



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS

INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS

HYBRID FINANCIAL INSTRUMENTS

TRABAJO FIN DE GRADO

SIMULTANEIDAD DEL GRADO EN DERECHO Y EL GRADO EN
ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

Curso 2019-2020

Alumna: Esther Vaz Diéguez

Tutor: Prof. Dr. D. Miguel Caamaño Anido

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	3
ANTECEDENTES DE HECHO	5
INTRODUCCIÓN	7
I. CONSIDERACIONES MERCANTILES	8
1. Régimen jurídico del contrato de préstamo	8
2. Normativa española aplicable	10
3. Implicaciones de un préstamo participativo	11
II. TRATAMIENTO FISCAL	15
1. Objeto del procedimiento inspector seguido por la Agencia Tributaria	15
2. Análisis de la operación siendo la entidad prestamista residente en España	18
3. Regulación a nivel europeo en relación con los mecanismos híbridos	20
III. ESTUDIO DE LOS RECURSOS	27
1. Terminación de las actuaciones inspectoras y revisión de actos en la vía administrativa	27
a) Procedencia del recurso de reposición	28
b) Reclamación económico-administrativa	29
2. Revisión de actos en la vía jurisdiccional	30
3. Suspensión de la liquidación, aplazamiento y fraccionamiento	31
IV. ANÁLISIS DE LA POSICIÓN DEL SOCIO MINORITARIO	34
1. Responsabilidades del Consejo de Administración y vías de defensa del socio minoritario	34
2. Jurisdicción y competencia para el ejercicio de la acción social de responsabilidad	39
V. CONCLUSIONES	41
VI. BIBLIOGRAFÍA	44
VII. APÉNDICE DE RESOLUCIONES	47
VIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	48
IX. APÉNDICE LEGISLATIVO	49

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BI	Base Imponible
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DD	Doble Deducción
D/NI	Deducción / No inclusión
EEMM	Estados Miembros de la Unión Europea
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
IRNR	Impuesto sobre la Renta de No Residentes
IS	Impuesto sobre Sociedades
JM	Juzgado de lo Mercantil
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

No.	<i>Number</i>
Núm.	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
RDL	Real Decreto-Ley
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEARG	Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJG	Tribunal Superior de Justicia de Galicia
UE	Unión Europea

ANTECEDENTES DE HECHO

La sociedad GALIENERXIA, constituida con arreglo a la legislación fiscal española y residente a efectos fiscales en España, tiene por objeto social el desarrollo, la comercialización e instalación de sistemas de aprovechamiento de energías renovables, actividad que desarrolla principalmente en la comunidad autónoma de Galicia mediante la construcción de parques eólicos, centrales hidráulicas, plantas solares y de bioenergía, entre otras. Esta entidad está participada en un 94,73% por ENERGYLUX, residente fiscal en Luxemburgo y dedicada a la promoción, investigación y explotación de instalaciones de generación renovable. Ambas sociedades son grandes empresas que forman parte del grupo GPU (Green Power Universal), sin perjuicio de su tributación conforme al régimen fiscal general.

En fecha 1 de abril de 2015, ante la oportunidad de invertir en nuevos proyectos, GALIENERXIA y ENERGYLUX deciden instrumentar por escrito la concesión de un préstamo que la segunda hace en favor de la primera, por un montante de 20 millones de euros, con la finalidad de financiar la construcción de un moderno parque eólico a efectos de fomentar su actividad empresarial. En dicho acuerdo formalizaron que la empresa prestataria retribuiría a la empresa prestamista con el pago de los siguientes intereses:

- Un tipo de interés fijo para la amortización del préstamo: EURIBOR anual más 0,5 puntos, vigente a 1 de enero de cada año.
- Un tipo de interés variable en función de la evolución del proyecto: el porcentaje fijado libremente por las partes contratantes ha sido el 45% sobre el beneficio neto en cada ejercicio.

En el contrato suscrito por las entidades se fijó como fecha de vencimiento el 1 de abril de 2020.

En el transcurso de los ejercicios 2015 y 2016, la sociedad GALIENERXIA obtuvo sendos resultados positivos y, en cumplimiento del contrato acordado con ENERGYLUX, abonó a la prestamista los rendimientos correspondientes según las condiciones pactadas. En consecuencia, la sociedad GALIENERXIA consideró los citados rendimientos como gastos deducibles que minoraron la base imponible del Impuesto sobre Sociedades correspondiente a los ejercicios 2015 y 2016:

- Ejercicio 2015: 658.636,62 €, de los cuales 96.125,04 € corresponden a intereses fijos y 562.511,58 € a intereses variables.
- Ejercicio 2016: 779.933,08 €, de los cuales 104.830,93 € corresponden a intereses fijos y 675.102,15 € a intereses variables.

La presentación de los modelos 200, en cumplimiento de las obligaciones tributarias, se efectuó los días 19 de julio de 2016 y 20 de julio de 2017, respectivamente.

En razón de lo anterior, la sociedad GALIENERXIA recibió recientemente en su domicilio social sito en A Coruña una notificación de la Dependencia de la Inspección de la Delegación de la Agencia Tributaria de la misma provincia, en la cual se comunicaba a la empresa el inicio de actuaciones de comprobación e investigación de la situación tributaria, con carácter parcial, relativas al concepto Impuesto sobre Sociedades (IS), ejercicios 2015 y 2016. Una vez tramitada la instrucción del expediente y concluido el preceptivo trámite de audiencia, la Agencia Tributaria dio por finalizado el procedimiento

inspector mediante la notificación efectuada el 9 de octubre de 2019 del acto de liquidación, en el cual se recoge que “*atendiendo a la naturaleza de la operación descrita, como tal, se admite la deducibilidad de los intereses fijos que toda operación de préstamo supone; empero, no cabe admitir la deducibilidad de los intereses variables considerando que los mismos no constituyen sino una retribución de beneficios*”. En virtud de lo expuesto, practicó la regularización con el siguiente detalle:

Año 2015:

Concepto	Declaración presentada	Ajustes	Regularización
Base Imponible	59.758.469,23	60.320.980,81	562.511,58
Cuota íntegra	16.732.371,38	16.889.874,63	157.503,25
(-) Deducciones	6.000	6.000	-
Cuota líquida	16.726.371,38	16.883.874,63	157.503,25
(-) Retenciones	0	0	0
A ingresar	16.726.371,38	16.883.874,63	157.503,25
Intereses demora			18.965,12

Año 2016:

Concepto	Declaración presentada	Ajustes	Regularización
Base Imponible	61.315.749,34	61.990.851,49	675.102,15
Cuota íntegra	15.328.937,34	15.497.712,87	168.775,53
(-) Deducciones	6.000	6.000	-
Cuota líquida	15.322.937,34	15.491.712,87	168.775,53
(-) Retenciones	0	0	0
A ingresar	15.322.937,34	15.491.712,87	168.775,53
Intereses demora			13.975,66

En la regularización referida la Administración, además de exigir los intereses de demora, impone a la sociedad GALIENERXIA una sanción por importe de 244.709,10 euros.

Ante esta situación, el único socio minoritario de GALIENERXIA, que ostenta el restante 5,27% de los derechos de voto, estima que el Consejo de Administración de la sociedad es responsable por no haber actuado con el deber de diligencia que la Ley impone a los administradores. Por este hecho, el socio minoritario decide emprender acciones legales contra el Consejo de Administración de GALIENERXIA.

INTRODUCCIÓN

El supuesto de hecho aquí expuesto refleja un planteamiento al que recurren muchas sociedades en la práctica empresarial. Ello es especialmente frecuente si, además, estamos ante un diseño organizativo que nos permite determinar la existencia de un grupo. En este caso, se trata de dos sociedades que operan en el sector de las energías renovables y, dada la relación de participación existente entre ambas, las cuestiones a dilucidar versan sobre: la naturaleza jurídica del préstamo que la sociedad dominante realiza en favor de la sociedad dependiente, el tratamiento fiscal que corresponde a dicha operación, así como los recursos a interponer frente a la misma, y la posición del socio minoritario ante las consecuencias derivadas de la actuación inspectora llevada a cabo por la Administración Tributaria. La presencia de una entidad luxemburguesa que posee mayoritariamente el control de una entidad española nos sitúa en un contexto internacional, para cuya resolución se requiere, además de atender a la legislación española que le resulta aplicable, conocer y analizar aquellas previsiones establecidas en la normativa europea en relación con los instrumentos financieros híbridos y su transposición a Derecho interno en España.

El primer punto sobre el que profundizaremos es la calificación del instrumento financiero utilizado como préstamo participativo, lo cual origina una serie de derivadas en cuanto a las implicaciones mercantiles que supone su adopción. Ello se concreta en un determinado orden en la prelación de créditos y en su consideración como patrimonio neto en el supuesto de una hipotética reducción de capital o liquidación de la sociedad.

El segundo tema que se procederá a detallar hace referencia al aprovechamiento del préstamo participativo como un mecanismo híbrido cuyas diferencias en el tratamiento tributario en distintas jurisdicciones permiten someter la operación a una menor carga impositiva. A este respecto, también conviene señalar que en el marco de la Unión Europea y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se han ido desarrollando un conjunto de medidas para neutralizar los efectos no deseados generados por este tipo de instrumentos financieros híbridos. Entre ellas, observaremos las disposiciones contenidas en sendas Directivas promulgadas por la UE relativas, una de ellas, al régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros, y, otra, a las normas establecidas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, y su modificación en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. Asimismo, se cita el proyecto impulsado por la OCDE en materia de “Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios” (BEPS, por sus siglas en inglés) a través del cual se tratan de limitar los «vacíos normativos» que aprovechan las empresas a nivel internacional a la hora de tributar por los beneficios obtenidos. También se hará referencia al tratamiento previsto en la Unión Europea para los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados Miembros. Específicamente, se examinará el Convenio ratificado por el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo –territorios en los que operan las empresas del presente supuesto– para prevenir el fraude y la evasión fiscal.

Finalmente, en el caso que nos ocupa, la Agencia Tributaria consideró oportuno realizar un procedimiento inspector atendiendo a la incorrecta calificación de los intereses pagados por la sociedad española. Ante este escenario nos planteamos, por un lado, cuáles son las oportunidades procesales de las que dispone la empresa y, por otro, qué asesoramiento jurídico deberíamos ofrecerle al socio minoritario de la compañía inspeccionada considerando la especial posición en la que se encuentra.

I. CONSIDERACIONES MERCANTILES

Califique jurídicamente el contrato de préstamo acordado entre la sociedad GALIENERXIA y la sociedad ENERGYLUX. De acuerdo con la legislación mercantil, ¿qué implicaciones conlleva?

1. Régimen jurídico del contrato de préstamo

La primera referencia debida en este trabajo consiste en definir la relación jurídica existente entre las sociedades intervinientes. Por un lado, GALIENERXIA se presenta como una entidad residente en España y, por tanto, considerada española; mientras que ENERGYLUX es una entidad luxemburguesa, pues su sede se sitúa en dicho territorio. En el desarrollo de su actividad social, ambas se dedican a la comercialización de energías renovables dentro del grupo Green Power Universal, las compañías acuerdan celebrar entre ellas un contrato de préstamo mediante el cual ENERGYLUX le concede parte de la financiación que GALIENERXIA necesita para llevar a cabo la construcción de un parque eólico en la comunidad autónoma de Galicia.

Lo expuesto nos permite clarificar, ya en un primer momento, que frente a la posibilidad de recurrir a una fuente de financiación externa, como podría ser un préstamo ofrecido por una entidad bancaria, la empresa española se decanta por llegar a un acuerdo con otra compañía del mismo grupo empresarial.

Junto con lo anterior, existen otros factores que permiten clarificar la naturaleza del contrato de préstamo que analizamos. En concreto, tal y como se detalla en el acuerdo formalizado entre las sociedades, se establecen dos tipos de interés: uno fijo y otro variable. Es decir, en este caso, además de la remuneración ordinaria estipulada para la amortización del préstamo fijada a partir del EURIBOR anual más 0,5 puntos, se acuerda que parte de la remuneración sea dependiente de los beneficios obtenidos con la evolución del proyecto.

Son estos distintivos los que nos permiten calificar la operación entre GALIENERXIA y ENERGYLUX como un contrato de préstamo participativo. Este tipo de créditos se caracterizan por ser una forma de financiación intermedia entre la financiación ajena (el caso de un préstamo convencional entre terceros) y la financiación propia (llevada a cabo mediante ampliaciones de capital). Estos créditos, como acabamos de exponer, consisten en que, como contraprestación a la cantidad otorgada en préstamo, el prestatario siempre retribuye al prestamista con el pago de unos intereses vinculados al propio devenir del negocio y, en su caso, puede pactarse a mayores un interés fijo independiente de la evolución de la empresa. Así pues, el cálculo del interés variable suele vincularse con frecuencia al beneficio neto anual –conforme sucede en este supuesto que analizamos– al considerar este como un criterio representativo para evaluar los resultados obtenidos. En este sentido, dicha remuneración puede asimilarse al concepto de dividendo pues, de hecho, implica un reparto de beneficios. De esta forma, la empresa prestamista adquiere frente a la empresa prestataria una condición intermedia entre el acreedor y el socio de dicha empresa.

En todo caso, se debe atender por tanto a un conjunto de elementos que necesariamente han de estipularse para que, en último término, el supuesto sea subsumible en la categoría de créditos participativos. Así pues, los rasgos que lo

caracterizan frente a otros tipos normativos son tres: la retribución participativa, la duración determinada y el carácter subordinado. Estos han de concurrir conjuntamente, no siendo suficiente únicamente la presencia de alguno de ellos.

En cuanto al carácter participativo de la retribución, como hemos visto, se refiere a que la misma quede conectada al desarrollo de la actividad del deudor. Esta conexión sugiere que la retribución inexorablemente dependa de los resultados positivos derivados de la actividad empresarial del deudor, lo que para el acreedor supone la asunción de un riesgo en la retribución, al tiempo que para el deudor comporta un aligeramiento en los costes financieros pues estos solo serían retribuidos en la medida en que la sociedad obtuviese efectivamente beneficios como resultado del ejercicio.

No obstante, como señalan algunos autores, la concreción de la relación entre retribución participativa y evolución de la actividad del deudor ha variado en el tiempo, diluyéndose la asunción de riesgo por el acreedor y, consiguientemente, la limitación del coste de la financiación para el deudor (Colino Mediavilla, 2010).

En este sentido, originariamente era condición sine qua non la participación en beneficios, lo que originaba la plena asunción de un riesgo por parte del acreedor procedente de la propia variabilidad de los resultados obtenidos por el deudor, mientras que este solo sufría los costes de retribución de la financiación si el proyecto aportaba flujos positivos. Sin embargo, en el Derecho vigente –en el que profundizaremos en el apartado siguiente– se ha ampliado el abanico de criterios en función de los cuales se permite determinar la evolución de la actividad, de tal manera que la retribución participativa puede establecerse no solo en base al beneficio neto, sino también al volumen de negocio o al patrimonio total. En este contexto es posible, por tanto, que exista una retribución participativa incluso en el caso de que la actividad empresarial del deudor arroje pérdidas, soslayando en este supuesto tanto la asunción de riesgo para uno como la limitación de costes financieros para otro.

Junto a la retribución participativa, también constituye un elemento esencial en la calificación como crédito participativo la duración determinada del mismo, lo que supone el reembolso del principal en un plazo concreto. A este respecto el tipo general no establece nada, por lo que se admite cualquier duración (breve, media o larga), si bien por el propio sistema retributivo y la finalidad que se persigue lo más frecuente en la práctica es definir un plazo largo. En cuanto a la carencia del préstamo y al sistema de amortización, progresivo o no, tampoco hay regulación específica por lo que dependerá de la autonomía de la voluntad y de cómo se configuren dichas cláusulas en el contrato.

Finalmente, como hemos apuntado, existe un tercer elemento esencial que caracteriza los préstamos participativos, esto es, su carácter subordinado en orden a la prelación de créditos. Ello implica, en cierta medida, una asunción de riesgo por parte del acreedor en relación con la devolución del principal pues este queda, al menos en parte, a merced del devenir de la actividad del deudor. En concreto, el riesgo que asume el acreedor es el de ocupar una posición postergada con respecto a los créditos ordinarios. Más allá de la prelación de créditos no hay mayor asunción de riesgo porque, aunque el deudor obtuviese pérdidas, el reintegro del préstamo participativo no se ve afectado en lo que respecta a su cuantía ni en lo referente al pago a su vencimiento¹.

¹ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid de 11 de diciembre de 2006 y la sentencia de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de febrero de 2007.

2. Normativa española aplicable

Atendiendo a la tipificación mercantil, en primer lugar debemos detenernos a examinar el grado de vinculación existente entre las sociedades que protagonizan el presente caso.

A este respecto, conocemos que la sociedad luxemburguesa ENERGYLUX ostenta el 94,73% de las acciones que posee la sociedad española GALIENERXIA. A efectos mercantiles, por tanto, hemos de determinar si ambas sociedades forman un grupo entre ellas.

A tal fin lo que compete es examinar el Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio (en adelante, Código de Comercio), en cuyo artículo 42 se encuentra regulada esta problemática. De acuerdo con el mismo, se explicita que *“existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”*. Y, a continuación, se detallan específicamente algunos supuestos en los que se presumirá que existe control, siempre y cuando una sociedad –calificada como dominante– se encuentre con respecto a otra sociedad –calificada como dependiente– en alguna de las situaciones referidas en dicho artículo.

En el supuesto que nos ocupa, este es subsumible en el apartado a) del artículo 42 referido a que *“posea la mayoría de los derechos de voto”*. Ello es así en la medida en que, como acabamos de exponer, la sociedad ENERGYLUX posee más del 50% de las acciones con derecho de voto de GALIENERXIA. En este caso, al no detallarse lo contrario, hemos de entender que la sociedad española no posee acciones en autocartera y tampoco se contempla la posibilidad de que disponga de acciones sin derecho a voto, por tanto, el porcentaje total sobre el que hemos de determinar la vinculación es el 100%, situándose la mayoría en más del 50%. Concluimos pues que ambas empresas forman un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

Por otra parte, dentro del análisis en términos mercantiles, resulta necesario referirnos a la regulación del contrato de préstamo participativo acordado entre las actuantes. En lo referente a esta delimitación, la tipificación normativa se encuentra recogida en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Específicamente, es en el artículo 20 del referido texto donde se recogen los elementos caracterizadores del préstamo participativo.

En virtud del mismo, se califican como préstamos participativos aquellos mediante los cuales la entidad prestamista (véase ENERGYLUX) recibe un interés variable determinado en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria (entiéndase como tal GALIENERXIA). Para determinar dicha evolución, tal y como se ha adelantado previamente, se contemplan varios criterios posibles como referencia: así el porcentaje acordado como tipo de interés puede cuantificarse en base al beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total de la empresa o, incluso, se admite la posibilidad de que sean las partes quienes libremente acuerden otro no expresamente previsto en este precepto². Además, con independencia de la evolución del negocio, se admite también que las contratantes fijen un tipo de interés fijo que se adicionará al

² No resulta admisible como retribución participativa, entendiéndose que no está conectada a la evolución de la actividad del deudor, la asunción por parte de este de la obligación de retribuir al acreedor con un porcentaje del capital social, *vid.* Sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de julio de 2009.

necesariamente variable (indispensable para que podamos hablar de un contrato de préstamo participativo).

Asimismo, se refiere también el artículo 20 del RDL 7/1996 al hecho de amortización anticipada del préstamo participativo. Para tal supuesto, se prevé que las partes signatarias puedan formalizar en el contrato la disposición de una cláusula penalizadora en virtud de la cual la prestataria se vería obligada a indemnizar a la prestamista por la liquidación del préstamo con anterioridad al plazo fijado para su vencimiento. No obstante, se establece un límite a la libertad de actuación de la empresa prestataria en este sentido de modo tal que, para el caso en que se decida amortizar anticipadamente el préstamo participativo, el prestatario solo podrá hacerlo siempre y cuando dicha amortización se compense con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y toda vez que esta no provenga de la actualización de activos.

El establecimiento de límites a la libertad de amortización se justifica por la consideración, en ciertos supuestos, del préstamo participativo como parte de los fondos propios. En este sentido, una cancelación totalmente libre supondría reducir el patrimonio neto de la empresa y, por tanto, los restantes acreedores se verían perjudicados al quedar en una situación desfavorable respecto al prestamista favorecido, ya que la liquidez de la sociedad se emplearía en la amortización del préstamo participativo con preferencia a la liquidación de las deudas con el resto de los acreedores.

En cuanto al aumento de los fondos propios que proponga el deudor se requiere que sea apto para cumplir con la función compensatoria que se pretende. Es decir, la cuantía en que se aumentan los fondos propios ha de ofrecer, de acuerdo con su naturaleza y régimen, un incremento de la solvencia financiera del deudor respecto a los créditos ordinarios, e indiscutiblemente una afectación a tal fin, como mínimo de igual grado que los propios del préstamo participativo que se decide amortizar anticipadamente. Ejemplos de ello serían otro préstamo participativo con un plazo de vencimiento posterior al que ahora se amortiza anticipadamente o el aumento de capital mediante nuevas aportaciones.

3. Implicaciones de un préstamo participativo

La utilización de los préstamos participativos se fundamenta en la consideración de que si un crédito posee determinadas características –las mencionadas en los apartados anteriores– se reputa, a ciertos efectos, como parte de los fondos propios, dentro del patrimonio neto del deudor, mientras que en lo demás mantiene su condición de pasivo. Esta idea se desprende no solo de su regulación en el Real Decreto-Ley 7/1996, sino que, en tal sentido, se pronunció también el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en la Resolución de 20 de diciembre de 1996, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil, refiriéndose expresamente a las peculiares características de los préstamos participativos para justificar su consideración como patrimonio neto a los efectos indicados.

Precisamente dicha naturaleza especial de crédito-deuda, derivada de los elementos estructurales y funcionales expuestos, acerca a los préstamos participativos a las figuras

societarias, permaneciendo no obstante claramente diferenciados a pesar de la repercusión que tal cercanía supone en la determinación del régimen jurídico aplicable³.

La similitud se deriva, por un parte, de la asunción de riesgo, tanto en la retribución como en el derecho al reembolso, y, por otra, de la afectación del préstamo participativo a la solvencia del deudor, cualidades estas que permiten modular la estructura financiera del deudor, especialmente en supuestos de crisis preconcursal o dentro del mismo procedimiento concursal⁴. Sin perjuicio de lo anterior, conviene notar que el carácter subordinado del derecho al reembolso y el grado de afectación del crédito participativo a la solvencia financiera del deudor, no pueden identificarse con la participación en pérdidas ni con la afectación patrimonial propia de las sociedades (Colino Mediavilla, 2010).

Al margen de la prelación de créditos, no puede decirse que el crédito participativo absorba las pérdidas que sean resultado de la actividad desarrollada por el deudor e, igualmente, tampoco el reembolso se ve condicionado por dichas pérdidas, ni siquiera en el caso de que el patrimonio neto del deudor fuese insuficiente para cubrir el capital social. Así pues, no hablamos de riesgo ni afectación societarios, diferenciándose así con respecto a la posición del socio de la sociedad.

Cuestión aparte es la consideración que reciben los préstamos participativos como fondos propios del deudor a fin de examinar su riesgo de solvencia. Así, se estima que forman parte del patrimonio neto del deudor a los efectos de la reducción del capital y de la disolución de sociedades previstas en la legislación mercantil, tal y como preceptúa el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996. Esta consideración como fondos propios o patrimonio neto del deudor solamente opera a los concretos efectos para los cuales se establece⁵, manteniendo por lo demás los créditos participativos su condición de crédito-deuda.

La consideración como fondos propios del deudor con objeto del control de su solvencia se justifica por la propia estructura, función y naturaleza de los préstamos participativos. Si bien, como ya expusimos, los elementos caracterizadores de los préstamos participativos no los transforman en figuras societarias y tampoco se les puede atribuir la función de incremento de la solvencia propia de estas, sí es cierto que su particular naturaleza crediticia da lugar, pese a la condición de pasivo que supone para el deudor, al refuerzo de su solvencia financiera por cuanto asume un carácter subordinado en la prelación de créditos y por su afectación, en el condicionamiento de la amortización anticipada, a la solvencia financiera del deudor.

Es normal, pues, por la propia funcionalidad de los créditos participativos, que su utilización incida en la estructura financiera del deudor. Así, entre las razones para su uso se encuentra la finalidad de estructurar financieramente el desarrollo de nuevos proyectos o actividades, tal es el caso del supuesto práctico que venimos analizando en este trabajo.

Y también es lógico, a efectos del control del riesgo de solvencia del deudor, que el plazo de vencimiento del préstamo participativo juega un papel fundamental. En este

³ *Vid.* Sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Huesca de 29 de abril de 2004.

⁴ A este respecto, artículos 100.2 y 134.1 LC.

⁵ En este sentido, *vid.* Sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Huesca de 29 de abril de 2004, Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid de 11 de diciembre de 2006, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 14 de octubre de 2008 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1ª) de 28 de diciembre de 2009.

punto, es evidente que a medida que se acerca el plazo de vencimiento del mismo disminuye tal función de control de la solvencia.

De este modo, conviene resaltar que el aumento de la solvencia financiera es función de los propios elementos estructurales que caracterizan a los préstamos participativos y, por tanto, aun cuando en las normas de referencia solamente se hace referencia expresa a su consideración como patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y disolución por pérdidas, ello no es óbice para su consideración como fondos propios a fin de controlar el riesgo de solvencia.

Cuestión debatida es la propia literalidad del artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996 en lo relativo a la consideración de los préstamos participativos como patrimonio neto a los efectos ya expuestos, fundamentándose en las propias características de los mismos. Sin embargo, conviene hacer algunas precisiones en lo relativo al concepto de patrimonio neto.

En primer lugar, el patrimonio neto al que se refieren las normas reguladoras de la reducción de capital y la disolución de la sociedad por pérdidas [artículos 317.1, 320, 327, 363.1.e) y 453.1 TRLSC] se concibe funcionalmente como la cobertura patrimonial del capital, de manera que quedan fuera del mismo las aportaciones a título de crédito.

En esta línea, la reducción del capital que resulta obligatoria por pérdidas responde al fin de evitar que se mantenga en el tiempo una cifra de capital que no tiene su reflejo, en cierta cuantía, en un patrimonio de cobertura. Por su parte, la finalidad de la disolución por pérdidas es la extinción de la sociedad en el momento en que se pierde determinada cuantía del patrimonio de cobertura del capital, restando aun así cantidad suficiente para pagar a los acreedores sociales. Es por esto por lo que la disolución por pérdidas satisface también cierta función preconcursal, preventiva: ante la existencia de dichas pérdidas se impone una liquidación que permite pagar a todos los acreedores, por lo que en la disolución-liquidación societaria no se da una concurrencia y prelación de créditos de manera que no procede hablar de subordinación.

En segundo lugar, como ya se ha avanzado, los préstamos participativos no son capital social ya que su función, a pesar de otorgarles una naturaleza especial como créditos, no es comparable con la de las sociedades. Fundamentalmente, no hay similitud en el riesgo retributivo, por ejemplo, en el derecho de reembolso, dado que no es lo mismo el carácter subordinado de los préstamos participativos que la participación en pérdidas.

En tercer lugar, el estimar los créditos participativos como parte del patrimonio neto en atención a la reducción de capital y la disolución por pérdidas no encuentra amparo en el tratamiento que ofrece el Derecho Concursal para los créditos subordinados, entre ellos los participativos. En consecuencia, tampoco se puede fundamentar en la interpretación concursal que los créditos participativos tengan la consideración de patrimonio neto a efectos de cobertura del capital, puesto que en la Ley Concursal se entiende que estos no satisfacen tal función, ya que son créditos, no capital.

En estos términos, pues, puede decirse que el incremento en la solvencia financiera del deudor como consecuencia de la suscripción de un préstamo participativo justifica, por sus propias características, considerarlo parte de los fondos propios a efectos del control del riesgo de solvencia del deudor, sin embargo no es identificable con el capital social como medida para calcular su patrimonio de cobertura.

A este respecto conviene notar que también en el marco de la Unión Europea se puso de manifiesto esta necesidad de diferenciar entre el capital social y la financiación

subordinada. Así, la Comunicación interpretativa sobre determinados artículos de la Cuarta y de la Séptima Directivas del Consejo relativas a las cuentas (*DOCE* de 20 de enero de 1998) se expresa en los siguientes términos:

«La Directiva no prevé una partida separada para préstamos subordinados. Éstos no han de figurar en una partida «capital y reservas» sino en una partida de «deudas». Para resaltar la naturaleza específica de estos préstamos, puede crearse una partida específica del balance y en la Memoria dar más información acerca de los plazos y los tipos de los mismos».

En esta línea, dada su naturaleza de capital ajeno o de deuda, la retribución pactada en el contrato de préstamo participativo se trata de un gasto financiero del deudor, reflejándose en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias como tal. No obstante, como analizaremos en el apartado siguiente, consideración distinta merece en el ámbito fiscal.

II. TRATAMIENTO FISCAL

Desde el punto de vista fiscal, conteste a las siguientes cuestiones:

¿Cuál es el fundamento que motiva el inicio de las actuaciones inspectoras dirigidas frente al sujeto pasivo GALIENERXIA?

Analice el tratamiento de la operación desde la perspectiva contraria: siendo la entidad residente en España (sociedad matriz) la que actúa como prestamista.

Exponga las previsiones establecidas en la normativa europea que regulan la relación Matriz-Filial y su transposición a Derecho interno en España en relación con los mecanismos híbridos. Considere también si existe algún Convenio ratificado por España para evitar la doble imposición que resulte aplicable al caso.

1. Objeto del procedimiento inspector seguido por la Agencia Tributaria

En orden a examinar la motivación del procedimiento inspector dirigido frente a la sociedad GALIENERXIA debemos dilucidar qué tratamiento recibe el pago de intereses en la legislación fiscal, partiendo de la determinación de la Base Imponible (BI) del Impuesto sobre Sociedades.

En términos tributarios, la Base Imponible está integrada por el importe de la renta obtenida por el contribuyente en el período impositivo, esto es, durante el ejercicio económico de la entidad, y constituye la cuantía sobre la que se determina el cálculo del impuesto correspondiente.

La forma de obtención de la Base Imponible viene determinada por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo artículo 10.3 se explicita que, de acuerdo con el método de estimación directa, la base imponible “*se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas*”. Es decir, salvo las correcciones que proceda realizar, la Base Imponible coincidirá con el beneficio obtenido por la persona jurídica y que se recoge en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias de la sociedad.

No obstante, como acabamos de apuntar, para determinar correctamente la BI en ocasiones es preciso realizar ajustes extracontables, estos son ajustes al resultado contable para adecuarlo a la normativa fiscal.

Uno de los supuestos en los que existe discrepancia entre el resultado contable y el fiscal es en los gastos financieros. El Plan General de Contabilidad reconoce como gastos financieros los costes derivados de la financiación ajena, como los intereses pagados a terceros por el capital prestado. Sin embargo, a nivel fiscal, se contempla una limitación en el artículo 16 de la LIS a la deducibilidad de los gastos financieros netos (entendiendo por tal el exceso de gastos respecto de los ingresos financieros), pues se admite que sean deducibles con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio, si bien en todo caso se permite deducir la cantidad de un millón de euros.

A pesar de ser esa la regla general aplicable al pago de intereses, en el supuesto objeto de estudio debemos examinar las particularidades previstas para el caso de amortización de un préstamo participativo. A este respecto, la última actualización de la LIS en el año 2014 modificó la tributación de los intereses pagados en virtud de un préstamo participativo y, de acuerdo con el nuevo artículo 15, estos no tienen la consideración de gastos fiscalmente deducibles para la empresa que los soporta, pues se entiende que representan una retribución de los fondos propios.

Así, hallamos el fundamento del procedimiento inspector en la propia literalidad del artículo 15:

«Artículo 15. Gastos no deducibles.

No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

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

A los efectos de lo previsto en esta Ley, tendrá la consideración de retribución de fondos propios, la correspondiente a los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable.

Asimismo, 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 según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».

Como se puede colegir, la normativa fiscal se halla íntimamente ligada a la normativa mercantil. La unión entre ambos cuerpos normativos se fundamenta, entre otras, en la remisión específica por parte de la legislación fiscal a determinados preceptos o términos ya acuñados en la legislación mercantil. Así, en el ámbito tributario, destaca por su incidencia la remisión al artículo 42 del Código de Comercio, que hemos analizado previamente. Y, como se ha concluido para el supuesto que nos ocupa, las sociedades GALIENERXIA y ENERGYLUX forman un grupo de acuerdo con los requisitos exigidos por el Código de Comercio en su artículo 42.

En consonancia, pues, con la nueva redacción del artículo 15 en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades la forma de proceder de la sociedad GALIENERXIA ha de reputarse como contraria a Derecho, toda vez que los intereses pagados en virtud del préstamo participativo concedido por ENERGYLUX no gozan del beneficio fiscal de ser considerados como gastos fiscalmente deducibles.

Al hilo del razonamiento expuesto, pese a que contablemente es correcta su imputación a la Cuenta de Pérdidas y Ganancias como gastos financieros, a la hora de la determinación de la Base Imponible, y teniendo en cuenta que el punto de partida para su cálculo es el resultado contable, lo que procede es realizar el correspondiente ajuste extracontable positivo a fin de incrementar la Base Imponible sobre la que se calculará el impuesto debido. En esta línea, como es fácilmente deducible, toda vez que los gastos contabilizados en el resultado contable superan en cuantía a los permitidos fiscalmente, la Base Imponible se obtendrá como suma del resultado previsto en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias más las cantidades abonadas en concepto de intereses no deducibles derivados del préstamo participativo.

Centrándonos en el ámbito temporal de aplicación del artículo 15, letra a), a ello se refiere la Disposición transitoria decimoséptima de la LIS cuando, a *sensu contrario*, dispone que el régimen expuesto resultará de aplicación a los préstamos participativos otorgados con posterioridad a 20 de junio de 2014.

En concreto, fue en fecha 1 de abril de 2015 cuando las sociedades GALIENERXIA y ENERGYLUX formalizaron el contrato de préstamo participativo. De lo anterior se infiere, pues, que para los períodos impositivos correspondientes a los años 2015 y 2016 ya resultaba de aplicación la reforma impuesta por la Ley vigente del Impuesto sobre Sociedades. En consecuencia, los rendimientos correspondientes a sendos ejercicios económicos debieron reputarse como gastos no deducibles y, por ende, incrementar la Base Imponible del IS.

A pesar de ello, la sociedad GALIENERXIA incorporó los citados gastos derivados del préstamo participativo como deducibles, de manera que minoró sus bases imponibles en los años 2015 y 2016 en mayor cuantía de la debida. Por este motivo, a falta de una correcta imputación por parte de la sociedad española, la Agencia Tributaria inició frente a la misma un procedimiento inspector a través del cual procedió a la regularización de su situación tributaria mediante la práctica de las correspondientes liquidaciones. En este caso la comprobación tuvo por objeto la calificación dada por la empresa obligada al pago a los gastos consignados en sus declaraciones, con el fin de poner de manifiesto la existencia de hechos con relevancia tributaria declarados incorrectamente. En dicha liquidación la AEAT incrementa la Base Imponible declarada en la cuantía de los intereses no fiscalmente deducibles, acrecentando en consecuencia el montante a ingresar, de manera que la sociedad GALIENERXIA queda obligada a saldar la diferencia entre lo debido y lo efectivamente pagado, sumando además los intereses de demora hasta el día en que ha sido dictada la liquidación como procede de acuerdo con el artículo 26.2.b) de la Ley General Tributaria.

Junto con lo anterior, además, la Administración le impone una sanción por los hechos referidos. Conviene señalar que la comisión de una infracción tributaria, como resulta de haber declarado incorrectamente los gastos derivados de la actividad, por sí sola, no justifica la imposición de una sanción tributaria. Para llegar a este extremo, la Administración Tributaria ha de probar que la empresa contribuyente actuó de forma dolosa o culposa, con cualquier grado de negligencia, exigencia derivada del artículo 183.1 de la LGT. Y ello porque en el Derecho Tributario español la responsabilidad sancionadora es subjetiva, como ha señalado el Tribunal Constitucional en las sentencias 76/1990, de 26 de abril y 164/2005, de 20 de junio.

Como bien apunta la Sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 2012, *“la apreciación de una infracción tributaria sancionable requiere, en primer lugar, la concurrencia de un elemento objetivo, consistente en la existencia de una conducta antijurídica y tipificada como infracción sancionable en las leyes. Además de apreciar el elemento objetivo, la ley exige que sea asimismo apreciable un elemento subjetivo, consistente en la consideración de la conducta enjuiciada como culpable (bien sea a título de dolo, culpa o simple negligencia)”*.

Por ello, como se extrae de la sentencia del Alto Tribunal, la imposición de una sanción debe obedecer, en todo caso, a la falta de diligencia del contribuyente: *“El mero hecho de que exista una liquidación tributaria a resultas de una regularización realizada por la Inspección de tributos, con resultado de deuda tributaria a ingresar, no es*

suficiente para apreciar la existencia de infracción tributaria sancionable en ausencia de una debida acreditación de la culpa del sujeto pasivo” (Sentencia citada).

En el mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Económico-Administrativo Central en una resolución de fecha 18 de febrero de 2016 en la que refuerza las exigencias de motivación de las sanciones tributarias. En concreto, el TEAC determina en su resolución que la utilización de fórmulas genéricas y estereotipadas, como la expresión “*analizadas las circunstancias concurrentes la conducta del obligado tributario ha sido negligente sin que se aprecie ninguna causa de exoneración de la responsabilidad*” cuestionada en el caso, no supone criterio suficiente para considerar cumplida la obligación de motivación.

Esta necesidad de rigor se deriva del derecho a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, en base al cual se exige que sea la Administración quien fundamente la existencia de culpabilidad.

Así, los elementos fácticos y jurídicos en los que se apoye la Administración deben ponerse de manifiesto en el procedimiento sancionador seguido al efecto. Como regla general, y salvo renuncia del obligado tributario o en los supuestos de Actas con acuerdo, se realizará una tramitación separada del procedimiento sancionador, que se deberá iniciar en el plazo de tres meses desde que se hubiese notificado la correspondiente liquidación.

Hasta tal punto resulta exigible el requisito de motivación suficiente en el procedimiento sancionador que una argumentación basada en fórmulas generalizadas o juicios de valor ni siquiera es subsanable. Siguiendo el criterio del TEAC, una vez anulada una sanción por falta de motivación, tratándose de un elemento esencial, queda vedado el inicio de un nuevo procedimiento sancionador por parte de la Administración.

En definitiva, resulta imprescindible para la correcta imposición de una sanción tributaria que la AEAT lleve a cabo una motivación suficiente de la culpabilidad en la conducta del contribuyente, como viene exigiendo reiteradamente la jurisprudencia, dando con ello cumplimiento al principio de culpabilidad y logrando la realización de las garantías constitucionales en materia sancionadora.

Finalmente, para la imposición de la sanción tributaria se requiere que no concurra ninguna causa de exclusión de responsabilidad. Estas están previstas en el artículo 179, apartados 2 y 3, de la LGT, entre las que destaca el supuesto de que no habrá lugar a responsabilidad por infracción tributaria cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

2. Análisis de la operación siendo la entidad prestamista residente en España

A continuación, con el objeto de abordar una variada casuística de hechos, conviene plantear qué tratamiento merecería cierta operación de préstamo participativo en la que la sociedad matriz es la entidad residente en España y la que actúa como prestamista.

La regla prevista en el artículo 15 de la nueva Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, analizada en el apartado anterior y relativa a la tributación de los intereses devengados por la sociedad prestataria, encuentra su correspondencia en el artículo 21 de la misma Ley en lo que se refiere a los intereses percibidos por la sociedad prestamista.

En virtud del citado artículo 21 de la Ley del IS los intereses que recibe la empresa prestamista como retribución por el préstamo participativo concedido estarían exentos con la finalidad de evitar la doble imposición. No obstante, se requiere el cumplimiento de una serie de requisitos. A ellos se hace referencia en el apartado 1 al considerar exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades, siempre y cuando el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital social o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5% o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros. En este último caso, la participación se ha de poseer de manera ininterrumpida a lo largo del año anterior al momento en que resulte exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, tendrá que mantenerse posteriormente durante el período de tiempo necesario para completar dicho plazo.

Asimismo, a efectos del cómputo del plazo anterior se considerará también el tiempo en el que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que se encuentren en las circunstancias descritas por el artículo 42 del Código de Comercio, esto es, que formen parte del mismo grupo de sociedades.

Adicionalmente, tratándose de participaciones en el capital social o en los fondos propios de entidades que no poseen su residencia en territorio español, se requiere que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta a un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades a un tipo nominal de, como mínimo, el 10% en el ejercicio en el que se hubiesen obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa, y ello con independencia de la aplicación de cualquier tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre dichos beneficios.

Para observar el cumplimiento de este requisito, se tendrán en cuenta los tributos extranjeros cuya finalidad sea la imposición de la renta que haya sido obtenida por la entidad participada, independientemente de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella.

A estos efectos, cuando la entidad participada resida en un país que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le resulte aplicable y que contenga cláusula de intercambio de información, dicho requisito adicional ya se considerará cumplido. Sin embargo, cuando la entidad participada resida en un país o territorio calificado como paraíso fiscal en ningún caso se entenderá cumplido, excepto que sea residente en un Estado miembro de la Unión Europea y que la sociedad acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas.

El apartado 2 del artículo 21, ordinal 2º, hace mención específica a que *“Tendrán la consideración de dividendos o participaciones en beneficios exentos las retribuciones correspondientes a préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, salvo que generen un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora”*. En virtud de lo anterior, los intereses devengados con motivo de un contrato de préstamo participativo que no hayan sido fiscalmente deducibles (es decir, que hayan tributado en sede de la entidad pagadora) gozarán del beneficio fiscal de la exención en sede de la sociedad receptora de los mismos, siempre y cuando ambas formen parte de un grupo de sociedades en los términos definidos en la legislación mercantil.

Aplicando los preceptos expuestos al caso objeto de estudio, para analizar el tratamiento de la operación descrita desde la perspectiva contraria, supongamos que el

porcentaje de participación entre las sociedades es el descrito en el enunciado del supuesto de hecho. Así, hemos de entender que es ahora la sociedad española quien actúa como prestamista en el acuerdo de préstamo participativo celebrado con una sociedad filial en la que participa en un 94,73%.

En base a las consideraciones anteriores, lo cierto es que la prestamista cumple con el requisito inicial de poseer un porcentaje de participación superior al 5% en la entidad que efectúa el pago de intereses y, además, este ha debido de mantenerse, al menos, durante el año anterior al día en que resulta exigible dicho pago para considerar aplicable la exención.

A mayores, en consonancia con el enunciado de partida, y entendiendo que la entidad participada no tiene su residencia fiscal en territorio español, es preciso el cumplimiento de un requisito adicional. Como ya se ha apuntado, tratándose de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades residentes en el extranjero, la entidad participada y prestataria en este caso, ha debido estar sometida, al menos, a un tipo nominal del 10% por un impuesto de naturaleza similar al Impuesto sobre Sociedades.

Cumplíndose ambos requisitos, en virtud del artículo 21.2.2º de la LIS las retribuciones percibidas por la sociedad prestamista española correspondientes al préstamo participativo estarían exentas considerando que ambas sociedades forman parte de un mismo grupo, pues el porcentaje actual de participación cumple con los criterios previstos al efecto por el Código de Comercio. La única salvedad a la aplicación de esta exención viene prevista en el propio artículo 21.2.2º *in fine*, siendo este el caso de que el pago de intereses hubiese dado lugar a un gasto fiscalmente deducible para la entidad prestataria, pues entonces estaríamos ante un supuesto de doble no imposición.

Por último, resta también comentar que, de no cumplirse las condiciones impuestas por el artículo 21 para beneficiarse de la exención, los intereses recibidos tributarían como ingresos por cesión a terceros de capitales propios.

3. Regulación a nivel europeo en relación con los mecanismos híbridos

Retomando la idea de “instrumentos financieros híbridos”, debemos analizar como paso previo el tratamiento diferenciado de los conceptos “capital” y “deuda” que ha sido adoptado por las legislaciones tributarias. Esta distinción se encuentra todavía presente en gran parte de los sistemas tributarios pero, desde una perspectiva económica, genera una serie de inconsistencias a nivel internacional.

Al respecto, es importante considerar que, en base a criterios establecidos por empresas clasificadores de riesgo como Standard & Poor's⁶ y Moody's⁷, un “instrumento de capital” posee las siguientes características: i) no está sujeto a un plazo de vencimiento, ii) no implica la exigencia de pagos de los que se pueda derivar un incumplimiento y iii) conlleva para los tenedores la absorción de pérdidas en los supuestos de liquidación o

⁶ Standard & Poor's, Corporate Rating Criteria 2006.

⁷ Moody's Investors Service, Refinements to Moody's Tool Kit: Evolutionary not Revolutionary, February 2005.

quiebra de la empresa emisora. Por el contrario, es la ausencia de estas particularidades lo que configura un “instrumento de deuda”.

Esta distinción y el consecuente tratamiento tributario diferente abren la posibilidad de aprovecharse de importantes beneficios fiscales, especialmente cuando se trata de dos países distintos que han utilizado criterios diversos a la hora de calificar los rendimientos derivados de estos instrumentos financieros.

«En consecuencia, un determinado instrumento considerado como deuda en un país podrá ser considerado como capital en el otro, tanto desde una perspectiva legal como tributaria. Esta ambigüedad permite que los contribuyentes se encuentren en la aptitud de obtener una serie de beneficios fiscales a nivel internacional»⁸.

Como regla general, los rendimientos originados por “instrumentos de deuda” (intereses) pueden ser deducibles para el pagador a efectos de la determinación del correspondiente impuesto sobre la renta, mientras que los rendimientos originados por “instrumentos de capital” (dividendos) no gozan de tal consideración en los impuestos sobre la renta y ello porque el pago de dividendos “*es realizado después de impuestos y, por consiguiente, no tiene la condición de deducible*”.⁹

En contrapartida, los intereses se califican como ingresos para el acreedor y, por tanto, serán gravados por su impuesto sobre la renta. Lo contrario sucede con los dividendos que, generalmente, gozarían del beneficio de la exención para el perceptor de los mismos.

No obstante, en un contexto internacional, es preciso advertir que no siempre se da esta correspondencia entre las dos partes. Así, es posible que los rendimientos derivados del capital, como es el caso de los dividendos, puedan estar sujetos también a imposición en el país de residencia del perceptor, lo que generaría una doble imposición económica frente a la cual se prevén diversos métodos para evitarla.

Todo lo anterior nos permite colegir que las diferencias entre “instrumentos de deuda” e “instrumentos de capital” pueden ser explotadas por medio de la configuración de ciertos instrumentos financieros, los cuales incluyen tanto cualidades de la deuda como del capital. En este caso, las características ambivalentes que presentan estos mecanismos posibilitan la obtención de un beneficio fiscal en una jurisdicción, mediante la deducción del gasto por intereses por ejemplo, mientras que, al mismo tiempo en la otra jurisdicción, no se produce una tributación efectiva debido a que el rendimiento se califica como dividendo y, como tal, no está sujeto a imposición. Este tipo de instrumentos se denominan “instrumentos financieros híbridos”.

Existe una gran variedad de instrumentos financieros híbridos en el mercado internacional, entre ellos, adquieren especial relevancia los conocidos como “*profit participation loans*” o préstamos participativos, los cuales, como se ha explicado precedentemente, son créditos en los que se pacta que la cuantía de intereses a pagar

⁸ «As a consequence, a given instrument considered as a debt in a member state may be considered as equity in another member state, both from a legal and tax point of view. It may lead the taxpayers to use this ambiguity at the international level in order to get tax benefits». MICHIELSE, G. (Ed.) (1996) *Tax Treatment of Financial Instruments*, Kluwer Law International, p. 17.

⁹ “are made out of after-tax profits and therefore are not tax deductible”. HINNY, P. (2008) *General Report: New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*, Cahiers de Droit Fiscal International, Volume 93b, Rotterdam: IBFD, p. 20.

queda supeditada a la rentabilidad del negocio del deudor. En cierta medida, pese a formalizarse como una deuda, presentan una estructura que sería equiparable a un instrumento de capital, por cuanto el pago de un interés se hace depender exclusivamente de la existencia de utilidades.

Como puede observarse, los instrumentos financieros híbridos pueden ser clasificados distintamente en el país de la fuente y en el país de residencia del perceptor de las rentas. El origen de este conflicto se produciría si, por un lado, el país de la fuente adopta el criterio de realidad económica y, con relación a la misma operación, el otro país aplica un criterio netamente legal o formalista. En este razonamiento, siguiendo el ejemplo antes apuntado, mientras el rendimiento de un instrumento financiero híbrido se califique como interés en el país de la fuente y como dividendo en el país de residencia del receptor, puede no generarse tributación en ninguno de los dos países.

Tal y como hemos apuntado esta problemática adquiere relevancia en un contexto internacional cuando hablamos de interacciones entre dos países que no aplican un tratamiento simétrico a una misma transacción.

A nivel europeo, la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, comúnmente conocida como «Directiva Matriz-Filial», responde a la necesidad de definir en el ámbito de la Unión Europea unas condiciones similares a las de un mercado interior para los grupos de sociedades que operan en diferentes Estados miembros, evitando con ello que las disposiciones fiscales particulares de los Estados miembros dificulten o restrinjan su buen funcionamiento.

Esta Directiva establece la neutralidad fiscal con relación al reparto de dividendos de la filial a la matriz. Así, el Estado de la sociedad matriz cuando ésta reciba los beneficios distribuidos por la filial deberá o bien abstenerse de gravar dichos beneficios o, en caso de gravarlos, autorizar a la sociedad matriz a deducir de su impuesto la parte del mismo relativa a los beneficios y satisfecha por la filial.

La Directiva Matriz-Filial tiene su reflejo en el ordenamiento interno español. De este modo, la distribución de beneficios de sociedades filiales con residencia en España a sus matrices con residencia en EEMM de la Unión Europea se recoge en el artículo 14.1.h) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes («IRNR») en el que, con algunas particularidades, se califican esas rentas como “exentas”. En cuanto a la percepción de beneficios por parte de sociedades matrices con residencia en España procedentes de sociedades filiales extranjeras, la normativa española regula la eliminación de la doble imposición internacional en la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Concretamente, el artículo 32 de la LIS permite a la sociedad española deducir de su Impuesto sobre Sociedades el impuesto efectivamente pagado por la entidad no residente respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos, siempre que la cuantía correspondiente a tales dividendos se incluya en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Por otro lado, se regula un método alternativo al anterior en el artículo 21 de la propia Ley del Impuesto sobre Sociedades, el cual permite directamente la exención de los dividendos percibidos cumpliendo determinados requisitos.

Si bien esta Directiva europea del año 2011 trata de evitar los hándicaps que pudieran derivarse de una doble imposición económica internacional, la misma fue reformada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 incluyendo una

disposición anti-híbridos en la Directiva Matriz-Filial al objeto de ocuparse también de las inconsistencias derivadas de una doble no imposición internacional.

Al hilo de lo comentado anteriormente, se añade a lo contemplado en el artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva 2011/96/UE la siguiente modificación:

«(...) se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial».

En virtud de lo anterior se puntualiza que, cuando la sociedad matriz reciba beneficios distribuidos por su sociedad filial, estos gozarán de la bonificación fiscal de no ser gravados en el país de residencia de la sociedad matriz solo cuando no hubiesen sido deducibles por la sociedad filial en el país de la fuente. Por el contrario, en la medida en que los mismos hubiesen disfrutado de la deducción ofrecida en sede de la filial, han de tributar inexcusablemente en el Estado de residencia de la matriz a fin de evitar la no tributación por las dos vías.

El artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en España, relativo a la exención sobre dividendos o participaciones en beneficios de entidades, responde también a esta idea al establecer en su apartado 1 *in fine* la misma previsión anti-híbridos:

«No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora».

En este contexto, no podemos dejar de mencionar que la preocupación por la utilización de instrumentos híbridos que provocasen el efecto de «erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios» al aprovecharse de su calificación dispar en diferentes jurisdicciones dio lugar a que, en el marco de la OCDE, con el fin de evitar el uso de mecanismos legales que permitiesen reducir artificialmente los beneficios con fines fiscales, se promoviese un Plan de Acción con distintas medidas comúnmente conocidas como BEPS («*Base Erosion and Profit Shifting*», por sus siglas en inglés). En particular, es en la Acción 2 del Plan BEPS donde se proponen soluciones concretas para neutralizar los efectos producidos por los instrumentos híbridos.

Las propuestas estudiadas en el seno de la Acción 2 del Plan BEPS se plasmaron en un Informe Final del año 2015, en el cual se describen diversos tipos de situaciones híbridas, en base a las cuales se formulan las recomendaciones y se proponen reglas para tratar de solucionar adecuadamente la asimetría fruto de la tributación internacional. Los supuestos de análisis que abarca el Informe son:

- i) Cuando un mismo pago ocasiona un gasto deducible en una jurisdicción pero al mismo tiempo no se tributa por el correspondiente ingreso en la otra jurisdicción, se conoce como efecto deducción/no inclusión (D/NI). El concepto de “no inclusión” ha de entenderse en un sentido amplio, pues se produce siempre que un país conceda una exención total o parcial, o bien un crédito fiscal, o aplique un tipo reducido a determinados ingresos.
- ii) Cuando el mismo pago da lugar a un gasto deducible en dos jurisdicciones se genera un efecto deducción/deducción (DD).
- iii) También se contempla la posibilidad de que los efectos anteriores se exporten a una tercera jurisdicción, a través de mecanismos no híbridos, en cuyo caso se denomina efecto deducción/no inclusión indirecta (D/NI indirecta).

Esencialmente, se requiere que el desajuste híbrido sea atribuible al elemento híbrido. Es decir, para que exista un híbrido, es necesario que la asimetría sea debida a la distinta calificación fiscal otorgada al instrumento o entidad en las jurisdicciones implicadas, no existiendo híbrido, por tanto, cuando dicha asimetría en la tributación se deba a otros factores.

Una vez expuestos los supuestos de análisis, en el Informe de la Acción 2 se plantean un conjunto de recomendaciones a incluir en la normativa relativa al Impuesto de Sociedades de cada país con la finalidad de evitar la situación híbrida. En concreto, se proponen mejoras, por ejemplo, en cuanto a la exención de dividendos o al régimen de transparencia fiscal internacional.

No obstante, si las citadas mejoras no fuesen suficientes para prevenir el desajuste híbrido, el informe introduce normas cuya pretensión es ajustar el tratamiento fiscal dado a la operación en una y en otra jurisdicción. Con carácter general, estas normas tienen un doble componente, esto es, contienen dos reglas y cada una de ellas solucionaría el problema derivado del híbrido en una de las jurisdicciones implicadas. A estas dos reglas se les denomina “*primary rule*” o regla primaria y “*secondary rule*” o regla secundaria, aplicándose de forma jerárquica: la “*secondary rule*” únicamente entraría en funcionamiento cuando la otra jurisdicción no hubiese introducido en su legislación la “*primary rule*”. Conviene apuntar aquí que el fundamento de este criterio jerárquico se sustenta en que, si las dos normas se aplicasen a la vez, se producirían entonces situaciones de doble imposición no pretendidas. Fundamentalmente, lo que caracteriza a estas reglas es que corrigen solo el efecto del híbrido, sin entrar a recalificar la entidad o el instrumento, aplicándose de forma automática. Sin embargo, como es evidente, a la par que los distintos países procedan a incorporar normas anti-híbridos en su normativa, caerá en desuso la “*secondary rule*” puesto que el híbrido se corregirá en este caso mediante la utilización de la “*primary rule*”.

Con posterioridad a la adopción de las medidas BEPS, la Unión Europea promulgó la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Esta Directiva Anti-Elusión, también conocida como ATAD («*Anti-Tax Avoidance Directive*», por sus siglas en inglés), compendia un conjunto de medidas tributarias diversas, entre ellas algunas de las recomendaciones emanadas del Plan BEPS en materia de híbridos. A diferencia de otras Directivas en materia de fiscalidad que establecen límites a la soberanía tributaria de los países miembros, al obligar a los Estados a abstenerse de gravar determinados hechos imponibles –como ocurre con la Directiva Matriz-Filial–, la Directiva Anti-Elusión crea hechos imponibles nuevos e insta a los Estados a gravar rentas que hasta el momento no eran gravadas. Se refiere a los casos en que el distinto tratamiento otorgado por dos Estados a un mismo instrumento híbrido ocasione la deducción de los mismos gastos, los cuales solamente serán deducibles donde se haya originado el pago correspondiente. En la misma línea, tratándose de la deducción de un gasto en el Estado de origen sin su inclusión en la base imponible del Estado de destino, no se permitirá la deducción fiscal del gasto en el Estado de origen.

La Directiva (UE) 2016/1164 fue modificada por la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. Así, esta nueva Directiva amplía el ámbito de aplicación de la anterior, incluyendo también a aquellas entidades que sean tratadas por un Estado miembro como transparentes, es decir, como si no existieran a efectos fiscales, resultado de la utilización

de mecanismos híbridos invertidos con los que se busca eludir la aplicación de las reglas generales previstas para los instrumentos financieros híbridos.

En otro orden de ideas, refiriéndonos en concreto al régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, la Unión Europea aprobó la Directiva 2003/49/CE. Con carácter general, el tratamiento otorgado a dichos pagos sería la exención de los mismos de cualquier impuesto sobre estos en el Estado de origen, toda vez que su tributación se produciría por parte del beneficiario en el otro Estado miembro. A pesar de esta regla, ya el propio artículo 4 de la citada Directiva prevé la exclusión de determinados pagos:

«Artículo 4. Exclusión de pagos en concepto de intereses o cánones.

1. El Estado miembro de origen no estará obligado a garantizar las ventajas de la presente Directiva en los casos siguientes:

a) los pagos que se traten como distribución de beneficios o como reembolso del capital, con arreglo a la legislación del Estado de origen;

b) los pagos procedentes de créditos que comprendan un derecho a participar en los beneficios del deudor;

(...).

En atención al precepto descrito, y aplicándolo a nuestro supuesto de análisis, aquellos pagos de intereses procedentes de un préstamo participativo, por cuanto suponen un derecho a participar en los beneficios del deudor y reciben un tratamiento equiparable al dividendo en el Impuesto sobre Sociedades, quedan excluidos de la exención prevista en la Directiva 2003/49/CE. Por ello, en el Estado miembro de origen pueden no gozar de la deducción establecida con carácter general para los gastos financieros, quedando por tanto sujetos al gravamen sobre la renta correspondiente, en cuyo caso ya se beneficiarían de la no tributación por dicho concepto en el otro Estado miembro.

Centrándonos en los acuerdos alcanzados por España con otros países sobre fiscalidad, es menester aludir al Convenio ratificado entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y su Protocolo anexo. El artículo 11 de este documento se redacta en términos potestativos, posibilitando que los intereses procedentes de un Estado Contratante pagados a un residente del otro Estado Contratante puedan someterse a imposición en ese otro Estado. Sin embargo, precisa el apartado 2 del mencionado precepto que dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado Contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, teniendo en cuenta que si el receptor de los intereses es el beneficiario efectivo el impuesto así exigido no podrá exceder del 10% del importe bruto de los intereses.

A este respecto, el apartado 4 del artículo 11 conceptúa el término «intereses», empleado en este precepto, al determinar que en él quedan incluidos «*los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantías hipotecarias o cláusulas de participación en los beneficios del deudor (...)*». En dicha especificación, referente a la participación en los beneficios del deudor, podrían quedar, pues, subsumidos los préstamos participativos.

Si bien, en una interpretación del principio de subsidiariedad, fundamentada en la práctica, podríamos sostener que la armonización efectuada en este ámbito por la Unión Europea, de quien forman parte tanto España como Luxemburgo, ha de preceder a los convenios consensuados parcialmente entre los Estados.

III. ESTUDIO DE LOS RECURSOS

¿Qué recursos cabría interponer contra el Acuerdo de liquidación dictado por la Administración Tributaria?

1. Terminación de las actuaciones inspectoras y revisión de actos en la vía administrativa

La liquidación efectuada por la Administración Tributaria en el presente caso es la forma habitual de terminación de las actuaciones inspectoras, tras la correspondiente formalización del acta.

Las actas, de acuerdo con el artículo 143.2 de la Ley General Tributaria, son:

«los documentos públicos que extiende la inspección de los tributos con el fin de recoger el resultado de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación, proponiendo la regularización que estime procedente de la situación tributaria del obligado o declarando correcta la misma».

No obstante, el procedimiento inspector no termina propiamente con la formalización del acta de inspección, en la que se recoge una propuesta de liquidación, sino que el mismo finaliza cuando se notifica el acto de liquidación. Por este motivo, contra las actas no puede presentarse recurso o reclamación económico-administrativa, pues estos solo proceden respecto de las liquidaciones tributarias que resulten de las referidas actas.

En concreto, se distinguen tres clases de actas: con acuerdo, de conformidad o de disconformidad, diferenciándose en su tramitación.

Cuando el obligado tributario firma un acta con acuerdo, se entiende que acepta íntegramente el contenido de la misma propuesto por la Administración Tributaria. En este caso, la liquidación y la sanción que se deriven del acuerdo no podrán ser impugnadas o revisadas en vía administrativa salvo nulidad de pleno derecho, y sin perjuicio del recurso que se pueda interponer en vía contencioso-administrativa por vicios en el consentimiento. La cuantía de la sanción pecuniaria impuesta se reducirá en un 50% en el supuesto de firma de acta con acuerdo.

En las actas de conformidad el obligado tributario da su conformidad a la propuesta de regularización formulada por la Inspección y los hechos que han sido aceptados se presumen ciertos, de modo que únicamente podrán rectificarse si se prueba que se ha incurrido en error de hecho. Igualmente, se contempla la posibilidad de que el obligado tributario manifieste su conformidad de forma parcial con los hechos y la propuesta de regularización y liquidación formulada. Así pues, no se podrá revocar la conformidad expresada en el acta, pero queda a salvo el derecho del obligado tributario de recurrir contra la liquidación resultante y de presentar alegaciones –si bien ciertamente no es lo frecuente en la práctica–. Si se ha impuesto una sanción, la reducción de la misma sería del 30% en los supuestos de conformidad.

Por último, las actas de disconformidad se extienden por la Inspección si el obligado tributario no suscribe el acta, no comparece en la fecha fijada para su firma o muestra su

disconformidad respecto de la propuesta de regularización. Es en este supuesto cuando efectivamente suele hacerse efectiva la interposición de los recursos procedentes.

La revisión de los actos dictados por la Administración Tributaria se logra mediante la interposición del correspondiente recurso o reclamación. Especial consideración merecen los recursos contra las sanciones impuestas por los órganos tributarios, pues estos podrán tramitarse de manera independiente tal y como recoge el artículo 212 de la Ley General Tributaria:

«1. El acto de resolución del procedimiento sancionador podrá ser objeto de recurso o reclamación independiente. En el supuesto de que el contribuyente impugne también la deuda tributaria, se acumularán ambos recursos o reclamaciones, siendo competente el que conozca la impugnación contra la deuda.

2. Se podrá recurrir la sanción sin perder la reducción por conformidad prevista en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 188 de esta ley siempre que no se impugne la regularización.

Las sanciones que deriven de actas con acuerdo no podrán ser impugnadas en vía administrativa. La impugnación de dicha sanción en vía contencioso-administrativa supondrá la exigencia del importe de la reducción practicada.

(...».

La revisión puede efectuarse primeramente en vía administrativa, en cuyo caso quienes verifican la revisión son los órganos propios de la Administración. Diferenciaremos en este apartado el recurso de reposición de las reclamaciones económico-administrativas.

a) Procedencia del recurso de reposición

Procede interponer recurso de reposición frente al mismo órgano que dicta un acto cuando con este se ponga fin a la vía administrativa.

En nuestro caso objeto de estudio, frente a la liquidación fruto de la formalización del acta que pone fin a las actuaciones inspectoras, el obligado tributario puede interponer recurso de reposición. Su interposición es potestativa, esto es, queda a voluntad del interesado, por lo que este puede optar por presentar directamente reclamación económico-administrativa. Ambas vías al mismo tiempo son incompatibles, así que una vez interpuesto el recurso no podrá acudir a la reclamación económico-administrativa hasta que aquel se resuelva. Asimismo, tampoco podrá interponerse ya este recurso cuando el mismo acto ya haya sido impugnado en vía económico-administrativa.

El plazo para interponer recurso de reposición frente a la Administración Tributaria es de un mes, a contar desde el día siguiente a la notificación del acto recurrible. Su interposición produce los siguientes efectos: i) interrupción de los plazos para ejercitar otros recursos y ii) suspensión de la ejecución del acto recurrido, si la deuda queda suficientemente garantizada. Estarán legitimados para presentar recurso de reposición tanto los sujetos pasivos frente a quienes se dirige la inspección como aquellas otras personas cuyos intereses legítimos se vean afectados por el acto administrativo.

La Administración dispondrá de un mes a partir del día siguiente a aquel en que se presenta el recurso para notificar la resolución del mismo. Transcurrido dicho plazo, el

recurso puede considerarse desestimado y el interesado podrá interponer la reclamación procedente.

b) Reclamación económico-administrativa

De acuerdo con la definición ofrecida por el CGPJ, la reclamación económico-administrativa es un “procedimiento administrativo que tiene como finalidad revisar la legalidad de determinados actos como los de aplicación de tributos y sanciones tributarias”. La particularidad de este procedimiento es que es resuelto por un órgano distinto del que dictó el acto que se recurre e independiente del mismo.

La reclamación económica-administrativa es un presupuesto necesario del recurso contencioso-administrativo, es decir, si el obligado tributario tiene intención de interponer un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, deberá interponer previamente una reclamación económico-administrativa.

De las reclamaciones económico-administrativas pueden conocer los Tribunales Económico-Administrativos Regionales o Locales así como el Tribunal Económico-Administrativo Central. Los primeros conocerán en única instancia de las reclamaciones interpuestas contra actos administrativos dictados por órganos periféricos de la Administración del Estado y de la AEAT, cuando la reclamación no supere los 150.000 euros y, en primera instancia, de las reclamaciones contra los mencionados órganos cuando el importe de la reclamación supere los 150.000 euros. Por su parte, el Tribunal Económico-Administrativo Central se encarga, en única instancia, de las reclamaciones contra actos administrativos de los órganos centrales y, en segunda instancia, de los recursos de alzada interpuestos contra las resoluciones dictadas por los Tribunales Económico-Administrativos Regionales o Locales.

Están legitimados activamente para interponer dichas reclamaciones los obligados tributarios y sujetos infractores, pero también cualquier otra persona que vea lesionados sus intereses legítimos por la actuación tributaria. El plazo para interponer la reclamación económico-administrativa en única o primera instancia es de un mes y se contará desde el día siguiente al que se reciba la notificación del acto que se impugna.

En aplicación de lo expuesto, y considerando el supuesto concreto que nos ocupa en este trabajo, el acto de liquidación notificado a la sociedad GALIENERXIA se remite desde la Delegación de la Agencia Tributaria en A Coruña, por tanto, la posible reclamación económico-administrativa que la entidad puede ejercitar habrá de dirigirse al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia, toda vez que la liquidación practicada emana de un acto administrativo de un órgano periférico. El TEARG conocerá de la misma en primera instancia, pues la cuantía de la reclamación supera los 150.000 euros, en el año 2015 (ascendiendo el importe a ingresar a 157.503,25 euros más 18.965,12 euros en concepto de intereses de demora) y en el año 2016 (en el que el montante de la regularización es de 168.775,53 euros más 13.975,66 por intereses de demora), en cuyo cómputo hay que añadir, además, 244.709,10 euros por la sanción impuesta. Si la resolución de primera instancia dictada por el TEARG no satisface al obligado al pago, este podrá presentar recurso de alzada en el plazo de un mes ante el TEAC, que resolverá en segunda instancia.

2. Revisión de actos en la vía jurisdiccional

A continuación, la revisión de los actos administrativos puede seguirse judicialmente. Una vez interpuesta y resuelta la reclamación económico-administrativa, el contribuyente puede obtener en la vía jurisdiccional la revisión del acto de liquidación dictado por la Administración Tributaria, en cuyo caso el procedimiento se insta mediante la presentación de un recurso contencioso-administrativo ante los tribunales de justicia. En virtud del artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el plazo para interponer este recurso es de dos meses. La sentencia obtenida en este procedimiento, si es admitido el recurso, se pronunciará estimando o desestimando el mismo.

En la práctica, estando la sociedad GALIENERXIA interesada en recurrir la resolución del TEARG y acudir a la vía jurisdiccional, la presentación del recurso contencioso-administrativo ha de efectuarse ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Así se puntualiza en el artículo 10 de la propia Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, relativo a las competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia:

«1. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

[...]

d) Los actos y resoluciones dictados por los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales que pongan fin a la vía económico-administrativa.

e) Las resoluciones dictadas por el Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos.

(...).».

No obstante, si frente a la resolución del TEARG se interpuso recurso de alzada y finalmente fue el TEAC quien decidió en segunda instancia, el recurso contencioso-administrativo se dilucidará entonces en la Audiencia Nacional, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 29/1998:

«1. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia:

[...]

d) De los actos de naturaleza económico-administrativa dictados por el Ministro de Economía y Hacienda y por el Tribunal Económico-Administrativo Central, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10.1.e).

(...).».

En última instancia, si la sentencia no satisface al interesado, todavía no se agota aquí la vía jurisdiccional. En este caso, tanto si se apeló al TSJG como a la AN, las posibilidades de recurrir en el ámbito nacional concluyen con la interposición de un recurso de casación que resolverá el Tribunal Supremo. Este es un recurso extraordinario, si bien con la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el año 2015 (LO

7/2015) desaparecen los motivos tasados, pudiendo fundamentarse la casación en cualquier cuestión de derecho, procesal o sustantiva, y sin quedar limitada al derecho estatal. En este sistema, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo goza de una amplia libertad a la hora de considerar la concurrencia o no de interés casacional para valorar la admisión del recurso, aunque en la nueva regulación también se especifican, en concreto, ciertas circunstancias en las que se podrá apreciar o se presumirá que existe “interés casacional objetivo”. Esta modificación en el recurso de casación contencioso-administrativo entró en vigor el 22 de julio de 2016, por lo que será de aplicación a las sentencias y autos que daten de esa fecha en adelante y sean recurridos en casación. El recurso de casación, de acuerdo con el artículo 89 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, “se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido”.

3. Suspensión de la liquidación, aplazamiento y fraccionamiento

Como regla general, las liquidaciones tributarias –al igual que el resto de los actos administrativos– son inmediatamente ejecutivas a partir del momento en que se dictan y, una vez recibida la notificación, el sujeto inspeccionado queda obligado al pago de la liquidación en los plazos previstos a tal efecto.

No obstante, con la presentación del recurso de reposición puede evitarse el despliegue de los efectos derivados de la liquidación realizada por la Inspección. La interposición de dicho recurso no implica automáticamente la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, salvo que quede garantizado el importe del mismo más los intereses que se deriven y los recargos que resultaran exigibles. En este sentido, se aceptan como garantías únicamente un *numerus clausus* recogido por la Ley General Tributaria en su artículo 224:

«1. La ejecución del acto impugnado quedará suspendida automáticamente a instancia del interesado si se garantiza el importe de dicho acto, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que procederían en caso de ejecución de la garantía, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

[...]

2. Las garantías necesarias para obtener la suspensión automática a la que se refiere el apartado anterior serán exclusivamente las siguientes:

a) Depósito de dinero o valores públicos.

b) Aval o fianza de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución.

c) Fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia para los supuestos que se establezcan en la normativa tributaria.

(...)).».

La necesidad de aportar garantía se exceptúa en el caso de las sanciones, las cuales quedan suspendidas de manera automática de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 212 de la LGT:

«3. La interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación administrativa contra una sanción producirá los siguientes efectos:

a) La ejecución de las sanciones quedará automáticamente suspendida en periodo voluntario sin necesidad de aportar garantías hasta que sean firmes en vía administrativa.

b) No se exigirán intereses de demora por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en periodo voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa, exigiéndose intereses de demora a partir del día siguiente a la finalización de dicho plazo.

(...)).

Al igual que en la interposición del recurso de casación, el mismo principio rige para el caso de las reclamaciones económico-administrativas. El artículo 224 de la LGT, referido a la suspensión de la ejecución del acto recurrido en reposición, encuentra su homónimo en el artículo 233 de ese cuerpo normativo, que en los mismos términos se refiere a la suspensión de la ejecución del acto impugnado en vía económico-administrativa. Lo que añade como particularidad, a diferencia de lo expuesto anteriormente, es que las garantías que se pueden prestar no quedan tasadas a las contempladas expresamente en dicho artículo, sino que se atenderá al criterio de suficiencia cuando las garantías aportadas sean otras y, en todo caso, el tribunal podrá dispensar de la entrega de garantía alguna cuando de la ejecución se derivasen perjuicios de difícil o imposible reparación. Así se recoge en los apartados 3 y 4 del artículo 233:

«3. Cuando el interesado no pueda aportar las garantías necesarias para obtener la suspensión a que se refiere el apartado anterior, se acordará la suspensión previa prestación de otras garantías que se estimen suficientes, y el órgano competente podrá modificar la resolución sobre la suspensión en los casos previstos en el segundo párrafo del apartado siguiente.

4. El tribunal podrá suspender la ejecución del acto con dispensa total o parcial de garantías cuando dicha ejecución pudiera causar perjuicios de difícil o imposible reparación.

En los supuestos a los que se refiere este apartado, el tribunal podrá modificar la resolución sobre la suspensión cuando aprecie que no se mantienen las condiciones que motivaron la misma, cuando las garantías aportadas hubieran perdido valor o efectividad, o cuando conozca de la existencia de otros bienes o derechos susceptibles de ser entregados en garantía que no hubieran sido conocidos en el momento de dictarse la resolución sobre la suspensión.

(...)).

La suspensión se mantendrá en todas las instancias del procedimiento económico-administrativo. Además, si esta ya se ha acordado en el recurso de reposición se puede mantener en la vía económico-administrativa si los efectos de la garantía alcanzan a la misma.

Asimismo, la suspensión producida en vía administrativa se mantendrá cuando el interesado interponga recurso contencioso-administrativo y solicite también la suspensión, siempre y cuando la garantía aportada conserve su vigencia y eficacia y hasta que el órgano judicial se pronuncie sobre la suspensión solicitada.

Por otra parte, el pago de la deuda tributaria en período voluntario o ejecutivo también podrá aplazarse o fraccionarse por la Administración cuando así lo solicite el obligado tributario que se encuentre en una situación económico-financiera que le impida, transitoriamente, efectuar el pago en el plazo establecido. De igual modo, las deudas que se aplacen o fraccionen tendrán que quedar garantizadas.

A pesar de lo anterior, cuando el acto administrativo del que se deriva la deuda tributaria haya sido objeto de recurso o reclamación y su ejecución hubiera quedado suspendida, en ningún caso la deuda resultante podrá ser aplazada o fraccionada en virtud del artículo 65 de la LGT:

«2. No podrán ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento las siguientes deudas tributarias:

[...]

e) Las resultantes de la ejecución de resoluciones firmes total o parcialmente desestimatorias dictadas en un recurso o reclamación económico-administrativa o en un recurso contencioso-administrativo que previamente hayan sido objeto de suspensión durante la tramitación de dichos recursos o reclamaciones.

(...)).».

Por último, hay que apuntar que, si el acto o deuda es finalmente declarado como total o parcialmente improcedente en virtud de sentencia o resolución administrativa firme, la Administración reembolsará en este caso el coste y los intereses de demora de las garantías aportadas para conseguir la suspensión del acto o el aplazamiento o fraccionamiento del pago de la deuda.

IV. ANÁLISIS DE LA POSICIÓN DEL SOCIO MINORITARIO

Plantee la viabilidad de la defensa del socio minoritario frente al Consejo de Administración de la sociedad GALIENERXIA. Jurisdicción y competencia.

1. Responsabilidades del Consejo de Administración y vías de defensa del socio minoritario

Centrándonos en la constitución de la sociedad GALIENERXIA, su capital está repartido únicamente en manos de dos participantes, si bien el estatus que cada uno de ellos ostenta es radicalmente opuesto.

Por un lado, y como ya ha sido comentado, el 94,73% de la sociedad española GALIENERXIA es propiedad de una sociedad luxemburguesa, ENERGYLUX, lo cual le permite a esta última mantener el control sobre la sociedad española. En tal situación, en la que la sociedad luxemburguesa ostenta el mando sobre las decisiones tomadas en la sociedad dependiente (posee la mayoría de los derechos de voto), resulta fácil colegir que la sociedad española será un mero instrumento sujeto a las órdenes y directrices que emanen de su sociedad dominante.

Por el contrario, participa también en GALIENERXIA un socio minoritario que ostenta solo el 5,27% de los derechos de voto. En estas circunstancias, su participación no es determinante en la toma de decisiones de la sociedad y la defensa de sus intereses puede quedar mermada en favor de quien posee la mayoría. Precisamente por este hecho, la Ley de Sociedades de Capital contempla unas acciones determinadas con la finalidad de proteger los derechos de los socios minoritarios.

Antes de profundizar en los posibles mecanismos de defensa que puede ejercitar el socio minoritario, conviene analizar en detalle las decisiones tomadas por los órganos de dirección de la sociedad GALIENERXIA y que, en último término, son el motivo por el cual el socio minoritario desea emprender acciones legales contra el Consejo de Administración de la entidad. A este respecto, el supuesto de hecho planteado responde a la utilización de un préstamo participativo entre las sociedades GALIENERXIA y ENERGYLUX en virtud del cual la sociedad luxemburguesa recibía el 45% del beneficio neto de la sociedad española, más un tipo de interés fijo, como remuneración por la cuantía prestada. Fruto de la contabilización de esta operación, la sociedad GALIENERXIA se ve sometida a una inspección tributaria que finaliza con la regularización de ciertas cantidades, por las que la sociedad española debió tributar en el momento en que se hicieron efectivas, y, en consecuencia, con la imposición de los correspondientes intereses de demora, así como de una sanción tributaria.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital recoge en su artículo 249 bis las facultades indelegables del Consejo de Administración de una sociedad. Entre ellas, el apartado e) del citado precepto se refiere a “la formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general”. Las cuentas anuales recogen la información financiera de la empresa e incluyen varios documentos, que son: el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, el Estado de Cambios en el Patrimonio Neto, el Estado de Flujos de Efectivo y la Memoria, en los que se desglosan los movimientos que se han producido en las cuentas

de la sociedad a lo largo del ejercicio económico. Es, por tanto, competencia del Consejo de Administración la elaboración de estos documentos, respondiendo de su veracidad. Las cuentas anuales deben redactarse de forma exacta, de manera que reflejen la imagen fiel del patrimonio de la empresa.

Por su parte, en el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital se recogen las competencias de la Junta General, esto es, los asuntos sobre los que han de decidir los propietarios del capital de la sociedad. En concreto, se recoge en el apartado a) que “es competencia de la Junta General deliberar y acordar sobre (...) la aprobación de las cuentas anuales (...)”. Los acuerdos societarios en las sociedades mercantiles se aprueban en una votación; particularmente, la aprobación de las cuentas anuales se entenderá producida cuando estas sean ratificadas por la mayoría simple de los votos correspondientes a las participaciones sociales presentes o representadas en la junta, salvo que los Estatutos de la sociedad estableciesen una mayoría distinta. En nuestro caso objeto de estudio, el voto favorable de la sociedad ENERGYLUX bastaría para ratificar las Cuentas Anuales propuestas por el Consejo de Administración y que las mismas fueran aprobadas, aun cuando el socio que posee el 5,27% hubiese votado en contra.

Las cuentas aprobadas por la empresa son la base para la elaboración del modelo 200, esto es, el procedimiento que se ha de seguir para declarar o liquidar el Impuesto sobre Sociedades debido en un determinado período impositivo. Para el cálculo de la deuda a ingresar –como ya se ha comentado a lo largo de este trabajo– se parte de los beneficios obtenidos por la empresa a lo largo del ejercicio económico, lo cual se refleja en el resultado de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias recogido en las Cuentas Anuales. Sin embargo, el mismo no coincide necesariamente con la Base Imponible (que es, propiamente, la cuantía sobre la que se debe aplicar el tipo de gravamen) y, en determinados casos, se deben realizar ajustes extracontables para adecuar el resultado contable a la normativa fiscal. Tal es el supuesto de los intereses devengados por el préstamo participativo obtenido por la sociedad GALIENERXIA, los cuales, por aplicación directa del artículo 15, letra a), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, tienen la consideración de gastos no deducibles. Así pues, pese a que contablemente hubieran sido imputados como gastos financieros en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, no podrán serlo en la misma medida a efectos fiscales. De este modo podemos concluir que lo procedente hubiese sido efectuar el correspondiente ajuste positivo en el resultado contable a fin de incrementar el mismo para el cálculo del Impuesto de Sociedades debido por la empresa GALIENERXIA.

En la presentación del modelo 200, mediante el que se procede a la liquidación del Impuesto de Sociedades, se requiere la firma del Secretario del Consejo, el cual se responsabiliza de la corrección de los procedimientos. Así se establece en el artículo 529 octies de la Ley de Sociedades de Capital al señalar que es responsabilidad del secretario “velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna”.

Finalmente, teniendo en cuenta que la liquidación de los modelos 200 presentados por la sociedad GALIENERXIA no se ajustaba a la normativa fiscal, los órganos de la Administración Tributaria consideraron oportuno realizar un procedimiento inspector que concluyó con la regularización comentada anteriormente, instando a la sociedad española a ingresar la deuda tributaria pendiente, sumando a la misma los intereses de demora debidos e imponiendo la sanción correspondiente.

Ante esta situación se pueden plantear varias vías de defensa a las que hipotéticamente podría acogerse el socio minoritario, sin embargo cabe advertir que no todas ellas gozan de la misma viabilidad, siendo la Jurisprudencia la que delimita con mayor detalle su ámbito de aplicación. Nos referiremos entonces a la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad, recogidas ambas en la Ley de Sociedades de Capital, y su aproximación a la responsabilidad civil extracontractual regulada en el Código Civil.

Primeramente, se prevé en el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital la acción social de responsabilidad contra los administradores, en los siguientes términos:

«1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.

2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.

3. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.

4. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.»

De los párrafos anteriormente expuestos se pueden derivar varias posibilidades de actuación en la práctica empresarial. En primer lugar, la acción de responsabilidad contra los administradores puede entablarla la propia sociedad, en cuyo caso será acordada cuando se apruebe por la mayoría ordinaria en la junta general. Por tanto, en la sociedad GALIENERXIA bastaría para la aprobación del ejercicio de la acción social de responsabilidad el voto favorable del socio mayoritario, esto es, ENERGYLUX. No obstante, si esta entidad se opone a su adopción, con el único voto a favor del socio minoritario la acción social no sería aprobada. En otro caso, suponiendo que sí se haya producido ya la controversia jurídica, aun cuando la junta general decidiese *a posteriori* transigir o renunciar a la acción, no podrá hacerlo con tal de que se oponga a dichas medidas un socio que ostente el 5% del capital; en nuestro caso, el socio minoritario con su porcentaje de participación sí podría impedir la transacción o la renuncia, una vez ejercitada la acción social. En esta situación los administradores serían destituidos, aunque las cuentas anuales hayan sido aprobadas.

La acción social puede entablar también de otro modo, tal y como recoge el artículo 239 de la LSC legitimando a la minoría:

«1. El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la

infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.

2. En caso de estimación total o parcial de la demanda, la sociedad estará obligada a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en que hubiera incurrido con los límites previstos en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que esta haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional.».

La legitimación, pues, para entablar la acción social de responsabilidad recae –no solo en la junta general– también en los socios que posean el 5% del capital social (porcentaje que permite la solicitud de convocatoria de la junta general ex artículo 168 LSC). Tal es el caso del socio minoritario de la sociedad GALIENERXIA, quien, en defecto de la convocatoria de la junta general que solicitase a tal fin o a falta de que la propia sociedad entablase dicha acción de acuerdo con el artículo precedente o si el acuerdo no hubiese sido aprobado en junta general, podrá hacer valer individualmente la acción social de responsabilidad frente a los administradores. Asimismo, se podría ejercitar dicha acción directamente fundamentando la responsabilidad de los administradores en la vulneración del deber de lealtad, si bien a criterio de quien escribe no resulta tan claramente subsumible en este tipo. El deber de lealtad se contempla en el artículo 227 de la propia LSC, estimando que el cargo de administrador deberá desempeñarse con “la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad” y determinando que su infracción supondrá “no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”. Entendiendo así la conceptualización del deber de lealtad parece difícil justificar un enriquecimiento injusto, pues del mero hecho de la liquidación incorrecta del Impuesto sobre Sociedades no se deriva una ventaja patrimonial en el patrimonio personal de los administradores. A mayor abundamiento, tal y como ha señalado la Jurisprudencia en numerosas ocasiones, el enriquecimiento injusto tiene carácter subsidiario, toda vez que si la Ley dispone otras vías para hacer valer el derecho del demandante deberán ejercitarse preferentemente. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012:

«No hay que olvidar, en esta misma línea, la subsidiariedad de la figura del enriquecimiento injusto, como señala la STS de 19 de febrero de 1999, la acción de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento (SSTS de 25 de noviembre de 1985, 12 de marzo de 1987 y 3 de marzo de 1990)».

La acción social de responsabilidad, con independencia de que sea ejercida por la propia sociedad o por el socio que ostente al menos el 5% del capital, tiene como razón de ser la protección del patrimonio social, es decir, con ella se pretende restablecer el patrimonio social dañado. Por esta razón, si es el socio quien promueve dicha acción y su posición es estimada, la sociedad queda obligada a reembolsarle los gastos en que hubiera incurrido, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 239.

A este respecto, ha sido la Jurisprudencia quien ha precisado con mayor exactitud los requisitos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2018 puntualiza las siguientes consideraciones:

«No cabe duda de que la acción ejercitada es la acción social de responsabilidad. Acción que en el presente caso, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta sala (entre otras, STS 281/2017, de 10 de mayo) cumple con los requisitos exigidos para su aplicación, esto es, la existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores; que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño».

Por el contrario, la acción individual de responsabilidad contra los administradores se concibe a los efectos de proteger el patrimonio individual del socio. El objetivo de la acción individual por daño es precisamente el de reparar directamente el daño causado al socio. Esta acción se contempla en el artículo 241 de la LSC:

«Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.».

El Tribunal Supremo ha delimitado también el planteamiento de la acción individual de responsabilidad. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de julio de 2016:

«Esta Sala viene entendiendo que la acción individual de responsabilidad de los administradores “supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135 TRLSA, y en la actualidad art. 241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC (SSTS de 6 de abril de 2006, 7 de mayo de 2004, 24 de marzo de 2004, entre otras). Se trata de una responsabilidad por “ilícito orgánico”, entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo” (Sentencias 242/2014, de 23 de mayo; 737/2014, de 22 de diciembre; 253/2016, de 18 de abril)».

Pero, sin limitarse únicamente a conceptualizar dicha acción, el Tribunal Supremo añade además en esa misma sentencia:

«La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (...) se hace a través de la denominada acción individual (...). El texto del precepto explicita claramente el requisito del carácter directo de la lesión resarcible mediante el ejercicio de dicha acción, al disponer: “[...] **que lesionen directamente los intereses de aquellos**” (énfasis añadido).

»Por esa razón, doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. (...) Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros».

Si bien –como ya se ha expuesto de forma reiterada– en lo concerniente a nuestro supuesto de hecho la incorrecta declaración del Impuesto sobre Sociedades de la empresa

GALIENERXIA y su consecuente regularización por parte de la Administración Tributaria han ocasionado un perjuicio económico para la sociedad al sumar a las cantidades adeudadas los intereses de demora más la sanción tributaria, no podemos decir que el daño causado al socio sea de forma directa. Lo cierto es que de lo anterior se deriva inevitablemente un perjuicio individual para cada uno de los socios de dicha entidad toda vez que la condición de socio implica en sí misma una participación en los beneficios, los cuales a consecuencia del procedimiento inspector se ven considerablemente mermados, pero tal y como indica el Tribunal Supremo la reparación del patrimonio individual del socio se producirá igualmente de forma subsidiaria al repararse el daño producido al patrimonio social.

Finalmente, en cuanto a la prescripción de las acciones de responsabilidad se prevé en el artículo 241 bis que “la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse”.

2. Jurisdicción y competencia para el ejercicio de la acción social de responsabilidad

Tomando en consideración, como concluimos en el apartado anterior, que la acción social de responsabilidad es la procedente a la hora de defender la posición del socio minoritario, expondremos a continuación ante qué jurisdicción se debe presentar y qué órganos ostentan la competencia para conocer de este asunto.

Las consideraciones a este respecto se recogen en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En el artículo 86 ter, apartado 2, letra a) se concreta:

«2. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.».

Así pues, los Juzgados de lo Mercantil serán competentes para conocer de las cuestiones civiles que “*se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles*”, entre las cuales se incluyen las acciones dirigidas a dirimir la responsabilidad de los administradores. Su razón de ser radica en que toda acción contra los administradores encontrará su sustento en la normativa societaria; particularmente, es en el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital en el que se fundamenta la exigencia de responsabilidad a los administradores:

«1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.».

Para materializar dicha exigencia de responsabilidad, la LSC contempla específicamente la acción social de responsabilidad en el artículo 238.

Por último, en lo referente a la competencia territorial, y dado que no hay una regulación expresa en la LSC, esta se determinará de acuerdo con las normas previstas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, el artículo 54 de la LEC dispone que, en primer lugar, regirá la “sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción” y, solo en su defecto, se aplicarán las reglas legales atributivas de la competencia territorial. Se tendrá en cuenta entonces que, a falta de sumisión de las partes, el fuero general establecido en los artículos 50 y 51 de la LEC es el del domicilio del demandado.

Por tanto, si no hubiese disposición en contrario, recae en los Juzgados de lo Mercantil del domicilio del demandado la competencia para conocer de la acción social de responsabilidad que en su caso interpusiera el socio minoritario de la sociedad GALIENERXIA frente a los administradores de la citada entidad.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- RELATIVA A LA CONCEPTUALIZACIÓN MERCANTIL

El caso práctico que hemos analizado puede conceptualizarse como un préstamo participativo concedido por una sociedad dominante a su sociedad dependiente, el cual posee unas características propias que permiten diferenciarlo de otras formas de financiación. Su regulación se recoge en el artículo 20 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. A destacar: que la remuneración pactada como contraprestación queda –al menos en parte– vinculada a la evolución de la actividad de la empresa que recibe el préstamo, lo que *de facto* implica un reparto de beneficios. Asimismo, se distingue el préstamo participativo por el carácter subordinado del mismo en orden a la prelación de créditos y por quedar condicionada la amortización anticipada a un incremento de igual cuantía de los fondos propios de la prestataria. Por sus particularidades se considera además que forma parte del patrimonio neto a los efectos de una reducción de capital o liquidación de la sociedad.

SEGUNDA.- RELATIVA A LAS IMPLICACIONES FISCALES

En el orden tributario, el tratamiento otorgado a efectos fiscales a los intereses derivados de un préstamo participativo se asimila al que corresponde a los dividendos, de tal modo que cuando el préstamo participativo se concede entre entidades pertenecientes a un mismo grupo de sociedades los intereses devengados por la empresa prestataria en España se consideran no deducibles fiscalmente (en este sentido, el artículo 15, letra a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades). De forma análoga, de acuerdo con el artículo 21, apartado 2, ordinal 2º del mismo cuerpo normativo, cuando es la sociedad prestamista quien se sitúa en España, los intereses recibidos quedarían exentos de tributación toda vez que hayan sido gravados en sede de la entidad pagadora de los mismos. Esta regulación ha sido fruto de una cooperación a nivel internacional para homogeneizar la calificación de este tipo de instrumentos, denominados “híbridos” porque su utilización podría llegar a ocasionar una nula tributación si son varias las jurisdicciones implicadas.

La Unión Europea se ha preocupado también por regular estos supuestos en los que puede haber discrepancias en el tratamiento dado a una misma transacción debido a la aplicación de diferentes normas impositivas. En este sentido destacamos la Directiva Matriz-Filial, que en su artículo 4, apartado 1, letra a) contiene una disposición anti-híbridos (recogida también en el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en España) y la Directiva Anti-Elusión, cuya novedad radica en que crea hechos imposables nuevos a fin de gravar las rentas derivadas de un mismo instrumento híbrido que hasta el momento no tributaban. De igual modo, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, se promovió el Plan de Acción BEPS con el objetivo de evitar el uso de mecanismos legales que permitiesen reducir de manera artificiosa los beneficios obtenidos por las empresas. En particular, en la Acción 2 del citado Plan se proponen medidas concretas para neutralizar los efectos producidos por los instrumentos híbridos: la recomendación principal es la de modificar la normativa relativa al Impuesto de Sociedades de cada país con la finalidad de evitar la situación híbrida (por ejemplo, en lo relativo a la exención de dividendos o al régimen de transparencia fiscal internacional). No obstante, si estas mejoras no fueran suficientes para prevenir el

desajuste híbrido, se proponen una serie de normas cuya pretensión es ajustar el tratamiento fiscal dado a la operación en una y en otra jurisdicción. Para ello se establecen dos reglas, que se aplican de forma jerárquica, de manera que cada una de ellas soluciona el problema derivado del híbrido en una de las jurisdicciones implicadas. De este modo, solo cuando una jurisdicción no hubiese introducido en su legislación la regla que corrige el desajuste, la otra jurisdicción aplicaría la regla defensiva para corregir los efectos del híbrido. El fundamento de este criterio jerárquico se sustenta en que, si las dos normas se aplicasen a la vez, se producirían entonces situaciones de doble imposición no pretendidas.

Particularmente, el régimen fiscal común aplicable en la Unión Europea a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros se contempla en la Directiva 2003/49/CE, de cuyo artículo 4 se deduce que el pago de intereses procedentes de un préstamo participativo quedaría excluido de la exención prevista con carácter general, al recibir un tratamiento equiparable al dividendo en el Impuesto sobre Sociedades.

En cuanto a los acuerdos alcanzados por España con otros países en materia de fiscalidad resulta aplicable a este caso el Convenio ratificado entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo, sin dejar de considerar que la armonización efectuada en este ámbito por la Unión Europea goza evidentemente de una aplicación preferente en la práctica.

TERCERA.- RELATIVA A LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS

Una vez analizada la regularización efectuada por parte de la Agencia Tributaria a la empresa pagadora de los intereses, que concluyó con la exigencia de las cantidades adeudadas y no pagadas más la imposición de los correspondientes intereses de demora, así como de una sanción tributaria, hemos planteado las posibilidades de recurso que tiene la empresa inspeccionada, tanto en la vía contencioso-administrativa como en la vía jurisdiccional.

En primer lugar, se puede interponer potestativamente un recurso de reposición frente al mismo órgano que dictó el acto de liquidación y, a posteriori, reclamación económico-administrativa, la cual resulta inexcusable antes de acudir a la vía jurisdiccional. Una vez resuelta, el contribuyente podrá presentar un recurso contencioso-administrativo, que se tramitará ya ante los tribunales de justicia. En último caso podrá interponerse, finalmente, recurso de casación que resolverá el Tribunal Supremo.

CUARTA.- RELATIVA A LA DEFENSA DEL SOCIO MINORITARIO

Como punto de conclusión al presente estudio no hemos dejado de contemplar la posición en la que se encuentra un socio minoritario en este planteamiento.

El origen de la controversia analizada en este trabajo parte de la contabilización del préstamo participativo, cuya incorrecta declaración en el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2015 y 2016 dio lugar al procedimiento inspector seguido por parte de la Administración Tributaria. Así pues, nos hemos detenido en observar que responsabilidades pueden derivarse de la actuación de los órganos de dirección de la sociedad inspeccionada.

A este respecto, se recoge en el artículo 529 octies de la Ley de Sociedades de Capital que es responsabilidad del secretario “velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna”. Destacamos aquí que la presentación de los modelos 200, mediante los cuales se procede a la liquidación del Impuesto de Sociedades, requiere la firma del Secretario del Consejo, responsabilizándose este de la corrección de los procedimientos. En este punto, teniendo en cuenta que los intereses derivados del préstamo participativo se consideran gastos financieros para la determinación del resultado de la entidad prestataria y que, sin embargo, no son deducibles fiscalmente, lo procedente hubiese sido efectuar el correspondiente ajuste positivo en el resultado contable a fin de incrementar el mismo para el cálculo del impuesto debido por la sociedad española.

Tomando en consideración que la liquidación recogida en los modelos 200 no se ajustó a la normativa fiscal y que, en consecuencia, se derivó un evidente perjuicio económico debido a la intervención de la Administración Tributaria, la Ley de Sociedades de Capital prevé en el artículo 238 la posibilidad de ejercitar una acción social de responsabilidad. Este mecanismo de defensa se entablaría por la propia sociedad contra los administradores de la misma, previo acuerdo de la junta general. No obstante, la facultad de acogerse a la acción social de responsabilidad también se prevé en el artículo 239 de la LSC, que legitima a la minoría para su ejercicio. En el caso que nos ocupa, si dicha acción no fuese propuesta por la sociedad, el socio minoritario –que posee más del 5% del capital social– estaría legitimado para hacer valer individualmente la acción social de responsabilidad frente a los administradores. La razón de ser de esta acción es la protección del patrimonio social, pues con ella se pretende restablecer el patrimonio dañado. Los requisitos para su ejercicio han sido delimitados en numerosas ocasiones por la Jurisprudencia, requiriéndose por el Tribunal Supremo: la existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores; que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.

Concluimos, pues, que la acción social de responsabilidad es la procedente a la hora de defender la posición del socio minoritario y, de acuerdo con el artículo 86 ter, apartado 2, letra a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, esta se ha de dirimir ante los Juzgados de lo Mercantil que, en último término, decidirán sobre su viabilidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALMUDÍ CID, J.M., FERRERAS GUTIÉRREZ, J.A. y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, P.A. *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- BRAUNER, Y. “*What the BEPS*”. Florida Tax Review, Volume 16, No. 2, 2014.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. *Derecho Tributario de la Unión Europea*. Editorial CISS, Valencia, 2019.
- CALVO VÉRGUEZ, J. “*Alcance de la acción 2 del plan BEPS*”. Forum Fiscal, número 217, 2016.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: CISS, 2017.
- CEF. *El procedimiento de revisión en vía administrativa*. Recuperado de: <https://www.fiscal-impuestos.com/guia-fiscal-capitulo-11-procedimiento-revision-via-administrativa>
- CIALLELLA NÚÑEZ, F. *Instrumentos financieros híbridos*. Revista 49, 2010.
- COLINO MEDIAVILLA, J.L. *Créditos participativos y concurso de acreedores*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, monografía n.º 12, Madrid, 2010.
- CYRILLE, D. *The Tax Treatment of Financial Instruments*. Kluwer Law International, 1996.
- DE JUAN CASADEVALL, J. “*La neutralización de los híbridos en la Directiva ATAD*”. Quincena Fiscal, número 15, 2017.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L. *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- DUTILH, J.M. *Business Law, Corporate Compliance and Government, Gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa*. Recuperado de: <https://lequid.es/blog/funciones-del-secretario-del-consejo-de-administracion/>
- ESCRIBANO, E. *Is the OECD/G20 BEPS Initiative Heading in the Right Direction? Some Forgotten (and Uncomfortable) Questions*. Bulletin for International Taxation, Volume 71, No. 5, 2017.
- ESTEBAN VELASCO, G. “*La acción individual de responsabilidad*”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, ROJO, A. y BELTRÁN E., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD. *La Acción 2 de BEPS: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos*. Madrid, 2016.
- GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L. *Órganos de la sociedad de capital*. T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- HELLEPUTTE, C. y BOUVY, S. “*Hybrid Mismatches: Game Over?*”. Tax Notes International, 2017.
- HERMOSÍN ÁLVAREZ, M. *Beps Action 2: Domestic Law Recommendations with Particular Reference to Spain*. Boletín mexicano de derecho comparado. Volume 50, No 148, 2017.
- HINNY, P. *General Report: New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*. Cahiers de Droit Fiscal International, Volume 93b, Rotterdam: IBFD, 2008.
- KAHLENBERG, C. y KOPEC, A. “*Hybrid Mismatch Arrangements*”. World Tax Journal, Volume 8, No. 1, 2016.
- ILP ABOGADOS. *¿Qué es el “Enriquecimiento Injusto” según el Tribunal Supremo?* Recuperado de: <https://www.ilpabogados.com/enriquecimiento-injusto-segun-tribunal-supremo/>
- LAWANTS. *Formulación, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*. Recuperado de: <https://lawants.com/es/formulacion-aprobacion-deposit-o-y-publicidad-de-las-cuentas-anuales/>
- LÓPEZ RIVAS, S. “*Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos*”. Carta Tributaria, número 11, 2014.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. *The external tax strategy of the EU in a post-BEPS environment*. Amsterdam: IBFD, 2019.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M. *El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿El final, el principio del final o el final del principio?* Aranzadi Quincena Fiscal, números 1 y 2, 2014.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. *La oposición al acuerdo de transigir o renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad*. Revista de derecho mercantil, número 225, 1997.
- OECD. *Report on Thin Capitalisation*. OECD, Paris, 1987.
- OECD. *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*. OECD Publishing, Paris, 1999.
- OECD. *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*. OECD Publishing, Paris, 2012.
- OECD. *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. Éditions OCDE, 2013.
- OECD. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. OECD Publishing, Paris, 2014.

- OECD. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris, 2015.
- PEYRA, J.M. *Derechos de los socios minoritarios en las sociedades de capital*. Recuperado de: <https://elderecho.com/derechos-de-los-socios-minoritarios-en-las-sociedades-de-capital>
- PISTONE MICOMI, P. *La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho tributario global*. Aranzadi Quincena Fiscal, número 170, 2016.
- PODER JUDICIAL ESPAÑA. *Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)*. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Recurso-de-Casacion-Contencioso-Administrativo--L-O--7-2015-/Informacion-General/>
- SALDAÑA VILLOLDO, B. *La acción individual de responsabilidad. Su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales. Estudio jurisprudencial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. *La erosión de las bases imponibles societarias*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2019.
- SANZ GADEA, E. “*Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos*”. Crónica Tributaria, Boletín de Actualidad, número 4, 2014.
- SANZ GADEA, E. “*La Directiva Antiabuso. Asimetrías Híbridas*”. Revista de Contabilidad y Tributación CEF, número 415, 2017.
- SEIJAS QUINTANA, J.A. *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*. Sepín, Madrid, 2007.
- SEVILLA CÁCERES, F. *Acción social de responsabilidad contra los administradores*. Recuperado de: <https://www.mundojuridico.info/accion-social-de-responsabilidad-de-los-administradores/>
- THURONYI, V. *Taxation of new financial instruments*. Organización de las Naciones Unidas, 2001.

VII. APÉNDICE DE RESOLUCIONES

Resolución del ICAC de 20 de diciembre de 1996 por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil; «BOE» núm. 54, de 4 de marzo de 1997, páginas 7063 a 7065.

Resolución del TEAC de 18 de febrero de 2016 [Resolución número 07036/2015/00/00].

VIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Jurisprudencia del JM

AJM núm. 7 de Madrid de 11 de diciembre de 2006.

SJM núm. 1 de Málaga de 14 de octubre de 2008 [JUR 2009\79818].

Jurisprudencia de la AP

SAP de Barcelona de 6 de julio de 2009 [JUR 2010\13716].

SAP de Huesca de 29 de abril de 2004 [JUR 2004\157913].

SAP de Madrid de 23 de febrero de 2007 [JUR 2008\175949].

Jurisprudencia del TC

STC núm. 76/1990 de 26 de abril de 1990 [RTC 1990\76].

STC núm. 164/2005 de 20 de junio de 2005 [RTC 2005\164].

Jurisprudencia del TS

STS de 25 de noviembre de 1985 [RJ 1985\5898].

STS de 12 de marzo de 1987 [RJ 1987\1434].

STS de 3 de marzo de 1990 [RJ 1990\1664].

STS de 19 de febrero de 1999 [RJ 1999\1055].

STS de 17 de mayo de 2012 [RJ 2012\7404].

STS de 4 de junio de 2012 [RJ 2012\7236].

STS de 13 de julio de 2016 [RJ 2016\3191].

STS de 10 de mayo de 2017 [RJ 2017\2190].

STS de 16 de abril de 2018 [RJ 2018\1587].

Jurisprudencia del TSJ

STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de diciembre de 2009 [JUR 2010\92459].

IX. APÉNDICE LEGISLATIVO

- Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros; «DOUE» núm. 157, de 26 de junio de 2003, páginas 49 a 54.
- Directiva 2004/76/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 2003/49/CE en lo que respecta a la posibilidad ofrecida a determinados Estados miembros de disfrutar de un periodo transitorio para la aplicación de un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros; «DOUE» núm. 157, de 30 de abril de 2004, páginas 106 a 113.
- Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes; «DOUE» núm. 345, de 29 de diciembre de 2011, páginas 8 a 16.
- Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes; «DOUE» núm. 219, de 25 de julio de 2014, páginas 40 a 41.
- Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior; «DOUE» núm. 193, de 19 de julio de 2016, páginas 1 a 14.
- Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países; «DOUE» núm. 144, de 7 de junio de 2017, páginas 1 a 11.
- Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y protocolo anexo, hecho en Madrid el 3 de junio de 1986; «BOE» núm. 185, de 4 de agosto de 1987, páginas 23799 a 23805.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 1985.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; «BOE» núm. 167, de 14 de julio de 1998.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2003.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades; «BOE» núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; «BOE» núm. 174, de 22 de julio de 2015, páginas 61593 a 61660.

Protocolo que modifica el Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal, hecho en Bruselas el 10 de noviembre de 2009; «BOE» núm. 132, de 31 de mayo de 2010, páginas 46889 a 46892.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio; «BOE» núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes; «BOE» núm. 62, de 12 de marzo de 2004.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; «BOE» núm. 161, de 3 de julio de 2010.

Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica; «BOE» núm. 139, de 8 de junio de 1996, páginas 18977 a 18988.