

DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ077359

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 23 de diciembre de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 456/2016

SUMARIO:

IS. Base imponible. Incrementos y disminuciones de patrimonio. Permutas. Aplicación e interpretación de las normas. Calificación. Permuta financiera. Equity swap y ampliación de capital. Contrato de *equity swap* entre la recurrente y una entidad financiera relacionada con la ampliación de capital de la primera suscrita por la segunda con el fin de abonar a los directivos de la recurrente la cantidad que resulta del Plan de Retribución Variable. Dado que en el momento de vencimiento de la operación la acción cotizaba a un precio muy inferior al de emisión los directivos no cobraron nada y tuvo que pagar a la entidad financiera una cantidad que registra como pérdida contable. La Administración entiende que la ampliación de capital y el *equity swap* tiene un único propósito negocial y debe ser contemplado de manera conjunta. Un informe pericial de parte, por el contrario, sostiene que se deben registrar de modo separado. Para el tribunal es evidente que existe una vinculación, que el *equity swap* se articula como instrumento para obtener la ampliación. La calificación de la Administración es correcta.

PRECEPTOS:

RDLeg 4/2004 (TR Ley IS), art. 143.

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

PONENTE:*Doña Concepción Mónica Montero Elena.*

Magistrados:

Don CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA

Don JESUS MARIA CALDERON GONZALEZ

Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

Don FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

Don JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000456 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04085/2016

Demandante: ENCE ENERGÍA Y CELULOSA, S.A

Procurador: Dª TERESA DEL ROSARIO CAMPOS FRAGUAS

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

S E N T E N C I A N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a veintitres de diciembre de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido ENCE ENERGÍA Y CELULOSA, S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Teresa del Rosario Campos Fraguas, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 6 de mayo de 2016, relativa a Impuesto sobre Sociedades ejercicios 2007, 2008 y 2009, siendo la cuantía del presente recurso de 4.022.683,25 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por ENCE ENERGÍA Y CELULOSA, S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Teresa del Rosario Campos Fraguas, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 6 de mayo de 2016, solicitando a la Sala, que dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso, acuerde la anulación de la Resolución impugnada, y en consecuencia, anule íntegramente el acuerdo de liquidación.

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 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 doce de diciembre 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, 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 6 de mayo de 2016, que desestima la reclamación interpuesta por la hoy actora relativa a Impuesto de Sociedades ejercicios 2007, 2008 y 2009.

Son hechos no controvertidos:

1.- Con fecha 12 de junio de 2012 la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (DCGC) inició actuaciones de comprobación e investigación de la situación tributaria de la recurrente, con carácter general, relativas, entre otros, al concepto Impuesto sobre Sociedades (IS), ejercicios 2007 a 2009.

Con fecha 12 de julio de 2013 concluyen las actuaciones de comprobación e investigación anteriores con la incoación al sujeto pasivo del acta de disconformidad n° A02- NUM000.

En la misma fecha se ha extendido, un acta de conformidad n° A01- NUM001, y otra de disconformidad n° A02- NUM002, parcial y provisional, relativas mismo concepto y períodos.

Con fecha 26 de noviembre de 2013 la Delegación Central de Grandes Contribuyentes dicta acuerdo de liquidación.

La notificación al obligado tributario se practica el 28 de noviembre de 2013.

2.- Los datos declarados se modifican como consecuencia de los efectos fiscales de una operación de ampliación de capital asociada a un contrato denominado Equity Swap.

Se incrementa la base imponible del ejercicio 2008 en el cargo realizado en la cuenta de pérdidas y ganancias, por importe de 11.044.000 euros. Se disminuye la base imponible del ejercicio 2009 en el abono realizado en la cuenta de pérdidas y ganancias por importe de 1.436.000 euros.

En ambos casos porque considera que deben analizarse de forma conjunta la suscripción del Equity Swap entre ENCE y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y la consecutiva y directamente relacionada ampliación de capital realizada por ENCE y suscrita por Caja Madrid previa renuncia del derecho de suscripción preferente. Vistos en su conjunto los negocios jurídicos concertados entre ENCE y Caja Madrid considera la inspección que exceden la estructura contractual de una permuta financiera conocida como Equity Swap (la entidad lo había considerado, contable y fiscalmente, como un instrumento financiero derivado). Considera que el conjunto de actos y negocios jurídicos tuvieron por causa la captación de recursos propios.

Adicionalmente, en la medida en que dicha operación pudiera entenderse asociada a la remuneración de determinados empleados referenciada a instrumentos de patrimonio, tampoco tendría, a juicio de la Inspección, la consideración de partida fiscalmente deducible el cargo realizado en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Segundo.

Tal como se plantea en la demanda, la cuestión objeto de debate consiste en el tratamiento contable que debe darse al contrato de equity swap suscrito por la recurrente con Caja Madrid, y que se desarrolló durante los ejercicios objeto de inspección y, en concreto, en si como consecuencia del mismo, ENCE podía haber registrado una pérdida contable por la disminución del valor de cotización de las acciones que servían de referencia al citado instrumento financiero.

La posición de la Administración parte de que existe una relación "precisa y directa" entre la emisión de las acciones nominativas efectuada por ENCE, la suscripción de esa emisión por Caja Madrid y el contrato denominado Equity Swap.

Esta afirmación la justifica en los siguientes hechos:

1.- ENCE emitió 5.100.000 acciones (representaban el 3% de su capital social) y lo hizo por un precio de 4,4 euros por título. Caja Madrid suscribió la totalidad de la emisión. Los accionistas de ENCE renunciaron al derecho de suscripción preferente, así consta en la escritura de ampliación.

2.- Caja Madrid percibió una remuneración calculada en función del Euribor más un margen sobre la base del importe de la ampliación.

3.- Caja Madrid, siguiendo las instrucciones de ENCE, debía abonar a los directivos de ENCE la cantidad que resulte del Plan de Retribución Variable Especial; para lo cual debía vender en el mercado el número de títulos de ENCE que fueran precisos. Caja Madrid retendría para sí 4,4 euros por título transmitido, y si el precio de venta fuere inferior ENCE abonaría a Caja Madrid la cantidad precisa para completarlo. El exceso que resultare de la venta de los títulos sobre la suma de la cantidad retenida por Caja Madrid y la abonada a los directivos, sería entregada a ENCE.

En la fecha de vencimiento de la operación, las acciones de ENCE cotizaban a 1,52 euros/acción; por lo que los directivos de ENCE nada han percibido y ENCE ha debido abonar a Caja Madrid la cantidad anteriormente mencionada.

La operación de referencia ha originado las siguientes anotaciones en la contabilidad de ENCE:

- Ampliación de capital en 2007: 22.440.000 (5.100.000 x 4,4); con reflejo en cuentas de tesorería (cargo), capital y prima de emisión (abono).

- Por la primera aplicación del PGC en 2008: 14.428.600; con reflejo en cuentas financieras (cargo) y patrimonio neto e impuestos diferidos (abono). Al subir la cotización incrementó el valor de los títulos emitidos.

Por el descenso de valor de mercado de las acciones de ENCE, a lo largo de los años de vida de la operación: 28.791.000; con reflejo en pérdidas y ganancias (cargo) y en cuentas financieras nacidas en primera aplicación y pasivos financieros (abono).

- Por la obligación de compensar a Caja Madrid por la pérdida en la transmisión de las acciones: 14.362.000; con reflejo en cuentas de pasivo financiero (cargo) y de tesorería (abono).

- Por los intereses devengados, las cantidades resultantes de aplicar a 22.440.000 el tipo de interés correspondiente al Euribor más el margen pactado; con reflejo en pérdidas y ganancias (cargo) y en cuentas de pasivo financiero referidas a Caja Madrid (abono).

ENCE ha registrado un cargo de 28.971.000 euros en la cuenta de pérdidas y ganancias y un abono en cuenta de reservas de 14.429.000 euros, resultando, por tanto, una disminución de patrimonio de 14.362.000 euros, que es, justamente, la cantidad abonada a CM para cumplir con la obligación asumida por ENCE en el Contrato Marco de Operaciones Financieras.

ENCE, derivada de la operación denominada Equity Swap, ha registrado en la cuenta de pérdidas y ganancias, una remuneración a favor de Caja Madrid consistente en el Euribor más un margen y la derivada de la variación de valor de las acciones emitidas y suscritas por Caja Madrid.

La Administración considera que la ampliación de capital y el Equity Swap, responden a un único propósito comercial y, consecuentemente, deben ser contemplados conjuntamente y no de manera aislada. Este propósito comercial es, para Caja Madrid, la obtención de una remuneración por la cesión de un capital en dinero y la recuperación de ese capital en el plazo de cinco años y, para ENCE, captar recursos financieros. La regularización de la inspección se basa en el principio de calificación recogido en el artículo 13 de la Ley 58/2003.

Considera correctos los cargos en la cuenta de pérdidas y ganancias en concepto de gastos financieros, pero no los que responden al descenso de la cotización de las acciones y que ha motivado que, finalmente, ENCE haya abonado una cantidad compensatoria a Caja Madrid.

Tercero.

La recurrente considera que el artículo 143 del RDL 4/2004 no ampara la regularización practicada por la Inspección.

Este precepto dispone:

"A los efectos de determinar la base imponible, la Administración tributaria aplicará las normas a que se refiere el artículo 10.3 de esta ley."

Por su parte el citado artículo 10.3 de la misma Norma, establece:

"3. En el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas."

La oposición a la regularización de la recurrente, se fundamenta, en cuanto a la naturaleza de la operación, en los informes periciales aportados (elaborados D. Jacinto y D. Joaquín), en los que se concluye que la razón de la contratación del equity swap es reestructurar el perfil de riesgo de las obligaciones de pago derivadas del Plan de Retribución Variable Especial, y el mismo se ha de contabilizar de forma independiente a la ampliación de capital. El equity swap contratado no es un instrumento de patrimonio (entre otras razones porque su liquidación es en efectivo y no en acciones) sino un instrumento financiero derivado que debe contabilizarse en cada cierre contable por su valor razonable, recogiendo los cambios de valor en la cuenta de pérdidas y ganancias.

En los Informes periciales se afirma que la Administración no ha considerado el Plan de Retribución Variable Especial, ha agrupado distintos contratos que deben reflejarse contablemente de forma separada y que su posición no refleja fielmente el efecto de las operaciones.

Debemos partir del concepto de equity swap: contrato mediante el que dos partes se intercambian los rendimientos de una cartera por unos tipos de interés.

Mediante un equity swap puede vincular los rendimientos de un determinado plazo a los tipos de interés. A vencimiento de cada periodo, el cliente recibe el tipo de interés estipulado más un diferencial y paga el rendimiento de la cartera (plusvalías más dividendos).

La Administración no ha negado en ningún momento la existencia del equity swap, lo que afirma es que existe un conjunto de negocios jurídicos, que incluye el equity swap, que por tener una misma voluntad comercial aparecen como un negocio complejo (unión de contratos conforme a la voluntad de los interesados y a la unidad del fin perseguido). Por ello da al conjunto comercial el tratamiento tributario de la operación económica realmente realizada. Así, concluye que la vinculación existente entre el Equity Swap y la ampliación de capital hace necesario contemplar ambos negocios conjuntamente y se advierte que la significación de la operación desde la perspectiva de ENCE queda radicada en una operación de captación de recursos financieros.

La Inspección señala que:

"El denominado Equity Swap se establece en relación con 5.100.000 títulos ordinarios de Ence correspondientes a un 3% del capital social de la compañía. Ahora bien, este es, justamente, el número de títulos suscritos por Caja Madrid en la ampliación de capital realizada por Ence.

El valor nominal del denominado Equity Swap se establece en 22.400.000 €, que corresponden a un precio de 4,40 euros por acción sobre un total de 5.100.000 títulos. Ahora bien, este es, justamente, el importe desembolsado por Caja Madrid en la ampliación de capital realizada por Ence."

La cuestión por tanto radica en la calificación conjunta de las operaciones que realiza la Inspección y que no es considerada por los informes periciales que desvinculan las operaciones.

Pero lo cierto es que, de la operativa reflejada anteriormente, resulta que existe una vinculación entre el Equity Swap y la ampliación de capital, y se articula como un instrumento para obtener dicha ampliación.

Desde esta perspectiva, la Administración aplica correctamente el artículo 143 en relación con el 10.3, ambos del RDL 4/2004.

Y, también desde esta perspectiva, la indicación de la CNMV de registrar el equity swap en la contabilidad como instrumento financiero derivado a valor razonable con cambios en resultados, no puede tener relevancia en la interpretación de la operación a efectos tributarios, porque considera el equity swap separadamente del

conjunto negocial, téngase en cuenta que el artículo 13 de la Ley 58/2003 ordena que las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.

Estas reflexiones son predicables del contenido de la auditoria en que no se considera la unidad negocial.

Compartimos, por tanto, la apreciación de la Administración de que, atendiendo a la verdadera naturaleza económica del contrato del equity swap, el mismo debe ser interpretado, no de manera aislada, sino conjuntamente con la ampliación de capital de ENCE que fue suscrita por Caja Madrid.

La recurrente niega esta conclusión porque, a su juicio, no considera un elemento esencial de la relación contractual, cual es, la existencia del Plan de Retribución Variable Especial. Afirma que el principio de prevalencia del fondo económico sobre la forma jurídica es un principio del PGC, pero considera que la calificación de varios contratos como una única operación es una medida excepcional que no está justificada en el caso objeto de análisis.

Ahora bien, no consta que el Plan de Retribución Variable Especial se llevara a efecto, y ha quedado acreditado, en la forma descrita anteriormente, la vinculación económica entre el equity swap y la captación de recursos por la recurrente.

Niega también la actora que la calificación de la operación como "captación de recursos propios" sea correcta.

Sostiene, en primer lugar, que ENCE no tenía necesidad alguna de obtener financiación en forma de recursos propios, pero la existencia de una situación económica saneada no impide la existencia de una operación de captación de recursos por parte de una entidad.

Compartimos la afirmación de la Administración en cuanto que Caja Madrid, se posiciona en la operación de forma que la aleja de la condición de accionista, aun cuando haya suscrito las acciones, por cuanto no asume los riesgos propios del accionista, pues no asumía el riesgo de variación de cotización de las acciones suscritas.

No se ha realizado una calificación de la operación a posteriori en función del resultado de la misma, sino que se ha analizado la operación en su conjunto, atendiendo a la voluntad negocial manifestada en la sucesión de relaciones negociales, y en el fin perseguido por las operaciones.

Debemos concluir, atendiendo a la operativa anteriormente descrita que la calificación realizada por la Administración es ajustada a Derecho.

Por todo lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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, por ser la presente sentencia 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 ENCE ENERGÍA Y CELULOSA, S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Teresa del Rosario Campos Fraguas, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 6 de mayo de 2016, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, y con ella los actos de los que trae causa, 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.