

Fiscalidad de los préstamos participativos: especial referencia a los efectos de su condonación

Pilar Álvarez Barbeito

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Coruña

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Consideraciones introductorias

Como es sabido, la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, introdujo una relevante modificación sobre la fiscalidad de los denominados préstamos participativos, aspecto regulado con carácter previo a la reforma en el artículo 14.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el cual, en el 2004, incorporó la previsión normativa anteriormente recogida en el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio. Pues bien, en el referido artículo 14.2 se establecía la deducibilidad de los «intereses devengados, tanto fijos como variables, de un préstamo participativo que cumpla los requisitos señalados en el apartado uno del 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».

De ese modo, el legislador optó entonces por conferir a estas fórmulas de financiación, ciertamente situadas a medio camino entre el capital social y el préstamo, el tratamiento fiscal que acompaña a estos últimos.

Sin embargo, fueron varios los supuestos en los que tanto la Administración¹ como los tribunales² cuestionaron la deducibilidad de los intereses generados por estas operaciones entendiendo que éstas no tenían la naturaleza de préstamos participativos y otorgándoles, pese a la denominación utilizada por las partes, la naturaleza de aportaciones a los fondos propios de la prestataria, excluyendo así la posibilidad de la deducción prevista para las operaciones de préstamo.

Pues bien, precisamente en ese contexto, adquiere virtualidad la modificación parcial que se ha efectuado sobre el tratamiento fiscal de las operaciones que nos ocupan a efectos del impuesto sobre sociedades introduciendo mediante el artículo 15 de su ley reguladora una diferenciación en su fiscalidad en función de la pertenencia o no a un grupo de sociedades de las entidades participantes en la operación. Es precisamente respecto de las operaciones llevadas a cabo entre este tipo de entidades donde se ha operado el cambio, toda vez que, en esos casos, la retribución que se estipule dejará de tener la consideración de

¹ *Vid.* la contestación a la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V0055-99.

² *Vid.* la STS de 27 de septiembre del 2013, RJ 2013\6534.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

intereses para pasar a considerarse retribución de fondos propios, con lo que se impide su deducibilidad.

2. La fiscalidad de los préstamos participativos

2.1. *Préstamos participativos no realizados entre entidades integradas en un mismo grupo fiscal*

Tal y como acaba de señalarse, a partir de la citada modificación legal, el elemento que hay que tomar en consideración para determinar la fiscalidad de los préstamos participativos se focaliza en las características de los sujetos que intervienen en aquéllos, tributación que no se verá alterada, respecto de lo que sucedía antes de la modificación, cuando las personas o entidades que participen en la operación no formen parte de un grupo fiscal.

En este último contexto se ha manifestado recientemente la Dirección General de Tributos, en su contestación a la consulta vinculante V2007-15, de 26 de junio del 2015, sobre la duda planteada por una entidad que había suscrito un préstamo participativo con una persona física residente en Malta en el que se había pactado como retribución, además de un interés fijo durante la vigencia del préstamo, el 50 % de los beneficios que generase el proyecto inmobiliario que la prestataria desarrollaría con la financiación obtenida.

Para abordar la fiscalidad aplicable a tal operación, el centro directivo analiza lo dispuesto en el nuevo artículo 15a de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, ya que, según la disposición transitoria decimoséptima de dicha norma, este precepto podrá aplicarse a los préstamos participativos llevados a cabo con posterioridad al 20 de junio del 2014, como era el caso³.

A esos efectos, la Dirección General de Tributos recuerda que la carga financiera o cualquier otra retribución derivada de los préstamos participativos puede ser fiscalmente deducible en la medida en que, según la normativa contable que haya de aplicarse —que también es examinada en la contestación—, tales cantidades tengan la consideración de gasto a esos efectos y siempre y cuando, además, no tengan la consideración de gasto fiscalmente no deducible de acuerdo con lo señalado a esos efectos en el referido artículo 15 de la Ley General de Tributos.

Pues bien, en el supuesto consultado, y dado que el prestamista tiene la condición de persona física, se descarta que el préstamo participativo pueda ubicarse entre los otorgados por entidades pertenecientes al mismo grupo, por lo que no opera la prohibición de deducibilidad, sin perjuicio de que sea necesario tomar en consideración lo establecido en el artículo 16 de la ley en relación con las limitaciones allí establecidas respecto de la deducción de gastos financieros. Recordemos que, sintetizando este precepto, los gastos financieros sólo son deducibles con el límite del 30 % del beneficio operativo del ejercicio, con una franquicia de un millón de euros y la posibilidad de deducción en los periodos impositivos siguientes de los gastos no deducidos por aplicación del citado límite.

Al margen de lo anterior, y descartada en el supuesto analizado la aplicación del artículo 15a, tercer párrafo, advierte el centro directivo la necesidad de atender a lo establecido en el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en el caso de que existiese vinculación entre prestamista y prestatario.

Resuelta la cuestión anterior, la Dirección General de Tributos aborda la fiscalidad

³ Por otra parte, la Dirección General de Tributos se ha encargado de señalar que esta disposición transitoria resultará igualmente aplicable en el caso de novaciones modificativas de los préstamos inicialmente concedidos, siendo por tanto de aplicación en el caso de extensiones o prórrogas de los citados préstamos participativos (contestación a la consulta vinculante V1664-15).

de la retribución derivada de la operación para el perceptor, persona física residente en Malta. En ese sentido, y tras analizar el concepto de intereses recogido tanto en el artículo 11.3 del convenio para evitar la doble imposición suscrito entre ese país y España como en los comentarios del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en relación con esta cuestión, el centro directivo no plantea duda alguna respecto a la naturaleza de los intereses que en la operación cuestionada tendrá la renta obtenida por el prestamista. De acuerdo con tal calificación, y atendiendo al artículo 11.1 del citado convenio, concluye la Dirección General que España no tiene potestad para gravar dicha renta y, por tanto, ésta no será objeto de retención.

2.2. *Préstamos participativos realizados entre entidades integradas en un mismo grupo fiscal*

Sin duda ha sido en este ámbito subjetivo donde más cuestiones podían plantearse sobre el verdadero fondo económico de la operación antes de la reforma, conduciendo tanto a la Administración como a los tribunales a discutir la naturaleza de los préstamos de algunas operaciones que, finalmente, acabaron siendo recalificadas como participaciones en fondos propios. Pues bien, tal y como señalamos anteriormente, las controversias originadas en torno a esta cuestión han podido motivar la modificación en virtud de la cual, y a tenor del artículo 15a de la Ley 27/2015, la retribución de los préstamos participativos, que comprende tanto los intereses fijos como los variables, podrá deducirse en la base imponible del impuesto, salvo —y aquí es donde se halla la modificación— que dichas operaciones se hayan llevado a cabo entre empresas que formen parte del mismo grupo de sociedades, según los criterios establecidos al respecto por el artículo 42 del Código de Comercio. En estos casos la retribución estipulada tendrá la consideración de retribución

de fondos propios, debiendo la entidad del grupo prestataria considerar que los intereses percibidos tributan como dividendos a efectos de la exención del artículo 21 de la ley (art. 2.2.º), estando por tanto exentos si reúnen el resto de los requisitos previstos en dicho artículo.

Así pues, por esta vía el legislador ha homogeneizado la fiscalidad de la rentabilidad generada por los préstamos participativos intragrupo, con lo que, a estos efectos, ha perdido relevancia la necesidad de analizar el fondo económico de estas operaciones sobre la base del contenido de las cláusulas contractuales acordadas por las partes.

3. **Una referencia a las consecuencias fiscales en supuestos de «condonación» del préstamo**

Precisamente, sobre las consecuencias que pueden derivarse de las estipulaciones acordadas por las partes en un contrato de préstamo de las características de los que nos ocupan se ha manifestado recientemente el Bundesfinanzhof alemán (Tribunal Fiscal Federal), en su Sentencia de 14 de abril del 2015 (caso núm. IR 44/14). En ese supuesto la matriz había concedido a una de las entidades del grupo, sobreendeudada en ese momento, dos préstamos documentados en un contrato en el que se estipulaba que la prestamista condicionaba o subordinaba su derecho a cobrar la retribución pactada al hecho de que la prestataria obtuviese beneficios en el futuro.

Pues bien, la Administración alemana y, a la postre, el Tribunal Federal, no reconocieron el pasivo que la prestataria reflejaba en su contabilidad, considerando que, si conforme al acuerdo de subordinación la inexistencia de ingresos o beneficios determina la imposibilidad de abonar o cobrar la rentabilidad pactada, no hay ninguna carga económica actual que pueda reflejarse contablemente como pasivo de la prestataria. De acuerdo con esta premisa, el tribunal concluyó que los acuerdos de subordinación que se celebran para evitar la insolvencia de la prestataria concertados bajo ciertas circunstancias y redacciones conducen

a considerar que las cantidades prestadas han sido condonadas, por lo que, según la legislación fiscal alemana vigente en el momento de la controversia, dichas cantidades se tradujeron en un ingreso gravable para el deudor.

Los efectos perniciosos que pueden derivarse de una solución como la acordada por el tribunal alemán no son difíciles de intuir, toda vez que entidades que atraviesan por serias dificultades económico-financieras y recurren a operaciones de financiación intragrupo que finalmente puedan considerarse como condonaciones crediticias pueden terminar encontrándose con bases positivas, e incluso con cuotas impositivas que hayan de satisfacer, sin contar con medios para afrontar dichos pagos.

Teniendo en cuenta lo anterior podríamos plantearnos cuál sería la solución que, de acuerdo con nuestro sistema tributario, se derivaría de una operación como la expuesta. En ese sentido ha de tenerse en cuenta, como apunta la V2007-15 —a la que ya hemos aludido— y por cuanto analiza el tratamiento contable de los préstamos participativos, que «si de las condiciones de la operación se desprendiera que hay una subvención o donación inherente en los términos del acuerdo, ésta deberá contabilizarse de conformidad con lo dispuesto en la norma de registro y valoración 18.^a del Plan General de Contabilidad».

Efectivamente, el Plan General de Contabilidad prevé un trato específico para las «subvenciones, donaciones y legados no reintegrables», por lo que, teniendo en cuenta la interrelación entre la normativa contable y la fiscal a efectos del impuesto sobre sociedades, habrá de estarse, en principio, al resultado contable que arrojen tales operaciones para analizar, posteriormente, si ha de introducirse algún matiz a efectos tributarios.

Desde esa perspectiva, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Plan General Contable en la referida norma de registro y valoración, habrá que diferenciar los supuestos en los que estas operaciones se llevan a cabo entre entidades independientes de aquellos otros casos en los que aquéllas se acuerdan entre empresas del mismo grupo —contexto este en el que surgió la controversia resuelta por el tribunal alemán

en la referida sentencia— y, dentro de estas últimas operaciones, habrá de establecerse también una diferenciación según el grado de participación que la matriz prestamista tenga en las entidades dependientes prestatarias:

a) *Préstamo concertado entre entidades independientes*

Así, cuando las operaciones son concertadas entre entidades independientes, si de las estipulaciones acordadas por las partes pudiera llegarse a una conclusión similar a la mantenida por el tribunal alemán, vislumbrando que del fondo económico de la operación no cabe sino deducir una donación, las consecuencias serían similares a las allí defendidas, ya que el *animus donandi* presente en la operación conllevaría el reflejo en la cuenta de pérdidas y ganancias de un gasto para la donante y su correlativo ingreso para la donataria.

b) *Préstamo concertado entre entidades del grupo íntegramente participadas*

Diferente se plantea la situación cuando el contexto en el que debe analizarse la operación tiene lugar entre entidades del mismo grupo, tal y como sucedía en el caso analizado por el tribunal alemán. En estos casos, y de acuerdo con la norma de registro y valoración 18.^a del Plan General de Contabilidad, las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables otorgados por socios o propietarios no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios, independientemente del tipo de subvención, donación o legado de que se trate.

De acuerdo con lo anterior, la Dirección General de Tributos ha venido entendiendo que en estos casos no se genera un ingreso a efectos fiscales en el prestatario como consecuencia de la capitalización o condonación del crédito. Así, en la contestación a la consulta V3003-14, de 5 de noviembre, siguiendo el criterio de consultas anteriores (v. gr., V0191-14 o V0192-14), se señala que, «existiendo una relación socio-sociedad al 100 % entre prestamista y prestatario, aun cuando con posterioridad

dicho derecho de crédito se vea deteriorado en el ámbito contable, como consecuencia de las dificultades que puedan existir en la entidad prestataria para hacer frente a los pagos comprometidos, debe tenerse en cuenta que la condonación o capitalización de dicho derecho de crédito (cualquiera que sea la forma jurídica empleada) no debe generar ningún ingreso o gasto, desde el punto de vista fiscal, entre las entidades afectadas. Esto es, dicha condonación o capitalización, en un análisis global de la operación desde un punto de vista fiscal, no es sino el reflejo de la mera conversión en fondos propios de un derecho de crédito existente entre la entidad prestamista y prestataria, por un importe equivalente entre ambas partes y respecto del cual carece[n] de relevancia las dificultades del prestatario en proceder a la devolución del mismo, por cuanto la capitalización o condonación ponen de manifiesto, precisamente que dicha devolución ya no se va a tener que producir. Esto es, se ha producido una traslación patrimonial por el importe de la deuda contraída en el momento de generación de la misma, y carece de trascendencia a efectos fiscales el hecho de que el derecho de crédito que ahora es objeto de aportación, esté deteriorado en el ámbito contable».

El mismo razonamiento se mantiene en la contestación a la consulta V0758-15, de 9 de marzo, y con carácter previo, en la contestación a la consulta V0541-14, en la que se establece que las condiciones apuntadas serán válidas tanto para el caso de que la operación haya sido concertada entre una sociedad dependiente y su matriz, como en el supuesto de que se haya realizado entre dos entidades dependientes del mismo grupo, ambas participadas al 100 % por la dominante.

c) *Préstamo concertado entre entidades del grupo parcialmente participadas*

Tal y como acabamos de ver, si se plantea en nuestro país un supuesto similar al analizado por el tribunal alemán y en la operación subyacente hubiesen participado entidades dependientes íntegramente participadas por la dominante, las conclusiones serían bien diferentes a las mantenidas por aquél. Sin embargo, la problemática es mayor cuando la entidad dominante de un grupo pueda concertar un préstamo con una entidad dependiente que cuente con socios minoritarios que no participan en la operación y, posteriormente, el préstamo se entienda condonado.

En estos casos, y desde un punto de vista contable, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas ha considerado⁴ que la solución debe ofrecerse en términos de proporción. Esto es, la parte del préstamo condonado que no se corresponda con la efectiva participación de la entidad dominante prestamista en la dependiente tendrá la consideración de gasto para la primera y de ingreso para la segunda.

Pues bien, la perspectiva fiscal de tales operaciones ha sido analizada recientemente por la Dirección General de Tributos en la contestación a la consulta V2278-15, de 20 de julio, aplicando el apuntado criterio al señalar que cuando existan otros socios de las sociedades dependientes, si la aportación se efectúa en una proporción superior a la que corresponde a la dominante por su participación efectiva en la dominada, el exceso sobre dicha participación se considerará «un gasto para la sociedad donante y un ingreso para la donataria».

⁴ *Vid.*, por ejemplo, la contestación a consulta n.º 4 del BOICAC 79, de septiembre del 2009.