

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ075075

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 15 de julio de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 252/2017

SUMARIO:

IS. Base imponible. Gastos financieros. Aplicación e interpretación de las normas. Calificación. Intereses de préstamos participativos. Préstamo participativo otorgado por el vendedor de un negocio gasista al comprador perteneciente al 100% a la vendedora. Falta un elemento esencial de todo préstamo: no ha habido aportación real de nuevos fondos a la prestataria. El origen del préstamo participativo es una reestructuración intragrupo en la venta que no origina un desplazamiento de la propiedad de las participaciones, no hubo transmisión real de la titularidad. Existió aportación de fondos propios y no préstamo participativo.

PRECEPTOS:

RDL 7/1996 (Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica), art. 20.

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), art. 14.

RDLeg 5/2004 (TR Ley IRNR), art. 14.

Ley 58/2003 (LGT), art. 13.

PONENTE:

Doña Concepción Mónica Montero Elena.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000252 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01777/2017

Demandante: REDEXIS GAS, S.A

Procurador: Dº NOEL DORREMOCHEA GUIOT

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a quince de julio de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido por REDEXIS GAS, S.A. , y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Noel Dorremochea Guiot, frente a la Administración del Estado , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 2 de febrero de 2017 , relativa a Impuesto de Sociedades ejercicios 2010 y 2011-2012, siendo la cuantía del presente recurso de 18.090.697,22 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por REDEXIS GAS, S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Noel Dorremochea Guiot, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 2 de febrero de 2017, solicitando a la Sala, que, por no ser conforme a Derecho, se anule la Resolución recurrida y los acuerdos de liquidación tributaria dictado por la Dependencia Regional de Inspección de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a los que se refiere dicha Resolución

Segundo.

Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno, solicitando a la Sala que dicte sentencia desestimando el recurso interpuesto, confirmando los actos recurridos e imponiendo las costas al actor.

Tercero.

Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día cuatro de julio de dos mil diecinueve, en que efectivamente se deliberó, voto y fallo el presente recurso.

Cuarto.

En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, incluido el plazo para dictar sentencia, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.

Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 2 de febrero de 2017, que desestima la reclamación interpuesta por la hoy actora relativa a liquidación por Impuesto de Sociedades ejercicios 2010 y 2011-2012.

Tal como se señala en la demanda, la cuestión discutida se plantea en los siguientes términos:

"La Inspección califica como fondos propios los préstamos participativos otorgados con ocasión de la adquisición por REDEXIS del negocio de distribución y transporte de gas del grupo ENDESA. La calificación supone que los intereses devengados derivados de estos préstamos no sean considerados gasto deducible a efectos del Impuesto sobre Sociedades."

Los antecedentes del presente recurso son:

1.- En septiembre de 2010, REDEXIS adquirió de ENDESA GAS, S.A. toda su participación en 6 sociedades españolas dedicadas a la distribución y transporte de gas. La adquisición se produjo tras un proceso de subasta. El grupo adquirente estaba formado por dos entidades holandesas, Zaragoza International Cooperative UA y Augusta Global Cooperative UA. En el contrato privado de compraventa se acordó que, en el plazo en que se obtenían las autorizaciones necesarias para llevar a cabo la venta, ENDESA transmitiría sus filiales donde se localizaba el negocio gasístico objeto de la operación a una sociedad holding, donde centralizaría todo el personal encargado de la gestión de este negocio. La sociedad que recibiera estos activos y que contratara al personal del grupo ENDESA sería transmitida a los compradores una vez obtenidas las autorizaciones preceptivas. ENDESA se mantendría como socio minoritario participando en el 20% del capital de la nueva sociedad.

2.- Así, las filiales fueron aportadas y vendidas a una sociedad, Nubia 2000, S.L., la actual REDEXIS. La deuda por el precio aplazado por la venta se novó como préstamo participativo el 1 de octubre de 2010, por un principal 349,2 millones €.

3.- Tras la aportación y venta, una vez obtenida la aprobación de la Comisión Nacional de Competencia, el 17 de diciembre de 2010, las sociedades holandesas adquirieron el 80% del capital de la nueva sociedad y del préstamo participativo; además, REDEXIS obtuvo financiación bancaria por un importe máximo de 864 millones de euros; de estos dispuso de, aproximadamente, 500 millones € para satisfacer una parte del precio aplazado y adquirir la deuda que las filiales mantenían con el grupo ENDESA por 223,3 millones €.

4.- Como consecuencia de esta operación ENDESA recibió más de 700 millones € de las sociedades holandesas y de REDEXIS. ENDESA mantuvo el 20% del capital y 20% del préstamo participativo. Este 20% de las acciones y del 20% del préstamo participativo fue vendido a las sociedades holandesas el 17 de diciembre de 2013.

5.- REDEXIS suscribió otros préstamos participativos con sus accionistas para financiar contratos de permuta financiera que cubrían el riesgo de tipo de interés de la financiación bancaria.

Los préstamos participativos devengaron intereses por 77,7 millones de €. En el ejercicio 2013 -antes del inicio de la inspección- REDEXIS, cumplidas las restricciones impuestas por la financiación bancaria, pagó 20,4 millones de € por los intereses devengados de los participativos.

6.- El 8 de abril de 2014, REDEXIS emitió obligaciones por importe de 650 millones de € refinanciando la deuda bancaria. Previamente, las sociedades holandesas, por recomendación de las agencias de rating que evaluaron la emisión, aportaron al patrimonio neto de REDEXIS el 100% de los préstamos participativos. Esta

aportación permitió mejorar la calificación crediticia de REDEXIS y que las obligaciones se emitieran a un tipo de interés del 2,75%, inferior al coste de la financiación bancaria y de los préstamos participativos.

Segundo.

El recurrente sostiene que el préstamo participativo de 349.272.323 euros constituye financiación ajena de la actora.

Este préstamo participativo es otorgado por el vendedor, Endesa Gas, al comprador, Nubia 2000 L. En el acuerdo se dice también que el "Facilities agreement suscrita por Nubia 2000 SL, que asciende a un importe de hasta 864.000,000,00 euros, será utilizado por ésta, entre otros fines, para financiar el tramo A (importe de 153.621,300,00 euros) del precio de venta y las deudas de Nubia y sus filiales con las sociedades del grupo Entesa-Euel al que pertenece Endesa Gas (denominada Intra-group debt").

En la contestación a la demanda se afirma:

"Pues bien, esto es lo que ha hecho precisamente la Inspección: analizar y calificar la génesis del Préstamo Participativo. Pero no remontándose únicamente a que procede de una deuda por precio aplazado, sino yendo más allá, precisamente a la génesis de esa deuda. Y ese análisis nos lleva a descubrir que esa deuda nace de unos acuerdos previos, celebrados el 24 de septiembre, entre vendedor (ENDESA) y comprador (ZARAGOZA y AUGUSTA), en los que ENDESA se compromete a vender a una filial suya (NUBIA 2000), no a una parte independiente como dice el demandante, el 69% de las acciones de las seis sociedades que componen el negocio gasístico que se quiere vender (en un 80%) a ZARAGOZA y AUGUSTA. La venta previa de ENDESA a su filial NUBIA 2000 (más tarde REDEXIS) sin el pago del precio es lo que origina la deuda de NUBIA 2000 con su matriz ENDESA (deuda intragrupo por lo tanto). Esta deuda al ser intragrupo no tiene efectos externos al grupo, pero permite rebajar de modo artificial (en el 69%) el valor de NUBIA 2000 y convertir en préstamos participativos, que van a ser objeto de transmisión a ZARAGOZA y AUGUSTA en la misma proporción que el capital, lo que en esencia era verdadero valor del negocio gasístico que poseía ENDESA."

Este carácter de deuda intragrupo es reconocido en la demanda, pues se señala que la misma existe entre la actora y su socio único Endesa.

Los argumentos contenidos en la demanda para sostener que los intereses generados por el préstamo son deducibles, se concretan: 1.- Existió una aportación real de fondos en concepto de préstamo, tanto en términos económicos como jurídicos, a REDEXIS, 2.- Falta de intención elusiva en la estructura de la operación, 3.- Incorrecta utilización del principio de calificación.

Debemos resaltar que el carácter intragrupo del préstamo no es cuestionado por la actora, pues admite que ENDESA y REDEXIS libremente acordaron estructurar la transmisión como una compraventa de acciones. Pero esa transmisión de titularidad no tuvo un contenido económico, porque Endesa siguió siendo titular de las mismas participaciones a través de una sociedad interpuesta, la adquirente, participada al 100% por la transmitente.

Según el Real Decreto Ley 7/1996, artículo 20 en la redacción aplicable, son Préstamos participativos:

"Uno. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.

d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil. "

Por su parte el artículo 14 del RDL 4/2004 , en su redacción original, establece:

"2. Serán deducibles los intereses devengados, tanto fijos como variables, de un préstamo participativo que cumpla los requisitos señalados en el apartado uno del artículo 20 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio , sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica."

La cuestión controvertida se centra, en esencia, en determinar si nos encontramos ante un préstamo participativo, como afirma la recurrente, o ante fondos propios, como sostiene la demandada.

Como se señala en la contestación a la demanda, los préstamos participativos son préstamos indexados en los que el interés varía de acuerdo con un índice determinado. Pero ello no obsta a que deban respetarse los elementos esenciales de todo contrato de préstamo. El prestamista entrega al prestatario una cantidad de dinero surgiendo en el prestatario la obligación de devolver al prestamista, en el plazo determinado, la cantidad recibida y los intereses pactados, en todo caso un interés variable, "participativo", que puede ir acompañado o no de una fija.

La regularización practicada por la Inspección niega la deducción de los gastos financieros por entender que falta un elemento esencial de todo préstamo, que es la entrega de cantidad por parte del prestamista, puesto que los fondos que constituyen el capital del préstamo existían previamente en las sociedades operativas que se traspasan.

La Inspección analiza la sucesión de operaciones que han dado lugar a la generación del préstamo participativo así como la intención perseguida por las partes con la operación dentro del conjunto negocial, alcanzando la conclusión de que el préstamo participativo formalizado no ha supuesto la aportación real de fondos nuevos a la prestataria, pues se limita a sustituir una deuda creada artificialmente en Nubla 2000 SL (REDEXIS GAS SA) a través de la descapitalización de las sociedades adquiridas por aquélla, por lo que falta un elemento esencial para que pueda ser considerado jurídicamente un préstamo y, por tanto, como financiación ajena.

Ello supone, según la Administración, la erosión de bases imponibles obtenidas en España por el ejercicio de actividades económicas en España mediante la creación de gastos financieros artificiales de los que resultan beneficiarias las sociedades no residentes, y sin que los ingresos financieros imputables a éstas tributen en España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes , aprobado por R.D. Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, que declara exentos los intereses obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios por residentes en otros Estados de la Unión Europea.

Los fondos propios vienen constituidos por la parte del pasivo que no se debe a la financiación externa sino a las aportaciones de los socios y a los beneficios generados por la empresa.

Lo que la recurrente sostiene es que los inversores pueden escoger cómo financiar: con deuda o con capital, y afirma que en este caso la opción fue la de financiar con deuda.

La Sala comparte esta afirmación, pero ocurre que en ambos casos es necesario que la operación tenga un contenido económico que la justifique, y en el préstamo que nos ocupa, su origen es exclusivamente una reestructuración intragrupo en el que la venta no origina un desplazamiento de la propiedad de las participaciones de las sociedades operativas fuera del patrimonio de Endesa Gas, ya que le siguen perteneciendo íntegramente de forma indirecta a través de Nubia, ni tampoco Endesa Gas puede considerarse en puridad titular de un activo realizable derivado de la venta de las participaciones, ya que es a la vez acreedora y deudora (como poseedora del 100% del capital social de Nubia) del crédito por aplazamiento del precio de venta de las participaciones.

Por lo tanto, el origen del préstamo participativo que nos ocupa, se encuentra en una reestructuración del grupo en el que no existe una real transmisión de titularidad.

Entre los límites legales a la financiación de los socios con deuda, se encuentra la real calificación de la operación que es lo realizado por la Inspección.

El artículo 13 de la Ley General Tributaria , 58/2003 de 17 de diciembre, que establece que "las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la denominación que los interesados fe hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez"

Como hemos visto, los créditos participativos que fueran adquiridos por los accionistas, derivaban de una operación que no tenía contenido económico, pues se trataba de una operación intragrupo en la que no existió una transmisión real de titularidad.

Por tal razón, la Administración sostiene un criterio que la Sala comparte, y es que el crédito no pierde su naturaleza por haber sido asumido por la entidad adquirente de la entidad deudora. Este crédito, ya lo hemos señalado, carece de contenido económico.

En cuanto a la calificación del crédito participativo como fondos propios deriva de la calificación originaria del crédito, en el que es la entidad accionista al 100%, la que aporta fondos, mediante un crédito a la entidad deudora posteriormente enajenada.

A esta posición coadyuva el hecho de que, en el año 2014, Augusta y Zaragoza capitalizaron el Préstamo Participativo y parte de los intereses que se habían devengado, produciéndose la cancelación de la deuda entre los prestamistas y REDEXIS.

La sentencia del Tribunal Supremo de cinco de mayo de dos mil catorce, RC 1511/2013, afirma:

"Aquí, a lo ya razonado en el anterior fundamento sobre la prueba de presunciones y el control en casación de las inferencias fácticas obtenidas a su través por la Sala de instancia, sin que sea legítimo abordar un examen aislado de cada indicio para refutarlo, huyendo de un análisis conjunto de todos ellos, debe añadirse la reexión de que, pese a que, conforme a lo dispuesto en el artículo 20.Uno.d) del Real Decreto-ley 7/1996, los préstamos participativos tienen la consideración de fondos propios, nada impedía a la Sala de instancia, raticando el criterio de la Inspección (ya avalado por los órganos de revisión económico-administrativa), y apreciando globalmente los indicios de que dispuso, llegar a la conclusión de que en el caso no tuvo lugar un préstamo sino una aportación de fondos propios, pues normalmente nadie nancia mediante esa forma contractual a quien se encuentra en situación de insolvencia (concurzal o preconcursal), debiendo hablarse, dada la vinculación existente entre la dos sociedades, de una operación enderezada a reotar la sociedad prestataria, evitando su insolvencia denitiva mediante esa aportación de fondos propios. Por lo tanto, tampoco nada de arbitrario, ilógico o irracional atisba esta Sala en el discurso de la sentencia impugnada."

Pues bien, en el presente caso, del análisis conjunto de las distintas operaciones debemos concluir que existió aportación de fondos propios y no un crédito participativo. Y esta calificación no supone extralimitación de las facultades reconocidas en el artículo 13 de la Ley General Tributaria, pues se trata de examinar la real operación desde su contenido económico.

Estas conclusiones no quedan desvirtuadas por la calificación jurídica realizada en el informe pericial aportado, cuya calificación, por ser jurídica, no puede imponerse a la calificación jurídica realizada por la Administración.

Tercero.

Por lo que respecta al préstamo participativo de 3.820.000 euros, nada se dice en demanda. Compartimos la posición de la Inspección, al afirmar que las aportaciones realizadas por los socios por importe de 3.680.408 euros, deben calificarse como fondos propios y no como préstamo.

Este importe se plasma en un asiento contable que carga en la cuenta de Reservas un importe de 3.680,405 euros y se ha reconocido a los socios un crédito en la misma proporción que su participación en el capital, por ese mismo importe. Lo que nos lleva a concluir que debe calificarse como fondos propios.

Cuarto.

Procede imposición de costas a la recurrente, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, toda vez que la única pretensión admitida en el presente recurso es desestimatoria.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de su Majestad el Rey y por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por REDEXIS GAS, S.A. , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Noel Dorremochea Guiot, frente a la Administración del Estado , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 2 de febrero de 2017, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada y con ella las liquidaciones de las que trae causa, y, en consecuencia, debemos confirmarla y la confirmamos , con imposición de costas a la recurrente.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación y en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta; siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.