

# 19. Uría Menéndez

## Deducibilidad de los intereses de demora en el IRPF

**Análisis crítico de la Sentencia n.º 1091/2023 del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2023**

**Iratxe CELAYA ACORDARREMENTERÍA**

*Uría Menéndez*

### Resumen

*La deducibilidad de los intereses de demora satisfechos por el contribuyente a la hora de determinar la base imponible sujeta a los impuestos sobre la renta ha sido muy discutida durante los últimos años. Si bien el Tribunal Supremo puso fin a la controversia existente con diversas sentencias dictadas en 2021 en las que se reconoce su naturaleza deducible en sede del Impuesto sobre Sociedades, no ha sido hasta el pasado mes de julio de 2023 que el TS ha determinado la misma naturaleza deducible en la determinación del rendimiento de la actividad económica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, mediante la sentencia que se analiza en este documento.*

*The deductibility of the late payment interest when determining the income taxes due has been very discussed in recent years. Although the Supreme Court put an end to the existing controversy with various rulings issued in 2020 in which its deductible nature is recognized for Corporate Income Tax purposes, it was not until last July 2023 that the Supreme Court has ruled the same deductible nature for determining the taxable base for economic activities of the Personal Income Tax, through the ruling analyzed in this document.*

## 1. LA SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 2023

El día 24 de julio de 2023 el Tribunal Supremo dicta una sentencia —en un recurso cuya asistencia letrada teníamos encomendada—, en la que aclara el tratamiento que deben recibir los intereses de demora tributarios en el IRPF del contribuyente obligado a satisfacerlos, a la hora de determinar el importe de los rendimientos de actividades económicas que integran la base imponible del citado impuesto.

Conforme a lo ya adelantado por el Auto de admisión del recurso de casación, se trata del primer supuesto en el que el Tribunal Supremo aborda el tratamiento que deben recibir en el IRPF los intereses de demora tributarios satisfechos por una persona física que desarrolla una actividad profesional por cuenta propia, abogado en ejercicio, para ser más exactos. En este caso, dichos intereses de demora —cuya deducibilidad se pretende por el contribuyente con el fin de minorar el importe de los rendimientos de actividades económicas— se liquidan por la Hacienda Foral de Bizkaia en el marco de un procedimiento de inspección relativo a ejercicios anteriores, sobre la cuota descubierta relativa a los rendimientos de la actividad empresarial o profesional tanto en el IRPF como en el IVA.

Con posterioridad a la firma de actas y en la autoliquidación del IRPF correspondiente al ejercicio en el que se suscriben las mismas, el contribuyente se deduce los intereses de demora en la determinación de su rendimiento neto de la actividad económica, por considerar que se trata de gastos financieros derivados de su actividad profesional y estar correlacionados con los ingresos de la misma, al no encontrar ninguna disposición en los artículos 27 de la Norma Foral del IRPF vizcaína (Norma Foral 13/2013) y 31 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades (Norma Foral 11/2013) al que aquél se remite, que limiten su deducibilidad.

Es preciso destacar que, pese a que la normativa analizada es la foral vizcaína, los criterios de la sentencia pueden extrapolarse a otras normas vigentes en todo el territorio nacional, puesto que son idénticas en los aspectos controvertidos.

En la fecha en la que el contribuyente se deduce los intereses de demora, junio de 2017, pues las actas se formalizan y el gasto se deduce en la autoliquidación del IRPF de 2016, el Tribunal Supremo todavía no había dictado sus sentencias relativas al carácter deducible de los intereses de demora tributarios que comenzarían a llegar a comienzos de 2021 (con la primera sentencia n.º 150/2021 de 8 de febrero) y, además, aunque había algo de esperanza en que fueran considerados gastos deducibles, nos hallábamos aún inmersos en la incertidumbre creada por las posturas enfrentadas entre la Agencia Tributaria/TEAC y la Dirección General de Tributos en relación con la naturaleza de los intereses de demora tributarios. En el ámbito foral vizcaíno tampoco había precedentes administrativos o judiciales que pudieran respaldar una tesis o la contraria, a diferencia del Territorio Histórico de Alava, como veremos más adelante.

En definitiva, la situación en el momento en que iniciamos los recursos en la vía administrativa no podía ser más confusa. Por una parte, teníamos al Tribunal Económico-Administrativo Central, que en una resolución de 7 de mayo de 2015 (Resolución 01967/2012/00/00), y a la luz de cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978, entendía que los intereses de demora derivados de un acta de inspección no son fiscalmente deducibles por considerar que no son gastos necesarios para la obtención de los ingresos debido a que su función es compensar los efectos de un previo incumplimiento por parte del contribuyente, haciendo prevalecer, por tanto, su naturaleza indemnizatoria sobre la financiera. De esta manera, el TEAC parecía completar el requisito de necesidad del gasto con el requisito de que el gasto no derivase de una actuación contraria al ordenamiento jurídico (limitación que formalmente se incorpora a nivel legislativo con la Ley 27/2014, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades). En todo caso, esta doctrina no parecía dar relevancia a la existencia de sanciones en el seno del procedimiento inspector ni tampoco precisaba si la no deducibilidad se extendía a los intereses derivados de la suspensión de la deuda tributaria.

Por su parte, para añadir más incertidumbre, la Dirección General de Tributos tenía otra opinión —quizá técnicamente más fundamentada—, que consideraba deducibles los intereses de demora por no encuadrarse en ninguna de las categorías de gastos no deducibles del artículo 15 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, según manifiesta en su Resolución el 4 de abril de 2016 (BOE 6 de abril de 2016), emitida tras diversas consultas en las que ya se había posicionado a favor de su deducibilidad (V0986-14 referida a una declaración complementaria; la V0989-15 referida a intereses de demora en el ámbito de un recargo de la Seguridad Social; o la V4080-15 relativa a intereses de demora derivados de un acta de inspección). En estas consultas, dictadas bajo la vigencia de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, la DGT concluye de manera clara y contundente sobre la naturaleza de los intereses de demora como potencialmente contrarios al ordenamiento jurídico (el subrayado es nuestro):

*«Los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico son aquellos cuya realización está castigada por el propio ordenamiento jurídico, como es el caso de los sobornos, de manera que su realización es contraria al mismo y está penada. Esto es, la realización del propio gasto, el gasto ilícito y que, como tal conlleva una pena, es el gasto que no resulta fiscalmente deducible. Dicha ilicitud, sin embargo, no puede atribuirse a la existencia de meros defectos formales, cuya subsanación resulte posible sin consecuencias gravosas.*

*En el caso de los intereses de demora, no nos encontramos ante gastos contrarios al ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario, son gastos que vienen impuestos por el mismo, por lo que tampoco cabe establecer su no deducibilidad por la referida letra f). Precisamente aquellos gastos impuestos por el ordenamiento jurídico con carácter punitivo, las sanciones, se consideran no deducibles de forma expresa por la normativa tributaria, mientras que nada establece la normativa fiscal respecto a los intereses de demora»*

Lo paradójico es que la AEAT se encontraba con la vinculación de dos órganos que tenían interpretaciones opuestas, por una parte la DGT, por otra el TEAC, pero finalmente se decanta por el segundo —probablemente por así exigírselo el artículo 239.8 de la LGT, además de que el criterio del TEAC le favoreciera—, de modo que con fecha 7 de marzo de 2016 (tan sólo un mes antes que la Resolución de la DGT) dicta un Informe recogiendo la misma doctrina que el TEAC, es decir, salvo que los intereses sean suspensivos, no son deducibles en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

Curiosamente, la Hacienda Foral de Álava contaba ya en esas fechas con una Instrucción de su Director General, la n.º 2/2016, que consideraba los intereses de demora deducibles en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, haciendo suyo el criterio de la DGT (a estos efectos, recuérdese que las resoluciones del TEAC no vinculan a las Haciendas Forales).

Es el Tribunal Supremo quien pone fin a esta situación de inseguridad jurídica, dictando el 8 de febrero de 2021 la primera de las sentencias (que podríamos calificar ya como «clásicas») que determinan la deducibilidad de los intereses de demora en el Impuesto sobre Sociedades, y a la que han seguido diversas posteriores (1) .

Con estas sentencias, el Tribunal Supremo pega un giro copernicano a su doctrina anterior, pues hasta eses momento venía considerando que, atendiendo a su dimensión indemnizatoria, los intereses de demora satisfechos por el contribuyente no podían ser deducibles en el Impuesto sobre Sociedades, porque en otro caso perderían su finalidad de compensar a la Administración tributaria por el período durante el cual no había podido disponer de los importes no ingresados por el contribuyente (por todas, la sentencia de 24 de octubre de 1998 [RJ1998\9496] también de la Hacienda Foral de Bizkaia que decía, tras reconocer la deducibilidad de los intereses de aplazamientos y fraccionamientos, que los intereses derivados de un acta de inspección «no son deducibles pues tienen carácter indemnizatorio y no pueden considerarse ni gasto necesario ni tampoco que deriven de un pacto con la Hacienda Pública»).

Volviendo a nuestro procedimiento, disconforme con la autoliquidación presentada por el

contribuyente, la Hacienda Foral de Bizkaia deniega la deducción de dichos intereses de demora, tanto los relativos a las actas del IRPF, como los del IVA, por aducir una falta de correlación con los ingresos y la falta de acreditación de haberse ocasionado los mismos en el ejercicio de su actividad. Eso sí, la Hacienda Foral decide no imponer sanción al contribuyente, lo que nos hizo pensar que no era tan evidente el tratamiento que la Hacienda confirió a los intereses.

El contribuyente recurre en reposición y, posteriormente, en vía económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Foral de Bizkaia, el cual desestima su pretensión, haciendo suyo el criterio de la Hacienda Foral de las dos instancias y confirmando la liquidación provisional dictada.

En vista del resultado, el contribuyente decide impugnar la resolución del TEAF en la vía jurisdiccional, de modo que nos encomienda su defensa letrada ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En su sentencia, el Tribunal Superior de Justicia estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la deducibilidad de los intereses de demora en el Impuesto sobre Sociedades, de modo que reputa deducibles los relativos a la cuota descubierta por IVA, pero no así los intereses vinculados a la cuota del IRPF. El Tribunal resuelve de este modo singular, dotando de un divergente tratamiento a los intereses de demora en ambos impuestos, por entender que en el caso del IRPF existe una falta de correlación con los ingresos obtenidos por el contribuyente persona física, falta de correlación que no aprecia en el caso de la cuota descubierta por el IVA *«habida cuenta de que este impuesto está necesariamente vinculado al ejercicio de una actividad empresarial o profesional»*.

Disconforme con esta sentencia (pero, eso sí, agradeciendo al menos la debida motivación de la misma por la cual su recurso no es estimado íntegramente), el contribuyente decide acudir a casación y, en la preparación del recurso, solicitamos al Tribunal Supremo que se pronuncie sobre la naturaleza de los intereses de demora en IRPF, razonando sobre la necesaria aplicación de la doctrina del citado Tribunal en el Impuesto sobre Sociedades y apelando a la correlación de dichos intereses con la actividad del contribuyente (pese a que es una cuestión fáctica cuya acreditación, en principio, no debería acceder a casación tal y como se encuentra configurado el recurso en la actualidad).

El Auto de Admisión del Tribunal Supremo centra el debate del siguiente modo:

*«La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:*

*"[...] Determinar si, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los intereses de demora, sean los que se exijan en la liquidación practicada en un procedimiento de comprobación de rentas susceptibles de gravamen en las personas físicas relativas al desarrollo de su actividad económica, sean los devengados por la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, tienen o no la consideración de gasto fiscalmente deducible, atendida su naturaleza jurídica y con qué alcance y límites. 3º) La norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación es (i) el artículo 28.1. a) de la Norma Foral 13/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOV de 13 de diciembre) ["NF 13/2013"], en relación con los artículos 15, 31 y 54 de la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre (BOV de 13 de diciembre) ["NF 11/2013"], y del artículo 26 de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria de Vizcaya (BOV de 11 de marzo) ["NF 20/2005"], en tanto guardan identidad sustantiva con el artículo 28 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, los artículos 10.3, 15 y 11 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, y el artículo 26 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; y (ii) la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza deducible de los intereses de demora tributarios atendiendo a su naturaleza indemnizatoria y no punitiva.*

*Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.»*

La Diputación Foral de Bizkaia —en línea con la sentencia recurrida— fundamenta su oposición

en la naturaleza omnicomprensiva del IRPF, factor en su opinión diferencial entre el Impuesto sobre Sociedades e IRPF. De este modo, la Diputación considera que la naturaleza omnicomprensiva del IRPF, que tiene como objeto la totalidad de la renta del contribuyente y no únicamente los beneficios de la actividad económica, impide que se produzca la necesaria correlación entre los ingresos obtenidos y los intereses de demora. También afirma, sin mayor fundamentación, que la obligación de contribuir al pago del IRPF es personal (*sic*).

Finalmente, el Tribunal Supremo dicta el 24 de julio de 2023 la sentencia analizada, en la que acoge nuestra pretensión mediante una remisión (cita que ocupa 5 páginas) a su jurisprudencia en materia del Impuesto sobre Sociedades (STS 8 de febrero de 2021), y que resume del siguiente modo:

*«i) La base imponible del Impuesto se determina a partir del resultado contable, el cual es corregido en determinados supuestos por la norma fiscal para medir la capacidad económica del sujeto pasivo. A tales efectos, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 14 del TRLIS en el que se recogen los gastos no deducibles.*

*ii) Los intereses de demora no se encuentran recogidos expresamente como gasto no deducible. En efecto, para que los intereses de demora pudieran considerarse gastos no deducibles en el IS deberían recogerse como tales expresamente en la norma, cosa que no sucede. En este sentido, se realizan las siguientes consideraciones:*

*— Los intereses de demora tienen carácter indemnizatorio, pues su objeto es compensar por el retraso en el cumplimiento de la obligación principal. No tienen, por tanto, naturaleza sancionadora por lo que no se incluyen en la letra c) del artículo 14 del TRLIS —aplicable por razones temporales—.*

*— Tampoco son donativos o liberalidades (letra e) del citado artículo 14 TRLIS puesto que su pago no es voluntario sino impuesto por el ordenamiento jurídico.*

*— Aunque la letra f) del artículo 15 de la LIS (Ley 27/2014) referida a la no deducibilidad de los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico no se encontraba recogida en la legislación anterior y, por tanto, no sería aplicable al caso, la Sala se pronuncia sobre ello, en el sentido de establecer que los intereses de demora constituyen una obligación accesoria, tienen como detonante el incumplimiento de una obligación principal, pero en sí mismos considerados, no suponen un incumplimiento; al contrario, se abonan en cumplimiento de una norma que legalmente lo exige. En definitiva, no se podría negar la deducibilidad del gasto amparándose en este precepto.*

*iii) Los intereses de demora tienen carácter financiero, conforme a las normas contables, y están correlacionados con los ingresos, al estar conectados con el ejercicio de la actividad empresarial.*

*iv) Los intereses suspensivos también tienen carácter indemnizatorio, puesto que su objeto es resarcir a la Administración pública por el retraso en el pago motivado por la interposición de reclamaciones o recursos, por lo que también tienen la consideración de gastos deducibles en el Impuesto.*

*v) En último término, la deducción de los gastos examinados está sometida a los límites del artículo 20 del TRLIS (art. 16 de la LIS).»*

A renglón seguido, en su Fundamento Jurídico Tercero 5º el Tribunal pasa a analizar la extrapolación o extensión del razonamiento al ámbito del IRPF, que considera claramente aplicable, por los siguientes motivos:

*— Los intereses de demora tributarios se califican como gastos financieros en su sentido jurídico, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, STC 76/1990, y su calificación contable vincula a la normativa fiscal salvo que se establezca una previsión específica al respecto. Es decir, los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda tributaria a la Administración, por haber dejado de disponer a tiempo cantidades dinerarias que le eran debidas.*

*— El artículo 28.1 a) de la Norma Foral del IRPF se remite a la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades a la hora de determinar el rendimiento neto de la actividad económica, lo que obliga, a*

su vez, a analizar si los intereses de demora se encuentran entre las categorías de gastos deducibles del artículo 31 NFIS (o art. 15 de la LIS estatal), que ya ha resuelto previamente el Tribunal Supremo afirmando que no encajan en ninguna.

— No puede decirse que no están correlacionados con los ingresos de la actividad económica a los efectos de determinar el rendimiento neto de la actividad económica, pues en el caso debatido estamos ante un abogado en ejercicio, cuestión indiscutida en ninguna de las instancias.

Por las razones expuestas, el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina en su Fundamento Jurídico Cuarto:

*«La respuesta a la cuestión, conforme a lo que hemos razonado, debe ser que, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en los casos en que el contribuyente desarrolle una actividad económica, los intereses de demora, sean los que se exijan en la liquidación practicada en un procedimiento de comprobación de rentas susceptibles de gravamen en las personas físicas relativas al desarrollo de su actividad económica, sean los devengados por la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible y, dada su naturaleza jurídica de gastos financieros, están sometidos a los límites de deducibilidad contenidos en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aplicables también al impuesto sobre la renta de las personas físicas».*

Recuérdese que, aunque la normativa que el Tribunal Supremo analiza es la foral vizcaína, las normas infringidas son normas que guardan una identidad sustantiva con las de Derecho estatal, como se invocó en el recurso de casación y, en consecuencia, la sentencia es importante porque resulta aplicable a los contribuyentes residentes en todo el territorio nacional. Precisamente, por esta razón, el conocimiento del recurso de casación correspondió al Tribunal Supremo y no al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que es el competente para conocer del recurso de casación autonómico que, en otro caso, hubiera procedido.

## 2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

Tal y como confiábamos, la sentencia da la razón al recurrente y sienta jurisprudencia en una materia no resuelta hasta la fecha, de modo que en una primera aproximación, es una sentencia a calificar como especialmente positiva para el contribuyente persona física que desarrolla una actividad empresarial o profesional.

Pero, además, la sentencia es en nuestra opinión acertada, porque utiliza los mismos argumentos que ya vertió el Tribunal Supremo en las sentencias previas relativas a la deducibilidad del mismo gasto en el Impuesto sobre Sociedades, al que la propia normativa del IRPF se remite a la hora de determinar el rendimiento neto de la actividad económica de las personas físicas. En ese sentido, el razonamiento no puede ser calificado sino como impecable.

En aplicación de nuestra sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ya ha admitido la deducibilidad de los intereses de demora dimanantes de una regularización mediante actas de inspección para un contribuyente persona física en su sentencia de 11 de octubre de 2023 (Rec. nº3740/2021).

Sin embargo, un completo análisis de la sentencia requiere anudarla a la naturaleza de los intereses de demora pasivos, es decir, los que satisface la Administración tributaria cuando ha habido un ingreso indebido del contribuyente, que no son más que la otra cara de la moneda del debate, y cuyo tratamiento tributario en los últimos meses ha sido también tremendamente convulso.

El criterio tradicional de la Dirección General de Tributos al respecto consistía en distinguir los intereses de demora entre los remuneratorios y los indemnizatorios. Los primeros constituyen la contraprestación de un capital que debe ser reintegrado en el futuro, o bien resultan de un aplazamiento de pago, con lo cual debían tributar como rendimientos del capital mobiliario salvo que su perceptor fuera un empresario o profesional, en cuyo caso tributaban como rendimiento de

la actividad económica. Sin embargo, cuando el interés de demora tenía una función indemnizatoria, debía tributar en el IRPF como una ganancia patrimonial no procedente de la transmisión de ningún elemento patrimonial (es decir, como renta general).

Sin embargo, en contra del criterio de la DGT, el Tribunal Supremo dictaba el 3 de diciembre de 2020 una sentencia (Rec. nº7763/2019) que determina la no sujeción al IRPF de los intereses de demora tributarios por considerar que no se genera una renta nueva sino un ingreso restitutorio de la situación inicial conducente al reequilibrio del patrimonio del contribuyente al momento en que realizó el ingreso indebido. De este modo, la Hacienda pública no se beneficiaría del error que ha dado lugar a un ingreso indebido, es decir, de su propio error. Ha de decirse que contenía un voto particular del magistrado Merino Jara, por lo que se dirá a continuación.

Pues bien, sólo dos años después el mismo Tribunal Supremo, en su sentencia nº;24/2023, de 12 de enero (Rec. n.º 2059/2020, ponente el magistrado Merino Jara) pega un giro de ciento ochenta grados al determinar que los intereses de demora pasivos están sujetos al IRPF y lo están como ganancia patrimonial a integrar en la base imponible general, al no proceder de la transmisión de ningún bien o derecho. Es decir, los intereses de demora pasan de no tributar a hacerlo aplicando la escala general, la forma más onerosa de tributar en el IRPF. Parece que esta situación se produce por la composición de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal, formada en esta fecha por cinco magistrados, tres menos que la misma Sección que sentenció sobre su no tributación en el IRPF y con una composición distinta, además.

Esta sentencia ha sido, y sigue siendo, enormemente controvertida, además de que plantea otras cuestiones no menores, que nos limitamos a apuntar porque exceden del objeto de este documento, tales como si una sola sentencia puede dar lugar a doctrina jurisprudencial (recuérdese el artículo 1.6 del Código Civil), si sus efectos son prospectivos o retroactivos para los contribuyentes que percibieron intereses de demora entre ambas sentencias (cuestión ya aclarada por la consulta de la DGT V0964, de 20 de abril, con base en la resolución del TEAC de 23 de junio de 2022 (00/01539/2020), en el sentido de someterlos a tributación a partir del 1 de enero de 2022) o, finalmente, cómo se determina el ingreso en la base general y si deberían ser deducibles los gastos incurridos por el contribuyente para obtener el derecho al ingreso indebido que da lugar al interés de demora que se le reconoce, tales como gastos de asesores fiscales o defensa letrada y procurador, tal y como reconoció el TEAC en su resolución de 1 de junio de 2020 pero niega la DGT en su Consulta V0238/2023 de 13 de febrero.

Como se puede apreciar, el tratamiento de los intereses de demora dista de ser entendible para el administrado y tiene una compleja solución, si no interviene el legislador mediante una modificación de la Ley del IRPF que determine el tratamiento que deben recibir tanto los intereses de demora percibidos como los satisfechos por el contribuyente, es decir, de una norma de derecho positivo que regule de manera completa su régimen de tributación. Téngase en cuenta que a falta de tal regulación, el tratamiento que debe conferirse a estos intereses es muy debatido por la doctrina administrativa y la jurisprudencia, pues lo que para algunos magistrados del Tribunal Supremo es una mera restitución del contribuyente a su situación anterior (i.e. votos particulares de Navarro Sanchís y Montero Fernández en la sentencia de 2023), para otros es una renta como cualquier otra, que debe someterse a gravamen atendiendo a la naturaleza omnicomprendiva del IRPF (magistrados Toledano Cantero y Berberoff Ayuda, además del ponente, magistrado Merino Jara).

De hecho, hay autores que opinan que este tratamiento en IRPF de los intereses percibidos por el contribuyente contraviene la jurisprudencia comunitaria por vulnerar el ejercicio efectivo del derecho a la devolución y a los intereses, porque la finalidad compensatoria que tienen los intereses de demora quedaría parcialmente frustrada con su sometimiento a tributación, según la sentencia del TJUE de 28 de abril de 2022, asuntos acumulados C-415/20, C419/20 y C427/20) cuyo apartado 70 dice:

*«70. En tercer y último lugar, el derecho a percibir intereses mencionado en el apartado 52 de la*

*presente sentencia, tiene por objeto, como resulta de la jurisprudencia citada en eses apartado, compensar la falta de disponibilidad de la suma de dinero de la que se ha privado indebidamente al administrado afectado.»*

De hecho, en recientes fechas se ha sabido por la información publicada en prensa que un abogado español ha presentado una denuncia ante la Comisión Europea por infracción del Derecho de la Unión por la tributación a la que se someterá un cliente que percibió una importante devolución originada en una previa contravención del Derecho de la Unión relativa al modelo 720 de declaración de bienes en el exterior.

Volviendo a nuestra sentencia y en un ejercicio de congruencia de nuestro sistema tributario, si los intereses de demora activos resultan deducibles en la determinación de la renta personal del contribuyente que los satisface (en el Impuesto sobre Sociedades por la STS 150/2021 y en el IRPF por la sentencia aquí comentada), cuando es el contribuyente el que los percibe (intereses de demora pasivos), éstos deberían estar sometidos a gravamen para que tengan un tratamiento simétrico, pero, como se puede apreciar, la situación dista en absoluto de ser clara.

Sin embargo, ¿deben tributar los intereses de demora activos mediante integración en la base imponible general del IRPF? Si, a efectos de la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades y el IRPF (rendimientos de actividades económicas), el Tribunal Supremo considera en nuestra sentencia que prevalece su naturaleza financiera sobre la indemnizatoria, podría tener sentido extender el mismo tratamiento a los intereses de demora tributarios que perciba el contribuyente persona física, sea o no profesional, sometiéndolos al IRPF como rendimientos del capital mobiliario, a integrar en la base imponible del ahorro y no en la base general. Una parte de la doctrina así opina, y de hecho, la propia DGT tiene alguna consulta en la que considera que deben tributar como rendimientos del capital mobiliario por su similitud (V1528/2018).

No es el criterio que sigue nuestra sentencia, pues imputa el gasto por intereses de demora soportado por nuestro cliente —profesional— a la determinación del rendimiento neto de su actividad económica, y no como un menor rendimiento del capital mobiliario.

En este sentido, la naturaleza indemnizatoria o remuneratoria de los intereses (nunca sancionadora), abre otro abanico de posibilidades a la determinación de su régimen tributario, que obligaría a distinguir entre los intereses de demora devengados por dejar de ingresar la deuda tributaria (por ejemplo, en la sentencia que analizamos, los derivados de un acta de inspección) y los intereses de demora de aplazamientos de deuda tributaria, cuya finalidad o función es remuneratoria, y sobre los que el Tribunal Supremo no trata.

Claro está que nuestra sentencia no resuelve, porque en el caso objeto de recurso el interés de demora procedía inequívocamente de una cuota descubierta correspondiente al rendimiento de la actividad profesional, qué hubiera ocurrido de haberse descubierto una cuota por IRPF derivada de la regularización de otro tipo de rendimientos distintos de los rendimientos de la actividad económica.

Parece que en aras a preservar el principio de igualdad, especialmente tras la Sentencia 24/2023, tal y como ya adelantábamos antes, el razonamiento lógico nos debería conducir a una conclusión equivalente para las personas físicas que, no realizando una actividad económica, satisfagan intereses de demora como consecuencia de una cuota descubierta en el IRPF, de modo que se les generara una pérdida patrimonial susceptible de ser integrada en la base imponible general del IRPF. En un ejercicio de pura congruencia con la citada sentencia 24/2023, debería ser así.

En definitiva, en nuestra opinión, a la espera de que el Tribunal Supremo se pronuncie en el futuro sobre contribuyentes del IRPF que hayan soportado intereses de demora tributarios en regularizaciones ajenas a su actividad económica, parece razonable pensar que deberían ser deducibles en la determinación de la base general del IRPF, como pérdidas patrimoniales, en una aplicación *contrario sensu* de la Sentencia 24/2023.



### 3. CONCLUSIONES

**Primera.** La tributación en IRPF de los intereses de demora tributarios, tanto los activos como los pasivos, es una cuestión de plena actualidad. El Tribunal Supremo ha dictado hasta la fecha varias sentencias, incluso cambiando su criterio, resultando actualmente aplicable la doctrina dimanante de las dos siguientes: (i) la Sentencia n.º 1091/2023, aquí analizada que, atendiendo a su naturaleza financiera —por remisión a la normativa del Impuesto sobre Sociedades— reconoce la deducibilidad de los intereses de demora tributarios satisfechos por el contribuyente profesional en la determinación de su rendimiento neto de la actividad económica en IRPF; y (ii) la Sentencia n.º 24/2023 que, con base en la dimensión indemnizatoria que les confiere, determina que los intereses de demora tributarios percibidos por el contribuyente tributan en IRPF como ganancia patrimonial a integrar en la base imponible general.

**Segunda.** Por lo que se refiere al Impuesto sobre Sociedades, tras la Sentencia 150/2021, que se dicta atendiendo a la naturaleza financiera de los intereses de demora tributarios, los intereses de demora tributarios satisfechos a la Administración son deducibles en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, al igual que los satisfechos por la Administración Tributaria al contribuyente tributan mediante integración en el resultado contable y la base imponible de la sociedad perceptora. De modo que en sede del Impuesto sobre Sociedades el tratamiento de los intereses de demora tributarios es pacífico.

**Tercera.** En un ejercicio de coherencia de nuestro sistema tributario, parece razonable concluir que si los intereses de demora tributarios son deducibles en la determinación de la base de tributación de los impuestos directos, su percepción por parte del contribuyente deba estar sometida a gravamen también, sin discriminar si se trata de una persona física o jurídica.

**Cuarta.** El Tribunal Supremo ha conferido una distinta naturaleza a los intereses de demora tributarios en sede del IRPF y el IS, considerándolos indemnizatorios en el primer caso, financieros en el segundo, generando una asimetría perjudicial para los contribuyentes del IRPF, al integrar el ingreso en la base imponible general, a un tipo de gravamen más elevado, en lugar de someterlos a tributación en la base del ahorro como rendimientos del capital mobiliario.

**Quinta.** Parece razonable pensar que si el Tribunal Supremo no modifica la doctrina emanada de su sentencia n.º 24/2023, la futura sentencia que dicte en materia de deducción de intereses de demora tributarios en IRPF para contribuyentes que no realizan una actividad económica, debería reconocer su inclusión en la base imponible general del IRPF como pérdidas no derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales.

**Sexta.** En definitiva, a falta de aprobación por parte del legislador de un régimen tributario que regule y ponga punto final al tratamiento que deben recibir en imposición directa los intereses de demora tributarios, tanto los satisfechos como los percibidos por los contribuyentes personas físicas y jurídicas, queda en manos del Tribunal Supremo seguir tejiendo mediante futuras decisiones judiciales la calificación tributaria que deben recibir.

**Séptima.** La denuncia presentada ante la Comisión Europea por el tratamiento conferido por la sentencia n.º 24/2023 a los intereses de demora tributarios satisfechos por la Administración, puede obligar al legislador español a poner fin a la controversia mediante la aprobación de un régimen fiscal de los intereses de demora tributarios conforme con el Derecho de la Unión Europea.

- (1) Sentencias n.º 150/2021, de 8 de febrero (rec. 3071/2019, ECLI:ES:TS:2021:433); n.º 458/2021, de 30 de marzo (rec. 454/2019, ECLI:ES:TS:2021:1233); n.º 591/2021, de 29 de abril (rec. 463/2020, ES:TS.2021:1810); n.º 629/2021, de 5 de mayo (rec. 558/2020, ECLI:ES:TS:2021:1815); n.º 877/2021, de 17 de junio (rec.1333/2020, ECLI:ES:TS:2021:2572); n.º 1143/2021, de 17 de septiembre (rec. 5094/2019, ECLI:ES:TS:2021:3459) y 949/2022, de 6 de julio (rec. 3834/2020).

Ver Texto