

La calificación contable y fiscal de una operación de *equity swap* combinada con una ampliación de capital. La recalificación a efectos fiscales de una operación no regulada en la LIS*

Análisis de la [SAN de 23 de diciembre de 2019, rec. núm. 456/2016](#)

Luis A. Malvárez Pascual

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Huelva*

M.ª Pilar Martín Zamora

*Profesora titular de Contabilidad.
Universidad de Huelva*

Extracto

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2019 tiene por objeto el análisis de la calificación contable y fiscal de una operación de *equity swap* combinada con una ampliación de capital en el marco de un plan de retribución a largo plazo a directivos. La compañía aplicó el tratamiento contable que correspondía individualmente a cada una de las operaciones señaladas. Sin embargo, la inspección basó su regularización en que todas ellas estaban unidas por un único propósito negocial, por lo que tenían que ser tratadas en su conjunto, lo que llevó a eliminar la deducibilidad de diversos cargos realizados en la cuenta de resultados. El objetivo de este comentario es doble. Por un lado, se examinará la metodología aplicada por la inspección para llevar a cabo dicha regularización, al objeto de determinar si resulta o no correcta. Debe tenerse presente que se trata de una operación no regulada de forma expresa en la Ley del impuesto sobre sociedades, por lo que a efectos fiscales la regularización debería haberse fundamentado en las normas y principios contables. Por ello, como segundo objetivo, se determinará cuál habría sido el tratamiento adecuado de esta operación en dicho ámbito. Dado que la normativa contable no contempla expresamente la transacción realizada, las reglas para su registro se deben deducir de las normas y principios contables establecidos en el Código de Comercio y en el Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad. El tratamiento que se deduzca de estas reglas es el que debió aplicarse también a efectos del impuesto sobre sociedades. Sin embargo, la inspección no siguió estrictamente esta metodología, lo que da lugar al planteamiento de diversas dudas sobre la validez del procedimiento y las liquidaciones derivadas del mismo.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso.

1. Supuesto de hecho

La cuestión que resuelve la sentencia es la calificación de una operación financiera compleja, consistente en un contrato de *equity swap* vinculado con una ampliación de capital. Según que se tome en consideración cada negocio individualmente, como hizo el contribuyente, o la transacción en su conjunto, que fue el criterio de la inspección, las consecuencias a efectos contables y fiscales son muy diferentes.

El primer negocio jurídico celebrado fue la emisión de acciones con exclusión del derecho de suscripción preferente de todos los accionistas en favor de una entidad financiera. El objetivo de esta operación societaria era la obtención de fondos para hacer frente a las obligaciones derivadas de un plan de retribución variable a largo plazo dirigido a los directivos de la compañía que, entre otros parámetros, dependía de la cotización de las acciones. Concretamente, se había acordado que en la fecha en que debía hacerse efectivo el plan la entidad financiera habría de satisfacer a los directivos de la compañía la cantidad que resultara de los objetivos alcanzados, para lo cual debía vender las acciones en el mercado. La entidad retendría para sí el precio satisfecho en la suscripción de las acciones. Así, si el precio de venta fuera inferior al precio de emisión, la compañía habría de abonar la diferencia hasta completarlo. No obstante, cuando el importe obtenido por la venta fuera mayor que la suma de la cantidad retenida por la entidad financiera y la abonada a los directivos, el exceso debía ser entregado a la compañía. Finalmente, en la fecha del vencimiento del plan retributivo la cotización de las acciones de la compañía fue muy inferior al establecido en el mismo, por lo que los directivos no percibieron ninguna cantidad.

De forma consecutiva, a tenor de una cláusula incorporada en el plan de retribución variable, se concertó con la misma entidad financiera un contrato de *equity swap*. Este tipo de contrato consiste en un *swap* sobre valores admitidos a negociación en mercados oficiales, mediante el cual una persona que posea una cartera de valores acuerda con otra persona cambiar los rendimientos, positivos y negativos, imputables a la misma (plusvalías más dividendos) por un interés estipulado más un diferencial, liquidándose el contrato por diferencias al vencimiento de cada periodo. En el caso que nos ocupa, la finalidad de la operación era cubrir el efecto en los resultados de las eventuales obligaciones de pago en metálico derivadas del plan de retribución variable.

La compañía registró de forma independiente la ampliación de capital y el *equity swap*. En relación con este último, el contrato fue identificado como un instrumento financiero derivado, por lo que en cada periodo se realizaron los correspondientes ajustes positivos y negativos para adecuar el valor contable del activo al que tenían las acciones en el mercado. De acuerdo con lo previsto en el artículo 38 bis del Código de Comercio, se aplicó el criterio del valor razonable, imputándose a la cuenta de pérdidas y ganancias las variaciones en la valoración de los títulos. En la medida en que, durante el periodo de vigencia del *swap*, la cotización de las acciones cayó considerablemente, los ajustes a la baja fueron superiores a las ganancias reconocidas. En la fecha de liquidación del *equity swap*, el descenso de la cotización de los títulos determinó que la sociedad tuviese que abonar una cantidad compensatoria a la entidad financiera, resultado de la diferencia entre el precio de emisión de las acciones y la cotización en la fecha de su venta a terceros, lo que fue considerado como una pérdida contable y un gasto a efectos fiscales.

La inspección defendió que para analizar contable y fiscalmente el *equity swap* y la ampliación de capital, las operaciones debían considerarse de forma conjunta, aplicando para ello el artículo 143 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS) y el artículo 13 de la Ley General Tributaria (LGT), pues vistos como una unidad los negocios jurídicos concertados excedían de la estructura contractual de este tipo de permuta financiera. En concreto, se argumentó que la operación concertada sobrepasaba la permuta de los rendimientos y riesgos de una inversión financiera por los derivados de un préstamo, pues la entidad financiera realizó una aportación de capital a la compañía a un precio ventajoso, cediendo la condición de accionista sin riesgo alguno en la fecha establecida en el acuerdo. La suscripción de las acciones y los derechos y obligaciones derivados del *equity swap* estaban hasta tal punto vinculados que no se concebía su existencia aislada, pues existía una relación precisa y directa entre la emisión de las acciones nominativas efectuada por la compañía, la suscripción de los títulos por la entidad financiera y el contrato de *equity swap*. De hecho, el contrato se estableció sobre el mismo número de títulos suscritos por la entidad financiera en la ampliación de capital, coincidiendo el valor inicial de dicho producto con el importe desembolsado a través de la operación societaria.

En cualquier caso, la cuestión que determinó el posicionamiento de la inspección a favor del análisis conjunto de los diferentes negocios celebrados fue la conexión de todos ellos por el mismo propósito negocial. Para la compañía era la captación de recursos propios para financiar el plan de retribución variable a largo plazo a los directivos, pero en lugar de obtenerlos en la fecha en la que, en su caso, naciera la obligación de pago, se llevó a cabo unos años antes. Finalmente no apareció dicha obligación, pero sí las asumidas con el financiador. Al analizar las transacciones como un todo, la inspección consideró que la posición jurídica de la compañía se identificaba con la del emisor de acciones, con la peculiaridad de que dicha operación societaria atravesó una fase preliminar en la que el primer suscriptor venía obligado a transmitir los títulos en el mercado de valores una vez transcurridos cinco años desde la emisión, sin sufrir quebrantos ni obtener ganancias. En definitiva, la inspección recondujo las transacciones realizadas a una ampliación de capital condicionada o a plazo, pues

los recursos propios definitivos fueron aportados por los terceros que adquirieron los títulos en el mercado en 2012. De este modo, se concluye que la compañía realizó una operación de financiación propia a largo plazo que, como consecuencia de la caída de la cotización de las acciones, se completó con la captación de fondos por un importe inferior al previsto.

Por su parte, el propósito comercial para la entidad financiera era la obtención de una remuneración por la cesión de un capital en metálico y su recuperación una vez transcurrido un plazo de cinco años. Según el informe de la inspección, aunque la entidad financiera suscribió las acciones, las características de la operación la alejaban de la condición de accionista, pues no asumía los riesgos propios de dicha figura y, en particular, los relativos a la variación de la cotización de los títulos. Por la remuneración percibida y porque en la venta de las acciones no obtendría beneficios ni soportaría quebranto alguno, se dedujo que la posición de la entidad financiera era análoga a la de aquel que cede el uso de un capital y lo recupera en su integridad tras un tiempo prefijado, percibiendo una remuneración predeterminada.

La vinculación entre los diferentes negocios no fue negada por el obligado, quien argumentó que el objeto de la operación no consistía en la obtención de financiación sino en una medida de cobertura de las futuras obligaciones derivadas del plan de retribuciones a los directivos. Sin embargo, la inspección insistió en que la compañía obtuvo una financiación antes de que naciera la posible obligación de pago, siendo irrelevante que esta financiación no fuera necesaria, como había alegado la compañía.

Determinada la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas, había que establecer el tratamiento contable y fiscal que correspondía a las mismas. La inspección no puso en duda la calificación del contrato de *equity swap* como instrumento financiero derivado en dichos ámbitos, lo que conduciría al reconocimiento de ingresos y gastos en la cuenta de resultados y en la base imponible. Sin embargo, la cuestión determinante era que dicho contrato no se podía concebir sin ser puesto en relación con la ampliación de capital, de tal forma que, como se ha indicado, ambas transacciones debían ser contempladas conjuntamente. Por ello, se puntualizó que no eran deducibles diversas partidas que la compañía había registrado contablemente y, en particular, los gastos financieros reconocidos con origen en la minoración del valor en libros del instrumento financiero derivado como consecuencia del descenso de la cotización de las acciones que servían de referencia al *equity swap*. Concretamente, se consideró que ese quebranto no era una pérdida deducible, sino que se trataba de la devolución parcial de la financiación obtenida inicialmente, conservando la compañía el resto de los recursos propios. Esta última constituía la operación realmente realizada, debiendo valorarse los fondos propios captados en función del precio por el que los accionistas definitivos adquirieron sus acciones. La conclusión más importante es que al tratarse de una operación de financiación propia no es posible ningún tipo de cargo o abono en la cuenta de resultados ni en la base imponible. Los únicos gastos cuya deducibilidad admitió la inspección fueron los cargos en la cuenta de pérdidas y ganancias en concepto de gastos financieros por la retribución del capital cedido por la entidad financiera. Además, aunque el plan de retribuciones a los directivos preveía unos pagos a cargo de la

compañía que debían hacerse efectivos en 2012, no se experimentó disminución patrimonial alguna finalmente por causa del compromiso asumido con sus directivos. De hecho, si la compañía hubiera esperado al devengo de dicha obligación, no hubiera hecho falta financiación alguna por cuanto que no se presentaron las condiciones fijadas en el plan de retribuciones y, por tanto, el devengo del gasto no tuvo lugar.

La compañía mantuvo en todo momento una opinión completamente diferente a la defendida por la inspección, al considerar que ambas operaciones se debían registrar de forma independiente. El recurso ante la Audiencia Nacional (AN) se basó en dos informes periciales de parte en los que se concluía que la razón de la contratación del *equity swap* era reestructurar el perfil de riesgo de las obligaciones de pago derivadas del plan de retribución variable, de tal forma que dicho contrato se debía contabilizar independientemente de la ampliación de capital. Se argumentó que el *equity swap* contratado no era un instrumento de patrimonio (entre otras razones porque su liquidación se produciría en efectivo y no en acciones) sino un instrumento financiero derivado que debía ser valorado al cierre de cada ejercicio económico por su valor razonable, reconociéndose en la cuenta de pérdidas y ganancias los cambios de valor. Asimismo la compañía alegó que el criterio empleado coincidía con el establecido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en relación con estos productos financieros, habiendo sido también admitido por la firma que auditó sus cuentas, que no reconoció la existencia de la unidad negocial que propugnaba la inspección.

Finalmente, se ha de hacer referencia a un argumento complementario que utilizó la inspección en su informe, en el que consideró que en tanto que la operación analizada estaba asociada a la remuneración de determinados empleados referenciada a instrumentos de patrimonio, el cargo que se hubiera realizado en la cuenta de pérdidas y ganancias tampoco habría tenido la consideración de partida fiscalmente deducible en virtud de los artículos 13.1 f) y 19.5 del TRLIS. En este sentido, se defendió que al no ser deducible fiscalmente una provisión que cubriera este tipo de pagos, tampoco debía serlo una operación de financiación de los mismos con carácter previo al nacimiento de dicha obligación. Frente a este criterio, la recurrente alegó que el pasivo reconocido contablemente no era una provisión, sino la contrapartida de la variación de valor de un instrumento financiero derivado que, aunque se contrató para cubrir los pagos futuros por ese concepto, no llegó a desplegar dicho efecto al no devengarse la retribución variable, por lo que no resultaban de aplicación los preceptos mencionados, criterio con el que coincidimos.

2. Doctrina del tribunal

La Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 23 de diciembre de 2019 (rec. núm. 456/2016 –NFJ077359–), al igual que ya hizo anteriormente la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 6 de mayo de 2016 ha considerado correcto el criterio defendido por la Administración, que, como se ha analizado, determinó que la ampliación de

capital y el *equity swap* tenían un único propósito negocial, por lo que los distintos negocios y actos realizados debían ser contemplados de manera conjunta y no aisladamente. La formalización del *equity swap* se articuló como un instrumento simultáneo a una ampliación de capital, que fue suscrita por la entidad financiera previa renuncia del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la compañía, y que se configuró como el subyacente de dicho instrumento financiero. La AN ratifica el criterio de la Administración a la hora de analizar de forma conjunta los negocios jurídicos concertados, considerando que la causa de esta estructura negocial, que excedía de una simple permuta financiera, fue la captación de recursos financieros. De hecho, el fundamento jurídico (FJ) 3.º de dicha SAN es del siguiente tenor:

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 negocial 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 negocial 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 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 4/2000. [...] 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 compañía negó que se tratara de una operación de financiación propia, en la medida en que tenía una situación económica saneada y no necesitaba de esta financiación. Sin embargo, la AN en el FJ 3.º rechaza este razonamiento:

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.

Otra premisa que utilizó la inspección para la calificación de la operación es que la entidad financiera en ningún momento asumió riesgo alguno en la operación. La AN considera

correcto el argumento esgrimido por la Administración según el cual, por las condiciones de la operación, la entidad financiera no adquirió la condición de accionista de la entidad, a pesar de haber suscrito las acciones, por cuanto no asumió los riesgos de la variación de la cotización de las mismas como correspondería a un accionista, pues se acordó que en caso de que las acciones perdieran valor el reembolso de los títulos se efectuaría de acuerdo con el precio satisfecho en la suscripción. En concreto, la AN señaló en el FJ 3.º:

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.

Por todo ello, la AN considera adecuado el criterio de recalificar las operaciones realizadas teniendo en cuenta el conjunto negocial, según lo dispuesto en los artículos 13 de la LGT y 143 del TRLIS.

En su recurso la parte actora argumentó que el criterio defendido por la inspección era contrario al dictado por la CNMV en cuanto a la contabilización del *equity swap*, que lo considera como un instrumento financiero derivado del que resultan ingresos y gastos imputables contablemente a la cuenta de resultados. Sin embargo, la AN determina que no existe contradicción alguna, pues tanto la inspección como los órganos revisores no rechazan el criterio contable señalado, sino que consideran que al vincular ese contrato con la ampliación de capital los criterios contables utilizados no han sido los adecuados, pues no se puede analizar separadamente del conjunto negocial realizado. Por otra parte, el hecho de que exista una opinión favorable de la firma de auditoría sobre el criterio contable aplicado tampoco se considera determinante de la corrección de las declaraciones presentadas, pues solo se trata de la opinión de un experto contable y, además, la existencia de un informe de auditoría no puede restringir las facultades comprobadoras y liquidadoras de la inspección. Finalmente, tampoco los informes periciales presentados sobre la contabilización del *equity swap* aportan argumentos que sean determinantes para que la AN cambie el criterio administrativo, por lo que no fueron considerados por el tribunal:

[...] 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 auditoría en que no se considera la unidad negocial.

3. Comentario crítico

3.1. La metodología que debe utilizar la Inspección para recalificar una operación contable que no está regulada en la Ley del impuesto sobre sociedades (LIS)

La SAN analizada ha considerado correcta la regularización realizada por la inspección, lo que supone también avalar el procedimiento y la metodología utilizada por dicho órgano para llevar a cabo la misma. De hecho, la sentencia no plantea ninguna duda en relación con este aspecto. Sin embargo, a nuestro juicio, surgen diversos interrogantes sobre la corrección del procedimiento que ha seguido la inspección y, en particular, en relación con la fundamentación jurídica en la que se basó para regularizar las operaciones controvertidas.

En la documentación de la inspección, así como en la resolución del TEAC y en la SAN analizada, se hace referencia a dos preceptos en los que la Administración ha fundamentado la regularización de las liquidaciones. El primero de ellos es el artículo 143 del TRLIS (que se corresponde con el actual art. 131 LIS), que disponía: «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».

El segundo precepto al que se alude es el artículo 13 de la LGT, que regula el denominado principio de calificación, que señala lo siguiente:

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.

Ambos preceptos han sido utilizados en el procedimiento de forma complementaria o indistinta para recalificar los negocios jurídicos celebrados, lo que ha permitido a la inspección otorgar un tratamiento contable y fiscal diferente al aplicado por el contribuyente. Ahora bien, la operación que fue recalificada no se encuentra regulada en la LIS, por lo que su consideración a efectos del impuesto sobre sociedades (IS) se establece por las normas contables. Por ello, parece que lo propio es que la calificación de la operación se determine en atención a los principios que rigen dicha materia. En cierta medida esta tesis fue defendida por la recurrente, al mantener que el tratamiento fiscal del *equity swap* deriva de la contabilización del mismo como un instrumento financiero derivado, pues al no existir una norma fiscal específica aplicable a este tipo de productos, su tributación se debe regir por los criterios contables. En efecto, de acuerdo con el artículo 10.3 de la LIS, en todo aquello no regulado expresamente en dicha ley se aplicará la regulación contable, por lo que en estos casos se debe proceder a interpretar dicha normativa con base en los principios que son propios en dicho marco, y no con principios propios del ámbito tributa-

rio. Por tanto, la inspección debería haber analizado la regulación contable de esta operación, pues la recalificación de la misma se tendría que haber realizado según los principios y normas de contabilidad. Sin embargo, en ningún momento la inspección hace referencia a la normativa contable empleada para regularizar la operación. Tan solo en algún pasaje del informe inspector se indica que, teniendo en cuenta la verdadera operación realizada, la misma no se ha contabilizado correctamente, y se considera que lo importante no es la ausencia de ajuste fiscal, sino que las imputaciones a la cuenta de pérdidas y ganancias no responden a la verdadera naturaleza de la operación. Esto habilitaría a la inspección para la corrección de la operación en el ámbito contable, pues en virtud del artículo 143 del TRLIS la Administración tributaria no tiene que aceptar sin más el resultado contable calculado por el contribuyente, sino que cuando este no haya aplicado correctamente la normativa contable puede modificar el resultado del que se haya partido para la determinación de la base imponible. Sin embargo, en la documentación analizada no se indica qué principio o norma contable se ha empleado a estos efectos. Dado que la regularización se fundamenta en que no es posible tomar en consideración aisladamente los diferentes actos que integran la operación, sino que la misma se ha de analizar contablemente teniendo en cuenta el conjunto negocial, la única regla que podría haber sido empleada a tal efecto es el principio de imagen fiel, esto es, la preferencia del fondo económico sobre la forma jurídica, que, sin embargo, no se menciona expresamente. Quizá la razón de no emplear esta metodología es que con ella se corre el riesgo de que la misma se pueda equiparar a la interpretación económica, desterrada del derecho tributario español desde la Ley 25/1995, de 20 de julio. De hecho, para evitar todo atisbo de interpretación económica, el FJ 3.º de la SAN señala lo siguiente:

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.

A nuestro juicio, para la recalificación a efectos del IS de una operación regulada por la normativa contable no se pueden invocar indistintamente los artículos 13 de la LGT y 143 del TRLIS. La inspección utiliza los dos preceptos con el objeto de reforzar el resultado interpretativo o la calificación a la que se pretende llegar. Sin embargo, por mucho que el resultado pueda ser el mismo, la metodología y las normas y principios que se deben utilizar en aplicación de ambos preceptos son completamente diferentes. Además, resulta cuando menos llamativo que la calificación de la operación mediante la aplicación del artículo 13 de la LGT opere sobre la normativa contable, pero despliegue sus efectos únicamente en su vertiente tributaria y no en el ámbito que le es propio. La calificación correcta de esta operación ha de ser realizada en aplicación de los principios y normas contables, debiendo ser aceptada la conclusión a la que se llegue en dicho ámbito a efectos del IS. Así es en la

medida en que todas las operaciones que no estén reguladas en la LIS se deben regir por lo dispuesto en la normativa contable que menciona el artículo 10.3 del citado texto legal. Por ello, en el siguiente epígrafe se analizará la calificación correcta de esta operación de acuerdo con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados.

En definitiva, no consideramos adecuada la aplicación del principio de calificación recogido en el artículo 13 de la LGT para las operaciones que no están reguladas expresamente en la LIS, como ocurre en el caso analizado en la SAN de 23 de diciembre de 2019, pues se rigen por la normativa contable. Pero es que incluso aunque dicho precepto resultara de aplicación en este tipo de situaciones, es dudoso que la metodología empleada por la inspección en este caso pueda encajar en este precepto. El citado artículo 13 no se refiere a la calificación conjunta de un grupo de actos o negocios jurídicos, pues al definir el objeto de la calificación siempre se hace en singular, refiriéndose a un hecho, acto o negocio individual. Sin embargo, el artículo 15 de la LGT, relativo al conflicto en la aplicación de la norma tributaria, sí hace referencia al conjunto negocial, al señalar que existe conflicto cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. En el caso que nos ocupa no se produce la calificación de un hecho jurídico individual, pues lo que hace la inspección es analizar diferentes negocios jurídicos de forma conjunta por considerar que forman parte de un mismo complejo negocial, lo que le permite modificar el tratamiento contable y fiscal que el contribuyente otorgó a la operación. En definitiva, lo que ha hecho la inspección es inaplicar el tratamiento contable propio del *equity swap* al considerar que dicho contrato está vinculado con la ampliación de capital realizada por la compañía en favor de la misma entidad financiera con la que suscribió dicho contrato. En el supuesto planteado no se discute la calificación de cada uno de los negocios celebrados, que es conforme a su verdadera naturaleza, sino que se analiza como una globalidad una serie de actos jurídicos individuales. Tampoco cabría rectificar la operación con base en el artículo 15 de la LGT, pues los negocios ni son artificiosos o impropios ni tampoco tienen como objetivo el ahorro fiscal, pues lo que se discute tan solo es el tratamiento contable y fiscal aplicado a tales negocios. Además, ni tan siquiera el criterio contable empleado por la compañía ha tenido como propósito principal el ahorro de impuestos, pues de haberse mantenido al alza el valor de las acciones, como era previsible al celebrar la operación –de hecho, así ocurrió el primer año–, el criterio contable empleado habría supuesto el pago de impuestos más altos que de haber aplicado el tratamiento señalado por la inspección.

Los argumentos empleados por la inspección para recalificar la operación realizada en atención al conjunto negocial y no a cada uno de los actos individuales que lo integran encajan en una doctrina jurisprudencial utilizada en Estados Unidos para prevenir el abuso fiscal, conocida como *steps transactions* (doctrina de la transacción escalonada o por pasos o de las operaciones complejas). El aspecto clave es que una serie de hechos o actos formalmente separados son tratados como una sola operación cuando cada uno de ellos se

encuentra integrado en una secuencia dirigida a la obtención de un resultado, lo que permite obtener una visión real de la operación realmente realizada. Se vinculan así todos los actos interrelacionados, como componentes de una sola transacción global, en lugar de su consideración de forma aislada. Al tratarse como un evento único, no se aplican las consecuencias fiscales que corresponderían a cada uno de los pasos de forma independiente, sino las relativas a toda la transacción. En cualquier caso, la determinación de si existe o no esa especial relación entre cada uno de los hechos y actos y si con ellos se persigue un único resultado es una cuestión interpretativa, para lo que se ha de analizar el verdadero fondo económico de las operaciones realizadas. De ahí que esta metodología se utilice normalmente en combinación con otras doctrinas como la prevalencia de la sustancia sobre la forma. Para establecer la vinculación entre los actos y el motivo comercial se han desarrollado diversas pruebas escalonadas, siendo tres los tipos más comunes de contrastes que utilizan los tribunales. Seguidamente, se analizará esta metodología y su aplicación al caso concreto que ha sido objeto de la sentencia.

El primer método es el del acuerdo vinculante. Solo se tratará toda la secuencia como una sola transacción si cuando se ejecutó el primer acto había un acuerdo vinculante para la ejecución de los posteriores, lo que es especialmente importante cuando median largos periodos de tiempo entre los distintos pasos, pues cuando existe proximidad temporal entre ellos es más fácil establecer dicha vinculación. Si no existiera dicho acuerdo, se aplicarían las otras dos pruebas. Por tanto, es relevante que exista un plan para realizar todos los actos de forma consecutiva para conseguir un determinado resultado. En el caso que nos ocupa, todas las operaciones venían recogidas en el «Contrato marco de operaciones financieras» celebrado entre las dos partes, realizándose los distintos pasos de manera consecutiva. Es más, en el plan aprobado de retribución variable a largo plazo a los directivos, ya se había consignado una cláusula que establecía la formalización del contrato de *equity swap* sobre las acciones de la compañía.

El segundo es el método de la interdependencia mutua, según el cual todos los pasos están tan unidos a los restantes que la ejecución de uno solo tiene sentido cuando se realicen los demás en el marco de una transacción planificada más amplia. Esta doctrina se aplicará cuando no tenga sentido realizar un solo paso, por cuanto las relaciones legales creadas por una transacción no serán relevantes sin la ejecución de la serie completa. Es decir, se trata de determinar si cada paso origina efectos independientes significativos o si dependen de los demás que se produzcan dentro de la secuencia planificada. Así ocurre con la ampliación de capital y el *equity swap*, pues cada uno de estos actos solo cobra sentido si se ejecuta el otro, careciendo de significado la ejecución de cada hecho por separado.

El último método es la prueba del resultado final, en el que se examina si cada uno de los pasos se ejecuta para conseguir el resultado pretendido. Así ocurre cuando se trata de eventos estrechamente relacionados que no tienen propósitos independientes, de tal forma que el plan puede verse en conjunto teniendo en cuenta el efecto fiscal combinado. La prueba del resultado final se utiliza cuando está claro que un resultado fiscal planificado se logra

a través de una serie de operaciones relacionadas que están diseñadas y ejecutadas como parte de un plan unitario para lograr dicho resultado, el cual no podría lograrse a través de una sola transacción. Si la intención de un acto es servir al siguiente paso, el tribunal puede considerar todos ellos de forma conjunta. Este método también es conocido con el nombre de «la prueba de intención», pues se analiza la intención del contribuyente cuando realiza las transacciones para analizar si pretendía que estas se integraran en un esquema único y general, formando parte de una transacción mayor, en cuyo caso las transacciones realizadas independientemente se ignorarán y se tratarán como una operación única. Cuando el contribuyente no tenga la intención de crear una serie de pasos para lograr un propósito general, cada operación se tratará por separado. En el caso analizado en la sentencia, la inspección se refiere a la existencia de un mismo propósito negocial en el *equity swap* y la ampliación de capital, lo que le permite llegar a la conclusión de que las consecuencias fiscales se han de determinar teniendo en cuenta el conjunto negocial y no las que corresponderían a cada operación de forma independiente.

Hasta donde llega nuestro conocimiento, esta metodología no ha sido aplicada como tal por los tribunales españoles. Es cierto que la SAN analizada ha considerado correcto el procedimiento aplicado por la inspección, al haber dado validez a las liquidaciones que han resultado del mismo, pero en dicha sentencia no se ha planteado nada sobre la adecuación a derecho de la metodología empleada en dicho procedimiento. Su engarce con el artículo 13 de la LGT es cuanto menos discutible, pues cuando el legislador se ha querido referir al conjunto negocial, lo ha hecho explícitamente, como ocurre en el artículo 15 de la LGT. Por tanto, no es claro que en virtud del artículo 13 de la LGT se pueda prescindir de la naturaleza propia de cada acto o negocio para establecer la naturaleza del conjunto negocial celebrado, como ha hecho la inspección. En cualquier caso, aunque se pueda llegar a esta conclusión por la vía interpretativa, sería mucho más adecuado una reforma del artículo 13 de la LGT para dar cabida de forma expresa a esta metodología, lo que permitiría que la inspección pudiera utilizarla sin el riesgo de que las regularizaciones que se fundamenten en ella sean anuladas por un tribunal.

Además, las dificultades para encajar la metodología empleada por la inspección en los esquemas generales de la LGT tienen también su origen en las particularidades de la normativa reguladora del IS, pues es una característica exclusiva de este impuesto que el núcleo esencial de la base imponible se regule por normas ajenas al ámbito tributario. En este sentido, la LIS no establece de forma adecuada las relaciones entre las normas contables y fiscales y, en particular, no determina los mecanismos, principios y normas que deben emplearse para regularizar las operaciones que no estén reguladas expresamente en dicha ley, en la medida en que a efectos fiscales han de admitirse los criterios que se deriven de la legislación contable. Mayores dificultades aun se producen cuando se trata de una operación que tampoco está reglada específicamente en las normas contables, en cuyo caso su tratamiento en dicho ámbito resulta de la aplicación de los principios contables previstos en el Código de Comercio y en el Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad (PGC), lo que, evidentemente, puede ser susceptible de interpretaciones di-

versas. Por ello, no resulta sencilla la articulación de las reglas generales que establece la LGT en materia de interpretación, calificación e integración de las normas tributarias cuando se trata de la aplicación de la normativa del IS, sobre todo en relación con operaciones no reguladas expresamente en la LIS. En particular, así ocurre con el principio de calificación previsto en el artículo 13 de la LGT, pues estas operaciones deben ser calificadas en virtud de los criterios establecidos en la normativa contable, de los que derivará el tratamiento que habrá de ser aplicado tanto a efectos contables como fiscales. Lo cierto es que en el procedimiento administrativo, avalado plenamente por la SAN analizada, solo se hace referencia a la incorrección de los criterios contables, una vez que la operación realizada se ha calificado de acuerdo con el citado artículo 13, sin que se indiquen las reglas contables que, en virtud del criterio administrativo, resultaban realmente aplicables. La insuficiencia de la regulación de la LIS a estos efectos se ha hecho particularmente evidente a partir de la aprobación del PGC de 2007, en el que se incluye en el Marco Conceptual el principio de preferencia del fondo sobre la forma, pues desde el punto de vista fiscal la aplicación del mismo en el IS podría desembocar en dos consecuencias prohibidas por el derecho tributario. Por un lado, permitiría colmar las lagunas de la normativa contable mediante la equiparación de una operación no reglada a otra regulada en dicha normativa, cuando la naturaleza económica de ambas operaciones sea equivalente o guarde identidad de razón, lo que podría suponer la introducción de la analogía a efectos de la determinación de la renta gravada en el IS, aspecto que se encuentra expresamente prohibido en el artículo 14 de la LGT. Por otro lado, podría dar lugar a la reintroducción de la interpretación económica en la práctica administrativa, pues posibilitaría establecer las consecuencias tributarias de una operación en función de la realidad que subyace tras la misma. Esto conduciría a la recalificación de una operación cuando la formalidad jurídica empleada no coincida con su sustancia económica, de tal forma que un hecho u acto se podría calificar en función de los resultados económicos que produzca. Por ello, resulta necesario un precepto que clarifique este marco de relaciones, tanto para los contribuyentes como para la Administración en su labor comprobadora, que en aplicación del artículo 131 de la LIS podría corregir la contabilización de una transacción cuando el reconocimiento contable se haya realizado en atención a la forma jurídica empleada, siempre que esta última no sea representativa del fondo económico de la operación. La situación planteada puede suponer una merma de la seguridad jurídica de los contribuyentes a causa de la falta de previsibilidad de las consecuencias tributarias de sus conductas. Por tanto, el legislador debería establecer las prevenciones necesarias para evitar los riesgos señalados.

En cualquier caso, en la normativa del IS no se han establecido tales prevenciones, con lo que el tratamiento fiscal de todas aquellas operaciones no reguladas en la LIS derivará de lo que resulte de la aplicación de los principios contables, sin que la operación pueda interpretarse de un modo diferente a efectos exclusivamente fiscales. Por ello, a continuación se procederá al análisis de la operación controvertida desde el punto de vista contable. Aunque los resultados coincidan con los que determinó la inspección, la metodología utilizada y las normas y principios que han servido de fundamento son completamente diferentes, lo que podría afectar a la validez del procedimiento inspector.

3.2. La calificación contable de la operación realizada teniendo en cuenta su fondo económico

Una vez que se ha concluido que la regularización de la inspección no tuvo que fundamentarse en el artículo 13 de la LGT, sino que se debió analizar la calificación contable de la operación concluida por las partes, se ha de proceder al estudio del tratamiento contable que se debió dar a esta transacción de acuerdo con las normas y principios contables de general aceptación, al ser determinante del régimen de la misma en el IS.

Como se ha comentado, la compañía concluyó con una entidad financiera un contrato de *equity swap* tras una ampliación de capital suscrita por la misma entidad en el marco de un plan de retribución a largo plazo a directivos. Ahora bien, se trata de analizar cómo debió ser calificada contablemente esta operación, pues al no estar regulada expresamente por la normativa contable, su tratamiento se ha de deducir de la aplicación de los principios contables enunciados en el Código de Comercio y en el Marco Conceptual del PGC, teniendo a estos efectos una especial relevancia el principio de preferencia del fondo sobre la forma. También se ha de examinar si en el ámbito contable es posible la calificación conjunta de la operación realizada, en los términos analizados por la inspección, más allá de los negocios individuales celebrados por las partes. Uno de los argumentos utilizados por la inspección y ratificados por el TEAC y la AN es que, en su conjunto, se trataba de una operación de financiación propia. De acuerdo con todo ello, se ha de analizar si el criterio contable empleado por la compañía fue correcto, al registrar cada acto o negocio de forma particular, sin tener en cuenta el fondo económico del conjunto de las operaciones realizadas.

A este respecto, el PGC no contempla la calificación y el reconocimiento en libros de la compleja transacción efectuada por la compañía. De hecho, la figura del *equity swap* carece de una regulación específica en el ordenamiento contable, más allá de su consideración de forma residual al tratarse las aportaciones sociales en la Resolución de 5 de marzo de 2019 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital y en la consulta 3 del BOICAC 97, de marzo de 2014 (NFC050568). En principio, este tipo de contratos, desde el punto de vista contable, es conceptualizado como un instrumento financiero derivado en la medida en que cumplen con los requisitos establecidos en la norma de registro y valoración 9.ª del PGC y, consecuentemente, figurarán en libros por su valor razonable, imputándose las variaciones que se produzcan en este último, como gastos o ingresos financieros, en la cuenta de resultados. Este fue el criterio seguido por la compañía y admitido por el auditor de cuentas por cuanto no consignó salvedad alguna en el informe emitido. Previamente, la compañía había reconocido entre sus fondos propios la emisión y posterior suscripción de acciones por parte de la entidad financiera con la que se concertó el *equity swap*. En concreto, se produjo un incremento de la cifra de capital por el valor nominal de las acciones emitidas y se reconoció una reserva (prima de emisión) por el exceso del precio de emisión sobre el nominal de los títulos.

Dicho proceder fue consecuencia de la consideración como independientes de los actos realizados. De hecho, el tratamiento contable del *equity swap* practicado por la compañía coincide con el establecido en el artículo 21.1 de la Resolución del ICAC antes citada, donde se dispone que resultarán de aplicación los criterios establecidos en el PGC para los instrumentos financieros derivados en la contabilización de los contratos de permuta financiera sobre las propias acciones cuando la sociedad se compromete a pagar (o recibir) un interés fijo o variable a cambio de recibir (o entregar) el rendimiento de sus propios instrumentos de patrimonio durante el plazo del acuerdo, y asume el riesgo de la variación de valor razonable de las acciones propias que se origine en ese periodo. Desde nuestro punto de vista, los criterios contables aplicados habrían sido correctos si las transacciones no hubieran guardado una relación entre sí pues el tratamiento previsto en la norma contable solo es pertinente ante un «genuino» contrato de permuta financiera. En este sentido, la consulta del ICAC antes citada señala que el aspecto clave que permitirá concluir que la calificación y registro como un derivado financiero es correcta es la forma de liquidar el contrato de *equity swap*. A tal efecto, el ICAC diferencia entre dos casos, según que el contrato se liquide en efectivo o en acciones (entregadas o recibidas). Y, aunque parece desprenderse de la consulta que de presentarse la primera situación, el contrato habrá de ser calificado en todo caso como un derivado financiero, en el supuesto que nos ocupa quizás no sea relevante el modo en que fue liquidado el contrato, sino la retención por parte de la compañía de los riesgos y beneficios inherentes a las acciones que constituían el subyacente del contrato. A este respecto, entendemos que en la medida que la compañía mantuvo los beneficios y riesgos inherentes a las acciones, se debería concluir que el derivado financiero solo actuó como mecanismo para la retención de dichos beneficios y riesgos. A este respecto, si bien la situación planteada en la citada consulta difiere del caso que nos ocupa, por analogía, podemos remitirnos a la opinión del ICAC cuando afirma que:

[...] la calificación del contrato requiere un previo análisis, en su conjunto, del intercambio de flujos y de la operación principal (intercambio de acciones, presente o futuro), con el objetivo de concluir si el fondo económico del contrato sigue siendo un derivado «genuino» o auténtico derivado, o por el contrario el derivado financiero se configura como un medio para retener los riesgos de unas acciones previamente enajenadas (circunstancia que implicaría negar la baja), o con el propósito de asumir los riesgos y beneficios inherentes a la condición de propietario antes de adquirir la titularidad jurídica de los instrumentos de patrimonio (lo que traería consigo el reconocimiento de una adquisición de acciones con pago aplazado).

La aplicación al caso sobre el que la SAN se pronuncia nos lleva a considerar, en primer término, la naturaleza contable de las acciones emitidas. En relación con esta transacción, la compañía reconoció un aumento de fondos propios. Este tratamiento contable sería el adecuado si se entendiera que los actos realizados no guardaban relación entre sí. Sin embargo, los acuerdos adoptados como consecuencia del plan de retribución variable a largo plazo supusieron que la compañía no cediera a la entidad financiera que suscribió los títulos los riesgos y beneficios inherentes a los mismos. De hecho, la entidad financiera no solo

había de mantener los títulos hasta la conclusión del plan de retribuciones, procediendo en esa fecha a la entrega de las acciones a los directivos o a la venta en el mercado en caso de que el directivo se decantara por una retribución en metálico sino que, de no recuperar el precio de emisión satisfecho en la fecha de la ampliación de capital, la compañía vendría obligada a cubrir la diferencia. En consecuencia, la entidad financiera, mediante la suscripción de las acciones emitidas y la formalización de los acuerdos derivados del plan de retribuciones, dispuso del derecho incondicional a recuperar los flujos de efectivo cedidos a la compañía. Esta circunstancia determinaría que las acciones emitidas no pudieran lucir en el patrimonio neto de la compañía al contener un componente de pasivo financiero. A este respecto, cabe recordar que el apartado 3 de la norma de registro y valoración 9.ª del PGC establece que los instrumentos financieros emitidos, incurridos o asumidos, se clasificarán como pasivos financieros, 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. Además, si se tiene en cuenta que el apartado 4 de la misma norma limita el alcance de un instrumento de patrimonio propio a aquel negocio jurídico que evidencia, o refleja, una participación residual en los activos de la empresa que los emite una vez deducidos todos sus pasivos, en la medida en que la entidad financiera que suscribió las acciones venía obligada a vender, en un plazo de cinco años, las acciones suscritas para recuperar el precio satisfecho en el momento de la inversión, lo que se aproxima al rescate por parte del inversor, no parece que estos instrumentos financieros evidenciaran la participación residual en los activos de la compañía una vez deducidos sus pasivos.

Por otra parte, este argumento se ve reforzado si se tiene en cuenta el comunicado de la CNMV de 22 de mayo de 2020 donde se establecen criterios respecto a la notificación de *equity swaps* sobre acciones propias de las sociedades cotizadas. En el supuesto que nos ocupa, la ausencia de riesgo para la entidad financiera en la venta de las acciones así como la obligación de mantener los títulos hasta la liquidación del plan de retribución a los directivos conducirían a su conceptualización como persona interpuesta, esto es, aquella que en nombre propio adquiere, transmite o posee acciones por cuenta de otra persona física o jurídica, condición que también se presume, salvo prueba en contrario, cuando se deja total o parcialmente a cubierto de los riesgos inherentes a las adquisiciones, transmisiones o a la posesión de las acciones (art. 24 del RD 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea). Así, la consideración de la entidad financiera como persona interpuesta implicaría, desde el punto de vista de la normativa anterior, el reconocimiento de que la compañía está operando indirectamente con autocartera a través de una persona interpuesta.

En definitiva, de acuerdo con los argumentos expuestos, en aplicación del principio de preferencia del fondo sobre la forma, defendemos que los actos realizados por la compañía deberían haber sido registrados como sigue:

En la fecha de formalización de los acuerdos derivados del plan de retribución, la compañía, en lugar de un incremento de la cifra de capital por la puesta en circulación de nuevas acciones, debería haber reconocido un pasivo financiero con origen en la obligación asumida de restituir a la entidad financiera la cuantía satisfecha con ocasión de la suscripción de las acciones. Este pasivo financiero, que debió calificarse a efectos de su valoración como pasivo financiero a coste amortizado, dado su carácter no comercial y su vencimiento en el largo plazo, tuvo que ser reconocido por el valor razonable de la contraprestación recibida.

En cuanto al *equity swap*, desde nuestro punto de vista, el contrato no funcionó como un «genuino» instrumento derivado, sino que constituyó el mecanismo para la retribución del pasivo asumido, cuya cuantía vendría dada por la diferencia entre el interés variable acordado y los dividendos a percibir por las acciones suscritas. Esta retribución, como registró la compañía a lo largo de la vigencia del contrato, supondría el reconocimiento de un gasto en los resultados, atendiendo a su devengo. A tal efecto, los intereses se habrían imputado a la cuenta de pérdidas y ganancias de acuerdo con el método del tipo de interés efectivo que, dado el interés variable acordado, tendría que haber sido determinado en cada uno de los años de vigencia del contrato.

Por su parte, defendemos que el reconocimiento como fondos propios de las acciones emitidas debió retrasarse hasta la fecha en que la entidad colocó los títulos en el mercado por el importe efectivamente percibido. Los nuevos tenedores de los títulos, a diferencia de la entidad financiera que inicialmente suscribió las acciones, sí cumplen con la condición de accionistas al adquirir todos los riesgos y beneficios inherentes a su participación en el patrimonio de la compañía.

Finalmente, y de forma simultánea al registro anterior, tendría que haberse procedido a la liquidación del pasivo asumido, sin repercusión alguna en los resultados del periodo, pues las variaciones en la cotización de las acciones de la compañía tan solo supusieron la colocación de los títulos por una cuantía inferior a la prevista inicialmente, que fue la cuantía cedida por la entidad financiera y que coincide con la valoración del pasivo que en esa fecha se liquidó.

Pese a que la aplicación del principio de preferencia del fondo sobre la forma determina la incorrección de los registros contables realizados no solo a nivel de la información suministrada en balance sino de su repercusión en la cuenta de resultados de los ejercicios implicados, no coincidimos con la opinión de la inspección y ratificada por el TEAC y la AN de que, en su conjunto, los actos realizados constituían una operación de financiación propia. Así habría sido, como se ha comentado, si no se hubiera asumido la obligación de restitución a la entidad financiera de los flujos de efectivo aportados.

Son evidentes las diferencias entre los argumentos que a nuestro juicio se debían haber utilizado para la regularización de la operación –expuestos en este epígrafe– y los empleados por la inspección, que posteriormente han sido ratificados por el TEAC y la AN. Es

cierto que, pese a que la metodología es completamente diferente, existe una coincidencia en el efecto que la recalificación de la operación produjo en los resultados de los ejercicios en que estuvo vigente el plan de retribuciones a los directivos y, en consecuencia, en la base imponible del IS. No obstante, la aplicación por la inspección de una metodología inadecuada podría haber llevado a la anulación judicial de las liquidaciones que resultaron de dicho procedimiento.