

Tratamiento fiscal del contrato de cuentas en participación ante el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales

El Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales asimila fiscalmente la cuenta en participación a las sociedades a efectos tributarios. Ello plantea en algunos supuestos concretos dificultades de adaptación de una a otra figura, puesto que la similitud es un tanto forzada, ya que en la cuenta en participación el gestor puede ser una sociedad o una persona física. Sin embargo, en las normas del Texto Refundido se soslaya la dificultad por el sencillo procedimiento de considerar como sociedad al gestor de la cuenta en participación. Conviene resaltar este detalle porque, a nuestro modo de ver, la similitud fiscal entre la cuenta en participación y la sociedad presenta a veces perfiles muy rebeldes.

El Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones en el artículo 57 contiene esta esquemática disposición: «A efectos de este Impuesto tendrán la consideración de sociedades los contratos de cuentas en participación».

Esta alusión tan somera significa que tenemos que integrar este artículo 57 en el sentido de aplicar a las cuentas en participación los preceptos referentes a sociedades de la forma más factible. Por ello tendremos que examinar los supuestos de actos sujetos, los tipos de la tarifas aplicables y la base imponible.

1.º En cuanto al hecho imponible, nos dice el artículo 54 del Texto Refundido que están sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales los siguientes conceptos:

a) La constitución de sociedades.

En este supuesto la similitud fiscal no plantea ningún problema, por lo que, tratándose de las cuentas en participación, el acto sujeto estará constituido por el contrato en virtud del cual las partes establezcan las respectivas obligaciones que modalizan este especial convenio.

b) El aumento de capital de las sociedades.

El correlativo acto sujeto estará constituido por el pacto en virtud del cual el partícipe convenga en incrementar su participación en el negocio del gestor.

c) La disminución del capital de las sociedades.

Es también un acto jurídico perfectamente transparente en su significado; implicará que el asociado convendrá con el titular del negocio en restringir la cuantía de su participación, percibiendo, en consecuencia, parte de la suma inicialmente aportada (salvo que la disminución venga impuesta por los resultados adversos de la explotación mercantil).

d) La prórroga de las sociedades.

La prórroga se hace tributar porque en alguna medida, concluido el plazo inicialmente previsto, su alargamiento viene a significar una especie de nueva constitución de la cuenta en participación.

e) La modificación de sociedades.

Las modificaciones tanto pueden ser cuantitativas como cualitativas. Tratándose de la cuenta en participación es difícil presentar un supuesto de modificación que no pueda subsumirse en cualquiera otro de los conceptos sujetos que venimos examinando. Porque si la modificación es cuantitativa se traducirá en un aumento o en una disminución de capital. Y si la modificación es cualitativa vendrá representada por una prórroga del plazo de duración. Tratándose de sociedades, el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales se refiere como concepto autónomo a la modificación de la sociedad por separación de alguno de los socios. Esto también podría acontecer en los supuestos en que la cuenta en participación haya significado la presencia de multitud de asociados que ponen dinero a disposición de las operaciones mercantiles que realiza el asociante. Pero si la cuenta en participación es de ámbito limitado, de tal forma que sólo intervienen en ella dos personas, no podría darse el supuesto autónomo de separación del asociado, porque ello significaría una forma de extinción de la cuenta que daría lugar a disolución de la misma, lo que constituye un supuesto autónomo dentro de los mencionados en el propio artículo 54.

f) La transformación de las sociedades.

El Reglamento del Impuesto de Derechos Reales considera como supuestos tributables por el concepto de transformación el cambio de naturaleza, o de forma de la sociedad, o la variación de objeto, o la ampliación del mismo.

Lógicamente no puede tener cabida en el contrato que examinamos la transformación por cambio de naturaleza o de forma. Este tipo de transformación tiene perfecta aplicación cuando existe personalidad jurídica propia, distinta de la de los socios, y entonces el ente social puede realizar determinada mutación, como, por ejemplo, cuando una sociedad anónima se convierte en sociedad de responsabilidad limitada o cuando una sociedad colectiva se trueca en sociedad comanditaria. Pero estos supuestos, por la propia configuración de la cuenta en participación son inaplicables al contrato que estamos analizando.

Por ello cabría tributar bajo la fórmula de la transformación en los supuestos de variación de objeto o ampliación del mismo con respecto del tipo de operaciones mercantiles o al que viniera dedicándose el participante o complementario.

g) La disolución de sociedades.

Bajo este supuesto habrá que incluir los casos de extinción del contrato de cuentas en participación (mutuo acuerdo, transcurso del tiempo prefijado, conclusión de la empresa, que constituye su objeto, muerte o incapacitación del gestor).

2.º Base imponible.

Dispone el artículo 70 del Texto Refundido que servirá de base imponible en la constitución y aumento de capital de las sociedades el valor de los bienes y derechos aportados por los socios, estimados de acuerdo con las reglas contenidas en este artículo.

El presente precepto es muy claro y perfectamente adaptable al contrato de cuentas en participación, determinándose la base imponible por el valor de los bienes y derechos que ofrezca el partícipe.

Establece también el artículo 70 que la base liquidable en los supuestos de prórroga, transformación y modificación de sociedades estará constituida por el haber líquido que la sociedad tenga el día en que se adopte el acuerdo. En el supuesto que nos ocupa será la base el haber líquido del negocio el día en que ambos contratantes convinieran en realizar las alteraciones a que hace referencia el texto legal.

En la disolución servirá de base el valor de los bienes o derechos que se adjudiquen, en concepto de devolución, al partícipe o asociado.

El artículo 70 contiene una regla sustitutiva de carácter temporal hasta tanto no se hagan expresas adjudicaciones del capital social a los

socios, disponiendo que en estos casos servirá de base el doble del capital aportado. Fácilmente se comprenderá que esta norma no puede tener cabida en el supuesto de los contratos de cuentas en participación porque en este especial negocio jurídico no existe un patrimonio autónomo de la cuenta ni un capital social, ni siquiera una personalidad jurídica.

Si la reducción del capital produce devolución o entrega de bienes a los socios, la base imponible estará constituida por el valor de los bienes devueltos. El mismo criterio vale perfectamente para la cuenta en participación, siempre que se devuelvan sus aportaciones al asociado.

El artículo 70 del Texto Refundido tiene también otra norma sustitutiva, igual que ocurre en los supuestos de aumento de capital, en virtud de la cual si la reducción del capital se produjera mediante la adquisición por la sociedad de sus propias acciones, servirá de base el valor real de las acciones amortizadas. Como la cuenta en participación no dispone de un capital social ni de un patrimonio autónomo, y congruentemente como no hay un capital diversificado en acciones, esta última regla de determinación de la base imponible es también inaplicable a la cuenta en participación.

3.º Tipo de gravamen.

Creemos aplicable el número 7 de la tarifa vigente.

Hay que desechar el número 6, que se refiere a las sociedades cuyo capital social esté representado por títulos valores, porque ya hemos visto cómo la cuenta en participación no presupone la existencia de acciones ni de otros títulos que representen partes de un capital social inexistente.

Aunque evidentemente no hay capital social, lo cierto es que dada la asimilación establecida por el artículo 57, alguna tributación hay que aplicar a la cuenta en participación. Creemos que la solución hay que referirla al número 7 de la tarifa vigente, que grava al tipo del 1,90 por 100 la constitución, los aumentos de capital, las prórrogas, la modificación y la transformación de sociedades cuando el capital de las mismas no esté representado por títulos de valores.

4.º Cesión o enajenación de la cuenta en participación.

A este respecto, es aplicable el número 9 de la tarifa del Impuesto de Transmisiones, conforme al cual la transmisión de participaciones sociales u otros títulos análogos satisfará el tipo del 2,20 por 100.

La base liquidable estará afectada por los resultados del expediente de comprobación de valores. Según el artículo 37 del Texto Refundido, estará obligado al pago del Impuesto el que adquiera la participación.

5.º Sujeto pasivo.

Según el artículo 67, estará obligado el pago del Impuesto a título de contribuyente la propia sociedad en la constitución, aumento de capital, prórroga, modificación y transformación de sociedades.

Según el propio precepto en la disolución de sociedades y en la reducción del capital social, estarán obligados al pago los socios. En nuestro caso estarán obligados los partícipes que realizaron las aportaciones que ahora se les devuelven. Con respecto a los supuestos de constitución y similares, el Texto Refundido establece, como hemos visto, que en estos casos estará obligado al pago la propia sociedad. Pero hemos insistido reiteradamente que cuando se constituye un contrato de cuentas en participación, no existe ninguna sociedad, porque no existe ninguna persona jurídica. Por tanto, la remisión que el Texto Refundido hace en estos casos a la normativa tributaria de las sociedades resulta difícil de resolver. Al no haber sociedad, al no haber persona jurídica (salvo en el supuesto de que el gestor fuese previamente una sociedad, y téngase en cuenta que lo que queremos resaltar es que por el hecho de concluir el negocio de cuenta en participación no surge una nueva personalidad jurídica), se produce, pues, una laguna legal, y para salir del atolladero es preciso acudir a la doctrina general contenida en el artículo 67 del Texto Refundido, en cuyo apartado a) se establece genéricamente la obligación de pagar a cargo de quien adquiere bienes y derechos transmitidos. En la cuenta en participación y en su fase constitutiva, evidentemente quien adquiere las aportaciones del asociado es el comerciante gestor. Por tanto él, aunque no sea una sociedad es el obligado al pago del Impuesto. Así como en la disolución deben ser los partícipes quienes satisfagan el Impuesto, porque aunque no son socios, y por tanto también resulta forzada la referencia a la sociedad, sin embargo, ellos son los que adquieren los bienes y derechos que pierden su adscripción al comerciante gestor y al recuperarla deben satisfacer el tributo.

Esta forma de argumentar constituye la creencia más generalizada entre los pocos comentaristas que se han incorporado al régimen fiscal de la cuenta de participación. Sin embargo, nosotros opinamos que la solución es diametralmente opuesta a la que pareciera más lógica, teniendo en cuenta el juego de las contraprestaciones que intervienen en este especial contrato e incluso teniendo en cuenta las exigencias de la equidad. Por cuanto viene a producirse un resultado paralelo al que ocurre en la compraventa, en la que se obliga a tributar al comprador que es quien se desprende del dinero en una actitud acumulada:

a) En primer término ha de entregar el precio o valor de la cosa querida; b) en segundo lugar, ha de satisfacer la cuota impositiva. Es decir, que frente al vendedor, que sólo se obliga a entregar la cosa ena-

jenada, el comprador asume dos obligaciones pecuniarias, una frente al vendedor y otra frente al Tesoro. A nuestro entender esto es lo que ocurre con la cuenta en participación, por cuanto el partícipe ha de aportar la suma de capital a que se obliga frente al gestor y además ha de satisfacer la deuda tributaria derivada de la constitución de la cuenta en participación. Para demostrarlo, vamos a regresar al punto inicial de la argumentación que hemos sustentado en el análisis de esta figura impositiva.

Tal vez la solución resulte más diáfana si, para complementar el laconismo del Texto Refundido, examinamos simultáneamente la normativa del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales.

Según el apartado 27 del artículo 19 del R. I. D. R., el contrato de cuentas en participación se considerará como Sociedad, y tributará en tal concepto, sobre la base de la parte de capital en que se hubiese convenido que el comerciante participe de los resultados prósperos o adversos de las operaciones de otros comerciantes.

En dicha norma viene a determinarse el tipo de liquidación y la base liquidable, pero quedan por resolver otros varios problemas, entre ellos el referente a la persona obligada al pago.

Para determinarla no basta la escueta remisión del precepto al decir que «se considerará como Sociedad». Tratándose de Sociedades, la disposición aplicable es la del número 7 del apartado 1.º del artículo 59 del R. I. D. R. que establece que en la constitución de Sociedades satisfarán éstas el impuesto (1). Y esta norma no puede ser transportada al ámbito del contrato de cuentas en participación. Porque el obligar al pago a la Sociedad se apoya en el hecho de que con este tipo de contrato se crea un ente colectivo con personalidad distinta de la de los socios y con patrimonio autónomo y, precisamente por ello, porque la nueva persona jurídica adquiere unos bienes (apartado a) del artículo 67 del Texto Refundido) es por lo que tiene la obligación de satisfacer el impuesto. Pero, tratándose de las cuentas en participación no se produce la creación de una nueva personalidad ni el establecimiento de un nuevo patrimonio. Por tanto, no puede producirse el trasplante de la obligación de pago a nombre de la cuenta en participación que ni tiene personalidad ni patrimonio propios.

Al no poder refugiarnos, para resolver el problema, en las normas de la Sociedad, habremos de acudir a las reglas generales de determinación de las personas obligadas al pago del impuesto en los contratos.

El artículo 59 del R. I. D. R. que las contiene, establece en su apar-

(1) En el mismo sentido se pronuncia la letra d) del artículo 67 del Texto Refundido.

tado 1.º que el impuesto se satisfará, por regla general, por el que adquiera o recobre los bienes o derechos gravados o por aquel a cuyo favor se reconozcan, transmitan, declaren o adjudiquen los bienes, créditos o derechos...

Esta norma nos pone en la tesitura de desentrañar las varias adquisiciones que se producen en el supuesto de un contrato de cuentas en participación. Por un lado, el gestor adquiere el capital aportado por quien se interesa en sus negocios; por otro lado, el participante adquiere un derecho, un tanto borroso, en los negocios del gestor, traducido fundamentalmente en el derecho a participar en los resultados prósperos o adversos de la empresa del último.

Por consiguiente, por consecuencia del contrato el gestor adquiere el derecho a que se le entregue el capital de la cuenta. Como contrato consensual que es, engendra por bilateralidad obligaciones recíprocas en los contratantes. El gestor se obliga a dar participación en su negocio al otro contratante y a rendirle cuentas justificativas de su gestión. El participante se obliga a entregar un capital. Correlativas a estas obligaciones aparecen los correspondientes créditos de los contratantes. El gestor tiene un derecho de crédito frente al participante para exigirle la entrega del capital y el participante adquiere un derecho, de exigencia más futura, para recabar del gestor una participación en los lucros venideros de la empresa.

Al llegar el momento de la ejecución de este contrato, perfeccionado por el simple cruce de voluntades, el participante entregará al gestor el capital prometido, con lo que el gestor adquiere la propiedad exclusiva del mismo. La entrega—dice GARRIGUES—no se realiza *obligandi causa*, como ocurre en el préstamo mutuo, que por ser un contrato real requiere la tradición efectiva del dinero para constituir o perfeccionar el contrato, sino *solvendi causa*, es decir, como efecto del contrato ya perfecto.

Es consecuencia, el juego de las adquisiciones es el siguiente:

a) El gestor adquiere la propiedad del capital aportado por el otro contratante. Por esta adquisición tributará si, de acuerdo con el apartado 1.º del artículo 59, podemos considerar que ha adquirido un bien gravado por el impuesto. Que no se da esta circunstancia nos lo viene a advertir el número 2.º del apartado A) del artículo 6.º del R. I. D. R., según el cual gozarán de exención del impuesto las entregas de cantidades en metálico que constituyan precio de bienes de todas clases o pago de servicios personales o de créditos (2). Ya hemos visto anteriormente que

(2) Vid. el número 6.º del artículo 65 del Texto Refundido.

la transmisión de la propiedad del capital la hace el aportante a favor del gestor en pago del crédito que éste adquirió en el momento de perfeccionarse el contrato consensual de cuentas en participación. Si el contrato fuese real, como ocurre en el caso del mutuo, la entrega no se hará en pago de un crédito porque para que existiese el crédito a la entrega de dinero se precisaría de la existencia de un contrato consensual, que sería un contrato preparatorio de promesa de préstamo, un *pactum de muto dando*.

Pero como la cuenta en participación no es un contrato real, sino consensual, la entrega de capital constituye el pago de un crédito, del crédito que tiene el gestor frente al partícipe para que éste le entregue el capital prometido en el momento del perfeccionamiento del contrato. Encaja, pues, en la exigencia literal del número 2.º del apartado A) del artículo 6.º del Reglamento y, por tanto, el dueño del negocio, no deberá pagar el impuesto por haber recibido el dinero que se le entrega en pago de un crédito preexistente. Es un caso similar al del contrato paradigmático de compraventa. El obligado al pago del impuesto es el comprador porque adquiere una cosa corporal, y el vendedor que adquiere a cambio el dinero, que es la medida del valor de la cosa, no paga el impuesto, porque (art. 6.º) este metálico constituye precio de la adquisición de bienes. Los ejemplos son ilimitados. Cuando se constituye un usufructo, cuando se hipoteca una finca, cuando se arrienda un bien..., paga el impuesto el que adquiere cada uno de estos derechos y está exento el que, en contraprestación de las facultades cedidas, obtiene dinero a cambio.

En esta misma opinión abunda el más ilustre comentarista del Impuesto de Derechos Reales, don FEDERICO BAS Y RIVAS, que al comentar el artículo 59 dice: «Para estar obligado al pago del impuesto no basta ser adquirente de bienes, es necesario serlo de bienes o derechos gravados. Por eso el metálico, aunque no cabe duda que es un bien como otro cualquiera, está exento en su transmisión cuando actúa en su función económica».

Este es el derecho constituido. Otra cuestión es la de si es justa esta gravitación del impuesto sobre el comprador con exclusión del vendedor. Nosotros creemos que no. A nuestro entender, lo más equitativo sería repartir la carga tributaria entre comprador y vendedor.

b) Debe ser el participante quien satisfaga el impuesto de Derechos reales correspondiente al contrato de cuentas en participación. Porque adquiere un derecho de indudable contenido económico, al que antes nos hemos referido. Y porque es un derecho gravado, por cuanto no aparece exceptuado en ningún pasaje del Reglamento y por un argumento de ne-

cesaria inclusión. Si, como hemos visto, el gestor está exento por el dinero que adquiere; si, como también hemos demostrado, la cuenta en participación no puede hacerse responsable del pago por cuanto no tiene personalidad independiente y se confunde, por tanto, con el negocio del gestor, lógicamente ha de ser el otro contratante el que haga frente a la presión tributaria, porque si no la norma del artículo 19, apartado 27, sería absurda, ya que hubiese establecido la necesidad de que la cuenta en participación tribute como un contrato de sociedad y habría dejado sin posible solución la determinación del sujeto responsable (3). Necesariamente, pues, ha de ser el participante quien subvenga al cumplimiento de la obligación fiscal.

A veces ocurre que la entrega del capital por parte del que se interesa en el negocio ajeno se verifica en el mismo momento de la redacción documental, lo que confiere al contrato una apariencia de real.

Sin embargo, esto no es así y la modalidad de ejecución de las prestaciones de las partes no puede tener energía para desvirtuar la idiosincrasia consensual de esa figura jurídica. A lo sumo, se tratará de una convergencia temporal entre los momentos de la perfección documental y el de la ejecución de la prestación del contratante obligado.

Algo similar ocurre con relativa frecuencia en materia de compraventa, siendo corriente que en la escritura notarial se haga constar un precio de presente, confluyendo con la entrega actual de la cosa vendida.

La circunstancia del cumplimiento simultáneo de las prestaciones de los contratantes en el mismo momento de la autorización documental no trueca a la compraventa en contrato real. Por este simple hecho no puede desnaturalizarse la configuración que el Código imprime a este contrato, estructurado como consensual y productor de obligaciones. Lo dice categóricamente el artículo 1.450 del Código civil, según el cual la venta será obligatoria si el comprador y el vendedor hubiesen convenido en la cosa y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. Este precepto, aunque se pronuncia por la perfección convencional de la compraventa, deja la puerta abierta para que se puedan entregar la cosa y el precio en el mismo momento de prestarse el consentimiento. Esto constituye una modalidad (la de la compraventa real o manual), posible dentro de la gran libertad pacticia que permite nuestro Derecho positivo en el ámbito de la contratación.

JOSÉ MENÉNDEZ

(3) Idéntico reparo cabe oponer al número 1.º del artículo 57 del Texto Refundido.