contratos de compraventa (CONTRATOS DE COMPRAVENTA II), *"que con carácter simultáneo a la firma"* del Acuerdo de inversión y entre socios, concedieron los "INVERSORES FINANCIEROS" y otras personas; y de (ii) deuda bancaria aportada *"por bancos de primer nivel"* a través de la firma, *"con carácter simultáneo"* de contrato de financiación -manifestación XIII del indicado Acuerdo-.

Refiere la reclamante en sus alegaciones, asimismo, lo establecido en el apartado 11 de la documentación de precios de transferencia de **XZ**. En dicho apartado se efectúa *"ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PRÉSTAMO PARTICIPATIVO"*, determinándose el coeficiente *"que mide la correlación entre la rentabilidad de un título y la rentabilidad del mercado en su conjunto"*, aplicable a una serie de entidades potencialmente comparables. Se procede, en dicha documentación a ajustar el coeficiente de dichas entidades, *"desapalancándolas"*, y posteriormente ajustándolas a *"la estructura financiera de XZ España reapalancándolas"*.

Para proceder a dicho "reapalancamiento" se empleó una tasa impositiva del 30% y un ratio de "Deuda/Equity" del 2,24%. En nota a pie de página nº 27 de la documentación de precios de transferencia se indica que *"el ratio D/E se calculó con datos de las cuentas anuales individuales de XZ España correspondientes al ejercicio fiscal finalizado a 31 de diciembre de 2012"*, explicándose que el ratio es el resultado de dividir la deuda total, por importe de 19.630.000 euros, entre "Equity", por importe de 43.900.000 euros.

Sin embargo, en las cuentas anuales de la entidad **XZ, S.L.** del ejercicio 2012, obrantes en el expediente, el capítulo de Patrimonio neto consta por un importe de 19.063,00 euros -con ajuste negativo por cambios de valor por importe de -153,00 euros-; el capítulo de deudas a largo plazo consta por importe de 12.819,00 euros; y el capítulo pasivo corriente por importe de 23.061,00 euros.

Llama la atención significativamente la diferencia entre el concepto "Equity" tomado en la documentación de precios de transferencia y el importe del Patrimonio Neto recogido en las cuentas anuales del ejercicio 2012 de la entidad **XZ, S.L.**

Por la reclamante se alega que *"la consideración de los préstamos participativos otorgada entre partes en el contrato no debe ser asumida por la Inspección para determinar su naturaleza jurídica, ni tampoco para tribuir su tratamiento contable o fiscal"*, que *"la propia naturaleza de los préstamos participativos y su subordinación hace no sólo habitual sino lógico que en los contratos de financiación bancaria se excluyan de la consideración de deuda a efectos de garantías, ratios de solvencia, etc."*, y que *"su consideración como fondos propios a determinados efectos mercantiles propician asimismo que, a la hora de calcular estos ratios, puedan entenderse asimilables a fondos propios, pero nada de ello altera su condición"*.

En el Fundamento de Derecho Noveno del acuerdo de liquidación, en contestación a alegaciones similares formuladas ante la Inspección, se establece, entre otros extremos, que *"en el acuerdo de socios, se define la tasa de retorno de la inversión como la totalidad de las cantidades percibidas por los INVERSORES FINANCIEROS derivada de la suma de los recursos aportados tanto en forma de capital y prima de asunción como de préstamos participativos"*, y que *"forma parte del retorno de la inversión para los socios inversores financieros, tanto la remuneración vía intereses (esencia de los contratos de préstamo participativos) como la participación en las plusvalías obtenidas y futuras (esencia de la inversión en fondos propios)"*.

Asimismo, tras citarse determinadas manifestaciones *"contenidas en el Acuerdo de Inversión"*, se entiende por la Inspección que *"los préstamos participativos no tienen la consideración de endeudamiento para los socios del GRUPO XZ, sino que están vinculados a la evolución de los fondos propios del GRUPO"*.

La Inspección también entiende que *"los préstamos participativos no tienen la consideración de deuda a efectos del cálculo de las garantías y condiciones establecidas por las entidades bancarias concedentes de la financiación senior, sino que se les considera fondos (...)"*.

Y se establece en el mencionado Fundamento de Derecho Noveno del acuerdo impugnado, entre otros extremos, lo siguiente:

*"Como se ha expuesto en el antecedente de hecho quinto (al igual que había sucedido cuando QR SA vende su participación de XZ) la venta de las participaciones por parte de FONDO\_1 y de FONDO\_2 determina necesariamente la cancelación anticipada de los préstamos participativos. Es decir, cuando los INVERSORES*



*FINANCIEROS deciden recuperar su inversión retiran de XZ tanto la inversión efectuada bajo la forma de capital como la inversión realizada bajo la forma de préstamo participativo. De ahí que en la cláusula 18 del "Acuerdo de Inversión entre accionistas" se establezca que "...por inversión se entenderá la totalidad de los recursos que los INVERSORES FINANCIEROS aporten a la SOCIEDAD INVERSORA y a GRUPO XZ, por cualquier concepto (a título enunciativo y no limitativo, tanto la suma aportada a la SOCIEDAD INVERSORA como capital social y prima de asunción, como la suma total de PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS concedidos a la SOCIEDAD INVERSORA y a GRUPO XZ". Y que a efectos del cálculo de "retorno de inversión" se incluye "...la totalidad de las cantidades percibidas por los INVERSORES FINANCIEROS a resultas de la OPERACIÓN". De acuerdo con lo establecido en la cláusula 4, forman parte de los recursos financieros afectos a la OPERACIÓN los préstamos participativos.*

*Las sucesivas amortizaciones anticipadas, parciales y totales se han realizado contraviniendo lo dispuesto en el Acuerdo de Inversión y en el Real Decreto Ley 7/1996. A pesar de que se amortiza anticipadamente préstamo participativo por importe de 12.429.676,76 euros (7.055.175,75 de TWSL y 5.374.501,01 de XZ SL) no se ha producido un incremento de los fondos propios del GRUPO XZ en igual cuantía, en evidente y clara contradicción tanto con lo dispuesto en el contrato celebrado entre los socios como con lo dispuesto por la normativa legal (RDL 7/1996). Es de resaltar que a 5/12/2017 ni los socios salientes (FONDO\_1 y FONDO\_2), ni TWSL, ni XZ SL, ni los nuevos socios (...) tuvieron ninguna preocupación por la "descapitalización" que suponía para el GRUPO XZ amortizar anticipadamente préstamos participativos por importe de 12.429.676,76 euros sin cumplir con la prescripción, prevista en la normativa vigente en la materia, de compensarlos con una ampliación de igual cuantía de sus fondos [sic] propios."*

Asimismo, según manifestaciones del "Acuerdo de Inversión y entre socios", de 26 de junio de 2012, recogidas en el Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo impugnado, "el objeto del PROYECTO EMPRESARIAL es maximizar el valor de la SOCIEDAD INVERSORA y de GRUPO XZ de cara a una potencial desinversión futura" -manifestación X del Acuerdo de Inversión y entre socios-; que es intención de los "inversores financieros" (FONDO\_1 y FONDO\_2) "mantener, agregando la participación de ambos INVERSORES FINANCIEROS, una participación mayoritaria en la SOCIEDAD INVERSORA y GRUPO XZ SL", -manifestación XI de dicho acuerdo-, si bien se indica que "lo anterior no implica obligación alguna de mantenimiento de dicha posición de control y es la mera expresión de un interés de los INVERSORES FINANCIEROS que recíprocamente se manifiestan entre sí".

En la manifestación XII del Acuerdo de inversión y entre socios, de 26 de junio de 2012, se establece que "al objeto de implementar la participación de los INVERSORES FINANCIEROS", de los socios originarios y de otras dos personas en el capital social de la "SOCIEDAD INVERSORA" -TW, S.L.- "se ha decidido estructurar la operación, como un único todo", a través de (i): contrato de compraventa de participaciones a QR, S.A., y contratos de compraventa de participaciones a determinados "SOCIOS ORIGINARIOS"; (ii) a través de "la FINANCIACIÓN"; (iii) a través de "aumentos de capital independientes y sucesivos en la SOCIEDAD INVERSORA que asumirán y desembolsarán, con carácter simultáneo a la firma del presente ACUERDO y en unidad de acto", los SOCIOS ORIGINARIOS y otras dos personas "a través de la correspondiente aportación dineraria"; y (iv) a través de "un ajuste de valoración en función de que se cumplan determinados parámetros económicos".

En relación con la "FINANCIACIÓN", en la manifestación XIII del Acuerdo de inversión y entre socios, se establece que con objeto de dotar a la "SOCIEDAD INVERSORA" "de parte de los fondos necesarios para implementar la operación descrita en la Manifestación XI anterior y financiar los planes de desarrollo futuros de la SOCIEDAD INVERSORA y de GRUPO XZ" se aportarían recursos financieros consistentes en una combinación de "PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS" y de "FINANCIACIÓN BANCARIA", entendida esta como "deuda bancaria aportada por bancos de primer nivel, a través de la firma, con carácter simultáneo al presente ACUERDO, del correspondiente contrato de financiación".

Por otro lado, en la cláusula 16 del Acuerdo de inversión y entre socios se recogen determinadas disposiciones relativas a la transmisión de participaciones sociales estableciéndose, entre otros extremos, supuestos de libre transmisión de participaciones sociales de los "INVERSORES FINANCIEROS" sin derecho de adquisición preferente por parte de los "SOCIOS", si es con cambio de control "en cualquier momento", o a un "tercero no competidor" a partir del cuarto año desde la fecha del acuerdo.

Asimismo, se refiere el Acuerdo de inversión y entre socios a "la estructura actual del capital social de la SOCIEDAD INVERSORA, tras la entrada de los fondos de los INVERSORES FINANCIEROS que se produce en le día de hoy" -manifestación II de dicho Acuerdo-, de la cual se desprende la participación en el 50% por cada uno de dichos fondos en la entidad TW, S.L., esto es, la titularidad del 100% de la misma por ambos fondos conjuntamente, siendo por tanto propietarios de la entidad de nueva creación que se establece como cabecera de XZ, S.L.

Gracias a las ampliaciones de capital efectuadas en la entidad TW, S.L., en fecha ... de 2012, en favor de los fondos FONDO\_1 y FONDO\_2, así como a los préstamos participativos concedidos por dichos fondos, la financiación bancaria recibida, y al resto de contratos celebrados en la misma fecha, se consiguió "implementar la participación de los INVERSORES FINANCIEROS", y de otros socios, según se menciona en la manifestación XII del Acuerdo de inversión y entre socios. Ello permitió a dichas entidades de capital riesgo, FONDO\_1 y FONDO\_2, ser titulares de la entidad cabecera TW, S.L. concurriendo una participación en los fondos propios.

Por tanto, no resulta irrelevante, en este caso, al contrario de lo que sostiene la reclamante en sus alegaciones, que los prestamistas de los préstamos participativos sean "socios directos o indirectos de las compañías", pues, como señala el apartado 4.2 del Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo impugnado, se aprecia que los fondos **FONDO\_1** y **FONDO\_2** "adquirieron el control de la empresa operativa del GRUPO XZ financiando la operación con un crédito externo concedido de forma sindicada y el resto con FONDOS PROPIOS", de forma que, gracias a las ampliaciones de capital, los prestamistas se convirtieron en titulares de la entidad cabecera de **XZ, S.L.**

**SEXTO.-** De acuerdo con el artículo 20.Uno del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, "se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.

d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil."

Por este Tribunal se aprecia que por la Inspección se fundamenta que la naturaleza de los préstamos participativos como aportación de fondos, y no como financiación ajena, no se desprende de la mera calificación de las partes, sino de las "características" a las que alude.

Como síntesis del análisis efectuado por la Inspección examinado por este TEAC, que fundamenta la calificación concluida, pueden destacarse las siguientes características:

-Los préstamos participativos no tienen la consideración de endeudamiento para los socios del GRUPO XZ, sino que están vinculados a la evolución de los fondos propios del GRUPO:

En los propios contratos de préstamo participativo se hace referencia a la necesaria vinculación del importe de los préstamos participativos con la evolución de los fondos propios:

Así en la cláusula 3.4 del Préstamo participativo concedido a **TW SL** por **FONDO\_1** se establece "Para el caso de capitalización total o parcial del PRÉSTAMO PARTICIPATIVO, las PARTES acuerdan que dicha capitalización se realizará euro a euro en atención a la evolución de la PRESTATARIA de forma que el importe del

PRÉSTAMO PARTICIPATIVO (y de cualquiera cantidades debidas en virtud del mismo) tengan la misma evolución que el importe de capital suscrito por el PRESTAMISTA en la OPERACIÓN".

Esta intrínseca vinculación a los fondos propios se revela en múltiples datos:

En la cláusula 11.2 del Acuerdo de Accionistas se establece "Cualesquiera APORTACIONES DE FONDOS que se realicen dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la FECHA DE CIERRE, deberán realizarse (i) respetando la misma proporción entre DERECHOS ECONÓMICOS y PRÉSTAMO PARTICIPATIVO de cada uno de los SOCIOS en la SOCIEDAD INVERSORA de la que éstos sean titulares en la fecha de realizar dicha APORTACIÓN DE FONDOS...;"

Se establece en el Acuerdo de Accionistas, una necesaria vinculación entre la condición de socio y de prestamista, de forma que los préstamos participativos siempre acompañan a las participaciones sociales (Cláusula 16: régimen de transmisión de participaciones sociales). Se configuran opciones de compra y ventas de participaciones sociales, que necesariamente deben extenderse a los préstamos participativos. Igualmente se perfilan derechos de acompañamiento (Tag Along) y derechos de arrastre (Drag Along) en caso de venta de participaciones, que necesariamente se extienden a los préstamos participativos.

La suma de préstamos participativos es equiparada al capital social, como se desprende de la cláusula 18: esta cláusula regula el derecho de los socios minoritarios a participar en el beneficio obtenido por los socios

INVERSORES FINANCIEROS (**FONDO\_1** y **FONDO\_2**) cuando se proceda a la desinversión de éstos en el GRUPO **XZ** en función de la tasa de retorno de inversión obtenida. Pues bien, a estos efectos se dice que:

*"...por inversión se entenderá la totalidad de los recursos que los INVERSORES FINANCIEROS aporten a la SOCIEDAD INVERSORA y a GRUPO **XZ**, por cualquier concepto (a título enunciativo y no limitativo, tanto la suma aportada a la SOCIEDAD INVERSORA como capital social y prima de asunción, como la suma total de PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS concedidos a la SOCIEDAD INVERSORA y a GRUPO **XZ**".*

Además, dentro del concepto de "retorno de inversión" se incluyen "...la totalidad de las cantidades percibidas por los INVERSORES FINANCIEROS a resultas de la OPERACIÓN" y se da la circunstancia de que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 4, forman parte de los recursos financieros afectos a la OPERACIÓN los préstamos participativos.

-También el factor de que los préstamos participativos no tienen la consideración de endeudamiento se revela en diversos datos, además de los ya señalados líneas atrás:

Los préstamos participativos no tienen la consideración de DEUDA a efectos del cálculo de las garantías y condiciones establecidas por las entidades bancarias concedentes de la financiación senior, sino que se les considera FONDOS PROPIOS:

aun cuando el contrato de financiación senior de 26/06/2012 suscrito con las entidades bancarias **BANCO\_1**, **BANCO\_2** y **BANCO\_3** (como entidades acreditantes) y **TWSL** y **XZ** (como sociedades acreditadas), cuyo objetivo principal era financiar la compra de las participaciones de **XZ** por los Fondos **FONDO\_1** y **FONDO\_2**, se denomina a los préstamos participativos como deuda subordinada, se aprecia que en el apartado "Definiciones" se considera que el concepto de Deuda total no abarca la deuda subordinada, ósea los préstamos participativos: "Deuda Total: La suma de todos los endeudamientos (...) pero **excluyendo (...)** la **DEUDA SUBORDINADA**"

Y, por el contrario, el concepto de Fondos Propios abarca los préstamos participativos: "Fondos Propios: La suma de las aportaciones dinerarias, en forma de capital social, prima de asunción y/o DEUDA SUBORDINADA, efectuadas por los Socios".

Ello se corrobora al observar la definición de gastos financieros, que excluye los intereses derivados de los préstamos participativos: "Gastos Financieros: Los gastos derivados de la DEUDA TOTAL". Es decir, al quedar excluidos los préstamos participativos del concepto "Deuda Total", como acabamos de ver, los intereses derivados de los mismos quedan excluidos del concepto de gastos financieros a efectos de las disposiciones del contrato de financiación senior.

También se corrobora cuando en la cláusula 20.6 del contrato de financiación senior se establecen los índices o ratios de solvencia a los que está obligado el GRUPO **XZ**. Y ello porque a efectos del cálculo de dichos índices no se toma en consideración como DEUDA el importe de los préstamos participativos, ni se toma como GASTOS FINANCIEROS el importe de los intereses devengados por dichos préstamos participativos.

De los informes incorporados al expediente la Inspección puede ver como el cumplimiento de dicha obligación contractual es regularmente comprobada por las entidades financieras.

-Otros indicios se desprenden de los datos que revelan que para el otorgamiento de la financiación bancaria, constituye presupuesto esencial la consideración de los préstamos participativos concedidos por FONDO\_1 y FONDO\_2, como fondos propios:

\*En la cláusula 3.1 del contrato de financiación senior se establece como condición para poder disponer de la financiación principal (Tramos A1 y B) la "Acreditación del desembolso previo de Fondos Propios a la Acreditada Dominante y a la Acreditada Target por parte de los Socios Financieros, por un importe mínimo conjunto de DIECISEIS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL EUROS (16.335.000 euros)".

Pues bien, el importe de esos Fondos Propios (16.335.000 euros) resulta de un sumatorio de importes correspondientes a los distintos conceptos enumerados (ver pág 14 del Acuerdo de liquidación), entre los que se hallan cuatro correspondientes a los sendos préstamos participativos concedidos por FONDO\_1 y FONDO\_2 a y a XZ.

\*En la cláusula 19.1 del contrato de financiación senior se hace referencia a las "Manifestaciones:carácter esencial para las Entidades Acreditantes", exponiendo:

*"Las Acreditadas manifiestan y garantizan los hechos, comportamientos y resultados que se describen en la presente Estipulación, toda vez que para las Entidades Acreditantes dichas manifestaciones constituyen presupuesto esencial para el otorgamiento y mantenimiento del presente Contrato por las Entidades Acreditantes".*

\*Y en el apartado 22 de esa cláusula 19. 1 establece:

*"Fondos Propios de la Acreditada Dominante: A la fecha de firma del presente Contrato la suma de los Fondos Propios de la Acreditada Dominante asciende a DIEZ MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOSSETENTA Y SIETE EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (10.358.977,85 euros) y el capital de la Acreditada Dominante se encuentra íntegramente suscrito y desembolsado."*

Pues bien, ya hemos observado como, de acuerdo con las Definiciones, los Fondos Propios eran aportaciones dinerarias en forma de capital social, prima de asunción y/o DEUDA SUBORDINADA, efectuadas por los Socios.

Tal como se aprecia en el cuadro incluido en pág. 15 del Acuerdo inspector, en la relación de aportaciones en efectivo realizadas por los socios de **TW**, que suma un total de 10.358.977,86 euros, aparecen los dos préstamos participativos concedidos respectivamente por **FONDO\_1** y **FONDO\_2** (recuérdese que **FONDO\_1** y **FONDO\_2** concedieron dos préstamos a cada una de las dos entidades del Grupo: **TW** y **XZ**).

\*De nuevo en la renegociación de la financiación bancaria a través de la "Póliza de contrato de financiación de .../2015" se vuelven a incluir los préstamos participativos en la categoría de "Fondos Propios":

En la Póliza de contrato de financiación se describe el Plan de Negocios preparado por el GRUPO **XZ** a junio de 2015 como garantía y parte esencial para la renegociación de la nueva financiación y el Anexo que contiene el Plan de Negocios(apartado 1.1.1 (d), en el cuadro de Balance de situación, Pasivo (página 168 numerada por notario) incluye a los Préstamos Participativos en la categoría de Fondos Propios del GRUPO **XZ** . Ese cuadro se reproduce en la pág. 18 del Acuerdo de liquidación.

\* Coherentemente con lo anterior, se da plena coincidencia entre lo que a efectos de la renegociación bancaria se considera como dividendos y lo que documentalmente aparece como amortización parcial y pago de intereses de los préstamos participativos.

Así se aprecia en:

En ese mismo Anexo (pag. 170 de la numeración del notario), y también en el apartado referido al Plan de Negocio a efectos de la referida renegociación bancaria, aparece un cuadro (reflejado asimismo en la pág. 19 del

Acuerdo) , encabezado por el "EBITDA" , en el que aparece, en la columna de 2015, un importe calificado como "Dividendos" de (5.600). Destaca acertadamente la Inspección que ello se refiere a la amortización parcial por anticipado de los préstamos participativos concedidos a **XZ**, y pago parcial de intereses acumulados efectuado el 19/06/2015, por ese importe de 5.600.000.

Y así se desprende de la plena coincidencia con lo reflejado en el documento aportado por la obligada tributaria, que la Inspección destaca como obrante en Expediente Electrónico de **XZ SL**: ...19(...-2019) DILIGENCIA N ... PUNTO ... CUADRO PRESTAMOS PARTICIPA), según el cual el .../2015 se procedió a pagar a los socios los importes que se consignan en ese cuadro (reproducido en la página 19 del Acuerdo de liquidación), en calidad de principal e Intereses+ Capitalizados, y que asciende a la misma suma de 5.600.000,00.

De hecho este TEAC ha observado que esa misma cifra de 5.600.000 aparece en el mismo Anexo antes referido, si bien en el apdo 1,1,1(f) (Lista de Prestamos participativos a cancelar), en cuya página 174 de la numeración del notario, obra un cuadro en el que se consignan los prestamistas de los préstamos participativos y el importe de pago de intereses capitalizados y amortización nominal, cuyo TOTAL asciende a 5.600.000,00.

-Las amortizaciones anticipadas, parciales y totales se han realizado contraviniendo lo dispuesto en el Acuerdo de Inversión y en el Real Decreto Ley 7/1996, toda vez que no se produjo un aumento equivalente en los fondos propios en contradicción con lo previsto en el contrato de préstamo participativo (cláusula 3), según el cual si la financiación bancaria persiste, sólo se puede amortizar anticipadamente el préstamo mediante capitalización de su importe.

- Finalmente, otro dato que abunda en la calificación atribuida por la Inspección es que la financiación obtenida bajo la forma de préstamos participativos no podría haberse obtenido de terceros independientes en condiciones normales de mercado:

Hemos visto como la operación de toma de control del GRUPO XZ por parte de los SOCIOS INVERSORES (FONDO\_1 y FONDO\_2), se financió en parte a través de un préstamo concedido por las entidades bancarias BANCO\_1, BANCO\_2 y BANCO\_3.

Si se observan las condiciones económicas del préstamo bancario, éstas son mucho más favorables que las establecidas en los préstamos participativos:

Siendo el plazo similar, el tipo de interés de la financiación bancaria es muy inferior al tipo de interés efectivo de los préstamos participativos. El tipo de interés de la financiación bancaria (contrato de 26/06/2012) es EURIBOR más un margen que puede oscilar en función del EBITDA entre el 4,25% y el 4,75%; y tras la renegociación de la deuda bancaria (póliza de 19/06/2015) el tipo de interés es EURIBOR más un margen en función del EBITDA que oscila entre el 1,75% y el 2,25%. El tipo de interés de los préstamos participativos es consecuencia de la suma de un interés fijo del 10% más un variable en función del EBITDA que oscila entre el 0% y el 5%. Durante la vida de los préstamos participativos el tipo de interés aplicado ha sido del 15% (10 + 5).

En función de todo ello la Inspección concluye:

*Cabe concluir que, tanto del contrato de financiación firmado con las entidades financieras como del acuerdo de inversores y socios, se desprende que la naturaleza de los préstamos participativos concedidos por los socios es de aportación de fondos y no de financiación ajena. Y tal condición se desprende no de una mera mención sino de todas y cada una de las características señaladas. Son estas características y no la mera calificación de las partes las que le confieren dicha naturaleza. Por ello no procede ni la deducibilidad de los gastos financieros derivados de los mismos ni los ajustes sobre los gastos financieros deducibles del ejercicio ni pendientes para ejercicios posteriores."*

Conclusión que este TEAC comparte, desestimando así la pretensión de la entidad y confirmando la calificación de los préstamos participativos como fondos propios y, por ende, la regularización consistente en la no admisibilidad de la deducción de los intereses satisfechos.

En el apartado 4.3 del Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo impugnado en relación con la regularización de los intereses derivados de los préstamos participativos, se incurre en una errata al referirse al ejercicio 2014 y al importe de intereses que se cita, estableciéndose lo siguiente:

*"En consecuencia, procede incrementar las bases individuales de XZ SL y de TWSL, y por tanto la base imponible consolidada del ejercicio 2014 en los siguientes importes derivados de considerar no deducibles los intereses formalmente devengados por los denominados préstamos participativos al ser considerados retribución de los fondos propios, según lo dispuesto en el artículo 14.a) del TRLIS, por un total de 2.455.928,99 euros"*

No obstante, dicha errata no tiene consecuencias pues en el Fundamento de Derecho Décimo del acuerdo de liquidación, relativo a "RESUMEN DE LA REGULARIZACIÓN" se recoge "Incremento por Intereses Préstamos Participativos" por importe de 2.153.874,31 euros, importe coincidente con el recogido en el Fundamento de Derecho Noveno del ACTA DISCONFORMIDAD\_2, del que trae causa el acuerdo de liquidación.

## Séptimo.

En el Fundamento de Derecho Séptimo del acuerdo impugnado se recoge regularización consistente en eliminación del ajuste por limitación de la deducibilidad de los gastos financieros.

Se recoge en dicho Fundamento de Derecho Séptimo que "en las declaraciones individuales del Impuesto sobre Sociedades, tanto de TWSL, como de XZ SL, se excluyó de la base imponible mediante ajuste extracontable, el exceso de los gastos financieros que excedían del límite de deducibilidad previsto en el artículo 20 del TRLIS", declarándose ajustes por importe de 939.436,00 euros, en el caso de TW, S.L., y por importe de 393.505,67 euros, en el caso de XZ, S.L.

El acuerdo impugnado se refiere a "los datos contenidos en el ACTA CONFORMIDAD\_1", determinando un beneficio operativo del grupo consolidado por importe de 6.611.577,07 euros, a lo que correspondería un límite de deducibilidad del 30% de 1.983.473,12 euros, igual al límite de deducción declarado (1.983.473,18 euros).

Establece asimismo el acuerdo que "la no consideración como deducibles de los intereses devengados por los denominados préstamos participativos, determina que los gastos financieros netos del periodo, correspondientes al grupo consolidado no superen el límite de deducibilidad señalado".

Se refiere el acuerdo a ajustes comprobados "por exceso de deducción de gastos financieros", en ACTA CONFORMIDAD\_1, por importes de 939.435,49 euros, en el caso de TW, S.L., y de 395.938,72 euros en el caso de XZ, S.L.

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 63.a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), en virtud del cual "el límite establecido en el artículo 16 de esta Ley en relación con la deducibilidad de gastos financieros se referirá al grupo fiscal", apreciando la Inspección que los gastos financieros

comprobados correspondientes al sumatorio de las dos entidades integrantes del grupo fiscal son deducibles en su totalidad "al no superar el límite del 30% del beneficio operativo consolidado", se considera en dicho acuerdo que "no procede el ajuste positivo por exceso de deducibilidad de los gastos financieros", minorándose las bases imponibles individuales en el importe de 939.435,49 euros en el caso de **TW, S.L.**, y de 395.938,72 euros en el caso de **XZ, S.L.**

Por la reclamante se formula alegación en relación con el mencionado ajuste, en congruencia con las alegaciones vertidas respecto a la deducibilidad de los intereses de los préstamos participativos, describiéndolo, indicando que la Inspección "elimina el ajuste positivo por exceso de deducibilidad de los gastos financieros", y remitiéndose a anteriores alegaciones efectuadas por el obligado tributario, defendiendo que "la estimación de los anteriores motivos de oposición y la consiguiente anulación de la regularización de los intereses de los préstamos participativos determina igualmente la anulación de la regularización de estas partidas".

Apresiasiéndose que en el Fundamento de Derecho Séptimo del acuerdo impugnado se detallan adecuadamente los cálculos por los que los gastos financieros de las dos entidades del grupo fiscal no superan el límite del 30% del beneficio operativo consolidado, y no habiéndose estimado por este Tribunal las alegaciones formuladas en relación con la no deducibilidad de los gastos financieros de los denominados préstamos participativos, no cabe la estimación de las alegaciones formuladas por cuanto al no superar los gastos financieros de las dos entidades el 30% del beneficio operativo consolidado, no procede ajuste positivo por exceso de deducibilidad de gastos financieros por los importes indicados en el acuerdo impugnado.

#### **Octavo.**

En el Fundamento de Derecho Octavo del acuerdo de liquidación impugnado se recoge regularización consistente en eliminación de créditos por gastos financieros pendientes de deducir de ejercicios anteriores.

Se establece en dicho Fundamento de Derecho Octavo que "los intereses devengados por los préstamos participativos" fueron por importe de 443.192,05 euros en 2013 y de 927.854,78 euros en 2014, respecto de **TW, S.L.**; y de 571.322,85 en 2013 y 1.196.105,91 en 2014, respecto de **XZ, S.L.**

Indica el acuerdo de liquidación que, de acuerdo con lo establecido en el Fundamento de Derecho Cuarto del mismo, "los intereses devengados por los denominados préstamos participativos no tienen el carácter de gasto financiero, sino de retribución de fondos propios, por lo que no resultan deducibles de la base imponible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del TRLIS".

Considera la Inspección que no resulta de aplicación el artículo 20.1 del TRLIS, modificando los datos declarados "en relación con las deducciones fiscales por gastos financieros de ejercicios anteriores, pendientes de aplicar", determinando un importe de gastos financieros comprobados del grupo pendientes de deducibilidad a 31 de diciembre de 2015 de 0,00 euros, en 2013 y 2014, tanto para **TW, S.L.**, como para **XZ, S.L.**, y unos gastos financieros generados en períodos anteriores a tributación en régimen de consolidación fiscal pendientes de deducibilidad a 31-12-2014, de 0,00 euros en 2012, respecto de **TW, S.L.**

Por la reclamante se formula alegación en relación con el mencionado ajuste, asimismo en congruencia con lo alegado respecto a los intereses de los préstamos participativos, describiéndolo, y remitiéndose a anteriores alegaciones efectuadas por el obligado tributario, defendiendo que "la estimación de los anteriores motivos de oposición y la consiguiente anulación de la regularización de los intereses de los préstamos participativos determina igualmente la anulación de la regularización de estas partidas".

Según se ha señalado en el anterior Fundamento de Derecho de la presente resolución, no habiéndose estimado por este Tribunal las alegaciones formuladas en relación con la no deducibilidad de los gastos financieros de los denominados préstamos participativos, considerando que el Fundamento de Derecho Octavo del acuerdo de liquidación se remite al Fundamento de Derecho Cuarto, indicando la Inspección que "los intereses devengados por préstamos participativos no tienen el carácter de gasto financiero", no cabe la estimación de las alegaciones formuladas por la recurrente, por cuanto se refiere a la deducibilidad de gastos correspondientes a préstamos participativos que se ha apreciado revisten la calificación de "aportaciones de fondos propios".

#### **Noveno.**

En el Fundamento de Derecho Quinto del acuerdo impugnado se recoge regularización de los rendimientos obtenidos por las sucursales de **XZ, S.L.** en Francia e Italia.

Según el acuerdo de liquidación, por la reclamante se integró en la base imponible del ejercicio 2014 "sin aplicar ningún tipo de deducción en cuota", rentas obtenidas a través de sus sucursales, por importe de 39.003,34 euros, respecto de la sucursal en Francia, y por importe de 129.666,68 euros, respecto de la sucursal en Italia.

Por la Inspección se efectuó regularización disminuyendo la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015 de **XZ, S.L.** en 168.670,02 euros "por los rendimientos procedentes de los establecimientos permanentes en Francia e Italia indebidamente integrados en dicha base imponible".

Debe indicarse que por la reclamante no se han formulado alegaciones en relación con dicha regularización.

No obstante, por la reclamante se formularon alegaciones en relación con los ajustes efectuados respecto de dichas sucursales en el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2014. A este respecto, en el Fundamento de Derecho Noveno de la resolución de la reclamación nº R.G: 00/382/2021, en relación con la sucursal francesa, se establece lo siguiente:

#### Sucursal en Francia

Considera la Inspección que tratándose la renta de la sucursal en Francia, de una renta negativa, su inclusión en la base imponible "contraviene lo dispuesto en el artículo 14.1.k del TRLIS".

Por la obligada tributaria se formularon alegaciones ante la Inspección relativas a que la sucursal en Francia es una entidad distribuidora de riesgo limitado, que según documento sobre precios de transferencia "se le garantiza una rentabilidad de mercado, mediante ajustes compensatorios a final de ejercicio"; que obtuvo un resultado del ejercicio negativo y una rentabilidad sobre ventas ("ROS") del -7,97%, que tenía que haber sido ajustado para "situar su rentabilidad garantizada en el rango adecuado al mercado"; y que **XZ** no efectuó ningún ajuste directo en el ejercicio 2014, "sino que optó por la vía de la asunción de su pérdida".

Entiende la Inspección que "lo único que se acredita es que la sucursal de Francia ha aportado una renta negativa en el ejercicio 2014 que es el que refleja la contabilidad", y que "no se tiene constancia fidedigna de si dicho resultado negativo es consecuencia de la rentabilidad ordinaria (a la que se refiere el índice ROS) o extraordinaria del negocio". Asimismo la Inspección indica que "de resultar cierto lo alegado, **XZ ESPAÑA SL** debería haber facturado el importe correspondiente y haberlo contabilizado como un gasto del ejercicio 2014 (circunstancia que no se ha producido con las consecuencias que de ello se derivarían en virtud del artículo 19.3 del TRLIS)".

Por otro lado, el acuerdo hace referencia a lo dispuesto en el Convenio para evitar la doble imposición entre España y Francia en los siguientes términos:

"Además, y dado que en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio entre el Reino de España y la República Francesa a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995, los rendimientos obtenidos por el establecimiento permanente radicado en Francia, se someten a tributación en Francia. Por tanto, en Francia, **XZ SL** habrá presentado el equivalente a la declaración del Impuesto sobre Sociedades consignando una pérdida derivada de los rendimientos obtenidos en dicho país, por lo que su consideración también como gasto deducible en España, generaría una desimposición, al ser tratada la misma pérdida a efectos fiscales en dos jurisdicciones distintas."

Insiste la reclamante en que las sucursales francesa e italiana son entidades distribuidoras de riesgo limitado y que se encargan de la comercialización y distribución en dichos territorios de productos fabricados por **XZ, S.L.** "bajo la dirección y supervisión de la propia **XZ S.L.**".

Como hemos dicho, la reclamante alega que en el ejercicio 2014 la sucursal francesa "obtuvo un resultado negativo (736.624 euros) y una rentabilidad sobre ventas (ROS) del -7,97%", esgrimiendo que aplicando la política de precios de transferencia dicho resultado "tendría que haber sido ajustado a fin de situar su rentabilidad garantizada en el rango adecuado al mercado".

Asimismo, indica en sus alegaciones lo siguiente:

"**XZ** podría haber practicado un ajuste negativo en la cuenta de resultados atribuible a la casa central y un correlativo ajuste positivo en la cuenta de resultados francesa, de forma que su rentabilidad quedase dentro del rango de rentabilidades obtenidas por entidades comparables y, a efectos fiscales, haber practicado el correspondiente ajuste de los resultados positivos de la sucursal francesa. Sin embargo, **XZ** asumió los resultados negativos obtenidos por la sucursal francesa con un resultado a efectos de base imponible final equivalente."

Refiere la reclamante que en el propio acuerdo impugnado -página 19- la Inspección reconoce que según la nomenclatura de la documentación de precios de transferencia, las sucursales italiana y francesa "son distribuidoras de riesgo limitado".

Se remite, asimismo, la reclamante a lo dispuesto en acuerdo de liquidación por operaciones vinculadas, nº A23 ...4, extractando texto del mismo en el que se indica, entre otros extremos, que "la política de precios de transferencia se caracteriza por garantizar a las entidades comercializadoras de riesgo limitado, una rentabilidad de mercado adecuada a la actividad que desarrollan en el territorio que operan".

Sostiene la reclamante que "no podía la inspección denegar la deducibilidad de un gasto real y acorde con la realidad de la política de precios de transferencia seguida por el Grupo **XZ** sobre la base de una consideración de carácter formal".

Indica la reclamante en sus alegaciones que "es evidente que los rendimientos negativos de la sucursal francesa fueron obtenidos por su actividad ordinaria o normal de negocio", remitiéndose a la cuenta de resultados de la sucursal, señalando que en 2014 la sucursal obtuvo un volumen de ingresos "2.844.429,55 euros inferior al obtenido por la venta de productos en 2013", y que "el coste de compra de las mercancías únicamente se redujo en 2.040.433,15 euros respecto a 2013".

En relación con las afirmaciones de la Inspección relativas a que **XZ** "debería haber facturado el importe correspondiente y haberlo contabilizado como un gasto del ejercicio 2014", sostiene la reclamante que la sucursal es la misma persona jurídica que la casa central y que no sería necesario -a su juicio- "realizar una facturación de dicho ajuste a final del ejercicio", indicándose, entre otros extremos, que "la contabilidad de **XZ S.L.** y sus sucursales es única".

En relación con la posible existencia de desimposición, se remite la reclamante a lo establecido en el artículo 27 del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Francia, señalando que la Inspección "tenía a su disposición medios para verificar si realmente se producía dicha desimposición".

Concluye la reclamante indicando que "en todo caso, si la Inspección ha aceptado la política de precios de transferencia seguida por el Grupo **XZ**, y la garantía mínima de una rentabilidad a las entidades distribuidoras de riesgo limitado, entiende esta parte que no debería denegar el ajuste de distribución a la sucursal francesa del Grupo".

En el Fundamento de Derecho Noveno del acuerdo de liquidación impugnado, en contestación a alegaciones formuladas por la obligada tributaria contra el acta de disconformidad, similares, en cierto modo, a las efectuadas en vía económico-administrativa, se establece lo siguiente:

"Si como alega el interesado, el resultado negativo obtenido por **XZ FRANCIA** en 2014 proviene de sus actividades habituales, **XZ ESPAÑA SL** debería haber facturado el importe correspondiente y haberlo contabilizado como un gasto del ejercicio 2014. Como no ha contabilizado dicho gasto, cuando lo haga, el mismo será deducible si concurren las circunstancias previstas en el artículo 19.3 del TRLIS (que no suponga una menor tributación). A tales efectos, no se entiende la alegación de que **XZ FRANCIA** sea una sucursal y por tanto la misma persona jurídica que la matriz. Ello no obsta para que exista facturación y operaciones entre ambas, como también entiende el obligado tributario que ha realizado, contabilizado y tributado por operaciones realizadas entre ambas. Sucursal y matriz son sujetos pasivos distintos del impuesto (la francesa del impuesto francés).

Precisamente, siguiendo con esta última idea, el artículo 7 del Convenio entre el Reino de España y la República Francesa a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995, los rendimientos obtenidos por el establecimiento permanente radicado en Francia, se someten a tributación en Francia. Por tanto, en Francia, **XZ SL** habrá presentado el equivalente a la declaración del Impuesto sobre Sociedades consignando una pérdida derivada de los rendimientos obtenidos en dicho país, por lo que su consideración también como gasto deducible en España, generaría una desimposición, al ser tratada la misma pérdida a efectos fiscales en dos jurisdicciones distintas."

Por este TEAC se aprecia que resulta conforme a Derecho la regularización efectuada por cuanto, según afirma la reclamante en sus alegaciones, en lugar de haberse practicado ajuste negativo en la cuenta de resultados "atribuible a la casa central", y un correlativo ajuste positivo "en la cuenta de resultados francesa", "**XZ** asumió los resultados negativos obtenidos por la sucursal francesa".

De este modo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14.1.k) del TRLIS, en virtud del cual "no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: (...) k) Las rentas negativas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, excepto en el caso de transmisión del mismo o cese de su actividad", no procede la incorporación a la base imponible de la obligada tributaria, de las rentas negativas de la sucursal francesa.

A este respecto, aunque, de acuerdo con la política de precios de transferencia el resultado tuviera que haberse ajustado para establecer la rentabilidad de la sucursal en el rango adecuado al mercado, de las alegaciones formuladas por la obligada tributaria ante la Inspección se desprende que "**XZ** no realizó ningún ajuste directo en el ejercicio 2014, sino que optó por la vía de la asunción de su pérdida" -Fundamento de Derecho Quinto del acuerdo impugnado, página 43-, así como que, según alegaciones formuladas en vía económico-administrativa, no se efectuó ajuste negativo ni correlativo de signo positivo, sino que "**XZ** asumió los resultados negativos".

Como señala la Inspección, lo único que se acredita es que la sucursal de Francia ha aportado una renta negativa en el ejercicio 2014, que es el que refleja la contabilidad; no se tiene constancia fidedigna de si dicho resultado negativo es consecuencia de la rentabilidad ordinaria o extraordinaria del negocio (tal como sucede por ejemplo con Italia en el ejercicio 2015).

Referíamos anteriormente la alegación de la interesada frente a la afirmación de la Inspección acerca de que, de resultar cierto lo alegado, debería haber facturado el importe correspondiente y haber contabilizado como gasto del ejercicio 2014, (circunstancia que no se ha producido con las consecuencias que de ello se derivarían en virtud del artículo 19.3 del TRLIS,).

Pues bien, respecto a la afirmación de la entidad de no ser precisa a su juicio realizar tal facturación del ajuste indicando que la contabilidad de **XZ** y sus sucursales es única, ha de señalarse que, si bien es cierto que la



sucursal no tiene personalidad jurídica separada de la casa central, deben llevar una contabilidad propia referida a las operaciones que realicen y a los elementos patrimoniales que tengan afectos.

En ese sentido se manifestaba este TEAC en Resoluciones de 23 de noviembre de 2006 (RG 3852/04 y acs) y de 19 de enero de 2007 (RG.3865/04 y ac.), confirmadas en este punto por la SAN de 9 de diciembre de 2010 (rec. 54/2007), en cuyo FD Décimo segundo reproduce algunos de los fundamentos de aquella resolución, concluyendo (en la página 33 de dicha sentencia) que "La Sala acepta en su integridad los razonamientos del TEAC vertidos en el fundamento jurídico que se ha transcrito y que, ni siquiera de una manera aproximativa, han sido rebatidos en el escrito de demanda, que adolece de inconcreción en cuanto a la fundamentación jurídica de este motivo (...)"

Pues bien, en dicha resolución se hacía referencia a la aplicación del artículo 7 del CDI con Francia, y concretamente respecto al apartado 2 del mismo: y a los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE

Y se decía al respecto que:

"El apartado 2 contiene el principio fundamental de atribución de renta: el principio de empresa separada e independiente; es decir, el gravamen del EP como si de una empresa independiente se tratase, incardinada en el país de la fuente. Se configura así al EP como un "centro de imputación de rentas".

(...;)

"Como corolario de este principio de empresa separada e independiente, los Comentarios al artículo 7.2 del Modelo de Convenio, parágrafos 12 y ss., recogen el de la contabilidad separada del EP ("separate accounting") para determinar la atribución de beneficios o llevar a cabo un ajuste de los mismos; se considera que este sistema es el más adecuado para garantizar la correcta aplicación del principio de tributación en origen de los rendimientos empresariales obtenidos a través de un EP, pues permite articular una correcta asignación del beneficio; en este sentido, la contabilidad separada se utiliza desde un punto de vista funcional como base para la atribución de rendimientos; es decir, para determinar el beneficio que una empresa separada e independiente habría obtenido de realizar la misma actividad en las mismas condiciones; ..."

En relación con la referencia, en el acuerdo de liquidación, al Convenio para evitar la doble imposición entre España y Francia, debe indicarse que, sin perjuicio de los efectos que la pérdida de la sucursal tenga en Francia, y de la posible desimposición advertida por la Inspección, lo cierto es que en el presente supuesto concurre una renta negativa de un establecimiento permanente en el extranjero, que no ha sido objeto de ajustes según la política de precios de transferencia, no resultando deducible de conformidad con el artículo 14.1.k) del TRLIS.

Y, en relación con la sucursal italiana, en el Fundamento de Derecho Décimo de la mencionada resolución de la reclamación nº R.G: 00/382/2021 se establece lo siguiente:

**DÉCIMO.-** Procede examinar la regularización relativa a renta positiva obtenida por establecimiento permanente radicado en Italia, recogida en el Fundamento de Derecho Quinto del acuerdo impugnado.

Considera la Inspección que procede la aplicación del régimen de exención previsto en el artículo 22 del TRLIS, no integrándose la renta obtenida a través del correspondiente ajuste extracontable.

La esencial discrepancia de la entidad se refleja en el Fundamento de Derecho Quinto del acuerdo impugnado se recogen alegaciones de la obligada tributaria formuladas ante la Inspección, consistentes en que en Italia **XZ** fue objeto de comprobación inspectora en relación con los rendimientos obtenidos por su sucursal, y que, como consecuencia de la misma, "la Administración italiana practicó un ajuste positivo al resultado de la sucursal italiana por importe de 122.107,04 euros por Precios de Transferencia", señalándose que "**XZ** no practicó el correspondiente ajuste correlativo a sus cuentas de resultados", así como que "debe tenerse en consideración dicho ajuste que debió de haber practicado en su cuenta de resultados del ejercicio 2014, de manera que el resultado total de la sucursal italiana ascendería a 124.376 euros".

Por su parte, en el Fundamento de Derecho Quinto se contestan dichas alegaciones en los siguientes términos:

"Como se ha puesto de manifiesto en el antecedente de hecho quinto, se pone de manifiesto, que dado que la regularización realizada por la administración fiscal italiana, finalizó el 8 de marzo de 2018, en la contabilidad de **XZ SL** en España, del ejercicio 2014 no se contiene ningún apunte contable referido a la citada regularización. El ajuste al que se refiere el obligado tributario, debería haberse practicado a través del correspondiente asiento contable a efectos de que la contabilidad refleje la imagen fiel del negocio. Dicho ajuste contable es consecuencia de una decisión administrativa acaecida en el ejercicio 2018, por lo que su efecto patrimonial (pago de la regularización fiscal) tuvo lugar a partir de dicha fecha. La correspondiente contrapartida al pago se debió contabilizar en 2018, fecha en la que se produjo la inscripción contable del gasto (ya sea a través de una cuenta de gasto o a través de una minoración de una cuenta de patrimonio), por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el

artículo 19.3 del TRLIS, es a partir de dicha inscripción cuando, por seguridad jurídica, debe tener eficacia fiscal el gasto devengado."

Por otro lado, en el Fundamento de Derecho Noveno del acuerdo de liquidación impugnado, ante alegaciones formuladas por la obligada tributaria contra el acta de disconformidad, relativas a la regularización correspondiente a las rentas de la sucursal italiana, se establece lo siguiente:

"Respecto a los resultados de la filial italiana, en cuanto a la cantidad considerada por la administración italiana como mayor base imponible para Italia en 2014, correlativamente debía suponer una menor base imponible para España en 2014. Pero dicha comprobación administrativa tiene lugar en 2018. Una vez contabilizados los efectos de la misma se podrá proceder al correspondiente ajuste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.3 del TRLIS sobre imputación temporal"

Por la reclamante se invoca el principio de "íntegra regularización", esgrimiéndose que "la inspección, ante la acreditación de que las autoridades tributarias italianas habían incrementado el beneficio imputable en 2014 a la sucursal, debería haber practicado el equivalente ajuste negativo en la casa central".

En el antecedente de hecho Sexto del acuerdo de liquidación se recoge referencia a la aportación al expediente electrónico de **XZ, S.L.** de "copia de la regularización efectuada por las autoridades fiscales de Italia en relación con el procedimiento inspector desarrollado acerca de la sucursal de **XZ SL** en Italia por el año fiscal de 2014".

Considera la Inspección que el ajuste invocado por la obligada tributaria "es consecuencia de una decisión administrativa acaecida en el ejercicio 2018", que la correspondiente "contrapartida al pago se debió de contabilizar en 2018", y que de acuerdo con lo establecido en el artículo 19.3 del TRLIS "es a partir de dicha inscripción cuando, por seguridad jurídica, debe tener eficacia fiscal el gasto devengado".

En relación con el principio de íntegra regularización cabe hacer referencia a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 2012 (recurso de casación nº 5631/2008), en el que se establece lo siguiente:

"(...)

Este Tribunal ha acogido el principio de la íntegra regularización de la situación tributaria, valga de ejemplo la sentencia de 25 de marzo de 2009, o la más reciente de 10 de mayo de 2010 (casación 1454/2005) en la que se dijo que "la regularización ha de ser íntegra, alcanzando tanto a los aspectos positivos como a los negativos para el obligado tributario (F. de D. Segundo)"; se ha considerado que cuando un contribuyente se ve sometido a una comprobación y se procede a la regularización mediante la oportuna liquidación procede atender a todos los componentes, y ello por elementales principios que inspiran un sistema tributario que aspira a responder al principio de justicia. Principio de íntegra regularización que no encuentra limitación según estemos ante actuaciones generales o parciales, pero que, claro está, debe aplicarse dentro de cada marco concreto en el que debe ponderarse, y no puede obviarse que estamos en este caso ante una comprobación de carácter parcial. Por lo tanto, habrá de atenderse a todos los componentes que conforman el ámbito material sobre el que se desarrolla la actuación inspectora de carácter parcial.

Y en este contexto, delimitado el ámbito de actuación de comprobación parcial a verificar la corrección uno de la deducción por doble imposición, no le era exigible a la Administración Tributaria una actuación que comprendiera otras deducciones, en las que se veía obligado a ampliar el ámbito de actuación con el fin de comprobar, a los efectos del artº 10.3 de la Ley 43/1995, la contabilidad del sujeto pasivo, para verificar el resultado contable determinado de acuerdo con las normas mercantiles. Debiendo insistir, conforme a los términos legales antes expuestos, que era facultad de la parte recurrente haber solicitado la comprobación tuviera carácter general, lo que no hizo.

Dicho lo anterior carece de virtualidad la alegada vulneración del artº 148 de la Ley 43/1995, por el que se faculta a la Administración Tributaria, a los solos efectos de determinar la base imponible, a corregir la posible incorrección que la entidad comprobada haya cometido en la aplicación de las normas mercantiles-contables, cuando como se ha indicado la comprobación lo fue sólo de carácter parcial. Cuando además la deducción de pérdidas por deterioro de valores sólo es posible si existe y está reconocida contablemente, y una vez verificada su corrección contable, analizar si se cumplen las exigencias fiscales, lo que, insistimos, excedía de una mera comprobación parcial destinada a comprobar en exclusividad la deducción por doble imposición; pues no puede obviarse las limitaciones en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades en lo referente al examen de la documentación contable, momento, el artículo 123.2 de la LGT y que ha mantenido la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, artº 136.2.c), al regular la comprobación limitada."

En conclusión, sin perjuicio del principio de íntegra regularización, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia de fecha 26 de enero de 2012, **por dicho Tribunal se sostiene, asimismo, la necesidad del reconocimiento contable de los gastos.**

En este principio de inscripción contable fundamenta la Inspección su negativa a realizar el ajuste pretendido en 2014 por la regularización efectuada por la Administración tributaria italiana, pues de acuerdo con el artículo 19.3 del TRLIS sería a partir de dicha inscripción contable cuando habría de tener eficacia.

Conclusión que este TEAC confirma, por lo que no cabe acceder a su pretensión en relación al importe de 122.107,04 del ajuste practicado en 2018 por la Administración italiana a la sucursal, procediendo, por tanto, la desestimación de las alegaciones efectuadas con respecto a la regularización por rentas obtenidas del establecimiento permanente situado en Italia.

## Décimo.

Procede examinar la regularización correspondiente a la "deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los administradores de XZ SL", recogida en el Fundamento de Derecho Sexto del acuerdo impugnado.

Considera el acuerdo impugnado que "en el ejercicio 2015, el régimen de retribución de los miembros del Consejo de Administración no se adecúa a lo dispuesto al efecto por los artículos 217 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, y ello tanto por la aplicación de lo dispuesto en el TRLIS, como por la aplicación de la Ley 27/2014, de una parte, y por la aplicación de la propia Ley de Sociedades de Capital en su redacción dada por la Ley 31/2014, como en su redacción anterior".

Indica el acuerdo impugnado que "la redacción del artículo 22 de los estatutos, para los períodos 2014 y 2015, es clara al respecto: "El cargo de administrador será gratuito, salvo que la Junta General acuerde su carácter retribuido".

Asimismo, en el Fundamento de Derecho Sexto del acuerdo impugnado tras hacerse referencia a lo dispuesto en sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 2020, se establece lo siguiente:

"(...)

En el caso de **XZ SL** es clara y palmaria la redacción del artículo 22 de los estatutos. No ofrece dudas la regularización a practicar dirigida a la no consideración como partida deducible de los importes satisfechos a los miembros del Consejo de Administración. Los estatutos establecen el carácter gratuito del cargo de administrador y, sin embargo, el mismo es objeto de retribución, bien de forma directa, como pagos por los servicios de administrador, bien como pagos a los administradores que además ejercen funciones de alta dirección (la conocida teoría del vínculo, que determina la incompatibilidad del cargo de administrador con el de alta dirección). En el ejercicio 2015, se produce de una parte la modificación de determinados artículos de la Ley de Sociedades de Capital, y de otra parte la entrada en vigor de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades

(...)"

Tras hacerse referencia a lo dispuesto en los artículos 209, 233, 234, 217, 220, 249 y 249 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, en el mencionado Fundamento de Derecho Sexto del acuerdo impugnado se establece lo siguiente:

"(...)

En **XZ SL.**, no se produjo modificación alguna de los estatutos sociales, circunstancia a la que se hará mención a continuación, por lo que, de acuerdo con el **artículo 217 de la LSC** vigente en el ejercicio 2015, el cargo de administrador ha de presumirse gratuito, de modo que, de recibir alguna remuneración por su función como tales, se estarían incumpliendo las normas legales y estatutarias al respecto. A este respecto debe tenerse en consideración, que las pretendidas retribuciones que los administradores reciban al margen de su condición de tales, esto es, las correspondientes a servicios prestados a la entidad de carácter directivo, de gestión, de estrategia empresarial, de supervisión y gestión, se produce respecto de las mismas, una situación de doble vínculo como miembros del Consejo de Administración y como altos ejecutivos de la sociedad, que se produce de una forma palmaria en el caso del señor **Cpp**, que ocupa el cargo de Director General, y en el caso de los fondos **FONDO\_1** y **FONDO\_2**, al ser los partícipes mayoritarios de la entidad y en el caso de ..., según el contrato de gestión aportado a la Inspección, las funciones allí recogidas son de naturaleza directiva, servicios de organización, gestión, implementación de decisiones, desarrollo estratégico de diferentes áreas comercial, industrial, recursos humanos, gestión financiera y relación con entidades financieras. Respecto a estas situaciones de doble vínculo una muy consolidada doctrina administrativa y una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo llevan a decantarse, en igualdad de funciones, por el carácter mercantil de las funciones de administración

*El Consejo de Administración, según la ley, no es un órgano consultivo, sino que ejerce funciones de gestión, dirección y representación de la entidad con plenitud de facultades.*

*(...)"*

*Entiende la Inspección que "en el caso presente, se da la situación de doble vínculo en el cargo de los miembros del Consejo de Administración, que ejercen funciones directivas tanto en su condición de tales como en la condición de Director General, de partícipes mayoritarios y de una entidad vinculada a la persona de uno de los fundadores de XZ", así como que "esta situación ha sido ampliamente abordada por la jurisprudencia y la doctrina administrativa, para señalar la vis atractiva de la relación mercantil de los administradores con la sociedad, frente a la relación laboral".*

*Asimismo, por la Inspección de los Tributos se hace referencia a lo dispuesto en sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de febrero de 2018 (recurso de casación nº 3574/2017), señalando que "la llamada Teoría del doble vínculo" volvió a reflejarse en dicha sentencia.*

*Tras hacerse referencia en el Fundamento de Derecho Sexto del acuerdo impugnado a lo dispuesto en el artículo 290 del TRLSC, entre otros extremos, en relación con los "efectos de la modificación de los estatutos sociales", recoge dicho Fundamento de Derecho indicando los motivos por los que "no se consideran deducibles las retribuciones satisfechas a los miembros del Consejo de Administración":*

*"En las presentes actuaciones no se consideran deducibles las retribuciones satisfechas a los miembros del Consejo de Administración, por los motivos que a continuación se indican:*

*1.- Se produce la vulneración de la normativa mercantil, toda vez que se han satisfecho retribuciones a los miembros del Consejo de Administración, vulnerando lo dispuesto en el artículo 22 de los estatutos sociales.*

*2.- Se entiende que la redacción dada al artículo 22 de los estatutos sociales mediante acuerdo social de 22/06/2012, está vigente durante todo el período de inspección, y ello aun teniendo en cuenta, la modificación contenida en el denominado libro de actas [aportado por el representante de la entidad mediante asiento registral RGE...8 de fecha .../2018 (archivo pdf, actas 2015)], al haberse elevado a escritura pública con fecha ... de 2016, presentándose para su inscripción en el Registro Mercantil el día 1... de 2016, produciéndose la inscripción en el Registro Mercantil, el ... de 2016, según información contenida en el asiento registral ... del Registro Mercantil de Madrid.*

*3.- A mayor abundamiento, se considera que las funciones que desempeña el señor Cpp, como Director General de la compañía, se consideran subsumidas en las funciones que al mismo le corresponden como miembro del Consejo de Administración de la entidad XZ SL. Del mismo modo las funciones que le corresponden a los restantes miembros del Consejo de Administración, que reciben retribuciones de la compañía tienen la naturaleza de funciones directivas, por lo que se considera asimismo aplicables a las mismas la teoría del vínculo."*

*Asimismo, por la Inspección se entiende que "la no admisibilidad como gasto de las retribuciones de los consejeros cuyo cargo ha de considerarse gratuito según los estatutos sociales, no se ve afectada por lo dispuesto en el artículo 15. letra e) cuarto párrafo de la LIS", porque -según el acuerdo impugnado- "la jurisprudencia sobre el doble vínculo sigue vigente como hemos visto y, por tanto, no resultan exigibles las retribuciones a administradores que contravengan la normativa mercantil o los estatutos de la sociedad, o ambos, como es el caso".*

*Se entiende por la Inspección que "tales retribuciones contrarias a la Ley mercantil se encuadran en el mismo artículo 15, letra f) LIS, a cuyo tenor no se consideran deducibles: "f) los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico(...)", determinándose en el mencionado Fundamento de Derecho Sexto del acuerdo impugnado que "procede incrementar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015 de la sociedad XZ SL, y, por tanto, la del grupo en 493.178,54 euros".*

*Por la reclamante se alega que "justificó ante la Inspección que las retribuciones percibidas [por determinados miembros del Consejo de Administración] correspondían al trabajo desarrollado por otros conceptos distintos a su condición de miembro del Consejo de Administración", y que "el 10 de diciembre de 2015 se aprobó por la Junta una modificación del artículo 22 de los estatutos sociales que establecía expresamente la retribución en el máximo fijado por la Junta, pero cuyo importe y distribución sería fijado por el Consejo de Administración".*

*La reclamante alega que "no comparte la aplicación tan amplia y extensiva de la teoría del vínculo que hace la Inspección", remitiéndose a las "reformas llevadas a cabo por legislador", respecto de las que considera que "vienen a aclarar la situación, y a solventar el debate existente previamente, de modo que no solo permiten defender la deducibilidad de las remuneraciones del ejercicio 2015, sino también las del ejercicio 2014".*

*Así, se remite la reclamante a lo dispuesto en los artículos 249.3 y 249.4 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante, TRLSC), según*

modificación efectuada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, así como a lo establecido en el artículo 15.e) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS).

**Sobre la eficacia, en su caso, de la modificación de los estatutos sociales efectuada mediante acta de fecha 10 de diciembre de 2015.**

En el presente supuesto, según se desprende de certificación, de fecha ... de 2012, incorporada a escritura de protocolización de acuerdos sociales, de fecha ... de 2012 (protocolo nº ...), mediante acta de consignación de decisiones del socio único de **XZ, S.L.**, de fecha ... de 2012 se procedió, entre otros extremos, a la modificación del artículo 22 de los estatutos sociales de dicha entidad, estableciéndose lo siguiente: "ARTÍCULO 22º.- *Retribución.- El cargo de Administrador será gratuito, salvo que la Junta General acuerde su carácter retribuido.*".

Considera la Inspección en el acuerdo de liquidación que "la redacción dada al artículo 22 de los estatutos sociales mediante acuerdo social de 22/06/2012, está vigente durante todo el período de inspección, y ello aun teniendo en cuenta la modificación contenida en el denominado libro de actas" mencionando dicho acuerdo impugnado que la referida modificación se elevó a escritura pública con fecha ...de 2016, se presentó para su inscripción en el Registro Mercantil el ... de 2016, y que se produjo la inscripción en dicho Registro Mercantil el día ... de 2016.

Por otro lado, en el Fundamento de Derecho Sexto del acuerdo de liquidación impugnado se establece lo siguiente:

*"Efectos de la modificación de los estatutos sociales*

*Respecto al momento en que se debe entender que tiene eficacia la modificación del artículo 22 de los Estatutos, consignada, según resulta de la documentación aportada en el asiento registral RGE...8 de .../2018 DOCUMENTO "ACTAS 2015 XZ" (página 52-53), en el "Acta de Consignación de las Decisiones del Socio Único de ...2015", elevado a escritura pública el mencionado Acuerdo, con fecha ... de 2016, presentándose para su inscripción en el Registro Mercantil el día ... de 2016, produciéndose la inscripción en el Registro Mercantil, el ... de 2016, según información contenida en el asiento registral 82 del Registro Mercantil, lo primero que debe tenerse en cuenta es que, el artículo 290 del TRLSC señala que, el acuerdo de modificación de estatutos se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. En este sentido el artículo 81.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, dispone, en la hoja abierta a cada uno de los sujetos mencionados en el apartado anterior se inscribirán necesariamente los actos o circunstancias establecidos en las Leyes o en este Reglamento, y a continuación el artículo 94 del mencionado Reglamento señala:*

*"1. En la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente:*

*(...)*

*2.º La modificación del contrato y de los estatutos sociales, así como los aumentos y las reducciones del capital."*

*En relación con la eficacia frente a terceros, en este caso la Hacienda Pública lo es, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de noviembre de 2012 (Nº de recurso 164/2010), respecto de los efectos frente a terceros, de un acuerdo de ampliación de capital, cuyo razonamiento se puede aplicar a la problemática tratada en este apartado, en el Fundamento de Derecho Sexto, se trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2019, en donde se indica:*

*"Del tenor de los preceptos referidos (artículos 144 y 152.1 del TRLSA -aumento de capital y modificación de estatutos), se colige que para que el aumento o ampliación de capital surta efectos frente a terceros, se exige con carácter constitutivo, que el acuerdo se adopte por la Junta General de Accionistas, que se otorgue en escritura pública y que se proceda a su inscripción en el Registro Mercantil y publicación en su Boletín Oficial, de tal forma que la pretendida ampliación no surta efectos frente a terceros"...;"En consecuencia y al no estar acreditada la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de ampliación de capital, ésta no goza de los requisitos que se precisan para que pueda surtir efectos frente a terceros y en consecuencia frente a la Hacienda Pública"*

*Debe señalarse asimismo que en el documento aportado bajo el título de libro de actas, consta la anotación de la siguiente inscripción, figurando como fecha el 20 de abril de 2016:*

*(...)*

*La documentación correspondiente al libro de actas se ha presentado en un archivo pdf, sin que se pueda apreciar la cumplimentación en soporte electrónico, y su legalización en el Registro Mercantil por vía electrónica."*

En el expediente consta acta de consignación de decisiones del socio único de **XZ, S.L.**, de fecha ...de 2015, en el que se procede, por un lado, a la modificación del artículo 22 de los estatutos sociales, disponiéndose que "de ahora en adelante" dicho artículo tendría la siguiente redacción:

## *"ARTÍCULO 22º.- Retribución*

*El cargo de administrador será retribuido con una cantidad fija anual, en efectivo y en especie, y otra variable, en función del resultado de la Sociedad; no pudiendo la cantidad variable superar el 40% de los beneficios obtenidos por el grupo consolidado.*

*El importe máximo de las cantidades que pueda satisfacer la Sociedad por ambos conceptos al conjunto de los administradores será fijado por la Junta General y permanecerá vigente mientras no sea modificado por ésta. La fijación de la cantidad exacta a abonar dentro de ese límite y su distribución entre los distintos consejeros corresponde, de haberlo, al Consejo de Administración teniendo en cuenta las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.*

*La condición de administrador, no impedirá la suscripción de contratos de cualquier tpo con la Sociedad, incluyendo contratos de trabajo, siendo las percepciones previstas en este artículo compatibles e independientes de los sueldos, retribuciones, indemnizaciones, pensiones o compensaciones de cualquier clase que se pudieran percibir en virtud de los mismos, las cuales se someterán al régimen legal que les fuera aplicable en cada momento."*

Por otro lado, en el mencionado acta de consignación de decisiones del socio único de fecha ... de 2015 se establece la aprobación de remuneración máxima del consejo de administración "para el ejercicio que finalizará el 31 de diciembre de 2015", disponiéndose que "sea la cantidad de 385.000 Euros, cantidad que permanecerá vigente en tanto la Junta General de Socios no acuerde su modificación".

Asimismo, consta en el expediente escritura pública de fecha ... de 2016 (protocolo nº ...), de elevación a público de decisión del socio único de **XZ, S.L.**, en la que se recoge certificación parcial que contiene la decisión de modificación de los estatutos sociales de la entidad, no así la decisión relativa a la aprobación de la remuneración máxima del consejo de administración para el ejercicio 2015.

Por la reclamante se alega que "en el Acuerdo de liquidación no se toma en consideración la nueva redacción de los estatutos sociales", esgrimiéndose, entre otros extremos, que "de conformidad con el artículo 202 de la LSC, los acuerdos sociales son ejecutivos desde el momento de la aprobación del acta en la que consten", que "la fecha marcada para la impugnación es la fecha de la adopción de los acuerdos y no la de su redacción o elevación a público (art. 205.2 LSC)", y que "las actas de la Junta necesariamente tienen una fuerza probatoria especial, mayor de la que se deduce de las reglas generales para los documentos privados".

Así mismo, tras hacer referencia la reclamante a resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 16 de junio de 1994 considera que "en consecuencia, el contenido del acta de la Junta se presume cierto y válido en tanto no se prueba su falsedad o inexactitud, sin que la AEAT haya aportado indicio alguno que permita sostener que la junta no se celebró el 10 de diciembre de 2015".

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1227 del Código Civil, "la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio". Asimismo, dispone el artículo 1218 del Código Civil que "los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste".

Se aprecia que, en la regularización efectuada, por la Inspección no se reputa falsa o inexacta, como alega la reclamante, la modificación estatutaria efectuada, sino que se discute la eficacia de la misma, puesto que si bien se reconoce dicha modificación, por la Administración Tributaria se entiende que la redacción del artículo 22 de los estatutos sociales dada mediante acuerdo social de 22 de junio de 2012 estuvo vigente "durante todo el período de inspección".

Tratándose la regularización efectuada de la inadmisibilidad de la deducibilidad de retribuciones a administradores de una entidad con un socio único -**XZ, S.L.**-, procede hacer referencia a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Octavo de la resolución de este TEAC de fecha 17 de julio de 2020 (R.G.: 00/3156/2019), en el que se establece lo siguiente:

"(...)

Como hemos reiterado, la deducibilidad fiscal de las retribuciones de los administradores exige inexcusablemente que las mismas cumplan la normativa mercantil, una normativa que lo primero que exige es que debe constar en los estatutos la posibilidad de que los cargos de los administradores o consejeros puedan ser

retribuidos (art. 217 del T.R. de la LSC), previsión que ya estaba en el art. 130 del T.R. de la LSA (R.D. Leg. 1564/1989).

Regulación, a la vista de la cual, son frecuentes las reflexiones jurisdiccionales que señalan que la finalidad de tales normas es la protección de los socios frente a la posibilidad de que los propios administradores pudieran fijarse a su libre albedrío sus retribuciones o indemnizaciones en caso de cese; se trataría, en suma, de potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control por su parte de un tema especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los administradores en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles. En suma, que tales normas mercantiles lo que buscan es la protección de los accionistas o partícipes de las sociedades, sobre todo de los minoritarios, para que no puedan verse perjudicados por unos administradores que, de no ser así, pudieran autoretribuirse de manera exorbitante y abusiva. Un argumento acertado y ciertamente incontestable.

Pues bien, basándose en ese incontestable argumento, en el ámbito tributario que nos ocupa, y también en los ámbitos civil-mercantil y laboral, suelen ser frecuentes alegaciones en las que se apela a que la contravención de esa exigencia mercantil pasa de ser un irregularidad sustantiva o material a ser una mera irregularidad formal cuando la sociedad concernida tiene un único socio, pues es evidente que tal socio conoce y consiente las retribuciones que reciben los administradores o consejeros de su sociedad, que es suya en cuanto que socio único que es; y lo mismo en el caso de sociedades con dos o tres socios que son miembros de una misma familia.

Un argumento sugestivo, pero que no puede aceptarse.

La finalidad de una norma, sobre todo si la misma es evidente o expresa, constituye un criterio hermenéutico para su interpretación tildado de fundamental en el art. 3.1 del Código civil, y es muy posible que haya sido además lo que haya llevado al legislador a aprobarla y publicarla. Eso es así. Pero, una vez aprobadas, publicadas y cuando ya están en vigor, las normas cobran vida propia, dicen lo que dicen "según el sentido propio de sus palabras", y deben aplicarse para los supuestos que las mismas contemplen, los haya previsto el legislador, o no.

Cuando el legislador aprobó que "El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración" -art. 217.1 del T.R. de la LSC en su redacción original-, parece evidente que lo hizo por los motivos expuestos, pero una vez que lo hizo, y esa previsión pasó a estar en la ley, esa previsión han de aplicarla todas las sociedades de capital, que -ex. art. 3.1 de ese T.R.- "en cuanto no se rijan por disposición legal que les sea específicamente aplicable, quedarán sometidas a los preceptos de esta ley"; y ello aunque tengan un único accionista; redacción original de ese art. 217.1 del T.R. de la LSC que la Ley 31/2014 no modificó en absoluto, Ley 31/2014 que en su Exposición de Motivos insistió en ello (el resaltado y subrayado es nuestro):

"Para ello y en primer lugar, la Ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. Estas disposiciones son aplicables a todas las sociedades de capital."

Pudiendo añadirse que, el de sociedades con socio único, es un supuesto que no es extraño al T.R. de la LSC, que contempla las sociedades unipersonales en sus arts. 12 y siguientes, sin perjuicio de lo cual ese T.R. no hace reserva alguna en el sentido de que lo que dispone en su art. 217.1 no deba aplicarse en el caso de sociedades con un único socio; con lo que lo dispuesto en ese art. 217.1 también debe aplicarse a las mismas.

Mientras que, cuando en vez de un socio único, se trata de una sociedad con dos o tres socios que son miembros de una misma familia, la objeción es mucho más clara, pues no pocos conflictos ha habido en los que familiares han pleiteado por las retribuciones de algunos de ellos como administradores de una sociedad de la familia.

Y una última reflexión sobre este específico tema de las sociedades de socio único. Una sociedad así, con un único socio, no debe tener especiales dificultades mercantiles para modificar sus Estatutos Sociales; modificación estatutaria en los aspectos que aquí nos ocupan que, de llevarse a cabo, finiquita toda esta problemática.

Este mismo criterio aquí expuesto respecto de la no deducibilidad de retribuciones de administradores en los casos de sociedades con un único socio, ha sido recogido por este Tribunal en su resolución de 08-10-2019 (RG 4435/17).

(...)"

Por la reclamante se alega lo dispuesto en el artículo 202 del TRLSC, en cuyo apartado 3 se establece que "los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten".

No obstante, el artículo 290 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, invocado por la Inspección de los Tributos, relativo a la "escritura e inscripción registral de la modificación", inserto en el Título VIII, de "La modificación de los estatutos sociales", de dicha norma, establece lo siguiente:

"1. En todo caso, el acuerdo de modificación de estatutos se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. El registrador mercantil remitirá de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, el acuerdo inscrito para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

2. Una vez inscrito el cambio de denominación social en el Registro Mercantil, se hará constar en los demás Registros por medio de notas marginales."

Así, se aprecia que, sin perjuicio de que los acuerdos sociales puedan ejecutarse desde la fecha de aprobación del acta en el que constasen, el acuerdo de modificación de estatutos, según el artículo 290.1 del TRLSC "se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil".

Opone, asimismo, la reclamante, como argumento de la prueba de validez de los acuerdos "con independencia de su extensión en el acta y posterior elevación a público", lo dispuesto en el artículo 205.2 del TRLSC, que prevé que el plazo de caducidad de un año de la acción de impugnación de acuerdos sociales "se computará desde la fecha de adopción del acuerdo si hubiera sido adoptado en junta de socios o en reunión del consejo de administración, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito".

En relación con el *dies a quo* del plazo de caducidad para la impugnación de los acuerdos sociales, debe indicarse que, según el artículo 290 TRLSC, el acuerdo de modificación de estatutos debe hacerse constar en escritura pública "que se inscribirá en el Registro Mercantil", de forma que, en tal supuesto, según el artículo 205.2 del TRLSC, el plazo de caducidad "se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción".

De este modo, se aprecia que la alegada validez del acuerdo de modificación de estatutos sociales, desde su fecha de adopción, resulta incoherente con la exigencia, recogida en el artículo 290 del TRLSC de constancia en escritura pública y de inscripción en el Registro Mercantil.

En este sentido, procede hacer referencia a lo dispuesto en resolución de este TEAC, de fecha 25 de octubre de 2021 (R.G.: 00/4756/2021), en cuyo Fundamento de Derecho Sexto se establece lo siguiente:

"(...)

*Es doctrina común, en el derecho de sociedades, que en las escrituras públicas de modificación de estatutos sociales existe un otorgamiento en sentido técnico. Esto es, se emiten declaraciones de voluntad con trascendencia jurídica. El Acuerdo de la Junta General - o del socio único - por el que se modifican los estatutos, es la base del negocio jurídico de la modificación estatutaria, pero aun no es el negocio societario de modificación. Tal negocio se produce con el otorgamiento de la escritura pública de modificación estatutaria, siendo la escritura la que da el ser al negocio societario.*

"(...)"

De este modo, no habiéndose inscrito la modificación de los estatutos sociales hasta el día 5 de mayo de 2016, se aprecia que no fue hasta dicho momento cuando se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 290 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, resultando oponible, desde dicha fecha, su inscripción frente a terceros, procediendo la desestimación de la alegación formulada por la reclamante.

## Undécimo.

En relación con la **deducibilidad, en su caso, de las retribuciones efectuadas a los miembros del consejo de administración de XZ, S.L.**, procede hacer referencia a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho

Sexto de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 17 de julio de 2020 (R.G.: 3156/2019), en el que se establece lo siguiente:

"SEXTO.- La deducibilidad en el I. s/ Soc. desde el 01/01/2015 de lo pagado por una sociedad a sus administradores mercantiles, cuando éstos desarrollan, además, funciones o actividades de dirección o gerencia para la misma.

Las normas tributarias y mercantiles que hemos manejado en el Fundamento de Derecho anterior han cambiado.

El primer cambio se produjo **en el ámbito tributario**, porque el T.R. de la Ley del I. s/ Soc. (R.D. Leg. 4/2004) fue derogado y sustituido por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, actualmente vigente, que trajo una importante novedad atinente a la materia que nos ocupa, y es que el art. 15, que lleva el mismo título que el 14 del derogado T.R., "Gastos no deducibles", en su letra e) dispone que:

"No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

e) Los donativos y liberalidades.



No se entenderán comprendidos en esta letra e) los gastos por atenciones a clientes o proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos.

No obstante, los gastos por atenciones a clientes o proveedores serán deducibles con el límite del 1 por ciento del importe neto de la cifra de negocios del período impositivo.

Tampoco se entenderán comprendidos en esta letra e) las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad."

Como vemos, la novedad de la nueva regulación tributaria de la materia reside en el último párrafo de ese art. 15.e).

El art. 15 delimita una serie de gastos que se consideran no deducibles. Entre los que se incluyen, en la letra e), unos tradicionalmente incluidos en esta categoría en las sucesivas redacciones de la normativa reguladora de este impuesto: "los donativos y liberalidades".

Pues bien, en el último párrafo de esta letra e), cuya novedosa inclusión destacamos en la nueva ley, advierte que tampoco se entenderán comprendidos entre las liberalidades, -"en esta letra e)" - las retribuciones satisfechas por las sociedades a sus administradores "por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad".

Según su construcción sintáctica, sobre todo por la ubicación de la coma [,] que incorpora, el párrafo excluye que sean liberalidades lo pagado a los administradores en dos supuestos: (I) por el desempeño de funciones de alta dirección, y (II) por el desempeño de otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad; con lo que, el que sean "derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad", este Tribunal entiende que sólo se predica para el desempeño de otras funciones, y no para el desempeño de funciones de alta dirección; pues, para que hubiese sido al contrario, esa coma [,] debería haber estado precediendo el término "derivadas", con lo que el significado evidentemente habría sido otro: por el desempeño de funciones de alta dirección u otras funciones, derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad.

El segundo de los supuestos dichos, la exclusión como liberalidad de lo pagado a los administradores por el desempeño de otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad, no fue una novedad en sentido estricto, pues, como antes se ha dicho, de siempre se había venido admitiendo la deducibilidad fiscal de lo que una sociedad pudiera pagarle a uno de sus administradores o consejeros si el mismo le prestaba unos servicios como trabajador con funciones ordinarias, y el exagerado pero ilustrativo ejemplo que hemos puesto antes, es una buena muestra de ello: el sueldo que una sociedad le paga a unos de sus consejeros que fuera, además, conserje en una dependencia de esa sociedad; y lo mismo cabe decir si se lo pagaba como consecuencia de la prestación de unos servicios profesionales, como el caso del abogado que también hemos puesto como ejemplo antes.

Con lo que, la inclusión auténticamente novedosa del precepto es la que excluye de que puedan considerarse liberalidades las retribuciones que nos ocupan.

Mención con la que pudiera pensarse que la norma atribuye a las mismas el carácter de deducibles en todo caso y sin ninguna otra consideración.

Sin embargo, no es ésa la conclusión que alcanza este Tribunal Central, porque el precepto sólo dice lo que dice: que no se entenderán comprendidas entre las liberalidades las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, y, con ello, que no cabe negar la deducibilidad de tales gastos en atención a lo dispuesto en esta letra e). Pero ello, necesariamente ha de integrarse con que la normativa fiscal jamás ha permitido la deducibilidad fiscal de los gastos que vulneran el ordenamiento jurídico en su conjunto; algo que, además, la propia Ley 27/2014 ha venido a recoger así expresamente, y precisamente en el párrafo siguiente del que nos viene ocupando, pues según la letra f) de su art. 15:

"No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: f) Los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico."

Por ello, la única interpretación integradora de lo dispuesto al respecto en el art. 15.e) de la Ley del Impuesto y en la normativa mercantil es que esa deducibilidad fiscal puede darse cuando entre en juego esa excepción que antes hemos dicho: que haya una (s) persona (s) que desarrolle (n) unas y otras funciones separadamente, de modo que sea -en palabras de la **STS de 17/04/2015**- <preciso y cierto, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisadas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el citado régimen de transparencia y claridad que exige la normativa societaria>.

Y hasta aquí, de momento, el cambio de la norma fiscal.

A los seis días de que la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades hubiera derogado y sustituido al T.R. del R.D. Leg. 4/2004, se produjo **la modificación en la norma mercantil**, cuando la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, dio una nueva redacción a los preceptos del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital (R.D. Leg. 1/2010) que regulan la retribución de los administradores.

**Modificación mercantil cuyo alcance ha sido analizado por el T.S. en su sentencia de 26/02/2018 (Rec. de casación 3574/2017)** de la Sala de lo Civil, en la que el T.S. ha ido más allá de resolver un caso concreto, pues ha entrado a analizar exhaustivamente las consecuencias de esa reforma legislativa. Y aunque se trata de una única sentencia, con lo que en puridad no puede hablarse de "jurisprudencia" en el sentido que lo exige el art. 1.6 del Código civil ("la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo ..."); no obstante, el análisis que el T.S. hace en esas sentencias al interpretar las instituciones mercantiles concernidas es claro, extenso y rotundo.

Pues bien, tras el análisis que del T.S. hace en esa sentencia, la conclusión a la que hay que llegar es que, a los efectos que nos ocupan, esa modificación de la legislación mercantil no invalida ninguna de las conclusiones a las que hemos llegado en el Fundamento de Derecho anterior. Repárese.

Tras su modificación por la Ley 31/2014, el art. 217 "Remuneración de los administradores" pasó a disponer que:

"1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.

2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

a) ... "

El apartado 1 de ese art. 217, que es el verdaderamente relevante para todo lo que ahí hemos razonado, continuó diciendo exactamente lo mismo que decía antes de esa modificación, que de ese precepto sólo afectó a sus otros apartados.

Pero la Ley 31/2014 trajo otra modificación con un evidente recorrido para el tema que nos ocupa, nos referimos a la que le dio al art. 249 "Delegación de facultades del consejo de administración", que pasó a disponer:

"1. Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación.

2. La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general."

Modificación de ese art. 249, tras la que no pocos operadores jurídicos, como ciertos Tribunales de justicia (las Audiencias Provinciales de Barcelona y de Palma de Mallorca) y la Dirección General de los Registros y el Notariado (Resoluciones de 30/07/2015, 05/771/2015, 10/05/2016 y 17/06/2016), entendieron que, sin perjuicio de que sus estatutos establecieran que los cargos de sus consejeros fueran gratuitos, las sociedades podrían retribuir a sus Consejeros Delegados y a aquellos Consejeros a los que se les hubieran atribuido funciones ejecutivas (en adelante "Consejeros ejecutivos") al amparo de lo específicamente dispuesto en ese art. 249, pues el mismo regularía de manera autónoma la retribución de los mismos.

Y ello tenía una evidente trascendencia para el tema que nos ocupa, pues, a pesar de que los estatutos sociales de una sociedad recogieran que las cargas de sus administradores o consejeros fuesen gratuitos, que es

premisa que venimos trayendo a lo largo de esta resolución, las retribuciones de su (s) Consejero (s) Delegado (s) y Consejero (s) ejecutivo (s), efectuadas al amparo de lo dispuesto en ese art. 249 cumplirían con la legalidad mercantil, y, con ello, quedarían fuera del criterio y doctrina que antes se ha expuesto, con lo que podría aducirse que serían fiscalmente deducibles en el I. s/ Soc.

Y no sólo eso, es que, de ser así, esa previsión daría una razón de ser y una nueva vida a esa previsión del art. 15.e) de la Ley 27/2014 según la que son fiscalmente deducibles las retribuciones satisfechas por las sociedades a sus administradores "por el desempeño de funciones de alta dirección"; puesto que podría entenderse que los administradores que desempeñan funciones de alta dirección son los Consejeros Delegados y los Consejeros ejecutivos, cuyas retribuciones vendrían respaldadas mercantilmente por lo dispuesto en el art. 249 del T.R. de la LSC, y fiscalmente por lo dispuesto en ese inciso del art. 15.3 de la Ley 27/2014. Una hábil construcción que avalaría una deducción fiscal autónoma de las retribuciones de los Consejeros Delegados y de los Consejeros ejecutivos que cumpliesen los requisitos que contempla el art. 249 del TR de la LSC.

**Pero esa interpretación mercantil, ha sido rotundamente desechada por el T.S. en la referida sentencia de 26/02/2018, en la que la Sala de lo Civil no comparte esa interpretación de que las retribuciones de los Consejeros Delegados y de los Consejeros ejecutivos esté regulada autónomamente en el art. 249 del T.R. de la LSC.**

Extractando algunos párrafos de los apartados del FD Sexto, el T.S. dice que (el resaltado y el subrayado son de este Tribunal Central):

**< 12.-Tampoco parece razonable que, siendo la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos la más importante entre los distintos consejeros, no solo escapen a la exigencia de previsión estatutaria y a cualquier intervención de la junta general en la fijación de su cuantía máxima, sino que, además, los criterios establecidos en el art. 217.4 TRLSC no le sean aplicables.**

La mayoría de estos criterios solo cobran verdadera trascendencia práctica si se aplican a las remuneraciones de los consejeros delegados o ejecutivos.

(...)

21.- Por tanto, en las sociedades no cotizadas, la relación entre el art. 217 TRLSC (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLSC no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRLSC, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219.

La relación entre unos y otros preceptos (217 a 219, de una parte, y 249 TRLSC, de otra) es de carácter acumulativo, como sostiene el recurrente. El régimen general se contiene en los arts. 217 a 219 TRLSC, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos. De hecho, algunas de sus previsiones (retribuciones previstas en los apartados «c» a «g» del art. 217.2 y el desarrollo que de algunas de ellas se contienen en los arts. 218 y 219) son aplicables de forma típica a los consejeros delegados o ejecutivos.

El art. 249 TRLSC contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al «marco estatutario» y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores. Asimismo, esta retribución del consejero delegado o ejecutivo recogida en el contrato debe ajustarse a los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLSC y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSC cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales. >

En esta sentencia, el Tribunal Supremo desarrolla extensamente (puntos 4, 5 y 6 del FD Sexto) lo que debe entenderse por la expresión "administradores en su condición de tales", a cuyo claro y público tenor nos remitimos.

En resumen, la expresión "administradores en su condición de tales" que recoge el art. 217.2 apartado engloba **todas** las funciones de los administradores (incluidas las ejecutivas) y no sólo las que son indelegables; con lo que en las sociedades no cotizadas, **la relación entre los artículos 217 y 249 T.R. de la LSC no es de carácter alternativo, sino acumulativo**, por lo que la retribución de los Consejeros Delegados y de los Consejeros ejecutivos está sometida al principio de reserva estatutaria y a la intervención de la junta.

**Y con ello el T.S. anuló esa posibilidad de que fuesen mercantilmente válidas las retribuciones de los Consejeros Delegados y de los Consejeros ejecutivos aunque la previsión estatutaria fuese la de que los cargos de los administradores serían gratuitos, con lo que, en consecuencia, resultó vedada esa deducibilidad fiscal autónoma de los Consejeros Delegados y de los Consejeros ejecutivos de la que antes hemos hablado.**

Con lo que, si los estatutos recogen que los cargos de los administradores son "gratuitos", que es la premisa que venimos trayendo a lo largo de esta resolución, las retribuciones de los Consejeros Delegados y de los Consejeros ejecutivos tampoco serán fiscalmente deducibles.

Siguiendo el razonamiento, aun tratándose de sociedades en que sus Estatutos recogen que los cargos de los administradores serán gratuitos, en el ámbito tributario se sigue insistiendo en no pocas ocasiones en la deducibilidad fiscal de lo pagado a los Consejeros Delegados y a los Consejeros ejecutivos, con el argumento de que esa deducibilidad fiscal basta con que esté amparada por los contratos que preceptivamente los mismos tienen que tener firmados con la sociedad (apartados 3 y 4 de ese art. 249 del T.R. de la LSA).

Pero no es así.

El que los contratos con los Consejeros Delegados y con los Consejeros ejecutivos también deben respetar las previsiones estatutarias, también lo ha dejado meridianamente claro el T.S. en esa sentencia de 26/02/2018 (aunque el resaltado y el subrayado son de este Tribunal Central):

<<<<< El art. 249 TRLSC contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, **pero cuyo contenido ha de ajustarse al «marco estatutario» y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores. Asimismo, esta retribución del consejero delegado o ejecutivo recogida en el contrato debe ajustarse a los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLSC y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSC cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales.** >>>>>

Según el T.S., es diáfano que los contratos con los Consejeros Delegados y con los Consejeros ejecutivos también deben respetar las previsiones estatutarias, y entre éstas y en su caso la de "no retribución a los administradores"; con lo que, si los estatutos prevén que los cargos de los administradores serán no retribuidos, y, a pesar de ello, un contrato con un Consejero Delegado o con un Consejero ejecutivo (apts. 3 y 4 del art. 249) recoge una retribución en favor del mismo en razón de tal cargo, la existencia de tal retribución sería un pacto entre esas dos partes que iría en contra de lo dispuesto en el art. 217 del T.R. de la LSC y en los estatutos sociales, en suma un pacto contrario al ordenamiento.

Pacto contrario al ordenamiento, que, por las razones repetidamente expuestas, nunca podrá amparar una deducibilidad fiscal.

Para cerrar el tema, volvemos a lo que antes hemos dicho de que la modificación que trajo la Ley 31/2014, a los efectos que nos ocupan, no invalida ninguna de las conclusiones a las que hemos llegado en el Fundamento de Derecho anterior, lo que supone también que en los ejercicios 2105 y siguientes seguirá existiendo la posibilidad de excepcionarse el efecto absorción de la teoría de vínculo, pues debe negarse todo automatismo, recayendo la carga de la prueba de la existencia de tal excepción -ex. art. 105.1 de la Ley 58/2003- sobre quien la invoque y pretenda acreditarla.

La Ley 31/2014 incorporó otra modificación en la norma mercantil por lo que a las **sociedades cotizadas** se refiere, pero de ésta y sus consecuencias tributarias nos ocuparemos más adelante.

Por último, recordamos que, respecto de este tema de la deducibilidad fiscal de las retribuciones de los administradores, **este Tribunal ya se ha pronunciado en una resolución anterior de 08/10/2019 (R.G. 5548/2018), en un sentido concordante con lo expuesto.**

."

De conformidad con lo establecido en la mencionada resolución de este TEAC de fecha 17 de julio de 2020 no cabe apreciar que por mor de las modificaciones efectuadas en el ámbito tributario, o en el ámbito mercantil, resulte defendible la deducibilidad de las remuneraciones del ejercicio 2015, por cuanto, según dicho Fundamento de Derecho, la deducibilidad fiscal tendrá lugar "cuando entre en juego esa excepción" -que una persona desarrolle unas y otras funciones separadamente-; y un contrato con un Consejero Delegado o con un Consejero ejecutivo que recogiera una retribución en favor del mismo en razón de tal cargo si los estatutos previeran que los cargos de los administradores fueran no retribuidos, sería un "pacto contrario al ordenamiento", por ir en contra de lo dispuesto en el artículo 217 del TRLSC y en los estatutos sociales.

Por otro lado, la reclamante invoca lo dispuesto en sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 8 de febrero de 2021 (recurso de casación nº 3071/2019), sosteniendo que "las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico no pueden ir referidas a cualquier infracción, sino que se refiere a gastos que sean un medio para cometer una infracción grave, como puede ser el pago de cantidades para obtener la adjudicación de un contrato, pero desde luego no está previsto para el supuesto como el que nos ocupa", defendiendo que por el Tribunal Supremo, en dicha sentencia, se ha afirmado que el concepto de gasto derivado de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico se debe interpretar de forma restrictiva.

A este respecto, procede hacer referencia al análisis que sobre dicha sentencia se recoge en las resoluciones de este Tribunal de fechas 19 de diciembre de 2022 (R.G.: 00/7583/2020) y 23 de enero de 2023 (R.G.:

00/7503/2020). En particular, en el Fundamento de Derecho Duodécimo de la mencionada resolución de 23 de enero de 2023 se establece lo siguiente:

**"DUODÉCIMO.-** Frente a la regularización efectuada, en la que se cita, entre otras, sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 26 de febrero de 2018, alega la reclamante que se opone a una interpretación excesivamente amplia de la expresión "acto contrario al ordenamiento jurídico", considerando que dicha expresión ha sido corregida por el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 8 de febrero de 2021 (recurso de casación nº 3071/2019).

En primer lugar, debe indicarse que en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no se contiene el supuesto introducido en la letra f) del artículo 15 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades, en el que se prevé que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles "f) Los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico".

Sin perjuicio de ello, por el interés que pudiera presentarse, al fundamentarse la regularización objeto de revisión en lo dispuesto en el artículo 10.3 del TRLIS, como consecuencia de que la remuneración percibida por los los administradores "es contraria a la Ley de Sociedades de Capital y, por ende, al ordenamiento jurídico", entiende este TEAC que procede efectuar las siguientes consideraciones con respecto a las alegaciones formuladas por la reclamante.

Reproduce la reclamante determinado texto del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2021, recurso nº 3071/2019, considerando que los pronunciamientos de dicha sentencia pueden ser trasladados "a la retribución de administradores como costes de personal de la empresa".

Debe indicarse que en la sentencia alegada, en apoyo de su pretensión, por la reclamante, la cuestión con interés casacional consistía en determinar "si, a efectos del Impuesto sobre sociedades, los intereses de demora, sean los que se exijan en la liquidación practicada en un procedimiento de comprobación, sean los devengados por la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, tienen o no la consideración de gasto fiscalmente deducible, atendida su naturaleza jurídica y con qué alcance y límites".

Por su parte, en el Fundamento de Derecho Tercero, in fine, de dicha sentencia se responde a la cuestión con interés casacional en los siguientes términos:

"(...)

A la vista de ello, concluimos respondiendo a la cuestión con interés casacional que, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, los intereses de demora, sean los que se exijan en la liquidación practicada en un procedimiento de comprobación, sean los devengados por la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible, atendida su naturaleza jurídica, con el alcance y límites que se han expuesto en este fundamento de derecho".

Por lo que atañe al criterio interpretativo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con respecto a la cuestión con interés casacional, en el Fundamento de Derecho tercero de dicha sentencia se establece lo siguiente -el subrayado es de este TEAC-:

"(...) y, puesto que lo que se discute es si un determinado tipo de gastos contables son gastos deducibles en el Impuesto sobre Sociedades, debemos tener presente, en primer lugar, lo dispuesto en el artículo 14 del TRLRHL, que lleva por rúbrica "gastos no deducibles" en cuyo apartado primero se incluyen una serie de gastos de los que nos interesan los siguientes:

-Las multas y sanciones penales y administrativas, el recargo de apremio y el recargo por presentación fuera de plazo de declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones (letra c).

-Los donativos y liberalidades (letra e)

Esta relación nominal de gastos no deducibles, en lo que ahora importa, coincide en gran parte con lo previsto en el artículo 15 de la actual LIS, puesto que establece que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

c) Las multas y sanciones penales y administrativas, los recargos del período ejecutivo y el recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo (letra c)

e) Los donativos y liberalidades (letra e)

f) Los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico (letra f)

Este último supuesto no está previsto en la legislación precedente, que es a la sazón aplicable al caso que nos ocupa.

Es el momento de recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.1 LGT tienen la naturaleza de obligaciones tributarias accesorias las obligaciones de satisfacer el interés de demora, los recargos por

declaración extemporánea y los recargos del período ejecutivo, consistiendo estas obligaciones en prestaciones pecuniarias que se deben satisfacer a la Administración tributaria y cuya exigencia se impone en relación con otra obligación tributaria.

Por su parte el artículo 26.1 LGT establece que: "El interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria".

Los intereses de demora tienen por objeto compensar por el incumplimiento de una obligación de dar, o mejor, por el retraso en su cumplimiento. Tienen, pues, carácter indemnizatorio.

Como declara la STC 76/1990, de 26 de abril, la finalidad de la norma que los ampara no trata de sancionar una conducta ilícita, "pues 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 éste supone la no disposición tempestiva de todos los fondos necesarios para atender a 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... en suma, no hay aquí sanción alguna en su sentido técnico jurídico".

Por tanto, los intereses de demora no se incluyen en la letra c) del artículo 14 TRLIS (actual letra c) artículo 15 LIS/2014).

Es evidente que tampoco son donativos o liberalidades puesto que el pago por su deudor no deriva de su "animus donandi" o de voluntariedad, como requiere la donación o liberalidad. Su pago es impuesto por el ordenamiento jurídico, tiene carácter ex lege.

Por último, ya hemos dicho que en la legislación aplicable al presente recurso de casación no se contemplan como gastos no deducibles los "gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico", pero lo cierto es que "actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico" no pueden equiparse, sin más, a cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico ya que esto conduciría a soluciones claramente insatisfactorias, sería una interpretación contraria a su finalidad. La idea que está detrás de la expresión "actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico" necesita ser acotada, han de evitarse interpretaciones expansivas, puesto que esa expresión remite solo a cierto tipo de actuaciones, vg. sobornos y otras conductas similares. En todo caso, los intereses de demora constituyen una obligación accesoria, tienen como detonante el incumplimiento de la obligación principal, pero en sí mismos considerados, no suponen un incumplimiento; al revés, se abonan en cumplimiento de una norma que legalmente lo exige.

No admitir la deducción de los intereses de demora sería una penalización que, como tal, requeriría una previsión expresa, cosa que no sucede.

Si, como decíamos, hemos de atenarnos, a salvo de reglas fiscales específicas correctoras, a lo que de las normas contables se desprende, procede recordar el apartado 2 de la norma novena de la resolución de 9 de octubre de 1997, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre algunos aspectos de la norma de valoración decimosexta del Plan General de Contabilidad (BOE 6 de noviembre de 1997), que nos permite sostener el carácter financiero del interés de demora tributario y que dispone:

(...)

La misma idea se mantiene en la resolución de 9 de febrero de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del Impuesto sobre Beneficios (BOE de 16 de febrero de 2016, en cuyo artículo 18.3 dispone:

(...)

Como se ha dicho ya varias veces, la normativa reguladora del Impuesto sobre sociedades incluye preceptos específicos que, a los presentes efectos, han de tenerse en cuenta, como son el principio de inscripción contable, disponiendo en ese sentido el artículo 19 TRLIS/2004, titulado "Imputación temporal. Inscripción contable de ingresos y gastos", en su apartado 3:

(...)

Condiciones que, en la presente ocasión, como se dejó apuntado en los antecedentes, quedaron cumplidas.

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

Por otro lado, los intereses suspensivos también tienen carácter indemnizatorio. Aunque con menos énfasis, también se ha discutido su deducibilidad. No vemos razón, llegados a este punto y teniendo en cuenta lo ya manifestado, no asimilarlos a los intereses de demora en general. No en vano, éstos, como ya hemos dicho, también tienen por objeto resarcir a la administración pública por el retraso en percibir el importe que legalmente le corresponde, retraso motivado en esta ocasión por la interposición de reclamaciones o recursos, ya sean administrativos o ya sean judiciales.

La deducción de los gastos controvertidos y sobre los que versa este recurso está sometida a los límites establecidos en el artículo 20 TRLIS ( artículo 16 actual LIS).

A la vista de ello, concluimos respondiendo a la cuestión con interés casacional que, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, los intereses de demora, sean los que se exijan en la liquidación practicada en un procedimiento de comprobación, sean los devengados por la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible, atendida su naturaleza jurídica, con el alcance y límites que se han expuesto en este fundamento de derecho."

Como la propia sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2021 reconoce, en la cuestión con interés casacional no era aplicable el supuesto previsto en la letra f) del artículo 15 de la LIS, puesto que era de aplicación la normativa anterior, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Sin perjuicio de ello, en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia se afirma que las "actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico" no pueden equipararse "sin más, a cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico ya que esto conduciría a soluciones claramente insatisfactorias, sería una interpretación contraria a su finalidad", y se añade que la idea que está "detrás de la expresión", necesita "ser acotada, han de evitarse interpretaciones expansivas, puesto que esa expresión remite solo a cierto tipo de actuaciones, vg. sobornos y otras conductas similares".

Por este TEAC se aprecia que, aunque en la referida sentencia se mencionan algunos ejemplos (vg - verbigracia-), se afirma que la idea detrás de la expresión "actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico" "necesita ser acotada", esto es, deberá acotarse, en su caso, pero no se acota definitivamente, ni se establece una definición precisa de cuál es el significado que el Tribunal atribuye a dicha expresión. Se dice que "remite a cierto tipo de actuaciones", citando como "verbigracia" un ejemplo y "otras conductas similares", pero no se detallan más casos.

Asimismo, la alegada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2021 versa sobre una cuestión -deducibilidad de intereses de demora- distinta a la de la deducibilidad de la retribución de los administradores.

Debe indicarse que lo dispuesto en la mencionada sentencia es objeto de aplicación en posteriores sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, relativas a la deducibilidad de los intereses de demora, bien citándola directamente, bien citando otra sentencia que contenga la anterior, sin que en dichas sentencias se efectúe una posterior acotación de la idea que estaría detrás de la mencionada expresión "actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico" (sentencias del Tribunal Supremo de fechas 29 de abril de 2021 -rec. nº 463/2020-, 5 de mayo de 2021 -rec. nº 558/2020-, 17 de junio de 2021 -rec. nº 1333/2020-, 17 de septiembre de 2021 -rec. nº 5094/2019-, 17 de noviembre de 2021 -rec. nº 1016/2020-, 18 de noviembre de 2021 -rec. nº 2983/2020-, 25 de noviembre de 2021 -rec. nº 3113/2020-, 1 de diciembre de 2021, rec. nº 4709/2020-, 10 de diciembre de 2021 -rec. nº 3240/2020-, 22 de diciembre de 2021 -rec. nº 6370/2020-, 28 de abril de 2022 -rec. nº 578/2020-, 3 de mayo de 2022 -rec. nº 1334/2020-, 6 de junio de 2022 -recursos nº 4091/2020 y 4156/2020-, 23 de junio de 2022 -rec. nº 7066/2020-, 6 de julio de 2022 -rec. nº 3834/2020-, 21 de septiembre de 2022 -rec. nº 7927/2020-, y de 29 de septiembre de 2022 -rec. nº 6342/2020-).

Por este TEAC se aprecia que lo establecido en el mencionado Fundamento de Derecho Tercero de dicha sentencia atañe, en primer lugar, a una expresión que la propia sentencia reconoce que no resulta de aplicación al caso objeto de análisis, y por otro lado, las afirmaciones relativas a la acotación de dicha expresión no forman parte de la contestación que en dicho Fundamento se formula respecto de la cuestión con interés casacional.

Sin perjuicio de lo anterior, **no puede apreciarse, de lo establecido en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2021, que por dicho órgano se esté delimitando exhaustivamente los supuestos de la letra f) del artículo 15 LIS, ni que se excluya de dicho apartado el abono de una remuneración a los administradores por una sociedad en la que los estatutos sociales no determinen que el cargo sea remunerado, pues la sentencia reconoce que se trata de una idea que "necesita ser acotada" y "han de evitarse interpretaciones expansivas", pero no precisa la mencionada acotación, más allá de indicar que la expresión se remite solo "a cierto tipo de actuaciones", citando un ejemplo y "otras conductas similares".**

No parece que con la referencia a "cierto tipo de actuaciones", en la sentencia se esté efectuando un detallado examen de los supuestos que son subsumibles en el artículo 15.f) LIS, o que no deben comprenderse en dicho apartado. Así, si bien se menciona un ejemplo (v.g. sobornos y otras conductas similares), ello constituye un ejemplo, que no excluye que pudieran existir otro "tipo de actuaciones" que pudieran incardinarse en el artículo 15.f) LIS.

De este modo, la imprecisión de lo establecido en la sentencia respecto de la expresión "actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico", no permite apreciar, como sostiene la reclamante, que constituyera una interpretación "excesivamente amplia" del artículo 15.f) de la LIS la fundamentación de la no deducibilidad de la retribución de los administradores, cuando se abonan por una sociedad en cuyos estatutos no se prevé que el cargo sea remunerado. Ni tampoco permite, extrapolar dicha interpretación de la reclamante respecto de lo dispuesto en el artículo 10.3 del TRLIS, en el que se fundamenta la regularización objeto de revisión, que entiende que las remuneraciones percibidas por los administradores son contrarias "al ordenamiento jurídico".

Ha de mencionarse como significativo que en una **sentencia de la AN de 25 de febrero 2021**, posterior a la referida del TS, se admite la posibilidad de incardinación de las remuneraciones de los administradores que no sigan las reglas al respecto previstas en la normativa mercantil, si bien en ese caso estimó la demanda por apreciar que la retribución allí debatida encontraba cobertura en los Estatutos. Así, tras decir que "No cabe sostener que el "gasto" de retribuir o indemnizar a los administradores de la sociedad no guarde correlación con los ingresos ", añade (el resaltado es nuestro):

**"Ahora bien, la retribución de los administradores tiene que ser establecida con arreglo a la legalidad, es decir, con respeto de los criterios establecidos en el Derecho Mercantil, pues no cabe considerar como deducibles aquellos gastos que contravienen el "ordenamiento jurídico" -art. 15.f de la Ley 27/2014-**"

Y resulta interesante lo que a continuación expresa pues aunque en ese caso resultaba de aplicación el R-D Legislativo 4/2004, considera que la nueva norma recoge la experiencia plasmada en la jurisprudencia.

Dice así la AN:

"Debe quedar claro que el supuesto de autos se regula por el Real Decreto-Legislativo 4/2004 (TRLIS), pero en nuestra opinión, la nueva norma recoge la experiencia plasmada en las decisiones de la jurisprudencia y puede contribuir a la aclaración de la interpretación de La normativa precedente. Es decir, la solución contenida en la regulación actual ya cabía en la regulación anterior, de forma tal que esta aclara y hace expreso lo que ya se contenía implícitamente en aquella. Del mismo modo, en nuestra opinión, los precedentes jurisprudenciales iluminan la interpretación de los preceptos actuales. "

Y mas adelante:

"En todo caso, lo esencial y así lo viene exigiendo la jurisprudencia es que la retribución se establezca en los Estatutos en los términos y con el alcance previsto en la normativa mercantil. "

Trae después a colación el artículo 217,1 del RD Legislativo 1/2010, de sociedades de capital, que establece que "el cargo de administrador es gratuito, a menos de que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración. Desarrollando los apartados siguientes de dicha norma y los arts 218 y ss., como debe determinarse la remuneración".

Añadiendo:

"Por otra parte, la interpretación de lo establecido en el art. 217 en relación con lo dispuesto por el art 249 ha sido analizada con extensión por la STS (Civil) de 26 de febrero de 2018 (Rec. 3574/2017), estableciendo con claridad que los requisitos exigidos por los arts. 217 a 219 y 249 del TRLSC son de "carácter cumulativo". 5.- En suma, lo que tenemos que ver es que disponen los Estatutos de la sociedad, si los mismos se ajustan a lo establecido en la Ley y, por último, si la indemnización pactada encuentra cobertura en aquellos."

Es cierto que posteriormente la AN en sentencias posteriores, vg de 21 de septiembre de 2022 y de 3 octubre de 2022, ha apreciado de forma extraordinariamente laxa los requisitos de reserva estatutaria y certeza exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En ambos supuestos subyacentes la cuantificación de las remuneraciones de los consejeros escapaban al control de la Junta General y quedaban a merced de lo acordado por el propio Consejo de Administración, de modo que la decisión de pago de retribuciones en un determinado importe no puede dejarse a efectos tributarios a la voluntad de quienes están llamado a percibir las, pues ello supondría atribuirle a la propia sociedad la facultad unilateral de erosionar sus bases imponibles sin una correlativa obligación cierta. Por lo cual, frente a dichas sentencias la Administración ha interpuesto recurso de casación, por lo que por congruencia, este TEAC mantiene su criterio reiterado.

Pues bien, del análisis del presente caso no puede considerarse que la remuneración debatida encuentre cobertura en los estatutos.

(...)"



Procede, por tanto, desestimar las alegaciones formuladas en relación con los anteriores extremos.

#### **Duodécimo.**

Por la reclamante se alega *"improcedencia de los intereses de demora calculados por la Inspección"*, esgrimiéndose que deberían excluirse del período de cálculo de los intereses de demora *"los 78 días en los que el procedimiento inspector estuvo suspendido"*.

Considera la reclamante que no debería incluirse en el cómputo de los intereses de demora el período de tiempo comprendido entre el 14 de marzo y el 30 de mayo de 2020.

Alega la reclamante, entre otros extremos lo siguiente:

*"Es cierto que los intereses de demora tienen una finalidad indemnizatoria o compensatoria del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda tributaria, pero también lo es que en nuestro ordenamiento se han excluido del cómputo del periodo de intereses los periodos de dilación que no sean imputables al contribuyente"*.

Esgrime la reclamante que habiendo estado suspendido el plazo de duración de las actuaciones inspectoras *"durante 78 días por causa de fuerza mayor, debido a la pandemia"*, siendo un período *"completamente ajeno"* a la voluntad de la reclamante, no deberían exigírsele intereses de demora.

A estos efectos, alega que mediante el artículo 33.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se estableció una ampliación de los plazos de pago de las deudas tributarias previstas en los apartados 2 y 5 del artículo 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, *"sin exigencia a los contribuyentes de intereses de demora por dicha ampliación"*.

En relación con el interés de demora, establece el artículo 26 de la Ley General Tributaria lo siguiente:

*"1. El interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria."*

*La exigencia del interés de demora tributario no requiere la previa intimación de la Administración ni la concurrencia de un retraso culpable en el obligado.*

*2. El interés de demora se exigirá, entre otros, en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando finalice el plazo establecido para el pago en período voluntario de una deuda resultante de una liquidación practicada por la Administración o del importe de una sanción, sin que el ingreso se hubiera efectuado.*

*b) Cuando finalice el plazo establecido para la presentación de una autoliquidación o declaración sin que hubiera sido presentada o hubiera sido presentada incorrectamente, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 27 de esta ley relativo a la presentación de declaraciones extemporáneas sin requerimiento previo.*

(...)

*3. El interés de demora se calculará sobre el importe no ingresado en plazo o sobre la cuantía de la devolución cobrada improcedentemente, y resultará exigible durante el tiempo al que se extienda el retraso del obligado, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente.*

*4. No se exigirán intereses de demora desde el momento en que la Administración tributaria incumpla por causa imputable a la misma alguno de los plazos fijados en esta ley para resolver hasta que se dicte dicha resolución o se interponga recurso contra la resolución presunta. Entre otros supuestos, no se exigirán intereses de demora a partir del momento en que se incumplan los plazos máximos para notificar la resolución de las solicitudes de compensación, el acto de liquidación o la resolución de los recursos administrativos, siempre que, en este último caso, se haya acordado la suspensión del acto recurrido.*

*Lo dispuesto en este apartado no se aplicará al incumplimiento del plazo para resolver las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento del pago.*

(...)

*6. El interés de demora será el interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquél resulte exigible, incrementado en un 25 por ciento, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente.*

*No obstante, en los supuestos de aplazamiento, fraccionamiento o suspensión de deudas garantizadas en su totalidad mediante aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o mediante certificado de seguro de caución, el interés de demora exigible será el interés legal."*

De lo dispuesto en el mencionado artículo 26 de la LGT se advierten las siguientes notas de los intereses de demora: es una prestación accesoria -apartado 1 del artículo 26 de la LGT-; no requiere la previa intimación de la Administración *"ni la concurrencia de retraso culpable en el obligado"* - apartado 1-; se exige cuando finalice el plazo establecido para la presentación de una autoliquidación o declaración y dicha autoliquidación o declaración *"hubiera sido presentada incorrectamente"* -apartado 2.b)-; se calcula *"sobre el importe no ingresado en plazo"* y resulta exigible *"durante el tiempo al que se extienda el retraso del obligado"* -apartado 3-.

No obstante lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 26 de la LGT sobre la forma de cálculo del interés de demora, el apartado 4 de dicho artículo establece que no se exigirán intereses de demora *"desde el momento en que la Administración tributaria incumpla por causa imputable a la misma alguno de los plazos fijados en esta ley para resolver hasta que se dicte dicha resolución o se interponga recurso contra la resolución presunta"*, y se especifica que, entre otros supuestos, no se exigirán intereses de demora *"a partir del momento en que se incumplan los plazos máximos para notificar la resolución"* del acto de liquidación.

Por otro lado, en lo que atañe al procedimiento de inspección, debe hacerse referencia a lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley General Tributaria, en cuyo apartado 6 se dispone que el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento inspector no determina la caducidad del mismo, pero produce entre otros los siguientes efectos: *"c) No se exigirán intereses de demora desde que se produzca dicho incumplimiento hasta la finalización del procedimiento"*.

En relación con la suspensión de plazos por causa de la declaración del estado de alarma, procede hacer referencia a lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 14 de marzo de 2020), en cuyo apartado 1 se establece que *"se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público"* y que *"el cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo"*.

Asimismo, en la disposición adicional cuarta del mencionado RD 463/2020 se establecía que *"los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren"*.

Se advierte que en la redacción inicial de estas disposiciones adicionales no se contempla ninguna suspensión de la regla de cómputo de la prestación accesoria de los intereses de demora prevista en el apartado 3 del artículo 26 de la LGT, que dispone que el interés de demora *"resultará exigible durante el tiempo al que se extienda el retraso del obligado"*.

Y aunque el apartado 1 de la disposición adicional tercera del RD 463/2020 decretaba la interrupción de los plazos *"para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público"*, dicha suspensión no extiende, expresamente, sus efectos, a la paralización del cómputo de los intereses de demora.

A estos efectos, interesa indicar que cuando el artículo 150.3 de la LGT regula las circunstancias que determinan la suspensión del cómputo del plazo del procedimiento inspector, entre las que se incluye la concurrencia de una causa de fuerza mayor -letra g)-, no establece que dicha suspensión del plazo del procedimiento resulte extensible al cómputo de los intereses de demora.

Así el artículo 150.3 de la LGT establece que *"la suspensión del cómputo del plazo tendrá efectos desde que concurren las circunstancias anteriormente señaladas"*, pero no dispone una suspensión del devengo de intereses de demora.

Sin embargo, sí dejan de exigirse intereses de demora en el supuesto de que tenga lugar un incumplimiento del plazo de duración del procedimiento -artículo 150.6.c) de la LGT-, extremo acorde con lo establecido en el artículo 26.4 de la LGT.

#### Real Decreto-ley 8/2020

Invoca la reclamante, en apoyo de su pretensión, lo establecido en el artículo 33 del Real Decreto-ley 8/2020.

A estos efectos, debe indicarse que en la misma fecha de aprobación del Real Decreto-ley 8/2020 (el 17 de marzo de 2020), se aprobó el Real Decreto 465/2020, por el que se modificaba el Real Decreto 463/2020.

Mediante el Real Decreto 465/2020 se modificó el apartado 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, y se añadieron los apartados 5 y 6 a dicha disposición adicional. En particular, en el apartado 6 introducido en la disposición adicional tercera del RD 463/2020 se establecía lo siguiente:

*"6. La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos administrativos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los plazos tributarios, sujetos a normativa especial, ni afectará, en particular, a los plazos para la presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias."*

Por otro lado, en el artículo 33 del Real Decreto-ley 8/2020 se reguló la *"suspensión plazos en el ámbito tributario"*, disponiéndose en los apartados 1 y 2 de dicho artículo la ampliación, entre otros, de los plazos de pago de la deuda tributaria previstos en los apartados 2 y 5 del artículo 62 de la LGT. Dicha ampliación se establecía hasta el 30 de abril de 2020 (posteriormente hasta el 30 de mayo de 2020) en el caso de que no hubieran concluido

a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley; o hasta el 20 de mayo de 2020 (posteriormente hasta el 30 de mayo de 2020) en el caso de que se comunicasen a partir de la entrada en vigor del mencionado Real Decreto-ley.

Sin perjuicio de la ampliación de plazos prevista en dichos apartados 1 y 2 del artículo 33 del Real Decreto-ley 8/2020, no se advierte en su redacción suspensión de la exigencia de intereses de demora. Así, si bien se ampliaba el *dies ad quem* de determinados plazos, ello no conllevaba la suspensión de la exigencia de la obligación accesoria correspondiente a los intereses de demora.

Por otro lado, aunque el artículo 33.6 del Real Decreto-ley 8/2020 disponía que el período comprendido desde la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley hasta el 30 de mayo de 2020 no computaba a efectos de los plazos establecidos en el artículo 66 de la LGT, y la disposición adicional cuarta del RD 463/2020 preveía la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad *"de cualesquiera acciones y derechos"*, ello no afecta a la regla de cómputo de los intereses de demora, pues se trata no de un plazo de prescripción o caducidad, sino de una prestación accesoria que se exige *"durante el tiempo al que se extienda el retraso del obligado tributario"* - artículo 26.3 de la LGT-, que, por el mero transcurso del tiempo, supone el devengo de una cantidad por aplicación del interés legal del dinero vigente incrementado en un 25 por ciento.

De este modo, no se ha efectuado mediante el RD 463/2020 o mediante el Real Decreto-ley 8/2020 una suspensión del devengo de obligaciones tributarias, principales o accesorias. Así, al igual que desde la declaración de estado de alarma no dejaba de devengarse la obligación de declaración de determinados impuestos, no se dejaban de devengar otras obligaciones accesorias, como la exigencia de intereses de demora.

Se aprecia que no concurre disposición expresa que determine que no formarán parte del cómputo de los intereses de demora el período de tiempo de 78 días, comprendido entre la declaración del estado de alarma y el 30 de mayo de 2020.

De este modo, no apreciándose que en la regulación de la suspensión de plazos derivada de la crisis por COVID-19 se estableciese una suspensión de la exigencia de intereses de demora, procede la desestimación de las alegaciones de la reclamante.

### Decimotercero.

Procede determinar la conformidad a Derecho del acuerdo, de fecha 30 de agosto de 2021, de resolución de procedimiento sancionador, correspondiente al Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2015, por el que se determina una sanción por importe de 133.788,04 euros como consecuencia de haberse dejado de ingresar cantidades por importe de 473.698,21 euros (110.504,89 euros derivados de **ACTA CONFORMIDAD\_1**, 43.151,51 euros derivados de **ACTA DISCONFORMIDAD\_1**, y 320.042,41 euros derivados de **ACTA DISCONFORMIDAD\_2**).

El procedimiento sancionador mencionado trae causa del **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1**, y, de conformidad con el acuerdo sancionador impugnado, los incrementos de base imponible objeto de sanción son los correspondientes a intereses financieros y a fondo de comercio de fusión.

Con la finalidad de determinar la conformidad a Derecho del acuerdo de resolución de procedimiento sancionador impugnado, procede examinar si en dicho acuerdo se motiva correctamente la concurrencia de culpabilidad en la comisión de las infracciones objeto de sanción.

En virtud de la exigencia de motivación que impone a la Administración la Ley General Tributaria, aquélla debe reflejar todos los elementos que justifican la imposición de la sanción, sin que la mera referencia al precepto legal que se supone infringido sea suficiente para dar cumplimiento a las garantías de todo procedimiento sancionador, ya que tal proceder impide el control jurisdiccional sobre el modo en que la Administración ha hecho uso de su potestad, al desconocer las razones o valoraciones que ha tenido en cuenta para imponer una determinada sanción.

A este respecto, el artículo 211.3 de la Ley 58/2003 General Tributaria dispone:

*"La resolución expresa del procedimiento sancionador en materia tributaria contendrá la fijación de los hechos, la valoración de las pruebas practicadas, la determinación de la infracción cometida, la identificación de la persona o entidad infractora y la cuantificación de la sanción que se impone, con indicación de los criterios de graduación de la misma y de la reducción que proceda de acuerdo con lo previsto en el artículo 188 de esta ley. En su caso, contendrá la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad."*

Debe examinarse, por tanto, si el acuerdo de resolución de procedimiento sancionador contiene todos los elementos que exigen los preceptos citados, esto es, si la fundamentación jurídica del mismo es suficiente, acreditando de esta manera la mala fe o culpabilidad del sujeto infractor.

En relación con este requisito de acreditación de la culpabilidad, debe señalarse que la Ley General Tributaria de 1963, en la redacción que le otorga la Ley 25/1995, y posteriormente la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, constituyeron avances en el proceso de asimilación del régimen sancionador administrativo al régimen penal, siguiendo las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional en sus sentencias, entre otras, 55/1982, de 26 de julio, y 76/1990, de 26 de abril. El elemento de la culpabilidad y su requisito básico,

que es la imputabilidad, entendida como la capacidad de actuar culpablemente, están presentes en nuestro ordenamiento jurídico fiscal, como lo acredita la afirmación contenida en el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria de 1963, a cuyo tenor las infracciones tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia, porque, en palabras del Tribunal Constitucional, ello *"con toda evidencia significa, de un lado, que el precepto está dando por supuesta la exigencia de culpabilidad en los grados de dolo y culpa o negligencia grave, y de otro, que, más allá de la simple negligencia los hechos no pueden ser sancionados"* -apartado A) del fundamento jurídico 4 de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 76/1990, de 26 de abril de 1990-.

En términos análogos se pronuncia la actual Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, en sus artículos 178, 179 y 183.1.

De todo lo expuesto se desprende que la culpabilidad y la tipicidad se configuran como los elementos fundamentales de toda infracción administrativa y también, por consiguiente, de toda infracción tributaria; y que el elemento subjetivo está presente cuando la Ley fiscal sanciona las infracciones tributarias cometidas por simple negligencia.

Conviene, por tanto, profundizar en el concepto de negligencia. Su esencia radica en el descuido, en la actuación contraria al deber objetivo de respeto y cuidado del bien jurídico protegido por la norma. Ese bien jurídico, en este caso, son los intereses de la Hacienda Pública y, a través de ellos, el progreso social y económico del país, intereses que se concretan en las normas fiscales, cuyo cumplimiento incumbe a todos los ciudadanos conforme establece el artículo 31 de la Constitución. En ese sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, en Sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1997, 18 de julio y 16 de noviembre de 1998 y 17 de mayo de 1999, en las cuales se hace referencia a la Circular de la Dirección General de Inspección Tributaria de 29 de febrero de 1988 que, a su vez, se hace eco de la tendencia jurisprudencial de *"vincular la culpabilidad del sujeto infractor a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas fiscales aplicables, especialmente cuando la ley haya establecido la obligación, a cargo de los particulares, de practicar operaciones de liquidación tributaria"*.

La negligencia, por otra parte, como han indicado las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente señaladas, no exige como elemento determinante para su apreciación un claro ánimo de defraudar, sino un cierto desprecio o menoscabo de la norma, una lasitud en la apreciación de los deberes impuestos por la misma.

Debe hacerse referencia al criterio de este Tribunal Económico-Administrativo Central, que recoge la doctrina expuesta del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo en la materia, en el sentido de que no puede hablarse de la infracción como una especie de responsabilidad objetiva o presunta, sino que la intencionalidad es esencial para que pueda apreciarse su existencia. En este aspecto, sólo el error invencible supone una ausencia de culpabilidad, mientras que el vencible excluye el dolo pero no la culpa, debiendo el invencible alegarse y probarse por quien lo padezca, y teniendo en cuenta las circunstancias del infractor.

Por otro lado, presenta especial trascendencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En particular, la Sentencia de 22 de octubre de 2009, recurso de casación nº 2422/2003, en cuyo fundamento de derecho Primero se reflejan las conclusiones a las que llegó la Audiencia Nacional en la sentencia recurrida:

*Primero.*

*(...)*

*Como se ha explicitado en los Antecedentes, la referida Sentencia, en relación con las cuestiones traídas al presente proceso, alcanzó, en esencia, las siguientes conclusiones: a) en primer lugar, que no puede apreciarse la vulneración del principio de presunción de inocencia porque «en las cinco Actas levantadas por la Inspección, en relación con las cinco anualidades que se revisaban, constan los diversos conceptos por los que la Inspección procedió a incrementar las correspondientes bases, resultando especialmente significativo que las Actas en donde tales conceptos se hicieron constar fueron de conformidad» (FD Cuarto, in fine); b) en segundo lugar, que «ante la inexistencia de una discrepancia razonable, teniendo en cuenta, además, que la sociedad ha incumplido tanto la exigencia formal de proceder a una correcta declaración como, consecuencia de lo anterior, de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados parte importante de la deuda tributaria, es evidente que debe señalarse la existencia de una clara imputación de la omisión y ocultación del importe de las ventas así como de los gastos no deducibles sin que, por otra parte, pueda hablarse de opinión errónea alguna en cuanto a la valoración jurídico fiscal de los elementos de referencia» (FD Quinto); y c), finalmente, que todo lo anterior lleva «a considerar en este concreto caso que el elemento de la culpabilidad concurre, por cuanto la propia recurrente en modo alguno alega ni justifica la existencia por su parte de una razonable interpretación de las normas diferente de la llevada a cabo por la Administración, limitándose, mas al contrario, a invocar la existencia de un error sin mas sin justificación alguna» (FD Quinto, in fine).*

A continuación, en la mencionada sentencia se expone el único motivo casacional planteado por la recurrente:

*En particular, denuncia (...) haber confirmado el órgano judicial la sanción relativa al Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1991 sin que la Inspección Tributaria haya realizado una actividad probatoria suficiente encaminada a acreditar la existencia de culpabilidad ni, por ende, esta última haya sido motivada en la resolución sancionadora.*

En los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero de la sentencia de fecha 22 de octubre de 2009, recurso de casación nº 2422/2003, por el Tribunal Supremo se detallan las alegaciones en que se fundamenta el motivo casacional y anticipa las conclusiones a las que va a llegar en la Sentencia:

Segundo.

(...)

*En particular, en su extenso escrito de formulación del recurso, la representación de la actora hace una serie de afirmaciones de las que merece la pena destacar las siguientes: a) que «la sanción tributaria ha sido impuesta sin una actividad probatoria suficiente capaz de destruir la presunción de inocencia» que consagra el art. 24.2 CE, «sin que sea admisible, desde un punto de vista constitucional, que el hecho de que su representada firmara el acta en conformidad exima de la prueba de los hechos que sustentan el juicio de culpabilidad» (pág. 12); b) que esa ausencia de prueba de la culpabilidad ha provocado indefensión a la actora porque le ha «privado de su derecho a alegar, probar y, en su caso, para replicar las argumentaciones contrarias» (pág. 13); c) que la motivación de las sanciones viene exigida por los arts. 54.1 a) y 138.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y por el art. 35.2 del Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla el régimen sancionador tributario (pág. 14), preceptos que han resultado infringidos en cuanto que no se alcanza « a apreciar qué elementos han llevado a la Inspección a entender que la conducta desplegada por »(...) «denote ánimo defraudatorio» (pág. 16); d) que la motivación de la culpabilidad viene también exigida, en un plano constitucional, por los principios de presunción de inocencia (art. 24.2 CE ) y de culpabilidad (art. 25 CE), a los que alude la STC 6/1990 para el ámbito tributario, principios que, por ende, habrían resultado desconocidos (págs. 16 a 18); e) que la actora ha actuado diligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones, como demostraría el hecho de que «la compañía ha presentado su declaración-liquidación en tiempo y forma y, además, durante el período de tiempo en que se efectuó la actividad comprobadora», «colaboró plenamente con la actuación inspectora, facilitando en todo momento con su cooperación la acción investigadora de la Administración Tributaria», lo que permitió que ésta procediera a «la determinación de las bases que fundamentaron la propuesta inspectora final» (pág. 19); f) que no basta que «la procedencia de la sanción se fundamente en la ausencia de justificación, por parte del contribuyente, de una interpretación razonable de la norma que permita exonerarle de responsabilidad» (pág. 20); g) que resulta incuestionable que en este caso «existe una interpretación razonable de la norma fiscal aplicable» que, de conformidad con el art. 77.4 d) de la L.G.T, exonera a la actora de responsabilidad (pág. 21),(...)*

Tercero.

*Pues bien, la claridad expositiva aconseja que, adelantándonos a las conclusiones que más tarde alcanzaremos, afirmemos ya que el recurso debe ser estimado al haberse impuesto la sanción a la entidad recurrente sin motivación alguna en relación con la culpabilidad.*

(...)

*En suma, como puede apreciarse, el órgano judicial de instancia funda la conformidad a Derecho de la sanción impuesta en los siguientes criterios: a) en las actas consta el resultado de la regularización practicada, no habiendo la actora presentado una declaración correcta ni, por ende, ingresado en plazo la deuda; b) (...) ha prestado su conformidad a la regularización tributaria practicada; c) no se aprecia una discrepancia razonable en la interpretación de la norma; d) y, finalmente, la entidad recurrente no explica las razones por las que su interpretación de las normas incumplidas debe entenderse razonable.*

*Pues bien, es evidente que tales razonamientos no son suficientes, por sí mismos, para motivar la imposición de una sanción, de conformidad con la doctrina sentada por esta Sala en numerosas resoluciones.*

En el Fundamento de Derecho Cuarto el TS combate cada uno de los argumentos en que la sentencia de instancia funda la confirmación de la sanción:

Cuarto.

(...) la Sentencia alega como primer motivo para confirmar la sanción la existencia de una falta de ingreso de la deuda tributaria que, conforme a la Ley -nos referimos al anterior art. 79 de la L.G.T- constituye infracción tributaria.

(...)

A) Es evidente, sin embargo, que este primer razonamiento empleado para motivar la sanción no es determinante, porque, como ha venido señalando esta Sala en recientes pronunciamientos, la mera constatación de la falta de ingreso no permite fundar la imposición de sanciones tributarias, dado que éstas no «pueden ser el resultado, poco menos que obligado, de cualquier incumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo de los contribuyentes» [Sentencias de 16 de marzo de 2002 (rec. cas. núm. 9139/1996), FD Tercero; y de 6 de junio de 2008, cit., FD Quinto]; en efecto, «no puede fundarse la existencia de infracción en la mera referencia al resultado de la regularización practicada por la Administración tributaria o, como en el caso enjuiciado, en la simple constatación de la falta de un ingreso de la deuda tributaria, (...)». Así lo ha puesto de manifiesto también, en términos que no dejan lugar a dudas, el Tribunal Constitucional en la citada STC 164/2005, al señalar que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando “se impone la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio (...)”.

B) En segundo lugar, la observación de que (...), S.A. ha prestado su conformidad a la regularización practicada, no sólo no permite de ningún modo dar por probada la existencia de la culpabilidad precisa para sancionar, sino que, además, «resulta desafortunada porque, como ha señalado en alguna ocasión este Tribunal, la “intencionalidad en la conducta de la apelante y aun su culpabilidad a título de negligencia, no cabe deducirlas de la conformidad prestada en las actas inspectoras” [Sentencia de 9 de diciembre de 1997 (rec. cas. núm. 776/1992), FD Quinto], dado que la conformidad se presta únicamente respecto de los hechos, y la cuestión de la culpabilidad comporta la valoración de la conducta; (...).

C) (...) como ha señalado esta Sala en precedentes pronunciamientos la no concurrencia de alguno de los supuestos del art. 77.4 L.G.T. «no es suficiente para fundamentar la sanción» porque «el principio de presunción de inocencia garantizado en el art. 24.2 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable -como ha sucedido en el caso enjuiciado- o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de la responsabilidad de las recogidas en el art. 77.4 LGT (actual art. 179.2 Ley 58/2003), entre otras razones, porque dicho precepto no agota todas las hipótesis posibles de ausencia de culpabilidad». A este respecto, conviene recordar que el art. 77.4 d) LGT establecía que la interpretación razonable de la norma era, “en particular” [el vigente art. 179.2 d) Ley 58/2003, dice “entre otros supuestos”], uno de los casos en los que la Administración debía entender necesariamente que el obligado tributario había «puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios»; de donde se infiere que la circunstancia de que la norma incumplida sea clara o que la interpretación mantenida de la misma no se entienda razonable no permite imponer automáticamente una sanción tributaria porque es posible que, no obstante, el contribuyente haya actuado diligentemente» [Sentencia de 6 de junio de 2008, cit., FD Quinto, in fine; reitera esta doctrina la Sentencia de 29 de septiembre de 2008 (rec. cas. núm. 264/2004), FD Cuarto].

D) Finalmente, tampoco puede apreciarse la existencia de culpa en el comportamiento de la sociedad recurrente por el mero hecho de que, según la Sentencia, no haya justificado la existencia de una interpretación diferente de las normas tributarias incumplidas. Y es que, como pusimos de manifiesto en el fundamento de derecho Sexto de la Sentencia de 6 de junio de 2008, varias veces citada, «es evidente que en aquellos casos en los que, como el presente, la Administración tributaria no motiva mínimamente los hechos o circunstancias de los que deduce que el obligado tributario ha actuado culpablemente, confirmar la sanción porque este último no ha explicitado en qué interpretación alternativa y razonable ha fundado su comportamiento, equivale, simple y llanamente, a invertir la carga de la prueba, soslayando, de este modo, las exigencias del principio de presunción de inocencia, en virtud del cual, “la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia” [STC 76/1990, de 26 de abril, FJ B); 14/1997, de 28 de enero, FJ 5; 169/1998, de 21 de julio, FJ 2; 237/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 129/2003, de 30 de junio, FJ 8], de manera que “no es el interesado quien ha de probar la falta de culpabilidad, sino que ha de ser la Administración sancionadora la que demuestre la ausencia de diligencia” [Sentencia de 5 de noviembre de 1998 (rec. cas. núm. 4971/1992), FD Segundo]. En efecto, como señalamos en la Sentencia de 10 de julio de 2007 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 306/2002), “en el enjuiciamiento de las infracciones es al órgano sancionador a quien corresponde acreditar la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, en este caso de la culpabilidad”, de manera que “no es la recurrente quien ha de acreditar la razonabilidad de su posición, sino que es el órgano sancionador quien debe expresar las motivaciones por las cuales la tesis del infractor es ‘claramente’ rechazable” (FJ Segundo). Y es que sólo cuando la Administración ha razonado, en términos precisos y suficientes, en qué extremos basa la existencia de culpabilidad, procede exigir al acusado que pruebe la existencia de una causa excluyente de la responsabilidad, como es el caso de la que

establecía el art. 77.4 d) LGT (...) [véanse también las citadas Sentencias de 15 de enero de 2009 (rec. cas. núms. 4744/2004, FD Duodécimo, y 10237/2004, FD Decimotercero), y la Sentencia de 2 de julio de 2009, cit., FD Sexto].

Tras combatir los argumentos utilizados por la Audiencia Nacional en la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo enjuicia en el Fundamento de Derecho Quinto el acuerdo sancionador objeto de la controversia:

Quinto.

(...) es preciso indagar si, desde la perspectiva de los citados arts. 24.2 y 25.1 CE, la resolución administrativa sancionadora (...) contenía una argumentación suficiente acerca del elemento subjetivo del tipo infractor. Y el resultado de dicha indagación debe conducirnos derechamente a la anulación de la sanción impuesta por falta de motivación de la culpabilidad.

(...)

En suma, amén de la referencia a la claridad de las normas aplicables y a la circunstancia de que la actora prestara su conformidad respecto de la regularización practicada -extremos a los que hemos negado virtualidad para fundar la existencia de un comportamiento al menos negligente-, la Inspección de los Tributos pone el acento en que la obligada tributaria no es una persona física, sino una «empresa», que cuenta con asesoramiento jurídico adecuado y que, además, ha incumplido normas tributarias relacionadas con su actividad cotidiana. Pero ya dijimos en la Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (rec. cas. núm. 5734/2005) que debe rechazarse que «pueda negarse que la sociedad recurrente haya hecho una interpretación razonable por el simple hecho de que tenga "experiencia", disponga de "suficientes medios" y esté "asistida de profesionales jurídicos"» (FD Noveno). Y es que, «no es factible, en ningún caso, presumir una conducta dolosa por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo de la imposición (importancia económica, clase de asesoramiento que recibe, etc.), sino que, en cada supuesto y con independencia de dichas circunstancias subjetivas, hay que ponderar si la discrepancia entre el sujeto pasivo y la Hacienda Pública se debe o no a la diversa, razonable y, en cierto modo, justificada interpretación que uno y otra mantienen sobre las normas aplicables» [Sentencias de 29 de junio de 2002 (rec. cas. núm. 4138/1997), FD Segundo; y de 26 de septiembre de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 11/2004), FD Cuarto]. En efecto, conforme a nuestra jurisprudencia, lo que «no cabe de ningún modo es concluir que la actuación del obligado tributario ha sido dolosa o culposa atendiendo exclusivamente a sus circunstancias personales; o dicho de manera más precisa, lo que no puede hacer el poder público, sin vulnerar el principio de culpabilidad que deriva del art. 25 CE [véase, por todas, la Sentencia de esta Sección de 6 de junio de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 146/2004), FD 4], es imponer una sanción a un obligado tributario (o confirmarla en fase administrativa o judicial de recurso) por sus circunstancias subjetivas -aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida- si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse como razonable» [Sentencia de 26 de septiembre de 2008, cit., FD Cuarto; véanse, en el mismo sentido, Sentencias de 18 de junio de 2009 (rec. cas. núm. 2784/2003), FD Tercero; de 2 de julio de 2009, cit., FD Séptimo; de 16 de septiembre de 2009 (rec. cas. núms. 4228/2003 y 5481/2003), FD Cuarto].

(...)

Los anteriores razonamientos nos llevan a concluir que la sanción impuesta (...) ha vulnerado los arts. 24.2 y 25.1 de la CE al no haber procedido el órgano competente a motivar la concurrencia de culpabilidad.

Posteriormente, el Tribunal Supremo mantiene los anteriores criterios relativos a la motivación de la resolución sancionadora, en la sentencia de 1 de febrero de 2010, en resolución del recurso de casación número 6906/2004, interpuesto por la Administración General del Estado. Interesa destacar el siguiente contenido de su Fundamento de Derecho Tercero:

Tercero.

(....)

Frente a lo mantenido por el Tribunal de instancia, el Abogado del Estado niega la aplicación del artículo 77.4 d) de la LGT, tanto por no cumplirse el requisito de que se haya presentado una declaración veraz y completa, como por la inexistencia de dudas interpretativas en la aplicación del precepto. Ninguna de estas afirmaciones resulta, sin embargo, suficiente para la imposición de sanciones pues, en primer lugar, es doctrina reiterada de esta Sala que la simple afirmación de que no concurre la causa del art. 179.2 d) LGT porque la norma es clara o la interpretación no es razonable, no permite aisladamente considerada, fundamentar la existencia de culpabilidad, ya

que tales circunstancias no implican por sí mismas la existencia de negligencia. En primer lugar, porque, incluso en el supuesto de que la norma fuese clara, y como hemos señalado en diversas sentencias [Sentencia de 6 de junio de 2008, (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 146/2004), FD Quinto, in fine; reitera esta doctrina la Sentencia de 29 de septiembre de 2008 (rec. cas. núm. 264/2004), FD Cuarto; Sentencia de 6 de noviembre de 2008 (rec. cas. núm. 5018/2006), FD Sexto, in fine y Sentencia de 15 de enero de 2009 (rec. cas. núm. 4744/2004), FD Undécimo, in fine] no es requisito suficiente para su imposición. Así, afirmábamos en la Sentencia de 15 de enero de 2009 que «la no concurrencia de alguno de los supuestos del art. 77.4 L.G.T.- no es suficiente para fundamentar la sanción porque "el principio de presunción de inocencia garantizado en el art. 24.2 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable -como ha sucedido en el caso enjuiciado- o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de la responsabilidad de las recogidas en el art. 77.4 LGT (actual art. 179.2 Ley 58/2003), entre otras razones, porque dicho precepto no agota todas las hipótesis posibles de ausencia de culpabilidad. A este respecto, conviene recordar que el art. 77.4 d) LGT establecía que la interpretación razonable de la norma era, 'en particular' [el vigente art. 179.2 d) Ley 58/2003, dice 'entre otros supuestos'], uno de los casos en los que la Administración debía entender necesariamente que el obligado tributario había 'puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios'; de donde se infiere que la circunstancia de que la norma incumplida sea clara o que la interpretación mantenida de la misma no se entienda razonable no permite imponer automáticamente una sanción tributaria porque es posible que, no obstante, el contribuyente haya actuado diligentemente" (FJ Undécimo, in fine). Y con más razón en el caso de autos en el que se ha constatado que los distintos órganos de la Administración tributaria (inspector actuario e inspector-Jefe), en dos ocasiones, llegan a resultados opuestos en cuanto a la existencia de la propia infracción, pues como expresamente señala la Sentencia de instancia, existe «discrepancia de criterios no solo entre la parte y la Administración sino en el seno de la propia Administración como se pone de manifiesto con la existencia de dos expedientes sancionadores que terminaron sin propuesta sancionadora, siendo después rectificadas por el Inspector-jefe».

Y, en segundo lugar, porque, como ha señalado esta Sala y Sección «no puede fundarse la existencia de infracción en la mera referencia al resultado de la regularización practicada por la Administración tributaria o en la simple constatación de la falta de un ingreso de la deuda tributaria, porque el mero dejar de ingresar no constituía en la LGT de 1963 -ni constituye ahora- infracción tributaria, y porque no es posible sancionar por la mera referencia al resultado, sin motivar específicamente de donde se colige la existencia de culpabilidad. Así lo ha puesto de manifiesto también, en términos que no dejan lugar a dudas, el Tribunal Constitucional en la citada STC 164/2005, al señalar que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando «se impone la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio» [Sentencia de 6 de junio de 2008, rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 146/2004) FJ Sexto; de 18 de abril de 2007 (rec. cas. núm. 3267/2002), FD 8 y de 2 de noviembre de 2002 (rec. cas. núm. 9712/1997), FD Cuarto].

En este caso, como señala la propia Sala de instancia, la sociedad «recogió en su declaración una base imponible superior a la que corresponde ya que la Inspección determinó una cantidad inferior en su propuesta de regularización» (FD Sexto).

Por otro lado, en el fundamento jurídico 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional, nº 164/2005, de fecha 20 de junio de 2005, se recoge lo siguiente:

(...)

Pues bien, como hemos señalado en la STC 76/1990, de 26 de abril, "no existe ...; un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias" y "sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente" (FJ 4), por lo que en este concreto punto cabe apreciar la vulneración constitucional alegada en la demanda de amparo cuando, como aquí ocurre, se impone la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio extremo del que en la resolución judicial viene a prescindirse pese a tratarse de un supuesto razonablemente problemático en su interpretación. En efecto, no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que ésta se infiere. En el presente caso y pese a la formal argumentación contenida en la Sentencia impugnada, tal operación no se ha realizado, por lo que se vulnera el derecho fundamental alegado.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 6 de noviembre de 2014, recurso nº 4072/2012, se recoge lo siguiente:

(...)



Por otra parte, contra lo que resulta obligado, el acuerdo sancionador, en el Fundamento de Derecho Tercero, se limita a manifestar que " el contribuyente no puso la diligencia necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, apreciándose en su conducta la existencia de dolo, culpa o cuando menos negligencia, a los efectos de los dispuesto en el artículo 183.1 de NLGT, no apreciándose que concurra ninguna de las causas de exclusión de responsabilidad previstas en el artículo 179.2 y 3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre " , por lo que tiene razón la sentencia cuando afirma, de un lado, que "la motivación acerca de la culpabilidad expresada en el acuerdo sancionador es genérica e incorrecta y se exterioriza en un enunciado que no solo no atiende a la realidad del caso concreto enjuiciado sino que se similar a otras fórmulas estereotipadas utilizadas como modelo virtualmente universal para asentar el juicio de culpabilidad, carácter genérico que desmiente abiertamente su idoneidad como motivación ad casum" y de otro, que la declaración contenida en el Fundamento de Derecho Tercero del acuerdo sancionador supone dispensar al órgano sancionador del exigible esfuerzo de valorar la concurrencia de culpabilidad y el grado de la misma.

Finalmente, debe recordarse una vez más, que en la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2005 , se señala que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando "se impone la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio, extremo del que en la resolución judicial viene a prescindirse" , añadiendo que "no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que ésta se infiere."

En el presente supuesto, por la Inspección se considera, en el apartado 2 del Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo sancionador, que la conducta del interesado "debe ser considerada como culpable al dejar de ingresar las cantidades mencionadas en el apartado anterior [ 473.698,21 euros -110.504,89 euros derivados de **ACTA CONFORMIDAD\_1**, 43.151,51 euros derivados de **ACTA DISCONFORMIDAD\_1**, y 320.042,41 euros derivados de **ACTA DISCONFORMIDAD\_2**-]".

Procede indicar que, según lo dispuesto en el apartado 4.B) del Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo sancionador la base de sanción, por importe de 377.395,84 euros es el resultado de aplicar un coeficiente del 79,67 a la cantidad dejada de ingresar (473.698,81 euros), como consecuencia de apreciarse incrementos sancionables regularizados en base por importe de 2.546.198,82 euros.

De acuerdo con cuadro recogido en el apartado 4.B) del Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo sancionador -página 67 de dicho acuerdo- los incrementos sancionables por importe de 2.546.198,82 euros se corresponden con "Intereses Financieros", por importe de 2.153.874,31 euros; y con "Fondo de Comercio Fusión", por importe de 392.324,51 euros.

En el expediente consta **ACTA CONFORMIDAD\_1** en la que se determina que "no procede el ajuste negativo a la base imponible consignado en la declaración Modelo 200 del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015 de **XZ SL** en concepto de ajuste negativo a la base imponible por importe de 392.324,51 en el apartado de "Amortización del inmovilizado intangible con vida útil definida (art. 12.2 LIS) y amortización de la DT 13ª.1 LIS".

Asimismo, en la mencionada **ACTA CONFORMIDAD\_1** se establece que "Si existen indicios de la comisión de infracciones tributarias tipificadas en el artículo 183 de la LGT en lo atinente a la regularización motivada por el ajuste negativo correspondiente a la amortización del Fondo de Comercio (...)".

Sin perjuicio de la apreciación por la Administración Tributaria de la concurrencia de indicios de la comisión de infracciones tributarias respecto de la regularización relativa a amortización de fondo de comercio, en la determinación de la culpabilidad del acuerdo sancionador impugnado únicamente se hace referencia a los intereses devengados por préstamos participativos, sin analizarse la concurrencia de la culpabilidad respecto del otro ajuste que en dicho acuerdo se considera sancionable ("Fondo de Comercio Fusión").

De este modo, no justificándose en el acuerdo sancionador impugnado la concurrencia de culpabilidad respecto del ajuste por "Fondo de Comercio Fusión", procede la anulación de dicho acuerdo con respecto a la parte de la sanción que se corresponde con el mencionado ajuste.

## Decimocuarto.

En relación con la sanción por dejar de ingresar correspondiente al incremento de base imponible relativo a regularización por deducción de intereses de préstamos participativos, en el acuerdo sancionador se establece, entre otros extremos, lo siguiente:

"La financiación conseguida, tanto vía aportación de capital, préstamo participativo y tramo A1 de la financiación bancaria se destina a cubrir las necesidades de financiación derivadas de la reestructuración accionarial consiguiente a la toma de control de los **FONDO\_1** y **FONDO\_2**, y esta afirmación se obtiene de los datos que figuran en el cuadro de flujos de efectivo que se anexa al contrato de financiación Senior, página ... de la Escritura Pública de .../2012, protocolo ..., en donde figuran como intervinientes tanto **TWSL**, como acreditada dominante, como **XZ SL**, como acreditada target, circunstancia que por tanto no es ajena al ámbito de la entidad, sino que ese destino, la toma de control, es el motivo que subyace en el contrato de financiación, y por tanto la propia entidad no

sólo es conocedora de ese destino, sino que la misma ha intervenido, desplegando una conducta positiva, en orden a fijar el destino de los fondos obtenidos, entre los que se encuentran los préstamos participativos. No existen evidencias, como se indica en el Acuerdo de liquidación, que acrediten que fue otro el destino de los fondos obtenidos a través de la vía aportación de capital, préstamo participativo y tramo A1 de la financiación bancaria. En este sentido, como queda indicado en el Acuerdo de liquidación y en el Acta de la que trae causa, en los subapartados a) a g) de los HECHOS (Apartado A.3 del Acta, y Apartado 5.1.3. del Acuerdo de liquidación) se han expuesto las características que tienen los préstamos participativos según el "Acuerdo de Inversión y entre socios", elevado a escritura pública de fecha ... de 2012, derivándose de dichos hechos la consideración de los mismos como parte de la inversión que realizan (equity) y no como financiación ajena. (...)"

Asimismo, en el acuerdo sancionador concluye la Inspección considerando lo siguiente:

"(...)

De todo lo anterior se desprende que **TWSL** era plenamente consciente de que los préstamos participativos tenían la naturaleza de fondos propios, como así se reconoce expresamente en el "Acuerdo de socios" suscrito por la propia empresa y se deduce también de las condiciones establecidas en el acuerdo de financiación senior firmado con las entidades financieras. Por ello, aun consciente de este carácter, declaró como deducibles los intereses devengados por tales préstamos, minorando así la base imponible del ejercicio y, consecuentemente la cantidad a ingresar por el impuesto.

En atención a los razonamientos recogidos anteriormente, se estima que la conducta del obligado tributario fue voluntaria, ya que se entiende que le era exigible otra conducta distinta, no debiendo considerar deducibles los intereses devengados correspondientes a los préstamos participativos que, realmente tenían la naturaleza de fondos propios. Por ello se ha de concluir que **TWSL** incurrió al menos en negligencia al elaborar su declaración del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015, cuantificando una base imponible inferior a la procedente en el importe de los intereses devengados por el préstamo participativo."

Considera la reclamante que concurre una motivación insuficiente de la culpabilidad respecto de dicho ajuste objeto de sanción, esgrimiendo que la conclusión de la Inspección "no está refrendada por prueba alguna", y denuncia la contradicción -a su juicio- entre que se afirme por la Administración Tributaria que la conducta de la entidad "fue plenamente consciente", cuando en el acuerdo se afirma que la infracción se califica como leve "al no concurrir ocultación".

Por este Tribunal se aprecia que por la Inspección se fundamenta la concurrencia de culpabilidad remitiéndose tanto a lo establecido en el "Acuerdo de socios", como a "las condiciones establecidas en el acuerdo de financiación senior firmado con las entidades financieras".

Por otro lado, en relación con la falta de apreciación de ocultación por parte de la Administración Tributaria, debe indicarse que, de acuerdo con el artículo 184 de la LGT "se entenderá que existe ocultación de datos a la Administración tributaria cuando no se presenten declaraciones o se presenten declaraciones en las que se incluyan hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, o en las que se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier otro dato que incida en la determinación de la deuda tributaria, siempre que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación en relación con la base de la sanción sea superior al 10 por ciento".

Se observa que, sin perjuicio de que por la Administración Tributaria no se haya apreciado la concurrencia de ocultación en la infracción objeto de sanción, la mención a que la entidad "era plenamente consciente" de la naturaleza de "fondos propios" de los préstamos participativos alude a la concurrencia de elemento subjetivo en la comisión de la infracción, con independencia de que dicho elemento subjetivo comprendiese, en su caso, la existencia de la ocultación como criterio de calificación de la infracción tributaria, extremo que la Administración Tributaria no ha apreciado concurriese al calificar la infracción como leve, al haber aplicado lo establecido en el artículo 191.2 de la LGT.

Por la reclamante se esgrime que "la Sociedad se ha amparado en una interpretación razonable de la norma excluyendo, por tanto, la responsabilidad por infracción tributaria".

A este respecto, se refiere la reclamante a la circunstancia de que por la Oficina Técnica se procedió a la apertura de procedimiento sancionador, mientras que en el acta de inspección se indicaba que no existían indicios de comisión de infracciones tributarias tipificadas en el artículo 183 de la LGT, considerando la reclamante que "nos encontramos ante una cuestión compleja sobre la que pueden existir disparidad de criterios".

Considera la reclamante que su actuación "está amparada por un criterio judicial que avala su actuación por lo que la consideración del préstamo participativo como deuda responde a la aplicación de un criterio refrendado por la jurisprudencia que hace inaplicable cualquier sanción".

A este respecto, la reclamante cita lo dispuesto en sentencias del Tribunal Supremo de fecha 30 de marzo de 2021 (recurso de casación nº 5341/2019), y de fecha 19 de diciembre de 2013 (recurso de casación nº 2924/2012).

Debe indicarse que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de marzo de 2021, esgrimida por la reclamante en apoyo de su pretensión, versa sobre la rectificación de autoliquidación efectuada por una contribuyente respecto del Impuesto sobre el Patrimonio, al considerar que un determinado préstamo participativo era equivalente a la participación en el capital de una entidad y, por tanto, debía estar exento.

Según el Fundamento de Derecho Segundo de dicha sentencia la recurrente aseguraba que *"la regulación reglamentaria específicamente aprobada para determinar cuáles son los requisitos y condiciones de las participaciones en entidades para que puedan gozar de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, se refiere expresamente a las participaciones en la titularidad en un capital o un patrimonio, dando, por lo tanto, lugar a un concepto que excede de las meras acciones o participaciones de sociedades de capital"*.

Por su parte, en el Fundamento de Derecho Tercero de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2021, se establece lo siguiente:

"(...)

*Por su parte, el artículo 4. Ocho. Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, establece que estará exento del Impuesto sobre el Patrimonio: "La plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurran determinadas condiciones, entre otras, que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción (letra b) y que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal (letra c).*

*Como puede verse, ese artículo 4. Ocho. Dos, se remite al artículo 16 de la propia Ley 19/1991, de 6 de junio, que se refiere a valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, no negociados en mercados organizados, concretamente. Es por ello por lo que la recurrente, con buen criterio, consideró exenta la participación que tenía en la entidad HOLCUMA, S.L., puesto que es una sociedad que no cotiza en mercados organizados. En cambio, no es correcta la exención del préstamo participativo que nos ocupa, puesto que la asimilación que pretende con dicha participación, que sí está exenta, no está amparada por el derecho. Los préstamos participativos no son valores representativos de la participación en fondos propios de una entidad, son valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios y, a estos, no se les extiende la exención prevista en el artículo 4. Ocho. Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio.*

*En síntesis, la equiparación del préstamo participativo al patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de la sociedad, no altera su naturaleza de contrato de préstamo, ya que no se asimila la situación del acreedor a la de los socios de la entidad prestataria.*

*Contrariamente a lo que propone la contribuyente, el problema que se plantea no es el de tener en cuenta una interpretación finalista de las normas, sino el de dar preferencia a esa interpretación finalista cuando es contraria al tenor de la norma, que es exactamente lo que aquí sucede. El problema no radica en la interpretación extensiva o restrictiva de las normas, sino que la norma no contempla este supuesto de exención.*

*En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Real decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberación de la actividad económica, tienen la consideración de préstamos participativos aquellos en los que la entidad prestamista perciba un interés (fijo o variable) determinado en función del beneficio neto, volumen de negocio, patrimonio total de la empresa prestataria o de cualquier otro elemento que acuerden las partes, considerándose como patrimonio contable a efectos de la legislación mercantil, a determinados efectos, concretamente, de reducción de capital y liquidación de sociedades. No se lleva a cabo, pues, una equiparación a otros efectos y, por tanto, no cabe asimilar la situación del acreedor del préstamo participativo, en tanto en cuanto es titular de un valor representativo de la cesión a tercero de capitales propios, con la de un socio que participa de los fondos propios de la entidad prestataria. En 2014, los préstamos participativos no tenían la consideración de fondos propios en 2014, sino la consideración de financiación ajena y, por tanto, no estaban exentos.*

*Desde el punto de vista contable, los préstamos participativos se contabilizan conforme a la norma de registro y valoración (NRV) 9º, relativa a los "Instrumentos financieros" del Plan General de Contabilidad (PGC 2007), aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.*

*La respuesta a la cuestión con interés casacional es la siguiente: La exención contenida en el artículo 4. Ocho. Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, no se entiende aplicable a los préstamos participativos contraídos con entidades mercantiles, con o sin cotización en mercados organizados, en las condiciones previstas en el citado precepto, dado que no son equiparables los préstamos participativos y con los fondos propios de entidades mercantiles."*

Por este Tribunal se aprecia que la sentencia esgrimida en apoyo de la interpretación razonable defendida por la reclamante trata sobre un supuesto distinto del que es objeto de regularización, la aplicación, en su caso, de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, mientras que en el acuerdo impugnado en vía económico-

administrativa la regularización consistió en la inadmisión de la deducibilidad de los intereses devengados en determinados préstamos participativos.

Por otro lado, sin perjuicio de las afirmaciones recogidas en la mencionada sentencia, debe indicarse que en el supuesto objeto de reclamación ante este Tribunal, por la Administración Tributaria se procedió a calificar los préstamos participativos como "aportaciones de fondos propios", considerándose que "del conjunto de elementos puestos de manifiesto durante el procedimiento inspector se extrae que los Fondos de Capital Riesgo **FONDO\_1** y **FONDO\_2** adquirieron el control de la empresa operativa del GRUPO **XZ** financiando la operación con un crédito externo concedido de forma sindicada y el resto con FONDOS PROPIOS" -apartado 4.2 del Fundamento de Derecho Cuarto del **ACUERDO DE LIQUIDACION\_1**.

Así, sin perjuicio de la definición de los préstamos participativos en el Real decreto-ley 7/1996, y de sus características, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley General Tributaria, en virtud del cual "las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez", cabe el ejercicio por la Administración Tributaria de la facultad de calificación de los hechos, actos o negocios efectuados por los obligados tributarios, para la exigencia de las obligaciones tributarias correspondientes, con independencia de la denominación o forma que les hubieran dado.

No se aprecia por este Tribunal que, en el presente supuesto, constituya una interpretación razonable de la deducibilidad de los intereses de los préstamos participativos la sustentada por la reclamante en una sentencia que versa sobre un supuesto distinto -la no subsunción de los préstamos participativos en una determinada exención del Impuesto sobre el Patrimonio- abstrayéndose de las circunstancias concurrentes en el supuesto objeto de regularización, del cual se desprende no la concesión de financiación ajena, sino la participación en los fondos propios de las entidades prestamistas.

Por otro lado, debe indicarse que la reclamante cita determinado texto recogido en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2012 (recurso de casación nº 2924/2013), en apoyo de su pretensión de la defensa de una interpretación razonable, reproduciéndose las siguientes afirmaciones de dicho Fundamento de Derecho Cuarto:

"(...)

*Piénsese en que no se trata aquí de dilucidar si la aplicación de la normativa aplicable a tales hechos realizada por el recurrente fue o no la correcta, sino de determinar si la normativa en cuestión era tan suficientemente clara, como se pretende dar a entender en la sentencia recurrida, como para no admitir dudas o interpretaciones diferentes en situaciones como la ocurrida.*

*Nos encontramos ante una cuestión susceptible de interpretaciones diferentes y la mantenida por el recurrente es al menos tan razonable como la defendida por la Administración que se confirma en la sentencia recurrida.*

*Aun cuando bastaría con que un órgano judicial hubiera llegado en una sola ocasión a compartir la misma interpretación de la norma que ha realizado el recurrente para concluir que esta última resulta cuando menos tan razonable como la contraria, no cabe duda de que el hecho de que hayan sido reiteradas las ocasiones en las que se ha reconocido que esa interpretación diferente está justificada por la complejidad y falta de precisión de la norma sobre supuestos como el aquí analizado obliga a estimar el presente recurso.*

(...)"

Sin perjuicio de lo establecido por el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia, se advierte que, en el presente supuesto, no resulta acreditado por la reclamante la concurrencia de una interpretación razonable que sustentase su criterio, por cuanto la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de marzo de 2021 contiene aseveraciones relativas a la no subsunción de los préstamos participativos en determinada exención del Impuesto sobre el Patrimonio -extremo distinto a la deducibilidad, en su caso, de los gastos financieros por intereses devengados en dichos préstamos participativos- y, asimismo, la interpretación defendida por la reclamante se abstrae de las circunstancias concurrentes en el supuesto objeto de regularización, desconociendo la facultad de calificación de los hechos, actos o negocios jurídicos, prevista en el artículo 13 de la Ley General Tributaria, en virtud de la cual por la Inspección se ha procedido a determinar la existencia de "aportaciones de fondos propios", habiéndose apreciado por este Tribunal, en el Fundamento de Derecho Sexto de esta resolución que no cabe predicar la deducibilidad de los intereses correspondientes de los préstamos participativos, al no tener por objeto dichos préstamos la concesión, meramente, de financiación ajena, sino la de participación en fondos propios de la entidad cabecera del grupo.

Se desestiman, por tanto, las alegaciones formuladas por la reclamante en relación con la ausencia de justificación de la concurrencia de culpabilidad en la comisión de la infracción objeto de sanción por el ajuste

correspondiente a los intereses de los préstamos participativos, y en relación con la existencia de interpretación razonable.

**Decimoquinto.**

En conclusión, procede la desestimación de la Reclamación económico-administrativa con número R.G. 00/3264/2021, confirmando la liquidación impugnada, correspondiente al Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2015; y procede la estimación parcial de la reclamación económico-administrativa con número R.G.: 00/7385/2021, interpuesta contra acuerdo sancionador correspondiente al Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2015, de acuerdo con lo establecido en el Fundamento de Derecho Decimocuarto de la presente resolución, en el que se aprecia que no se justifica en el acuerdo sancionador impugnado la concurrencia de culpabilidad respecto del ajuste por "*Fondo de Comercio Fusión*".

Por lo expuesto

Este Tribunal Económico-Administrativo.

**ACUERDA**

ESTIMAR EN PARTE la reclamación en los términos señalados en la presente resolución.

Sitio web del Ministerio de Hacienda y Función Públicas