

La tributación de las participaciones preferentes en el IRPF

César García Novoa

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Santiago de Compostela

Miembro de AEDAF

Resumen

Últimamente las participaciones preferentes han tenido una gran presencia en los medios de comunicación. Las participaciones preferentes son instrumentos híbridos de financiación. Los titulares de las participaciones preferentes suelen ser personas físicas. Se debe analizar la tributación en el Impuesto sobre la Renta del rendimiento de las preferentes, así como las ganancias procedentes de las ventas o canje. También las consecuencias de la nulidad de los contratos por arbitrajes o sentencias.

Abstract

Preference shares have been very present in the media in recent times. Preference shares are hybrid financial instruments. Holders of preference shares are usually natural person. It is necessary to analyze taxation of the monetary return from preference shares in the Income Tax. It should also examine the taxation of gains from the sale or change of securities. Also, it is necessary to evaluate the consequence of the nullity of contracts by judicial sentence or arbitration award.

Palabras Clave

Participaciones Preferentes, Impuesto sobre la Renta, financiación híbrida, financiación subordinada, canje, laudo arbitral.

Keywords

Preference shares, Income Tax, hybrid financing, subordinated financing, change of securities, arbitration award.

Sumario

1. Introducción
2. Naturaleza jurídica y marco normativo de las participaciones preferentes
3. Régimen Fiscal
 - 3.1. La retribución pagada por la entidad emisora y percibida por el preferentista.
 - 3.1. Calificación de las rentas obtenidas por el preferentista en el IRPF
 - 3.3. Valoración de la calificación legal de la retribución de las preferentes como rendimientos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios
4. Rendimientos derivados del canje o conversión de las participaciones preferentes en acciones
5. Consecuencias fiscales de la anulación de los contratos de suscripción de preferentes en vía judicial o como consecuencia de los arbitrajes
 - 5.1. La posibilidad de un ingreso indebido con ocasión del ajuste de intereses

1. Introducción

Las participaciones preferentes y los suscriptores de las mismas han estado de actualidad en los últimos tiempos, protagonizando amplios espacios en los medios de comunicación. En el actual contexto de crisis económica y con el sistema financiero en la palestra, la imposibilidad de recuperar lo invertido en *preferentes* ha suscitado gran alarma social y encendidos debates. Se trata de un tema con importantes connotaciones sociales y políticas y que, desde el punto de vista jurídico, tiene implicaciones mercantiles y penales. En el presente trabajo nos limitaremos a analizar las consecuencias estrictamente tributarias, tanto de la titularidad de las participaciones preferentes, como de los rendimientos derivados de las mismas y de los efectos del canje y de la anulación de los contratos de suscripción, por la vía arbitral o por sentencia judicial.

Este análisis debe comenzar, obviamente, con una reflexión sobre la verdadera naturaleza jurídica de estos títulos.

2. Naturaleza jurídica y marco normativo de las participaciones preferentes

Las participaciones preferentes responden a una tipología de títulos, convertidos en instrumentos de inversión, que podrían catalogarse de *híbridos*. Los titulares de los mismos participan en los fondos propios de una entidad pero carecen de los derechos políticos propios del accionista, aunque gozan de preferencia en los derechos económicos¹.

La principal mención legal a las participaciones preferentes se encuentra en el artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. Este precepto se refiere, a efectos de cálculo de la solvencia de las entidades financieras, al concepto de *recursos propios de las entidades*². A la hora de describir el contenido de tales recursos propios, la norma hace referencia al capital social, a las reservas, a los fondos y provisiones genéricos, y en el caso de las Cajas de Ahorro, al fondo fundacional, a las cuotas participativas y a los fondos de la obra benéfico-social³. Además, y dentro de la denominada *financiación subordinada*, se incluyen las partidas exigibles o no, susceptibles de ser utilizadas en la cobertura de pérdidas y, también, las participaciones preferentes.

De esta manera, la citada Ley introdujo en el ordenamiento español el fenómeno de la *secondary debt* o deuda subordinada, esto es, de la financiación en la que el inversor renuncia a un cierto grado de preferencia en la

1 IGLESIAS PRADA, J.L., "Sobre el reforzamiento de los recursos propios básicos de las cajas de ahorro: Cuotas participativas y participaciones preferentes", *Perspectivas del sistema financiero*, nº 81, 2004, págs. 48 y siguientes.

2 Dentro de los denominados recursos propios o capital se incluyen las acciones ordinarias, preferentes y preferentes convertibles; FERNANDEZ, P., "Métodos de valoración de empresas", Documentos IESE, Bussines School-Universidad de Navarra, 20012, pag. 16.

3 La ley 13/1985, de 25 de mayo (modificada por Decreto-Ley 11/2010), que se ocupaba de los coeficientes de inversión, recursos propios y obligación de información de los intermediarios financieros, en su artículo 10,5, disponía que las Cajas de Ahorro deberían destinar a reservas o a fondos de previsión no imputables a activos específicos, en un 50 por 100, como mínimo, de sus excedentes líquidos. Regla que se reitera en la Ley 13/1992, de 1 de junio, que modifica la disposición anterior. Por el contrario, y a diferencia de éstas, elimina la obligación de dedicar porcentajes mínimos a la Obra Social, por las exigencias de las nuevas Normas Internacionales de Contabilidad (NICs) y las propias disposiciones del Banco de España. En función de estas directrices los mínimos destinados a Obra Social deberían computar como gasto y no como una inversión. Por su parte, el Banco de España, en su Circular 4/1991 (Norma Octava), situaba en el Activo del Balance la Cuenta "Aplicación del Fondo de Obra Social", donde se recogían las inversiones realizadas por la Obra Social.

Lo que determina la interesante rentabilidad de las participaciones preferentes es que la retribución del preferentista ha de pagarse con prioridad a la de cualquier otro accionista, lo que le dota de un carácter fijo. No obstante esta retribución fija, las preferentes son títulos de renta variable

recuperación de su inversión a cambio de una alta rentabilidad. Dicha financiación computa como fondos propios de las entidades financieras, según la calificación del Banco Internacional de Pagos de Basilea –*Bank of International Settlements* o *BIS*-. Y así lo recuerdan las reglas de Basilea III, según las cuales “el capital incluye acciones ordinarias, así como todos los demás tipos de instrumentos de capital al contado o sintéticos” e incluye las preferentes en el Capital Adicional de Nivel I⁴.

El principal atractivo para el inversor en esta modalidad de inversión es la alta rentabilidad, muy superior a otras alternativas. Esta modalidad de

deuda subordinada se contemplaba en la Ley 13/1992, de 1 de junio, sobre recursos propios y supervisión de base consolidada de entidades financieras, y en la Circular 3/2008, del Banco de España, de 22 de mayo, sobre determinación y control de recursos propios⁵.

En la misma línea de *financiación híbrida* se situaban las participaciones preferentes o *preference shares*.

En los inicios de la práctica de la emisión de esta clase de títulos, las participaciones preferentes eran emitidas por filiales domiciliadas en paraísos fiscales o territorios de baja tributación (generalmente las Islas Caimán) de entidades financieras o no financieras. Tales filiales solían tener como actividad exclusiva la emisión de participaciones preferentes⁶. Se trataba de títulos que, generalmente, tenían como destino el mercado internacional, cuando no el exterior. Los recursos captados por la filial se depositaban en la matriz a cambio de una remuneración, que servía, a su vez, para pagar la retribución pactada a los inversores en las preferentes⁷. Posteriormente, y sobre todo con la tramitación de la Ley 19/2003, de 4 de julio, las emisiones empezaron a realizarse desde España, y acudieron a ellas, sobre todo ciertas entidades financieras que, como las Cajas de Ahorro, no emiten acciones.

Los inversores que adquirían estos títulos, recibían una remuneración en forma de retribución fija, preferente y no acumulativa, pagadera generalmente en trimestres vencidos a un determinado tipo calculado sobre el valor nominal de cada participación preferente, pero condicionada in genere a un beneficio suficiente en la matriz.

4 Basilea III: marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios, Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, diciembre 2010-junio 2011, pags. 16 y 25.

5 CACHON BLANCO, J.E., *Derecho del Mercado de Valores*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 1992, pag. 208.

6 FERNANDEZ DEL POZO, L., *Las participaciones preferentes: un híbrido financiero supletorio del capital social*, Cizur Menor, Navarra, Civitas, 2005, pag. 32.

7 DELMAS GONZALEZ, F.J., “Comentarios al Reglamento de obligaciones de información respecto de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes de la Unión Europea”, *Documento del Instituto de Estudios Fiscales*, nº 2, 2005, pag.7.

Estas participaciones carecerían de las características notas definitorias del beneficio y, por ende, del dividendo, la variabilidad y aleatoriedad⁸.

Frente a la financiación subordinada en general, las participaciones preferentes, aunque compartan la condición de híbridos, se caracterizan por ser participaciones, por lo que su titular tiene derecho a una parte alícuota del beneficio. En este tipo de títulos se tiene preferencia en el cobro de la retribución y también se tiene una prioridad económica en el momento de la liquidación. Lo que determina la interesante rentabilidad de las participaciones preferentes es que la retribución del preferentista ha de pagarse con prioridad a la de cualquier otro accionista, lo que le dota de un carácter fijo. No obstante esta retribución fija, las preferentes son títulos de renta variable⁹.

Las preferentes participan pues, de las notas características de los títulos de renta variable que garantizan una cierta retribución fija, y, en concreto, guardan similitudes con las acciones sin voto. Sin embargo, son títulos que no cotizan en Bolsa. Para adquirirlas o enajenarlas hay que entrar en un mercado organizado (secundario) donde no se garantiza la liquidez inmediata¹⁰.

Es por ello que la Oficina de Atención al Inversor de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha insistido en el “alto riesgo” de las preferentes, pues las mismas pueden generar rentabilidad, pero también pérdidas de capital en lo invertido. Además, habitualmente, el régimen de las participaciones preferentes incluye la nota de su convertibilidad en acciones comunes y la entidad emisora suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años.

Siendo un instrumento de inversión de alta rentabilidad, su carácter híbrido procede del dato de que el importe de las preferentes computa como capital, reforzando los fondos propios de la entidad. En el caso concreto de las preferentes emitidas en un paraíso fiscal (y en el supuesto más habitual de emisión desde las Islas Caimán), las preferentes pasaban a integrar los recursos propios de primera categoría, lo que suponía el reforzamiento de la solvencia de la entidad. Así lo disponía la Ley 13/1985 en su Disposición Adicional Segunda, añadida inicialmente por la Ley 6/2011, de 11 de abril, y modificada, a su vez, por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

8 Así lo han reconocido las Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, de régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, según las cuales tendrán la consideración de rendimientos íntegros del capital mobiliario obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios, las contraprestaciones de todo tipo obtenidas de la titularidad de las participaciones preferentes, incluyendo las derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos. En el caso de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de valores, se computará como rendimiento la diferencia entre el valor de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de los mismos (cuantificado a partir del valor que corresponda a los valores que se reciban) y su valor de adquisición o suscripción. Por un lado, los gastos accesorios de adquisición y enajenación serán computados para la cuantificación del rendimiento, en tanto se justifiquen adecuadamente. Por otro, los rendimientos negativos derivados de transmisiones de activos financieros, cuando el contribuyente hubiera adquirido activos financieros homogéneos dentro de los dos meses anteriores o posteriores a dichas transmisiones, se integrarán a medida que se transmitan los activos financieros que permanezcan en el patrimonio del contribuyente.

9 DELMAS GONZALEZ, F.J., “Comentarios al Reglamento de obligaciones de información respecto de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes de la Unión Europea”, op. cit., pag.8.

10 FERNANDEZ DEL POZO, L., *Las participaciones preferentes: un híbrido financiero supletorio del capital social*, op. cit., pag. 37.

En tal Disposición Adicional se incluían, además, los requisitos para que las participaciones preferentes computasen como recursos propios. Así, dispone esta Disposición que tales preferentes deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a. Ser emitidas por una entidad de crédito o por una entidad residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.
- b. En los supuestos de emisiones realizadas por una entidad filial, los recursos obtenidos deberán estar depositados en su totalidad, descontados los gastos de emisión y gestión, y de forma permanente en la entidad de crédito dominante o en otra entidad del grupo o subgrupo consolidable. El depósito así constituido deberá ser aplicado por la entidad depositaria a la compensación de pérdidas, tanto en su liquidación como en el saneamiento general de aquélla o de su grupo o subgrupo consolidable, una vez agotadas las reservas y reducido a cero el capital ordinario. En estos supuestos las participaciones deberán contar con la garantía solidaria e irrevocable de la entidad de crédito dominante o de la entidad depositaria.
- c. Tener derecho a percibir una remuneración predeterminada de carácter no acumulativo. El devengo de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la entidad de crédito dominante o en el grupo o subgrupo consolidable.
- d. No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.
- e. No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.
- f. Tener carácter perpetuo, aunque se pueda acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España.
- g. Cotizar en mercados secundarios organizados.
- h. En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de las entidades de crédito, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota-participes.
- i. En el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30 por ciento de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si

dicho porcentaje se sobrepasara una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar ante el Banco de España para su autorización un plan para retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. El Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje¹¹.

Con este marco jurídico se han comercializado las participaciones preferentes durante más de una década, con las consecuencias por todos conocidas y con frecuentes denuncias de engaño en su política de oferta a los ahorradores e inversores. La aplicación a la comercialización de participaciones preferentes de la normativa de protección de los consumidores ha desembocado en procedimientos de arbitraje, en los cuales muchos contratos de preferentes han sido anulados, al entender los árbitros que los suscriptores los adquirieron convencidos de que estaban concertando depósitos a plazo.

Fue precisamente en el marco de la reestructuración bancaria marcada por la crisis financiera cuando la cuestión de las preferentes adquirió una renovada actualidad, a partir de la multitud de reclamaciones presentadas por los afectados.

En este contexto se aprobó la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito y el Memorando de Entendimiento firmado entre las autoridades españolas y europeas el 20 de julio de 2012, que incluían los pertinentes planes de reestructuración financiera.

Paralelamente, muchos titulares de preferentes denunciaron engaño en la comercialización de las participaciones, iniciando acciones judiciales y extrajudiciales orientadas a la recuperación de las cantidades invertidas. Por un lado, algunos preferentistas entablaron ante la jurisdicción ordinaria acciones de nulidad del contrato de suscripción de las participaciones preferentes por vicio en el consentimiento, que dieron lugar en muchos casos a sentencias que condenaban a las entidades emisoras a la devolución del importe suscrito.

En segundo lugar, resultaron frecuentes las solicitudes de arbitraje, muchas de las cuales terminaron en laudos favorables a los preferentistas. Tales laudos, que proliferaron a mediados del 2013 (más de 8.000 resueltos por el Instituto Nacional de Consumo) normalmente incluían la anulación del contrato de suscripción de preferentes por vulneración del Decreto-Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Tales laudos eran fruto de los criterios expuestos en abril de 2013 por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) a través de la Comisión de Seguimiento de Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada, aunque en tales procesos arbitrales no resultaba necesariamente de aplicación el régimen ordinario de Sistema Arbitral de Consumo, regulado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero. Los laudos apreciaban vicio de nulidad del contrato de suscripción de las preferentes y solían aceptar la alegación de que el suscriptor tenía el convencimiento de que estaba concertado un contrato de imposición a plazo fijo. La anulación suponía reconocer que nunca había existido el contrato de participaciones preferentes, obligando a devolver el importe de lo suscrito, pero descontando la diferencia de rentabilidad entre el producto realmente suscrito (preferentes) y el producto que supuestamente el cliente creía que estaba suscribiendo. Se trata del denominado ajuste de intereses, al que nos referiremos más adelante¹².

11 BLANCO MARCILLA, E., *Participaciones preferentes: Rentabilidad de las emisiones*, Monografía nº 24, CNMV, Madrid 2007, págs.72 y ss.

12 ALONSO ESPINOSA, F.J., "Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito", *Diario La Ley*, nº 7875, 2012; MAYORGA TOLEDANO, M.C., "El problema de las participaciones preferentes: déficit regulatorio o apariencia de protección", *Aranzadi Civil Mercantil*, Revista Doctrinal, vol. 2, nº 6, octubre, 2012, pag. 123.

Frente a ello, se previó el procedimiento de canje mediante la entrega de tales acciones al Fondo de Garantía de Depósitos, con la correspondiente quita o descuento, que ha fluctuado entre el 30 y el 70 por 100.

En virtud de ello, el Decreto-Ley 6/2013 previó medidas de liquidez ante la necesidad que iban a tener las entidades financieras (en especial, aquéllas como las Cajas de Ahorro que no cotizan en mercados oficiales) de hacer frente a la devolución de los importes invertidos en preferentes como consecuencia de resoluciones de arbitraje y la recuperación efectiva de parte de la inversión mediante el mecanismo alternativo de canje de acciones. Entre esas medidas destacaba la de dotar al Fondo de Garantía de Depósitos de capacidad legal para adquirir a precios de mercado las acciones no cotizadas que resultasen de los canjes obligatorios de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada de estas entidades, asignándoles recursos suficientes para poder hacerlo.

La ajetreada historia reciente de las participaciones preferentes impone pues que, a la hora de afrontar su fiscalidad, resulte necesario tener en cuenta, no sólo la tributación de la retribución por la titularidad de las mismas, sino las consecuencias de la restitución o canje.

3. Régimen Fiscal

Varias son las cuestiones que afectan al régimen fiscal de las participaciones preferentes. Hay algunas cuestiones que podemos denominar menores, que conciernen a la tributación de las emisiones de preferentes en la imposición indirecta. Así, las operaciones derivadas de la emisión de participaciones preferentes por filiales en el exterior estarán exentas en la modalidad de Operaciones Societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, como así lo ha destacado la respuesta a Consulta V 1647-05¹³, pero sólo porque su emisión tiene lugar fuera.

Pero lo fundamental es la fiscalidad directa de la retribución satisfecha por las entidades emisoras por las preferentes. Vamos a centrarnos en la tributación de los preferentistas residentes, puesto que, de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, las rentas derivadas de las participaciones preferentes obtenidas por sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente estarán exentas de dicho impuesto en los mismos términos establecidos para los rendimientos derivados de la deuda pública en el artículo 13 de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y Normas Tributarias.

Por tanto, se trata de valorar las consecuencias tributarias de la retribución pagada por la entidad emisora y percibida por el preferentista residente y, en concreto, cuando ese inversor tenga la condición de persona física.

3.1. La retribución pagada por la entidad emisora y percibida por el preferentista

El inversor que ha adquirido participaciones preferentes tiene derecho a una retribución financiera que le pagará la entidad emisora. El análisis del tratamiento fiscal de las preferentes debe detenerse, en primer lugar, en la fiscalidad de esta retribución, tanto para el perceptor como para el pagador de la misma.

13 DELMAS GONZALEZ, F.J., "Comentarios al Reglamento de obligaciones de información respecto de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes de la Unión Europea", op. cit., pag. 7.

Una primera aproximación legal a la fiscalidad de las participaciones preferentes se encuentra en la citada Ley 13/1985, de 25 de mayo, donde se incluía que la remuneración de los titulares de participaciones preferentes “tendrá la consideración de gasto deducible para la entidad emisora”. Así lo ratificó la clásica consulta de la Dirección General de Tributos (DGT) de 8 de julio de 2003.

La deducibilidad de lo pagado por la entidad radica en la catalogación de esas cantidades como gasto financiero

La consideración de gasto deducible es la muestra más palpable del régimen híbrido de las preferentes. Estaríamos ante aportaciones de capital que pueden ser remunerados con intereses, en una fórmula muy próxima a la de los *juros sobre capital* propio existentes en Brasil, previstos en el artículo 9 de la Ley Federal nº 9249 de 26 de diciembre de 1995, cuyos importes pueden deducirse para la determinación del beneficio gravable de la empresa pagadora. En ámbito semejante a estos títulos se sitúan otros que han estado en boga últimamente, como las acciones preferentes australianas.

Respecto a los *juros de capital propio* brasileños su carácter híbrido planteaba problemas cuando su tenedor fuese un no residente. Sobre alguna de estas cuestiones se ha pronunciado el TEAC en resolución de 13 de abril de 2011, Vocalía Tercera, RG. 1201/10, 1202/10 y 1884/10 y en la posterior de 26 de abril de 2012, Vocalía Segunda, nº Resolución 00/4085/2010. Lo que se dilucidaba en estas resoluciones era cómo se debían calificar estos *juros*; si de acuerdo con el Estado de la fuente, esto es, de acuerdo con la legislación brasileña, que acerca su tipología a la de los dividendos, o tomando en consideración la calificación española, más próxima a entenderlos en sentido literal como *juros*, esto es, como intereses. Las consecuencias son muy importantes, pues si se sigue este último criterio estaríamos hablando de un importe deducible en la base imponible del pagador, mientras que, de lo contrario, estaríamos ante un dividendo que gozaría de los mecanismos para la corrección de la doble imposición internacional¹⁴.

14 En los casos resueltos por el TEAC, los reclamantes defendían que los *juros sobre el capital próprio* pagados por sus filiales brasileñas tienen la naturaleza jurídica de dividendos y debían ser tratados fiscalmente como tales (distribución de dividendos) a los efectos de la aplicación de los métodos para evitar la doble imposición. Por el contrario, el TEAC entendió, en línea con la opinión de la Inspección de los Tributos, que los *juros sobre el capital propio* debían ser calificados fiscalmente como *intereses* a los efectos de la aplicación del Convenio de Doble Imposición hispano-brasileño, no pudiendo aplicarse sobre los mismos la exención para corregir la doble imposición internacional, dado que no tendrían la calificación de dividendos ni en su obtención concurriría una doble imposición económica susceptibles de ser eliminada. El TEAC entiende aplicable el Convenio de Doble Imposición España-Brasil, y, en concreto, su artículo 3,2, afirmando que “resulta crucial la regla interpretativa específica que nos ofrece el Convenio de Doble Imposición consistente en acudir a la legislación fiscal del Estado de la fuente, y en concreto, a todas las normas que regulan el régimen tributario de dicha figura”. Según el artículo 3,2, a efectos de resolver dudas interpretativas del Convenio, se habrá de acudir a la legislación interna (la relativa a los impuestos que sean objeto del convenio) que se encuentre en vigor en el Estado *que aplique* el Convenio, y que en el caso presente es España. Primero, porque ya es dudoso que el artículo 3,2 de los Convenios formulados según el Modelo OCDE, remita al Estado de la fuente. Pero, además, este artículo 3,2 del Convenio OCDE sólo es aplicable cuando el instrumento financiero no pueda ser subsumido en una de las categorías (dividendos o interés) definida autónomamente por el Convenio. Recordemos que los Convenios incluyen en su texto, disposiciones que se pueden denominar *autónomas* y *cerradas*, que no están en conexión ni dependen de la legislación interna del Estado. Cuando el tipo de norma incluida en el Convenio es una norma de este tipo, no cabe la calificación desde la *lex fori*. Por tanto, la solución para los *juros* no valdrá para otros híbridos cuya subsunción en una de estas categorías previstas en el Convenio no admita dudas. AVERY JONES, “The Definitions of Dividends and Interest in the OECD Model: Something Lost in Translation?”, *British Tax Review*, nº4, 2009, pag.451. Véase, también, nuestro trabajo, “La interpretación de los Convenios de Doble Imposición”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, nº 231, julio-septiembre, 2006, pag. 513.

Estas diferencias de calificación fiscal de los híbridos en los ordenamientos de los distintos países (denominadas calificaciones asimétricas) abre la vía a la posibilidad de arbitraje fiscal internacional, constituyendo un instrumento óptimo de planificación fiscal. Aunque se trata de una cuestión en la que no vamos a entrar en profundidad, conviene recordar, el Informe de la Comisión Europea, *Tackling double non-taxation for fairer and more robust tax systems*, 29.02.2012 y la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de abril de 2012 (B7-0203/2012), sobre la necesidad de adoptar medidas concretas para combatir el fraude y la evasión fiscal, donde se recomienda la adopción de medidas para prevenir la doble no imposición, en particular en relación con el uso de instrumentos híbridos en el marco de las Directivas 90/435/CEE y 2003/49/CE¹⁵.

Al margen de la aplicación de estas reglas internacionales, la deducibilidad de lo pagado por la entidad radica en la catalogación de esas cantidades como gasto financiero, opinando algunos autores que esa es la razón de que se opte por la emisión de participaciones preferentes en lugar de la figura similar de las acciones sin voto, que no permiten la deducción de lo pagado al inversor¹⁶. En cualquier caso, la catalogación de esta retribución como gasto financiero supone que las cuantías satisfechas estarán sujetas al límite de gastos financieros previsto en el Decreto-Ley 12/2012, del 30 por 100 de una magnitud que, en términos generales, podría identificarse con el EBIDTA (beneficio antes de intereses, impuestos, amortizaciones y deterioro) y que el art. 20 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, cifra en el denominado beneficio operativo.

Junto con la calificación como gasto financiero deducible de lo pagado por la entidad emisora de las preferentes, una segunda cuestión a la que se aproxima la regulación del régimen fiscal de las preferentes contenido en la Ley 13/1985, es la relativa a la naturaleza de lo percibido por los preferentistas. En especial, cuando el preferentista es una persona física, sujeto pasivo del IRPF.

3.2. Calificación de las rentas obtenidas por el preferentista en el IRPF

A la tributación de las rentas derivadas de la titularidad de preferentes se refería la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, añadida por la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, modificada, a su vez, con efectos desde el 13 de abril de 2011, por el artículo 1.diez de la Ley 6/2011, de 11 de abril. Esta Disposición Adicional preveía un régimen de ultra-actividad, en la medida en que salvaguardaba el régimen de las participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda que se hubieran emitido con anterioridad a dicha fecha.

Conforme el apartado 2.b) de la mentada Disposición Adicional, "las rentas derivadas de las participaciones preferentes se calificarán como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 23 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias". La referencia al artículo 23.2 de la Ley 40/1998, hay que

15 Como señala CALDERON CARRERO, J. M., a través de estas iniciativas internacionales se podrían estar sentando las bases de una tendencia global dirigida a articular una nueva generación de cláusulas antiabuso específicas (*Specific and targeted rules, TARs*) concebidas para limitar determinados esquemas de planificación fiscal internacional (o productos financieros estructurados) que explotan la interacción entre distintas legislaciones fiscales nacionales, en ocasiones, en combinación con sofisticados esquemas de innovación financiera; "A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición al hilo de una resolución del TEAC sobre híbridos financieros: la reciente reacción de la OCDE frente al arbitraje fiscal internacional", *Quincena Fiscal*, nº 12, 2012, pag. 18.

16 DELMAS GONZALEZ, F.J., "Comentarios al Reglamento de obligaciones de información respecto de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes de la Unión Europea", op. cit., pag.8.

entenderla realizada, a partir de la entrada en vigor de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas, al artículo 25.2 de esta última.

A efectos fiscales las participaciones preferentes no son acciones, sino que prima su condición de deuda emitida

Lo que está queriendo decir la norma, *a sensu*

contrario, es que a efectos fiscales las participaciones preferentes no son acciones, sino que prima su condición de *deuda emitida*, lo que determina que tengan la condición de títulos que materializan la cesión de capitales, aunque se trate de capitales que van a constituir recursos propios de la entidad cesionaria de los mismos.

El citado artículo 25.2 de la Ley 35/2006 dispone que tendrán la consideración de rendimientos del capital mobiliario, entre otros, los rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios. Y la Ley del IRPF establece que son rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios, las contraprestaciones de todo tipo y cualquier retribución pactada como remuneración por tal cesión, así como las derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos. Esta retribución es lo que a la luz de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, sobre régimen fiscal de determinados activos financieros, se dio en llamar *rendimientos explícitos* de los activos financieros.

Al tiempo, el artículo 25 de la Ley del IRPF, menciona lo que tradicionalmente se conocía como *rendimientos implícitos*; en el caso de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de valores, se computará como rendimiento la diferencia entre el valor de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de los mismos y su valor de adquisición o suscripción. Como valor de canje o conversión se tomará el que corresponda a los valores que se reciban¹⁷.

Ello es importante en la medida en que algunas entidades financieras, a efectos de evitar el arbitraje han ofrecido vender las participaciones preferentes por cuenta del cliente, garantizando un precio mínimo y con una importante quita. Lo obtenido por la venta se abonaba en cuenta del cliente y si no se alcanzaba la totalidad de lo invertido por el cliente, la entidad financiera cubría la diferencia.

En este caso parece claro que se produce un rendimiento de capital mobiliario –artículo 25,2, b) de la Ley 35/2006 del IRPF– en el que el valor de adquisición sería el de suscripción de la participación preferente y el de transmisión estaría integrado por la cantidad obtenida por la venta y abonada en cuenta, lo que deparará, seguramente, un rendimiento negativo. Así se desprende de la Consulta de la Dirección General de Tributos de 26 de diciembre de 2012 –V2534-12– según la cual “...si el importe total satisfecho por la entidad de crédito no se realizase en el mismo momento, sino que primero se efectuase la venta abonándose el importe de dicha venta y, posteriormente, a consecuencia de no haberse recuperado el importe total de la inversión, el cliente reclamase la diferencia no obtenida y el banco le abonara una cantidad adicional a la que deriva de la operación de venta, dicha cantidad no formaría parte del valor de transmisión y conforme a lo previsto en el apartado 2.b) de la disposición adicional

17 Los gastos accesorios de adquisición y enajenación serán computados para la cuantificación del rendimiento, en tanto se justifiquen adecuadamente. De esta manera, estos rendimientos se equiparan a los intereses, y estarán sujetos a retención del 21 %. Este régimen se aplica a las emisiones de instrumentos de deuda realizadas directamente por entidades de crédito, siempre que se cumpla el requisito de cotización en mercados organizados. Se consideran, según las Consultas Vinculantes de 9 de febrero de 2005 (V0172-05), instrumentos de deuda, todo tipo de instrumentos distintos de aquéllos que constituyen una participación en el capital propio de una entidad, independientemente de la forma de retribución.

segunda de la Ley 13/1985 antes mencionado, se consideraría rendimiento del capital mobiliario, estando sometido a retención a cuenta". Del texto anteriormente expuesto se desprende que el Centro Directivo (que insistió en la misma doctrina en la Consulta V1593-13, de 14 de mayo de 2013) se ve en la tesitura de dar alguna calificación jurídica a este rendimiento a efectos fiscales. Ante ello opta por entender que hay una pérdida derivada de la venta de la preferente y que el pago que hace el Banco de la diferencia es un rendimiento de capital mobiliario independiente. Sin embargo, es evidente que ese pago no va ligado a ninguna cesión patrimonial, por lo que la calificación resulta claramente forzada.

No hay una aportación de fondos ni una cesión de capital que justifique la calificación de la cantidad adicional que abona el Banco, por lo que cabría pensar que es una simple compensación (a la que, incluso, se le podría asignar finalidad indemnizatoria) que daría lugar a una ganancia de patrimonial no ligada a la enajenación de un bien o derecho. Esto es, no sería un rendimiento del capital mobiliario, sino una ganancia derivada de la incorporación o afluencia de bienes. Al no derivar de una transmisión de un elemento patrimonial no formaría parte de la renta del ahorro, sino de la renta y de la base imponible general y no se podría compensar con la renta negativa derivada de la venta de las preferentes por la entidad financiera. Parece que la calificación que se adopta es la más favorable a que la pérdida por la venta de las preferentes pueda ser utilizada para compensar otros rendimientos positivos del preferentista. Pero favorecer la compensación (que es una exigencia del principio de renta neta) no es, desde luego, una razón que justifique forzar las calificaciones.

Y desde luego se fuerza (y se afecta a la neutralidad) cuando las soluciones tributarias para dos casos sustancialmente iguales y con idéntico sustrato económico son radicalmente distintas. Así, si la venta fuera una operación "definitiva" y el total satisfecho por la entidad de crédito habría un rendimiento implícito, positivo o negativo, computándose la totalidad de la cantidad recibida en el valor de transmisión que se restaría del valor de venta. Pero si primero se efectuase la venta, abonándose el importe de dicha venta y, posteriormente, a consecuencia de no haberse recuperado el importe total de la inversión, el cliente reclamase la diferencia no obtenida y el banco le abonara una cantidad adicional a la que deriva de la operación de venta, dicha cantidad no formaría parte del valor de transmisión y conforme a lo previsto en el apartado 2.b) de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985 se consideraría rendimiento del capital mobiliario, estando sometido a retención a cuenta.

El *segregar* del valor de transmisión la parte de la cantidad abonada que supera el importe inicialmente invertido por el preferentista, supone propiciar la generación de un rendimiento negativo inmediato y dotar a los inversores de una renta negativa compensable con rendimientos de capital mobiliario positivos, en el propio ejercicio o los cinco siguientes. Para ello se califica como una renta independiente del capital mobiliario la cantidad abonada por la entidad financiera que completa lo invertido por el cliente. Sin embargo, la realidad es que el verdadero valor de transmisión del activo a efectos del cálculo del ingreso o pérdida, está integrado por la totalidad de lo recibido. Tanto en la parte que iguala el valor invertido, como en la parte que lo supera.

Por lo demás, la calificación en concepto de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios implica que nos encontramos ante rendimientos de capital mobiliario, integrados en la base del ahorro. Las consecuencias serán que el rendimiento formará parte de la base del ahorro, aplicándose a la misma los tipos de gravamen de ésta que, como es sabido, han experimentado un importante incremento, con efectos del 1 de enero de 2012, como consecuencia de la reforma introducida por el Decreto-Ley 20/2011 de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Desde la entrada en vigor de esta norma, los tipos aplicables pasan a ser del 21 por 100, para rendimientos inferiores a 6.000 euros, del 26 por

100, para rendimientos entre 6.001 y 24.000 euros y del 27 por 100 para rendimientos superiores a 24.001 euros¹⁸.

Además, la calificación de las rentas derivadas de las participaciones preferentes como rendimientos del capital mobiliario implica que estén sujetas a la obligación de practicar retención, en concepto de pago a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las

Personas Físicas correspondiente al perceptor, El porcentaje de retención era del 19 por 100 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90.1 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, retención que en la actualidad es del 21 por 100, también como consecuencia del Decreto-Ley 20/2011.

La calificación en concepto de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios implica que nos encontramos ante rendimientos de capital mobiliario, integrados en la base del ahorro

No obstante lo anterior, el artículo 75.3 e) del citado Reglamento establece que no existirá obligación de practicar retención o ingreso a cuenta sobre los rendimientos derivados de la transmisión o reembolso de activos financieros con rendimiento explícito, siempre que estén representados mediante anotaciones en cuenta y se negocien en un mercado secundario oficial de valores español. Por tanto, las ganancias derivadas de la transmisión de las participaciones preferentes no estarían sujetas a retención.

3.3. Valoración de la calificación legal de la retribución de las preferentes como rendimientos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios

La calificación de la retribución procedente de las participaciones preferentes como rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios, esto es, como intereses, merece algunas críticas.

Para perfilar estas críticas es necesario aventurar el porqué estos ingresos se califican como rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios.

Esta calificación puede, en primer lugar, fundarse en una regla de coherencia que exigiría que si este rendimiento es deducible como coste financiero para el pagador, tenga, para el perceptor, una calificación similar.

No obstante, la calificación de un rendimiento de capital como retribución de cesión de capitales (intereses) sólo puede entenderse en contraste con su catalogación como rendimiento derivado de participaciones en fondos propios (dividendos). Contraste que, tradicionalmente se ha apoyado en la distinción entre *renta variable* (participación en fondos propios) y la *renta fija* (cesión de capitales).

Así, podemos decir que el rendimiento que deriva de la participación en fondos propios tiene por ejemplo arquetípico el dividendo y se caracteriza por las notas de *variabilidad* y *aleatoriedad*. Al margen de esta característica, lo cierto es que discernir qué es y qué no es dividendo a efectos del IRPF ha sido siempre una constante en nuestro ordenamiento a diversos efectos, especialmente en relación con la aplicación de la deducción por doble

18 SANCHEZ PEDROCHE, J.A., *Ahorro y Fiscalidad*, Cuadernos Fiscales, EDESA, Madrid, 2002, pag. 25; SANZ GADEA, E., "Tributación sobre las ganancias de capital y modelos de imposición sobre rentas de capital" en *Presente y Futuro de la Imposición Directa en España*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pag. 365.

La calificación de un rendimiento de capital como retribución de cesión de capitales (intereses) sólo puede entenderse en contraste con su catalogación como rendimiento derivado de participaciones en fondos propios (dividendos)

imposición de dividendos. En cualquier caso, sí es posible afirmar que los rendimientos derivados de las preferentes serán intereses en la medida en que no sean dividendos, por lo que resulta conveniente perfilar cuándo nos encontramos ante un dividendo¹⁹.

Como notas distintivas del dividendo podemos señalar que, en primer lugar, el mismo consiste en una entrada monetaria en el patrimonio del socio

que constituye la expresión económica del *derecho al dividendo*, que a su vez es la concreción del derecho a la participación en beneficios²⁰. El derecho a la participación en beneficios se reconoce en el art. 93, a) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual la acción concede a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales. En caso de usufructo de acciones, el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, en su vertiente de adquisición-atribución, corresponderá al usufructuario.

Este derecho al reparto, en sentido corporativo-abstracto, sólo se concreta en la medida en que la Junta General acuerde tal reparto. Cuando la Junta General decida que el beneficio no se reparta en forma de dividendo sino que se incorpore a reservas (lo cual supondría financiar a la sociedad con cargo a los socios), el derecho corporativo-abstracto a participar en beneficios subsiste, y se proyecta sobre esos beneficios inmovilizados. La participación en beneficios no es, por tanto, otra cosa que la generación de liquidez en cabeza del socio a costa de los beneficios sociales. Por tanto, los mecanismos jurídicos a través de los cuales esos beneficios pueden repartirse son también formas de "participación en beneficios" (de hecho, el derecho del accionista a participar en el patrimonio resultante de la liquidación es complementario del derecho a participar en beneficios) y deberían tener, por imperativo de las exigencias de neutralidad, un tratamiento fiscal similar²¹.

Dicho esto, un concepto adecuado de *dividendo* puede ser el que lo entiende como la parte expresada y normalmente satisfecha en dinero, del beneficio neto obtenido por una sociedad de capital, que se atribuye al socio en proporción al capital desembolsado²². Por lo dicho anteriormente, el objeto del dividendo podría ser también la parte proporcional de reservas estatutarias destinadas a este fin o de reservas de libre disposición que la Junta General acuerde repartir a cada accionista en proporción al capital que haya desembolsado²³.

De la definición expuesta se desprende que una de las notas características del dividendo, como concepto jurídico, es su vinculación al beneficio, al constituir una parte o porcentaje del mismo a partir de una participación

19 ALVAREZ BARBEITO, P., *Los rendimientos de capital mobiliario en el IRPF*, Cedecs, Barcelona, 1999, pag. 324.

20 A pesar de su naturaleza monetaria, no se excluye, la existencia de dividendos en especie. No obstante, su existencia es menos común que en el resto de rendimientos de capital mobiliario, en especial de los que proceden de la "cesión a terceros de capitales propios". La sentencia del TS de 3 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9607), en concreto, trataba el caso de "entrega de regalos a inversores por entidad financiera" y entendía aplicable el régimen del IRPF de rendimientos de capital mobiliario.

21 URIA, R., *Derecho Mercantil*, 22 ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, pag. 262.

22 MASSAGUER FUENTES, J., "Voz "Dividendo a cuenta", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pag. 2548.

23 BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1985, pag. 234.

en los fondos propios de la entidad. Y al beneficio empresarial son consustanciales las notas de “variabilidad e incertidumbre”, ya que “es imposible obtener ganancias sin enfrentarse a los riesgos en un ambiente económico”. Las notas de riesgo e incertidumbre, la aleatoriedad con probabilidades conocidas o desconocidas²⁴, se predicarán tanto del beneficio social como de la obtención del dividendo: el riesgo, la variabilidad y la incertidumbre están en la esencia misma de lo que comúnmente se conoce como “renta variable”.

Por tanto, un requisito esencial para que podamos hablar de dividendos es que los rendimientos que puedan ser catalogados como tales, tengan dos notas. La primera, que se atribuyan a un sujeto que ostente la condición de accionista, socio, asociado o partícipe (artículo 25, 1, d) de la Ley 35/2006, del IRPF²⁵. En segundo lugar, el dividendo es una parte alícuota del beneficio, y por tanto, tendrá las notas de aleatoriedad y variabilidad propias de éste. Ello contrasta con la existencia de “acciones privilegiadas”, que otorgan un dividendo preferente, posibilidad prevista en el artículo 498 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y regulado en la Sección 2ª del Capítulo II del Título IV.

La primera de las características concurre en las preferentes, pues las mismas integran los recursos propios de las entidades que las emiten, y ello ha de prevalecer frente a la nota de que son una emisión de deuda.

Respecto a los beneficios derivados de esas acciones privilegiadas pudiera parecer que no participan de las notas aleatorias típicas del dividendo. Así ocurre respecto a los dividendos *mínimos* correspondientes a las acciones sin voto a que hace referencia el art. 98 del Texto Refundido de las Sociedades de Capital. No obstante, si bien no son dividendos todos aquellos ingresos que constituyan retribuciones fijas del inversor, lo cierto es que hay que aclarar qué se entiende por tales retribuciones fijas. Serían retribuciones fijas aquellas participaciones en el beneficio social que no dependen del *an* ni del *quantum* del mismo. Por tanto, no serían retribuciones fijas las que sólo dependen del *an*; esto es, aquéllas que se pagan si hay beneficios, pero su cuantía no guarda relación con el importe de tales beneficios. Estos pagos son una participación preferente en la distribución de los mismos y su variabilidad radica en la nota de que su percepción depende, precisamente, de que haya beneficio. Una retribución “fija”, en la medida en que es garantizada, sobre un beneficio es, en realidad, una mera preferencia en el cobro del dividendo. Pero se trata de un dividendo y no de un rendimiento *fijo y cierto*. Así, el dividendo mínimo en el caso de acciones sin voto sí debe tener tratamiento de dividendo. Aunque su cuantía es fija, el derecho a su percepción depende de que existan beneficios²⁶.

24 KNIGHT, F.H., *Riesgo, incertidumbre y beneficio*, Aguilar, Madrid, 1947, págs. 45 y ss.

25 URIA, R., *Derecho Mercantil*, op. cit., pag. 255.

26 No obstante, este dividendo anual mínimo, contra lo que pudiera parecer *icto oculi*, es un auténtico dividendo y no un *rendimiento fijo*. A favor de esta afirmación milita el argumento de la expresa prohibición de crear acciones con derecho a percibir un interés, a que se refiere la Resolución de la DGRN de 1 de junio de 1993, siendo el interés el *rendimiento fijo* por excelencia. No caben acciones con *rendimiento fijo*, ya que, aun en el caso de un dividendo fijo o una participación fija en beneficios, la retribución dependerá de la eventualidad de que existan beneficios. En suma, este tipo de retribución fija no es un interés, sino un dividendo preferente, que tributará como tal dividendo, al no existir en nuestro derecho positivo una cláusula semejante a la del ordenamiento italiano que, a través del art. 44 del TUIR, excluye de los rendimientos asimilados a los de las acciones, todos aquellos títulos que en palabras de GALLO, F., no exponen al socio al “riesgo de empresa”, o lo que es lo mismo, al riesgo, de “pérdida del capital”; “L’adeguamento del sistema fiscale italiano al nuovo Diritto delle Società: il régime degli strumenti finanziari”, en *Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais*, Cood. Heleno Taveira Torres, Ed. Quartier Latin, Sao Paulo, 2005, pag. 192. Véase también LOVISOLO, A., “L’imposizione degli utili derivanti da partecipazioni in società (1958-1972)”, *Diritto e Partita Tributaria*, nº 5, 1973, II, pag. 945. Del mismo autor, *Il sistema impositivo dei dividendi*, Cedam, Padova, 1980, págs. 943 a 963.

Una vez precisado qué debe entenderse por *dividendo*, a efectos tributarios, recordemos que siempre que nos encontremos ante un dividendo, la regulación vigente, basada en la Ley 35/2006, lo somete a un similar tratamiento tributario: integración en la base del ahorro, con aplicación de los tipos impositivos ya señalados y modificados con efectos de 1 de enero de 2012, sin deducción por doble imposición interna. Además, los rendimientos negativos se compensan exclusivamente con positivos del mismo tipo. Si el resultado de la integración y compensación arroja saldo negativo, su importe sólo podrá ser compensado con el saldo positivo que se ponga de manifiesto durante los cuatro años siguientes.

Señaladas estas notas típicas del dividendo como renta gravable en el IRPF, debemos ver a continuación si es correcta la catalogación de los rendimientos de las participaciones preferentes como rendimientos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios. Téngase en cuenta que la retribución a percibir por el preferentista consiste en una remuneración predeterminada de carácter no acumulativo, condicionada a la existencia de beneficios distribuibles en la entidad de crédito dominante o en el grupo o subgrupo consolidable. Ello quiere decir que, en las participaciones preferentes, cualquiera que sea la fórmula de remuneración prevista, no se devengará retribución alguna cuando no existan beneficios distribuibles. Se considera que mantiene este carácter no acumulativo la remuneración que se lleva a cabo mediante el incremento del nominal de los valores en el importe que resulte de aplicar los tipos de interés previstos para cada período sobre el nominal inicial o sobre el nominal resultante de anteriores incrementos.

A nuestro juicio, la retribución del preferentista no se diferencia en demasía de manera sustancial del dividendo mínimo de las acciones sin voto. Tiene con este tipo de acciones la nota característica de no ser un *rendimiento fijo*, y de obtenerse a partir de un título, la participación preferente, que computa como capital en las entidades que las emiten. Por ello, la retribución del titular de participaciones preferentes constituye una participación en los fondos propios.

Teniendo en cuenta estas características, no parece muy acertado calificar las rentas derivadas de las participaciones preferentes como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios, como hace la Ley 13/1985.

Sobre todo, si tenemos en cuenta que, la Ley del IRPF 35/2006, en su artículo 25, incluye dentro de los rendimientos obtenidos por la participación de fondos propios no sólo los dividendos sino las “participaciones en los beneficios de cualquier tipo de entidad” y los “rendimientos procedentes de cualquier clase de activos, excepto la entrega de acciones liberadas que, estatutariamente o por decisión de los órganos sociales, facultan para participar en los beneficios, ventas, operaciones, ingresos o conceptos análogos de una entidad por causa distinta de la remuneración del trabajo personal”. Para GARCIA BERRO, “...lo verdaderamente relevante es que dentro de estas dos letras deben considerarse agrupados indistintamente todos los supuestos de participación (por los socios o por quienes no lo sean) en beneficios sociales que hayan soportado un gravamen efectivo previo en el Impuesto sobre Sociedades” y la retribución de las participaciones preferentes es una participación en el beneficio de la entidad emisora, aunque sólo fuese porque tal derecho a la retribución no existe si no hay beneficios²⁷.

Si tal calificación no es la más adecuada desde la perspectiva de la corrección conceptual, la misma sólo puede tener una explicación, y es la de dotar a la fiscalidad de los rendimientos de las preferentes de un régimen jurídico determinado. Fundamentalmente, la de excluir la concurrencia de ganancias o pérdidas patrimoniales.

27 GARCIA BERRO, F., “Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas” en *Evaluación del Sistema Tributario Vigente. Propuestas de mejora en la regulación de los distintos impuestos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pag. 73.

Así lo recuerda la Consulta de la DGT de 26 de septiembre de 2012 (V2248-11), al afirmar que "... tanto la remuneración que perciban los titulares de participaciones preferentes como cualquier otra renta derivada de las mismas, incluida la procedente de la transmisión o amortización de dichos valores, tendrá la consideración de rendimientos del capital mobiliario, derivados de la cesión a terceros de capitales propios", no generando nunca plusvalías.

La retribución de las participaciones preferentes es una participación en el beneficio de la entidad emisora, aunque sólo fuese porque tal derecho a la retribución no existe si no hay beneficios

Si las retribuciones de las preferentes no son nunca ganancias o pérdidas patrimoniales, los rendimientos generados por las mismas se integrarán en la base imponible del ahorro independientemente de su período de generación, por el rendimiento neto resultante de deducir del importe bruto de las retribuciones, los gastos de administración y depósito. Y, además, el rendimiento neto se integra y compensa, exclusivamente, con los demás rendimientos de la base del ahorro. Así lo dispone el artículo 49.1 a) de la Ley 35/2006, del IRPF, al decir que "la base imponible del ahorro estará constituida por el saldo positivo de sumar el saldo resultante de integrar y compensar, exclusivamente entre sí, en cada período impositivo, los rendimientos a que se refiere el artículo 46 de esta Ley, que si arroja saldo negativo, su importe sólo se podrá compensar con el positivo que se ponga de manifiesto durante los cuatro años siguientes"²⁸.

Así pues, la venta de participaciones preferentes provocando un rendimiento del capital mobiliario negativo, podrá ser compensada con rendimientos del capital mobiliarios positivos generados a lo largo de ese mismo ejercicio -intereses, dividendos, cupones, rescate de seguros no colectivos, venta de activos de renta fija-, pero nunca con ganancias patrimoniales -venta de acciones, fondos de inversión, productos derivados o inmuebles-²⁹.

Opera aquí, la *doble estanqueidad* de la base del ahorro, a efectos de compensación. Por un lado, no es posible la compensación del rendimiento negativo de la base del ahorro con el saldo positivo de las ganancias y pérdidas que provengan de la transmisión de elementos patrimoniales que también forman parte de la base del ahorro. Por otro, tampoco es posible la compensación con renta de la base general ya que, como es sabido, no es posible ninguna compensación entre rendimientos que se incluyen en los dos tipos de clases de renta³⁰.

En suma, las pérdidas de las preferentes se compensarían exclusivamente con rendimientos procedentes de intereses o dividendos. Pero no se podrían compensar con las ganancias derivadas de la venta de acciones ni de otros elementos patrimoniales. Ello tendrá gran importancia, primero, porque es frecuente que los titulares de preferentes obtengan pérdidas, bien en la venta de las participaciones preferentes (única vía en el caso, por ejemplo, de preferentistas de Novagalicia), bien con ocasión del canje de las mismas por acciones, posibilidad que han otorgado a los titulares de preferentes algunas entidades financieras. Por otro lado, aquí se revela una

28 RODRIGO SAUCO, F., *La tributación de las ganancias de capital en el IRPF: de donde venimos y hacia donde vamos*, Documento de Trabajo, nº 2, 2012, Instituto de Estudios Fiscales, pag. 61.

29 BLASCO DELGADO, C., *Los incrementos y disminuciones de patrimonio en el IRPF*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pag. 254; CAYON GALIARDO, A., "La definición de los incrementos y disminuciones patrimoniales en la Ley 18/1991". *RTT*, núm. 14, 1991, pags. 43 y ss.

30 MARTIN DELGADO, J.M., "Ganancias y pérdidas de patrimonio", *Estudios sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pag. 433.

vertiente favorable de la calificación de la rentabilidad de las preferentes como rendimientos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios. Si tenemos en cuenta que el perfil de los preferentistas se acerca más al de los ahorradores que al de los puros inversores, será más frecuente que tales ahorradores perciban dividendos que ganancias patrimoniales. Muy probablemente se haya considerado que, para los pequeños ahorradores titulares de preferentes, esta calificación resulta más favorable, en especial en relación con el período impositivo de 2012, en que se han materializado buena parte de estas *pérdidas*.

Sin embargo, lo más probable es que estos pequeños ahorradores no tengan en 2012 ni en los cuatro años siguientes rendimientos de capital suficientes como para compensar la pérdida correspondiente al ejercicio 2012. Con lo cual nos encontraremos con una situación que suele ser habitual en nuestro ordenamiento jurídico-tributario en los últimos tiempos: se fuerzan las calificaciones para perseguir un supuesto resultado ventajoso para un sector de contribuyentes al que se quiere favorecer y, al final, ni se respetan las categorías jurídicas ni se consigue el resultado favorecedor pretendido.

Y todo ello no puede servir para eclipsar la crítica al vigente régimen de compensación de rendimientos negativos en el IRPF. Y es que, desde una perspectiva económica, no tiene ningún sentido que alguien que obtiene ganancias patrimoniales en un producto financiero ("preferentes"), pero tiene pérdidas por la misma cantidad en otra inversión financiera ("acciones"), deba tributar, cuando no ha experimentado ninguna manifestación de riqueza en forma de afluencia de renta a su patrimonio.

A nuestro juicio resulta positivo que esta estanqueidad se modifique en el Anteproyecto de Reforma del IRPF que se incluye en la reforma fiscal aprobada en el Consejo de Ministros de 20 de junio de 2014. En la modificación prevista del artículo 49,1 de la Ley del IRPF, se permite compensar en la base del ahorro, rendimientos con ganancias y pérdidas patrimoniales, con el límite del 25 % del saldo positivo.

A lo que hay que unir la inaplicación del mínimo exento de los primeros 1.500 euros, previsto en el artículo 7 y) de la Ley del IRPF. Esta medida, si bien se entendió como una regla que pretendía conjurar la doble imposición de dividendos tras la sentencia *Manninen* de 7 de septiembre de 2004, C-319/02, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³¹, tiene en realidad la función de una exención parcial para pequeños ahorradores, habilitada por razones de capacidad económica. Se trata de una medida que no se va a aplicar a los preferentistas. Su no aplicabilidad a los rendimientos de las preferentes se pone de manifiesto de forma expresa en la Consulta V1821-12, de 19 de septiembre de 2012. En cualquier caso, la modificación del artículo 7 de la Ley del IRPF, incluido en el Anteproyecto que integra el paquete de la reforma fiscal, prevé la supresión de esta exención.

4. Rendimientos derivados del canje o conversión de las participaciones preferentes en acciones.

Junto a la fiscalidad de las retribuciones preferentes hay que referirse a la tributación de otros rendimientos ocasionales percibidos por los titulares de estas participaciones, derivados de otro tipo de operaciones.

31 Véase al respecto, SANFRUTOS GAMBIN, E.-LINARES GARCIA DE COSIO, F., ¿Está herido de muerte el sistema español de corrección de la doble imposición de dividendos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tras la sentencia *Manninen*?, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, nº 640, pag. 10. También GARCIA PRATS, A., "La coherencia fiscal desde la perspectiva interna, internacional y comunitaria", *Diritto e Pratica Tributaria*, vol. LXXIII, 2002, pag. 417.

En este punto, conviene recordar que las rentas procedentes de la enajenación de las participaciones preferentes no dan lugar a ganancias o pérdidas patrimoniales, sino a rendimientos de capital mobiliario, procedentes de la cesión a terceros de capitales. Así lo afirma la ya citada Consulta de la DGT V2534-12, al decir que “las rentas percibidas por los inversores tienen la consideración de rendimientos del capital mobiliario derivados de la cesión a terceros de capitales propios, ya se trate de la remuneración percibida por su titular -que tendrá una retención del 21%-, como la procedente de la transmisión o amortización de dichos valores -no tiene retención-”.

Las pérdidas de las preferentes se compensarían exclusivamente con rendimientos procedentes de intereses o dividendos. Pero no se podrían compensar con las ganancias derivadas de la venta de acciones ni de otros elementos patrimoniales

Esta calificación como rendimientos de capital mobiliario se mantendrá incluso cuando lo que se reciba a cambio de la venta de las acciones sea un depósito a plazo y el *adquirente* que *recompra* las participaciones preferentes sea la propia entidad emisora. A este supuesto se refiere la respuesta a Consulta V1992-13, de 13 de junio de 2013, en la que se dispone que el importe del rendimiento del capital mobiliario vendrá determinado por la diferencia entre la cuantía de la imposición a plazo recibida de la entidad de crédito y el valor de adquisición de los valores.

Pero, en este caso, se trata de referirse a otro tipo de operaciones. Por ejemplo, el canje de las preferentes por otros activos (por ejemplo, obligaciones subordinadas u obligaciones convertibles en acciones) y, en especial, por acciones³².

Como hemos apuntado, el canje ha sido una opción concedida por algunas entidades financieras a los titulares de preferentes, para evitar que la única manera de deshacerse de la inversión no fuese la rescisión del contrato o la anulación del mismo por laudo arbitral o sentencia judicial³³. En este sentido, resulta determinante la Resolución de 7 de junio de 2013 de la Comisión Rectora del FROB, emitida en el marco del Plan de Reestructuración, y que incentiva la conversión en acciones de las participaciones preferentes o deuda subordinada.

También el canje o conversión genera, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25, 2, b) de la Ley del IRPF, rendimientos de capital mobiliario, que se imputarán al período impositivo en que sea exigible para el perceptor, exigibilidad que se produce en el momento de la conversión (entre otras, consulta de la DGT V1765-13, de 29 de mayo de 2013).

El canje ofertado incluye de ordinario una quita que, en la práctica, vienen oscilando en torno a un 38 % (el nominal de las acciones recibidas era menor que el de las preferentes entregadas a cambio). Esa quita se justificaría

³² Consulta de la DGT V2960-13, de 3 de octubre de 2013).

³³ De hecho, se ha planteado si podrían tener la condición de canje ciertas operaciones, como las previstas en la respuesta a Consulta V3495-13, de 2 de diciembre de 2013, en la cual se plantea el caso de una entidad que suscribió obligaciones subordinadas no garantizadas contingentemente convertibles (OSC 2012) como consecuencia de una emisión realizada por la entidad A, en diciembre de 2012. En el acuerdo de emisión de dichas obligaciones se preveía el compromiso de la emisora y de los obligacionistas de convertir las obligaciones subordinadas convertibles 2012 en obligaciones subordinadas no garantizadas contingentemente convertibles (OSC 2013) que iban a emitirse con posterioridad, en proporción 1:1. La conclusión de la DGT es que esta operación no tiene la consideración de canje de acciones, teniendo en cuenta que por tal canje hay que entender aquella operación por la cual se sustituyen valores emitidos por otros con distintos valores económicos.

como una compensación de la ventaja sobrevenida que se atribuiría a los nuevos accionistas al asignarles unos activos con mucha mayor liquidez, al ser negociables en mercados secundarios. Posteriormente, dichas acciones podrían ser adquiridas por el Fondo de Garantía de Depósitos, con una nueva quita (de aproximadamente del 10 %) que se sumaría a la inicial. Igualmente, en la conversión ha sido habitual que la misma se haga por un valor porcentualmente más bajo que el importe de la inversión inicial (consulta V2799-13, de 20 de septiembre de 2013).

Existiría, por tanto, en términos coloquiales, una *pérdida*, consistente en la diferencia entre el valor de lo invertido en participaciones preferentes (valor de adquisición de los valores) y el valor atribuido a las acciones recibidas, que, en el caso de conversiones, recibirá el nombre de *valor de conversión* (consulta V1631-13 de 17 de mayo de 2013).

En la medida en que tanto el canje como la conversión de preferentes generan rendimientos de capital mobiliario (así lo recuerda la Consulta V1051-13 de 2 de abril de 2013) dicha merma no se califica como pérdida patrimonial sino como un rendimiento del capital mobiliario negativo, que se imputará al período impositivo en que sea exigible para el perceptor.

La calificación como rendimiento de capital mobiliario afecta también al régimen de compensación de este rendimiento. Una vez más sólo cabe compensar esta renta negativa con rendimientos de capital mobiliario positivos (básicamente, intereses y dividendos), dentro de la base del ahorro.

Por el contrario, si las acciones recibidas se enajenan, la plusvalía o minusvalía tendrá la calificación de ganancia o pérdida patrimonial. Esta enajenación puede incluso tener lugar antes del período mínimo de permanencia que suele fijarse en muchos acuerdos de conversión, a efectos de que el inversor perciba el resto del importe invertido inicialmente en las participaciones preferentes. Ello no afectará al hecho de que tal enajenación producirá una ganancia o pérdida patrimonial (consulta de la DGT V1631-13 de 17 de mayo de 2013). Lo verdaderamente trascendente será si tal enajenación se ha producido una vez transcurrido más de un año o menos de un año desde la fecha del canje puesto, que en el primer caso, de existir una ganancia patrimonial, se incluirá en la base general del IRPF.

Será aquí aplicable el régimen general previsto en la Ley 35/2006 del IRPF para las ganancias de patrimonio, y aquellas disposiciones generales, referidas al cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial en el caso de transmisión de acciones a través de mercados organizados.

Así, la ganancia o pérdida vendrá determinada por la diferencia entre el valor de la adquisición y transmisión.

El valor de adquisición será el precio de suscripción de las mismas, que normalmente será el fijado en la resolución del FROB; las acciones se entenderán adquiridas en la fecha de su suscripción simultánea (consulta de la DGT V0725-14, de 17 de marzo de 2014). El valor de enajenación resultará ser, por aplicación de las reglas generales, el fijado a partir de la cotización en la fecha de transmisión o el precio pactado cuando fuese superior, con la excepción, señalada por la jurisprudencia, de aquellos supuestos en que la transmisión de valores se realice fuera de la Bolsa, a través de fedatario público, “en cuyo caso la identificación entre el precio efectivamente satisfecho y el de cotización puede no tener sentido...” (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003 –RJ 2003, 3623–), pudiendo atenderse al precio de enajenación efectivamente percibido. En cualquier caso, el valor de adquisición se minorará en el importe de lo obtenido en la venta de los derechos de suscripción obtenidos

de dichas acciones³⁴. La ganancia se incluirá en la base del ahorro, si el período de generación es superior a un año, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46, b) de la Ley 35/2006 del IRPF. Por el contrario, en el improbable escenario de una venta inmediata de las acciones recibidas con ganancia (lo que requeriría una revaluación inmediata de la cotización de las mismas) el beneficio obtenido soportaría la penalización fiscal de la tributación de la ganancia patrimonial generada en un período inferior a un año, en la base general del impuesto, como consecuencia de la modificación introducida por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, en cuya Exposición de Motivos se califica este tipo de ganancias como especulativas. Esta ganancia se integrará, pues, en la base general del impuesto, tributando al tipo de gravamen progresivo de la tarifa.

Tanto la remuneración que perciban los titulares de participaciones preferentes como la renta procedente de la transmisión o amortización de dichos valores, tiene la consideración de rendimientos del capital mobiliario, derivados de la cesión a terceros de capitales propios. En este caso, también como dijimos, se computará como rendimiento la diferencia entre el valor de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de los mismos (cuantificado a partir del valor que corresponda a los valores que se reciban) y su valor de adquisición o suscripción

De la misma manera, y de acuerdo con el artículo 49, b) de la Ley del IRPF, la posible pérdida patrimonial se compensará con ganancias de las previstas en el artículo 46 de la Ley del IRPF, obtenidas en el mismo período impositivo. Y si por el contrario, el preferentista obtuviera una pérdida patrimonial generada en un período no superior a un año (de las previstas en el artículo 48, b) de la Ley del IRPF), dicha pérdida podrá ser compensada con las ganancias generadas también en un período inferior a un año y con ganancias que no deriven de transmisiones de bienes o derechos. Si el resultado es negativo, se podrá compensar con hasta el 10% del resto de rentas incluidas en la base general, frente al 25 % previsto en la legislación anterior a la citada Ley 16/2012, de 27 de diciembre, la cual, no obstante, incluye un régimen transitorio sólo para pérdidas materializadas entre 2009 y 2012 y pendientes de compensación a 1 de enero de 2013. No cabrá nunca, por el contrario la compensación con rendimientos negativos de la base del ahorro (regla de estanqueidad). Si después de esta operación aún quedase un importe negativo, el importe pendiente de compensación podría compensarse durante los 4 ejercicios siguientes, en el mismo orden descrito.

5. Consecuencias fiscales de la anulación de los contratos de suscripción de preferentes en vía judicial o como consecuencia de los arbitrajes

Como hemos dicho, tanto la remuneración que perciban los titulares de participaciones preferentes como la renta procedente de la transmisión o amortización de dichos valores, tiene la consideración de rendimientos del capital

34 Véase nuestro comentario "El valor de enajenación en la venta de acciones cotizada en Bolsa pero vendidas fuera de la misma", *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, nº 17, febrero, 2004, pag. 21. También GALAN SANCHEZ, R.M., *Las ganancias y pérdidas patrimoniales en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pag. 204.

mobiliario, derivados de la cesión a terceros de capitales propios. En este caso, también como dijimos, se computará como rendimiento la diferencia entre el valor de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de los mismos (cuantificado a partir del valor que corresponda a los valores que se reciban) y su valor de adquisición o suscripción.

No obstante, muchos han sido los preferentistas que han planteado reclamaciones judiciales o extrajudiciales para lograr la devolución de las cantidades invertidas, lo que dio lugar a sentencias y laudos arbitrales que anulan los contratos.

En el caso de las sentencias, han sido muchas las resoluciones judiciales que han apreciado vicio en el consentimiento, al considerar las preferentes un “producto financiero complejo”. Siguen así la estela marcada por algunos casos emblemáticos como las resoluciones del Juzgado de 1.ª Instancia de Madrid 97, 15/2013, de 4 de febrero o la del Juzgado de 1.ª Instancia Barcelona, n.º 44, de 17 de diciembre de 2012, que anulan los contratos por vicio en el consentimiento al apreciar inexistente información precontractual ante un producto financiero muy complejo y afirmando que “la falta de información y la imposibilidad de conocer los riesgos reales...generaron el error del consentimiento y demuestran que de haber conocido el producto no lo hubieran suscrito”³⁵.

La mayoría de estas sentencias aplican el artículo 1266 del Código Civil, entendiendo que la suscripción de las preferentes se hizo con error en el consentimiento, y que el error recayó sobre “la sustancia que fue objeto del contrato”, en concreto, sobre la verdadera naturaleza del producto financiero que se estaba contratando. Aprecian también una inducción al error por parte de las entidades financieras, por falta de información o por información insuficiente sobre el riesgo de la operación o la aportación de información errónea, como asegurar que la operación estaba garantizada³⁶. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1261 del Código Civil, el consentimiento de los contratantes es un requisito esencial para la concurrencia del contrato, y que el consentimiento se reputa no válido, las sentencias vienen a declarar la resolución de los contratos, obligando a las partes a restituirse recíprocamente los importes abonados, con los intereses legales devengados desde la fecha efectiva del pago o cobro (arts. 1124 y 1303 del Código Civil).

En el caso de los laudos arbitrales, muchos preferentistas acudieron a la vía arbitral, solicitando se les aplicase la Ley de Protección de Consumidores, aunque en otros casos la vía seguida fue un arbitraje *peculiar* diseñado por la propia entidad financiera (caso Bankia) y que, según algunos autores, constituía una transacción disfrazada de arbitraje³⁷.

En lo relativo a los laudos recaídos en estos procedimientos arbitrales, la DGT se ha pronunciado, tanto respecto a laudos anteriores a la resolución del FROB (consulta V1001, de 8 de abril de 2014), como posteriores (consulta V0725 de 17 de marzo de 2014).

Los laudos recaídos en estos procedimientos suelen declarar la nulidad de los contratos de suscripción de las preferentes por vicio en el consentimiento, disponiendo que “los contratantes se tienen que restituir recíprocamente

35 MENDEZ TOJO, R., “Doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes”, *Diario La Ley*, nº 7970, 2012, pag. 5.

36 FERNANDEZ BENAVIDES, M., “Participaciones preferentes: aproximación al problema y primeras respuestas de la jurisprudencia civil”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla La Mancha, nº 4, 2012, pag. 31.

37 ZUNZUNEGUI, F., “El arbitraje de Bankia es una ficción”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 25 de abril de 2013, pag. 4.

las cosas materia del contrato". Por ello el laudo resuelve que la entidad de crédito restituirá al cliente la cantidad correspondiente al importe de la inversión y, a su vez, el cliente restituirá a la entidad de crédito los valores (consulta V0725 de 17 de marzo de 2014)

La mayoría de los laudos arbitrales entienden que lo esencial y determinante es saber qué tipo de contrato fue realmente objeto de celebración por las partes. En los casos en que los órganos arbitrales lo entienden acreditado, los laudos llegan a la conclusión de que lo que quiso el particular fue un contrato de depósito a plazo ("resulta obvio que la apariencia y la voluntad de la parte reclamante era, sin ninguna duda, la de suscribir una imposición a plazo fijo o un producto de similares características" –laudo al que se refiere la consulta V1001, de 8 de abril de 2014-). Por eso, el laudo propicia un convenio arbitral, a través del que se acuerda que la entidad de crédito pague la cantidad determinada en el laudo y que el cliente ponga a disposición de la entidad de crédito los valores objeto del arbitraje.

Junto a la nulidad del contrato de preferentes, hay que proceder a lo que se denomina *ajuste de intereses*; esto es, el cálculo de la diferencia entre los intereses pagados y los que procederían si se aplicase el interés con que la entidad retribuye una cuenta corriente de ahorro o un depósito a plazo

Por ello, junto a la nulidad del contrato de preferentes, hay que proceder a lo que se denomina *ajuste de intereses*; esto es, el cálculo de la diferencia entre los intereses pagados y los que procederían si se aplicase el interés con que la entidad retribuye una cuenta corriente de ahorro o un depósito a plazo. Ese interés puede ser el precio estándar de las imposiciones a plazo que la entidad financiera paga en condiciones normales, o el que se pagaba en el momento en que se adquirieron las preferentes, posiblemente superior, ya que muchas entidades financieras llevaron a cabo campañas de captación de pasivo ofreciendo remuneraciones muy superiores a las que, habitualmente, venían aplicando. Por su parte, las sentencias que anulan las preferentes también prevén ajustes de intereses y suelen tomar en consideración el interés legal. Esa regularización se traduce en una menor cantidad a devolver al reclamante o recurrente; esto es, en lo que podríamos denominar, una *pérdida*. Cuanto mayor sea ese interés, menor será la pérdida a computar.

El tratamiento que se le viene aplicando a estas *pérdidas*, resultantes de los ajustes de intereses es la de un rendimiento negativo de capital mobiliario, que sólo puede compensarse con los rendimientos positivos que se obtengan en los cuatro años posteriores. Incluso esta fue la calificación que se le asignaba en las comunicaciones de datos fiscales emitidos por la Agencia Tributaria en la campaña del IRPF de 2013. Así lo determina de manera categórica la consulta V0725-14, de 17 de marzo de 2014, al recordar que la compensación en la base imponible del ahorro se llevará a cabo conforme a las reglas establecidas en el artículo 49 de la Ley 35/2006, reguladora del IRPF.

5.1. La posibilidad de un ingreso indebido con ocasión del ajuste de intereses

El denominado *ajuste de intereses* tiene como presupuesto la anulación de rendimientos percibidos y declarados en las rentas de años anteriores, en concepto de intereses, que han sido sometidos a retención, bien al 19%, bien al 21%. La cuestión que surge es si los tributos satisfechos por unos intereses cuya percepción se anula con afectos

ex tunc, pueden dar lugar a un ingreso indebido³⁸ por los importes retenidos y como consecuencia de la diferencia entre el tipo de interés contractual y el aplicado como consecuencia del laudo arbitral³⁹. El argumento al que se recurre para defender la posibilidad de solicitar la devolución de ingresos indebidos es, precisamente, que tales retenciones fueron indebidas, porque los intereses nunca existieron al resultar anulados. Y resultarían anulados por ser frutos derivados de un contrato anulado.

No obstante, entendemos que el planteamiento no puede ser tan simplista y exige afinar un poco más las apreciaciones.

Por ingreso indebido podemos entender el pago de un tributo en condiciones o circunstancias que no son acordes con las que la ley prevé para ese tributo. Cuando esto ocurre, el pago no produce el efecto jurídico de extinguir la obligación tributaria sino el efecto contrario, de hacer surgir un derecho de restitución a favor del obligado tributario que ha efectuado el pago. El pago deja de ser un acto debido, para convertirse en una realidad puramente fáctica, a la que se liga la consecuencia del nacimiento de una obligación legal de devolución. De esta manera, el pago indebido puede definirse como pago hecho en condiciones contrarias a las que exige el ordenamiento jurídico. Normalmente se tratará de un pago ilegal, pero el pago puede ser indebido porque la ley que se ha aplicado resulta declarada inconstitucional, o el reglamento ilegal⁴⁰. De hecho, el Tribunal Supremo, venía afirmando que un ingreso indebido era "...la disconformidad a Derecho de los actos administrativos de liquidación o de las actuaciones de los obligados tributarios".

Por eso, cuando el pago del tributo fue legal o acorde con el ordenamiento jurídico, la necesidad de restitución del mismo no sería una devolución (que se predicaría sólo de ingresos indebidos) sino un *reembolso*. Así, procedería el reembolso cuando "tuviera lugar una alteración de las relaciones jurídicas entre contribuyente y Administración que incidan en el presupuesto que constituye el hecho imponible, ya sea por modificación de la capacidad económica del sujeto pasivo, por motivos de política económica, por comparación con cantidades anticipadas por el sujeto pasivo o por cualquier otra causa"⁴¹. La DGT ha insistido en que no se puede calificar como ingreso indebido el relativo a cuotas correctamente devengadas por realización de una operación sujeta, cuando posteriormente dicha operación queda sin efecto por sentencia judicial firme (respuesta a Consulta de 12 de marzo de 2009- V 532-09).

Sin definir en qué consiste un pago indebido, el artículo. 34, 1, b) de la Ley 58/2003, General Tributaria, establece que los obligados tienen derecho a obtener, en los términos previstos en esta Ley, las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo y las devoluciones de ingresos indebidos que procedan con el abono del interés legal fijado en el art. 26 de mismo texto legal.

38 PENA BEIROA, J.A., "La fiscalidad en la nulidad de la compra de participaciones preferentes declarada por laudo arbitral", *O Economista*, nº 102, marzo, 2013, pag. 4.

39 PENA BEIROA, J.A., "La fiscalidad en la nulidad de la compra de participaciones preferentes declarada por laudo arbitral", *O Economista*, nº 102, marzo, 2013, pag. 4.

40 Véase nuestra obra, *La devolución de ingresos tributarios indebidos*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons-Madrid, pag. 100.

41 LEJEUNE VALCARCEL, E., "La devolución de ingresos tributarios en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por causa de nulidad, rescisión o resolución de actos y contratos", *Cadernos de Dereito Tributario*, nº 32, 1985, pags. 92 a 94.

El art. 221, 1 de la propia Ley General Tributaria dispone que el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución se iniciará de oficio o a instancia del interesado en los supuestos de duplicidad de pago o pago de deudas prescritas, mencionando el caso del pago de deudas extinguidas por pago o prescripción, debiendo extenderse ello al caso de deudas extinguidas por *otras formas de extinción*. En tal caso, y según el artículo 15 del RD 520/2005, de 13 de mayo que regula el Reglamento General de Revisión, el derecho a la devolución podrá reconocerse en el procedimiento previsto en el art. 221, 1 de la Ley General Tributaria.

La DGT ha insistido en que no se puede calificar como ingreso indebido el relativo a cuotas correctamente devengadas por realización de una operación sujeta, cuando posteriormente dicha operación queda sin efecto por sentencia judicial firme

No obstante, el IRPF, tributo al que nos estamos refiriendo, se gestiona mediante autoliquidación. Por eso es importante tener en cuenta el contenido del artículo 221, 4 de la propia LGT de 2003, dedicado a los aspectos formales de las devoluciones de ingresos indebidos. En este precepto se establece que “cuando un obligado tributario considere que la presentación de una autoliquidación ha dado lugar a un ingreso indebido podrá instar la rectificación de la autoliquidación...”. Al cauce procedimental de dicha rectificación el artículo 120, 3 de la Ley 58/2003, que dispone que “cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente”. Serán las disposiciones reglamentarias las que concreten los distintos aspectos procedimentales del ejercicio de esta solicitud de rectificación. En la actualidad el procedimiento para la rectificación de autoliquidaciones aparece regulado en el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RAPGIT), y no, como parecería corresponder, en el *Reglamento de Revisión*, aprobado por RD 520/2005, de 13 de mayo. Este se limita a señalar, en su artículo 15,1, que el derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos podrá reconocerse, entre otros cauces formales, “en un procedimiento de rectificación de autoliquidación a instancia del obligado tributario o de otros obligados en el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo anterior”.

El art. 126 del RAPGIT desarrolla los demás aspectos del procedimiento, atendiendo a la idea de que todo procedimiento de rectificación de autoliquidaciones termina con la adopción de una liquidación provisional, unido al dato de que, cuando corresponda, el propio acuerdo debería incluir la declaración del derecho a la devolución de ingresos indebidos (art. 128 del RAPGIT).

A ello hay que añadir las especialidades concurrentes en el caso de que la solicitud de rectificación de autoliquidaciones tenga como objeto una retención o ingreso a cuenta y, en especial, cuando la rectificación de las autoliquidaciones hubiese sido solicitada por el obligado tributario que soportó indebidamente retenciones, ingresos a cuenta o cuotas repercutidas. En este sentido, el artículo 129, 2 del RAPGIT reconoce la posibilidad de que la rectificación de las autoliquidaciones sea solicitada por quien hubiera soportado indebidamente una retención.

Cabe, por tanto, plantearse si la retención practicada y el IRPF satisfecho por los intereses de las participaciones preferentes cuando el contrato ha sido declarado nulo por vicios en el consentimiento pueden catalogarse

Si el ajuste de intereses lleva a la entrega al preferentista de una cantidad inferior a la recibida, se producirá una pérdida patrimonial

como ingresos indebidos, a efectos de aplicar las previsiones normativas expuestas.

En tal sentido, conviene señalar que los intereses satisfechos a los preferentistas soportaron el gravamen en concepto de IRPF porque se realizó el hecho imponible del tributo, ya que el preferentista percibió

rendimientos de capital mobiliario. En su momento, por tanto, el ingreso fue plenamente debido. Posteriormente, la exigencia del tributo no se vio privada sobrevenidamente de fundamento, ya que no hubo lugar a una anulación *ex tunc* de la norma en que el tributo se fundó. Lo que sí ocurrió es la nulidad del contrato que dio lugar al rendimiento gravado. Es cierto que lo que es nulo no ha existido nunca y además no ha producido ningún efecto, con lo que se podría defender que esos intereses *jurídicamente* no se han percibido nunca. A nuestro juicio, ello sería así si el hecho imponible del IPRF fuera un hecho de naturaleza estrictamente jurídica, respecto al que se pudiera defender que si tal hecho jurídico no ha existido en el mundo del Derecho no ha existido nunca. Es lo que ocurre con el Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, lo que justifica el contenido del artículo 57 del Texto Refundido del ITP y AJD, en cuyo párrafo primero señala que “cuando se declare o reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato, el contribuyente tendrá derecho a la devolución de lo que satisfizo por cuota del Tesoro, siempre que no le hubiera producido efectos lucrativos...”, añadiéndose que “... se entenderá que existe efecto lucrativo cuando no se justifique que los interesados deben llevar a cabo las recíprocas devoluciones a que se refiere el artículo 1.295 del Código Civil”.

Sin embargo, en el IRPF el hecho imponible es la “obtención de renta” (artículo 6,1 de la Ley 35/2006 del IRPF), y es obvio que los rendimientos de capital mobiliario consistentes en la percepción de la retribución a los preferentistas se obtuvieron y pasaron a integrar el patrimonio del perceptor. Cuando se percibieron se generó un rendimiento gravable y la obligación de restituir lo que en su momento se percibió generará, todo lo más, un rendimiento negativo o una pérdida de patrimonio.

No procederá, por tanto, una solicitud de devolución de ingresos indebidos⁴². Por el contrario, habrá, en términos amplios, una *pérdida*, siendo el principal problema la cuestión de su calificación. Si el ajuste de intereses lleva a la entrega al preferentista de una cantidad inferior a la recibida, se producirá una pérdida patrimonial. No habrá un rendimiento de capital negativo porque no estaremos, en sentido estricto, ante una transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos, sino ante una devolución derivada de una resolución judicial o de un laudo arbitral. No estaremos ante una ganancia o pérdida derivada de la “transmisión de elementos patrimoniales adquiridos”, sino ante una renta negativa que formará parte de la renta general y se compensará de acuerdo con las reglas del artículo 48 b) de la Ley 35/2006.

42 En contra, PENA BEIROA, J.A., “La fiscalidad en la nulidad de la compra de participaciones preferentes declarada por laudo arbitral”, op. cit., pag. 4.