

ANÁLISIS



Fiscal

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la calificación contable y fiscal de la emisión de participaciones preferentes y la tributación de su recompra

Cuando el pago de la remuneración no depende de la libre voluntad de una entidad que emite las participaciones preferentes incluida en un grupo de consolidación fiscal y está condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la sociedad dominante y a la efectiva distribución de dividendos a los accionistas ordinarios, tales participaciones deben calificarse de pasivos financieros.

ENRIQUE ORTEGA CARBALLO

Socio coordinador del Área de Fiscal
de Gómez-Acebo & Pombo

SATURNINA MORENO GONZÁLEZ

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad
de Castilla-La Mancha
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La Sala Tercera, Sección Segunda, del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia 761/2026, de 18 de junio (rec. 143/2024), aborda por vez primera la compleja cuestión de la calificación a efectos contables y fiscales de las participaciones preferentes en una operación de emisión y posterior recompra de éstas por parte de una sociedad filial participada al 100 % por la entidad dominante e incluida en un grupo de consolidación fiscal a efectos del impuesto sobre sociedades.

Los hechos que están en el origen de la controversia son, de forma resumida, los relacionados a continuación:

— En junio del 2005 una entidad incluida en un grupo de consolidación fiscal y participada al 100 % por una sociedad dedicada a la generación, distribución y comercialización de energía y servicios realizó una emisión de participaciones preferentes que no incorporaban derechos políticos. Según las condiciones de la emisión:

- a) el pago del dividendo sería variable y no acumulativo, en función de un tipo de interés de referencia más un diferencial;
- b) la retribución del dividendo por parte de la entidad emisora se realizaría por trimestres naturales vencidos, condicionada a la existencia de beneficio distribuible por parte de la entidad dominante y al pago de dividendos a sus accionistas ordinarios;
- c) la entidad emisora tendría la opción, pero no la obligación, de abonar a los titulares de las participaciones preferentes una remuneración en especie mediante el incremento del valor nominal de aquéllas;

- d) su vencimiento se produciría a perpetuidad, con opción para la entidad emisora de amortizar en todo o en parte las participaciones con fecha posterior al 30 de junio del 2015 por su valor nominal.

— En mayo del 2015 el consejo de administración de la entidad emisora acordó formular una oferta de compra sobre la totalidad de las participaciones preferentes existentes por el 85 % de su valor nominal para destinar los títulos adquiridos a su amortización.

El exceso del importe en libros de las acciones preferentes sobre el importe pagado en su recompra, neto de su efecto fiscal, se registró como una transacción patrimonial, dando lugar a un incremento en el epígrafe «Reservas», en el apartado de «Recompra participaciones preferentes» del estado de cambios en el patrimonio neto.

La entidad emisora presentó la declaración individual del impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio 2015, efectuando un ajuste positivo en su base imponible (reflejado en la casilla número 413), incrementándola en un importe coincidente con la diferencia neta de los gastos contabilizados que se incorporó a la base imponible individual de la entidad emisora y a la base imponible del grupo de consolidación. Sin embargo, con posterioridad, la sociedad dominante del grupo fiscal solicitó, mediante rectificación de la autoliquidación del ejercicio 2015, la corrección de la base imponible del grupo como consecuencia, a su vez, de la rectificación de la base imponible individual de la sociedad emisora por entender que había cometido un error al efectuar

un ajuste positivo en el resultado contable que no procedía, dando lugar a la eliminación del ajuste y a un resultado global a devolver a favor del grupo fiscal. La Administración tributaria dictó un acuerdo por el que se rechazó la solicitud de rectificación de la autoliquidación, negativa que fue confirmada posteriormente por el Tribunal Económico-Administrativo Central y por la Audiencia Nacional.

Son dos las cuestiones de interés para la formación de jurisprudencia identificadas por el Tribunal Supremo:

- La primera es determinar la naturaleza jurídica de las participaciones preferentes emitidas por una sociedad filial íntegramente participada por la sociedad dominante e incluida en un grupo de consolidación fiscal cuando el pago de la remuneración está condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la sociedad dominante y a la efectiva distribución de dividendos a los accionistas ordinarios de ésta atendiendo a la primacía del fondo económico de la operación. En otras palabras y de forma más precisa, determinar si tales participaciones preferentes deben calificarse contable y fiscalmente de «pasivos financieros», de «instrumentos de patrimonio propio» o de «instrumentos financieros compuestos».
- La segunda, condicionada por la respuesta dada a la primera cuestión, consiste en aclarar si, a efectos de su calificación contable, las diferencias entre el valor nominal de los títulos y el valor de rescate surgidas en la recompra de las participaciones preferentes dan lugar al rescate de un pasivo financiero y, por tanto, deben reconocerse como ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio e integrar la base

imponible; si ocasionan el rescate de un instrumento de patrimonio propio y las variaciones surgidas deben registrarse en el patrimonio neto como una variación de los fondos propios que no se integra en la base imponible, o si constituyen el rescate de instrumentos financieros compuestos, valorando y presentando por separado sus componentes de pasivo y de patrimonio.

La entidad recurrente defiende que el resultado de la amortización de las obligaciones preferentes debe calificarse como instrumento de patrimonio propio y no como deuda financiera. En apoyo de su pretensión, acude a la obligación de establecer la base imponible del impuesto a partir del resultado contable determinado conforme a la normativa mercantil (arts. 10.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y 34.2 del Código de Comercio; y la Norma de Registro y Valoración Novena del Plan General de Contabilidad). Asimismo, denuncia la infracción del artículo 62.1a de la ley del impuesto al no haber tenido en cuenta la sentencia de instancia que tanto la calificación contable del instrumento como los ajustes fiscales asociados deben analizarse desde la perspectiva del grupo fiscal de consolidación y no desde la óptica aislada de la filial emisora. Desde esa primera perspectiva, la retribución de las participaciones ha de entenderse como discrecional y dependiente de la voluntad de la dominante, lo que refuerza su naturaleza de instrumento de patrimonio.

La Administración tributaria y la sentencia de instancia consideran, en cambio, que el resultado de la amortización de las obligaciones preferentes debe calificarse de pasivo financiero, calificación que deriva de la Norma de Registro y Valoración Novena del Plan General de Contabilidad y de la aplicación de la

denominada *prueba de la obligación contractual*. Atendiendo a las condiciones de la emisión, las participaciones preferentes controvertidas constituyen un verdadero pasivo financiero al existir una obligación contractual jurídicamente exigible de pago del dividendo a los tenedores de las preferentes a cargo de la entidad emisora, obligación condicionada al cumplimiento de las condiciones previstas (existencia de beneficios distribuibles y acuerdo de reparto de dividendos a los accionistas ordinarios por la entidad dominan-

de tener en cuenta las particularidades y condiciones de la emisión de las participaciones preferentes a efectos de dilucidar su calificación como «pasivo financiero», «instrumento de patrimonio propio» o «instrumento financiero compuesto».

Con el fin de alcanzar una conclusión, acude a la interpretación y doctrina contable establecida por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en la Resolución de 5 de marzo del 2019, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital (BOE de 11 de marzo del 2019), y en la consulta 4 del BOICAC número 131 de septiembre

Hay que atender a las condiciones concretas de la emisión de las participaciones preferentes

te) y sin margen alguno para evitar tal obligación, lo que excluye su calificación como instrumento de patrimonio. La alteridad de las personalidades jurídicas de las entidades integradas en el grupo no queda desvirtuada por el hecho de la relación de dominancia prevista en el artículo 42 del Código de Comercio, ni por su pertenencia a un mismo grupo fiscal. El régimen de consolidación fiscal de los artículos 55 y siguientes de la ley del impuesto no alteraría la naturaleza de estos instrumentos financieros al tratarse de un mecanismo fiscal para la determinación de la deuda tributaria sin virtualidad para transformar relaciones jurídicas sustantivas ni desconocer la personalidad de las sociedades integradas en el grupo.

Pues bien, el Tribunal Supremo parte en su análisis de la imposibilidad de determinar de forma apriorística la naturaleza jurídica de estos instrumentos complejos —introducidos en el sistema financiero español por la Ley 13/1985, de 25 de mayo— y la necesidad

del 2022, que aplica los citados criterios a un supuesto análogo al planteado en este caso. De este análisis colige que la calificación de las participaciones preferentes como instrumentos de patrimonio o pasivos financieros depende esencialmente de la existencia de una obligación contractual de remuneración o reembolso por parte del emisor. Sólo cuando existe libertad de decisión y no hay obligación de pago se considera instrumento de patrimonio y se equipara a la participación de un socio en los dividendos.

En consecuencia —advierte la Sala—, desde una óptica fiscal, «cuando las participaciones preferentes llevan incorporada la obligatoriedad en la remuneración por contrato y no depende de la libre voluntad del emisor [...], la remuneración asociada, independientemente de su denominación (dividendo o intereses), tiene la consideración de gasto financiero fiscalmente deducible, con los límites establecidos en el impuesto sobre sociedades». Por

el contrario, cuando la remuneración es discrecional y no existe obligación de pago, las participaciones preferentes se califican como instrumentos de patrimonio y, en este caso, las cantidades abonadas a los preferentistas constituyen retribución de fondos propios y no son fiscalmente deducibles conforme al artículo 15a de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

El traslado de esas conclusiones al objeto del debate conduce a la Sala a alinearse con la interpretación administrativa y la sentencia de instancia, desestimando el recurso de casación. Las cláusulas recogidas en el folleto informativo de la emisión confirman que la retribución del pago del «dividendo» para la entidad emisora era obligado, preferente y no acumulativo, sólo condicionado a que la matriz dominante obtuviera un beneficio distribuible y al pago de dividendos a sus accionistas ordinarios, sin más opción a disposición de la entidad emisora que el abono a los titulares de las participaciones de una remuneración en especie mediante el incremento del valor nominal de las participaciones preferentes. Tal obligatoriedad determina que las participaciones preferentes encajen en la calificación contable de pasivos financieros, sin que sea posible calificarlas de instrumento mixto, patrimonial y financiero, puesto que, atendidas las características de la emisión, no concurre ninguna de las condiciones previstas en el artículo 12.3 de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 5 de marzo del 2019.

Asimismo, la Sala rechaza de forma expresa el argumento de la recurrente relativo a la existencia de una voluntad común entre la matriz y la filial a efectos de apreciar correctamente la calificación contable y fiscal de las participaciones preferentes. La existencia de una sociedad dominante y una filial no oculta que

se trata de sociedades distintas, con personalidad jurídica diferente y distinta composición de sus órganos societarios.

Tras esas consideraciones, el alto tribunal establece, como respuesta a la primera cuestión de interés casacional, lo siguiente:

Las participaciones preferentes emitidas por una sociedad filial, participada el 100 % por la dominante e incluida en un grupo de consolidación fiscal, cuando el pago de la remuneración no depende de la libre voluntad de la entidad que las emite y está condicionada a la existencia de beneficios distribuibles en la sociedad dominante y a la efectiva distribución de dividendos a los accionistas ordinarios de la sociedad dominante, deben calificarse contable y fiscalmente como pasivos financieros.

Despejadas las dudas sobre la naturaleza jurídica de las participaciones preferentes emitidas por la filial, la Sala aborda la calificación contable de las variaciones patrimoniales producidas en la operación de recompra de las participaciones preferentes. A estos efectos subraya que la calificación fiscal pretendida por la recurrente con ocasión de la rectificación de su autoliquidación del ejercicio 2015 (variación de fondos propios que no se integra en la base imponible) es incoherente e incompatible con la que parece haberse mantenido durante todos los ejercicios anteriores en los que la filial satisfizo las retribuciones a los preferentistas y éstas se asimilaron a intereses financieros deducibles para la determinación de la base imponible de la emisora y en la consolidación del grupo. Por tanto, la «recalificación» de la amortización de las participaciones preferentes pretendida por la recurrente contraviene el artículo 10.3 de la ley del impuesto porque

altera la cuenta de pérdidas y ganancias y la base imponible del ejercicio, convirtiendo lo que operó en la entidad emisora como pasivo financiero en un instrumento de patrimonio en sus cuentas consolidadas.

La Sala reconoce que la matriz contabilizó el importe positivo derivado de la recompra de las participaciones preferentes como un incremento de reservas en el estado de cambios en el patrimonio neto. Sin embargo, recuerda que, conforme al artículo 62.1a de la ley del impuesto, «[la] base imponible del grupo fiscal se determina sumando las bases imponibles individuales correspondientes a todas y cada una de las entidades integrantes del grupo fiscal»; la filial calificó y reflejó en su resultado contable como pasivo financiero la operación de recompra de las participaciones y, con ello, determinó la base imponible del ejercicio, figurando con signo positivo el ingreso por el importe de la recompra. Cuestión distinta, señala la Sala, es que, en la cabecera del grupo, después de sumar las bases imponibles individuales de cada sociedad integrada en él y una vez aprobadas las cuentas anuales, se aplique el resultado positivo procedente de la recompra a incrementar las reservas o al reparto de dividendos, circunstancias que no pueden modificar el origen ni la naturaleza jurídica de la operación que los generó.

Con base en lo anterior, el alto tribunal fija lo siguiente como jurisprudencia en respuesta a esta segunda cuestión:

Cuando tenga lugar la amortización de las participaciones preferentes que fueran calificadas como pasivo financiero, la contabilización de la diferencia entre el valor nominal de los títulos y el valor de rescate surgida en la recompra, dará lugar a un ingreso o

una pérdida en función de las diferencias positivas o negativas del rescate o la recompra, y deberá registrarse en la cuenta de pérdidas y ganancias, a los efectos de la determinación de la base imponible del ejercicio.

La doctrina jurisprudencial establecida en esta sentencia habrá de tenerse en cuenta en el tratamiento contable y fiscal de las operaciones de emisión de unos instrumentos financieros (las participaciones preferentes) que desempeñan un papel clave en la capitalización de los grupos empresariales. Su tratamiento contable y fiscal dependerá, en última instancia, de las condiciones de emisión y de si la remuneración a cargo de la entidad emisora se pacta, o no, como obligatoria e incondicional.

En la argumentación del alto tribunal ocupa un lugar destacado la falta de coherencia entre la calificación fiscal pretendida por la entidad recurrente con ocasión de la rectificación de su autoliquidación del ejercicio 2015 —conforme a la cual no existiría renta imputable en la base imponible del grupo consolidado— y la mantenida durante todos los ejercicios anteriores —en los que se entiende, sin que la recurrente aporte prueba en contrario, que la entidad emisora satisfizo las retribuciones a los preferentistas y que éstas se asimilaban a intereses financieros deducibles para la determinación de la base imponible—. Ahora bien, aunque la sentencia no lo explicita de forma terminante, de su argumentación jurídica parece desprenderse que el hecho de que la operación se efectúe en el seno de un grupo de consolidación fiscal a efectos del impuesto sobre sociedades no impone apreciar la obligatoriedad o discrecionalidad de la remuneración atendiendo a la voluntad rectora del grupo fiscal manifestada a través de la entidad dominante.

Es ésa una conclusión que suscita algunas dudas, habida cuenta de que en este régimen la condición de contribuyente corresponde al grupo fiscal y de que, en la determinación de la base imponible, «los requisitos o calificaciones establecidos tanto en la normativa contable para la determinación del resultado contable» como en la Ley del Impuesto sobre

Sociedades para la aplicación de cualquier tipo de ajustes a aquél, en los términos establecidos en el artículo 10.3 de la citada ley, «se referirán al grupo fiscal» (art. 62.1a de la Ley 27/2014) y que llevaría, en coherencia, a alcanzar al conjunto de una operación y no sólo a una parte (operación de recompra y sus retribuciones previas).