

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ091572

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 17 de octubre de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 243/2020

SUMARIO:

IS. Base imponible. Gastos deducibles. Gastos financieros. Instrumento de patrimonio Vs gasto financiero. Participaciones preferentes (PPR). Señala la Sala que cuando la distribución de dividendos a los preferentistas sea a voluntad del emisor, dichas acciones se considerarán como instrumentos de patrimonio. De ser obligatoria, estaríamos ante un pasivo financiero. Por tanto, para hacer dicha calificación deberá estarse a las características de cada emisión. No cabe hacer una calificación general, sino que debe estarse al análisis de cada caso concreto, siempre partiendo de las pautas generales. En el presente caso, de conformidad con las condiciones de la emisión, una vez que la matriz ha tenido beneficios y decidido repartir beneficios, la entidad emisora tiene la obligación de abonar el dividendo. No tiene margen alguno para eludir el abono. Por lo tanto, desde la perspectiva de la entidad emisora y, por lo tanto, en su contabilidad, la PPR debe ser calificada como pasivo financiero y no como instrumento de patrimonio.

PRECEPTOS:

RD 1514/2007 (PGC), norma 9ª.

Ley 58/2003 (LGT), art. 89.

PONENTE:

Don Manuel Fernandez-Lomana Garcia.

Magistrados:

Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

Don MARIA ASUNCION SALVO TAMBO

Don FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

Don JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA

Don MARCIAL VIÑOLY PALOP

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000243 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00803/2020

Demandante: NATURGY ENERGY GROUP SA

Procurador: D. JUAN CARLOS GÁLVEZ HERMOSO DE MENDOZA

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA

S E N T E N C I A N º :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

D. MARCIAL VIÑOLY PALOP

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil veintitrés.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 243/2020, seguido a instancia de NATURGY ENERGY GROUP SA, que comparece representada por el Procurador D. Juan Carlos Gálvez Hermoso de Mendoza y asistido por Letrado, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de noviembre de 2019 (RG 6004/2017); siendo la Administración representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía ha sido fijada en 26.837.747,84 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 23 de enero de 2020, se interpuso recurso contencioso-administrativo.

Segundo.

Tras varios trámites se formalizó demanda el 30 de septiembre de 2020. Presentado la Abogacía del Estado escrito de contestación el 13 de noviembre de 2020.

Tercero.

Se admitió la prueba instada. Se presentaron escritos de conclusiones los días 9 de marzo y 5 de mayo de 2021. Procediéndose a señalar para votación y fallo el día 11 de octubre de 2023.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Sobre la Resolución recurrida.

Se interpone recurso contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de noviembre de 2019 (RG 6004/2017), que desestimó el recurso interpuesto contra el Acuerdo de 3 de octubre de 2017, de solicitud de rectificación de autoliquidación en relación con el IS de 2015.

Los motivos de impugnación son:

1.- Las participaciones preferentes fueron correctamente consideradas como instrumentos de patrimonio, por lo que su recompra no genera ingreso contable -pp. 11 a 22-.

2.- Se ha acreditado la correcta aplicación de la normativa contable mediante diversos medios de prueba - pp. 22 a 25-.

3.- Para la calificación contable de las participaciones ha de tenerse en cuenta en el IS, la norma fiscal obliga a no considerar a UFP como una entidad aislada, sino al grupo en consolidación fiscal del que forma parte, a efectos de verificar su capacidad de decidir no satisfacer dividendos -pp 26 a 30-.

4.- Se ha vulnerado el deber de la Administración de aplicar el criterio establecido por la DGT en consultas vinculantes -pp. 31 a 32-.

La Sala resolverá todos los motivos articulados por la demandante, pero, por razones de claridad expositiva, alterará su orden.

Segundo.

Hechos relevantes para resolver.

No existe discrepancia relevante en relación con los hechos. Los cuales, básicamente, son los siguientes:

1.- En junio de 2005, UNION FENOSA PREFERENTES SA (UFP), entidad participada el 100% por NATURGY e incluida en el grupo de consolidación fiscal 59/93, cuya sociedad dominante es NATURGY -UNION FENOSA SA fue absorbida por NATURGY (entonces GAS NATURAL SDG SA) en 2009-, emitió participaciones preferentes por un importe total de 750.000.000 € (15.000 participaciones preferentes de 50.000 € de valor nominal cada una de ellas).

2.- Las características de la emisión fueron:

a.- Plazo: Perpetuas, salvo que se produzca la liquidación o disolución del emisor, si bien se prevé que el emisor pueda amortizar en todo o en parte las participaciones a partir del 30 de junio de 2015. En caso de amortización se efectuará por su valor nominal, más, en su caso, las remuneraciones devengadas y no pagadas.

b.- Retribución: el pago efectivo del dividendo, que es variable, preferente y no acumulativo, está condicionado a

(i).- la obtención de beneficio distribuible del grupo, considerando como tal el menor entre el beneficio neto declarado del grupo y el beneficio neto de Naturgy y

(ii).- al pago de dividendos a los accionistas ordinarios de Naturgy.

(iii).- El cálculo del dividendo se realizará hasta el 30 de junio de 2015, aplicando el Euribor a tres meses más un diferencial del 0,65% y, a partir de dicha fecha, aplicando el Euribor a tres meses un diferencial del 1,65%. El pago del dividendo se realizará por trimestres vencidos.

c.- Cuota de liquidación: se reconoce el derecho a percibir una cuota de liquidación en caso de liquidación o disolución del emisor, voluntaria o involuntaria, con cargo a los activos del emisor.

d.- Derechos políticos: no tienen.

e.- Garante: Naturgy.

f.- Destino de los fondos: facilitar un depósito irregular y subordinado a Naturgy, en los términos previstos en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (en adelante, "Ley 13/1985") con una rentabilidad para UFP que le permita cumplir con las obligaciones de pago derivadas de la emisión.

3.- El 4 de mayo de 2015 el Consejo de Administración de UFP acordó formular una oferta de compra sobre la totalidad de las participaciones preferentes propias existentes y en circulación emitidas en el año 2005 por el 85% de su valor nominal (esto es, 42.500 euros por participación preferente).

El 28 de mayo de 2015 se produjo la liquidación de la Oferta de compra, y el consecuente pago por la adquisición de las participaciones preferentes, lo que supuso la adquisición de 12.794 participaciones preferentes (un 85,29% de la emisión), por un importe efectivo total de 543.745.000 euros.

Posteriormente, UFP procedió a amortizar y cancelar las participaciones preferentes adquiridas, quedando en circulación 2.206 participaciones preferentes, por valor de 110.300 miles de €. Dado que el valor nominal agregado de las acciones recompradas ascendía a 639,7 millones de euros (50.000 euros por acción), y el importe pagado por UFP por las mismas en la recompra ascendió a 543,7 millones de euros (42.500 euros por acción), se produjo un exceso del importe en libros de las participaciones preferentes sobre el importe pagado en su recompra de 95.955.000 euros. Adicionalmente, en la operación de recompra se devengaron unos gastos de 105.900 euros - en la p. 3 de la demanda puede verse un resumen cuantitativo de la operación, el cual es correcto y no es objeto de debate-.

4.- La diferencia neta de gastos resultante de la operación, por importe de 95.849.099,44 euros, no fue considerada ingreso contable para UFP, sino que se contabilizó, neta de su efecto fiscal, en el epígrafe de "reservas", debido a que las referidas participaciones preferentes, atendidas sus características, en opinión de la demandante, constituían instrumentos de patrimonio, y las variaciones de patrimonio debidas a operaciones sobre instrumentos de patrimonio no se consideran ingresos o gastos. Así se recogió en la Memoria de las Cuentas Anuales de UFP correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2015.

5.- En la declaración del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015, UFP efectuó un ajuste positivo a su base imponible, incrementándola en el importe de 95.894.099 euros (importe que coincide con la diferencia neta de gastos antes indicada), de tal manera que tal importe se incorporó a la base imponible individual de UFP, y en la base imponible del grupo de consolidación cuya entidad dominante es NATURGY.

6.- Con fecha de 13 de diciembre de 2016, se presentó escrito dirigido a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT solicitando la rectificación de las autoliquidaciones siguientes, y la correspondiente devolución de ingresos indebidos:

-Autoliquidación Modelo 200, declaración individual del Impuesto sobre Sociedades 2015 de UFP. Se solicitó la eliminación del ajuste reflejado en la casilla nº 413 de 95.849.099,44 euros. Al eliminar dicho ajuste, deviene una base imponible de 2.612.895,81 euros, lo que implica que también se debe modificar la base imponible declarada en la citada autoliquidación.

-Al formar parte UFP del Grupo Fiscal 59/93, cuya sociedad dominante es NATURGY, como consecuencia de la rectificación de la base imponible de la autoliquidación de UFP (Modelo 200), también se solicitó la rectificación de la base imponible de la autoliquidación Modelo 220, declaración consolidada del Impuesto sobre Sociedades (en adelante IS) del Grupo Fiscal 59/93, correspondiente al ejercicio 2015, la cual pasa a ser de 771.679.378,35 euros (en lugar de la declarada inicialmente, cuyo importe ascendía a 867.528.477,79 euros), dando lugar, tras la rectificación, a una cuota a devolver al Grupo fiscal de 16.844.845,32 euros. Las rectificaciones instadas determinan una devolución, según la demandante, a favor de NATURGY de 26.837.747,84 euros, de los cuales la cantidad de 9.992.902,52 euros tiene la naturaleza de ingresos indebidamente realizados mediante la autoliquidación (modelo 220).

Tercero.

Los términos del debate.

Es conveniente exponer el criterio de las partes, lo que permitirá precisar el concreto alcance de lo discutido.

1.- Como bien resume el TEAC en la p. 6 de la Resolución " la tesis básica del reclamante es que las participaciones preferentes emitidas por UPF en 2005 han de considerarse un puro instrumento de patrimonio neto y no un pasivo financiero". Lo que implica que " el resultado positivo obtenido como consecuencia de la recompra de preferentes por un precio inferior a su valor nominal da lugar a un mero incremento de patrimonio neto, que no afecta al resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias en términos contables por lo que al no existir regulación fiscal específica sobre la cuestión,...no tiene tampoco, ningún efecto fiscal y, por tanto,...resultaba improcedente el ajuste fiscal positivo realizado al resultado contable por el importe de dicho incremento de patrimonio neto".

2.- La base de la argumentación de la recurrente, por lo tanto, se basa en la calificación contable como instrumento de patrimonio. Así, en las cuentas de la absorbida UNION FENOSA se dice: "... según los criterios contables del actual PGC, la emisión realizada por la sociedad...es considerada como un instrumento de patrimonio neto, al no otorgar a los tenedores de la misma el derecho a exigir a la Sociedad el rescate en una fecha y por un importe determinado o determinable, o a recibir una remuneración predeterminada siempre que haya beneficios distribuibles. Dado que con los anteriores criterios contables se consideraba un instrumento de deuda financiera, se ha realizado la reclasificación correspondiente y el importe de la emisión figura como mayor valor del patrimonio neto.consecuencia de ello, el importe acordado por la Sociedad como retribución de sus preferentistas durante el ejercicio se considerará como un "dividendo a cuenta", en lugar de contabilizarse en el epígrafe de "gastos financieros", en la cuenta de pérdidas y ganancias, como sucedía con los anteriores criterios contables".

3.- En el informe de PWC -del año 2016- se parte de lo establecido en la norma de Valoración 9 del PGC, concluyéndose que la sociedad no tiene la obligación de rescatar las acciones preferentes, teniendo la opción de no pagar la retribución a los accionistas, por lo que en entiende que la correcta calificación contable es la de "instrumento de patrimonio". Consecuencia de ello es que la recompra de participaciones preferentes es que con arreglo al PGC " cualquier tipo de transacción con sus propios instrumentos de patrimonioel importe de estos instrumentos se registrará en el patrimonio neto, como una variación de los fondos propios, y en ningún caso podrán ser reconocidos como activos financieros de la empresa ni se registrará el resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias".

4.- La Administración no comparte la calificación de las participaciones preferentes como "instrumento de patrimonio".

La tesis de la Administración es que las participaciones preferentes, a nivel mercantil, son un " híbrido financiero entre acciones y obligaciones".

Acto seguido pasa al examen de la regulación contable razonando la Administración que " el tratamiento contable que corresponde otorgar a las PPR emitidas por UFP y su calificación, como pasivo financiero o instrumento de patrimonio, se debe comenzar realizando un análisis de las definiciones contenidas en el Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por RD 1514/2017, de 16 de noviembre, en cuanto norma que desarrolla el artículo 34 del Cc ".

Tras realizar el análisis de la normativa contables la Administración concluye que: " Del contenido de las normas mencionadas se deduce que será la realidad económica y no solo la forma jurídica la que debe guiar la calificación de un instrumento financiero emitido, en el pasivo financiero o en el patrimonio neto, y que: (i) se reconocerá un pasivo financiero por aquellos instrumentos financieros en los que el emisor no tenga un derecho

incondicional de evitar cualquier salida de flujos de efectivo, en realidad realizar pagos obligatorios vinculados al instrumento emitido, (II) que se reconocerá como patrimonio neto, en forma de capital o de otros instrumentos de patrimonio, todo instrumento emitido que otorgue la posibilidad de participar en la liquidación de la empresa, y (III) que se reconocerá como un compuesto todo instrumento financiero que en su emisión se identifiquen de forma simultánea componentes de pasivo y patrimonio neto".

Partiendo de estas ideas el núcleo del razonamiento de la Inspección y el TEAC es:

" Desde el momento que el pago de la retribución a las PPF es obligatorio realizarlo en la medida que se obtienen beneficios distribuibles y que se pagan dividendos a los accionistas de una sociedad GNF, distinta a la emisora de las PPF, no es posible concluir que el pago de la retribución es evitable por UFP, por cuanto el hecho que motiva el pago no está controlado por la sociedad emisora, es decir, no es UFP quien decide si deja de pagar la retribución a los tenedores de sus PPF, sino que el pago se producirá obligatoriamente siempre que se produzca un hecho que no depende de la actuación ni está controlado por la emisora de las PPF. La obligación de pagar la retribución no es discrecional para UFP, sino que es contingente en cuanto depende de que suceda o no un hecho que además no está controlado por la emisora, es decir no puede evitar que ocurra o que no ocurra. Si GNF obtiene beneficios distribuibles y reparte dividendos a sus accionistas, UFP no puede evitar pagar la retribución pactada. En consecuencia, por lo que se refiere a la retribución, desde el momento que dicha retribución es contingente y no discrecional, existe para la emisora una obligación de pagar que no es evitable, lo que conduce a clasificar contablemente la emisión de preferentes como un pasivo financiero. Por tanto, desde el momento que la emisión de PPF no tiene un derecho incondicional a evitar la salida de flujos de efectivo ya que no es evitable pagar la retribución a las PPF, el análisis del fondo económico de la emisión de PPF, realizada por UFP, permite concluir que contablemente la emisión de referencia se debe calificar como un pasivo financiero".

En el informe posterior contestando a las alegaciones de la recurrente a la propuesta, la Administración insiste en sus argumentos y concluye que debe clasificarse contablemente la emisión como " pasivo financiero".

Añade, además que " si consideramos conjuntamente los dos componentes básicos que caracterizan a la emisión de PPF, la ausencia de obligación de devolver el nominal de los títulos emitido y el carácter contingente de la retribución pactada por los mismos, las PPF emitidas serían un instrumento financiero compuesto. La clasificación contable de estos títulos (compuestos) obligaría a identificar la parte de pasivo y la parte de patrimonio que los mismos incorporan de forma conjunta". Concluyendo, tras analizar la emisión que, en el caso analizado, " el valor que correspondería asignar a la parte de patrimonio de las PPF emitidas sería muy pequeño respecto al valor total de la emisión e inclusive tendería a cero. En estas condiciones el instrumento financiero emitido sería un compuesto en el que prácticamente o todo el valor de la emisión se debería clasificar contablemente como pasivo financiero y nada o casi nada como patrimonio".

En suma, para la Administración " desde el momento que la emisión del PPF no tiene un derecho incondicional a evitar la salida de flujos efectivo ya que no es evitable pagar la retribución a las PPF, el análisis del fondo económico de la emisión del PPF, realizada por UFP, permite concluir que contablemente la emisión de referencia se debe calificar directamente como pasivo financiero como un instrumento compuesto en el que la parte que correspondería atribuir al pasivo financiero sería la totalidad del valor de las PPF emitidas".

En las pp. 6 y ss. la Administración añade otros datos que respaldan su calificación tales como la cuantía de la retribución y el informe de AV SA en relación con la operación de recompra. Pero estos datos se citan a mayor abundamiento, lo decisivo es que en opinión de la Administración no cabe la clasificación contable como instrumento de patrimonio en los términos pretendidos por la recurrente.

5.- Para contestar a los argumentos de la Administración se ha aportado un nuevo informe pericial contable. Elaborado por GAP.

En este dictamen se indica que para calificar a la PPF como "instrumento de patrimonio" o "gasto financiero", se debe aplicar lo que denomina "test de la obligación", es decir, " en el pasivo, el emisor, bajo dicho test, está obligado a efectuar pagos contractuales por su remuneración y devolución, mientras que, si esta obligación se puede evitar, el instrumento se debe calificar como un instrumento de patrimonio".

El dictamen reconoce que UFP, como sostiene la Administración, no puede evitar abonar la cantidad establecida una vez que existe "beneficio distribuible" y que el garante -ahora NATRUGY- " decide repartir dividendos entre sus accionistas ordinarios y/o el pago de alguna remuneración con cargo a reservas a los titulares de valores con rango a las Participaciones Preferentes".

Pero, no obstante, razona que " aunque en una primera aproximación puede entenderse que la discrecionalidad que aparentemente pueda ostentar UFP no está sujeta a su control sino del garante", la operación debe entender con arreglo a " fondo económico y no a su forma jurídica".

Indicando, en las pp. 22 y ss. del informe que UFP se creó con el único fin de emitir participaciones preferentes; todos los miembros del Consejo de Administración de UFP, mantienen relación con Gas Natural SDG (hoy NATRUGY); los fondos obtenidos por UFP, son consecuencia de una emisión garantizada por el accionista único de UFP; los fondos obtenidos de la emisión se destinan al negocio de Gas Natural SDG (hoy NATRUGY) y los contratos asociados a la emisión fueron suscritos por ambas entidades, es decir, UFP y Gas Natural SDG. Por

ello, se concluye por el perito que " UFP es una sociedad instrumental.....que no viene sino a desempeñar una actividad muy próxima a la realización de una actividad por cuenta de su socio único y garante". Existiendo " identidad entre UFP y dicha sociedad [Gas Natural SDG]".

Concluyendo: " se puede llegar a la conclusión de que el riesgo del negocio que asumen los preferentistas y que conlleva la posible discrecionalidad en su retribución y reembolso es el de Gas Natural SDG, de forma que nominalmente o formalmente podría observarse que es UFP, si bien desde la perspectiva del fondo económico debe llegarse a la conclusión, a nuestro juicio, de que UFP es un instrumento de Gas Natural SDG y, por ello, de acuerdo con el art. 34 del Código de Comercio que exige que en el registro de una operación deba atenderse no solo a la forma sino a su fondo económico, no puede obviarse para su calificación el análisis del fondo realizado".

Añadiendo más adelante que " la retribución es un hecho que nace de la voluntad del emisor y, para ello, ha de tenerse en cuenta que, desde el punto de vista del fondo económico exigido por el Código de Comercio, no es que el socio Gas Natural SDG sea la entidad que desencadene la condición para retribuir en su caso, sino que la concurrencia de objeto y voluntad de UFP con dicho socio único, que a su vez es Garante de la emisión, es inequívoca y sólo puede entenderse la operación desde una perspectiva de conjunción".

Conviene, por último, indicar que al margen de que el criterio de la recurrente y de la Administración no coinciden su planteamiento tiene unas notas comunes que merecen ser destacadas: ambas están de acuerdo en que conforme al art. 10.3 del TRLIS la base imponible del impuesto se determina con arreglo a la normativa contable, sin perjuicio de los ajustes fiscales, por ello resulta tan relevante para las dos partes determinar la calificación contable adecuada. Hay también acuerdo a que la calificación contable, por lo tanto, es determinante a efectos fiscales y lo que hay, por lo tanto, es una discrepancia en dicha calificación. Pero conviene indicar que el TEAC añade en las pp. 20 y ss. un argumento subsidiario y es que admitiendo hipotéticamente que la calificación contable sostenida por la demandante fuese la correcta no habría lugar a la aplicación del régimen fiscal previsto respecto de las mismas, pues se " incumplirían las condiciones para la aplicación de dicho régimen". Lógicamente solo procedería entrar en el análisis de este argumento subsidiario de estimarse correcta la calificación propuesta por la demandante.

Cuarto.

Sobre los motivos del recurso y el parecer de la Sala.

Una vez que hemos precisado cual es el núcleo de la cuestión debatida, procede que exponamos nuestro criterio. No obstante, antes de analizar si, en el caso de autos, estamos ante un "instrumento de patrimonio" o ante un "gasto financiero", procede que analicemos dos argumentos adicionales dados por la recurrente.

1.- En las pp. 22 y ss. se afirma que tanto la AEAT como el TEAC se pronuncian sobre cuestiones contables, rechazando el criterio de los expertos, especialmente de los auditores.

La Administración, básicamente, no discute los hechos, lo que discute es la calificación contable efectuada por la entidad, con el respaldo de los auditores y de dos periciales. La discusión, en contra de lo que parece sostenerse por el recurrente, está motivada, pues la Administración, aplicando la misma norma -Norma de Valoración 9 del PGC-, explica porque considera que, en su opinión, nos encontramos ante un gasto financiero.

El hecho de que exista una auditoría de cuentas que dio por buena la contabilidad de la recurrente, no puede ser decisivo, pues como señala, entre otras, la STS de 23 de febrero de 2012 (Rec. 3798/2008), " esta Sala se ha manifestado sobre el valor probatorio de los informes elaborados por los auditores señalando que el hecho de que las cuentas anuales estén verificadas por auditor y que su informe no contenga salvedades no añade valor probatorio a los libros de contabilidad, dado que el objeto de la auditoría de cuentas es verificar si las mismas ofrecen la imagen fiel y no la verificación de la corrección de los registros contables". Doctrina que reitera la contenida en las STS de 24 de mayo de 2010 (Rec. 2053/2005) y 3 de junio de 2010 (Rec. 2585/2004). Y es que, como afirma la STS (Civil) de 20 de noviembre de 2000 (Rec.3516/1995), " ningún precepto legal impide que los tribunales puedan valorar el informe de Auditoría como prueba de que los datos contables que han examinado son manifestaciones de relaciones jurídicas a que obedecen en sentido económico-contable", es decir, estamos ante una prueba más, no vinculante, que debe ser valorada en conjunto con las demás pruebas y que no tiene la presunción de una especial veracidad y que, por supuesto, no vincula ni a la Administración ni a los Tribunales.

La Administración y este Tribunal pueden, de forma motivada, tal y como hace en el presente caso, discrepar del criterio de los auditores y de los peritos.

2.- En las pp. 31 y ss. la recurrente reprocha a la Administración que no haya seguido el criterio de las consultas V3085/13, V0725/14 y V1001/14, lo que afirma supondría una infracción del art 89.1 de la LGT.

Es cierto que conforme al art 89.1 de la LGT " la contestación a las consultas tributarias tendrán efectos vinculantes, en los términos previstos en este artículo, para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos en su relación con el consultante". Añadiendo la norma que, asimismo se aplicarán los criterios contenidos en la consulta a " cualquier obligado tributario, siempre que exista identidad entre los hechos y circunstancias de dicho obligado y los que se incluyan en la contestación a la consulta". Es decir, mientras en el obligado tributario consultante se presume, lógicamente, la identidad entre lo consultado y lo

respondido; en el caso de los demás obligados tributarios, la aplicación del criterio contenido en la consulta exige verificar la " identidad entre los hechos y circunstancias de dicho obligado", lo que implica que quien pretende la aplicación del contenido de la consulta por el no planteada, tiene la carga de, al menos, justificar la identidad referida.

Pues bien, es cierto que las consultas vinculantes sostienen una doctrina conforme a la cual cuando no existiendo una norma fiscal que suponga la realización de un ajuste, en aplicación de lo establecido en el art. 10.3 del TRLIS, se aplicarán los criterios contables. Pero esta doctrina no ha sido violada por la Inspección, lejos de ello, la aplica, lo que ocurre es que valorando las circunstancias concretas de la emisión entiende que, en el caso de autos, la calificación concreta es la de "gasto financiero" y no la de "instrumento de patrimonio". No hay pues infracción del art. 89.1 de la LGT, ni quiebra del principio de confianza legítima.

3.- Procede ahora que analicemos lo que, en nuestra opinión, es el núcleo básico del litigio, es decir, el encuadre contable de la operación enjuiciada.

a.- Es frecuente que las entidades utilicen la figura de las participaciones preferentes (PPR) - preference shares- a la hora de captar recursos financieros a largo plazo. Dejando al margen determinados precedentes normativos -vgr. ley 13/1985-, la primera regulación de las participaciones preferentes, que no deben ser confundidas con las acciones preferentes, se encuentra en la Ley 19/2003.

Ni la Administración ni la recurrente discuten que nos encontramos ante PPR, pero no está de más indicar que la CNMV, con carácter general, las define como: "...valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Pueden generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. El emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años,.....". Siendo posible que las PPR se emitan, de forma indirecta, a través de filiales instrumentales. Tampoco discuten las recurrentes que, desde una perspectiva mercantil, nos encontramos ante un instrumento financiero híbrido, superador, junto con otros, del binomio acción/obligación o, si se quiere, deuda/acción.

El problema se centra en la calificación contable que merezca la PPR emitida, pues, como hemos dicho, la Base Imponible, a falta de previsión fiscal que genere la necesidad de un ajuste, se determina con arreglo a criterios contables - art 10.3 LIS-. Lo anterior es importante, pues de calificarse la PPR como instrumento de patrimonio, tampoco este punto es objeto de discusión, como se dice en la última pericial " cualquier tipo de transacción realizada por UFO con su instrumento de patrimonio propio que produzca alguna variación respecto de su valor en balance se deberá registrar como una variación de fondos propios, y en ningún caso podrá registrarse resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias", es decir, no tributaría por el IS -NV9.4-.

b.- Como hemos explicado en el informe de auditoría aportado, inicialmente la PPR emitida se calificó como " instrumento de deuda financiera" -pasivo financiero-, pero se entendió que tras la aparición del PCG de 2007, procedía alterar la calificación inicial.

La Norma de Valoración 9 del PGC (NV9) -RD 1514/2007- regula los " instrumentos financieros". Por instrumento financiero se entiende " un contrato que da lugar, simultáneamente, a un activo financiero en una empresa y a un pasivo financiero o un instrumento de patrimonio en otra empresa" -la redacción de esta norma ha variado, siendo modificada por el RD 1159/2010 y el RD 1/2021-

El punto 3 de la NV9 establece que, necesariamente, el instrumento financiero debe ser calificado como pasivo financiero o como instrumento de patrimonio.

El instrumento se calificará como pasivo financiero, en su totalidad o en una de sus partes, " siempre que de acuerdo con su realidad económica supongan para la empresa una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero, o de intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente desfavorables, tal como un instrumento financiero que prevea su recompra obligatoria por parte del emisor, o que otorgue al tenedor el derecho a exigir al emisor su rescate en una fecha y por un importe determinado o determinable, o a recibir una remuneración predeterminada siempre que haya beneficios distribuibles, como serían determinadas acciones rescatables y acciones o participaciones sin voto". Calificándose como instrumento de patrimonio " cualquier negocio jurídico que evidencia o refleja una participación residual en los activos de la empresa que los emite una vez deducidos todos sus pasivos".

¿Cómo se diferencia entre un pasivo financiero y un instrumento de patrimonio? En realidad, aquí tampoco discrepan las partes, pues la característica clave del pasivo financiero es la existencia de una obligación contractual, que recae sobre una de las partes implicadas en el instrumento financiero (el emisor), consistente en entregar dinero u otro instrumento financiero a la otra parte (tenedor). Por el contrario, cuando no exista tal obligación contractual de entregar dinero u otro efectivo financiero por el emisor, estaremos ante un instrumento de patrimonio.

Pues bien, si aplicamos los anteriores conceptos, cuando la distribución de dividendos a los preferentistas sea a voluntad del emisor, dichas acciones se considerarán como instrumentos de patrimonio. De ser obligatoria, estaríamos ante un pasivo financiero. Así lo termina por reconocer el propio informe pericial de GAP que afirma que, al final, lo decisivo es el "test de la obligación", afirmando -p. 14- que " cuando el emisor...está obligado a efectuar los pagos contractuales por su remuneración y devolución [estaríamos ante un pasivo financiero], mientras que, si

esta obligación se puede evitar, en instrumento se debe calificar como un instrumento de patrimonio" -como se dice en el informe, p. 13, este es el criterio que cabe deducir de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019-.

Para hacer dicha calificación deberá estarse a las características de cada emisión. No cabe hacer por lo tanto una calificación general, sino que debe estarse al análisis de cada caso concreto, siempre partiendo de las pautas generales indicadas.

c.- Si aplicamos los anteriores criterios -recuérdese que estamos analizando la contabilidad del emisor UFP-, la conclusión, nos parece, debe ser la alcanzada por la Administración y no por el recurrente, al menos, en este caso.

En efecto, de conformidad con las condiciones de la emisión, una vez que la matriz ha tenido beneficios y decidido repartir beneficios, la entidad emisora tiene la obligación de abonar el dividendo. No tiene margen alguno para eludir el abono. Por lo tanto, desde la perspectiva de la entidad emisora y, por lo tanto, en su contabilidad, la PPR debe ser calificada como pasivo financiero y no como instrumento de patrimonio.

Por ello, entendemos que, dadas las características de la emisión, tiene razón el TEAC cuando afirma que " sólo en el caso de que el pago de la retribución estipulada sea enteramente discrecional para el emisor (es decir, que se realice libremente y no esté sujeto a compromiso alguno) y, por tanto, que se pudiera evitar a voluntad del emisor se cumpliría una de las características propias más esenciales de los instrumentos de patrimonio, en caso contrario, cuando el pago de la retribución a los tenedores de los títulos -en este caso de las participaciones preferentes- es obligatorio realizarlo, el instrumento en cuestión se asimila, sin duda a una figura de pasivo (deuda ajena). En este caso, en la medida en que se cumpliera la doble condición citada estipulada para tener que satisfacer la remuneración, parece procedente la conclusión alcanzada por la Inspección y plasmada en la resolución impugnada. Es claro y conveniente resaltarlo ahora que, GAS NATURAL tiene una personalidad distinta de UPF por lo que aun cuando se trate de entidades estrechamente vinculadas y pertenecientes al mismo grupo, el pago a los preferentistas no dependía de la exclusiva voluntad o discrecionalidad de UPF".

En este sentido, también la reciente Consulta 4 BOICAC, nº 131/2022 -si bien los hechos no son exactamente coincidentes con el caso de autos-, afirma que lo que debe analizarse es hasta que punto la emisora " puede evitar el pago del dividendo, es decir, sería necesario juzgar si esta sociedad controla la política de retribución que condicional la salida de flujos en efectivo" y dado que " en la operación planteada y desde la perspectiva de la formulación de las cuentas anuales de la sociedad dependiente, la capacidad de evitar la salida de flujos de efectivo no forma parte del ámbito de decisiones que puedan adoptar los órganos societarios de esta entidad,...en consecuencia, esta circunstancia llevaría a identificar un componente de pasivo en las acciones preferentes sobre las que versa la consulta".

En opinión del dictamen el art. 34 del C de c, que establece que " en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica", impone que debemos tener en cuenta la situación del grupo - realidad económica- frente a la realidad jurídica de que estamos ante dos personas jurídicas diferentes.

Pero en nuestra opinión esta forma de razonar no es correcta, en efecto, el art 34 del Cdc recoge el principio de primacía del fondo económico de las operaciones sobre la forma jurídica a efectos de su contabilidad. Ahora bien, este principio inspira la regulación contable y precisamente por ello la Norma de Valoración 9 sostiene que hay que estar, antes que a la forma jurídica a si la " realidad económica" supone, " para la empresa una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero". Pero de dicha norma no se infiere que debemos ignorar la existencia de personalidades jurídicas diferenciadas y lo cierto es que, desde una perspectiva contable, la entidad emisora de las preferentes no tiene margen para no abonar la cantidad cuando se dan las circunstancias de hecho establecidas en la emisión. Por lo demás, la calificación contable no se ve alterada, como se dice por la existencia del Régimen Especial de los arts 55 y ss. de la LIS.

d.- Es cierto que la Inspección en la p. 5 de su informe añade, como hemos dicho, que " si consideramos conjuntamente los dos componentes básicos que caracterizan a la emisión de PPF, la ausencia de devolver el nominal de los títulos emitidos y el carácter contingente de la retribución pactada para los mismos, las PPF emitidas serían un instrumento financiero compuesto". De forma que " la clasificación contable de estos títulos (compuestos) obligaría a identificar la parte del pasivo y la parte del patrimonio que los mismos incorporaron de forma conjunta. El pasivo a reconocer vendría determinado por los flujos de efectivo determinados por la retribución asignada a las participaciones preferentes, descontados a una tasa que deberá reflejar la evolución de los tipos de interés en el mercado, los riesgos específicos de la entidad emisora y las condiciones de emisión de las PPF emitidas".

En la p. 35, se dice que esta forma de razonar en un indicio de la falta de rigurosidad de la Administración y que quizás por ello debió, al menos, estimarse la demanda, pero no es así, pues la Administración explica que en tal caso " prácticamente o todo el valor de la emisión se debería clasificar contablemente como pasivo financiero y nada o casi nada como patrimonio" y esta afirmación no ha sido desvirtuada por la recurrente cuya demanda y pericial se centran únicamente en la, a su juicio, errónea calificación. Olvidando que es ella quien pretende la rectificación de lo declarado y, por lo tanto, es ella la que tiene la carga de razonar y acreditar el alcance del error padecido y lo que pide.

En este sentido cabe recordar que, como afirma la Administración, " la emisora UPF, no ha realizado [y sigue sin hacerlo, añadimos nosotros] el análisis propuesto y que se debió realizar en el momento de la emisión,.....

Podemos suponer que al ser una emisión perpetua con un tipo de interés variable aplicable para fijar la retribución, que es de mercado, y que el diferencial sobre este tipo incluido en la retribución recoge los riesgos y características de la emisión, el valor que correspondería asignar a la parte de patrimonio de las PPF sería muy pequeño respecto del valor total de la emisión e inclusive tendería a cero. En estas condiciones el instrumento financiero emitido sería un compuesto en el que prácticamente o todo el valor nominal de la emisión se debería clasificar contablemente como pasivo financiero y nada o casi nada como patrimonio".

Por ello es razonable concluir con la Inspección que " desde el momento que la emisión de PPF no tiene un derecho incondicional a evitar la salida de flujos de efectivo ya que no es evitable para la retribución a las PPF, el análisis del fondo económico de la emisión de PPF, realizada por UFO, permite concluir que contablemente la emisión de referencia se debe calificar como un pasivo financiero directamente o como un instrumento en el que la parte que correspondería al pasivo financiero sería la totalidad del valor de las PPF emitidas".

La demanda, atendiendo a la normativa aplicable al caso enjuiciado, debe ser desestimada, sin necesidad de analizar el resto de los argumentos dados por el TEAC.

Quinto.

Sobre las costas.

Procede imponer las costas a la parte demandante - art 139 LJCA-.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Juan Carlos Gálvez Hermoso de Mendoza, en nombre y representación de NATURGY ENERGY GROUP SA, contra la Resolución del Tribunal Económico- Administrativo Central de 12 de noviembre de 2019 (RG 6004/2017), la cual confirmamos por ser ajustada a Derecho. Con imposición de costas a la parte demandante.

Intégrese sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

La presente sentencia 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; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Manuel Fernandez-Lomana García, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

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.