

TRIBUTACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Ángel Sánchez Sánchez
Universidad de Alicante

Recibido: Julio, 2018.

Aceptado: Septiembre, 2018.

RESUMEN

La parca regulación legal del contrato de cuentas en participación en el ámbito del derecho mercantil, junto con su ambigua naturaleza jurídica, han generado numerosas dudas a la hora de determinar su régimen fiscal. Este trabajo aborda la tributación de las cuentas en participación en los principales impuestos de nuestro sistema tributario, tanto en la imposición directa como indirecta. Con tal fin, realizamos un previo acercamiento a los aspectos esenciales de su régimen jurídico mercantil y contable, sobre los que se asentará posteriormente buena parte del análisis de su tratamiento tributario.

Palabras clave: Cuentas en participación; Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre el Valor Añadido; Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

THE TAX TREATMEN OF JOINT VENTURE CONTRACTS

Ángel Sánchez Sánchez

ABSTRACT

The scarce legal regulation of joint venture contracts in the field of commercial law, as well as its ambiguous legal nature, generate a great number of doubts when it comes to determining its tax regime. This article analyses the fiscal treatment of joint venture contracts in the field of Personal Income Tax, Corporate Income Tax, Value-Added Tax and Property Transmission Tax and Stamp Duties. With this aim, we make a previous approach to the commercial and accounting legal regime of joint venture contracts. This approach will serve as a starting point for the subsequent analysis of its fiscal treatment, both from the perspective of direct and indirect taxation.

Keywords: Joint venture; Personal Income Tax; Corporate Income Tax; Value-Added Tax; Property Transmission Tax and Stamp Duties.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN. Concepto y naturaleza. 2.1. Definición. 2.2. Naturaleza jurídica. 2.3. Delimitación con figuras afines. 3. RÉGIMEN FISCAL EN LA IMPOSICIÓN DIRECTA. 3.1. Evolución normativa. 3.2. Tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 3.3. Tributación en el Impuesto sobre Sociedades. 3.3.1. *Régimen contable*. 3.3.2. *Régimen fiscal*. 4. RÉGIMEN FISCAL EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA. 4.1. Tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido. 4.2. Tributación en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 4.2.1. *Operaciones societarias*. 4.2.2. *Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados*. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de cuentas en participación ha alcanzado cierto protagonismo en el tráfico económico durante los últimos años. Los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y consultas de la Dirección General de Tributos (DGT) ponen de manifiesto el uso habitual de esta figura contractual en diversos sectores de la actividad económica, especialmente en el de la promoción inmobiliaria (1). Circunstancias como la incesante subida del precio del suelo durante los primeros años de este siglo, la situación de crisis económica, las dificultades para la obtención de financiación bancaria o los bajos tipos de interés en la remuneración del ahorro, son elementos que han contribuido al renacer de una figura tradicional en nuestro derecho mercantil (2).

La escasa regulación sustantiva de las cuentas en participación en el Código de Comercio se ha visto acompañada por una no menos exigua atención normativa por parte del derecho tributario. El legislador fiscal, además, ha seguido un criterio vacilante a lo largo del tiempo, sobre todo en el ámbito de la imposición directa, donde el régimen tributario de las cuentas en participación se ha visto sometido a continuos vaivenes. Todas estas circunstancias han dado lugar a la presencia de numerosos claroscuros en su tratamiento fiscal, que han tenido que ser resueltos por la jurisprudencia y la doctrina.

Este trabajo aborda el régimen fiscal de las cuentas en participación en los principales impuestos de nuestro sistema tributario, tanto en el ámbito de la imposición directa como indirecta. Para ello, se hace imprescindible un previo acercamiento a los aspectos esenciales de su régimen jurídico mercantil, sobre los que se asentará posteriormente buena parte del análisis de su tratamiento tributario (3).

(1) RODRÍGUEZ MENA (2007).

(2) CLEMENTE CLEMENTE (2011).

(3) Como podremos comprobar en este trabajo, en las cuentas en participación se pone de manifiesto la fuerte interrelación entre el derecho mercantil y el derecho tributario, cuyo origen natural, como acertadamente manifiesta NAVARRO FAURE (1997), se encuentra en la naturaleza económica de las actividades que disciplinan ambos sectores del Ordenamiento.

2. LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El contrato de cuentas en participación tiene su origen en la *commenda* medieval, «cuyo desarrollo aparece ligado a formas tradicionales del tráfico mercantil que sirven de cauce a la financiación de negocios más o menos permanentes, con dinero procedente de auténticos terceros, que actuaban como prestamistas o depositantes, o bien de socios interesados en participar en los beneficios» (4). En el Código de Comercio de 1829, las cuentas en participación se regulaban en los artículos 354 a 358, dentro de la Sección 4ª, del Título II, del Libro I, bajo la denominación de «Sociedad accidental o cuentas en participación». El Código de Comercio (CCo) de 1885, vigente en la actualidad, pasa a regular el contrato de cuentas en participación en los artículos 239 a 243, fuera del Título Primero del Libro II, dedicado a las compañías mercantiles. A partir de la parca regulación normativa contenida en estos preceptos, la jurisprudencia y la doctrina científica han modelado con mayor precisión la definición y la naturaleza jurídica de este instituto, así como sus contornos y delimitación con otras figuras afines.

2.1. Definición

Tal y como señaló el Tribunal Supremo (TS), «las cuentas en participación han sido descritas en la doctrina como una fórmula asociativa entre empresarios individuales o sociales que hace posible el concurso de uno (partícipe) en el negocio o empresa del otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o fracaso del último» (5). Esta definición recoge la idea que expresa el artículo 239 del CCo cuando dice que los «comerciantes pueden interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que conviniere y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen».

En similares términos se ha pronunciado la Audiencia Nacional (AN), que define esta figura contractual como una «asociación de personas físicas o jurídicas, en la que el asociado gestor ha de ser comerciante, en la que se produce una unión de capitales o industria para el ejercicio de determinadas operaciones mercantiles, haciendo el gestor de su propiedad la aportación del partícipe, con la obligación de rendir cuentas a su asociado, que tiene derecho a los beneficios y la obligación de soportar las pérdidas en la proporción que se haya estipulado en el contrato» (6).

En el ámbito doctrinal, SERRA MALLOL (1991) define el contrato de cuentas en participación como aquel en cuya virtud una o más personas se obligan a realizar una aportación de bienes y/o derechos a un comerciante, quien adquiere la aportación en propiedad y la integra en su patrimonio, para destinarla a sus actividades mercantiles o industriales, con el fin de obtener un resultado, que deberá repartir con los aportantes conforme hayan estipulado.

(4) LEÓN SANZ y NAVARRO FAURE (2014).

(5) Sentencia de 30 de mayo de 2008, Sala de lo Civil, recurso n.º 1291/2001.

(6) Sentencias de 23 de enero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso n.º 135/2009; 4 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso, recurso n.º 1020/2004; 11 de marzo de 2004, Sala de lo Contencioso, recurso n.º 1186/2002; y 12 de mayo de 2003, Sala de lo Contencioso, recurso n.º 882/2000.

2.2. Naturaleza jurídica

Existe un sólido cuerpo jurisprudencial y doctrinal sobre cuáles son los elementos típicos o rasgos fundamentales del contrato de cuentas en participación, dimanantes del contenido de los artículos 239 y siguientes (ss) del CCo.

a) *La no concurrencia de un patrimonio común independiente*

El contrato de cuentas en participación se apoya en la existencia de un gestor-propietario que recibe aportaciones de capital ajenas y las hace suyas para dedicarlas al negocio en que se interesan dichos terceros, cuya intervención en el negocio se limita exclusivamente a la participación en los resultados que se obtengan con el mismo. Se hace preciso, por lo tanto, que el partícipe ceda al gestor la titularidad de lo aportado, de manera que el negocio continúe perteneciendo privativamente al gestor-propietario y sin que llegue a existir en ningún momento un patrimonio común independiente de los respectivos patrimonios privativos del gestor y del partícipe (7).

b) *La afectación del capital aportado al desarrollo de una actividad mercantil*

Si bien es cierto que de acuerdo con la literalidad del artículo 239 del CCo podría entenderse que los cuenta-partícipes han de ser comerciantes («Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros...»), la jurisprudencia ha considerado que tal extremo es intrascendente. Como ha recalcado el TS (8), el contrato tendrá naturaleza mercantil siempre que el gestor sea comerciante, siendo patente que en numerosos casos quienes aportan un determinado capital al negocio (los cuenta-partícipes) no son otros comerciantes sino, por el contrario, personas totalmente ajenas a la actividad mercantil. Lo que verdaderamente importa es que las operaciones a las que se destinan tales capitales sean mercantiles. El gestor debe aplicar la aportación del partícipe a una determinada operación u operaciones o a una determinada actividad empresarial o profesional.

c) *La no intervención del partícipe en la gestión del negocio*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 241 del CCo, en los negocios que son objeto del contrato de cuentas en participación «no se podrá adoptar una razón comercial común a todos los partícipes, ni usar de más crédito directo que el del comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual». De acuerdo con ello, el gestor debe administrar la actividad en nombre propio, de manera independiente, sin que el partícipe tenga intervención alguna en la gestión del negocio, salvo, claro está, en lo que se refiere a la percepción de las ganancias a las que tenga derecho según el contrato (9). En sentido negativo, la propia jurisprudencia ha llegado a señalar que «la intervención directa, pública y activa del supuesto cuenta-partícipe viene a excluir la existencia de dicho contrato, por ser consustancial a éste el dato de que el partícipe permanezca oculto para los terceros, sin responsabilidades, por tanto, frente a ellos» (10).

(7) Sentencias del TS de 6 de octubre de 1986, Sala de lo Civil, roj: STS 5214/1986; y de 4 de diciembre de 1992, Sala de lo Civil, recurso n.º 2254/1992.

(8) Sentencia de 22 de mayo de 1987, Sala de lo Civil, roj: STS 3572/1987.

(9) Sentencias del TS de 24 de octubre de 1975, Sala de lo Civil; de 4 de diciembre de 1992, antes citada; y de 5 de febrero de 1998, Sala de lo Civil, recurso n.º 1663/1995.

(10) Sentencia del TS de 28 de noviembre de 1980.

La administración independiente del negocio por parte del gestor no es óbice para que se le exija la obligación de informar y rendir cuentas al partícipe, tal y como decreta el artículo 243 del CCo. Sin olvidar que, en su condición de agente del interés del partícipe, el gestor también está obligado a actuar con un estándar de diligencia propio, al menos, del administrador de una sociedad civil o de un mandatario (11).

d) La participación del socio partícipe en los resultados del negocio

Otro de los elementos esenciales que caracterizan a esta figura contractual, expresamente recogido en el artículo 239 del CCo, es la participación del socio partícipe en los resultados del negocio, ya sean «prósperos o adversos», en la proporción que se haya acordado previamente. Así pues, como ha manifestado el TSJ del País Vasco, el gestor no está obligado a la restitución del capital recibido en todo caso, ya que el cuenta-partícipe asume los resultados adversos que pueden producirse, e incluso llegar a perder la totalidad de la aportación realizada (12). En el mismo sentido, el TS ha afirmado que es incompatible con la naturaleza de este contrato «la obligación inalterable del gestor de devolver íntegramente el capital recibido sin consideración alguna a la marcha y al resultado del negocio» (13).

e) Atipicidad

Sin perjuicio de la existencia de los anteriores elementos típicos, la jurisprudencia nos ha recordado, en relación con el contrato de cuentas en participación, que la contratación mercantil, como la civil, está inspirada en el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 del Código Civil (CC), según el cual los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público» (14). Con ello, «se autoriza a las partes a modificar el esquema del contrato tipo previsto por el legislador hasta el punto de deformarlo mediante la combinación o adición de pactos especiales, dando así vida a un nuevo contrato distinto que la doctrina califica de atípico» (15).

No obstante, la libertad contractual de las partes, aun dentro de «la ley, la moral y el orden público», no puede ser ilimitada. Cuando el modelo legal que ofrece el legislador no se ajusta a las necesidades de los contratantes, el amplio juego de la autonomía de la voluntad permite introducir cláusulas que pueden llegar incluso a desnaturalizar el tipo. Tal atipicidad, sin embargo, no puede desdibujar los contornos del contrato de tal manera que impidan mantener su calificación jurídica.

Se hace preciso, por consiguiente, determinar cuáles son los presupuestos básicos o requisitos esenciales que debe presentar un contrato para que podamos calificarlo como de cuentas en participación. En opinión de la jurisprudencia, a tenor del contenido del artículo 239 del CCo, tales elementos básicos «no son otros que el hecho de que el gestor

(11) OLIVER COJO (2014).

(12) Sentencia de 7 de septiembre de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso n.º 12/2008.

(13) Sentencia de 6 de octubre de 1986, antes citada.

(14) Sentencias del TS de 24 de septiembre de 1987, Sala de lo Civil, Roj: STS 5827/1987 y de 29 de mayo de 2014, Sala de lo Civil, recurso n.º 1307/2012.

(15) Sentencia del TSJ de Aragón de 15 de noviembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso n.º 119/1999.

hace suyas las aportaciones del cuenta-partícipe y el derecho de este último a participar en los resultados del negocio cuando concluyan las operaciones» (16).

En iguales términos se ha pronunciado la doctrina al considerar que, de todos los elementos típicos regulados en los artículos 239 y ss, únicamente el fin común (es decir, que el deseo de las partes vaya encaminado a obtener el máximo de ganancias) y su promoción en común (a través de la aportación, así como de la participación en los resultados de la actividad) son los requisitos esenciales que se coligen del concepto de cuentas en participación (17).

2.3. Delimitación con figuras afines

En la práctica, es usual encontrarse con contratos atípicos en los que no es sencillo determinar, a simple vista, su verdadera naturaleza jurídica. En muchas ocasiones, sin perjuicio de la licitud de los pactos que en ellos se recogen, es necesario calificar adecuadamente el contrato; no sólo para establecer el régimen jurídico subsidiario que le es aplicable, sino también, y a los efectos que aquí interesan, para poder resolver cuál es su régimen tributario.

Dos de las figuras jurídicas con las que el contrato de cuenta en participación tiende a converger habitualmente en el tráfico mercantil son la sociedad irregular y el préstamo participativo.

a) Sociedad irregular

Si bien el contrato de cuentas en participación reviste carácter asociativo, por su propia naturaleza, no cumple los requisitos de una sociedad externa o con personalidad jurídica; es decir, una sociedad donde el interés común sea promovido, por voluntad de las partes, a través de una persona jurídica con un patrimonio propio (18). La sociedad resultante de las cuentas en participación crea vínculos obligatorios entre sus socios, pero no actúa de manera unificada de cara al exterior, sino a través de una relación exclusivamente interna (sociedad interna o sin personalidad jurídica (19)).

El TS trazó con claridad los contornos que separan el contrato de cuenta en participación de la sociedad irregular. El aspecto básico sobre el que se apoya la distinción entre ambas figuras es la ausencia, en el primer caso, de un «fondo común de actividades y bienes, sustentados en una *afectio societatis*» (20). En la cuenta en participación, lo aportado por el cuenta-partícipe pasa al dominio del gestor, por lo que no se crea, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad irregular, un patrimonio común entre los dos.

(16) Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid de 30 de mayo de 2012, Sección 11, recurso n.º 458/2011.

(17) MARTÍNEZ BALMASEDA (2015).

(18) OLIVER COJO (2014).

(19) De acuerdo con la Audiencia Provincial de Islas Baleares (sentencia de 21 de junio de 2004, sección 5, recurso n.º 139/2004), «las cuentas en participación (artículo 239 del CC) son el único tipo de sociedad interna que conoce el Derecho Mercantil (...). Su condición de sociedad no ofrece dudas; el fin común perseguido es la obtención de ganancias mediante la explotación del negocio del gestor y ambas partes contribuyen a su consecución».

(20) Sentencia del TS de 5 de febrero de 1998, antes citada. En el mismo sentido, véanse las sentencias de 4 de diciembre de 1992 y de 30 de mayo de 2008, antes citadas.

b) *Préstamo participativo*

El aspecto tangencial entre la cuenta en participación y el préstamo participativo (regulado en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica) se encuentra en la vinculación existente entre la retribución del prestamista y los resultados de la actividad desarrollada por el prestatario. En concreto, la letra a) del apartado Uno del citado artículo 20 establece que «la entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes».

Frente a la similitud que acabamos de establecer existe un elemento claramente diferenciador entre las cuentas en participación y el préstamo participativo. A diferencia de este último, en el que el prestatario tiene la obligación de devolver al prestamista el capital que le fue prestado, en el contrato de cuentas en participación el gestor no está obligado a reintegrar el capital recibido en todo caso, ya que el cuenta-partícipe asume los resultados adversos que pueden producirse en la actividad, pudiendo llegar a perder toda o parte de la aportación realizada. El partícipe no dispone de un crédito de restitución del capital aportado, como sucede en el préstamo participativo, sino que se le atribuye el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca. «Y en ello, más que en la transmisión de la propiedad de las aportaciones (que obviamente también se produce en el préstamo participativo) consiste la peculiaridad de la composición de intereses típica de las cuentas en participación, esto es, que el partícipe no conserva un crédito para la restitución de lo aportado, sino para la obtención de su parte en las ganancias, previa la liquidación y rendición de cuentas que proceda» (21).

NAVARRO FAURE (1998) señala que, como consecuencia de la referencia legal «a la entidad prestamista», a la diferencia anterior habría que añadir que el préstamo participativo se circunscribe a aquellos casos en los que el prestamista es una sociedad, mientras que en el contrato de cuentas en participación el cuenta-partícipe puede ser una persona física.

3. RÉGIMEN FISCAL EN LA IMPOSICIÓN DIRECTA

Como ya se ha dicho, el contrato de cuentas en participación no implica la constitución de una entidad con personalidad jurídica propia ni la formación de un fondo o patrimonio común independiente del privativo de quienes intervienen en el contrato: el gestor y los cuenta-partícipes. Por consiguiente, «la cuenta en participación no puede ser considerada una sociedad civil, y no tendrá la consideración de contribuyente del Impuesto sobre Sociedades» (22). La ausencia de un patrimonio autónomo, por otra parte, nos lleva a desechar también la existencia de alguna de las entidades a las que alude el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 28 de diciembre, General Tributaria, por lo que tampoco procede aplicar el régimen de atribución de rentas de los artículos 6 de la Ley del IRPF y ss de la Ley del IRPF a las cuentas en participación (23). Como consecuencia de ello, y por lo que a la imposición directa se refiere, debemos centrar nuestra atención en los efectos tributarios que el contrato tiene sobre quienes lo suscriben.

(21) Sentencia del TS de 30 de mayo de 2008, antes citada.

(22) DGT, consulta V3861-16.

(23) Es de la misma opinión NAVARRO FAURE (1993). Por otra parte, sobre la base de este mismo argumento, CLEMENTE CLEMENTE (2011) defiende la no sujeción de las cuentas en participación al Impuesto sobre Actividades Económicas. En sentido contrario se ha manifestado BAZ Y BAZ (1992).

3.1. Evolución normativa

La regulación normativa de las cuentas en participación en el Impuesto sobre Sociedades (IS) y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) se ha visto sometida a numerosas oscilaciones a lo largo del tiempo, poniendo así de manifiesto las constantes dudas del legislador fiscal a la hora de configurar su régimen tributario.

Bajo la vigencia de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, las cantidades con las que el partícipe gestor retribuía al cuenta-partícipe se consideraban participación en beneficios, lo que daba lugar a su no deducibilidad como gasto para el partícipe gestor (24) y al correlativo derecho a la deducción por doble imposición de dividendos para el cuenta-partícipe (25). Sin embargo, para aquellos casos en los que el partícipe no gestor era una persona física, la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, coetánea de la Ley 61/1978, equiparaba la retribución de las cuentas en participación a los rendimientos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios, y no a la participación en beneficios de sociedades (26). Esta circunstancia impedía aplicar la deducción de la cuota del IRPF por la percepción de dividendos a la retribución recibida por el partícipe no gestor (27). De esta forma, cuando el gestor era contribuyente del IS y el cuenta-partícipe lo era del IRPF, se generaba un escenario de doble imposición que no era objeto de corrección alguna.

Esta ilógica situación fue corregida por la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, cuyo artículo 1.1. establecía que las contraprestaciones obtenidas por los partícipes no gestores en las cuentas en participación tenían la consideración de rendimientos procedentes de la captación o utilización de capitales ajenos a los efectos del IRPF y del IS. En consecuencia, la retribución satisfecha por el gestor al partícipe no gestor pasaba a ser gasto para el primero e ingreso para el segundo, al margen del impuesto al que quedarán sometidos cada uno de ellos, corrigiéndose así la situación de doble imposición.

Posteriormente, la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, retornaba a la situación inicial y volvía a calificar los resultados de las cuentas en participación como rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, si bien lo hizo tanto para el IRPF como para el IS, lo que permitía aplicar las deducciones para corregir la doble imposición en ambos impuestos (28).

La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, trajo consigo un nuevo punto de inflexión en el tratamiento tributario de los resultados de las cuentas en

(24) Artículo 14.b) de la Ley 61/1978.

(25) Artículo 174 de Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en concordancia con el artículo 125.b) de ese mismo Reglamento. No obstante, la doble imposición se corregía parcialmente al no poder aplicarse nunca la deducción del 100 %, sino únicamente la del 50 %. *Vid.* GULJARRO ZUBIZARRETA (1995).

(26) Así se deduce claramente de la redacción del artículo 17. Dos de la Ley 44/1978.

(27) Regulada en el artículo 29.g) de la Ley del impuesto.

(28) El artículo 31.Uno.1 de la Ley 18/1991 incluyó las rentas derivadas de las cuentas en participación entre los rendimientos del capital mobiliario procedentes de la participación en los fondos propios de entidades. Al mismo tiempo, la Disposición Adicional Sexta de esta Ley modificó el artículo 1.1. de la Ley 14/1985 para eliminar la mención expresa a las cuentas en participación contenida en este precepto, lo que suponía el retorno a la vigencia de la redacción original del artículo 14.b) de la Ley 61/1978. «Así, al no haber sido expresamente derogado por dicha Ley, (...), el artículo 14.b) de la Ley del IS, cobra de nuevo vida y con tal resurrección recobran el carácter de no deducible para el gestor las cantidades satisfechas al partícipe, y se asimilan al tratamiento previsto para el IRPF» –GULJARRO ZUBIZARRETA (1995)–.

participación. Por una parte, eliminó la calificación de la retribución satisfecha al partícipe no gestor como participación en beneficios, desapareciendo de la norma toda alusión expresa a las cuentas en participación. Al mismo tiempo, modificó la Ley 18/1991 del IRPF con el mismo objeto: los resultados de las cuentas en participación desaparecían de la categoría de rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, lo que eliminaba la posibilidad de aplicar la correspondiente deducción por doble imposición de dividendos. Se pasa, así, a una suerte de vacío normativo que ha perdurado hasta las actuales leyes reguladoras del IS y el IRPF.

3.2. Tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Es evidente que, con la modificación operada por la Ley 43/1995 en la normativa reguladora del IRPF, el legislador dejaba patente su intención de suprimir la consideración de los resultados derivados de estos contratos como rendimientos procedentes de la participación en beneficios. Sin embargo, la inexistencia de cualquier referencia a las cuentas en participación planteaba el interrogante de cuál pasaba a ser su calificación en este impuesto y, por ende, la categoría de renta bajo la que debían someterse a gravamen las rentas procedentes de las mismas (29).

La AN abordó esta cuestión en su sentencia de 17 de mayo de 2006, Sala de lo Contencioso, recurso n.º 837/2004. Para este tribunal, tanto de la regulación sustantiva del contrato de cuentas en participación, como de la regulación existente a la fecha de devengo del tributo en el asunto que se trataba (Ley 18/1991, modificada por la Ley 43/1995), el beneficio obtenido por el socio no gestor ha de considerarse como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios. El fundamento en el que se apoya la Sala para alcanzar esta conclusión, a mi juicio, admite poca discusión. «El contrato de cuentas en participación tiene la naturaleza de un contrato por el que el partícipe no gestor cede la utilización de un capital al gestor a cambio de una participación, en la proporción que se determine, en los resultados de la operación, por lo que el rendimiento que percibe el partícipe no gestor es la contraprestación derivada de la cesión a un tercero (gestor) de capitales propios (del no gestor). Circunstancia, esta última, que comporta la calificación del resultado de la cuenta en participación, para el socio no gestor, como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios» (30).

El silencio normativo en torno a las cuentas en participación que persiste en la actual ley reguladora del IRPF nos conduce a admitir la vigencia del anterior criterio jurisprudencial. Así lo ha hecho la DGT al considerar, apoyándose para ello en un argumento idéntico al expresado por la AN, que los resultados obtenidos por el partícipe no gestor deben ser calificados como rendimientos del capital mobiliario, dentro de la subcategoría de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios (artículo 25.2 de la Ley 35/2006) (31). La misma posición ha mantenido el centro consultivo en el supuesto en el que el cuenta-partícipe es una persona física no residente y media un con-

(29) En el caso de que la aportación realizada por el cuenta-partícipe fuera no dineraria, cabría la posibilidad de que se generara un incremento o disminución patrimonial sometido a gravamen en este impuesto. Para un análisis de esta cuestión, tanto en el IRPF, cuando el partícipe es una persona física, como en el IS, cuando no lo es, puede consultarse a NAVARRO FAURE (1993).

(30) La AN se ratificó posteriormente en esta misma opinión en sentencias de 4 de diciembre de 2007 y 14 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso n.º 474/2005. El mismo criterio ha sido adoptado por el TSJ del País Vasco en su sentencia de 7 de septiembre de 2010, antes citada.

(31) Consulta V2234-11.

venio de doble imposición internacional, al calificar la renta obtenida por aquel como intereses (32).

Podría suceder también que el contrato de cuentas en participación diera lugar a un resultado adverso para el partícipe no gestor, en cuyo caso, como ha manifestado la DGT (33), nos encontraríamos ante un rendimiento del capital mobiliario negativo (34). Este centro consultivo también ha analizado la situación en la que el partícipe no gestor transmite su derecho en el contrato a un tercero, quien se subroga en la posición de cuenta-partícipe a cambio del pago de un precio (35). Aunque los resultados del contrato de cuenta en participación no se obtienen en la forma inicialmente estipulada (en el caso de la consulta, tras la realización de una promoción inmobiliaria y posterior enajenación de los inmuebles), no pierden por ello su carácter de resultados procedentes de la cuenta en participación, por lo que su calificación ha de seguir siendo la de rendimientos del capital mobiliario derivados de la cesión a terceros de capitales propios (36). La cuantía del rendimiento, en este caso, vendría dada por la diferencia entre el importe percibido por el cuenta-partícipe por la transmisión de los derechos en el contrato de cuentas en participación y las cantidades que hubiese aportado en virtud de lo dispuesto en dicho contrato.

Cabría destacar, por último, que, como consecuencia de la calificación como rendimientos del capital mobiliario, el partícipe gestor del contrato de cuentas en participación deberá practicar retención sobre las rentas que abone al partícipe no gestor, persona física o jurídica, con arreglo a lo establecido en los artículos 75 y ss del Reglamento del IRPF (cuando el cuenta-partícipe sea una persona física) y en los artículos 60 y ss del Reglamento del IS (cuando el cuenta-partícipe sea contribuyente del IS), respectivamente (37).

3.3. Tributación en el Impuesto sobre Sociedades

Como después veremos, la ausencia de una regulación expresa de las cuentas en participación en el IS desde la Ley 43/1995, ligada a la estrecha conexión existente entre este tributo y la contabilidad, hacen necesario analizar el régimen contable de las cuentas en participación con carácter previo al estudio de su tributación.

3.3.1. Régimen contable

El Plan General de Contabilidad de 1990 (Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre) no contenía un régimen contable expreso de las cuentas en participación. Sí que se aludía a estos contratos, no obstante, en la parte tercera del plan, «definiciones y relaciones contables», de donde podía inferirse cuál debía ser su tratamiento contable. Sobre la base de esta regulación indirecta, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

(32) Consulta V3243-16, comentada por CARMONA FERNÁNDEZ (2016).

(33) Consultas V2210-13 y V1948-17.

(34) DÍAZ TOVAR (1989) y CLEMENTE CLEMENTE (2011), sin embargo, defienden la existencia de una pérdida de patrimonio en estos casos (artículo 33.1 de la Ley del IRPF).

(35) Consulta V2195-07.

(36) No debe olvidarse que, a tenor del artículo 25.2 de la Ley del IRPF, también son rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios los «derivados de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos». En el mismo sentido, LEÓN SANZ Y NAVARRO FAURE (2014).

(37) Consultas de la DGT V0069-11, V2234-11 y V2159-16.

(ICAC), en la Consulta 2 del BOICAC número 19 de 1994, estableció cómo debían contabilizarse los negocios en participación.

Según esta consulta, las aportaciones recibidas como consecuencia de una cuenta en participación deben ser consideradas como financiación ajena para quien las recibe, por lo que deberán registrarse en una cuenta de acreedores y aparecer entre las partidas de pasivo en el balance de la empresa. Por su parte, el cuenta-partícipe debe reflejar la aportación que realiza a favor del gestor como una partida deudora de su balance.

Este criterio de contabilización fue recogido de forma expresa en el Plan General de Contabilidad de 2007 (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre), ahora vigente, en su norma de registro y valoración «9ª. Instrumentos financieros» (NRV 9ª). La aportación que efectúa el partícipe no gestor se incluye como un activo financiero en el apartado «2.1. Préstamos y partidas a cobrar», mientras que la recepción de dicha aportación por el gestor se inserta como un pasivo financiero en el apartado «3.1. Débitos y partidas a pagar». En concordancia con este criterio, los beneficios o pérdidas del negocio que correspondan al partícipe no gestor tendrán la naturaleza de gasto o ingreso, respectivamente, para el gestor.

Por lo que respecta a su valoración en sede del partícipe gestor, el apartado «3.2.1. Valoración posterior» de la NRV 9ª señala que «las aportaciones recibidas como consecuencia de un contrato de cuentas en participación y similares, se valorarán al coste, incrementado o disminuido por el beneficio o la pérdida, respectivamente, que deba atribuirse a los partícipes no gestores». El apartado 2.1.2. de esta misma norma fija el mismo criterio de valoración para el partícipe no gestor, si bien incluyendo en este caso la posible existencia de correcciones valorativas por deterioro.

En cuanto al registro contable, la deuda que el gestor asume frente al cuenta-partícipe debe recogerse en la cuenta «419. Acreedores por operaciones en común», mientras que los beneficios o pérdidas que deben atribuirse al partícipe no gestor han de registrarse, respectivamente, en las cuentas «6510. Beneficio transferido» y «7510. Pérdida transferida». En lo que atañe al cuenta-partícipe, el derecho de crédito que ostenta frente al gestor por la aportación realizada debe reflejarse en la cuenta «449. Deudores por operaciones en común», siendo las cuentas «6511. Pérdida soportada» y «7511. Beneficio atribuido» las que recogen los resultados negativos o positivos, respectivamente, que le corresponden.

Dada la crucial repercusión que este régimen contable tiene en la tributación de las cuentas en participación en el IS, considero conveniente utilizar el siguiente ejemplo numérico para su mejor comprensión y análisis.

Ejemplo

Las sociedades X e Y firman un contrato de cuentas en participación, en virtud del cual Y entrega a X un importe de 1.000 para financiar el negocio que gestionará X. Una vez finalizado el negocio, los resultados, tanto positivos como negativos, se asignarán en un 60 % a X y en un 40 % a Y. La pérdida máxima que asume Y es de 1.000 (es decir, limita su pérdida a la aportación realizada).

Tras la finalización del negocio, el resultado efectivamente obtenido ha sido:

- Supuesto 1: – 600 (pérdida).
- Supuesto 2: 3.000 (beneficio).

Contabilidad de X en el supuesto 1.

En el momento en el que firma el contrato y recibe la aportación de 1.000, la entidad X debe realizar el siguiente asiento contable.

Número	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos	1.000	
419	Acreedores por operaciones en común		1.000

Cuando finaliza el negocio, bajo el supuesto 1, Y debe asumir una pérdida de 240 (40 % de 600), por lo que X deberá devolver 760 a Y (1.000 – 240). La minoración de la deuda que X tiene con Y supone, al mismo tiempo, un ingreso para X. El asiento contable a realizar es el siguiente:

Número	Cuenta	Debe	Haber
419	Acreedores por operaciones en común	240	
7510	Pérdida transferida		240

Cuando X devuelve a Y la aportación (reducida en la pérdida atribuida a Y):

Número	Cuenta	Debe	Haber
419	Acreedores por operaciones en común	760	
572	Bancos		760

Antes de atribuir la pérdida a Y, la cuenta de resultados de X recogerá una pérdida neta de –600 (diferencia entre los ingresos y los gastos que ha generado el negocio). Tras la atribución, el resultado contable de X pasará a ser de –360 (-600 + 240), equivalente a la parte de la pérdida del negocio que a ella le corresponde (60 % de 600).

Contabilidad de X en el supuesto 2.

La diferencia que plantea el supuesto 2 respecto al supuesto 1 afecta únicamente al resultado del negocio (beneficios en lugar de pérdidas), por lo que la contabilización de la aportación recibida en este segundo escenario es la misma que en el anterior.

En cuanto a los resultados, ahora a Y le corresponde una ganancia de 1.200 (40 % de 3.000), por lo que X deberá devolver 2.200 a Y (1.000 + 1.200). La ganancia asumida por Y constituye un gasto para X.

Cuando se atribuye el resultado positivo a Y, la entidad X debe incrementar su deuda con Y en el importe del beneficio que a ella corresponde. Dicho incremento de deuda supone un gasto para X. El asiento contable a realizar es el siguiente:

Número	Cuenta	Debe	Haber
419	Acreedores por operaciones en común		1.200
6510	Beneficio transferido	1.200	

Cuando X devuelve a Y la aportación (incrementada en la ganancia atribuida a Y):

Número	Cuenta	Debe	Haber
419	Acreedores por operaciones en común	2.200	
572	Bancos		2.200

Antes de atribuir el beneficio a Y, la cuenta de resultados de X recogerá un beneficio neto de 3.000 (diferencia entre los ingresos y los gastos que ha generado el negocio). Tras la atribución, el resultado contable final de X será de 1.800 ($3.000 - 1.200$), equivalente a la parte del beneficio del negocio que a X le corresponde (60 % de 3.000).

Contabilidad de Y en el supuesto 1.

En el momento en el que firma el contrato y entrega la aportación de 1.000, la entidad Y debe realizar el siguiente asiento contable:

Número	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos		1.000
449	Deudores por operaciones en común	1.000	

En el momento en el que finaliza el negocio, bajo el supuesto 1, Y debe asumir una pérdida de 240 (40 % de 600), por lo que X deberá devolver 760 a dicha entidad ($1.000 - 240$). La pérdida asumida por Y constituye un gasto para X.

Cuando se atribuye el resultado negativo a Y, esta entidad debe reducir su derecho de crédito frente a X en el importe de la pérdida que se le ha atribuido. Al mismo tiempo, debe reflejar el gasto contable que origina dicha pérdida. El asiento contable a realizar es el siguiente:

Número	Cuenta	Debe	Haber
449	Deudores por operaciones en común		240
6511	Pérdida soportada	240	

Cuando X devuelve a Y la aportación (reducida en la pérdida atribuida a Y):

Número	Cuenta	Debe	Haber
449	Deudores por operaciones en común		760
572	Bancos	760	

Contabilidad de Y en el supuesto 2.

La contabilización que debe efectuar Y por la aportación realizada en el supuesto 2 es la misma que en el supuesto 1. En cuanto a los resultados, ahora a Y le corresponde una ganancia de 1.200 (40 % de 3.000), por lo que X deberá devolverle 2.200 (1.000 + 1.200). La ganancia asumida por Y constituye un ingreso para dicha entidad.

Cuando se atribuye el resultado positivo a Y, esta entidad debe incrementar su derecho de crédito frente a X en el importe del beneficio que se le atribuye. Al mismo tiempo, debe reflejar el ingreso contable a que da lugar dicho beneficio. El asiento contable a realizar es el siguiente:

Número	Cuenta	Debe	Haber
449	Deudores por operaciones en común		
572	Bancos	 760	

Cuando X devuelve a Y la aportación (incrementada en la ganancia atribuida a Y):

Número	Cuenta	Debe	Haber
449	Deudores por operaciones en común	1.000 	
751 	Beneficio atribuido 		1.200 

3.3.2. Régimen fiscal

Dado que la Ley del IS no contiene ningún precepto relativo a las cuentas en participación, las rentas positivas o negativas derivadas del negocio en participación deberán determinarse, sobre la base de lo dispuesto en su artículo 10.3, de acuerdo con lo esta-

blecido en la normativa mercantil. La AN ya apuntó esta conclusión bajo la vigencia de la Ley 43/1995 (38), mientras que la DGT lo ha hecho tanto con el texto refundido de 2004 (RDL 4/2004, de 5 de marzo) como con la Ley actualmente en vigor (Ley 27/2014, de 27 de noviembre) (39).

Teniendo en cuenta el tratamiento contable de las cuentas en participación analizado en el apartado anterior y la remisión que a él hace la norma fiscal, los aspectos fundamentales de su tributación en el IS serían los que expongo a continuación.

a) Aportación del partícipe no gestor

Es indiscutible que la aportación que realiza el partícipe no gestor a favor del gestor no representa, en sí misma, un gasto para el primero ni un ingreso para el segundo. Como tempranamente manifestó la DGT, en su consulta general 0079-97, «el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en respuesta a una consulta relativa a la forma de contabilización de la aportación entregada como consecuencia de un contrato de cuentas en participación, señala que «para su registro contable se podrán emplear las cuentas 419.Acreedores por operaciones en común, y 449.Deudores por operaciones en común, con el desglose necesario...» de donde se deduce que dicha aportación no representa ni ingreso ni gasto para ninguno de los partícipes, teniendo a efectos del Impuesto que nos ocupa la misma consideración que a efectos contables». El mismo criterio ha mantenido el centro consultivo bajo la vigencia de la actual ley del impuesto (40).

En definitiva, la aportación tiene la consideración de un derecho de crédito para el cuenta-partícipe y de una obligación para el gestor, por lo que no afecta a la cuenta de resultados ni, por ende, a la base imponible del impuesto.

b) Resultado atribuido al partícipe no gestor

Ante la ausencia de previsión normativa al respecto, la consideración del beneficio atribuido al cuenta-partícipe como gasto contable para el partícipe gestor da lugar a su deducibilidad fiscal como gasto. Así se han pronunciado, en el plano jurisprudencial, la AN en su sentencia de 2 de octubre de 2008 y el TSJ del País Vasco en su sentencia de 7 de septiembre de 2010, antes citadas. En concreto, ambos tribunales apostillaban que «el Plan General de Contabilidad y las resoluciones dictadas por el ICAC establecen que la retribución de los socios no gestores es gasto fiscalmente deducible de los resultados de la cuenta del socio gestor».

La DGT, por su parte, se ha pronunciado en el mismo sentido en repetidas ocasiones. A título de ejemplo, en la consulta vinculante V0069-11 la Dirección General concluía que, «a efectos contables, el partícipe gestor contabilizará como gasto el beneficio que corresponda a los partícipes no gestores en los términos señalados en el Plan General de Contabilidad, por lo que, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, la retribución que la

(38) Sentencia de 2 de octubre de 2008, antes citada: «Se ha de señalar que, a partir de la vigencia de esta Ley [la 43/1995], los resultados de las cuentas en participación no dan derecho a practicar la deducción por doble imposición en el partícipe no gestor, por lo que, al no tributar los resultados obtenidos en el partícipe gestor, la fiscalidad de estos resultados coincide con el resultado contable, favorable o no».

(39) Entre otras, consultas V1602-06 y V0069-11 por lo que se refiere al RDL 4/2004, y V2159-16 y V3861-16 en lo que respecta a la Ley 27/2014.

(40) *Vid.* nota a pie anterior.

entidad consultante, como partícipe gestor, transfiera al partícipe no gestor, tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible en el ejercicio de su devengo» (41). Al mismo tiempo, como es evidente, el beneficio atribuido al cuenta-partícipe será un ingreso imputable en la base imponible del impuesto correspondiente a este último (42).

La proyección al plano fiscal de la norma contable alcanza también a la atribución de pérdidas al partícipe no gestor. En estas circunstancias, la referida atribución tendrá la naturaleza contable y fiscal de ingreso para el gestor y de gasto para el cuenta-partícipe.

c) Limitación en la deducción de gastos financieros

Uno de los aspectos controvertidos del régimen de tributación en el IS de los contratos de cuentas en participación es el relativo a la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros que establece el artículo 16 de la ley del impuesto (43). La duda que se plantea en relación con esta limitación es si los gastos por el beneficio atribuido al partícipe no gestor tienen la consideración de gastos financieros y, en consecuencia, si deben someterse a dicha limitación. Para LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES (2018), la participación del cuenta-partícipe en las operaciones del partícipe gestor constituye una forma de financiación a este último, por lo que los resultados positivos y negativos que corresponden al partícipe no gestor deben asimilarse, desde un punto de vista fiscal, a ingresos y gastos financieros, tanto en sede del partícipe gestor como en sede del partícipe no gestor, debiendo incluirse en la limitación de la deducibilidad. Además, por este mismo motivo, esos resultados no deben formar parte del beneficio operativo, ya que éste no debe incluir componentes de tipo financiero.

En mi opinión, sin embargo, la ausencia de una definición legal del concepto «gastos financieros» en la Ley del IS debe llevarnos, en línea con lo dispuesto en el artículo 10.3 de esta norma, a la regulación contable de las cuentas en participación (no olvidemos que el artículo 16 se sitúa dentro del Título IV de la Ley 27/2014, dedicado a la regulación de la base imponible del impuesto). En el ámbito contable, como hemos visto más arriba, los gastos por beneficios atribuidos al partícipe no gestor (cuando el resultado del negocio es positivo) deben reflejarse en la cuenta «6510. Beneficio transferido», mientras que los ingresos por las pérdidas atribuidas al mismo (cuando el resultado del negocio es negativo) deben incluirse en la cuenta «7510. Pérdidas transferidas».

Por otro lado, de acuerdo con el apartado II (Modelos normales de cuentas anuales) de la Tercera Parte (Cuentas Anuales) del Plan General de Contabilidad, la cuenta 6510 no se incluye en el apartado «13. Gastos financieros», sino en el apartado «7. Otros gastos de explotación» (en particular, en la letra «d) Otros gastos de gestión corriente»). Y lo mismo sucede con la cuenta 7510, que no aparece en el apartado «12. Ingresos financieros», sino en el apartado «5. Otros ingresos de explotación» (y, más concretamente, en la letra «a) Ingresos accesorios y otros de gestión corriente»). Desde la perspectiva del partícipe no gestor, las cuentas 6511 y 7511 tienen el mismo tratamiento contable que sus homólogas 6510 y 7510.

(41) En iguales términos, véanse las consultas V1602-06 y V0660-07.

(42) Como ha señalado NAVARRO FAURE (1998), también es obvio que estos ingresos no dan derecho a la deducción por doble posición de beneficios (exención con la normativa del IS actualmente vigente).

(43) Una situación similar se plantea en el caso de los préstamos participativos. *Vid.* CALVO VÉRGEZ (2015).

En conclusión, la normativa contable considera que los gastos e ingresos que derivan de las cuentas en participación son resultados de explotación y no resultados financieros, tanto para el gestor como para el cuenta-partícipe. Por consiguiente, los gastos deberían quedar excluidos del ámbito de aplicación de la limitación contenida en el artículo 16 de la Ley del IS, y, adicionalmente, tanto los gastos como los ingresos habrían de formar parte del beneficio operativo.

4. RÉGIMEN FISCAL EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA

4.1. Tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido

En relación con la tributación de las cuentas en participación en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), podemos destacar, en primer lugar, que, a raíz de su naturaleza jurídica, con la firma del contrato no nace un nuevo sujeto pasivo del IVA, ya que no existe una explotación económica en común, con sustantividad propia y autónoma. El negocio sobre el que pivota la cuenta en participación, al que el cuenta-partícipe aporta financiación y de cuyos resultados participa, sigue llevándose a cabo íntegramente por el partícipe gestor como único titular jurídico de los bienes y derechos integrantes del mismo. El partícipe gestor es el único titular del negocio en cuestión y, por ende, el único sujeto pasivo del impuesto. Este ha sido el criterio manifestado por la DGT en diversas ocasiones (44).

Por otro lado, como atinadamente ha señalado la DGT, las cantidades en efectivo que se perciban como contraprestación o pago por la aportación de un capital a una cuenta en participación con otra persona  están sujetas al IVA a tenor de lo dispuesto en artículo 7.12º de la Ley del IVA (45). Asimismo, la liquidación al partícipe no gestor de su cuenta de  liquidación, en cuanto dicha liquidación no suponga entrega de bienes o prestación de servicios alguna, sino únicamente el reparto de los resultados en efectivo conforme a lo previsto en el contrato de cuenta en participación, tampoco supone la existencia de ninguna operación sujeta al impuesto (46).

En definitiva, podemos concluir que, siempre que la aportación del cuenta-partícipe y la posterior liquidación de la cuenta en participación se efectúen en efectivo, la firma de este tipo de contratos no tendrá ningún efecto en el ámbito del IVA.

4.2. Tributación en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

4.2.1. Operaciones Societarias

a) Sujeción

En virtud del artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyADJ), el contrato de cuentas en participación se equipara a las sociedades a los efectos de su tributación en la modalidad

(44) Consultas vinculantes V1596-05 y V2255-13, entre otras.

(45) Artículo 7. Operaciones no sujetas al impuesto. «No estarán sujetas al impuesto: (...) 12.º Las entregas de dinero a título de contraprestación o pago».

(46) Consulta general 0451-01 y consulta vinculante V2255-13.

de Operaciones Societarias (OS) (47). Por su parte, el artículo 55.2 del Reglamento del impuesto (Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo) añade que la equiparación alcanzará a todos aquellos supuestos de operaciones societarias sujetas a imposición que puedan asimilarse a las peculiaridades del régimen jurídico de las cuentas en participación. Surgen, sin embargo, algunas dudas a la hora de delimitar con precisión la asimilación del contrato de cuentas en participación a las operaciones societarias sometidas a tributación.

El artículo 62 del Reglamento del ITPyAJD, en el que se desarrolla el concepto de contribuyente del impuesto en su modalidad de OS, cita expresamente dos supuestos de asimilación. Por una parte, la constitución del contrato de cuentas en participación, que se equipara a la constitución de una sociedad, en la que el contribuyente es el socio gestor. Por otra, la extinción del contrato, equivalente a la liquidación de una sociedad, donde el contribuyente pasa a ser el partícipe no gestor.

La DGT, a mi parecer con buen criterio, ha añadido otros dos supuestos de asimilación. El primero hace referencia a aquellos casos en los que, tras la formalización del contrato, el partícipe no gestor realiza nuevas aportaciones al negocio o se adhieren nuevos cuenta-partícipes al contrato. En ambos casos, «las aportaciones posteriores que efectúen los cuenta-partícipes (tanto los que, en su caso, se incorporen, como los iniciales) estarán sujetas a la modalidad de OS del ITPyAJD, según las circunstancias, bien como si se tratara del aumento de capital de una sociedad, bien como si fueran aportaciones de los socios que no supongan un aumento del capital social» (48).

El segundo supuesto de asimilación añadido por la DGT viene dado por la situación inversa a la anterior. Se trata de aquellas operaciones de retirada parcial de fondos del contrato de cuentas en participación sin que se llegue a su liquidación o cancelación, que estarán plenamente sujetas a la modalidad de OS del ITPyAJD por el concepto de disminución de capital.

Evidentemente, la equiparación de las cuentas en participación a las sociedades, a la que alude el artículo 22 de la Ley del ITPyAJD, debe extenderse al instituto de la exención; y, más en concreto, a los supuestos recogidos en el artículo 45.I.B).11 (49). De esta manera, tanto la formalización del contrato, como las nuevas aportaciones que los cuenta-partícipes realicen al negocio *a posteriori*, quedarían exentas de tributación (50). No debe olvidarse, sin embargo, que la exención no exime de la obligación de declarar las operaciones sujetas a tributación.

b) Base imponible

Por lo que respecta a la base imponible del impuesto, el artículo 64.6 del Reglamento contiene una regla especial según la cual «la constitución del contrato de cuentas en participación tributará sobre la base de la parte de capital en que se hubiera convenido que

(47) LEÓN SANZ y NAVARRO FAURE (2014) subrayan la incongruencia existente entre la asimilación de las cuentas en participación a la sociedad a efectos del ITPyAJD y el tratamiento que se otorga a este mismo contrato en otros impuestos.

(48) Consulta V2234-11. En el mismo sentido, la consulta 0079-04.

(49) «La constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea».

(50) Así lo ha señalado la DGT en sus consultas V2234-11 y V0315-12.

el comerciante participe de los resultados prósperos o adversos de las operaciones de otros comerciantes». Se trata, como puede observarse a simple vista, de una redacción poca afortunada, en la que la expresión «capital en que se hubiera convenido que el comerciante participe de los resultados» adolece de cierta confusión. En mi opinión, si acudimos a la equivalencia existente entre la formalización del contrato de cuentas en participación y la constitución de una sociedad, la base imponible debería ser igual al valor de la aportación realizada por el partícipe no gestor. En cualquier caso, tras la inclusión de la exención de las operaciones de constitución de sociedades en el artículo 45 de la Ley del impuesto, la regla especial del artículo 64.6 ha quedado vacía de contenido, y con ella cualquier controversia que pueda suscitarse sobre la misma (51).

En cuanto a la liquidación del contrato de cuentas en participación, ni la Ley del impuesto ni su Reglamento establecen regla especial alguna para la determinación de la base imponible. De nuevo, la equivalencia entre esta operación y la de disolución de una sociedad debe conducirnos a la aplicación de la regla general contenida en el apartado 5 del artículo 25 de la Ley del ITPyAJD en virtud del cual, la base imponible de la liquidación del contrato coincidirá con el valor real de los bienes y derechos entregados al partícipe no gestor, sin deducción de gastos y deudas (52). Por idéntica razón, también debe aplicarse esta regla a las operaciones de retirada parcial de fondos del contrato de cuentas en participación.

c) Supuestos particulares

El principio de libertad de pactos que rige para los contratos de cuentas en participación da lugar a que, en la práctica del tráfico jurídico, nos podamos encontrar con circunstancias o casos particulares cuyo tratamiento en la modalidad de OS del ITPyAJD presenta algunos interrogantes.

En la consulta 0706-02 se planteaba el caso de una sociedad que pretendía convertir un contrato de cuentas en participación (del que él era partícipe gestor) en capital, entregando al acreedor del contrato (partícipe no gestor) las participaciones sociales resultantes de una simultánea ampliación de capital. En su contestación, la DGT rechaza que esta operación pueda asimilarse a un supuesto de transformación societaria. Dado que los contratos de cuentas en participación no pueden ser calificados de sociedades, su capitalización no puede considerarse como un supuesto de transformación de una sociedad y, por ello, no puede quedar excluida de tributación en la modalidad de OS en virtud del artículo 19.2.3º de la Ley del impuesto (53), «constituyendo una operación sujeta a la misma por el concepto ampliación de capital».

Aunque esta cuestión carezca de interés práctico en la actualidad como consecuencia de la exención de las ampliaciones de capital, no comparto el criterio manifestado por la DGT sobre la misma. La equiparación de los contratos de cuentas en participación a las sociedades que realiza el artículo 22 de la Ley del ITPyAJD no tiene efectos parciales o limitados a aspectos concretos del tributo. La equiparación se realiza «a los efectos de

(51) Esta exención fue incluida en la Ley de ITPyAJD por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, con entrada en vigor el 3 de diciembre de 2010.

(52) La DGT se ha manifestado en el mismo sentido en su consulta 0061-04.

(53) «2. No estarán sujetas: (...) 3.º La modificación de la escritura de constitución o de los estatutos de una sociedad y, en particular, el cambio del objeto social, la transformación o la prórroga del plazo de duración de una sociedad.

este Impuesto», de modo que sus efectos se extienden sobre cualquiera de sus elementos. Al contrario de lo que señala la DGT, por tanto, el contrato de cuentas en participación sí que puede calificarse como una sociedad a los efectos del impuesto, y, en consecuencia, su capitalización sí que puede considerarse como un supuesto de transformación, lo que daría lugar a su no sujeción a tributación.

Más atinada me parece la valoración que hace la DGT sobre los efectos tributarios de la liquidación del contrato de cuentas en participación que se produce con ocasión de su capitalización. Si bien, en un principio, cabe plantearse su asimilación a un supuesto de liquidación societaria, lo que determinaría su sujeción al impuesto, el centro consultivo rechaza dicha sujeción porque la liquidación del contrato en ningún caso supone la devolución de bienes o derechos a los socios, y por tal motivo no existe base imponible sobre la que girar el correspondiente tipo impositivo. Aun sin citarlo expresamente, la DGT aplica el criterio jurisprudencial del TS, según el cual, para que exista sujeción a la modalidad de OS del ITPyAJD es necesario que exista desplazamiento patrimonial (54). Y dicho desplazamiento no concurre en la capitalización de un contrato de cuentas en participación.

Esta misma doctrina debe aplicarse para resolver aquellos casos en los que el partícipe gestor, además de su trabajo, asigna recursos económicos de su patrimonio a la consecución del fin común sobre el que pivota el contrato de cuentas en participación. Tal asignación constituye una operación interna que no conlleva desplazamiento patrimonial alguno, por lo que carece de transcendencia tributaria en este impuesto (55).

Un tercer supuesto particular es el de la novación del contrato inicialmente suscrito, consistente en la modificación del fin común que ha de perseguir el partícipe gestor y en el que se interesa el cuenta-partícipe. En la consulta 0079-04, la entidad consultante había formalizado un contrato de cuentas en participación con un tercero, por el que este último había aportado una cantidad de dinero a la entidad a cambio de su participación en la promoción de un edificio que llevaría a cabo la consultante. Con posterioridad, ambas partes modificaron de mutuo acuerdo el contrato suscrito, fijando como objeto de la participación la promoción de otro edificio en lugar del convenido originalmente, sin que se alterara la cuantía de la aportación inicialmente realizada. En la medida en que no se producen aumentos ni disminuciones en la parte del capital aportado por el cuenta-partícipe, ni la liquidación del contrato de cuenta en participación (o lo que es lo mismo, ante la ausencia de desplazamiento patrimonial), debemos concluir la ausencia de sujeción a la modalidad de OS del ITPyAJD.

4.2.2. *Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados*

La incompatibilidad entre las modalidades Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) y OS que establece el artículo 1.2 de la Ley del ITPyAJD, así como la primacía de

(54) Criterio fijado en su sentencia de 3 de noviembre de 1997, Sala de lo Contencioso, recurso nº. 532/1995, en cuyo fundamento jurídico Cuarto el alto tribunal señalaba que «si bien el legislador ha definido como operación societaria sujeta el Impuesto la disminución de capital, no todas las reducciones de capital dan lugar u originan tributación por el concepto de operaciones societarias, sino sólo aquéllas que llevan consigo un traslado o desplazamiento patrimonial». Y, en el fundamento jurídico Quinto de la misma sentencia, insistía «en la disminución y reducción del capital y en la disolución de la sociedad el hecho imponible, en concepto de operaciones societarias, no es el acto formal del acuerdo de disolución, sino el consecuente desplazamiento patrimonial de la sociedad a los socios (aunque en aquél suele estar, ya, implícito éste)».

(55) La DGT llega a la misma conclusión en su consulta 0061-04.

la modalidad OS sobre TPO derivada del principio de especialidad legal (56), debe ser también de aplicación a las cuentas en participación, donde la incompatibilidad cobra especial relevancia en aquellos supuestos en los que las aportaciones realizadas por el cuenta-partícipe (o las retribuciones satisfechas al mismo) son de naturaleza no dineraria (por ejemplo, se materializan en la entrega de un inmueble). En tal caso, no existiría sujeción a la modalidad TPO, aun cuando se aplica la exención de OS (57).

Cuando el contrato de cuentas en participación se formalice en escritura pública, dicha escritura estará sujeta a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados (AJD) por la cuota tributaria del artículo 31.1 de la Ley del impuesto (cuota fija por pliego o folio). Sin embargo, en ningún caso será de aplicación el gravamen por cuota variable del artículo 31.2 (58), por expresa incompatibilidad establecida en ese mismo precepto.

5. CONCLUSIONES

El contrato de cuentas en participación ha sido objeto de una parca atención por parte del derecho tributario. El legislador fiscal, además, ha seguido un criterio vacilante a lo largo del tiempo, sobre todo en el ámbito de la imposición directa, donde el régimen tributario de las cuentas en participación se ha visto sometido a continuos vaivenes. Todas estas circunstancias han dado lugar a la presencia de numerosos claroscuros en su tratamiento fiscal, que han tenido que ser resueltos por la jurisprudencia y la doctrina sobre la base de la naturaleza mercantil de esta figura contractual.

La ausencia de personalidad jurídica y la inexistencia de un fondo o patrimonio común independiente del privativo de quienes intervienen en el contrato impiden la consideración de las cuentas en participación como contribuyente tributario, por lo que la fiscalidad de este instituto pivota sobre los efectos fiscales que el contrato tiene sobre quienes lo suscriben: gestor y cuenta-partícipe. Esta regla general presenta, sin embargo, una excepción en la modalidad de OS del ITPyAJD, donde, de forma incongruente con la índole mercantil del contrato, las cuentas en participación se equiparan a las sociedades.

En la imposición directa, la regulación normativa ha oscilado, en esencia, entre asimilar las cuentas en participación con la aportación de fondos propios (por parte del cuenta-partícipe a favor del gestor) o, alternativamente, considerar dicha aportación como una cesión de capitales propios. En el primer caso, la retribución satisfecha al partícipe no gestor sería semejante al dividendo, mientras que en el segundo supuesto se equipararía a los intereses procedentes de un préstamo, con las consecuentes diferencias en el esquema de ingreso imputable y gasto deducible en la imposición del cuenta-partícipe y del gestor.

Tras diversos cambios de posicionamiento, el legislador tributario acabó optando, inexplicablemente, por el silencio normativo. Con la Ley 43/1995 desapareció toda alusión expresa a las cuentas en participación tanto en el IS como en el IRPF, dando lugar a una

(56) Así lo ha manifestado la DGT, entre otras, en las consultas 2086-00; 2757-03 y V1708-09.

(57) No parece ser de la misma opinión DOMÍNGUEZ MENA (2007) cuando, al hilo de un supuesto de aportación de un inmueble, indica que, «por virtud de este contrato, el gestor, que es quien adquiere el inmueble, ha de satisfacer dos impuestos, uno por la adquisición (Transmisiones Patrimoniales) y otro por el contrato en sí (Operaciones Societarias)».

(58) De aplicación a «las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles (...)».

suerte de vacío legal que ha perdurado hasta la actualidad. La ausencia de regulación expresa ha activado la cláusula de remisión automática del IS a la reglamentación contable, en cuyo seno, de acuerdo con el criterio manifestado por el ICAC, las cuentas en participación son consideradas como un instrumento de financiación ajena. La jurisprudencia y la doctrina administrativa, más sobre el principio de coherencia tributaria que con base en la regulación legal, han extendido esta conclusión al IRPF, de manera que la retribución percibida por el cuenta-partícipe se califica como rendimiento del capital mobiliario procedente de la cesión a terceros de capitales propios.

La derivación de la controversia tributaria al ámbito contable-mercantil, sin embargo, ha dejado algunas dudas sin resolver, como la aplicación de la limitación de la deducción de los gastos financieros del artículo 16 de la Ley del IS o la inclusión de las retribuciones satisfechas al cuenta-partícipe en el concepto tributario de beneficio operativo. Si bien comparto la solución que la normativa contable ha dado a esta cuestión, considero que la especial complejidad jurídico mercantil de las cuentas en participación hace precisa una regulación expresa de su régimen tributario, que resuelva adecuadamente la integración entre IS e IRPF y dé solución expresa a los interrogantes existentes. También cabría replantearse el tratamiento que este contrato recibe en la modalidad de OS del ITPyAJD, donde su equiparación con las sociedades choca frontalmente con su naturaleza jurídica y es incoherente con la regulación a la que se somete en el resto de nuestro sistema tributario.

BIBLIOGRAFÍA

- BAZ Y BAZ, M. (1992): «El contrato de cuentas en participación y sus implicaciones fiscales», *Revista Impuestos*, Tomo II.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2009): «La nueva limitación a la deducción de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: algunas consideraciones a la luz de la reforma fiscal», *Actum Fiscal*, nº 95.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. (2016): «Tributación de las rentas derivadas de cuentas en participación mediando convenio», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, nº 21.
- CLEMENTE CLEMENTE, V. (2011): «El contrato de cuenta en participación: renacimiento de una vieja institución», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9.
- DÍAZ TOVAR (1989): «Imposición directa de las cuentas en participación», *Carta Tributaria. Monografías*, nº 95.
- DOMÍNGUEZ MENA, A. (2007): «Cuentas en participación en negocios inmobiliarios», *El Notario del Siglo XXI*, nº 11. Disponible en <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-11?id=2609:cuentas-en-participacion-en-negocios-inmobiliarios-0-10346443774501275>.
- GUIJARRO ZUBIZARRETA, F. (1995): «Las cuentas en participación en el Impuesto sobre Sociedades», *Revista Impuestos*, Tomo II.
- LEÓN SANZ, F. J. y NAVARRO FAURE, A. (2014): «Las cuentas en participación». En Yzquierdo Tolsada, M.; Almudí Cid, J. M. y Martínez Lago, M. A. (coordinadores): *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Vol. 6: Contratos de estructura asociativa o comunitaria*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra.
- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. (2018): *Memento práctico Francis Lefebvre. Impuesto sobre Sociedades*, Lefebvre– El Derecho, Madrid.

- MARTÍNEZ BALMASEDA, A. (2015): «La atipicidad y las cuentas en participación», *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 44.
- NAVARRO FAURE, A. (1993): «El régimen jurídico-tributario de las cuentas en participación», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, n° 77.
- NAVARRO FAURE, A. (1997): «Régimen jurídico-tributario de los préstamos participativos», en VV.AA.: *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, Valladolid.
- NAVARRO FAURE, A. (1998): «Los préstamos participativos en España: un ejemplo de las consecuencias jurídico-tributarias de la infracapitalización de las empresas», en VV.AA.: *XIX Jornadas del Instituto Latino Americano de Derecho Tributario*, Lisboa.
- OLIVER COJO, M. (2014): «Arbitraje y financiación procesal parciaria (third-party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés», *La Ley Mercantil*, n° 8.
- SERRA MALLOL, A. J. (1991): *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, Tecnos, Madrid.