

Correlación de ingresos y gastos

Análisis de la **STS de 30 de marzo de 2021, rec. núm. 3454/2019**

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de la Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2021 (rec. núm. 3454/2019), al hilo de una operación de adquisición de acciones propias para su amortización, examina la perspectiva fiscal de la correlación entre ingresos y gastos, en cuanto circunstancia que descarta la concurrencia de liberalidad, al tiempo que proyecta su conclusión respecto de la deducción de los intereses del endeudamiento concertado para adquirir las acciones propias en orden a la ejecución de un acuerdo de reducción del capital.

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

1. Supuesto de hecho

1.1. Antecedentes

El recurso de casación versa sobre la Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 7 de febrero de 2019 (rec. núm. 611/2016 –NFJ073562–), la cual desestimó el recurso contencioso-administrativo¹.

Los hechos relatados en la misma indican que en ejecución de un acuerdo de reducción del capital, por un valor nominal de 4 millones de euros, la entidad procedió a la adquisición de acciones propias para su amortización, desembolsando algo más de 30 millones de euros, surgiendo una reserva negativa que, sin embargo, fue inmediatamente neutralizada mediante la percepción de dividendos distribuidos por entidades controladas. Para financiar la operación se contrajo un préstamo, cuyos intereses, en cuanto gasto contable, minoraron el resultado contable y, por ende, la base imponible.

La inspección tributaria negó la deducción de los intereses por no estar correlacionados con los ingresos, con fundamento en el artículo 14.1 e) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), en tanto que la entidad recurrente sostuvo la deducción en la existencia indiscutible de un gasto contable, debidamente registrado, con fundamento en el artículo 10.3 del TRLIS, alegando, al tiempo, la legitimidad de la operación y su carácter mercantil, al margen de cualquier liberalidad.

1.2. La sentencia de la AN

El objeto controvertido ya había sido abordado, en relación con la misma entidad y períodos impositivos precedentes, por la Sentencia de la propia AN de 6 de marzo de 2014 (rec. núm. 124/2011 –NFJ054264–), la cual fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2015 (rec. núm. 2464/2014 –NFJ076946–), mediante la declaración de no haber lugar al recurso de casación, por cuanto la entidad recurrente no acreditó «la concurrencia del presupuesto procesal de las identidades subjetiva, objetiva y causal y de contradicción entre la sentencia impugnada y las ofrecidas como contradictorias... ni la infracción legal que se atribuye a la sentencia que en esta sede se combate».

¹ Esta sentencia fue comentada en Sanz Gadea (2020, pp. 55 a 58).

La argumentación de la Sala reprodujo los contenidos esenciales de su sentencia anterior.

Dicha argumentación descansó, básicamente, en la relación de accesoriadad de los intereses respecto de la operación para la cual se contrajo el préstamo de los que aquellos traían causa, de manera tal que, no determinando tal operación rentas para la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.10 del TRLIS, tampoco los intereses podrían determinarla, lo que se traducía en su carácter no deducible. Por tanto, «si la operación de crédito tenía por objeto llevar a cabo esa adquisición de la propia cartera... y tal operación no generaba rentas positivas o negativas... el mismo régimen jurídico debe seguir la naturaleza de los gastos contraídos para hacerla efectiva...».

Adicionalmente, sostuvo que la operación, en sí misma, era ajena a toda manifestación de riqueza gravable en sede de la entidad y, por ende, a la actividad empresarial propiamente dicha, «lo que significa que el gasto financiero debido a la entidad bancaria prestamista para financiar la operación no tiene naturaleza deducible, conforme al artículo 14.1 e)...».

1.3. El auto de admisión

El auto de admisión del recurso de casación, de 28 de octubre de 2019 (NFJ075381), centra la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en interpretar si el artículo 14.1 e) del TRLIS permite «entender que cualquier gasto acreditado y contabilizado que no denote una correlación directa e inmediata con un ingreso empresarial ha de constituir necesariamente una liberalidad, que no resulta por tanto deducible o, por el contrario, si, a los efectos de excluir legalmente la deducibilidad de los gastos no correlacionados con los ingresos», tal correlación «ha de ser entendida en un sentido más amplio» y, a la vista de lo que resulte esa interpretación, «aclarar si la naturaleza del concreto gasto sobre el que versa la sentencia de que dimana esta casación, –los intereses del endeudamiento para adquirir autocartera y amortizarla, con reducción del capital social–, hace cambiar, y en su caso, en qué modo, lo que se declare en el punto anterior».

En suma, el auto de admisión inquiriere, en primer lugar, respecto del concepto de «liberalidad» y su función en el ámbito del impuesto sobre sociedades, haciendo hincapié en el sentido de que, a tal efecto, haya de darse a la correlación entre ingresos y gastos. En segundo lugar, también inquiriere respecto de la aplicación de tal concepto a los intereses del préstamo tomado para financiar la operación de adquisición de acciones propias para su amortización.

Lo relevante del auto de admisión es que centra el debate en el concepto de liberalidad del artículo 14.1 e) del TRLIS (actual art. 15 e) de la Ley 27/2014), siendo así que la sentencia recurrida también se fundamentó en el artículo 15.10 del TRLIS que, ciertamente, hacía referencia a la operación societaria de base, aunque no a los intereses del préstamo concertado para su financiación.

2. Doctrina del tribunal

La doctrina del tribunal se despliega, a tenor del auto de admisión, en dos grupos de consideraciones. El primero versa sobre la interpretación del artículo 14.1 e) del TRLIS. El segundo proyecta tales consideraciones respecto de la operación de base.

2.1. Relativa a la interpretación del artículo 14.1 e) del TRLIS

La doctrina del tribunal puede resumirse en los siguientes puntos:

- 1.º Como criterio general, «los gastos acreditados y contabilizados no son deducibles cuando constituyan donativos y liberalidades, entendiéndose por tales las disposiciones de significado económico, susceptibles de contabilizarse, realizadas a título gratuito».
- 2.º Adicionalmente, serán deducibles los gastos contables de operaciones realizadas a «título gratuito» en concepto de «relaciones públicas con clientes o proveedores, las que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa y las realizadas para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, y todas aquellas que no comprendidas expresamente en esta enumeración respondan a la misma estructura y estén correlacionadas con la actividad empresarial dirigidas a mejorar el resultado empresarial, directa o indirectamente, de presente o de futuro, siempre que no tengan como destinatarios a socios o partícipes».

2.2. Relativa a los intereses del préstamo tomado para adquirir las acciones propias

La doctrina del tribunal puede resumirse en los siguientes puntos:

- 1.º Recuerda la jurisprudencia existente, a cuyo tenor la determinación de la base imponible a partir del resultado contable, inaugurada por la Ley 43/1995, conduce a un concepto de gasto deducible que supera «los criterios de obligatoriedad jurídica, indefectibilidad, etc., y los negativos de gastos convenientes, oportunos, acertados, etc., como contrarios al de gastos necesarios», de manera tal que «cuando no haya que corregirse por las normas fiscales, el gasto contable será gasto deducible».

Este es el caso de los intereses derivados del préstamo tomado para el pago de la adquisición de las acciones propias «excepto que se considere que constituya un donativo o una liberalidad en el sentido que es configurado por el art. 14.1 e)», esto es, que no se hallen correlacionados con los ingresos.

- 2.º Si bien no existe una regulación precisa sobre lo que «ha de entenderse por correlación entre ingresos y gastos, unos y otros conforman la gestión financiera de la actividad empresarial... lo que justifica que la relación entre gastos e ingresos pueda ser tanto directa como indirecta».

Este tipo de relación indirecta es la que concurre en el caso presente.

- 3.º Los intereses del préstamo en cuestión tienen, indisputablemente, «causa onerosa» de manera tal que no pueden ser subsumidos en la categoría de «donativos y liberalidades». Por el contrario, «estamos ante gastos contables realizados en el ejercicio propio de la actividad empresarial» sin que proceda, en sede de la casación, indagar si su deducción podría ser negada por aplicación de alguna otra de las causas previstas en el artículo 14 del TRLIS.

3. Comentario crítico

La sentencia da pie para reflexionar respecto del concepto de liberalidad, así como de su papel y funciones en relación con las operaciones que, entre la sociedad y sus socios, se desarrollan en el contexto del contrato de sociedad.

Falta en la misma un análisis de la operación de adquisición de acciones propia para su amortización la cual, sin embargo, está en el núcleo del conflicto.

3.1. La interpretación del artículo 14.1 e) del TRLIS

Esta interpretación ha de hacerse analizando los conceptos de liberalidad y de correlación de ingresos y gastos.

3.1.1. El concepto de liberalidad

Hasta la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, el concepto de gasto fiscalmente deducible se asignaba a aquel que fuera *necesario* para la obtención de los ingresos. Con esa ley tal concepto recayó en el gasto contable. Toda partida que tuviere esa consideración de acuerdo con las normas contables sería fiscalmente deducible, en cuanto estuviere debidamente probada y correctamente imputada desde la perspectiva temporal, excepto si una norma tributaria la calificara como fiscalmente no deducible.

El artículo 14.1 e) de la Ley 43/1995 calificó como partidas fiscalmente no deducibles a los donativos y liberalidades y lo propio ha hecho el artículo 15 e) de la Ley 27/2014. La no deducción se predica respecto de un gasto contable.

El carácter lucrativo de la empresa mercantil ha determinado que las normas contables hayan prestado una escasísima consideración a las donaciones o liberalidades, efectuadas por aquella. Tanto el Plan General de Contabilidad de 1990 como el de 2007 no ofrecen una cuenta que, expresamente, se refiera a las donaciones efectuadas por la empresa, entendiéndose que deben recalar en la partida 678 (Gastos extraordinarios, PGC 1990; Gastos excepcionales, PGC 2007).

El artículo 618 del Código Civil define la donación como un «acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta». Tres notas configuran la donación, a saber, disposición patrimonial aceptada por el donatario, gratuidad y liberalidad.

La gratuidad es la nota dominante. El donante se empobrece y el donatario se enriquece.

Señalan Díez-Picazo y Gullón (1976, capítulo 23) que la gratuidad tiene una dimensión puramente objetiva, en tanto que la liberalidad «exige una especial intención o ánimo; el *animus donandi* o ánimo liberal», pero añaden que, a pesar del arraigo histórico de esta nota, «el llamado *animus donandi* no puede ser otra cosa que el genérico consentimiento que se exige para todo negocio jurídico, aplicado ahora al tipo que se llama donación».

Castán (1961, capítulo XC) define la donación como «el acto por el cual una persona, con ánimo de liberalidad, se empobrece en una fracción de su patrimonio en provecho de otra persona que se enriquece con ella», de manera tal que destaca al «ánimo de liberalidad» como una nota esencial.

La identificación de una disposición patrimonial como donación es una cuestión, dice Castán, «difícil y compleja, entre otros motivos por la multitud de formas bajo las que la idea de liberalidad y la de donación se manifiestan en la vida del Derecho».

En efecto, la liberalidad o *animus donandi* es una nota de perfiles controvertidos. Si se identifica con el consentimiento, consiste en la voluntad de empobrecerse y enriquecer a la otra parte contratante, pero si se identifica con una *especial intención* sería necesario que el donante no actuare movido por una eventual recompensa patrimonial, sea del donatario o de un tercero.

La dificultad de acotar el contenido de la liberalidad se ha visto reflejada en las leyes que han regulado el impuesto sobre sociedades. En efecto, todas ellas han declarado no deducibles a las *liberalidades*, pero, al tiempo, han realizado determinadas precisiones tendentes a excluir de tal concepto a determinadas disposiciones patrimoniales que, vistas en su conjunto, derivan de la dificultad de concretar el alcance del *animus donandi*.

El Texto Refundido de 1922, tras declarar no deducibles a los «donativos a favor de tercero», exceptuaba a aquellos que estuvieren «exigidos por la explotación del negocio».

El Texto Refundido de 1967, tras matizar que no se considerarán liberalidades a las prestaciones en las que haya contraprestación, excluyó de tal concepto a «las cantidades que las Empresas dediquen a la promoción de sus productos».

El Texto Refundido de 2004 excluyó del concepto de liberalidad a «los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores... los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa... los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios... los que se hallen correlacionados con los ingresos».

En fin, la Ley 27/2014, tras reproducir el texto precedente, ha incorporado dos nuevas precisiones, por la primera, los gastos por atenciones a clientes o proveedores continuarán siendo deducibles, si bien «con el límite del 1 por ciento del importe neto de la cifra de negocios del periodo impositivo» y, por la segunda, se excluyen del ámbito de la liberalidad «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».

La Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, establece un conjunto de incentivos fiscales respecto de las donaciones efectuadas a favor de las entidades sin fines no lucrativos, pero no contiene precisiones respecto del concepto de liberalidad.

Todos los supuestos de exclusión de la liberalidad establecidos por las normas fiscales parcialmente transcritas responden al mismo esquema, a saber, una disposición patrimonial no obligatoria relacionada, directa o indirectamente, con la finalidad de la actividad realizada por la entidad.

Bajo un concepto de liberalidad basado no solo en la relación empobrecimiento/enriquecimiento, esto es, la pura gratuidad, sino también en la *especial intención*, es claro que todos los supuestos de exclusión son superfluos. En efecto, los gastos en cuestión se realizan con una finalidad puramente mercantil, ajena por completo al tradicional entendimiento del *animus donandi*.

Si nos centramos en el Texto Refundido de 2004, a cuya luz se ha dirimido el conflicto, es difícil asociar el *animus donandi* a los gastos por relaciones públicas y, mucho menos, a los gastos para la promoción de los bienes y servicios. En efecto, la entidad se empobrece para alcanzar un lucro mayor derivado de la consecución de su objeto mercantil. Tanto el Plan General de 1990 como el de 2007 (cuentas 627 y 649) acogen este tipo de gastos entre los propios del normal desempeño de la empresa.

Ciertamente, en este tipo de gastos concurre la relación empobrecimiento/enriquecimiento, pero aquel empobrecimiento se espera que sea neutralizado por un enriquecimiento imputable a su efecto en el ejercicio de la actividad empresarial. En este sentido, la limitación del 1 % respecto de las atenciones a clientes del artículo 15 e) de la Ley 27/2014 es una intromisión, reprochable, en la libertad de empresa.

En suma, las precisiones que las distintas leyes del impuesto sobre sociedades han ido adosando al concepto de liberalidad tienen un valor puramente didáctico, si se parte de la premisa de que aquel solo cubre aquellas disposiciones patrimoniales que suponen un empobrecimiento radical, en cuanto no están realizadas para suscitar un enriquecimiento ni directo ni indirecto, esto es, como consecuencia del curso normal de los negocios.

Sin embargo, las normas didácticas pueden surtir efectos contraproducentes. En efecto, si el intérprete no llega a advertir ese carácter, podría entender que tipifican supuestos cerrados de exclusión, lo que, a la postre, podría conducir a un ensanchamiento inusitado del supuesto principal, en el caso el concepto de liberalidad.

3.1.2. La correlación entre ingresos y gastos

Esta función, puramente didáctica, también ha de predicarse de la apelación que a la *correlación* entre ingresos y gastos efectuó inicialmente la Ley 43/1995, reprodujo posteriormente el TRLIS y actualmente recoge la Ley 27/2014.

Sin embargo, el auto de admisión del recurso de casación (rec. núm. 3454/2019–NFJ075381–) ha pivotado sobre el alcance de esa *correlación*, concediendo así al precepto un valor que excede lo puramente didáctico.

La sentencia ha respondido, certeramente, que serán deducibles las disposiciones patrimoniales «correlacionadas con la actividad empresarial dirigidas a mejorar el resultado empresarial, directa o indirectamente, de presente o de futuro». Por tanto, toda disposición patrimonial que determine una relación empobrecimiento/enriquecimiento no será calificada como liberalidad si se inscribe en la obtención de mejores resultados económicos derivados del ejercicio de la actividad empresarial, sin que sea precisa la presencia de un ingreso específico ni la constatación de una mejora económica efectiva, bastando con que fuere meramente potencial.

Ahora bien, hubiera podido llegarse a idéntica conclusión con base en un concepto de liberalidad en el que la *especial intención* de empobrecimiento radical, esto es, sin atisbar un enriquecimiento de cualquier tipo, fuere tenida como un ingrediente esencial de la liberalidad.

El Plan General de Contabilidad de 1990 incluyó entre los principios contables al de «correlación de ingresos y gastos». En su virtud, los gastos debían cargarse a la cuenta de pérdidas y ganancias tomando en consideración la imputación a dicha cuenta de los ingresos para cuya *obtención* se realizaron aquellos.

El Plan General de Contabilidad de 2007 se refiere a la correlación entre ingresos y gastos en el punto 5.º 4 del marco conceptual, indicando que

se registrarán en el periodo a que se refieren las cuentas anuales, los ingresos y gastos devengados en este, estableciéndose en los casos en que sea pertinente,

una correlación entre ambos, que en ningún caso puede llevar al registro de activos o pasivos que no satisfagan la definición de estos.

Bien se ve que este principio, en los dos planes contables, se limitaba a ordenar la imputación temporal del gasto, sin entrar en su naturaleza. En este sentido, la apelación que a la correlación del gasto con el ingreso efectúan las normas fiscales a los efectos de discernir respecto de la naturaleza de aquel, esto es, como liberalidad, o no, no halla su antecedente en la normativa contable. En el ámbito fiscal, esa correlación no alude a un aspecto de imputación temporal sino de carácter sustantivo. Seguramente por ello la sentencia que se comenta no hace referencia a la normativa contable.

Esa divergencia es una anomalía en el contexto de un impuesto fuertemente apegado al derecho contable.

3.1.3. La liberalidad en el marco del contrato de sociedad

El artículo 1.665 del Código Civil establece que «la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias». Se trata, obviamente, de un contrato oneroso por cuanto las prestaciones de los socios se espera que obtengan la contraprestación consistente en la distribución de las ganancias futuras.

La naturaleza del contrato de sociedad rechaza las relaciones de liberalidad entre la sociedad y los socios. Esas relaciones, unas de origen legal, otras con fundamento estatutario, responden a ese equilibrio entre prestación y contraprestación. Una liberalidad de la sociedad a favor de los socios o, a la inversa, de los socios a la sociedad, son ajenas a ese marco jurídico.

Cuestión distinta es que se puedan producir atribuciones patrimoniales entre la sociedad y sus socios que infrinjan las normas que regulan los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de sociedad, bastantes de ellas concebidas para proteger a los terceros que contratan con una entidad de cuyas deudas no responden los socios, tratándose de las sociedades capitalistas.

Así, el principio de efectividad del capital social rechaza que se distribuyan beneficios realmente no obtenidos. La junta general debe aprobar las cuentas anuales la cuales, en cuanto respondan a la estricta aplicación de la normativa contable, garantizan la consistencia del resultado contable. Al tiempo, el artículo 273 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital (TRLSC) establece ciertas restricciones a la distribución del resultado.

Una relación de empobrecimiento de la sociedad y correlativo enriquecimiento de los socios, realizada al margen de las normas mercantiles que disciplinan la distribución de beneficios, no se calificaría como liberalidad, sino que constituiría una forma encubierta de proceder a esa distribución, de manera tal que bajo el aparente gasto contable anidaría una remuneración a los fondos propios en el sentido de los artículos 14.1 a) del TRLIS y 15 a) de la Ley 27/2014.

La sentencia que se comenta no ha explorado este terreno, más allá de una escueta mención en el sentido de que unos gastos contables encaminados, directa o indirectamente, a mejorar el resultado empresarial no han de ser calificados como liberalidad, «siempre que no tengan como destinatarios a socios o partícipes». Mención por lo demás equívoca, por cuanto lo pertinente es considerar que tales gastos puedan encubrir una remuneración de los fondos propios, antes que ser constitutivos de una liberalidad.

3.2. La operación de adquisición de acciones propias para su amortización

Interesan sus aspectos financieros y contables para enlazarlos con el significado de los intereses del préstamo tomado para financiarla.

3.2.1. Aspectos financieros y contables de la operación

Los artículos 140.1 b) y 144 a) del TRLSC autorizan a la sociedad a adquirir sus propias acciones a los efectos de hacer efectivo un acuerdo de reducción del capital social.

La norma de registro y valoración 9.^a 4 del Plan General de Contabilidad establece que:

en el caso de que la empresa realice cualquier tipo de transacción con sus propios instrumentos de patrimonio, el importe de estos instrumentos se registrará en el patrimonio neto, como una variación de los fondos propios, y en ningún caso podrán ser reconocidos como activos financieros de la empresa ni se registrará resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Los artículos 5.3, 7.4 y 20 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 desarrollan la norma contable precedente.

La operación de adquisición de acciones propias para su amortización implica, desde la perspectiva de las normas contables, la devolución a los socios de sus aportaciones y la distribución de las reservas correspondientes.

El artículo 15.10 del TRLIS establecía que la adquisición y amortización de acciones o participaciones propias no determinará, para la entidad adquirente, rentas positivas o negativas. Este precepto fue suprimido por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, no habiendo sido rescatado por la Ley 27/2014. Precisamente, fue ese precepto el que aplicó, adicionalmente, la sentencia de la AN.

Tal supresión no supuso una modificación de criterio sino el reconocimiento de que la norma en cuestión era innecesaria, habida cuenta de que la operación de adquisición de acciones

propias no incide sobre el resultado contable. Así lo precisa, además de las normas contables aludidas, la cuenta 109 del vigente Plan General de Contabilidad, a cuyo tenor las acciones o participaciones propias adquiridas por la empresa en ejecución de un acuerdo de reducción del capital, figurarán en el patrimonio neto, con signo negativo, de manera tal que dicha cuenta

se cargará por el importe de la adquisición de las acciones, con abono, generalmente, a cuentas del subgrupo 57 [y] se abonará por la reducción de capital, con cargo a la cuenta 100 por el importe del nominal de las acciones o participaciones. La diferencia entre el importe de adquisición de las acciones o participaciones y su valor nominal se cargará o abonará, según proceda, a cuentas del subgrupo 11.

Las cuentas del subgrupo 11 reflejan las reservas. Véase, pues, que la cuenta de pérdidas y ganancias no queda afectada.

La consulta 3 del BOICAC 40, de diciembre 1999 (NFC010556), aborda el caso en el que no existan reservas suficientes, indicando que

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

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2010 (rec. núm. 2970/2005 –NFJ039290–) explicó que

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

El exceso del precio pagado sobre el valor contable de las acciones o participaciones se explica por la existencia de plusvalías latentes o de intangibles creados por la empresa no registrados contablemente, de manera tal que, en ambos casos, se espera que, en ejercicios futuros, afloren los correspondientes beneficios.

De acuerdo con lo anterior, la adquisición de acciones o participaciones para su amortización implica una atribución patrimonial desde la sociedad a sus socios, que afecta a las siguientes partidas:

- Devolución de las aportaciones.
- Distribución de los beneficios acumulados.
- Distribución de beneficios futuros.

Véase, por tanto, que la adquisición de acciones propias para su amortización supone, en la parte imputable a las distribuciones de beneficios, una retribución de los *fondos propios* en el sentido de los artículos 14.1 a) y 15 a) del TRLIS y de la Ley 27/2014, respectivamente, en cuanto implica distribuciones de beneficios. Por tanto, no dará lugar a una partida fiscalmente deducible.

3.2.2. La deducción de los intereses del préstamo que financia la operación

Lo que se ha debatido en sede judicial es si los intereses de la financiación tomada por la sociedad para hacer frente al pago de la adquisición de las acciones propias son fiscalmente deducibles. El debate se ha centrado en dilucidar si tales intereses podían ser tenidos, o no, como una *liberalidad* de la sociedad a favor de sus socios, más concretamente, si estaban, o no, «correlacionados con los ingresos».

Enfocado así el debate, la solución no podía ser otra que la alcanzada en la sentencia que se comenta, habida cuenta de que una atribución patrimonial desde la sociedad a los socios, realizada en el contexto del contrato de sociedad, difícilmente puede ser una *liberalidad*.

No se debatió, sin embargo, si los intereses podían implicar una «retribución de los fondos propios», a pesar de que la referencia que la sentencia de instancia hizo al artículo 15.10 del TRLIS envolvía un razonamiento de esta naturaleza, del que no se hizo eco la sentencia del TS. Debate pertinente, por cuanto, como se ha visto, la operación financiada responde, plenamente, a una distribución de fondos propios.

Ciertamente, en el auto de admisión del recurso de casación no se mencionaron los preceptos relativos a la «retribución de los fondos propios», pero el artículo 90.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras establecer que en aquel se debe identificar «la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación», añade que ello no impedirá «que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso», incluso si estas otras normas no hubieran sido alegadas por las partes, al estimar el tribunal, en los términos del artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la aparente existencia de «otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición», dictando, al efecto, la pertinente providencia, de manera tal que, en definitiva, el artículo 93.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que la sentencia se fundamentará en la interpretación de las normas sobre las que,

en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo «y en las restantes normas que fueran aplicables».

Así pues, el Tribunal Supremo pudo, también, proyectar sus razonamientos sobre la posible concurrencia de una «retribución de los fondos propios».

Si se considera que el préstamo es un instrumento para la realización de la operación nuclear, esto es, la adquisición de acciones propias para su amortización que, como se ha indicado, supone la devolución de aportaciones y la distribución de beneficios, sin impacto alguno en el resultado contable, podría concluirse que los intereses inherentes a aquel deberían seguir el mismo tratamiento, de manera tal que no serían fiscalmente deducibles. Lo accesorio sigue a lo principal.

Sin embargo, si se analiza el préstamo desde el punto de vista del funcionamiento de la sociedad, se llega a una conclusión diferente. En efecto, esa devolución y distribución suponen la disminución del activo, de manera tal que, si la entidad desea mantenerlo a fin de continuar el curso normal de sus actividades, ha de concertar un préstamo. Desde esta consideración, los intereses relativos a ese pasivo financiero son necesarios para la realización de las actividades mercantiles de la entidad.

Véase: si una entidad financia la operación mediante el dinero obtenido en la transmisión de unos activos, reales o financieros, no soportará intereses, pero perderá el rendimiento de esos activos, en tanto que si la financia mediante el dinero obtenido en la concertación de un préstamo retendrá ese rendimiento, pero soportará intereses. Las dos operaciones debieran tener el mismo tratamiento fiscal, de manera tal que, si los intereses se consideran no deducibles, habría de considerarse gravable el rendimiento desdeñado, lo cual, bien se comprende, sería incorrecto.

Dicho esto, debe efectuarse una matización respecto de la porción del préstamo imputable a la distribución de beneficios futuros.

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 8 de octubre de 2015 (RG 4085/2013 –NFJ060457–), ante un supuesto de adquisición de acciones propias para su amortización, indicó

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

En el caso, la inspección tributaria no negó la deducción de la totalidad de los intereses correspondientes a préstamos tomados para financiar la adquisición de acciones propias para su amortización, sino solamente de aquellos imputables a la generación de una reserva negativa.

La citada Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2015 precisó que

frente a las alegaciones del obligado, debe señalarse que ambas situaciones (deducción de intereses relativos a pasivos financieros tomados para financiar una distribución de reservas y deducción de intereses imputables a reservas negativas) son completamente diferentes. La distinción radica en la determinación de los beneficiarios últimos de dicha financiación. Cuando una sociedad dispone de reservas susceptibles de reparto, existen en su balance una serie de activos que constituyen la contrapartida contable de esos fondos propios (pasivo) instrumentados bajo la forma de reservas. En consecuencia, cabría realizar el reparto de dichas reservas mediante la atribución a los socios de esos activos-contrapartida en la debida proporción... en el supuesto aquí analizado, no existen activos en sede de la sociedad en importe suficiente para proceder al reparto de reservas. O lo que es lo mismo, no existen reservas positivas suficientes para absorber el pago a efectuar a los accionistas. Ello determina que el recurso al endeudamiento externo no tiene como finalidad, en la parte correspondiente a esa retribución de fondos propios, proporcionar a la sociedad la posibilidad de seguir disfrutando de activos que, de otra forma, hubieran acabado en manos de los socios como reparto efectivo de reservas. No hay beneficio alguno para la sociedad directamente imputable a esa financiación externa. El beneficio es, en este supuesto, para los socios «salientes» que perciben esos beneficios anticipados con cargo a dicha financiación. Ahí radica la diferencia entre situaciones que la reclamante pretende equivalentes.

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

Si la sociedad, a través de la adquisición de acciones propias para su amortización, anticipa la distribución de beneficios es cierto que está remunerando a sus socios. La anticipación de la distribución del beneficio es una remuneración a los socios cuyo valor es el de los intereses del préstamo en la parte correspondiente al exceso del precio pagado sobre el valor contable de las acciones amortizadas.

Ahora bien, esa remuneración anticipada no se produce respecto de los socios que, como consecuencia de la operación, dejan de serlo o ven disminuido su porcentaje de participación. Estos socios han de percibir el beneficio futuro en el momento en que se perfecciona la operación de adquisición de acciones propias para su amortización. En tal caso los intereses correspondientes no serían una remuneración a los socios y, por ende, serían fiscalmente deducibles.

3.2.3. Adquirir una sociedad con cargo a su propio patrimonio

Cuando la adquisición no afecta por igual a todas las acciones, la referida operación es el instrumento para la transmisión de las mismas, pudiendo incluso provocar la variación total de la composición del grupo de socios.

En efecto, los socios antiguos transmiten a la sociedad sus acciones o participaciones, percibiendo el correspondiente precio, en tanto que su amortización acrece, correlativamente, el porcentaje de participación de los socios no afectados.

El patrimonio social mengua, sea por disminución del activo o por aumento del endeudamiento, cual ha sido el caso de la operación debatida.

Ese endeudamiento no se hubiere producido si las acciones o participaciones hubieran sido adquiridas por los socios que deseaban acrecentar su porcentaje de participación y, por ende, su importe no hubiera minorado el patrimonio social ni hubieran existido los intereses que menguan la base imponible.

La inspección tributaria reforzó su posición poniendo de relieve tal circunstancia, pero la sentencia que se comenta le restó valor, indicando que la operación «entra dentro de los límites de lo que significa la legítima planificación fiscal buscando el ahorro en la factura fiscal», sin duda refiriéndose a lo que Larraz denominó economía de opción, de manera tal que «lo procedente es abstenerse de entrar a analizar lo correcto o artificial de la operación».

Ciertamente, la operación planteada implica, necesariamente, un debilitamiento de la estructura financiera de la entidad afectada, pero esa circunstancia, por sí sola, no determina una irregularidad fiscal. Tampoco, necesariamente, una merma de recaudación. En efecto, los gastos financieros tienen su contrapartida en los ingresos financieros de la entidad prestamista, de manera que el quebranto recaudatorio solo se producirá si tal entidad es no residente en territorio español y media una exención en el impuesto sobre la renta de no residentes (art 14.1 c) del texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes).

Podría debatirse si el endeudamiento asumido por la sociedad, en el contexto de una operación que determine un acrecentamiento del porcentaje de participación de un grupo de socios, implica asistencia financiera en el sentido del artículo 150.1 del TRLSC, a cuyo tenor «la sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero». En efecto, la sociedad se ha endeudado con la finalidad de que un grupo de socios acreciente su participación.

Ahora bien, la inscripción de la operación en el Registro Mercantil determina su regularidad, sin que pueda oponerse a la misma ningún reparo de índole fiscal, sin perjuicio, claro está, de la sujeción de los intereses a la limitación inaugurada por el Real Decreto-Ley 12/2012, prevista actualmente en el artículo 16 de la Ley 27/2014.

3.3. Reflexiones finales

Primera. La sentencia comentada no aporta nada relevante respecto del concepto de liberalidad del artículo 14.1 e) del TRLIS o del artículo 15 e) de la Ley 27/2014, pero sí lanza un mensaje potente respecto de lo limitado de su función en orden a la configuración de un gasto fiscalmente no deducible, habida cuenta, de una parte, de la naturaleza onerosa del contrato de sociedad y, de otra, del carácter tanto directo como indirecto de la correlación entre ingresos y gastos.

Segunda. Merece destacarse el amparo que la sentencia proyecta sobre la denominada economía de opción, por más que tampoco constituya una novedad, aunque sí una advertencia respecto de lo inoportuno de acompañar las regularizaciones tributarias de argumentos concernientes al ahorro fiscal procurado por el negocio o negocios jurídicos empleados respecto de otro u otros que hubieren podido deparar el mismo resultado práctico. Esos argumentos solo serían pertinentes a la vista del carácter artificioso o impropio de aquellos negocios en el marco de las regularizaciones realizadas al amparo del artículo 15 de la Ley General Tributaria.

Tercera. Se echa de menos en la sentencia un análisis sobre si los intereses del endeudamiento concertado para realizar la adquisición de las acciones propias representan una retribución de los fondos propios, lo que, bajo las específicas circunstancias comentadas, así podría considerarse, con la consecuencia de determinar un gasto fiscalmente no deducible en el sentido del artículo 14.1 a) del TRLIS o del artículo 15 a) de la Ley 27/2014.

Cuarta. Esta carencia permite intuir que el conflicto no ha quedado cerrado. En efecto, no cabe descartar que se configure un motivo de regularización, bajo el amparo del artículo 15 a) de la Ley 27/2014, que rechace la deducción de los intereses en situaciones en las que afloran reservas negativas.

Quinta. El diferente significado de la correlación entre ingresos y gastos en los ámbitos de la contabilidad y del impuesto sobre sociedades es fuente de confusión en la aplicación de las normas de este último concernientes a la deducción de los gastos.

Referencias bibliográficas

Castán Tobeñas, José. (1961). *Derecho Civil Español. Común y Foral*. Reus. Tomo IV.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. (1976). *Sistema de Derecho Civil*. (7.^a ed.). Tecnos. Volumen II.

Sanz Gadea, Eduardo. (2020). El impuesto sobre sociedades en 2019. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 446, 41-96.