



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

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

**TRABAJO DE FIN DE GRADO:**  
**INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS**

AUTOR: Carlos García González

TUTOR: Marcos Antonio López Suárez



## ÍNDICE

1.	ABREVIATURAS.....	5
2.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	6
3.	CALIFICACIÓN JURÍDICA E IMPLICACIONES DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO ACORDADO ENTRE AMBAS SOCIEDADES .....	8
3.1.	El contrato de préstamo en el ordenamiento jurídico español: concepto y caracteres .....	8
3.2.	Calificación del contrato de préstamo acordado entre Galienerxía y Energylux .....	9
4.	FISCALIDAD EN LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS.....	13
4.1.	Consideración de los rendimientos como gastos deducibles. Fundamento que del inicio de las actuaciones inspectoras dirigidas frente al sujeto pasivo Galienerxía .....	13
4.2.	Análisis del tratamiento de la operación siendo la prestamista la sociedad residente en España.....	14
4.3.	Previsiones establecidas en la normativa europea reguladora de la relación Matriz-Filial y su trasposición a Derecho interno en relación con los mecanismos híbridos. Convenios de doble imposición .....	16
4.3.1.	La Directiva 2011/96/UE sobre matrices-filiales .....	16
4.3.2.	Trasposición de la Directiva 2011/96/UE en España .....	18
4.3.3.	Convenio de doble imposición España – Luxemburgo.....	20
5.	ACTUACIONES ANTE UN ACUERDO DE LIQUIDACIÓN DICTADO POR LA ADMINSTRACIÓN TRIBUTARIA .....	22
5.1.	El recurso de reposición.....	22
5.2.	La reclamación económico-administrativa .....	23
5.3.	Análisis sobre la concurrencia de circunstancias en el caso para la interposición de una reclamación económico-administrativa y un recurso de reposición .....	25
6.	SOCIO MINOTARIO VS. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN .....	28
6.1.	Los deberes y responsabilidad de los administradores.....	28
6.2.	La acción social de responsabilidad.....	30
6.3.	La acción individual de responsabilidad.....	32
6.4.	Viabilidad de una demanda del socio minoritario frente al administrador de la sociedad .....	33
7.	CONCLUSIONES.....	36
8.	BIBLIOGRAFÍA .....	39

<b>9.</b>	<b>APÉNDICE LEGISLATIVO .....</b>	<b>41</b>
<b>10.</b>	<b>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>44</b>

## **1. ABREVIATURAS**

AN: Audiencia Nacional

Art.: artículo

BOICAC: Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

CC: Código Civil

CdC: Código de Comercio

CV: Consulta Vinculante

DGT: Dirección General de Tributos

ICAC: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LGT: Ley General Tributaria

LIRNR: Ley del Impuesto de la Renta de los No Residentes

LIS: Ley del Impuesto sobre Sociedades

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LRC: Ley para la Reforma Concursal

LSC: Ley de Sociedades de Capital

Núm.: número

P.: Página

Pár.: párrafo

RDL: Real Decreto Legislativo

SAN: Sentencia Audiencia Nacional

STS: Sentencia Tribunal Supremo

TEAC: Tribunal Económico-Administrativo Central

TEAL: Tribunal Económico-Administrativo Local

TEAR: Tribunal Económico-Administrativo Regional

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

## 2. 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:**

<b>Concepto</b>	<b>Declaración presentada</b>	<b>Ajustes</b>	<b>Regularización</b>
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
<b>Intereses demora</b>			<b>18.965,12</b>

**Año 2016:**

<b>Concepto</b>	<b>Declaración presentada</b>	<b>Ajustes</b>	<b>Regularización</b>
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
<b>Intereses demora</b>			<b>13.975,66</b>

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.

### 3. CALIFICACIÓN JURÍDICA E IMPLICACIONES DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO ACORDADO ENTRE AMBAS SOCIEDADES

#### 3.1. El contrato de préstamo en el ordenamiento jurídico español: concepto y caracteres

El contrato de préstamo dentro del ordenamiento jurídico español aparece regulado en el artículo 1740 del Código Civil (en adelante, CC), en virtud del cual presenta dos variantes: el comodato o préstamo de uso (una parte entrega a otra una cosa no fungible para ser utilizada por tiempo determinado y devuelta a su expiración) y el préstamo mutuo (una parte entrega dinero u otra cosa fungible a otra que adquiere su propiedad, asumiendo una obligación de devolución de otra de la misma especie y calidad)<sup>1</sup>.

El Código de Comercio (en adelante, CdC) solo hace referencia al contrato de mutuo, quizá por la poca relevancia del contrato de comodato como figura contractual, al ser una figura necesariamente gratuita; y es que, de no serlo, se convertiría en un arrendamiento de cosa mueble<sup>2</sup>.

Siguiendo esta norma se considerará que el contrato de préstamo es mercantil cuando concurren dos circunstancias: que alguno de los contratantes sea empresario y cuando las cosas prestadas sean destinadas a la realización de actos de empresa (art. 311 CdC).

Si se analiza el artículo anterior de forma literal, la figura jurídica del contrato de préstamo se vería muy limitada, por ejemplo, no podría ser calificado como préstamo mercantil ni préstamo bancario. Por ello, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) interpreta este artículo otorgándole carácter mercantil a todos aquellos préstamos en los que el prestamista es empresario o cuando el prestatario lo es y dedica el importe del préstamo al funcionamiento de su empresa [STS de 31 de octubre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:8493)].

El préstamo mercantil tiene unas notas similares a las del civil. La doctrina y la jurisprudencia han establecido que son notas características del préstamo las que se exponen a continuación.

La doctrina tradicional y la jurisprudencia han determinado que el préstamo es un contrato real, en cuanto no existe hasta que se realiza la entrega de la cosa. En este sentido, el Tribunal Supremo (en adelante TS) ha señalado que:

*El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que sólo se da en algunos grupos de contratos. [STS de 22 de mayo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:4233)].*

Si se acepta el carácter real del préstamo, siguiendo a la doctrina tradicional y a la jurisprudencia, el contrato se vería configurado como contrato unilateral, ya que solo produce efectos para una de las partes [STS de 23 de marzo de 2018 (ECLI:

---

<sup>1</sup>BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*. Comercial Grupo ANAYA, SA, 2016, p 214; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Derecho Civil: Contratos*. Bercal, 2019, p.317; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, et al. *Principios de Derecho Civil. Tomo III. Contratos*. Marcial Pons, 2019, p. 320, 326.

<sup>2</sup>RUIZ DE VELASCO, Adolfo, et al. *Manual de derecho mercantil*. Universidad Pontificia Comillas, 2003, p. 912.



ES:TS:2018:1112)]<sup>3</sup>, *sin que el pago de intereses altere tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuario pero no dan al prestamista la posición de obligado* [STS de 22 de mayo de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:4233)].

El contrato es traslativo de dominio, las cosas dadas en préstamo pasan a ser propiedad del prestatario. La transmisión de la propiedad no es la finalidad última del préstamo, pero es necesaria para la configuración del contrato [STS de 27 de octubre de 1994 (ECLI: ES:TS:1994:6929)]<sup>4</sup>.

En cuanto a los efectos del contrato, de acuerdo con la tesis del carácter real y unilateral del préstamo expuesta anteriormente, el prestamista no asume ninguna obligación, ya que la entrega al prestatario de dinero o cosa fungible es condición para la existencia del contrato. De forma inversa, si el préstamo se configura (como es habitual en la práctica) como contrato consensual y bilateral, la única obligación del prestamista será la entrega o puesta a disposición en las condiciones pactadas del objeto del contrato<sup>5</sup>.

Respecto a las obligaciones asumidas por el prestatario no existe la discusión doctrinal expuesta en el párrafo anterior, ya que dichas obligaciones se concretan en la obligación de restitución (debe devolver otra cosa de la misma especie y calidad) y la del pago de intereses (la cual solo existe si ha sido pactada por escrito, tal y como establece el artículo 314 CdC)<sup>6</sup>.

### **3.2. Calificación del contrato de préstamo acordado entre Galienerxía y Energylux**

En el caso presentado, Energylux y Galienerxía instrumentan un contrato de préstamo, en virtud del cual, la primera debe entregar a la segunda la cantidad de veinte millones de euros, con la finalidad de financiar un parque eólico para fomentar su actividad empresarial. En el acuerdo formalizado, establecieron una retribución fija para la amortización del préstamo (EURIBOR anual más 0,5 puntos, vigente a 1 de enero de cada año) y una variable en función de la evolución del proyecto (45% sobre beneficio neto en cada ejercicio). Fijaron como fecha de vencimiento del 1 de abril de 2020.

Cabe ya adelantar que el contrato de préstamo acordado entre Galienerxía y Energylux debe calificarse como préstamo participativo. A continuación, con el fin de justificar dicha afirmación, se expondrá y analizará esta figura dentro del ordenamiento jurídico español.

---

<sup>3</sup> Se hace referencia al carácter real y, por ende, unilateral del préstamo; pero admite que la práctica bancaria ha incluido un cierto carácter consensual, pues es habitual que se suscriba un contrato y no haya entrega material del dinero, sino un abono en cuenta simultáneo o posterior a la firma.

<sup>4</sup> Siguiendo la línea jurisprudencial de las STSS de 28 de marzo de 1983 (ECLI:ES:TS:1983:5) y de 7 de octubre de 1994 (ECLI:ES:TS:1944:1822).

<sup>5</sup> MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel. *Lecciones de derecho mercantil*. Aranzadi, 2006, p. 228.

<sup>6</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de derecho mercantil*. Editorial Aranzadi, 2015, p. 369-373.

El préstamo participativo se define como un medio de financiación de empresas que permite a la entidad prestamista acordar un interés variable fijado en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria, junto a otro fijo<sup>7</sup>.

Este contrato se halla regulado en el artículo 20 del RDL 7/1996, de 18 de diciembre, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (en adelante, RDL 7/1996). De conformidad con este precepto, el contrato de préstamo participativo se caracteriza por las siguientes cuatro notas<sup>8</sup>.

En primer lugar, en un préstamo participativo la entidad prestamista, como contrapartida, percibe un interés variable determinado en función de la actividad de la empresa prestataria, en función del beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total, o cualquier otro que fijen libremente las partes contratantes. Así, a la hora de elegir criterio para determinar la evolución, el legislador otorga libertad a las partes. También podrán las partes fijar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad (art. 20.1 a) RDL 7/1996)<sup>9</sup>.

Como se ha expuesto en el párrafo anterior, la norma establece alguno de los criterios para determinar el interés variable, aunque deja libertad a las partes siempre que se respete la esencia de la norma: que sirva para determinar la evolución de la actividad del prestatario<sup>10</sup>.

Al estar vinculado el interés variable en función de la actividad de la empresa prestataria, se deduce de la norma que el prestatario tendrá que ser una empresa, con lo que el préstamo participativo se configura como un préstamo mercantil (art. 311 CdC). En este punto es preciso matizar que el empresario individual sí podría actuar como prestatario en un préstamo participativo, ya que en el artículo analizado no se establece ninguna limitación<sup>11</sup>.

Por último, retomando el tema del interés variable, se debe matizar que puede haber retribución participativa, aunque los resultados de la actividad empresarial del prestatario sean negativos (no obteniéndose beneficios). Por ejemplo, si la variación del interés

---

<sup>7</sup> VIÑUELAS SANZ, Margarita. “Los préstamos participativos”. *Revista de Derecho Mercantil*, 2017, vol. 305, p. 308.

<sup>8</sup> Este contrato aparece por primera vez regulado en el artículo 11 del Real Decreto Ley 8/1983 (en adelante, RDL 8/1983), de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización. Posteriormente, el anterior Real Decreto fue derogado por el RDL 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización (en adelante RDL 27/1984), que no introduce variaciones en su regulación. En ambos cuerpos legislativos, el préstamo participativo tenía un carácter sectorial, siendo un instrumento clave para la financiación de los sectores en crisis o necesitados de relanzamiento en España (*cfr.*, a este respecto, NAVARRO FAURE, Amparo, et al. *Los préstamos participativos en España: un ejemplo de las consecuencias jurídico-tributarias de la infracapitalización de las empresas*. XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, 1998, L. 3, p. 208).

<sup>9</sup> Respecto al interés fijo, en España, por norma general, está referenciado al EURIBOR o al EURIBOR más puntos básicos. (*cfr.*, a este respecto, FERNÁNDEZ SCRIMIÉRI, B., “Financiación alternativa para pymes y emprendedores”, *Anuario de Capital Riesgo*, 2015, p. 283).

<sup>10</sup> PALÁ LAGUNA, Emilio. *Algunas cuestiones en torno a la figura del préstamo participativo y su nuevo régimen jurídico*. *Revista de derecho bancario y bursátil*, 1998, vol. 17, nº 70, p. 460-468.

<sup>11</sup> GARCÍA MANDALONIZ, M. *La Financiación de las PYMES*. Aranzadi, Navarra, 2003, p. 172-174.

variable se concreta a un aumento del volumen de negocio, lo cual no supone necesariamente la obtención de beneficios<sup>12</sup>.

En segundo lugar, se concede a las partes la posibilidad de acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. Sin embargo, establece que el prestatario *solo podrá amortizar anticipadamente el préstamo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios, siempre que no provenga de la actualización de activos* (art. 20.1 b) RDL 7/1996).

En tercer lugar, el artículo sitúa a los préstamos participativos en el orden de prelación de créditos después de los acreedores comunes (art. 20.1 c) RDL 7/1996).

En cuarto y último lugar, la letra d) del artículo 20 fue modificada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, dictaminando que *los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil*<sup>13</sup>.

Así pues, tal y como sostiene el Tribunal Supremo, en el RDL 7/1996 no se define el contrato de préstamo participativo, sino que se dan unas reglas sobre el interés y la optativa cláusula penalizadora, además de añadir el lugar en el que este tipo de contratos se sitúa en el orden de prelación de créditos. De esta norma, continúa el Alto Tribunal, no se altera la naturaleza jurídica del préstamo, como tampoco la altera la consideración de los préstamos participativos como fondos propios [STS de 13 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5545)].

En su apartado segundo, el artículo 20 establecía que los intereses devengados (tanto fijos como variables) se considerarían partida deducible a efectos de la base imponible del Impuesto de Sociedades del prestatario (art. 20.2 RDL 7/1996). Dicho apartado fue derogado por el apartado uno, letra c), de la disposición derogatoria única del RDL 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Este apartado será analizado pormenorizadamente en el cuarto epígrafe del presente trabajo.

En consonancia con lo expuesto, el Tribunal Supremo establece también que la Ley no da cobertura a aquellos préstamos participativos en los que existan cláusulas que desnaturalizan el contrato de préstamo, estableciendo que el préstamo participativo es un préstamo y está sometido a las reglas esenciales del mismo, principalmente la devolución del capital y de los intereses en el tiempo pactado [STS de 27 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4833)].

---

<sup>12</sup> BUSTOS CONTELL, E. *Préstamo Participativo. Instrumento de financiación de las Pymes*. Editado por AECA en colaboración con ENISA, 2002, p. 21.

<sup>13</sup> El legislador consideraba, a efectos de la legislación mercantil, que los préstamos participativos tendrían la consideración de fondos propios. Este rasgo definitorio fue modificado por la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internalización de las empresas (en adelante, Ley 10/1996), que establecía en su disposición adicional segunda que *los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil* (Ley 10/1996, DA 2º).

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 21 de enero de 2016 (ECLI:ES:SAN:2016:265), analiza si existen suficientes indicios para considerar un contrato suscrito entre dos empresas como préstamo participativo o si por el contrario se trata simplemente de una transferencia de dinero de un paraíso fiscal.

La Audiencia sostiene que los fondos provienen de otras entidades sin que conste el alcance de estas con la sociedad prestamista. Además, el contrato suscrito entre ambas entidades, aunque solo devenga intereses en el caso de obtención de beneficios, no contempla más amortización que la amortización final y, además, el vencimiento puede ser prorrogado mediante acuerdo de ambas partes.

Lo anterior, hace fallar a la Audiencia en el sentido de que la operación real que se encuentra disfrazada bajo la figura del préstamo participativo no es otra que una transferencia de dinero de unas sociedades domiciliadas en un paraíso fiscal.

La SAN de 11 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:4364) da respuesta a la controversia acerca de si realmente existe un préstamo participativo o, si por el contrario, existe una simple aportación a los fondos propios.

En esta Sentencia, no se establece una fecha de vencimiento, sino que la empresa prestamista y la prestataria acuerdan que la devolución se efectuará a los veinte años desde que se elevase el pacto a documento público ante notario, cosa que ambas empresas no hicieron. Además, en el contrato aparecía reflejada una cláusula en la que las partes podían acordar en cualquier momento la conversión del préstamo participativo en acciones de la prestataria.

La Audiencia considera en esta sentencia que las cláusulas anteriores desnaturalizan el contrato de préstamo participativo, concluyendo que el préstamo participativo es en realidad una aportación a los fondos propios de la participada y una retribución a dicha aportación.

En el caso sometido a consideración, no aparecen reflejados ninguno de los comportamientos empresariales sometidos a juicio por la Audiencia Nacional en las sentencias señaladas. Nos encontramos ante dos empresas vinculadas (ya que Energylux es propietaria de un 94.7% de las acciones de Galienerxía) que formalizan un contrato de préstamo participativo para acometer un proyecto para fomentar su actividad empresarial.

En dicho contrato de préstamo participativo aparece reflejado todo lo relativo a las retribuciones: intereses (uno fijo y uno variable en función del beneficio neto), amortización (anual) y una fecha de vencimiento (uno de abril de 2020).

## 4. FISCALIDAD EN LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS

### 4.1. Consideración de los rendimientos como gastos deducibles. Fundamento que del inicio de las actuaciones inspectoras dirigidas frente al sujeto pasivo Galienerxía

Una vez calificado el préstamo como préstamo participativo, conviene ahora analizar las implicaciones fiscales que dicho instrumento lleva aparejadas. Tal y como se adelantaba en el epígrafe anterior, la consideración desde el año 2015 del préstamo participativo como fondos propios, y no como recursos ajenos, conlleva una serie de modificaciones relativas a la deducibilidad de los gastos.

Como se ha indicado, el artículo 20.2 del RDL 7/1996, en su redacción original, establecía que *los intereses devengados tanto fijos como variables de un préstamo participativo se considerarán partida deducible a efectos de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del prestatario*. Sin embargo, este artículo fue derogado por el apartado 1, letra c) de la disposición derogatoria única del RDL 4/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*.

Así las cosas, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS) en su preámbulo expone la separación de la norma fiscal y la contabilidad en los instrumentos financieros, que a efectos mercantiles son considerados como fondos propios o participaciones en el capital pero que son contabilizados como pasivos financieros. En este sentido, hace referencia el legislador a los préstamos participativos otorgados por sociedades que pertenecen al mismo grupo de sociedades y equipara su tratamiento fiscal al que corresponde a la financiación vía aportaciones a los fondos propios.

Respecto a la contabilidad, el Plan General Contable (en adelante, PGC) establece con carácter general la valoración como pasivos de todos los instrumentos financieros, incluyendo los que revisten apariencia de patrimonio neto. Hace referencia a cierto tipo de acciones rescatables y acciones sin derecho de voto, integrándose también en esta sección el préstamo participativo<sup>14</sup>.

En este sentido se ha pronunciado el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, ICAC) en su consulta primera del Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, BOICAC) 78/Junio de 2009 que los préstamos participativos se clasificarán en alguna de las categorías a las que se refiere la Norma de Registro y Valoración novena del Plan General Contable. De esta forma, la parte prestamista los clasificará dentro de la categoría *préstamos y partidas a cobrar* y la parte prestataria como *débitos y partidas a pagar*.

Antes de entrar en materia fiscal, es necesario traer a colación el artículo 42 del Código de Comercio, en el que se establece cuándo existe un grupo de sociedades. En concreto, a tenor del referido artículo, *existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*. La ley denomina a la sociedad que ejerce el control como sociedad dominante y sobre la que se ejerce el control sociedad dependiente.

Asimismo, el Código de Comercio fija una serie de presunciones para determinar cuándo existe control: a) que la sociedad dominante posea la mayoría de los derechos de voto; b)

---

<sup>14</sup> ANAMARÍA RUS, Aurelia. “Los préstamos participativos”. *Cont4bl3*, 2010, nº 33, p. 18-19.

que tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los integrantes del órgano de administración; c) que pueda disponer, según lo dispuesto en acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; o d) cuando haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración en el momento de formulación de las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios anteriores (*cf.* art. 42. 1, párr. 2º, a), b), c) y d) CdC).

Además de las presunciones, el propio art. 42 CdC establece cómo han de computarse los derechos de voto de la entidad dominante. En este sentido, se establece que a los derechos de voto de la sociedad dominante deben añadirse los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes (*cf.* art. 42.1, párr. 3º, CdC).

En el caso aparece reflejado que ambas empresas forman parte del grupo GPU (Green Power Universal). Además, el caso fija el porcentaje de participación de Energylux sobre Galienerxía en un 94.73%, con lo cual, Energylux es la sociedad dominante y Galienerxía la sociedad dependiente.

Retomando la Ley del Impuesto sobre Sociedades, una vez expuesta la nueva forma de tratamiento de los préstamos participativos como retribución de los fondos propios su tratamiento fiscal cambia. En este sentido, el artículo 15 de la mencionada ley dispone que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles los que representen una retribución de los fondos propios (art. 15 a) LIS).

En el citado artículo, se hace referencia expresa a que la retribución correspondiente a los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo, con independencia de la residencia y de la formulación de cuentas anuales consolidadas, tendrán la consideración de retribución de los fondos propios (art. 15, párr. 2º LIS).

En vista de lo expuesto, el fundamento que motiva el inicio de las actuaciones inspectoras dirigidas frente al sujeto pasivo es la deducibilidad por parte de la anterior, durante los ejercicios 2015 y 2016, de los intereses del préstamo participativo. Así, la sociedad se vio beneficiada de una deducción de 658.636,62€ en el año 2015 y 779.933.08€ en el ejercicio 2016, lo que minoró su base imponible.

En consecuencia, la Agencia Tributaria inició tal y como se establece en el Capítulo IV *Actuaciones y procedimientos de inspección* de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) las actuaciones de comprobación e investigación pertinentes de la situación tributaria de la empresa.

#### **4.2. Análisis del tratamiento de la operación siendo la prestamista la sociedad residente en España**

En este apartado se analizará el tratamiento fiscal del préstamo participativo en el supuesto contrario, siendo la prestamista la sociedad residente en España.

En el artículo 21 LIS se regula la exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios en entidades residentes y no residentes en territorio español.

El legislador establece que para poder acogerse a la exención, deben cumplirse una serie de requisitos:

- a) El porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad debe ser, al menos, del 5% o el valor de adquisición de la participación superior a dos millones.

Se exige, además, que la participación debe poseerse de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que fuese exigible el beneficio distribuido o mantenerla en el tiempo necesario para completar dicho plazo. Además, se tendrá en cuenta el periodo en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las condiciones del artículo 42 del Código de Comercio, independientemente de la residencia (art. 21.1 a) LIS).

- b) En el caso de participaciones en el capital de entidades no residentes en España, se requiere que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza análoga al Impuesto sobre Sociedades español de, como mínimo, un 10% en el ejercicio en que se obtienen los beneficios repartidos o participados.

El legislador considera cumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país que tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional con España. En el sentido contrario, no lo considera cumplido cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, a no ser que este país o territorio sea un Estado miembro de la Unión Europea y se acredite por parte del contribuyente que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas (art. 21.1 b) LIS)

El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) considera en su sentencia Cadbury-Schweppes que los cambios reales de residencia de aquellas entidades que desplegasen una verdadera actividad económica o que fuesen motivados por la decisión de ahorrar costes fiscales no constituyen supuestos verdaderos de fraude, elusión o evasión fiscal<sup>15</sup>.

Señala además el apartado primero del citado artículo 21 LIS, que

*En el supuesto de que la entidad participada, residente o no residente en territorio español, obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades procedentes de dos o más entidades respecto de las que solo en alguna o algunas de ellas se cumplan los requisitos señalados en las letras a) o a) y b) anteriores, la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos (art. 21.1 b) LIS).*

Esta exención no se aplicará en el caso de que el importe de los dividendos o participaciones en beneficios genere un gasto deducible en la entidad pagadora (art. 21.1 LIS).

---

<sup>15</sup> SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés, et al. *Comentarios a la Ley del impuesto sobre sociedades y su normativa reglamentaria*. Tirant lo Blanch, 2017, p. 630.

El artículo 21 LIS establece además qué se considera dividendos o participaciones en beneficios. Así, tendrán dicha consideración los derivados de los fondos propios o valores representativos del capital, independientemente de su consideración contable (art. 21.2.1º LIS); las retribuciones correspondientes a préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades, cumpliendo los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, a no ser que genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora (art. 21.2 2º LIS).

El Tribunal Supremo reafirma lo anterior al establecer la deducibilidad cuando se trata de intereses remuneratorios de préstamos participativos, es decir, de los gastos financieros ocasionados por dicho préstamo, no dejando lugar a dudas en que tanto los intereses fijos como variables tienen dicha consideración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la entidad prestataria [STS de 12 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6116)].

### **4.3. Previsiones establecidas en la normativa europea reguladora de la relación Matriz-Filial y su trasposición a Derecho interno en relación con los mecanismos híbridos. Convenios de doble imposición**

#### **4.3.1. La Directiva 2011/96/UE sobre matrices-filiales**

En el presente apartado se analizará la Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

Esta Directiva tiene como principal objetivo aproximar la fiscalidad de las distribuciones de beneficios transfronterizas entre sociedades asociadas al tratamiento que estas distribuciones reciben cuando son realizadas entre sociedades nacionales<sup>16</sup>.

El principal objetivo se encuentra plasmado en el art. 1.1 de su redacción, en virtud del cual esta directiva se aplicará a las distribuciones de beneficios que reciban/realicen las sociedades residentes en un Estado miembro en beneficio de sus matrices/filiales que se encuentren en un Estado miembro distinto. Incluye la norma también las distribuciones de beneficios que afecten a establecimientos permanentes y a sus sociedades residentes en distintos Estados miembros (art. 1.1 Directiva 96/2011/UE).

Este sentido, deben tenerse en cuenta dos aspectos: por un lado, el Estado de residencia de la matriz por los dividendos recibidos por la matriz de su filial y, por otro lado, el Estado de residencia de la filial que distribuye los dividendos a su matriz<sup>17</sup>.

A efectos de que la aplicación de esta Directiva es necesario que las sociedades matrices y filiales cumplan con los tres requisitos establecidos en el artículo 2:

---

<sup>16</sup> CALDERÓN CARRERO, José Manuel; CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor; MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo J.; TRAPÉ VILADOMAT, Montserrat; *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Wolters Kluwer, 2014, p. 1273.

<sup>17</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Juan. *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario*. AEDAF, 2011, p 192.



- Revestir de alguna de las formas jurídicas que se enumeran en el Anexo I de la Directiva.

Realizando una breve referencia al caso, en dicho Anexo, respecto a las sociedades españolas, se establece que cumplen los requisitos:

*las sociedades de Derecho español denominadas: «sociedad anónima», «sociedad comanditaria por acciones», «sociedad de responsabilidad limitada», así como las entidades de Derecho público que operen en régimen de Derecho privado. Otras entidades constituidas con arreglo al Derecho español sujetas al impuesto sobre sociedades español (Anexo I, letra j) Directiva 2011/96/UE).*

Respecto a las luxemburguesas,

*las sociedades de Derecho luxemburgués denominadas: «société anonyme», «société en commandite par actions», «société à responsabilité limitée», «société coopérative», «société coopérative organisée comme une société anonyme», «association d'assurances mutuelles», «association d'épargne-pension», «entreprise de nature commerciale, industrielle ou minière de l'Etat, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public», así como otras sociedades constituidas con arreglo al Derecho luxemburgués sujetas al impuesto sobre sociedades luxemburgués (Anexo I, letra p) Directiva 2011/96/UE).*

- Tener el domicilio fiscal en un Estado miembro.
- Estar sujetas, sin excepción, a un impuesto de sociedades o equivalente incluidos en la lista del Anexo I, parte B.

El artículo 3 de la Directiva expone los requisitos de participación para que se aplique a las empresas el contenido de la misma. Así, además de cumplir con las características que establece el artículo 2, la sociedad matriz debe poseer una participación mínima del 10%.

El objetivo de la Directiva se consigue mediante dos mecanismos. En primer lugar, tal y como establece el artículo 4, el Estado de residencia de la matriz debe corregir la doble imposición económica mediante un sistema de exención o de imputación limitada, siempre y cuando los beneficios se distribuyan por un motivo diferente a la liquidación de la filial.

Así, se establece que cuando una sociedad matriz reciba, por la participación de aquella en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado miembro de la sociedad matriz y de la sociedad filial tiene dos opciones. Por un lado, se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y los gravarán en la medida que sean deducibles por la filial<sup>18</sup> o, por otro lado, los gravará, autorizando a la sociedad matriz a una

---

<sup>18</sup> Redactado de acuerdo con la Directiva 2014/86/UE, que modifica la Directiva 2011/96/UE. Esta directiva se centra en la eliminación de supuestos de doble no imposición generados por la utilización de los instrumentos financieros híbridos, instrumentos que como ya se ha expuesto, presentan características tanto de deuda como de capital. Por causa de las diferentes consideraciones fiscales otorgadas por los Estados miembros, algunos como capital y otros como deuda, los pagos en concepto de esta figura se tratan como un gasto fiscalmente deducible en un Estado miembro (Estado de residencia del pagador) y como distribución de beneficios exenta de impuestos en el otro Estado miembro (Estado del beneficiario), provocando una doble no imposición (*cfr.*, a este respecto, RODRÍGUEZ PEÑA, Nora Libertad. *Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, 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*. AIS: Ars Iuris Salmanticensis, 2015, vol. 3, nº 2, p. 220).

deducción en su impuesto por la cuantía de la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios (art. 4 Directiva 2011/96/UE).

Es en estos casos cuando el Estado de residencia de la matriz no debe conceder la exención si el Estado de la fuente considera deducible el gasto<sup>19</sup>.

En segundo lugar, el artículo 5 suprime la retención en origen de los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz.

En este orden de hechos, es necesario traer a colación el Proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), elaborado por la OCDE en 2015, germen de la modificación del artículo 4 de la Directiva 2011/96/UE. Este plan incluye 15 medidas cuyo desarrollo debe permitir combatir el problema de la evasión fiscal, las prácticas fiscales perjudiciales y la planificación fiscal agresiva por parte de las empresas multinacionales<sup>20</sup>.

En la acción número 2, este proyecto hace referencia a la neutralización de los mecanismos híbridos, ya que lo que se intentaba buscar con este tipo de figuras era la no tributación en ningún régimen fiscal (la llamada doble no imposición). Respecto a esto, el informe señala tres posibles vías de actuación frente a un mecanismo híbrido:

- Resultado de deducción/no inclusión: negar la deducción a nivel del pagador o la inclusión del pago en la renta del receptor.
- Resultado de doble deducción: denegar la deducibilidad del pago en cualquiera de las jurisdicciones o denegar la deducción en la jurisdicción del pagador.
- Resultado indirecto de deducción/no inclusión: negar la deducción en sede del pagador<sup>21</sup>.

Este proyecto es la base de la primera modificación de la Directiva 2011/96/UE por la Directiva 2014/86/UE.

#### **4.3.2. Trasposición de la Directiva 2011/96/UE en España**

La trasposición en España de la Directiva 2011/96/UE se ha realizado desde una doble perspectiva. Por un lado, la establecida en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, para el caso de la tributación de la matriz residente en España; y por otro lado lo establecido en el 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 (en adelante, LIRNR), para el supuesto de tributación de matriz no residente.

En la Ley del Impuesto sobre Sociedades se contemplan dos métodos. Primeramente, el artículo 21, ya expuesto, establece el método de exención siempre que se cumplan unos

---

<sup>19</sup> PÉREZ ROYO, Fernando. *Curso de derecho tributario*. Larousse-Editorial Tecnos, 2019, p. 1171.

<sup>20</sup> BARRENO, Mar, et al. *El Proyecto BEPS de la OCDE/G20: Resultados de 2014*. Documentos-Instituto de Estudios Fiscales, 2015, nº 5, p. 5.

<sup>21</sup> LÓPEZ TELLO, Jesús. *Los informes finales del proyecto BEPS y la propuesta de directiva contra la elusión fiscal*. Actualidad Jurídica (1578-956X), 2016, no 43, p. 38-39.

determinados requisitos<sup>22</sup>. En segundo lugar, la Ley establece en su artículo 32 una deducción para evitar la doble imposición económica internacional respecto de los dividendos y las participaciones en beneficios, que se expone a continuación.

El artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece que cuando en la base imponible se computen dividendos o participaciones en beneficios que hayan sido pagados por una entidad no residente en territorio español, debe deducirse el impuesto pagado por esta última respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos, siempre que esté incluida dicha cuantía en la base imponible del contribuyente (art. 32.1 LIS).

Para la aplicación de esta deducción la Ley establece que deben cumplirse los siguientes requisitos:

- La participación, directa o indirecta, en el capital de la no residente debe ser como mínimo del 5% o tener un valor de adquisición superior a 20 millones de euros.
- Que la participación se hubiera poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o que se mantenga durante el tiempo necesario para completar el año.

Por su parte, la Ley del Impuesto de la Renta de no Residentes establece en su artículo 14 que los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros (art. 14.1 h) LIRNR).

Para verse beneficiados por esta exención deben cumplirse tres requisitos:

- Que ambas sociedades, tanto la matriz como la filial, estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos que gravan los beneficios en los Estados miembros de la UE.
- Que la distribución del beneficio no provenga de la liquidación de la sociedad filial.
- Que ambas sociedades revistan alguna de las formas previstas en el Anexo I de la Directiva 2011/96/UE.

Como se ha expuesto, la Directiva 2011/96/UE plasma, en lo relativo a los instrumentos financieros híbridos, las referencias a las que a esta figura se hacía en el Proyecto BEPS de la OCDE, con objetivo de neutralizar la no tributación patente en este tipo de figuras.

Así, y con su trasposición en España se consigue acabar con la no tributación de estos instrumentos financieros. Los pagos por un préstamo participativo, en las circunstancias del caso que aquí se analiza, efectuados por la filial nunca serán deducibles en el Impuesto de Sociedades español. Si lo serán, sin embargo, los intereses que recibe en España la sociedad matriz.

Lo anterior tiene su justificación en la doble imposición ya que, si dos empresas con residencia española conciertan un préstamo participativo, y el legislador no admitiese la deducibilidad de los pagos ni de los intereses, estaría gravando dos veces una misma renta. Mientras que los pagos por esta figura tienen la consideración de retribución de los

---

<sup>22</sup> Ver página 15.

fondos propios y se debe tributar por ellos, los intereses que recibe la sociedad prestamista están exentos, porque ya ha tributado por ellos la sociedad prestataria.

#### **4.3.3. Convenio de doble imposición España – Luxemburgo**

En Derecho tributario internacional, el principio de soberanía fiscal supone la exclusividad del derecho de cada Estado a ejercer la potestad tributaria dentro de su territorio, la limitación exterior al ejercicio de su potestad tributaria dentro de sus fronteras y el posible reconocimiento de la repercusión fiscal de un hecho o acto jurídico ocurrido en otro Estado extranjero dentro del territorio nacional [SAN de 27 de febrero de 2014 (ECLI:ES:AN:2014:712)].

Lo anterior puede desembocar en situaciones en que se vean superpuestas las soberanías fiscales de varios países, que una misma renta resulte gravada dos veces en relación con una misma persona física o jurídica, lo que constituye un impedimento para las transacciones internacionales. Con el objetivo de evitar este fenómeno, los países firman convenios de doble imposición, bilaterales o multilaterales, cuya finalidad es determinar a qué país corresponde el gravamen cuando son varios los que tienen derecho a gravarlo<sup>23</sup>.

En el caso se formula la pregunta de si existe algún convenio de doble imposición que resulte aplicable al caso. En el año 1986 se produjo la firma 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 (en adelante, Convenio España-Luxemburgo). Este Convenio fue modificado por el Protocolo de 10 de noviembre de 2009.

Este convenio resulta aplicable ya que el caso pone de manifiesto que una de las sociedades es residente en España y la otra en Luxemburgo.

Entre los impuestos comprendidos en este convenio se encuentran el Impuesto sobre Sociedades español y el Impuesto sobre la Renta de las Entidades luxemburgués, que son los que atañen al caso que se intenta resolver (art. 2 Convenio España-Luxemburgo).

El artículo 9 del referido Convenio establece que dos empresas son asociadas cuando una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante. Por tanto, a ambas empresas, en lo que a este convenio respecta, tendrán la consideración de asociadas, ya que la empresa luxemburguesa participa en un 94.73% de la empresa española.

Como se ha expuesto con anterioridad, se está intentando determinar la fiscalidad a la que se someten los intereses pagados en virtud de un contrato de préstamo participativo. El convenio define los intereses como los rendimientos de crédito de cualquier naturaleza, con garantías hipotecarias o no, o con cláusulas de participación en los beneficios del deudor, y especialmente las rentas de fondos públicos u obligaciones (art. 11.4 Convenio España-Luxemburgo). En virtud de esta definición, podemos incluir dentro de este apartado a los intereses pagados en virtud de un préstamo participativo, ya que comprenden aquellos con cláusulas de participación en los beneficios del deudor.

---

<sup>23</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Angélica. “La soberanía fiscal, la potestad tributaria y los convenios para evitar la doble imposición”. *Cont4bl3*, 2014, nº 50, p. 20-21.

Al amparo del artículo 11, los intereses procedentes de un Estado Contratante y pagados a un residente del otro Estado Contratante podrán someterse a imposición en este Estado (art. 11.1 Convenio España-Luxemburgo). Sin embargo, pueden someterse también a imposición en el Estado del que procedan, en virtud de la legislación de este Estado; pero si el perceptor de los intereses es el beneficiario efectivo, el impuesto no podrá exceder del diez por ciento del importe bruto de los intereses (art. 11.2 Convenio España-Luxemburgo).

Respecto a los métodos para evitar la doble imposición el texto del Convenio hace referencia a los dos métodos que deben seguirse en función del país donde se encuentre el sujeto pasivo del impuesto. En el caso de Luxemburgo, cuando un residente en Luxemburgo obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que puedan someterse a imposición en España, Luxemburgo dejará exentas estas rentas (art. 24.1 a) Convenio España-Luxemburgo).

En este sentido, el Convenio establece una norma especial respecto a lo regulado en materia de dividendos, intereses y cánones. De acuerdo con lo anterior, cuando un residente en Luxemburgo obtenga rentas que, de acuerdo con los artículos 10,11 y 12, puedan someterse a imposición en España, Luxemburgo deducirá el impuesto pagado en España, sin que la deducción exceda de la parte del impuesto correspondiente a las rentas obtenidas en España (art. 24.1 b) Convenio España-Luxemburgo).

En España, cuando un residente de España obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que puedan someterse a imposición en Luxemburgo, España deducirá del impuesto de este residente una cantidad igual al impuesto pagado en Luxemburgo. De todas formas, la deducción no puede exceder de la parte del impuesto correspondiente a las rentas y el patrimonio sometidos a imposición en Luxemburgo (art. 24.2 a) Convenio España-Luxemburgo).

Tal y como se ha expuesto en los anteriores apartados de este trabajo, la Ley del Impuesto sobre Sociedades no contempla los pagos en virtud de un contrato de préstamo participativo como un gasto deducible a efectos del cálculo de la base imponible del impuesto (art. 15 a) LIS). Por tanto, al haber sido gravados por un impuesto español y estar el supuesto recogido en el Convenio para evitar la doble imposición, Luxemburgo podrá deducir el impuesto pagado en España, siempre con el límite de que la deducción no exceda de la parte del impuesto correspondiente a las rentas obtenidas en España.

En el segundo apartado de este trabajo, se analizaba el tratamiento de la operación si la prestamista fuese la sociedad residente en España. A tal efecto, basta recordar que el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades otorga la exención cumpliendo unos determinados requisitos, requisitos que cumplen las empresas del caso objeto de estudio. Por tanto, al no gravarse la renta obtenida en España, no habría impedimento aparente para que dicha renta fuese gravada en su totalidad en Luxemburgo.

## 5. ACTUACIONES ANTE UN ACUERDO DE LIQUIDACIÓN DICTADO POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

### 5.1. El recurso de reposición

Todo contribuyente tiene derecho, en los términos previstos por la ley, a la interposición en vía administrativa de recursos y reclamaciones que procedan contra los actos dictados por la administración. El Derecho tributario disfruta de una especialidad, que sustituye el recurso de alzada ante el órgano superior jerárquico que dictó el acto administrativo: quien pretenda acudir a la vía judicial deberá, necesariamente y con carácter previo, plantear una reclamación económico-administrativa<sup>24</sup>.

Más, con carácter previo a dicha reclamación, la normativa actual permite que, con carácter previo a la reclamación económico-administrativa, pueda interponerse, en su caso, un recurso de reposición. Debido a su carácter potestativo, a diferencia del carácter obligatorio de la reclamación económico-administrativa si se quiere llegar a la vía contenciosa, puede o no interponerse, sin impedir en ningún caso la reclamación económica<sup>25</sup>.

El recurso de reposición se encuentra regulado en los artículos 222 y siguientes de la Ley General Tributaria.

La Ley establece que los actos dictados por la Administración tributaria que sean susceptibles de reclamación económico-administrativa podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición (art. 222.1 LGT). En caso de interponerse este recurso, deberá hacerse con carácter previo a la reclamación económico-administrativa (art. 222.2 LGT); de interponerse, además, no se podrá promover la reclamación económico-administrativa hasta que el recurso se haya resuelto de forma expresa o hasta que pueda considerarse desestimado por silencio administrativo (art. 222.2, párr. 2 LGT).

El plazo para la interposición del recurso de reposición es de un mes, empezando a contar a partir del día siguiente al de la notificación del acto recurrible o del siguiente en que se produzcan los efectos del silencio administrativo. En el caso de deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva, el plazo se computará a partir del día siguiente al de finalización del período voluntario de pago (art. 223.1 LGT).

La situación inicial del recurrente no podrá nunca ser empeorada. La reposición somete a conocimiento del órgano competente para su resolución todas las cuestiones de hecho o de derecho que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteadas en el recurso (art. 223.4 LGT). En el caso de que el órgano competente considerase examinar y resolver cuestiones no planteadas por los interesados, se las expondrá a los mismos para que puedan formular alegaciones (art. 223.4 párr. 2 LGT).

---

<sup>24</sup> MARTÍNEZ MICÓ, Juan Gonzalo. “La reclamación económico-administrativa y el previo recurso de reposición: vías específicas de impugnación de los actos tributarios: su configuración actual como presupuesto procesal”. *Cuadernos de derecho local*, nº 28, 2012, p.108.

<sup>25</sup> MARTÍNEZ MICÓ, Juan Gonzalo. “La reclamación económico-administrativa y el previo recurso de reposición: vías específicas de impugnación de los actos tributarios: su configuración actual como presupuesto procesal”. *Cuadernos de derecho local*, nº 28, 2012, p.114.

En el artículo 224 se establecen las condiciones para la suspensión. Dichas condiciones son idénticas a las planteadas en el artículo 233 LGT para las resoluciones económico-administrativas, explicadas en el apartado anterior.

El órgano competente para conocer y resolver el recurso de reposición es el órgano que dictó el acto que se recurre (art. 225.1 LGT), el cual nunca podrá abstenerse de resolver, no pudiendo alegar duda racional o deficiencia de los preceptos legales (art. 225.2 LGT). El órgano competente cuenta con el plazo de un mes desde el día siguiente a la presentación del recurso para resolverlo (art. 225.4 LGT), de no obtener respuesta en un mes, el recurrente podrá considerar desestimado el recurso al objeto de interponer la reclamación procedente (art. 225.5 LGT).

## **5.2. La reclamación económico-administrativa**

El recurso económico-administrativo en el ámbito tributario agota la vía administrativa y abre la posibilidad de acudir a la vía judicial<sup>26</sup>.

La figura que nos ocupa se encuentra regulada en los artículos 226 y siguientes de la Ley General Tributaria.

En virtud del mencionado artículo 226, cabe recamar en vía económico-administrativa lo relacionado con la aplicación de los tributos o de los recargos establecidos sobre ellos y la imposición de sanciones tributarias; y por cualquier otra causa que se establezca por precepto legal expreso (art. 226 LGT).

Por tanto, solo puede formularse una reclamación económico-administrativa en relación con estas materias y contra dos tipos de actos. Por un lado, los que, provisional o definitivamente, reconozcan o denieguen un derecho o declaren una obligación o un deber. Por otro lado, los de trámite que decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto o pongan término al procedimiento<sup>27</sup>.

En relación con la aplicación de los tributos, son reclamables las liquidaciones provisionales o definitivas; las resoluciones expresas o presuntas derivadas de una solicitud de rectificación de una autoliquidación o de una comunicación de datos; las comprobaciones de valor y los actos de fijación de valores cuando lo prevea la normativa tributaria; los actos que denieguen o reconozcan exenciones, beneficios o incentivos fiscales; los actos que aprueben o denieguen planes especiales de amortización; los actos que determinen el régimen tributario aplicable a un obligado tributario; los actos dictados en el procedimiento de recaudación; y los actos que establezca la normativa tributaria (art. 227.2 LGT).

Son reclamables también los actos que impongan sanciones (art. 227.3 LGT) y actuaciones u omisiones de los obligados tributarios respecto a las obligaciones de repercutir; practicar y soportar retenciones o ingresos a cuenta; expedir, entregar y

---

<sup>26</sup> MARCO SANJUÁN, José Antonio, *Cuestiones básicas sobre el recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas*, Editorial Lex Nova, 1.ª ed., junio 2008, p. 24.

<sup>27</sup> MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier. *Tratado práctico de derecho tributario general español: una visión sistemática de la Ley General Tributaria*. Tirant lo Blanch, 2017, p. 549.

rectificar facturas; y las derivadas de las relaciones entre el sustituto y el contribuyente (art. 227.4 LGT).

La Ley General Tributaria, además, incluye los supuestos de inadmisión de reclamación económico-administrativa cuando den lugar a reclamación en vía administrativa previa a la judicial, civil o laboral, o pongan fin a esta vía; los dictados en que se encuentre reservada al Ministerio de Economía y Hacienda la resolución que ultime la vía administrativa; o los dictados en virtud de una Ley que excluya de reclamación económico-administrativa (art. 227.5 LGT).

Respecto al conocimiento de este tipo de reclamaciones, la Ley establece que corresponde con exclusividad a los órganos económico-administrativos, a saber: el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC) y los tribunales económicos-administrativos regionales y locales (en adelante, TEAR y TEAL) (art. 228.1 y 2 LGT). Además, otorga la consideración de órgano económico-administrativo a la Sala Especial para la Unificación de Doctrina (art. 228.3 LGT).

Una vez expuesto lo anterior, se debe dar respuesta a la pregunta de quién está legitimado para promover una reclamación económico-administrativa. Así, la norma establece que están legitimados los obligados tributarios y los sujetos infractores, así como cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto o la actuación tributaria (art. 232.1 LGT).

En este sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado estableciendo una diferencia entre la legitimación *ad processum* y la legitimación *ad causam*. La primera se corresponde con la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud para ser parte en cualquier proceso. La segunda, en cambio, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio [STS de 26 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1864)]<sup>28</sup>.

Además, añade el Alto Tribunal que la legitimación implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida, en referencia a un interés que ha de ser identificado y específico, de tal forma que produzca un beneficio o perjuicio, actual o futuro, pero cierto [STS de 26 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1864)]<sup>29</sup>.

La Ley General Tributaria no otorga legitimación a los funcionarios y empleados públicos (a no ser que se vulnere un derecho que en particular tengan reconocido o se vean afectados sus intereses legítimos); los particulares cuando actúen por delegación de la Administración; los denunciantes; los que asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato; y los organismos u órganos que hayan dictado el acto impugnado (art. 232.2 LGT).

---

<sup>28</sup> Sigue la línea jurisprudencial de las SSTS, de 29 de octubre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:8697), 18 de junio de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:4310), de 22 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:9127) y de 7 de abril de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:2090).

<sup>29</sup> Sigue la línea jurisprudencial de las SSTS de 14 de octubre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:6300), de 7 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6788) y de 13 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7792).



Respecto a la suspensión, la reclamación económico-administrativa no suspende la ejecución del acto impugnado. No obstante, a solicitud del interesado caben diferentes tipos de suspensión:

- Suspensión automática. La ejecución del acto impugnado se suspenderá 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 (art. 233.1 LGT). Si la impugnación afectase a una sanción tributaria, la ejecución de esta quedará suspendida automáticamente sin necesidad de aportar garantías (art. 233.1 pár. 2º LGT).

El legislador, respecto a las garantías, establece un *numerus clausus*, ya que exclusivamente serán el depósito de dinero o valores públicos, el aval o fianza de carácter solidario de una entidad de crédito, sociedad de garantía recíproca o seguro de caución; o fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia en función de los supuestos que se establezcan en la normativa tributaria (art. 233.2 LGT).

- Suspensión con garantías distintas a las que permiten la suspensión automática. En este supuesto, cuando el interesado no pueda aportar las garantías necesarias, puede acordarse la suspensión previa prestación de otras garantías que se estimen suficientes (art. 233.3 LGT).
- Suspensión con dispensa, total o parcial. El órgano competente podrá modificar la resolución de la suspensión cuando dicha ejecución pudiera causar perjuicios de difícil o imposible reparación (art. 233.4 LGT).
- Suspensión sin garantías. Esta posibilidad cabe en los casos que se aprecie que se ha podido incurrir en error aritmético, material o de hecho.

La suspensión de la ejecución del acto se mantendrá durante la tramitación del procedimiento económico-administrativo en todas sus instancias (art. 233.8 LGT).

En el apartado 5.3 del presente trabajo se analizará si en el caso concurren las circunstancias para la interposición, en su caso, de un recurso de reposición, y de una reclamación económico-administrativa.

### **5.3. Análisis sobre la concurrencia de circunstancias en el caso para la interposición de una reclamación económico-administrativa y un recurso de reposición**

En el caso que nos ocupa la Agencia Tributaria emite el 9 de octubre de 2019 un acto de liquidación en contra de Galienerxía, consecuencia de las actuaciones de comprobación en investigación de la situación tributaria de los ejercicios 2015 y 2016, obligando una regularización de ambos ejercicios fiscales con sus perceptivos intereses de demora e imponiendo una sanción de 244709,10 euros.

Contra dicho acuerdo de liquidación, como se ha expuesto anteriormente, caben dos alternativas: recurso de reposición y/o reclamación económico-administrativa. En este apartado se analizará si la sociedad afectada está legitimada para interponer ambas reclamaciones.

En lo que respecta al recurso de reposición, de carácter potestativo, este debería interponerse con carácter previo a la reclamación económico-administrativa en el plazo de un mes ante el órgano que dictó el acto que se impugna, en este caso, la Delegación de la Agencia Tributaria de la Provincia de A Coruña, que tendrá un mes para la resolución del recurso. Si el recurrente no obtuviese respuesta en dicho plazo, podrá considerarlo desestimado y podrá poner la reclamación procedente.

El recurso de reposición no podrá nunca empeorar la situación inicial del recurrente y su interposición no impedirá en ningún caso la presentación de reclamación económico-administrativa.

En cuanto a la reclamación económico-administrativa, y recordando que este tipo de reclamación agota la vía administrativa y abre la posibilidad de acudir a la vía judicial, cabe reclamar por esta vía todo lo relacionado con la aplicación de los tributos, recargos y sanciones. La norma además establece que serán reclamables las liquidaciones provisionales o definitivas y los actos que impongan sanciones con lo que el acto al que hace referencia en el caso será reclamable por esta vía.

Esta reclamación deberá interponerse ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia, ya que, en virtud del artículo 229.2 de la Ley General Tributaria, los Tribunales Económico-Administrativos Regionales conocerán:

*En única instancia, de las reclamaciones que se interpongan contra los actos administrativos dictados por los órganos periféricos de la Administración General del Estado, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado y, en su caso, por los órganos de la Administración de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía no comprendidos en el párrafo a) del apartado anterior, cuando la cuantía de la reclamación sea igual o inferior al importe que se determine reglamentariamente (art. 229.2 a) LGT).*

*En primera instancia, de las reclamaciones que se interpongan contra los actos administrativos dictados por los órganos mencionados en el párrafo a) de este apartado, cuando la cuantía de la reclamación sea superior al importe que se determine reglamentariamente (art. 229.2 b) LGT).*

En virtud del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, las cantidades a las que hace referencia el artículo citado en los párrafos anteriores, será de 150.000 euros o de 1.800.000 si se trata de reclamaciones contra bases o valoraciones.

En el caso, entraría en juego la cantidad de 1.800.000, ya que el recurso sería en contra de la valoración que realiza la Agencia Tributaria de Galicia acerca de los impuestos que ha dejado de percibir. Por tanto, la cantidad reclamada, incluida la sanción, entraría dentro de dicho baremo.

La ejecución del acto impugnado sería suspendida automáticamente, ya que como se ha plasmado en los apartados anteriores, si la impugnación afectase a una sanción tributaria la ejecución de la misma quedará suspendida sin necesidad de aportar garantías. Si esta suspensión solo afectase a la sanción y no al general de la reclamación, para la suspensión de la cuota a ingresar y los intereses de demora habría que aportar garantías por valor del importe de dicho acto.

En suma, la sociedad Galienerxía tiene primeramente la opción de interponer un recurso de reposición ante la Delegación de la Agencia Tributaria de la Provincia de A Coruña

ante el acuerdo de liquidación efectuada por esta. Si este recurso fuese desestimado o su resolución no contentase a la reclamante, esta podría interponer una reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia, obligatoria para agotar la vía administrativa, abriendo la posibilidad de acudir a la vía judicial.

## 6. SOCIO MINOTARIO VS. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

### 6.1. Los deberes y responsabilidad de los administradores

A la hora de estudiar la viabilidad de una posible demanda por parte del socio minoritario de la empresa perjudicada por el acuerdo de liquidación dictado por la Agencia Tributaria, se debe realizar primeramente un análisis sobre los deberes que la ley, en este caso 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 (en adelante, LSC) impone a los administradores de una sociedad de capital.

El primer deber que contemplado en la Ley de Sociedades de Capital es el deber de diligencia, regulado en el artículo 225. La Ley impone a los administradores el deber de desempeñar su cargo y cumplir con los deberes impuestos por las leyes y estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos (art. 225.1 LSC). Continúa la norma exigiendo a los administradores la dedicación adecuada y la adopción de medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad (art. 225.2 LSC); además, siempre en el desempeño de sus funciones, el administrador debe exigir y recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones (art. 225.3 LSC).

La norma considera cumplido lo anterior cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (art. 226.1 LSC). De esta forma, incluye también la norma que no se entenderán incluidas dentro de este apartado aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas, en particular, las que tengan por objeto autorizar las operaciones que prevé el artículo 230<sup>30</sup>(art. 226.2 LSC).

Al manifestar expresamente el deber de diligencia en el ordenamiento, lo que hace la norma es recoger una expresión del principio general de la buena fe. Como modelo o norma de conducta, la diligencia es fuente de deberes especiales<sup>31</sup>.

El deber de lealtad es otro de los deberes que la Ley de Sociedades de Capital impone a los trabajadores. Este deber obliga a los administradores a desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando siempre de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227.1 LSC). De infringir este deber, el administrador tendrá la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social y la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (art. 227.2 LSC).

El legislador, en el artículo 228 de la norma, establece cuáles son las obligaciones básicas del deber de lealtad. En este sentido, el deber de lealtad obliga al administrador a no ejercitar sus facultades con fines distintos de los que le han sido concedidos; a guardar secreto sobre toda la información a la que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, aún cuando haya cesado en él; abstenerse a deliberar y votar respecto a los acuerdos o decisiones en las que tenga un conflicto de interés; a desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio; y a adoptar las medidas

---

<sup>30</sup> Estas operaciones se analizan a continuación.

<sup>31</sup> RIBAS FERRER, Vicente, et al. *Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital*. 2012, p. 5.

necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses puedan entrar en conflicto con el interés social (art. 228 LSC).

El régimen que atañe al deber de lealtad y a la consiguiente responsabilidad por su infracción es imperativo y no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo (art. 230.1 LSC).

La sociedad podrá dispensar estas prohibiciones en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, uso de ciertos activos sociales, aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, o la obtención de una ventaja o remuneración por parte de un tercero (art. 230.2 LSC). Además, la norma establece que debe ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros y las que afecten a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. Además, en las sociedades de responsabilidad limitada, lo son aquellas operaciones que se refieran a la prestación de cualquier tipo de asistencia financiera, dándose por incluidas las garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se establezca con la sociedad de una relación de servicios u obra (art. 230.2 párr. 2º LSC).

En suma, estamos ante deberes inherentes al buen desempeño del cargo de administrador, con lo que la observancia de todos ellos es imprescindible, por cuanto que afecta de manera simultánea a varios de estos deberes. Resulta evidente que la diligencia y la lealtad ofrecen numerosas hipótesis de relación, es difícil imaginar que sin una actividad adecuada en la participación e información dentro del órgano de administración pueda un administrador identificar cuál es el interés de la sociedad en cada momento y cómo se asegura su adecuada defensa<sup>32</sup>.

Siguiendo lo anterior, los deberes que se imponen a los administradores constituyen pautas genéricas y objetivas de conducta que abarcan a la conducta del administrador. Es una categoría de actos que solo pueden ser valorados *ex post*, es decir, su imputación precisa la realización de un juicio comparativo posterior entre la conducta real del administrador y la que este debería haber desplegado en consideración al modelo de conducta que le sea legalmente exigible<sup>33</sup>.

A continuación, se expondrá el régimen de responsabilidad de los administradores previsto en los artículos 236 y 237 de la Ley de Sociedades de Capital.

La importancia de la labor de los administradores resulta obvia. Si las condiciones en que se ha llevado a cabo la creación de la sociedad son las adecuadas, el fracaso o el éxito dependerá de la labor que desempeñen los administradores. Una mala administración de la sociedad puede ser fuente de perjuicios considerables para los accionistas y para los

---

<sup>32</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad*. En Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 897.

<sup>33</sup> ALONSO ESPINOSA, Francisco José. *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*. En Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde. Marcial Pons, 2007. p.85.

acreedores sociales. Lo anterior justifica que el ordenamiento jurídico regule de forma específica la responsabilidad de los administradores<sup>34</sup>.

Los administradores responden ante la sociedad, los socios y ante 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 de su cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa (art. 236.1 LSC). Esta culpabilidad se presume, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales (art. 236.1 pár. 2º LSC). Aunque los acuerdos hayan sido adoptados, autorizados o ratificados por la junta general, este hecho no exonerará de responsabilidad (art. 236.2 LSC).

La responsabilidad alcanza también a los administradores de hecho, aquellas personas que desempeñen sin título, o con título nulo o extinguido, las funciones propias de administrador (art. 236.3 LSC).

De no existir delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad serán aplicables a la persona que tenga atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad (art. 236.4 LSC).

El legislador señala también que esta responsabilidad tiene carácter solidario, es decir, todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responden solidariamente, salvo los que prueben que desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o se opusieron expresamente (art. 237 LSC).

## **6.2. La acción social de responsabilidad**

La acción social de responsabilidad es aquella acción que procede en los supuestos en los que el patrimonio dañado con la actuación de los administradores sea el patrimonio de la sociedad, cuyo objetivo es la reintegración de dicho patrimonio<sup>35</sup>.

El Tribunal Supremo indicia que esta acción presupone una actuación de los administradores calificada como contraria a la ley o a los estatutos o que se hubiera ejecutado sin la diligencia con la que debían desempeñar el cargo. Además, exige también que los actos antijurídicos de los administradores hayan causado daño a la sociedad y que exista una relación de causalidad entre la referida actuación de los administradores y el daño [STS de 17 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7974)].

Esta acción se encuentra regulada en los artículos 238 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Respecto al régimen general, la acción social se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, pudiendo ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Además, la norma prohíbe

---

<sup>34</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. Thomson Aranzadi, 2006, p. 175.

<sup>35</sup> SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “El riesgo de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas en situaciones de insolvencia, o de pérdidas patrimoniales”. *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, 2006, no 89, p. 142.

expresamente que los estatutos puedan establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo (art. 238.1 LSC). Además, la junta general podrá transigir o renunciar en cualquier momento al ejercicio de esta acción, salvo que se opongan socios con un porcentaje de participación superior al 5% (art. 238.2 LSC).

En la STS de 10 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:281)<sup>36</sup> se establecen los requisitos para que esta acción prospere y los administradores respondan al amparo del artículo 238 LSC:

- Acción u omisión antijurídica.
- Desarrollo de la acción u omisión por el administrador o administradores precisamente en concepto de tales.
- La existencia de un daño a la sociedad.
- Relación de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño.

La norma prevé un régimen especial de legitimación tanto para la minoría de socios como para los acreedores.

Al amparo del artículo 239 se encuentran legitimados el socio o socios que posean, individual o conjuntamente, una participación que les permita solicitar la convocatoria de junta general, cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablase dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha de adopción del acuerdo, o cuando este acuerdo hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad (art. 239.1 LSC).

El porcentaje de participación al que se hace referencia en el párrafo anterior viene establecido en virtud del artículo 168, que regula la solicitud de convocatoria por la minoría. Así, el socio o socios deben representar, al menor, el cinco por ciento del capital social (art. 168 LSC).

En cuanto a la legitimación subsidiaria de los acreedores, estos podrán ejercitar la acción social contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o por los socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 240 LSC).

En cuestiones de competencia, tras la creación de los Juzgados de lo Mercantil por parte de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LRC), la competencia objetiva para conocer de la acción de responsabilidad de los administradores ha cambiado. Así, en virtud del artículo 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) se atribuye a los Juzgados de lo Mercantil, o a los Juzgados de Primera Instancia con competencias mercantiles (art. 86 ter..2 a) LOPJ).

En cuanto a la competencia territorial, debemos acudir a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), de modo que, en primer lugar, la acción social

---

<sup>36</sup> Sigue la línea jurisprudencial de las SSTs de 25 de julio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:391) y de 27 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:346).

de responsabilidad se regiría por la sumisión expresa<sup>37</sup> o tácita<sup>38</sup> de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción y, en ausencia de sumisión de las partes, debemos acudir al fuero general de las personas jurídicas y entes sin personalidad, regulado en el artículo 51 LEC, en virtud del cual y salvo que la ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio, pudiendo ser demandada también en el lugar donde la situación o relación jurídica a la que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, con la condición de que en dicho lugar tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad (art. 51.1 LEC). En este sentido debemos tener en cuenta también el fuero general de las personas físicas, regulado en el artículo 50 LEC en el que se establece que, salvo disposición contraria en la Ley, la competencia territorial corresponde al tribunal del domicilio del demandado, y si este no fuese en España, será competente el de su residencia en dicho territorio (art. 50.1 LEC). Además, hace referencia implícita a los empresarios y profesionales que, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, podrán ser demandados en el lugar donde se desarrolle dicha actividad (art. 50.3 LEC).

### **6.3. La acción individual de responsabilidad**

La acción individual de responsabilidad, al contrario que la acción social, procede cuando el patrimonio dañado es el patrimonio de los socios o terceros. Lo que se persigue con dicha acción es la reintegración del patrimonio de los socios o, en su caso, de los terceros perjudicados<sup>39</sup>.

Siguiendo lo anterior, el artículo 241 LSC establece que 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 (art. 241 LSC).

El Tribunal Supremo afirma que la acción individual de responsabilidad supone una aplicación especial de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, regulada específicamente en el artículo anterior, que la especializa respecto de la genérica prevista el artículo 1902 CC<sup>40</sup> [STS de 13 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3433)]<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Se entiende por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometiesen (art. 55 LEC).

<sup>38</sup> Se entiende que el demandante se encuentra sometido tácitamente por el hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo demanda o formulando una petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer de la demanda (art. 56.1º LEC). El demandado, por su parte, se encuentra sometido tácitamente por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión exceptuando la declinatoria; también cuando, emplazado o citado en juicio, no comparezca o lo haga cuando haya perdido la facultad de proponer la declinatoria.

<sup>39</sup> SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “El riesgo de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas en situaciones de insolvencia, o de pérdidas patrimoniales”. REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos, 2006, no 89, p. 143.

<sup>40</sup> Este artículo dispone que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, debe reparar el daño causado (art. 1902 CC).

<sup>41</sup> Sigue la línea jurisprudencial de las SSTs de 24 de marzo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:2028), 7 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3107) y de 6 de abril de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2307).



Añade el Alto Tribunal que se trata de una responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo [STS de 13 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3433)]<sup>42</sup>.

La acción individual de responsabilidad, para su apreciación, debe cumplir los siguientes objetivos impuestos por la jurisprudencia en la STS de 18 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:253)<sup>43</sup>:

- Un comportamiento activo o pasivo de los administradores.
- El comportamiento debe ser imputable al órgano de administración.
- La conducta del administrador debe ser antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse a la conducta exigible a un ordenado empresario y representante leal.
- La conducta antijurídica debe ser susceptible de producir un daño.
- El daño debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar el interés de la sociedad.
- Debe existir una relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.

La jurisprudencia ha establecido también que no se debe recurrir indiscriminadamente a la acción individual de responsabilidad por cualquier incumplimiento contractual, ya que lo anterior iría en contra de los principios fundamentales de las sociedades de capital, tales como la personalidad jurídica, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, sin olvidar el principio de que los contratos solo surten efectos entre las partes que los otorgan [STS de 23 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:242)].

Respecto a la jurisdicción, esta será la misma que para ejercitar la acción social de responsabilidad, es decir, serán competentes los Juzgados de lo Mercantil. Tampoco cambia nada respecto a la competencia territorial, expuesta en el apartado anterior.

#### **6.4. Viabilidad de una demanda del socio minoritario frente al administrador de la sociedad**

En el caso se abre la posibilidad de emprender acciones legales contra el Consejo de Administración de la sociedad Galienerxía por el único socio minoritario que ostenta el 5.27% de los derechos de voto de la sociedad. El socio minoritario considera que el Consejo de la sociedad es responsable de la sanción tributaria interpuesta a esta, y considera que no actuaron de acuerdo con el deber de diligencia.

---

<sup>42</sup> Sigue la línea jurisprudencial de las SSTS de 23 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:242), de 22 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:737), de 18 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:253).

<sup>43</sup> Sigue la línea jurisprudencial de las SSTS de 23 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:667), de 1 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:312), de 18 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:395), de 20 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:396), y de 3 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:131).

Como se ha analizado en los apartados anteriores, la Ley de Sociedades de Capital impone a los administradores el deber de desempeñar su cargo y cumplir con los deberes impuestos por las leyes y estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, además de una dedicación adecuada y la adopción de medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad (art. 225.2 LSC).

Ante ello, el socio podría interponer la acción social de responsabilidad, ya que es el patrimonio de la sociedad el que resulta dañado con la actuación de los administradores, descartando así la acción individual de responsabilidad, que procede cuando el patrimonio dañado es el propio de los socios o terceros.

Además, el socio minoritario podría interponer dicha acción, al poseer más de un 5% de los derechos de voto, necesarios para la convocatoria de junta general. Si la junta general no se hubiese convocado, ya que es la primera figura a la que la Ley otorga legitimación, o de haberse convocado para decidir sobre la acción social de responsabilidad no la ejercitase en el plazo de un mes o cuando el acuerdo al que se hubiese llegado fuese contrario a la exigencia de responsabilidad, el socio minoritario podría entablar dicha acción.

Para que la acción prosperase, deberían considerarse cumplidas los requisitos establecidos por la jurisprudencia. A continuación, se analizarán dichos requisitos en relación con el caso.

El primer requisito que establece la jurisprudencia es que se trate de una omisión u acción antijurídica. Los administradores de la sociedad presentaron el modelo 200, relativo al Impuesto sobre Sociedades, en tiempo y forma establecidos por la ley para el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad.

En virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no existe régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias; para que proceda la sanción es necesario que concurra en la conducta sancionada dolo o culpa, no pudiendo ser sancionados los hechos más allá de la simple negligencia [STS de 15 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:455)].

Además, es necesario acreditar que el incumplimiento se debe a una intención de defraudar o, al menos, a la omisión del cuidado y atención exigibles jurídicamente [STS de 15 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:455)].

En este sentido, el Alto Tribunal ha afirmado que, aunque existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que admiten el error como causa excluyente de la culpabilidad, no impide que una vez apreciadas las circunstancias concurrentes en el caso, quepa sancionar las conductas que se reputen negligentes, con el fin último de que no se utilice el error como refugio para evitar una sanción [STS de 28 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:746)].

Por tanto, en este punto se pueden considerar dos opciones. En primer lugar, que los administradores actuaron mediado culpa y dolo, además de con intención de defraudar, con lo que se consideraría probado que actuaron en contra del deber de diligencia que establece la Ley. En segundo lugar, todo lo contrario, que los administradores actuaron conforme a la Ley, sin intención de defraudar cometiendo un error con la deducibilidad de unos gastos que ellos consideraron deducibles cuando en realidad no lo eran.

Si se considera cumplido el primer requisito, los siguientes también se consideran cumplido, ya que existe un daño para la sociedad, en este caso patrimonial debido a la sanción tributaria y existe una relación de causalidad entre la actuación de los administradores y el daño producido.

Respecto al daño, la sanción tributaria e incluso los intereses de demora provocan un daño patrimonial a la sociedad al tener que hacer frente a un pago que no existiría si los administradores hubiesen actuado diligentemente. Por tanto, también existiría una relación de causalidad entre la actuación de los administradores y el daño producido.

De lo contrario, si consideramos que los administradores no tenían intención de defraudar ya que presentaron los modelos de pago del impuesto en tiempo y forma, y que medió un error a la hora de valorar la deducibilidad de los gastos por el pago de intereses del préstamo participativo, los requisitos jurisprudenciales para que la acción social de responsabilidad prosperase no se verían cumplidos y, por tanto, la acción no prosperaría.

De estas dos posibilidades que se acaban de exponer, la que más visos tiene de ser cierta es la primera, con lo que el socio minoritario podría interponer una demanda ejercitando la acción social de responsabilidad. Esta demanda debería presentarse ante el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, ya que es el órgano competente para resolver de dichos asuntos, así como, en cuanto a competencia territorial, no disponemos de datos sobre una posible sumisión expresa o tácita, con lo que debería demandarse a los administradores y a la sociedad en su domicilio, en este caso la ciudad de A Coruña.

## 7. CONCLUSIONES

### I

La primera conclusión que se obtiene es la calificación del contrato suscrito por las mercantiles Galienerxía y Energylux en fecha 1 de abril de 2015 como un préstamo participativo. Una vez analizado el contrato de préstamo en el ordenamiento jurídico español, tanto desde la perspectiva civil como mercantil, se llega a dicha conclusión debido a que el contrato financiero que formalizan las entidades cumple con la condición establecida en el RDL 7/1996, de 18 de diciembre, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica de que la entidad prestamista debe percibir un tipo de interés variable determinado en función de la actividad de la empresa prestataria. En el caso presentado, Galienerxía debe retribuir un interés variable del 45% sobre su beneficio neto, con lo que cumple el requisito establecido por la norma.

### II

Tras haber calificado jurídicamente el contrato como préstamo participativo, se analiza la fiscalidad de este tipo de híbrido financiero desde dos perspectivas. Por un lado, el tratamiento fiscal de la operación en las circunstancias del caso y, en segundo lugar, el tratamiento fiscal en el supuesto de que la entidad prestamista fuere residente en España:

- a) Respecto a la fiscalidad de los intereses pagados por la sociedad residente en España, en calidad de prestataria, la Ley del Impuesto sobre Sociedades impone la no deducibilidad de los gastos que representen una retribución de los fondos propios, al tiempo que hace hincapié en que la retribución correspondiente a los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de su residencia, tendrán la consideración de retribución de los fondos propios. En consecuencia, dado que las empresas objeto de estudio cumplen con las condiciones que el artículo 42 del Código de Comercio establece para considerar que existe un grupo de sociedades, se concluye que la deducción de los intereses remuneratorios del préstamo participativo por parte de la empresa Galienerxía, en las declaraciones fiscales de los ejercicios 2015 y 2016, no es conforme a Derecho y que el inicio de las actuaciones inspectoras, que se saldaron con una regularización y una sanción al sujeto pasivo, están justificadas.
- b) Consideración distinta tendría la operación si es la sociedad prestamista la que reside en España. La Ley del Impuesto sobre Sociedades establece una exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios en entidades residentes y no residentes en territorio español. La operación analizada podría gozar de dicha exención por las dos razones siguientes. En primer lugar porque se cumple la condición de participación, establecida en un 10% para el caso de participaciones en el capital de entidades no residentes, sin que a ello obste el hecho de que la entidad participada resida en Luxemburgo -territorio calificado como paraíso fiscal- dado el acuerdo de doble imposición vigente entre ambos Estados y la inexistencia de prueba en contrario de que la constitución y operativa de la sociedad responde a motivos económicos válidos. Y, en segundo lugar, porque las retribuciones correspondientes a

préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo se consideran dividendos o participaciones en beneficios.

Como se aprecia, la tributación difiere en gran medida en ambos casos. La sociedad prestataria nunca podrá deducirse los gastos por intereses de un préstamo participativo; sin embargo, la sociedad prestamista gozará de una exención de tributación por los rendimientos recibidos en virtud de esta figura.

### III

La trasposición en el ordenamiento jurídico español de la Directiva 2011/96/UE, en relación con los mecanismos financieros híbridos, consigue acabar con la no tributación que provocaban estos instrumentos financieros. En el caso de los préstamos participativos no serán deducibles los pagos en virtud de esta figura en la sede de la filial y sí lo serán, en cambio, los intereses que recibe en España la sociedad matriz.

Por otra parte, si el legislador no admitiese la deducibilidad de los pagos ni la exención de los cobros por motivo de esta figura nos encontraríamos ante un supuesto de doble imposición, ya que se estaría grabando dos veces una misma renta. Precisamente, para evitar esta situación, en el caso objeto de estudio, en el que una de las sociedades (Galienerxía) es residente en España y la otra (Energylux) en Luxemburgo, habrá de atenderse a las disposiciones 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, de 3 de junio de 1986, y a su Protocolo anexo.

### IV

Retomando el tema de la fiscalidad, tal y como se adelantaba, la Agencia Tributaria sometió a la empresa Galienerxía a actuaciones de comprobación e investigación de la situación tributaria de los ejercicios 2015 y 2016, en los que dicha empresa se dedujo la totalidad de lo pagado en virtud del préstamo participativo concertado. La Agencia Tributaria obligó a la regularización de dicha situación con sus perceptivos intereses de demora y a al pago de una sanción de 244709.10 euros.

Pues bien, contra dicho acuerdo cabrían dos alternativas: recurso de reposición y/o reclamación económico-administrativa. El recurso de reposición, debido a su carácter potestativo, puede interponerse o no antes de la reclamación económico-administrativa ante el mismo órgano que dictó la resolución. Respecto a la reclamación económico-administrativa agota la vía administrativa y permite acudir a la vía judicial. Debido a las características que concurren en el caso, la sociedad Galienerxía estaría facultada para interponer ambos recursos, abriendo así la posibilidad de acudir a la vía judicial.

### V

En cuanto a la posibilidad de que el socio minoritario de Galienerxía emprenda acciones legales contra el órgano de administración de la sociedad por el acuerdo de liquidación de la Agencia Tributaria, se considera que, de los mecanismos previstos en la Ley de Sociedades de Capital para salvaguardar el interés de la sociedad, de los propios accionistas y de terceros que puedan verse perjudicados por las decisiones de los administradores, procedería, en su caso, el ejercicio de la denominada acción social de responsabilidad.

En este orden de ideas, en relación con los requisitos para el ejercicio de la referida acción social de responsabilidad, la existencia del daño a la sociedad parece indiscutible, toda vez que la sanción tributaria impuesta a Galienerxía, así como los intereses de demora, minoran su patrimonio social. De igual modo, la relación de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño referido resulta evidente. Mayores dificultades podría plantear, en principio, la consideración del comportamiento de los administradores como una acción u omisión antijurídica; la cuestión estriba, en síntesis, en dilucidar si los administradores actuaron con dolo o culpa, bien porque tenían el ánimo de defraudar, bien porque no actuaron con el deber de diligencia que exige la legislación. De ser así, no existirían obstáculos sustantivos o de fondo para que acción social de responsabilidad prosperase.

Por otra parte, desde un punto de vista estrictamente procesal, se considera que el socio minoritario, por tener más de un cinco por ciento de los derechos de voto, estaría activamente legitimado.

## VI

Como conclusión final, cabe señalar que en el caso analizado subyace un instrumento financiero de gran relevancia en la actualidad –en la medida en que permite unas condiciones favorables de financiación para la sociedad prestataria y una retribución en función de los potenciales beneficios para la prestamista– que genera importantes retos jurídicos. Y es que, en un mundo cada vez más globalizado, con grupos empresariales presentes en diferentes países, se hace necesaria una legislación que cohoneste la soberanía fiscal de cada Estado con los intereses y derechos de los contribuyentes, a fin de evitar tanto una doble imposición como una doble no imposición. De igual modo, en lo que se refiere a la relación accionista-administrador social se hace imprescindible ahondar en los deberes de obligado cumplimiento por parte de los administradores y en las acciones para la protección del patrimonio empresarial, del de los accionistas y del de terceros.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ESPINOSA, Francisco José. “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”. *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*. Marcial Pons, 2007. p.85.

ANAMARÍA RUS, Aurelia. Los préstamos participativos. *Cont4bl3*, 2010, nº 33, p. 18-19.

BARRENO, Mar, et al. El Proyecto BEPS de la OCDE/G20: Resultados de 2014. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 2015, nº 5, p. 5.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Derecho Civil: Contratos*. Bercal, 2019, p.317.

BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*. Comercial Grupo ANAYA, SA, 2016, p. 214.

BUSTOS CONTELL, E. *Préstamo Participativo. Instrumento de financiación de las Pymes*. Editado por AECA en colaboración con ENISA, 2002, p. 21.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel; CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor; MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo J.; TRAPÉ VILADOMAT, Montserrat; *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Wolters Kluwer, 2014, p. 1273

CAZORLA, Leonardo; LOPEZ GODOY, Manuel; LORENZANA, Tomás. *Análisis del coste financiero de los préstamos participativos desde la óptica de la lógica borrosa*. Cuadernos del CIMBAGE, 2003, nº 5, p. 44.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. Thomson Aranzadi, 2006, p. 175.

FERNÁNDEZ SCRIMIERY, B. “Financiación alternativa para pymes y emprendedores”, *Anuario de Capital Riesgo*, 2015, p. 283.

GARCÍA MANDALONIZ, M. *La Financiación de las PYMES*. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 172-174.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Angélica. “La soberanía fiscal, la potestad tributaria y los convenios para evitar la doble imposición”. *Cont4bl3*, 2014, nº 50, p. 20-21.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, et al. *Principios de Derecho Civil. Tomo III. Contratos*. Marcial Pons, 2019, p. 320, 326.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Juan. *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario*. AEDAF, 2011, p. 192.

LÓPEZ TELLO, Jesús. “Los informes finales del proyecto BEPS y la propuesta de directiva contra la elusión fiscal”. *Actualidad Jurídica (1578-956X)*, 2016, nº 43, p. 38-39

MARCO SANJUÁN, José Antonio, *Cuestiones básicas sobre el recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas*, Editorial Lex Nova, 1.ª ed., junio 2008, p. 24.

MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier. *Tratado práctico de derecho tributario general español: una visión sistemática de la Ley General Tributaria*. Tirant lo Blanch, 2017, p. 549.

MARTÍNEZ MICÓ, Juan Gonzalo. “La reclamación económico-administrativa y el previo recurso de reposición: vías específicas de impugnación de los actos tributarios: su configuración actual como presupuesto procesal”. *Cuadernos de derecho local*, nº 28, 2012, p.108.

MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel. *Lecciones de derecho mercantil*. Aranzadi, 2006, p. 228

NAVARRO FAURE, Amparo, et al. *Los préstamos participativos en España: un ejemplo de las consecuencias jurídico-tributarias de la infracapitalización de las empresas*. XIX Jornadas Latinoamericanas de Direito Tributario, 1998, L. 3, p. 208.

PALÁ LAGUNA, Emilio. “Algunas cuestiones en torno a la figura del préstamo participativo y su nuevo régimen jurídico”. *Revista de derecho bancario y bursátil*, 1998, vol. 17, nº 70, p. 460-468.

PÉREZ ROYO, Fernando. *Curso de derecho tributario*. Larousse-Editorial Tecnos, 2019, p. 1171.

RIBAS FERRER, Vicente, et al. *Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital*. 2012, p. 5.

RODRÍGUEZ PEÑA, Nora Libertad. *Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, 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*. AIS: Ars Iuris Salmanticensis, 2015, vol. 3, nº 2, p. 220

RUIZ DE VELASCO, Adolfo, et al. *Manual de derecho mercantil*. Univ Pontifica Comillas, 2003, p. 912.

SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “El riesgo de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas en situaciones de insolvencia, o de pérdidas patrimoniales”. *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, 2006, nº 89, p. 142-143.

SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés, et al. *Comentarios a la Ley del impuesto sobre sociedades y su normativa reglamentaria*. Tirant lo Blanch, 2017, p. 630.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad*. En Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 897.

VIÑUELAS SANZ, Margarita. “Los préstamos participativos”. *Revista de Derecho Mercantil*, 2017, vol. 305, p. 308.



## 9. APÉNDICE LEGISLATIVO

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Boletín Oficial del Estado, 16 de octubre de 1885, núm. 289.

ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/(1)/con)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 27 de julio de 1889, núm. 206.

ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

Real Decreto Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización. Boletín Oficial del Estado, 3 de diciembre de 1983, núm. 289.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/1983/11/30/8>

Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización. Boletín Oficial del Estado, 28 de julio de 1984, núm. 180.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1984/07/26/27/con>

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, núm. 157.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>

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. Boletín Oficial del Estado, 4 de agosto de 1987, núm. 185.

ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1986/06/03/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ai/1986/06/03/(1)/con)

Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Boletín Oficial del Estado, 8 de junio de 1996, núm. 139.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/1996/06/07/7>

Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de Medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas. Boletín Oficial del Estado, 19 de diciembre de 1996, núm. 305.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1996/12/18/10>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>

Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, núm. 164.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/07/09/8>

Ley 58/2003, 17 de diciembre, General Tributaria. Boletín Oficial del Estado, 17 de diciembre de 2003, núm. 302.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58/con>

Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado, 11 de marzo de 2004, núm. 61. (Disposición derogada).

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/03/05/4/con>

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. Boletín Oficial del Estado, 12 de marzo de 2004, núm. 62.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/03/05/5/con>

Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa. Boletín Oficial del Estado, 27 de junio de 2005, núm. 126.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2005/05/13/520/con>

Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. Boletín Oficial del Estado, 5 de julio de 2007, núm. 160.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/04/16>

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. Boletín Oficial del Estado, 20 de noviembre de 2007, núm. 278.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2007/11/16/1514/con>

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. Boletín Oficial del Estado, 31 de mayo de 2010, núm. 132.

ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2009/05/31/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ai/2009/05/31/(1)/con)

Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2010, núm. 161.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>

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. Diario Oficial de la Unión Europea, 29 de diciembre de 2011, núm. 345.

ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/96/oj>

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. Diario Oficial de la Unión Europea, 25 de julio de 2014, núm. 219.

ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/86/oj>

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 2014, núm. 288.

ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/27/27/con>

Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015 , 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. Diario oficial de la Unión Europea, 28 de enero de 2015, núm. 21.

ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/121/oj>

## **10. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL**

### **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Sentencia núm. 544/2006 de 12 de septiembre de 2006 (ECLI:EU:C:2006:544).

### **TRIBUNAL SUPREMO**

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 5/1983, de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:1983:5).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 8697/1986, de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:1986:8697).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 18222/1994, de 7 de octubre (ECLI:ES:TS:1994:18222).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 6911/1994, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:1994:6911).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 6929/1994, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:1994:6929).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 4310/1997, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:1997:4310).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 7899/1997, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:1997:7899).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 795/1999, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:795:1999).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 4233/2001, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2001:4233).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 8493/2001, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2001:8493).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 9127/2001, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2001:9127).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 6300/2003, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:6300).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 2028/2004, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2004:2028).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 3107/2004, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2004:3107).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 2090/2005, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2005:2090).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm 6788/2005, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:6788).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 7792/2005, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7792).

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 2307/2006, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2006:2307)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 667/2009, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:667).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 312/2010, de 1 de junio (ECLI:ES:TS:2010:312).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 391/2012, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2012:391).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 395/2012, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2012:395).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 7974/2012, de 17 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7974).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 396/2013, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2013:396).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 6116/2013, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:6116).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 242/2014, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:242).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 346/2014, de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2014:346).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 737/2014, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:737).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 131/2016, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:131).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 253/2016, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2016:253).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 1864/2016, de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1864).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 3433/2016, de 13 de julio de (ECLI:ES:TS:2016:3433).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 746/2017, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:746).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 455/2017, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:455).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 281/2017, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:281).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1112/2018, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1112).

#### **AUDICENCIA NACIONAL**

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 721/2014, de 27 de febrero (ECLI:ES:AN:2014:712).

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 4364/2019, de 11 de noviembre (ECLI:ES:AN:2019:4364).