

Amparo Navarro Faure
Universidad de Alicante

LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS EN ESPAÑA: UN EJEMPLO DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-TRIBUTARIAS DE LA INFRACAPITALIZACIÓN DE LAS EMPRESAS

I. Introducción

En el momento actual asistimos a un interesante proceso en virtud del cual los aspectos mercantiles y tributarios de la imposición sobre la renta empresarial aparecen cada vez más interrelacionados.

No es nada nuevo que el Derecho tributario contemple muchas veces a los sujetos particulares como empresarios y a las personas jurídicas como entidades cuyo objeto es la obtención de renta, sometidas ambos, por tanto, al Derecho Mercantil. Pero estas relaciones, cuyo origen natural está en la propia economicidad de las actividades que disciplinan ambos sectores del Ordenamiento, se han incrementado poderosamente en los últimos años.

En efecto, la normativa que regula la tributación de la renta empresarial, – básicamente centrada en el Impuesto sobre Sociedades –, se ha implicado, en nuestro país, con la normativa mercantil en un doble sentido: se ha otorgado plena naturaleza tributaria a las normas contables, integrándolas como elemento configurador de la base imponible del tributo; por otro lado, han proliferado las normas tributarias preventivas del fraude a la ley que intentan salir al paso de las cada vez más complicadas fórmulas mercantiles, cuyo fundamento está en algunos casos en la elusión de impuestos.

A su vez, en el ámbito del Derecho Mercantil: se crean figuras nuevas; se rescatan del olvido otras; y se potencia poderosamente el sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones jurídico-privadas. Y todo ello en función de la oferta al mundo empresarial de la obtención de la tributación más beneficiosa.

Con ocasión del Tema General de este Congreso – El marco fiscal de la infracapitalización de las empresas –, quiero exponer un claro ejemplo del Ordenamiento tributario español en el que estas relaciones pueden influir en el tratamiento fiscal de la infracapitalización. Esto es, una figura mercantil,

en en cierta medida novedosa, con consecuencias tributarias importantes en orden a la calificación y régimen jurídico tributario de los rendimientos que produce.

Me estoy refiriendo a los Préstamos participativos regulados en el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, reformado después por la Disposición adicional segunda de la ley 10/1996, de 18 de diciembre, cuyo análisis abordo en este trabajo, como buen ejemplo de esas intensas e interesantes relaciones entre el Derecho tributario y el Derecho mercantil a las que antes me refería, y que, en mi opinión, presiden en buena medida el presente y el futuro de la imposición sobre la renta.

II. Antecedentes y régimen jurídico.

El antecedente inmediato de este contrato se encuentra en el Real Decreto-ley 8/1983, de 30 de noviembre (sustituido por la ley 27/1984, de 26 de julio)) sobre reconversión y reindustrialización, que intentó tipificar una figura novedosa como pieza clave para la financiación de los sectores en crisis o necesitados de relanzamiento en España. El artículo 11 del citado Real Decreto definió y reguló los llamados préstamos participativos que, con falsa novedad, se limitaban a cambiar el nombre, según algún autor¹, a los llamados hasta entonces préstamos parciarios.²

¹GARCÍA VILLAVERDE, R.: "Préstamo participativo". En Enciclopedia Jurídica Civitas. Vol. III. Madrid, 1995, p. 5040.

²El artículo 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre establecía lo siguiente:

"1. Las entidades públicas o privadas podrán conceder préstamos de carácter participativo en los que, con independencia del pacto de intereses, se acuerde la participación del acreedor en el beneficio neto del deudor.

2. Los préstamos participativos tendrán las siguientes características:

a) La entidad concedente del préstamo participará en los beneficios líquidos con independencia de que, además, se acuerde un interés fijo.

b) El prestatario no podrá anticipar la amortización de dichos créditos, excepto que esta amortización anticipada se compense con una aportación equivalente de fondos propios, siempre y cuando esta amortización no provenga de regularización de activos. En ningún caso la amortización anticipada del crédito participativo podrá alterar la relación existente entre recursos propios y recursos ajenos.

c) Los préstamos participativos se deberán inscribir en una línea especial del balance del prestamista y del prestatario, y tendrán la consideración de fondos propios para apreciar la solvencia financiera de la empresa deudora; si bien los intereses de los mismos, así como la participación prevista en el apartado a), se considerará partida deducible, a efectos de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

d) En orden a la prelación de créditos, los acreedores por préstamos participativos se sitúan después de los acreedores comunes. Los créditos participativos son de igual rango".

Los créditos participativos aparecen también en la ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. En la Exposición de Motivos de esta ley se dice que: "La ley introduce entre los posibles recursos propios la figura de las obligaciones subrogadas, préstamos participativos o similares. Sin perjuicio de sus uso por otras entidades, esta

El artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio ha regulado de nuevo y para todo tipo de entidades, estos préstamos participativos de la siguiente manera:

"Uno. Se considerarán préstamos participativos aquellos que tengan las siguientes características:

a) 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. Además podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.

d) Los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil.

Dos. Los intereses devengados tanto fijos como variables de un préstamo participativo se considerarán partida deducible a efectos de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del prestatario."

Finalmente, la Disposición adicional segunda de la ley 10/1996, de 18 de diciembre, ha dado nueva redacción a la letra d) del apartado uno del artículo 20 antes transcrito, estableciendo ahora el precepto que "los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades prevista en la legislación mercantil".

Los principales problemas que planteó desde un punto de vista mercantil su inclusión en nuestro ordenamiento fueron los relativos a su naturaleza jurídica – cuestión en absoluto baladí en orden a determinar asimismo la naturaleza tributaria de los rendimientos que genera – y los relativos a su parco régimen jurídico.³

figura puede ser muy útil en el saneamiento de aquellas que por su naturaleza jurídica no pueden emitir capital – Cajas de Ahorros- o experimentarían dificultades y limitaciones para hacerlo – Cooperativas de Crédito –".

³ Son de destacar en la doctrina mercantilista los siguientes trabajos relativos a los préstamos participativos: BROSETA PONT, M.: "Régimen de los préstamos participativos (el artículo 11 del Real Decreto.Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización)". En Revista de Derecho Bancario y Bursátil nº14, 1984 pp. 247 y ss.; GARCIA VILLAVERDE, R.: "Créditos participativos" en "Contratos Bancarios" VV.AA. Civitas, Madrid, 1992, pp. 189 y ss.; GARCIA VILLAVERDE, R.: "Préstamo

El interés de la figura desde una perspectiva jurídico-tributaria parece circunscribirse al establecimiento de un beneficio fiscal consistente en admitir con gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades los intereses fijos como variables del préstamo participativo.

Tal vez la obviedad de la norma – ya que los intereses generados por un préstamo afecto a la actividad empresarial han sido siempre deducibles en el Impuesto sobre Sociedades – no despertó el interés de la doctrina tributaria por la figura que analizamos.

Sin embargo, un estudio más sosegado permite descubrir que la citada norma no es en absoluto superflua si analizamos el resto de las características del contrato, y asimismo corrobora las implicaciones mercantiles y tributarias de la que es paradigma este contrato.

III. Naturaleza jurídica.

La ley no ofrece una definición del contrato de préstamo participativo. El precepto donde se contiene parece dar por supuesto, sobre todo en la regulación actual, que se trata de un préstamo, con ciertas características o peculiaridades que, además de servir para fijar su régimen jurídico, determinan su propia tipicidad.

La doctrina mercantilista ha sido unánime en declarar que la naturaleza del contrato es la de un auténtico préstamo, en nada asimilable al contrato de sociedad, y del que, sin embargo, es necesario diferenciar los créditos participativos y el contrato de cuentas en participación.

Respecto a los créditos participativos, la doctrina mercantilista destaca que es necesario la diferenciación porque puede parecer que se trata de la misma cosa en la medida que todo "préstamo" genera un "crédito".

Para BROSETA un préstamo puede ser participativo cuando se pacta un interés fijo y además una participación en beneficios. Sin embargo, el crédito participativo puede surgir cuando un acreedor, que lo es de su deudor por cualquier otra causa que no sea un crédito participativo, convierte, de acuerdo con su deudor, su crédito en una relación que permite al acreedor participar en los beneficios del deudor, normalmente a cambio de aplazar en el tiempo el cobro de su crédito que era inmediatamente exigible.⁴

Desde un punto de vista tributario, sin embargo, la utilización del término crédito o préstamo solo sirve para interpretar si nos estamos refiriendo al derecho del prestamista (crédito) – cuya consideración será la de un rendimiento de capital mobiliario –, o a la obligación del prestatario (préstamo) –

participativo" en Enciclopedia Jurídica, Civitas, Vol. III, 1995, pp. 5040 y ss.; JIMENEZ DE PARGA, R.: "Los créditos participativos" en Revista de la Economía Social, Suplemento, año II, n°4, 1986.

⁴ BROSETA PONT, M.: "Régimen de los préstamos participativos". Ob. cit. p. 250.

cuya transcendencia tributaria estriba en considerarlo gasto deducible en la determinación de la renta del sujeto deudor-. Lo determinante es que sea cual sea el origen del contrato genera un rendimiento de capital mobiliario.

Mayores dificultades plantea la diferenciación con el contrato de cuentas en participación. La divergencia básicamente es la relativa a la participación en las pérdidas. En el contrato de cuentas en participación si no hubiera ganancias, el cuentapartícipe no puede reclamar retribución alguna por su aportación, teniendo sólo derecho a la cuota de liquidación sin poder reclamar nada en el caso de que se perdiera el patrimonio. Por el contrario, en el caso del préstamo participativo, el prestamista siempre podrá reclamar la devolución de la cantidad prestada con sus intereses, si se hubieran pactado.⁵

A la diferencia anterior, habría que añadir que el préstamo participativo aparece como un contrato exclusivo de las sociedades tanto porque la ley hace referencia a "la entidad prestamista", como por la consideración de patrimonio contable a los efectos de la reducción de capital y liquidación de sociedades, mientras que el contrato de cuentas en participación puede realizarse entre todo tipo de empresarios.⁶

Desde el punto de vista tributario, la diferenciación con el contrato de cuentas en participación, es más trascendente en orden a determinar la naturaleza jurídica de los rendimientos que genera esta figura. En efecto, se trata de dilucidar si dentro de los rendimientos de capital mobiliario que genera el contrato, nos encontramos ante rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad (artículo 37.1 LIRPF) o ante rendimientos explícitos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios (artículo 37.2).

La calificación como una clase u otra de rendimiento tiene las siguientes consecuencias: si se trata de un rendimiento asimilable a un dividendo, el prestatario no podrá deducir la participación en beneficios del prestamista pero éste último podrá practicar en su imposición personal la deducción por doble imposición de dividendos; si, por el contrario, lo calificamos como rendimiento explícito será deducible de los rendimientos empresariales del prestatario, sin que quepa la deducción por doble imposición de dividendos.

GARCIA OVIES y SESMA, comentando la figura tal como aparecía en el Real Decreto 8/1983, mantenían la postura, aplicable en mi opinión a la nueva regulación, de que se trata de la cesión de un capital. Según las autoras: "aunque la retribución al capital prestado no se limita a un interés fijo sino que supone además una participación en beneficios, el legislador hace prevalecer la causa de la cesión (el préstamo), sobre el parámetro que sirve para determinar el rendimiento (el resultado empresarial), para calificar al

⁵ En este sentido, GARCIA VILLAYERDE, R.: "Créditos participativos". Ob. cit. p. 196.

⁶ Esta diferencia, no obstante, la matizaremos luego teniendo en cuenta los sujetos que pueden intervenir en este contrato.

rendimiento como cesión de una capital. Se trata, además de un verdadero supuesto de capital cedido puesto que el prestamista siempre conserva su derecho a recuperar el capital prestado y el gestor puede deducir como gasto en su impuesto societario, el interés abonado al prestamista".⁷

Esta calificación se ha visto acentuada en la nueva regulación de los préstamos participativos por varias razones: primero, porque el interés variable no consiste, en mi opinión, en una participación en beneficios sino en un interés cuya cuantía se determina en función de la evolución de la empresa, para determinar la cual se puede tener en cuenta el beneficio; en segundo lugar, porque estos intereses son deducibles en la base imponible del prestario; y tercero, porque incluso en la nueva redacción del apartado d) del precepto se ha eliminado toda referencia a la consideración de fondos propios para estos préstamos participativos.

En cualquier caso, y aunque se mantuviera la asimilación entre los préstamos participativos y las cuentas en participación, este último contrato a partir de la ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades recibe el tratamiento del Plan general Contable, en virtud del cual la retribución de los partícipes es gasto deducible para el gestor, sin que el primero tenga por tanto derecho a la deducción por doble imposición de dividendos.⁸

La conclusión, por tanto, es que tratándose de un préstamo desde un punto de vista mercantil, también lo es desde un punto de vista tributario. El préstamo participativo genera un rendimiento de capital mobiliario de los derivados de la cesión a terceros de capitales propios. Vamos analizar seguidamente sus principales características.

⁷ GARCIA OVIES-SARANDESES, I. y SESMA SÁNCHEZ, B.: "La fiscalidad de las rentas de capital mobiliario en España". Lex Nova. Valladolid, 1995, pp. 49-50.

A favor de esta postura se manifiestan también otros autores cuando incluyen estos rendimientos dentro de los rendimientos explícitos, como MARTÍN QUERALT, J. en VV.AA. "Curso de Derecho Tributario". 12ª ed. Marcial Pons. Madrid, 1996, p. 89; RODRIGO FERNÁNDEZ, J.: "Nuevos activos financieros: emisiones de obligaciones a interés fijo y variable, bonos cupón cero y obligaciones indexadas". en "Estudios sobre Tributación bursátil". Civitas. Madrid, 1987, p. 453.

⁸ El régimen tributario del contrato de cuentas en participación ha sufrido un movimiento pendular que se puede resumir de la siguiente manera: Desde la ley 14/1985, de Activos financieros hasta la entrada en vigor de la ley del IRPF de 1991, la retribución de los partícipes no gestores se calificaba de rendimiento explícito. Era deducible para el gestor, por lo que no generaba derecho a la deducción por dividendos para el partícipe.; La ley 18/1991 del IRPF califica a estas retribuciones como participación en fondos propios lo que impide su deducibilidad para el gestor pero al mismo tiempo omite la posibilidad de deducción por doble imposición por dividendos para el partícipe, situación corregida a través de la ley de Presupuestos Generales del Estado para 1995; Finalmente, la ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades modifica los artículos 37.1 y 78 de la ley del IRPF y se vuelve a la situación primitiva, acogiendo el tratamiento derivado del Plan General de Contabilidad.

IV. El interés como rendimiento y como gastos deducible.

El estudio del régimen tributario de los préstamos participativos exige, en primer lugar, determinar quienes son los sujetos que pueden intervenir en este tipo de contratos, ya que la renta obtenida o el gasto producido por el mismo se integrará en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o en el Impuesto sobre Sociedades según que los sujetos intervinientes sean personas físicas o jurídicas.

En el caso del contrato de cuentas en participación los sujetos pueden ser personas físicas o jurídicas. Sin embargo, en el caso del préstamos participativo parece que hay una limitación respecto a los sujetos.

En efecto, el prestamista sólo puede ser una persona jurídica. El apartado a) del artículo 10, no ofrece dudas: "La entidad prestataria". Aparecía todavía más claro en el Real Decreto de 1983 cuando establecía que los concedentes de los préstamos participativos serían "entidades públicas o privadas".⁹

Respecto a al prestatario, también aparecía limitada la posibilidad de serlo, según el Real Decreto de 1983, a las personas jurídicas, según deducía la doctrina de la norma que establecía la deducción de los intereses a efectos de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.¹⁰

En la regulación actual no está tan claro que el prestatario no pueda ser un empresario persona física. En efecto, la ley no se refiere en ningún momento a este sujeto con el término "entidad". Es cierto que se mantiene la consideración de partida deducible de los intereses a efectos de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del prestatario, pero teniendo en cuenta la remisión que la ley del IRPF hace a las normas del Impuesto sobre Sociedades para la determinación del rendimiento neto de las actividades empresariales, el precepto podría ser también aplicable a los empresarios individuales.

Por otro lado, la referencia que la normativa reguladora de los préstamos participativos hace a la contabilidad es aplicable asimismo a los empresarios individuales en régimen de estimación directa, los cuales están también obligados a llevar esta contabilidad.

El único precepto en el que se puede basar la restricción para ser prestatario, es en el apartado d) cuando establece que "los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades prevista en la legislación mercantil". Además de

⁹ BROSETA PONT entendía que se quería reservar la condición de prestamista a las instituciones públicas de crédito o las entidades de crédito privadas. "Régimen de los préstamos participativos". Ob. cit. p. 25.

¹⁰ Esta limitación fue muy criticada por la doctrina ya que considerando esta fórmula como un incentivo a la financiación de empresas en reconversión, carecía de justificación que sólo se primará a algunas de ellas. En este sentido, GARCIA VILLAVERDE, R.: "Créditos participativos". Ob. cit. p. 211.

las dificultades de interpretación que plantea este precepto, como luego veremos, si consideramos que es una norma destinada al prestatario nada impide que consideremos que es una característica aplicable cuando el sujeto destinatario de la norma es una sociedad.

En definitiva, en mi opinión, a pesar de que efectivamente el legislador parece que está pensando sólo en los casos en que este contrato se celebra entre dos sociedades, no hay una base firme para mantener que este régimen no es aplicable a un contrato celebrado entre una entidad prestamista y un empresario individual.

Por otra parte me parecería criticable la tesis según la cual el prestamista no pudiera ser un empresario individual, ya que aunque parezca que para estos casos no haría falta recurrir a esta figura porque se podría utilizar el contrato de cuentas en participación, ya hemos visto como la naturaleza jurídica y régimen jurídico de ambos contratos no es el mismo.

Pues bien, analizando ambas posibilidades, el régimen jurídico tributario de los rendimientos que provienen de este contrato se regirá por las normas del Impuesto sobre Sociedades.

En efecto, el rendimiento de capital mobiliario que produce se integrará en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades ya que como acabamos de ver el acreedor sólo puede ser una persona jurídica. En cuanto a la deducibilidad del gasto en la base imponible, la remisión del propio precepto al Impuesto sobre Sociedades, permite deducir que o bien el prestatario será una sociedad y seguirá obviamente el régimen del resto de los gastos deducibles o bien que se trata de un empresario individual que tributa en régimen de estimación directa y que, por lo tanto, podrá también para la determinación de su rendimiento empresarial deducir los intereses de este préstamo. El régimen tributario será el siguiente:

1. El interés como ingreso.

El rendimiento obtenido por el prestamista formará parte de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, sin que exista ninguna norma tributaria que lo excepcione. Por lo tanto, se integrará con el resto de ingresos financieros que forman parte del resultado contable. Según la norma contable, los intereses son los rendimientos que derivan del capital entregado a terceros en concepto de préstamo, depósito o empréstito.

Se computarán como ingreso por su importe íntegro los intereses devengados durante el ejercicio. Los intereses del préstamo participativo pueden considerarse explícitos en cuanto se perciben de forma separada de la amortización del capital. De tal manera que el prestatario estará obligado a efectuar la correspondiente retención en el momento de su pago o en el momento de su exigibilidad.

Según el artículo 61 del nuevo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto 537/1997, de 14 de abril), en los rendimientos del capital

mobiliario de carácter explícito, cuando la frecuencia de las liquidaciones de los mismos sea superior a doce meses, la obligación de ingresar a cuenta nacerá cuando venza cada año natural. Normalmente se dará este supuesto en los préstamos participativos si la cuantificación del interés variable depende del beneficio neto de la entidad.

2. El interés como gasto deducible.

Los intereses fijos como variables devengados en el período impositivo son gasto deducible en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. La norma del artículo 20 que así lo establece puede considerarse superflua si tenemos en cuenta que estos intereses encajan perfectamente en el concepto de gastos financieros a efectos contables. Esto es, los que derivan de la utilización de recursos financieros ajenos para la financiación de las actividades de la empresa.

Además, hay que tener en cuenta, que la nueva normativa no describe el interés variable como una participación en beneficios sino como un interés cuya cuantía se determina en función de unos posibles parámetros, entre ellos el beneficio neto, que ponen de manifiesto la evolución de la entidad.

La explicación a la declaración del carácter deducible del interés la encuentro en la anterior redacción del apartado d) del artículo 20 que consideraba a los préstamos participativos como fondos propios a efectos de la legislación mercantil, lo que podía inducir a pensar que tales intereses podrían tener la calificación de dividendos.

En definitiva, tanto por la naturaleza jurídica del contrato de préstamo, como por el modo de determinar el interés ya sea fijo o variable, y a mayor abundamiento por la norma que así lo explicita, los intereses de los préstamos participativos son gasto deducible de la base imponible del impuesto sobre sociedades. En mi opinión, esto significa que serán deducibles tanto en el Impuesto sobre Sociedades cuando el prestatario sea una persona jurídica como en el IRPF cuando el prestatario sea un empresario sometido al régimen de estimación directa.

Por lo tanto, la norma que establece la deducibilidad de estos intereses no es un incentivo fiscal para este tipo de contratos, sino una norma que podemos considerar interpretativa o aclaratoria.

V. La amortización anticipada y la ampliación de capital

La regulación anterior del préstamo participativo prohibía al prestatario amortizar anticipadamente el préstamo salvo que lo fuera con cargo a fondos propios. Esta norma no tenía en ningún caso la finalidad de salvaguardar los derechos o expectativas del prestamista, sino que estaba pensada para mantener la garantía patrimonial y financiera del prestatario y era acorde con la norma que mantenía el carácter de fondos propios de estos préstamos.

En efecto y siguiendo a BROSETA¹¹ había al menos tres razones para mantener esta prohibición: en primer lugar, porque tratándose de una medida financiera que se arbitra para la reconversión o reindustrialización de una empresa concreta, esto exige la permanencia del capital prestado o su equivalente en el patrimonio del deudor; en segundo lugar, porque su devolución anticipada podía poner en peligro la finalidad de estabilidad social y laboral que la normas relativas a la reconversión pretendían; y por último, porque la amortización anticipada podría debilitar la solvencia patrimonial de la empresa prestataria por la que estos préstamos reciben el trato de fondos propios.

La actual regulación del artículo 20, ha variado este régimen básicamente en dos sentidos: por un lado, no se establece una prohibición expresa para la amortización anticipada sino que se hace depender de dos condiciones.

En primer lugar, se condiciona la amortización anticipada a una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que no provenga de actualización de activos. Esto significa que la amortización podrá realizarse con cargo a los siguientes recursos: nuevas aportaciones de capital de los socios o beneficios no distribuidos y capitalizados. Esta forma de compensar la amortización anticipada puede tener su base en las razones que existían para la prohibición que establecía la legislación anterior y, sobre todo, en la equiparación con los fondos propios de los préstamos participativos.

Sin embargo, con la regulación actual, otra forma de compensar la amortización anticipada con un aumento de capital podría ser, en mi opinión, la transformación del prestamista en accionista. Esta novación del contrato daría sentido a la norma como una garantía del prestamista para el caso de que el prestatario amortice anticipadamente el préstamo abortando la expectativas de participación en beneficios que éste tenía.

Esta posibilidad se puede ver acompañada del pacto de cláusula penalizadora que admite la nueva regulación para esta amortización anticipada.

Desde el punto de vista jurídico tributario, la amortización anticipada que necesariamente ha de compensarse con un aumento de los fondos propios de la sociedad, llevará consigo la tributación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídico Documentados por el concepto de ampliación de capital.

En cuanto a la penalización soportada por el prestatario por la amortización anticipada será, al igual que los intereses, gasto deducible a efectos de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

¹¹ BROSETA PONT, M.: "El régimen de los préstamos participativos". Ob. cit. pp. 258 y ss.

VI. La consideración de los préstamos participativos como fondos propios o como patrimonio contable. consecuencias en orden a la infra-capitalización.

Una de las notas características más importantes de los préstamos participativos era su calificación como fondos propios de la sociedad prestataria. Precisamente esta norma era la que otorgaba a este contrato una naturaleza hasta cierto punto híbrida entre el préstamo y la sociedad, y a los beneficios una calificación dudosa entre los intereses y los dividendos.

Sin embargo, el precepto ha evolucionado en tres etapas, cuyas consecuencias son distintas respecto a su régimen tributario.

En **una primera etapa**, el artículo 11.2.c) del Real Decreto de 1983 estableció que: "Los préstamos participativos se deberán inscribir en una línea especial del balance del prestamista y del prestatario y tendrán la consideración de fondos propios para apreciar la solvencia financiera de la empresa deudora".

La interpretación que daba a este precepto GARCIA VILLAVERDE¹² era que sólo tenía el alcance específicamente previsto por la norma: un aumento de solvencia financiera, o sea capacidad de endeudamiento, a los efectos de obtener nuevos créditos pero no un aumento de solvencia patrimonial.

Para BROSETA, sin embargo, esta aparente mayor solvencia sólo operará eficazmente cuando existan límites de endeudamiento establecidos por disposiciones legales. En otros casos, aunque se contabilicen como fondos propios, las entidades de crédito y los restantes acreedores saben que no lo son.¹³

En conclusión, la finalidad de esta calificación de fondos propios era que las cantidades recibidas por este procedimiento tuvieran la misma consideración que el pasivo no exigible y, en consecuencia, que operen frente al pasivo exigible incrementando su solvencia patrimonial al incrementar los fondos propios frente a su pasivo exigible.

Según BROSETA, cuya opinión compartimos, esta calificación "no deja de ser una ficción contable que se comprende pensando, en primer lugar, que estos préstamos no son realmente fondos propios; que cuanto mayor sea la cantidad de préstamos participativos que una sociedad reciba, mayor debería ser su situación real de solvencia financiera y patrimonial, cuando realmente no es así sino todo lo contrario; y, finalmente, que esta ficción genera, ello no obstante, la obligación de su amortización y del pago de sus intereses fijos que, caso de incumplirse, producen la obligación de su reembolso inmediato, con lo cual desaparecería el efecto buscado por esta ficción contable y financiera".¹⁴

¹² GARCIA VILLAVERDE, R.: "Créditos participativos". Ob. cit. pp. 203 y ss.

¹³ BROSETA PONT, M.: "Régimen de los préstamos participativos". Ob. cit. pp. 260 y ss.

¹⁴ BROSETA PONT, M.: *ibidem*.

En una segunda etapa, el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996 equiparó aún más esta ficción al establecer que "los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil".

Pues bien, este precepto es paradigma de las relaciones entre el Derecho mercantil y tributario a las que me refería al inicio de este trabajo. La circunscripción de estos efectos a la legislación mercantil, tiene inexorablemente por la regulación actual de la ley del Impuesto sobre Sociedades un efecto también tributario.

En efecto, el artículo 10 de la ley del Impuesto sobre Sociedades establece que la determinación de la base imponible del Impuesto en el régimen de estimación directa se realizará "corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas".

Por lo tanto, es la propia ley tributaria la que con esta remisión a la noemativa mercantil o contable concede efectos jurídico-tributarios a las normas que en principio podrían tenerlos sólo mercantiles. Entre ellos, es de especial importancia la integración de las normas mercantiles a efectos de la interpretación de conceptos que aparecen en las leyes tributarias, como en este caso el concepto de fondos propios. De tal manera que la calificación de un concepto a efectos de la legislación mercantil puede tener también efectos tributarios como enseguida veremos.

La calificación de fondos propios de los préstamos participativos plantea, en mi opinión, problemas jurídicos de dudosa interpretación respecto a algunas normas de la ley del Impuesto sobre Sociedades. En concreto, básicamente respecto a tres cuestiones:

Primera, **la infracapitalización**: El artículo 20 de la ley del Impuesto sobre sociedades regula el fenómeno de la llamada subcapitalización, que consiste en el endeudamiento de una sociedad con otra no residente vinculada con la intención de minorar la base imponible de la entidad residente en España por medio de un endeudamiento superior al que esa sociedad podría obtener en condiciones normales de mercado.

El artículo 20 limita en estos casos la deducción de los intereses pagados por aquellas entidades que mantiene un coeficiente excesivo de endeudamiento con las entidades no residente a ellas vinculadas.

Los efectos que derivan de la subcapitalización son básicamente dos: en primer lugar, los intereses correspondientes al exceso de endeudamiento neto remunerado se consideran dividendos, y no serán deducibles para la determinación de la base imponible de la entidad deudora; en segundo lugar, si además el interés satisfecho es superior al que se aplica en el mercado en operaciones similares, la Administración podrá corregir la base imponible,

aumentándola en la diferencia entre el interés pactado y el de mercado, correspondiente a la parte de la deuda con la entidad vinculada que no supere el coeficiente de subcapitalización.

Como inmediatamente se intuye, de este régimen es pieza clave la determinación de cuando un endeudamiento se considera excesivo. Pues bien, el volumen excesivo de endeudamiento se determina aplicando al capital fiscal de la entidad, reducido a su estado medio, el coeficiente 3. Por capital fiscal se entiende el importe de los **fondos propios** de la entidad, con exclusión del resultado del ejercicio. El endeudamiento que supere esa cantidad se reputa excesivo y los intereses que lo remuneren se calificarán de dividendos.

Las consecuencias tributarias de calificar a los préstamos participativos como fondos propios pueden consistir, por tanto, en que a efectos de subcapitalización los préstamos participativos no sólo forman parte de la magnitud considerada como de recursos propios sino que no forman parte del endeudamiento de la sociedad. Y esto con el beneficio adicional de que aún formando parte de los fondos propios y no del endeudamiento, los intereses son deducibles. Si esto fuera así, es muy fácil intuir que los préstamos participativos podrían convertirse en la fórmula de financiación de este tipo de sociedades para evitar la aplicación del artículo 20 de la ley del Impuesto sobre Sociedades.

Segunda, normas de corrección de la inflación de las rentas obtenidas en la transmisiones patrimoniales: Una de las novedades más importantes de la ley del Impuesto sobre sociedades fue el establecimiento de unas medidas permanentes que evitaran el gravamen de las rentas meramente nominales en la transmisión de los elementos patrimoniales del inmovilizado producidas por el efecto de la inflación.

Esta norma se contiene en el artículo 15.11 de la ley y consiste en la reducción de las rentas obtenidas en la transmisión de acuerdo con el siguiente procedimiento: en primer lugar, se halla el valor neto contable actualizado del elemento patrimonial transmitido, multiplicando su precio de adquisición y las amortizaciones acumuladas por los coeficientes que anualmente se establezcan en los Presupuestos Generales del Estado; en segundo lugar, se determina la renta por la diferencia entre el valor neto contable actualizado y el valor neto contable; por último, esta plusvalía se multiplica por un coeficiente que tiene en cuenta la relación entre fondos propios y recursos ajenos en la financiación de los activos. El importe que resulte de esta multiplicación será la renta exenta de gravamen.

Pues bien, este último coeficiente que tiene en cuenta la relación entre recursos propios y recursos ajenos, pretende ponderar los efectos de la inflación en función de la forma de financiación del activo, en la medida que se tiene en cuenta que son los recursos propios los que sufren la depreciación monetaria y no los recursos ajenos, dado que se deduce el importe

nominal de los gastos financieros y que la inflación produce en estos últimos recursos el efecto favorable consistente en la pérdida de valor del capital que se ha de amortizar. Por eso el coeficiente de reducción de la renta gravada es más elevado cuanto mayor sea la utilización de fondos propios respecto a los ajenos.

La consideración de los préstamos participativos como fondos propios provoca el efecto beneficioso para esta forma de financiación de que se integrará con la magnitud que determina una mayor reducción de las plusvalías gravadas en la base imponible. A su vez esta forma de financiación de la empresa se beneficiará, como si de un recurso propio se tratara, de la corrección de una inflación que no soporta.

Tercera, **la retribución de los fondos propios como gasto no deducible**. El artículo 14 de la ley del Impuesto sobre Sociedades establece cuales son los gastos que aunque puedan ser considerados con gastos a efectos contables no lo son a efecto de la determinación de la base imponible. Este artículo se convierte ahora en uno de los más importantes de la ley dado que determinándose la base imponible a partir del resultado contable, todos aquellos gastos aceptados por la contabilidad y que no aparezcan excluidos en el artículo 14 serán deducibles.

El primero de los gastos que no se consideran deducibles, lo mismo que establecía la normativa anterior y acorde también con las normas contables, son las retribuciones de los fondos propios porque se consideran una parte del beneficio de la entidad.

La única consecuencia negativa que para los préstamos participativos podía tener el que se considerasen fondos propios era precisamente que los intereses devengados por el prestamista tuvieran la consideración de retribuciones de fondos propios y, por lo tanto, no fueran deducibles para el prestatario. Precisamente por ello, el apartado dos del artículo 20, que permite la deducción de estos intereses, cobra todo su sentido cuando se relaciona con el apartado d) que calificaba a los préstamos participativos como fondos propios.

De todo esto se deduce, que la configuración jurídico mercantil que el Real Decreto ley 7/1996 hacía de los préstamos participativos, sobre todo en una norma que parece tener solo efectos mercantiles, tenía unas consecuencias sumamente privilegiadas respecto a otros préstamos en la imposición sobre la renta del prestatario, que de una lectura rápida parecían circunscribirse a la deducción en la base imponible de los intereses.

La **última etapa** en esta evolución de la equiparación de los préstamos participativos a los fondos propios, ha sido la modificación introducida por la Disposición Adicional segunda de la ley 10/1996, de 18 de diciembre, que da nueva redacción al apartado d) del artículo 20, que queda redactado de la siguiente manera: "los préstamos participativos se considerarán **patrimonio contable** a los efectos de la reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil".

Lo primero que nos sugiere esta modificación es si consiste en la derogación de la consideración de los préstamos participativos como fondos propios y la sustitución por otra norma que nada tiene que ver con la anterior.

Para ello, es necesario analizar el concepto de patrimonio contable y el origen de la norma.

Desde un punto de vista mercantil, la calificación de los préstamos participativos como fondos propios – que la mayoría de la doctrina consideraba un ficción contable para aumentar su solvencia financiera – planteaba básicamente dos problemas: por un lado, en los supuestos de quiebra y suspensión de pagos se discutía si estos préstamos debían figurar en el activo o en el pasivo. Si se trataba de un activo el problema era determinar si serían un elemento que impidiera la calificación definitiva de la insolvencia y si se trataba de un pasivo si los titulares tendrían derecho a concurrir y a votar en la junta de acreedores.

Asimismo, se planteaba el problema de cómo debían operar estos especiales "fondos propios" cuando fuera necesario establecer la relación entre patrimonio neto y capital social a los efectos de averiguar si concurren las obligadas causas de reducción de capital o disolución de sociedades.¹⁵

En el momento actual, la legislación mercantil, respecto a los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades ha recogido un concepto nuevo para esta disciplina y para la contabilidad como es el concepto de patrimonio contable, cuyo origen se encuentra en la divergencia acerca de cual debía ser la valoración del patrimonio de las sociedades.

El TR de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre) establece en su artículo 260, como una de las causas de disolución de la sociedad anónima, la reducción del "**patrimonio**" como consecuencia de las pérdidas "a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente". El artículo 163 del mismo texto prescribe la reducción obligada de capital para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su "**haber**" por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el "**patrimonio**".

Ningún precepto, sin embargo, determinaba la forma de cuantificar el

¹⁵ Respecto a estas cuestiones, BROSETA PONT mantenía que, "Diga lo que diga el art.11,2,c) del Decreto-ley, estos fondos propios son un pasivo real de la sociedad que reduce el valor de su patrimonio neto, sin que la ficción por él establecida pueda conducirnos a considerarlos como un elemento de su activo real. En segundo lugar, porque el propio precepto establece que los préstamos participativos "tendrán la consideración de fondos propios para apreciar la solvencia financiera de la empresa deudora". Es decir, su solvencia crediticia, o sea, su capacidad de endeudamiento, pero no su solvencia patrimonial neta o real, que, a los efectos contemplados, se regula por reglas imperativas de la ley que no pueden desvirtuarse por ficciones contables establecidas a los efectos de robustecer externamente su posible solvencia ante sus acreedores". En "Régimen de los préstamos participativos". Ob. cit. p. 262.

valor del patrimonio o del haber, como indistintamente se referían las normas transcritas al valor patrimonial de la empresa.

La ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo) al regular idénticos supuestos de disolución (art.104) y reducción (art.79), ha utilizado el término **patrimonio contable**, aclarando de esta forma que la magnitud que ha de ser comparada con el capital social debe ser cuantificada atendiendo a sus valores contables.

Sin embargo, se ha hecho entonces preciso determinar cómo se debe cuantificar ese patrimonio contable y si es un concepto equivalente al de fondos propios.¹⁶

La Resolución de 20 de diciembre de 1996, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, ha fijado los criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil.

Según esta Resolución el concepto de patrimonio contable requiere precisiones respecto al de fondos propios ya que además de éstos existen otras partidas del balance que pueden afectar a la cuantificación del mismo.

Dentro de estas partidas incluye la Resolución citada los préstamos participativos regulados en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996 modificado por la ley 10/1996. Según el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, estos préstamos figurarán en el balance de la empresa en la agrupación correspondiente a los acreedores y se tendrán en cuenta en la cuantificación del patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y disolución de sociedades previstos en la legislación mercantil.¹⁷

La norma Segunda de esta resolución es la que finalmente dispone que los términos "patrimonio", "Haber" y "patrimonio contable" a efectos de la regulación de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades se realizará de acuerdo con lo siguiente:

"a) Con signo positivo se recogerán los siguientes conceptos definidos conforme a los modelos del balance del Plan General de Contabilidad:

– Los "fondos propios" recogidos en la agrupación A) del pasivo del balance.

¹⁶ El contenido de los fondos propios es según el Plan General de contabilidad el siguiente: se incluye con signo positivo: el capital suscrito, la prima de emisión, reservas por revalorización, otras reservas, los remanentes de ejercicios anteriores, las aportaciones de socios para compensación de pérdidas y el beneficio del ejercicio; y con signo negativo: los resultados negativos de ejercicios anteriores, las pérdidas del ejercicio, los dividendos a cuenta entregados y las acciones o participaciones propias adquiridas en ejecución de un acuerdo de reducción de capital.

¹⁷ La Resolución justifica esta inclusión por las siguientes características que destaca de estos préstamos: – Se vinculan a la actividad de la empresa; en caso de amortización anticipada se exige que vaya acompañada por un aumento de fondos propios de igual cuantía, no pudiendo provenir este aumento de la actualización de activos; y en orden a la prelación de créditos se situarán después de los acreedores comunes.

– Las "subvenciones de capital" y las "diferencias positivas de cambio" recogidas en la agrupación B) "Ingresos a distribuir en varios ejercicios" del pasivo del balance, minoradas en el importe correspondiente del gasto por Impuesto sobre Sociedades pendiente de devengo.

– Los "ingresos fiscales a distribuir en varios ejercicios" incluidos en la agrupación B) "Ingresos a distribuir en varios ejercicios" del pasivo del balance.

– Los préstamos participativos regulados 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, recogidos en las agrupaciones D) "Acreedores a largo plazo" y E) "Acreedores a corto plazo" del pasivo del balance.

b) Con signo negativo se incluirán las "acciones o participaciones propias" que luzcan en el activo del balance dentro de las agrupaciones B) "Inmovilizado" y d) "activo circulante".

En definitiva, esta resolución viene a aclarar que los préstamos participativos se equiparan a los fondos propios, pero sólo a los efectos de los supuestos de disolución y reducción de sociedades. De tal manera que, la modificación del apartado d) del artículo 20 supone una derogación de la equiparación de estos préstamos a los fondos propios a todos los efectos mercantiles, lo que suponía, como hemos visto, unas importantes consecuencias desde el punto de vista tributario.

En efecto el concepto de patrimonio contable es desconocido en el ámbito tributario, y limitado a los supuestos de disolución y reducción de sociedades en el ámbito mercantil. Pero es que además, incluso en este ámbito, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas no equipara totalmente patrimonio contable a fondos propios, sino que éstos, junto con otros recursos, forman parte del lado positivo del patrimonio. Este tratamiento supone una diferencia sustancial respecto al resto de préstamos, basado seguramente en que el interés variable se devenga en función del resultado y en que la amortización anticipada exige que vaya acompañada por un aumento de fondos propios.

En definitiva, respecto al régimen jurídico tributario, es acertado haber hecho desaparecer la equiparación de los préstamos participativos a los fondos propios. En el ámbito del Impuesto sobre Sociedades generaba unos beneficios encubiertos producidos por la posibilidad de utilizar estos préstamos, en fraude de ley, para evitar la aplicación de las normas de subcapitalización o incrementar la exención de las plusvalías a través de las normas de corrección monetaria.

VII. Deducciones de la cuota.

El artículo 20 no contiene ninguna previsión respecto al régimen jurídico tributario de estos préstamos respecto al prestamista. Al analizar la naturaleza y características del contrato nos hemos pronunciado por mantener el carácter de rendimientos explícitos del capital mobiliario, consecuencia de la cesión a terceros de capitales propios. Esta calificación impide que el prestamista pueda aplicarse la deducción por doble imposición interna de dividendos.

En efecto, el interés variable no es una participación en beneficios sino una remuneración del préstamo calculado en función de los resultados. En segundo lugar, la calificación de partida deducible de la base imponible del prestatario impide que se produzca doble imposición de estas rentas. Además, este régimen coincide actualmente con el del contrato con el que mayores similitudes guarda que es el contrato de cuentas en participación. Finalmente, la eliminación de la equiparación entre préstamos participativos y fondos propios despeja cualquier duda acerca de la posibilidad de practicar la deducción por doble imposición de dividendos.

VIII. Conclusiones.

El análisis de las características mas sobresalientes de los préstamos participativos ha puesto de manifiesto una serie de conclusiones parciales respecto a su régimen jurídico tributario que aparecen a lo largo de este artículo. Sin embargo, lo más importante en relación a la finalidad que pretendía este trabajo es que sirve de ejemplo de las relaciones actuales entre el Derecho Tributario y el Derecho mercantil caracterizadas, en mi opinión, por la pugna entre el principio de autonomía de la voluntad que rige las relaciones jurídico – privadas y el principio de reserva de ley que preside la regulación de los elementos esenciales de los tributos.

En efecto, el Derecho mercantil regula figuras cuyo interés puede estar en una tributación más beneficiosa para los sujetos que las utilizan, los cuales pueden crear otras con la agilidad que ofrece el mercado. El Derecho tributario debe evitar el posible fraude a la ley con la modificación o creación de normas nuevas a través de leyes. Existe metafóricamente una especie de diálogo desacompañado entre las normas mercantiles y tributarias.

En el caso del préstamo participativo se ha puesto de manifiesto en la equiparación de estos contratos con los fondos propios. Una norma que parecía tener sólo efectos mercantiles podía contener unos importantes beneficios tributarios no previstos por el legislador, consistentes precisamente en evitar la aplicación de normas antifraude o en utilizar normas no creadas para este supuesto.

Asimismo, este contrato ha puesto de manifiesto las borrosas fronteras que existen, con motivo de las relaciones entre ambas disciplinas, entre los

fondos propios y los ajenos, entre los intereses y los dividendos, cuyos límites no han sido definitivamente zanjados ni por la legislación mercantil ni por la tributaria.

Sin duda, la delimitación de los rendimientos de capital mobiliario, la regulación de un régimen jurídico tributario para la financiación empresarial y la integración de las normas mercantiles y tributarias, ocupará en mi opinión buena parte del futuro de la imposición sobre la renta y de la fiscalidad de la infracapitalización de las empresas.