

Préstamos participativos y cuentas en participación que encubren, para la AEAT, aportaciones a fondos propios

Adrián Boix Cortés

Abogado de Gómez-Acebo & Pombo

Pilar Álvarez Barbeito

Profesora titular de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de La Coruña
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña avala una regularización tributaria por la que, conforme al artículo 16 de la Ley General Tributaria, se recalifica como aportación de fondos propios la formalización de contratos de cuentas en participación entre matriz y filial.

Comentábamos recientemente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio del 2019 (rec. núm. 252/2017) en la que el tribunal —atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley General Tributaria— refrendó el criterio de la Administración tributaria al considerar que los préstamos participativos otorgados por una matriz a su filial como paso previo para la venta de un negocio a un grupo holandés —a la espera de obtener las autorizaciones administrativas necesarias— debían recalificarse como aportación de fondos propios, con la consiguiente denegación de la deducción de intereses a efectos del impuesto sobre sociedades. En este caso se entendió que en la operación efectuada faltaba un elemento esencial de todo préstamo, esto es, la entrega de una cantidad por parte del prestamista, y ello porque los fondos que constituyeron el capital del préstamo existían previamente en las sociedades operativas que se traspasaron a la filial.

Pues bien, abordamos ahora el análisis de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de mayo del 2019 (rec. núm. 29/2017), que avala una regularización tributaria por la que se recalifica como aportación de fondos propios la formalización de contratos de cuentas

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

G A _ P

en participación entre matriz y filial, siendo la consecuencia, de nuevo, la no deducción de los gastos financieros derivados de dicho contrato a efectos del impuesto sobre sociedades de la sociedad filial beneficiaria de la inversión. En esta ocasión, la regularización se efectúa vía simulación, ex artículo 16 de la Ley General Tributaria.

En este caso, los contratos firmados entre una entidad (partícipe) y su filial (gestor) se establecen sobre el negocio consistente en compra, rehabilitación y posterior venta de inmuebles, aportando la partícipe unas cantidades —cifras máximas de su responsabilidad en el negocio— que le dan derecho tanto a la devolución íntegra de su aportación como a la participación en los resultados de la filial —pérdidas o beneficios, calculados éstos por la diferencia entre el precio de venta de las fincas y su coste— y entendiéndose concluido el negocio una vez que se otorgue escritura de venta o, en todo caso, en el plazo de cinco años, teniendo el partícipe derecho, en el momento de la conclusión, a la devolución de lo aportado.

En defensa de su posición, la entidad reclamante alega que no se ha limitado a suscribir un mero contrato formal de cuenta en participación, sino que hubo una aportación real, un proyecto de adquisición y rehabilitación de un inmueble claramente constatable, la venta de unos pisos una vez rehabilitado el inmueble, la devolución de aportaciones y una liquidación parcial del beneficio obtenido por la transmisión de estas existencias; se cumplió además con las correspondientes obligaciones tributarias y contables derivadas de la formalización de dicho contrato. En ese contexto, la actora invoca su derecho a tomar las decisiones motivadas por la denominada *economía de opción*, cuestiona los indicios esgrimidos por la Inspección para considerar simulado el contrato y defiende que la resolución anticipada del contrato de cuenta en participación responde a la situación desfavorable del mercado inmobiliario. En cuanto a la sanción, también recurrida, la recurrente alega inexistencia de dolo cognitivo e intencionalidad manifiesta para evadir una carga tributaria.

Por su parte, la Inspección consideró que en este caso había existido una simulación relativa, conclusión que se hizo pivotar sobre una serie de indicios tales como la falta de interés mutuo de los dos contratantes; la vinculación entre ellos; la devolución de aportaciones previa a la liquidación del contrato que conllevó la no participación de la «prestamista» en las pérdidas de la «prestataria»; la contabilización de un gasto por beneficio transferido por el gestor antes de la terminación del negocio; la falta de pago del beneficio transferido en un ejercicio, sin practicar la oportuna retención sobre aquél, y, en definitiva, la constatación de una tributación menor de la que correspondería aplicando la legalidad al negocio real. Nótese que la sentencia se refiere a una postergación del pago del beneficio de un ejercicio al siguiente y no a una ausencia absoluta de traspaso del beneficio.

Pues bien, atendidos los argumentos de las partes y tras repasar la regulación legal y los criterios jurisprudenciales vertidos tanto sobre los contratos de cuenta en participación como sobre el instituto jurídico de la simulación, el tribunal confirma el criterio de la Inspección considerando que ésta había realizado una labor de investigación mediante una «percepción directa» de los hechos, sobre la base de las declaraciones y documentos aportados en el proceso. A esos

efectos, el tribunal destaca la especial relevancia que tiene en este caso el indicio relativo a la «vinculación existente entre las partes», consecuencia de que el partícipe sea socio único del gestor, contexto este de «vinculación cualificada» sobre el que ya se había manifestado en otras ocasiones declarando la imposibilidad de calificar de contrato de cuentas en participación negocios como los celebrados en el caso analizado. Resulta de especial interés este indicio relativo a la vinculación, pues otros condicionantes tienen una naturaleza subjetiva —como es propio de este tipo de regularización vía simulaciones— mientras que, en este caso de la vinculación entre las partes, estamos ante un dato objetivo que se utiliza para eliminar *per se* cualquier forma de instrumentar una aportación de fondos propios vía cuentas en participación. Señala el tribunal, con cita de la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, que no tiene cabida este negocio «cuando el prestamista puede tener capacidad de decisión en el negocio de la sociedad receptora de fondos».

Se concluye así —citando al Tribunal Constitucional— que en este supuesto no cabe hablar de economía de opción o, si lo es, se trata de una economía de opción «indeseada», toda vez que se estaría en todo caso ante la elección de un negocio, entre otros, por la sola generación de una ventaja adicional respecto a las demás opciones, y existe un engaño para encubrir el verdadero negocio realizado, esto es, la aportación de fondos propios. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma así tanto la liquidación como la sanción impugnadas.

Las sentencias anteriormente citadas evidencian que la financiación intragrupo —o entre partes vinculadas— es una cuestión compleja no sólo a efectos mercantiles, sino también desde la perspectiva tributaria, debiéndose analizar con profundidad las consecuencias fiscales de la operativa que se pretende implementar en cada caso para no eludir la carga tributaria que corresponda y no incurrir así en contingencias fiscales, pero también para evitar generar la apariencia de una elusión fiscal cuando no sea el caso. «La mujer del César no sólo debe serlo, sino también parecerlo», y no otra cosa se ha de exigir a los operadores jurídicos cuando de vislumbrar los tintes fiscales se trata. Hay, por tanto, que asumir la carga tributaria que corresponda a cada negocio jurídico, pero no sólo eso, sino que también hay documentar y disponer de todos los medios de prueba oportunos para acreditar que las cosas, en materia fiscal, son lo que parecen ser y no otra cosa distinta.

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con los siguientes letrados:

Núria Vila Masip
Of counsel, Barcelona
nvila@ga-p.com

Remedios García Gómez de Zamora
Of counsel, Madrid
rgarcia@ga-p.com

Adrián Boix Cortés
Abogado, Valencia
aboix@ga-p.com

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com o diríjase al siguiente *e-mail* de contacto: info@ga-p.com.