

Capital privado

# Amortización anticipada de préstamos participativos

El presente documento analiza el fundamento y el ámbito objetivo y subjetivo de protección de la norma que dispone la obligación de dotar los fondos propios de las sociedades de capital en caso de amortización anticipada de préstamos participativos, así como las consecuencias de su incumplimiento.

## FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid  
Consejero Académico de Gómez-Acebo & Pombo

### 1. Introducción

La decisión de amortizar anticipadamente un préstamo participativo puede tener su origen en razones de variada índole.

Los intereses de los préstamos participativos otorgados por entidades del mismo grupo a partir del 20 de junio del 2014 no son deducibles desde la reforma de la Ley del Impuesto de Sociedades (LIS) —art. 15a—, por lo que mantener el pago de aquéllos si se cuenta con la posibilidad —financiera y jurídica— de amortizar anticipadamente el préstamo puede ser contrario al interés social. Con más razón habría que amortizar los «préstamos» que la Agencia Tributaria haya resuelto «re- calificar» como aportación al capital (en lo

que se refiere a préstamos anteriores a la citada fecha).

La decisión puede tener también su origen en un cambio de control de la compañía, que puede requerir el pago por la sociedad del préstamo concedido por los socios salientes al resultarles conveniente la amortización anticipada de dicho préstamo.

En las líneas que siguen analizaremos dos cuestiones:

En el apartado II estudiaremos el contenido de la obligación legal de ampliar los fondos propios tipificada en el artículo 20.uno.b del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y

de fomento y liberalización de la actividad económica: si se amplían necesariamente realizando nuevas aportaciones o es posible hacerlo mediante una simple recalificación de reservas la cuantía (si la inicial del préstamo o la pendiente de amortización) o el periodo de tiempo (si alguno) durante el cual debe mantenerse el refuerzo de los fondos propios.

En el apartado III analizaremos las consecuencias del incumplimiento de esta obligación para todas las partes implicadas.

## 2. La amortización anticipada de los préstamos participativos

### 2.1. Régimen legal

El artículo 20.uno.b del Real Decreto Ley 7/1996 establece lo siguiente sobre la amortización anticipada de los préstamos participativos:

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

A la vista del tenor literal de la norma, se pueden efectuar algunas consideraciones preliminares:

- a) El legislador español considera válido el pacto de amortización anticipada del préstamo participativo

(a instancia del prestatario) incluido en el propio préstamo, ya que contempla incluso la posibilidad de pactar para ese caso una «cláusula penal» (no ligada a la idea de incumplimiento ni por tanto al artículo 56 del Código de Comercio). Nótese que se parte de que el préstamo tiene plazo, ya que en otro caso se consideraría un préstamo «a la vista» que se reclamaría cuando el prestamista lo considerase y que no parece conforme con la naturaleza misma de este tipo de préstamos.

- b) La obligación legal de «compensar» la amortización mediante una ampliación de los fondos propios «de igual cuantía» sólo procede cuando es la sociedad prestataria quien ejerce su facultad de amortización anticipada y no cuando ello responda a la decisión del prestamista (v. gr., por darse alguna de las causas previstas en el contrato, como incurrir la sociedad prestataria en causa de disolución, cesar en la actividad, destinar el préstamo a fin distinto del pactado, etc.).
- c) No obstante, es razonable pensar que la obligación también se aplica cuando la amortización anticipada es fruto de un acuerdo *ad hoc* entre las dos partes o cuando se trata de una amortización promovida por el prestamista, pero «buscada» por la sociedad prestataria (con las dificultades probatorias inherentes).

### 2.2. Fundamento y contenido de la obligación de dotar los fondos propios

La obligación de realizar una ampliación de los fondos propios «de igual cuantía»

se fundamenta en la necesidad de proteger a los acreedores no participativos respecto de la permanencia del crédito participativo (que es un crédito subordinado) durante más tiempo que la del suyo, teniendo a la vista que la sociedad habrá eludido sus deberes de disolución obligatoria por pérdidas al beneficiarse del régimen excepcional de contabilización de estos préstamos como patrimonio neto (art. 20.uno.d RDL 7/1996).

Dicha protección se puede lograr de dos maneras: una, mediante el establecimiento de un plazo mínimo legal de duración de este tipo de préstamos, como ocurre en algunos ordenamientos, y la otra, mediante la configuración de cautelas para el caso de amortización anticipada y, en particular, una obligación de dotar los fondos propios de la compañía en una cuantía equivalente, que es la opción elegida por el legislador español.

De este modo, el ámbito de protección de esta norma se puede definir como sigue:

## a) Subjetivo

La norma protege a los acreedores no participativos (contractuales, legales o extracontractuales) cuyos créditos hayan nacido antes de que el hecho de su amortización se haya publicado en la memoria de las cuentas anuales. A partir de ese momento, los acreedores no podrán alegar que confiaron en la subsistencia del préstamo participativo (financiación subordinada) referido en la memoria ni que, por tanto, hayan sido afectados por la amortización anticipada.

## b) Objetivo

La compensación que pide la ley trata de neutralizar el riesgo que implica para los acreedores la propia existencia de deuda participativa frente su pago anticipado.

Desde este punto de vista, hay que tener en cuenta que la financiación participativa desactiva la aplicación de las reglas legales sobre reducción obligatoria de la sociedad anónima y disolución por pérdidas de las sociedades de capital, con el consiguiente pago a los acreedores vía liquidación (art. 20.uno.d RDL 7/1996), de modo que la sociedad puede girar en el tráfico sin incurrir en causa de disolución porque la deuda participativa (que es subordinada) y con un vencimiento fijado en una fecha determinada es considerada parte del patrimonio neto de la compañía.

Desde este punto de vista, puede afirmarse que los acreedores confían en que el préstamo no se pagará hasta una determinada fecha, de modo que hay ciertos activos que están (contablemente) «bloqueados» hasta entonces. Si antes de la fecha de vencimiento se utilizan activos sociales para pagar deuda subordinada, se genera un riesgo para los acreedores que la ley exige que se compense de un modo equivalente (es decir, con parecido nivel de garantías para los acreedores).

La averiguación de la finalidad de la norma y de su ámbito objetivo y subjetivo de protección permite concluir que

la dotación de los fondos propios debe realizarse por la totalidad de la cantidad amortizada de forma anticipada (no por el importe inicial del préstamo, si en parte ya venció) y que dicha dotación debe mantenerse durante el periodo inicial de vigencia del mismo préstamo.

Es más conflictiva la forma en que debe verificarse esa ampliación de los fondos propios. Contablemente se consideran como tales el capital social desembolsado, las reservas, los resultados de ejercicios anteriores y el resultado del ejercicio, menos las acciones o participaciones propias mantenidas en el patrimonio y el dividendo percibido a cuenta del resultado del ejercicio. En consecuencia, podría pensarse que la ampliación de los fondos propios requiere siempre realizar una «aportación» (como decía el precedente legislativo del Real Decreto Ley 7/1996 —art. 11 RDL 8/1983, de 11 de noviembre—), sea una aportación al capital (incluida la capitalización de deuda), sea una aportación a la cuenta 118 del Plan General Contable (que constituye una reserva equiparable a la reserva por prima de emisión), que deberá mantenerse durante el periodo pendiente de vencimiento.

Sin embargo, la averiguación del sentido y finalidad de la norma permite a nuestro juicio admitir otras formas válidas de lograr la compensación a la que se refiere el legislador:

a) Desde luego, si de lo que se trata es de dejar a los acreedores no participativos como estaban o, dicho de otro modo, de mantener el mismo grado de garantías existentes, puede valer como medida de compensación la sustitución de un préstamo

participativo por otro de duración idéntica a la inicial.

- b) Y también sería posible realizar un aumento de capital con cargo a beneficios o reservas de libre disposición o, simplemente, recalificar una reserva disponible como indisponible, por un principio de economía de técnica jurídica: no tiene sentido que los socios se repartan una reserva de libre disposición para luego realizar la aportación a fondos propios que requiere el legislador como consecuencia de la amortización del préstamo participativo si se puede llegar al mismo resultado mediante la simple recalificación de la reserva.
- c) No obstante, si, como consecuencia de la amortización anticipada, la sociedad incurre en causa de disolución o de reducción obligatoria de la cifra de capital, el reequilibrio patrimonial deberá realizarse necesariamente mediante un aumento de la cifra de capital en la medida suficiente.

### 3. Consecuencias de la infracción de la norma

#### 3.1. *Nulidad del ejercicio de la facultad de amortización anticipada*

En lo que se refiere a las consecuencias jurídicas derivadas de la infracción del deber de ampliar los fondos propios, la primera cuestión que valorar consiste en determinar si la infracción de lo dispuesto en el artículo 20.uno.c del Real Decreto Ley 7/1996 debe conllevar la nulidad del ejercicio de la facultad de amortizar en caso de estar previamente pactada o, en otro caso, del acuerdo de

amortización anticipada entre prestamista y prestatario mediante la novación del contrato. Conforme a las reglas generales del Código Civil en materia de nulidad de obligaciones y contratos, esto implicaría el restablecimiento obligatorio y con efectos retroactivos del contrato originario, con la consiguiente obligación de reintegrar la cantidad pagada al prestamista menos las cuotas e intereses que se hubieran devengado de no haberse acordado la citada amortización.

Pues bien, en nuestra opinión, la nulidad debe reservarse para el caso en que la amortización hubiera sido acordada de mutuo acuerdo entre las partes del contrato y la prestamista conociera el incumplimiento de la norma legal.

En cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad, correspondería a cualquiera con interés legítimo, que, conforme a lo explicado en el apartado anterior, serían los titulares de derechos de crédito existentes hasta el momento de la amortización del préstamo participativo en tanto no se les paguen o garanticen sus créditos y aquellos que hubieran contraído obligaciones con la sociedad en la confianza de la existencia de la financiación subordinada publicada en la memoria.

### 3.2. *Acciones rescisorias y de defensa del derecho de crédito contra el prestamista*

En caso de concurrencia de acreedores, por resultar el patrimonio insuficiente para la satisfacción de los créditos, las consecuencias se sitúan principalmente en el ámbito de las acciones rescisorias. La amortización anticipada de un préstamo subordinado supone una lesión

para la colectividad de los acreedores no participativos (o «comunes») que puede dar lugar al ejercicio de acciones rescisorias (concursoales o no). En función de si dichas acciones se promueven dentro o fuera del concurso de acreedores, la sociedad prestamista, beneficiada por la amortización anticipada de un préstamo subordinado, podría verse obligada a reintegrar la suma percibida, bien a la masa activa del concurso, bien a la sociedad prestataria en la medida necesaria para que el acreedor o acreedores perjudicados puedan cobrar sus créditos.

Todo lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de que el acreedor pospuesto promueva una acción contra el acreedor participativo que cobró (indebidamente) de forma anticipada.

### 3.3. *Responsabilidad de los administradores de la prestataria y de la sociedad prestamista o sus administradores*

El incumplimiento de una norma de carácter imperativo puede generar la responsabilidad de los administradores de la sociedad prestataria por los daños que sean objetivamente imputables a la infracción de esa norma tanto si la perjudicada es la sociedad como si los perjudicados son terceros.

Toda vez que la obligación de dotar los fondos propios en cuantía equivalente a la del préstamo pendiente de amortización tiene por finalidad reforzar la situación patrimonial de la compañía en protección de los acreedores, habría daño indemnizable: a) si la sociedad prestataria hubiera incurrido en situación de insuficiencia patrimonial, y b) por la cuota proporcional que le correspondería

haber percibido a los acreedores protegidos por la norma si la prestataria hubiera dotado sus fondos propios en la medida exigida por la norma infringida.

Eventualmente, pero sólo para el caso de que el prestamista concediera su consentimiento a la amortización anticipada

del préstamo participativo (no prevista inicialmente) conociendo que la prestataria había incumplido su deber de dotación de los fondos propios de la compañía, cabría extender esta responsabilidad indemnizatoria al prestamista o, en caso de ser una sociedad, a sus administradores.