

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 4 de diciembre de 2024

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Recurso n.º 143/2024

SUMARIO:

IS. Base imponible. Gastos deducibles. Gastos financieros. Instrumento de patrimonio Vs gasto financiero. Participaciones preferentes (PPR). Las participaciones preferentes aparecen reguladas, por primera vez en nuestro derecho, a raíz de la reforma del art.7 de la Ley 13/1985, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de intermediarios financieros, efectuada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. Posteriormente, la Ley 19/2003 de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, se incorporó la disposición adicional segunda a la Ley 13/1985, estableciendo los requisitos que debían de cumplir las participaciones preferentes en nuestro derecho para la aplicación del régimen fiscal establecido en la misma disposición. Esta normativa es solo aplicable al sector financiero y se centra en la importancia que tienen fondos propios para la solvencia de las entidades financieras. Sin embargo, hasta el día de la fecha no existe jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que esclarezca el régimen contable y fiscal de las participaciones preferentes. Conviene, por lo tanto, un pronunciamiento del Tribunal Supremo que, fije un criterio claro sobre la tributación del rescate de las participaciones preferentes. La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar qué naturaleza jurídica tienen las participaciones preferentes emitidas por una sociedad filial participada el 100% por la dominante e incluida en un grupo de consolidación fiscal cuando el pago de la remuneración está condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la sociedad dominante y a la efectiva distribución de dividendos a los accionistas ordinarios de la sociedad dominante atendiendo a la primacía del fondo económico de la operación, precisando si deben calificarse contable y fiscalmente como "pasivos financieros", "instrumentos de patrimonio propio" o "instrumentos financieros compuestos". En función de la respuesta que se dé a la anterior cuestión aclarar si la contabilización de las diferencias entre el valor nominal de los títulos y el valor de rescate surgidas en la recompra de las participaciones preferentes dan lugar al rescate de un pasivo financiero y por tanto deben reconocer como ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio e integraran la base imponible; o, dan lugar al rescate de un instrumentos de patrimonio propio y las variaciones de patrimonio surgidas deberán registrarse en el patrimonio neto, como una variación de los fondos propios que no se integrara en la base imponible; o da lugar al rescate de un instrumentos financieros compuestos donde se valorará y presentará por separado sus componentes de pasivo y de patrimonio.

Síguenos en...



AUTO**Magistrados/as**

RAFAEL TOLEDANO CANTERO
PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA
EDUARDO CALVO ROJAS
LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ
WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY

TRIBUNAL SUPREMO**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO****SECCIÓN: PRIMERA****A U T O**

Fecha del auto: 04/12/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 143/2024

Materia:

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 103

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 143/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De Marcos Valtierra

TRIBUNAL SUPREMO**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO****SECCIÓN: PRIMERA****A U T O**

Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 4 de diciembre de 2024.

HECHOS**PRIMERO.- Preparación del recurso de casación.**

1.La mercantil Naturgy Energy Group S.A., representada por la procuradora D.ª Beatriz Pérez-Urruti Iribarren, y asistida de la letrada D.ª Nuria Marcos Muñoz, preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2023 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso-administrativo tramitado como procedimiento ordinario núm. 243/2020, promovido contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de noviembre de 2019, que desestimó la reclamación económico-administrativa núm. NUM000 interpuesto contra el acuerdo de fecha 3 de octubre de 2017, con nº referencia NUM001, por el que se desestimó la solicitud de rectificación de autoliquidación presentada por el obligado en relación con el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015.

2.Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos:

2.1.El artículo 34.2 del Código de Comercio, probado por el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, (Gaceta de 16 octubre 1885), [«CCo»].

2.2.Los artículos 10.3, 62.1.a) y 131 la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades (BOE de 28 de noviembre) [«LIS»].

3.Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida, y, subraya que la norma que entienda vulnerada forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.

Síguenos en...

4. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque se da la circunstancia contemplada en la letra c) del artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [«LJCA»], así como la presunción contenida en el artículo 88.3, letra a) LJCA.

5. Por todo lo expuesto, reputa conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo, que determine:

«[...] Si para la calificación contable de las participaciones preferentes, teniendo en cuenta la obligada primacía del fondo económico de las operaciones sobre la forma, al valorar si se cumple, o no, con el denominado "test de la obligación" se debe atender a la personalidad jurídica distinta y separada del emisor o, por el contrario, ha de tenerse presente su integración en un grupo de sociedades, en que el poder de decisión sobre la distribución del dividendo, del que depende la remuneración de las preferentes, corresponde discrecionalmente a la entidad matriz de dicho grupo.

(ii) Si, para determinar la calificación contable y fiscal de las participaciones preferentes, la Administración tributaria debe atender a la personalidad jurídica independiente del emisor o, por el contrario, de acuerdo con el artículo 62.1.a) de la LIS, debe referir su análisis al grupo fiscal de que forma parte, habida cuenta de que es la matriz del grupo fiscal la que asume determinadas capacidades decisorias al respecto, que son las determinantes para verificar si se cumple, o no, el denominado "test de la obligación" y calificar contable y fiscalmente las participaciones preferentes.

(iii) Si la Administración tributaria puede, sin modificar la contabilidad elaborada por un contribuyente, prescindir de la calificación contable otorgada a una operación concreta -en nuestro caso, la recompra de unas participaciones preferentes, que se califican como un instrumento de patrimonio- para considerarlas a efectos fiscales como un pasivo. En otras palabras, si la Administración tributaria puede alterar el resultado contable de una entidad inaplicando los artículos establecidos a tal efecto en la LIS; esto es, sin aplicar el artículo 131 de la LIS y, por referencia, el artículo 10.3 del mismo texto legal, máxime teniendo en cuenta el criterio establecido en contestaciones vinculantes a consultas, conforme al cual, al no existir ningún ajuste legalmente previsto, resultarán plenamente aplicables los criterios contables, de modo que no procedería integrar en la base imponible ninguna renta, ya que ninguna renta se integró en la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad emisora o su grupo».

SEGUNDO.- Auto teniendo por preparado el recurso de casación y personación de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Sala *a quo* tuvo por preparado el recurso de casación por medio de auto de 9 de enero de 2024, habiendo comparecido la mercantil Naturgy Energy Group S.A., representada por la procuradora D.^a Beatriz Pérez-Urruti Iribarren, y asistida de la letrada D.^a Nuria Marcos Muñoz - como parte recurrente-, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

De igual modo lo ha hecho como parte recurrida el abogado del Estado en representación y defensa de la Administración General del Estado, quien se ha opuesto a la admisión del recurso. Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero, Magistrado de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Requisitos formales del escrito de preparación.*

1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89.1 de la LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de recurso de casación (artículo 86 de la LJCA, apartados 1 y 2) y la mercantil Naturgy Energy Group S.A, se encuentra legitimada para interponerlo, al haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89.1 LJCA).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal que fueron alegadas en la demanda y tomadas en consideración por la Sala de instancia. También se justifica que las infracciones imputadas a la sentencia han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [artículo 89.2 de la LJCA, letras a), b), d) y e)].

3. El repetido escrito fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque la sentencia impugnada fija una doctrina (i) que afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) de la LJCA], siendo así que, además (ii) aplica una norma en la que se sustenta la razón de decidir respecto de la que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) de la LJCA]. De las razones que ofrece para justificarlo se infiere la conveniencia

Síguenos en...

de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que se cumple también el requisito exigido por el artículo 89.2.f) de la LJCA.

SEGUNDO.- *Hechos relevantes a efectos del trámite de admisión del presente recurso de casación.*

Un análisis del expediente administrativo y de las actuaciones judiciales nos lleva a destacar como datos importantes para decidir sobre la admisión a trámite del recurso de casación los siguientes:

1º.- Emisión de participaciones preferentes.

En junio de 2005, UNIÓN FENOSA PREFERENTES, S.A. [«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.

El 13 de junio de 2005 la sociedad UFP realizó una emisión de participaciones preferentes por importe nominal de 750 millones de euros (15.000 participaciones preferentes de 50 miles de euros de valor nominal).

La operación se llevó a cabo a través de escritura pública de emisión de participaciones preferentes de 13 de junio de 2005, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid en fecha 14 de junio de 2005.

Las características principales de dicha emisión fueron las siguientes:

- El dividendo sería variable y no acumulativo. El cálculo del mismo se realizaría hasta el 30 de junio de 2015 aplicando el euribor a tres meses más un diferencial de 0,65%, y a partir de dicha fecha, aplicando el euribor a tres meses más un diferencial del 1,65%.

- El pago de dividendo se realizará por trimestres naturales vencidos, condicionado a la existencia de beneficio distribuible de Gas Natural Fenosa, considerando como tal el menor entre el beneficio neto declarado de Gas Natural Fenosa y el beneficio neto de Gas Natural SDG, S.A. como garante.

- Plazo: perpetuas, con opción para el emisor de amortizar en todo o en parte las participaciones con fecha posterior al 30 de junio de 2015. En caso de amortización se efectuaría por su valor nominal.

- Retribución: el pago del dividendo sería preferente y no acumulativo y **estaría condicionado a la obtención de beneficio distribuible de Gas Natural SDG, S.A. y al pago de dividendo a sus accionistas ordinarios.** El emisor tendría la opción, pero no la obligación de abonar a los titulares de las participaciones una remuneración en especie mediante el incremento del valor nominal de las participaciones preferentes.

- Derechos políticos: no tenía.

2º.- Recompra de participaciones preferentes.

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 existentes y en circulación emitidas en el año 2005 por el 85% de su valor nominal (esto supone 42,5 miles de euros por participación preferente), para destinar la Sociedad los títulos adquiridos a su amortización.

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.

El importe nominal agregado respecto del cual se cursaron las correspondientes aceptaciones fue de 639.700.000 euros, lo que supuso la adquisición de 12.794 participaciones preferentes (esto representa un 85,29% de la emisión), habiéndose satisfecho un importe efectivo, por la recompra, de 543.745.000 euros.

UNIÓN FENOSA PREFERENTES, S.A. procedió a amortizar y cancelar las participaciones preferentes adquiridas, quedando en circulación 2.206 participaciones preferentes, por valor de 110.300.000 euros. Así, se refleja en la escritura pública de declaración pago, cancelación y amortización de las 12.794 participaciones preferentes de 18 de junio de 2015, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid el 10 de julio de 2015.

El exceso del importe en libros de las participaciones recompradas (639.700.000 euros) sobre el importe pagado en su recompra (543.745.000 euros) ascendió a 95.955.000 euros, habiendo devengado la operación unos gastos de 105.900,56 euros.

Valor nominal total participaciones 750.000.000,00

Valor nom. participaciones recompradas 639.700.000,00

Importe liquidado por la recompra 543.745.000,00

Diferencia 95.955.000,00

Gastos de la operación - 105.900,56

Síguenos en...

Incremento de patrimonio neto de gastos contabilizado 95.849.099,44

El exceso del importe en libros de las acciones preferentes sobre el importe pagado en su recompra ascendió a 69 millones de euros, neto de su efecto fiscal, y fue registrado como una transacción patrimonial, suponiendo un **incremento del epígrafe "Reservas"** en el apartado de "Recompra Participaciones Preferentes" del Estado de cambios en el patrimonio neto.

3º.- Autoliquidación en relación con el Impuesto sobre Sociedades del Grupo, correspondiente al ejercicio fiscal 2015.

UFP presentó autoliquidación Modelo 200, declaración individual del Impuesto sobre Sociedades 2015 efectuando un ajuste positivo a su base imponible, reflejado en la casilla nº 413, incrementándola en el importe de 95.894.099 euros (importe que coincide con la diferencia neta de gastos antes indicada), de 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.

4º.- Solicitud de devolución de la autoliquidación.

El 13 de diciembre de 2016 la entidad GAS NATURAL SDG, SA, como sociedad dominante del Grupo Fiscal 59/93, presentó escrito dirigido a Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria solicitando la rectificación de su autoliquidación, modelo 220, del Impuesto sobre Sociedades del Grupo, correspondiente al ejercicio fiscal 2015.

En particular se solicitó la corrección del base imponible del grupo, pasando a ser de 771.679.378,35 euros en lugar del importe de 867.528.477,79 euros declarado inicialmente, como consecuencia, a su vez, de la rectificación de la base imponible individual correspondiente a la sociedad dependiente UNIÓN FENOSA PREFERENTES, SA (UPF) ya que, según el interesado, la misma se cumplimentó, al formular la declaración individual, erróneamente al efectuar un ajuste positivo al resultado contable por importe 95.849.099,44 euros que no procedía, dando lugar, la eliminación de dicho ajuste, a un resultado global a devolver a favor del Grupo Fiscal de 16.844.845,32 euros.

Dicho ajuste guardaba relación con una operación de recompra de participaciones preferentes en circulación emitidas por la citada UNIÓN FENOSA PREFERENTES, S.A.

En el Modelo presentado se incorporó dicho ajuste extracontable; no obstante, la entidad consideró, y así lo manifestaba en su escrito de solicitud de rectificación de autoliquidación, que dicho ajuste resultaba lesivo para sus intereses por cuanto el mismo no procedía atendiendo a lo dispuesto en la normativa del Impuesto Sobre Sociedades aplicable, más concretamente el artículo 10.3 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre.

5º.- Denegación de la solicitud.

El 3 de octubre de 2017 la Dependencia de Asistencia y Servicios Tributarios de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria dictó acuerdo confirmando la propuesta desestimatoria inicial, por lo que se rechaza la solicitud de rectificación de autoliquidación presentada en relación con el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015 del Grupo.

Dicho acuerdo fue notificado al obligado el 11 de octubre de 2017.

6º.- Interposición de reclamación económico-administrativa.

Contra el acuerdo de liquidación la mercantil Naturgy Energy Group S.A interpuso reclamación económico-administrativa núm. NUM000 ante el Tribunal Económico- Administrativo Central.

El 12 de noviembre de 2019 el Tribunal Central dictó resolución por la que desestimó la reclamación.

7º.- Interposición del recurso contencioso-administrativo.

La mercantil Naturgy Energy Group S.A interpuso recurso contencioso-administrativo contra la mencionada resolución, que se tramitó con el núm. 243/2020 ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

La *ratio decidendi* de la sentencia sobre este particular se contiene en el Fundamento de Derecho Cuarto con el siguiente tenor literal:

«[...] 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 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 debamos 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».

La citada sentencia constituye el objeto del presente recurso de casación.

TERCERO.- Marco jurídico.

1.A estos efectos, el recurrente plantea la necesidad de interpretar el artículo 34.2 del Código de Comercio que dispone que:

«Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su **realidad económica y no sólo a su forma jurídica**».

2.También deberá procederse a la exégesis del artículo 10.3 la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades que señala que:

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

Asimismo, deberá tomarse en consideración el artículo 131 LIS que indica que:

«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»

3.También será preciso interpretar la Norma de Valoración Novena del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad que se intitula "*Instrumentos financieros*", dicha norma de valoración dispone:

«Un **instrumento financiero es un contrato** que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un **pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio** en otra empresa.

La presente norma resulta de aplicación a los siguientes instrumentos financieros:

[...]

3. Pasivos financieros

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, 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. En particular, determinadas acciones rescatables y acciones o **participaciones sin voto**.

También se clasificará como un pasivo financiero, todo contrato que pueda ser o será, liquidado con los instrumentos de patrimonio propio de la empresa, siempre que:

a) Si no es un derivado, obligue o pueda obligar, a entregar una cantidad variable de sus instrumentos de patrimonio propio.

b) Si es un derivado, pueda ser o será, liquidado mediante una forma distinta al intercambio de una cantidad fija de efectivo o de otro activo financiero por una cantidad fija de los instrumentos de patrimonio propio de la empresa; a estos efectos no se incluirán entre los instrumentos de patrimonio propio, aquéllos que sean, en sí mismos, contratos para la futura recepción o entrega de instrumentos de patrimonio propio de la empresa.

[...]

4. Instrumentos de patrimonio propio

Un instrumento de patrimonio es 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.

En el caso de que la empresa realice cualquier tipo de transacción con sus propios instrumentos de patrimonio, el 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 resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias**.

Los gastos derivados de estas transacciones, incluidos los gastos de emisión de estos instrumentos, tales como honorarios de letrados, notarios, y registradores; impresión de memorias, boletines y títulos; tributos; publicidad; comisiones y otros gastos de colocación, se registrarán directamente contra el patrimonio neto como menores reservas.

Los gastos derivados de una transacción de patrimonio propio, de la que se haya desistido o se haya abandonado, se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias.

5. Casos particulares.

[...]

5.2. Instrumentos financieros compuestos

Un instrumento financiero compuesto es un instrumento financiero no derivado que incluye componentes de pasivo y de patrimonio simultáneamente.

Si la empresa hubiese emitido un instrumento financiero compuesto, reconocerá, valorará y presentará por separado sus componentes.

La empresa distribuirá el valor en libros inicial de acuerdo con los siguientes criterios que, salvo error, no será objeto de revisión posteriormente:

a) Asignará al **componente de pasivo** el valor razonable de un pasivo similar que no lleve asociado el componente de patrimonio.

b) Asignará al **componente de patrimonio** la diferencia entre el importe inicial y el valor asignado al componente de pasivo.

c) En la misma proporción distribuirá los costes de transacción».

CUARTO.- Cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional.

1. Conforme a lo indicado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la misma norma, esta Sección de admisión aprecia que este recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de las siguientes cuestiones:

1.1. *Determinar qué naturaleza jurídica tienen las participaciones preferentes emitidas por una sociedad filial participada el 100% por la dominante e incluida en un grupo de consolidación fiscal cuando el pago de la remuneración está condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la sociedad dominante y a la efectiva distribución de dividendos a los accionistas ordinarios de la sociedad dominante atendiendo a la primacía del fondo económico de la operación, precisando si deben calificarse contable y fiscalmente como "pasivos financieros", "instrumentos de patrimonio propio" o "instrumentos financieros compuestos".*

1.2. *En función de la respuesta que se dé a la anterior cuestión aclarar si la contabilización de las diferencias entre el valor nominal de los títulos y el valor de rescate surgidas en la recompra de las participaciones preferentes dan lugar al rescate de un pasivo financiero y por tanto deben reconocer como ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio e integran la base imponible; o, dan lugar al rescate de un instrumentos de patrimonio propio y las variaciones de patrimonio surgidas deberán registrarse en el patrimonio neto, como una variación de los fondos*

Síguenos en...

proprios que no se integrara en la base imponible; o da lugar al rescate de un instrumentos financieros compuestos donde se valorará y presentará por separado sus componentes de pasivo y de patrimonio.

QUINTO.- *Justificación suficiente de que el recurso planteado cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.*

Esta cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, porque en la sentencia recurrida se han aplicado normas que sustentan la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo [artículo 88.3.a) LJCA], y porque la cuestión planteada afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA], lo que hace conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que las esclarezca, en beneficio de la seguridad jurídica y de la consecución de la igualdad en la aplicación judicial del Derecho (artículos 9.3 y 14 CE).

En efecto, las participaciones preferentes aparecen reguladas, por primera vez en nuestro derecho, a raíz de la reforma del artículo 7 de la Ley 13/1985, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de intermediarios financieros, efectuada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

Posteriormente, la Ley 19/2003 de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, se incorporó la disposición adicional segunda a la Ley 13/1985, estableciendo los requisitos que debían de cumplir las participaciones preferentes en nuestro derecho para la aplicación del régimen fiscal establecido en la misma disposición.

Esta normativa es solo aplicable al sector financiero y se centra en la importancia que tienen fondos propios para la solvencia de las entidades financieras.

Sin embargo, hasta el día de la fecha no existe jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que esclarezca el régimen contable y fiscal de las participaciones preferentes. Conviene, por lo tanto, un pronunciamiento del Tribunal Supremo que, cumpliendo su función uniformadora, sirva para dar respuesta a la cuestión nuclear que suscita este recurso de casación a fin fijar un criterio claro sobre la tributación del rescate de las participaciones preferentes.

SEXTO.- *Admisión del recurso de casación. Normas que en principio serán objeto de interpretación.*

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 de la LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la cuestión descrita en el razonamiento jurídico cuarto.

2. Las normas que en principio serán objeto de interpretación son:

2.1. El artículo 34.2 del Código de Comercio, probado por el Real Decreto de 22 de agosto de 1885.

2.2. Los artículos 10.3, 62.1.a) y 131 la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades.

2.3. La Norma de Valoración Novena del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

SÉPTIMO.- Publicación en la página web del Tribunal Supremo.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

OCTAVO.- Comunicación inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

LA SECCIÓN DE ADMISIÓN ACUERDA:

1º) Admitir el recurso de casación n.º 143/2024, preparado por la representación procesal de la mercantil Naturgy Energy Group S.A, contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2023 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso-administrativo tramitado como procedimiento ordinario núm. 243/2020.

2º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

2.1. *Determinar qué naturaleza jurídica tienen las participaciones preferentes emitidas por una sociedad filial participada el 100% por la dominante e incluida en un grupo de consolidación fiscal cuando el pago de la remuneración está condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la sociedad dominante y a la efectiva distribución de dividendos a los accionistas ordinarios de la sociedad dominante atendiendo a la primacía del fondo económico de la operación, precisando si deben calificarse contable y fiscalmente como "pasivos financieros", "instrumentos de patrimonio propio" o "instrumentos financieros compuestos".*

2.2. *En función de la respuesta que se dé a la anterior cuestión aclarar si la contabilización de las diferencias entre el valor nominal de los títulos y el valor de rescate surgidas en la recompra de las participaciones preferentes dan lugar al rescate de un pasivo financiero y por tanto deben reconocer como ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio e integraran la base imponible; o, dan lugar al rescate de un instrumentos de patrimonio propio y las variaciones de patrimonio surgidas deberán registrarse en el patrimonio neto, como una variación de los fondos propios que no se integrara en la base imponible; o da lugar al rescate de un instrumentos financieros compuestos donde se valorará y presentará por separado sus componentes de pasivo y de patrimonio.*

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación:

3.1. El artículo 34.2 del Código de Comercio, probado por el Real Decreto de 22 de agosto de 1885.

3.2. Los artículos 10.3, 62.1.a) y 131 la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades.

3.3. La Norma de Valoración Novena del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

4º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Remitir las actuaciones para su tramitación y decisión a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme (artículo 90.5 de la LJCA).

Así lo acuerdan y firman.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).