



Universidad Miguel Hernández
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de
Orihuela

Grado en Administración y Dirección de
Empresas

Trabajo Fin de Grado
LA TRIBUTACIÓN DE LAS
CONTROVERTIDAS PARTICIPACIONES
PREFERENTES EN EL IRPF

Curso académico 2014/2015

Alumna: Virginia García García

Tutor: Juan Benito Gallego López



ÍNDICE

I. RESUMEN.....	3
II. INTRODUCCIÓN.....	3
III. DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS, MERCADO DONDE SE NEGOCIAN Y CONTRATACIÓN.....	4
i. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS	4
ii. MERCADO DONDE SE NEGOCIAN.....	7
iii. CONTRATACIÓN.....	8
IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA COMERCIALIZACION DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES	11
V. LA CONVERSIÓN DE PARTICIPACIONES PREFERENTES EN ACCIONES.....	13
VI. LA TRIBUTACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES EN EL IRPF.....	15
i. INTRODUCCIÓN.....	15
ii. CALIFICACIÓN DE LAS RENTAS QUE DERIVAN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES.....	16
iii. LA TRIBUTACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN PERIÓDICA (PAGO DE INTERESES) PERCIBIDA POR EL PREFERENTISTA.....	17
iv. LA TRIBUTACIÓN DE LA TRANSMISIÓN O AMORTIZACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES.....	18
v. LA TRIBUTACIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DERIVADOS DEL CANJE O CONVERSIÓN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES EN OTRO TIPO DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS.....	19
vi. LA TRIBUTACIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DERIVADOS DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS DERIVADOS DE SENTENCIAS JUDICIALES O LAUDOS ARBITRALES	21
VII. CONCLUSIONES	24
VIII. BIBLIOGRAFÍA y WEBGRAFÍA	26

I. RESUMEN

Durante los últimos años se ha producido un incremento relevante del número de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que han suscrito participaciones preferentes. A la complejidad de este instrumento financiero se añade que su tributación en este Impuesto ha generado importantes dudas entre los contribuyentes e, incluso, entre los asesores fiscales. En este trabajo se ha analizado el régimen jurídico-tributario de los escenarios más comunes con los que se puede encontrar un preferentista, desarrollando aspectos como la calificación de la renta obtenida, su cuantificación e imputación temporal.

Palabras claves: participaciones preferentes, instrumento financiero, riesgo, durabilidad, perpetuo, tributación, base imponible del ahorro.

II. INTRODUCCIÓN

Las participaciones preferentes, así como los suscriptores de las mismas, están protagonizando amplios espacios de debate en los medios de comunicación. En efecto, en un contexto de crisis económica como el que estamos viviendo, la imposibilidad, en muchos casos, de recuperar la totalidad del capital invertido ha generado una gran controversia dentro de la sociedad española y que merece ser analizada desde distintos prismas.

En este trabajo y, atendiendo precisamente a su naturaleza, nos centraremos en el ámbito tributario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF). Se estudiarán aspectos tales como la retribución periódica percibida, su venta, así como las consecuencias que derivan del canje y de la anulación de los contrato suscritos por los inversores.

De acuerdo con lo expuesto, el objetivo fundamental de este trabajo es realizar una descripción y análisis de los aspectos que el IRPF proyecta sobre este tipo de

instrumentos financieros, desarrollando las principales cuestiones controvertidas de su régimen jurídico-tributario y determinando su tributación en los diversos escenarios en los que puede encontrarse un preferentista.

No obstante, este estudio debe comenzar analizando el concepto de “participación preferente” y su naturaleza jurídica, mercado donde se negocian, su contratación y los aspectos normativos del canje o conversión de estos instrumentos financieros.

Con esta finalidad se ha utilizado un método deductivo con el objetivo de alcanzar unas conclusiones al respecto siendo la normativa española, la doctrina de la Dirección General de Tributos, jurisprudencia y, finalmente, la doctrina científica, las fuentes de conocimiento utilizadas principalmente.

III. DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS, MERCADO DONDE SE NEGOCIAN Y CONTRATACIÓN

i. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

La principal referencia normativa de las participaciones preferentes se encuentra en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (en adelante, Ley 13/1985) en concreto, en su artículo 7 que incluye a las participaciones preferentes dentro de los recursos propios de las entidades, pero sin definir qué debe entenderse por tales.

Podemos encontrar una definición del término “participación preferente” acudiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales. A modo de ejemplo puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 17 de junio de 2014 donde se indica que “se trata de productos complejos, volátiles, **a medio camino entre la renta fija y variable** con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese periodo. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar <<cautivas>>, y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como <<preferente>> pues

no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de las participaciones preferentes se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados, y tan sólo por delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 19/2003, de 4 de julio”.

Por su parte, el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores califica a las participaciones preferentes como “instrumentos financieros” y, más concretamente, como “valores negociables” considerando como tales *cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero.*

Prosigue el citado precepto indicando que, en todo caso, se consideran a las participaciones preferentes como **valores negociables** [párrafo 1.º, letra g)].

En el ámbito tributario, tampoco existe una definición expresa del término “participación preferente”. No obstante, y atendiendo a lo previsto en el artículo 91.1 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (en adelante, RIRPF), los valores negociables representativos de la captación y utilización de capitales ajenos, con independencia de la forma en que se documenten son “activos financieros”.

De acuerdo con lo expuesto, puede observarse que las participaciones preferentes son un instrumento financiero que tiene una naturaleza “híbrida” ya que, pese a que son títulos que representan deuda para la entidad emisora, computan como fondos propios para dicha entidad.

Por otro lado, y desde el punto de vista del IRPF, una participación preferente es un activo financiero que representa la cesión a terceros de capitales propios. Esta calificación tributaria tiene relevancia, como tendremos ocasión de analizar en un momento más avanzado de este trabajo.

Por lo que se refiere a las características de las participaciones preferentes, y atendiendo a lo previsto en la Disposición Adicional Segunda en la citada Ley 13/1985, aquéllas pueden sistematizarse de la siguiente manera:

1.- Las participaciones preferentes son 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.

2.- 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.

3.- Los titulares de las participaciones preferentes tienen derecho a percibir una remuneración predeterminada, aunque de carácter no acumulativo. Es decir, que si un año no se percibe dicha remuneración, el preferentista pierde el derecho a percibirla con posterioridad.

No obstante, la percepción de esta remuneración está condicionada: depende de que existan beneficios distribuibles en la entidad emisora o en el grupo financiero al que pertenezca. Es decir, la rentabilidad de este instrumento financiero no está garantizada.

4.- Frente a los derechos de los accionistas, los titulares de las participaciones preferentes no tienen ningún tipo de derecho político, ni gozan de derechos de suscripción preferente en el caso de emisión de nuevas participaciones preferentes.

5.- Las participaciones preferentes tienen carácter perpetuo, es decir no tienen fecha de vencimiento. El emisor tiene la posibilidad (no la obligación) de acordar la amortización anticipada a partir del quinto desde su fecha de desembolso, pero condicionada a la previa autorización del Banco de España.

Por tanto, el inversor está adquiriendo un instrumento financiero que no vence nunca, quedando en manos de la entidad emisora la decisión sobre su amortización anticipada, amortización que, en todo caso, queda condicionada a la autorización previa del Banco de España.

A las anteriores características, habría que añadir que existe la posibilidad de perder el capital invertido ya que se trata de un instrumento financiero que es objeto de negociación, y sin que sea de aplicación la cobertura del Fondo de Garantía de Depósitos.

ii. MERCADO DONDE SE NEGOCIAN

El mercado donde se negocian este tipo de instrumentos financieros, es el denominado mercado AIAF, creado en 1987; además, se trata de unos de los mercados secundarios organizados existente en nuestro país. Esta circunstancia, como se tendrá ocasión de exponer más tarde, afecta al régimen jurídico-tributario de este tipo de instrumentos financieros en el IRPF.

En la actualidad, el mercado AIAF cuenta con un número elevado de miembros (aproximadamente 80 entidades), los cuales son las principales entidades financieras de nuestro país.

Los instrumentos financieros más destacados que se negocian en este mercado son:

- Participaciones preferentes.
- Pagarés de empresa.
- Bonos y obligaciones.
- Cédulas hipotecarias.
- Emisiones titulizadas.

Existen dos formas para poder contratar este tipo de instrumentos financieros:

- Procedimiento general (segundo escalón): la negociación como la contratación se realiza mediante teléfono, pudiéndose realizar directamente, o mediante un intermediario financiero.
- Procedimiento con miembros especializados (ciego ó primer escalón): toda su tramitación se realiza mediante redes informáticas. Una de sus características más destacada es que mediante las pantallas de cotización, las entidades publican las posiciones de compra y venta, y también hay que destacar el desconocimiento que tienen las partes con la contrapartida, al no mantener un contacto con la parte opuesta¹.

iii. CONTRATACIÓN

Las participaciones preferentes son instrumentos financieros complejos. Por ello, a los clientes minoristas se les debe realizar los denominados test de conveniencia y, en su caso, de idoneidad. Esta obligación deriva de la transposición a nuestro país de la *Markets in Financial Instruments Directive* (en adelante, MiFID), la cual se realizó mediante la entrada en vigor de la Ley 47/2007 de 20 de Diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y completada por la

¹ <http://www.bmerf.es/esp/asp/Portadas/HomeAIAF.aspx>. Consultado el 01 de octubre de 2015.

aprobación del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

Nivel de Protección	Clasificación de Clientes bajo Normativa MIFID
+	<p>Cliente Minorista</p> <p>Categoría de cliente con mayor nivel de protección, poseedor de menores conocimientos y experiencia en materia financiera. Se incluyen en esta categoría principalmente: Personas Físicas, Autónomos y Pymes.</p>
↑	
Protección	<p>Cliente Profesional</p> <p>Son Clientes Profesionales principalmente Entidades Financieras, Estados, Administraciones Regionales, Fondos de Pensiones, Grandes Compañías y excepcionalmente, algún particular. Los Clientes Profesionales deberán tener capacidad, experiencia y cualificación necesaria para evaluar y analizar correctamente el riesgo y a su vez adoptar sus propias decisiones de inversión.</p>
↓	
-	<p>Contraparte Elegible</p> <p>Son consideradas Contrapartes Elegibles a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, entidades de inversión colectiva, entidades aseguradoras etc.</p>

Fuente: LEGORBURO CONSULTORES

El contenido del test de conveniencia e idoneidad, lo podemos observar en el siguiente gráfico:



Fuente: CNMV

El test de conveniencia tiene como finalidad básica determinar si el cliente es conocedor del riesgo y de las características de un instrumento financiero complejo que va a contratar. Por ello, este tipo de test, se remarcan estas cuestiones:

- La tipología del producto.
- La frecuencia y volumen de las operaciones realizadas por el cliente.
- El nivel de estudios del cliente.
- La profesión del cliente².

Si la entidad financiera realiza, además, actividades de asesoramiento, inversión y gestión de carteras financieras, estará obligada a realizar a cada cliente un test de idoneidad, donde, además de incidir en las cuestiones a las que se refiere el test de conveniencia, se le preguntará al cliente sobre aspectos tales como su situación financiera o sus objetivos de inversión.

² http://www.cnmv.es/DocPortalInv%5COtrosPDF%5CES-Cuestionario_MiFID.pdf. Consultado el 5 de octubre de 2015.

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA COMERCIALIZACION DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

La comercialización de participaciones preferentes en España no es un fenómeno nuevo ya que la primera emisión de participaciones preferentes por una entidad financiera española se remonta a 1998. La utilización, por las entidades financieras, de este tipo de instrumentos financieros obedece a que éstas han podido computar como capital básico (o *Tier 1* según la normativa bancaria conocida como Basilea II –que pretendía mejorar la gestión del riesgo de estas entidades de crédito³-), a afectos de solvencia, las participaciones preferentes. La citada Basilea II exigía a las entidades financieras a tener un *Tier 1* del 8% para poder cubrir parte de aquellos préstamos o hipotecas que concedían y así poder tener una reserva en el caso de que sus clientes se encontraran en morosidad.⁴

En este sentido, y como ya se ha indicado, el artículo 7.1 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, engloba, dentro de los recursos propios de las entidades de crédito y los grupos consolidables, a las **participaciones preferentes**.

Ahora bien, no será hasta el año 2009 cuando las entidades financiera y, básicamente, las Cajas de Ahorros, empezaron a utilizar su red comercial para comercializar las participaciones preferentes de manera masiva entre su clientela minorista⁵. Este hecho se encuentra necesariamente incardinado con el *boom* inmobiliario que ha sufrido nuestro país y que ha supuesto que dichas entidades incurrieran en grandes riesgos financieros a la hora de conceder financiación. En el caso de las Cajas de Ahorros se recurrió a la emisión de participaciones preferentes para

³ GARCÍA SANTOS, M^a Nieves: “MiFID: un nuevo marco de competencia para los mercados de valores”, *Estabilidad Financiera*, núm. 12, págs. 41 y ss.

⁴ IBAÑEZ SANDOVAL, Jesús y DOMINGO ORTUÑO, Beatriz: “La Transposición de Basilea III a la Legislación Europea”, *Estabilidad Financiera*, núm. 25, pág. 65 y ss.

⁵ ZUNZUNEGUI, Fernando: “Informe de la Comercialización de las Participaciones Preferentes entre Clientela Minorista”, 31 de enero de 2013 (<http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2013/04/zunzunegui-informe-sobre-comercializacic3b3n-participaciones-preferentes.pdf>, págs. 8 a 11).

alcanzar el nivel mínimo de recursos propios que exigía la Basilea II y al que nos hemos referido anteriormente.

Un número muy elevado de preferentistas han presentado demandas judiciales instando la nulidad de los contratos suscritos con las entidades financieras alegando que se había incurrido en un error excusable sobre el objeto de contrato

En efecto, el consentimiento válidamente prestado es un requisito esencial de la validez de los contratos y el artículo 1265 del Código Civil declara la nulidad del consentimiento prestado por error, en los términos que establece el artículo 1266 del mismo Código: *Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.*

Pues bien, múltiples sentencias⁶ han declarado la nulidad de los contratos donde se suscribían participaciones preferentes, lo que comporta que las partes han debido restituirse las prestaciones que recíprocamente percibieron (es decir, deben devolver los intereses abonados –preferentista- y el capital invertido –la entidad financiera-), adicionando los correspondiente cantidad en concepto de intereses legales. Lo anterior también ha generado una importante controversia como tendremos ocasión de exponer en este trabajo más adelante.

Expuesto lo anterior debe indicarse que, con la entrada en vigor de las normativa conocida como Basilea III, dichas participaciones preferentes van a dejar de computar, paulatinamente, como capital de primera calidad, por lo que, en estos momentos, un gran número de entidades (incluso por mandato legal) han ofrecido la conversión de estos instrumentos financieros por otros como obligaciones convertibles, deuda subordinada, que sí computan como capital básico. A este aspecto dedicaremos el próximo apartado del trabajo.

⁶ Vid., por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2015 (Id. Cendoj: 28079119912015100003).

V. LA CONVERSIÓN DE PARTICIPACIONES PREFERENTES EN ACCIONES

En relación con este proceso de conversión es necesario hacer referencia al Real Decreto-ley 24/2012 de reestructuración y resolución de las entidades de crédito, donde esta norma deberá de utilizarse en procesos de gestión de crisis de las entidades de crédito (en la actualidad derogado). La finalidad de este Real Decreto-Ley era conseguir un “reforzamiento y saneamiento de nuestro sistema financiero, dotándolas de instrumentos eficientes para garantizar el correcto funcionamiento del sector crediticio”⁷.

Por lo que se refiere al tema que nos atañe debe destacarse que dicho Real Decreto-ley establecía la obligación de que los titulares de instrumentos híbridos de capital (como son las participaciones preferentes y la deuda subordinada) de entidades **que fueran objeto de intervención** por el Fondo de Reestructuración y Ordenación Bancaria (en adelante, FROB) podían ser obligados a asumir parte de las pérdidas de la entidad financiera que fuera objeto de intervención y que, además, el citado FROB podía exigir a las entidades afectadas un canje determinado de las citadas participaciones preferentes en otros instrumentos de capital (básicamente, acciones).

Por ello, podía suceder que, en el momento de la conversión, el valor de conversión de las acciones recibidas fuera inferior al valor del capital invertido en las participaciones preferentes, con el consiguiente perjuicio económico. El tratamiento tributario de este hecho en el IRPF también ha generado importantes dudas y sobre él incidiremos más adelante.

Para finalizar este epígrafe y atendiendo a la importancia que ha tenido en la provincia de Alicante, se va a hacer referencia al proceso de canje de las participaciones preferentes de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (en adelante, CAM) en acciones del Banco Sabadell, SA (en adelante, Banco Sabadell).

⁷ GARRIDO TORRES, Antoni: “La actuación de las autoridades española frente a la crisis financiera”, *Revista de Estudios Empresariales*, núm. 2, 2012, pág. 5.

En el año 2009, la CAM comenzó una comercialización masiva de participaciones preferentes, especialmente, entre sus clientes minoristas, obteniendo unos 850 millones de euros para, de esta forma, fortalecer sus balances con una mejora del ratio de recursos propios.

Ya en el tercer trimestre de 2010, la CAM contaba con un total de 1.400 millones de euros en participaciones preferentes, las cuales representaba un 25,5% de los 5.500 millones de recursos propios.

Como es conocido, y como consecuencia de la pésima situación financiera de la CAM, el día 10 de Agosto del 2012, el Boletín Oficial del Registro Mercantil publicó la absorción del denominado entonces Banco CAM por el Banco Sabadell.

No obstante, el BANCO SABADELL ofreció, con fecha 20 de junio de 2012 un canje de las participaciones preferentes de la CAM por acciones del citado banco, a los antiguos preferentistas, con las siguientes características:

- Compensación del 100% del valor nominal invertido.
- Remuneración adicional si se mantenían las acciones (6% anual) con liquidación trimestral y hasta un plazo de 4 años.
- Precio de la acción al canje: media de la cotización de las acciones los 10 días previos al último día para su aceptación o 2,30 euros/acción (el mayor de los dos).
- El canje podía aceptarse entre el 20 de junio y el 27 de julio de 2012.

VI. LA TRIBUTACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES EN EL IRPF

i. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar en el análisis concreto de los efectos que el IRPF proyecta sobre las participaciones preferentes, se considera necesario dedicar un primer apartado a analizar, aunque sea de manera sucinta, los aspectos fundamentales del IRPF.

En este sentido debe recordarse que el IRPF es un impuesto personal que grava la renta de los contribuyentes de este Impuesto, siendo la obtención de renta el hecho imponible gravado. En este sentido, la normativa del IRPF no establece un concepto específico y global del término “renta”, sino que el artículo 6 de La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas y de la modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante, LIRPF) distingue entre la renta general y la renta del ahorro.

Dentro de la **renta general** están incluidos los rendimientos del trabajo, los rendimientos del capital inmobiliario, los rendimientos de actividades económicas, las imputaciones de renta, las ganancias o pérdidas de patrimonio que no derivan de una transmisión y, por último, determinados rendimientos del capital mobiliario (en concreto, los que se refiere el artículo 25.4 de la LIRPF –por ejemplo, el alquiler de un negocio-). Estos tipos de rentas se integran en la base imponible general.

Por otra parte, los componentes de la **renta del ahorro** son los rendimientos del capital mobiliario derivados de (i) la participación en los fondos propios de una entidad, (ii) de la cesión a terceros de capitales propios, (iii) de las operaciones de seguro, reaseguro y capitalización y (iv) las ganancias o pérdidas de patrimonio que derivan de una transmisión. Estos tipos de rentas se integran en la base imponible del ahorro.

El hecho de calificar correctamente la renta que obtiene el contribuyente es de suma trascendencia ya que, por una parte, el cálculo de la renta obtenida varía según

cual sea dicha calificación; por otra, y como se ha visto anteriormente, hay algunos tipos de renta que forman parte de la base imponible general, mientras otros lo forman de la base imponible del ahorro, las cuales tiene un distinto tratamiento tributario.

En efecto, para calcular la cuota íntegra, la base imponible (o, en su caso, base liquidable⁸) general está gravada con un tipo marginal máximo que, en el caso de los contribuyentes residentes en la Comunidad Valenciana, puede llegar, en la actualidad, al 45,98%⁹. Por el contrario, el tipo marginal máximo que recae sobre la base imponible (o base liquidable) del ahorro es el 23%.

En efecto, la tarifa integrada (estatal y autonómica) aplicable a la base imponible del ahorro es la siguiente:

Base liquidable del ahorro – Hasta euros	Cuota íntegra – Euros	Resto base liquidable del ahorro – Hasta euros	Tipo establecido por este Real Decreto – Porcentaje
0	0	6.000	9,5
6.000	570	44.000	10,5
50.000	5190	En adelante	11,5

Atendiendo a la extraordinaria importancia que tiene calificar de manera adecuada el tipo de renta que obtiene un preferentista, dedicamos el siguiente apartado a dicha finalidad.

ii. CALIFICACIÓN DE LAS RENTAS QUE DERIVAN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

En relación con esta cuestión, debe indicarse que el apartado 2.b) de la Disposición Adicional Segunda de la ya citada Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros establece que *las rentas derivadas de las participaciones*

⁸ La base liquidable general y la del ahorro resultan de la aplicación de las reducciones previstas en el artículo 50 de la LIRPF a las respectivas bases imponibles (por ejemplo, las aportaciones a un plan de pensiones –dentro de determinados límites-).

⁹ Dicho tipo de gravamen es el resultante de la suma del tipo de gravamen estatal y del autonómico.

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 25 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio – siempre que se cumplan los requisitos previstos en la referida Ley 13/1985-.

Por su parte, el citado artículo 25.2 de la LIRPF considera dispone que tendrán la consideración de rendimientos del capital mobiliario los *rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios. Tienen esta consideración las contraprestaciones de todo tipo, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, como los intereses y cualquier otra forma de 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.*

Es decir, que, en todo caso, las rentas derivadas de una participación preferente deben calificarse en el IRPF como rendimientos del capital inmobiliario. Por ello, debe remarcarse es que, desde un punto de vista tributario, las participaciones preferentes no son acciones, sino que prima el hecho de que el preferentista haya realizado una cesión de capitales propios a la entidad financiera, con independencia de que estos instrumentos financieros puedan computar como recursos propios de la entidad emisora o de su grupo¹⁰.

Una vez determinada la calificación de la renta derivada de las participaciones preferentes, se pasa a analizar con mayor detalle cada una distintas formas en que el preferentista puede recibir dicha renta.

iii. LA TRIBUTACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN PERIÓDICA (PAGO DE INTERESES) PERCIBIDA POR EL PREFERENTISTA

Como ya hemos mencionado en el apartado anterior, las cantidades periódicas que, en concepto de intereses, recibe el preferentista, deben ser calificadas como

¹⁰ GARCÍA NOVOA, César: “La tributación de las participaciones preferentes en el IRPF”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 105, pág. 36.

rendimientos del capital mobiliario y se integran en la base imponible del ahorro. En este sentido, el artículo 61 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, RIRPF) indica que tendrán la consideración de activos financieros con rendimiento explícito aquellos que generen intereses y cualquier otra forma de retribución pactada como contraprestación a la cesión a terceros de capitales propios y que no esté comprendida en el concepto de rendimientos implícitos.

Por lo que se refiere al momento en que debe imputarse temporalmente este rendimiento del capital mobiliario coincide con el período impositivo en que sean exigibles.

Por último, y en lo que atañe a la cuestión de la retención, estos rendimientos están sujetos, en la actualidad, a un porcentaje de retención del 19%.

Ejemplo -elaboración propia-:

El Señor A es titular de 2.000 participaciones preferentes suscritas con un nominal de 5€unidad y teniendo un interés anual de un 5% cobrado durante 2016.

- Intereses: 5% de 10.000: 500€
- Retención: 19% de 500: 95 €
- Rendimiento del capital mobiliario a integrar en la base imponible del ahorro durante 2016: 500€

iv. LA TRIBUTACIÓN DE LA TRANSMISIÓN O AMORTIZACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

Por lo que se refiere a la calificación de la renta derivada de este tipo de operaciones, nos encontramos también con un rendimiento del capital mobiliario en el IRPF.

El rendimiento generado se calculará por la diferencia entre el precio de adquisición (incluidos los gastos de adquisición) y el precio de venta o amortización (detráidos los gastos vinculados a estas operaciones) –vid., en este sentido, la Consulta de la Dirección General de Tributos V1051-13 de 2 de abril de 2013-, pudiendo tener un signo positivo o negativo.

Por otro lado, dicha renta se imputará temporalmente en el período impositivo en que tenga lugar la transmisión o la amortización del activo financiero.

Por último, y a diferencia de lo que sucede con los intereses explícitos cobrados periódicamente, no existe obligación de practicar retención sobre los rendimientos derivados de la transmisión o reembolso de estos instrumentos financieros ya que están representados mediante anotaciones en cuenta y se encuentren negociados en un mercado secundario organizado, como es el mercado AIAF.

v. LA TRIBUTACIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DERIVADOS DEL CANJE O CONVERSIÓN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES EN OTRO TIPO DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS

Atendiendo a lo previsto en el artículo 25.2.b) de la LIRPF, los rendimientos derivados de este tipo de operaciones también se califican como un rendimiento del capital mobiliario, debiendo imputarse en el período impositivo en que se produzca el canje o conversión.

Los aspectos tributarios de este tipo de operaciones de canje o conversión han suscitado importantes dudas, como ha tenido ocasión de indicar la doctrina científica de nuestro país¹¹. Por ello, y para aclarar esta cuestión se va a acudir a la doctrina de la Dirección General de Tributos.

Por lo que se refiere a la cuantificación de este rendimiento, la citada Dirección considera que la renta sometida a gravamen se determina por la diferencia entre el valor de adquisición de las participaciones preferentes y el valor de conversión que es el valor de mercado de las acciones en el momento de la conversión o canje -vid. la Consulta de V1765-13, de 29 de mayo de 2013-.

En la práctica, en bastantes canjes o conversiones se ha producido un rendimiento del capital mobiliario negativo para el preferentista ya que el valor de

¹¹ JORBA JORBA, Óscar: “El laberinto de la fiscalidad del canje de participaciones preferentes por acciones y su posterior recompra por el fondo de garantía de depósitos. El caso de Catalunya Caixa”, *Quincena Fiscal*, núm. 16, 2013, págs. 101 a 108.

adquisición de las participaciones preferentes objeto de canje o conversión era superior al valor de mercado de las acciones recibidas.

En este caso, el preferentista sólo podía compensar estos rendimientos negativos del capital mobiliario con otros rendimientos positivos también del capital mobiliario (por ejemplo, los intereses de un depósito bancario, pero no con las ganancias de patrimonio que, por ejemplo, podían derivarse de la venta de un bien inmueble o de acciones) y, además, tenía sólo un plazo de 4 años para realizar dicha compensación. Pasado dicho plazo, perdía la posibilidad de compensación.

El legislador ha sido consciente de esta injusta situación por lo que el artículo 122. Dos del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, añade, con efectos desde el 1 de enero de 2014, una nueva Disposición Adicional Trigésima Novena a la LIRPF, en la que se establecen normas especiales de integración y compensación de rentas negativas derivadas de deuda subordinada o de participaciones preferentes generadas con anterioridad al 1 de enero de 2015.

De dicha reforma debe destacarse, entre otras cuestiones, que se permite que la parte del saldo negativo que se hubiera podido producir en el proceso de canje o conversión de las participaciones preferentes (o deuda subordinada) se pueda compensar con el saldo positivo de las ganancias de patrimonio. Si tras esta compensación aún quedara un saldo negativo, se podrá compensar (con el mismo procedimiento) en los cuatro ejercicios siguientes.

El primer año de aplicación de este procedimiento especial de compensación ha sido 2014. No obstante, podrán compensarse no sólo las partes de saldos negativos derivadas de estos conceptos generadas en 2014, sino también las generadas en los años 2010 a 2013, siempre que se compensen en el plazo de 4 años desde que se generaron.

Para finalizar este apartado debe hacerse referencia a los aspectos tributarios que la adquisición de las acciones en el proceso de conversión tiene para el preferentista. De acuerdo con la Dirección General de Tributos –vid., en este sentido, la Consulta V0713-14, de 14 de marzo de 2014, determina que las acciones percibidas en el proceso de canje por el preferentista, a efectos de posteriores transmisiones, se considerarán

adquiridas en la fecha de la suscripción simultánea de las mismas y su valor de adquisición será el precio de suscripción fijado (por ejemplo, en la Resolución del FROB) –vid., en este sentido, la Consulta de la Dirección General de Tributos

Posteriormente, la transmisión de estas acciones generará para el preferentista una ganancia o pérdida patrimonial a integrar en la base del ahorro.

vi. LA TRIBUTACIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DERIVADOS DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS DERIVADOS DE SENTENCIAS JUDICIALES O LAUDOS ARBITRALES

Como ya se ha expuesto, en muchos casos, los adquirentes de participaciones preferentes han formulado reclamaciones judiciales o extrajudiciales, ya que consideraban que no fueron informados de las características y riesgos de las participaciones preferentes, dando lugar a sentencias y laudos arbitrales a favor del preferentista.

La mayoría de estas sentencias o laudos arbitrales aplican el artículo 1266 del Código Civil, ya que entienden que la adquisición de las participaciones preferentes se realizó con un error esencial y excusable en el consentimiento prestado por el preferentista. Los efectos de la nulidad de esta tipo de contratos suponen que el preferentista va a recibir la diferencia entre el capital invertido y los intereses periódicos cobrados (incluyendo los correspondientes intereses legales).

Pues bien, los aspectos tributarios derivados de la nulidad de este tipo de contratos han generado también una importante controversia. Por ello, mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2015, de 14 de mayo, por el que se adoptan diversas medidas de carácter tributario se ha intentado esclarecer esta situación.

En estos casos, lo más habitual es que los preferentistas hayan presentado las correspondientes autoliquidaciones del IRPF, incluyendo los rendimientos del capital mobiliario derivados de los intereses cobrados.

La declaración de nulidad de la obligación del pago de los intereses afecta a la declaración de los mismos en el IRPF, lo que puede motivar una solicitud de

rectificación de autoliquidación a efectos de obtener, en su caso, la devolución de ingresos indebidos por el impuesto satisfecho correspondiente a los intereses anulados.

Para ello, debe tenerse en cuenta que el citado Real Decreto-ley 6/2015, de 14 de mayo ha añadido en su artículo 15, una nueva Disposición Adicional Cuadragésima cuarta a la Ley 35/2006 y en el apartado 4 establece que *los titulares de deuda subordinada o participaciones preferentes cuyos contratos hubiesen sido declarados nulos mediante sentencia judicial, que hubiesen consignado los rendimientos de las mismas en su autoliquidación correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, podrán solicitar la rectificación de dichas autoliquidaciones y solicitar y, en su caso, obtener la devolución de ingresos indebidos, aunque hubiese prescrito el derecho a solicitar la devolución.*

Además, la nulidad del contrato va a generar el devengo de los correspondientes **intereses legales** y, en el caso de que haya un diferimiento en la ejecución de la sentencia, se generarían los correspondientes **intereses de mora procesales**.

La tributación de este tipo de intereses ha suscitado, asimismo, una importante incertidumbre, que la Dirección General de Tributos ha intentado esclarecer, tanto en lo que se refiere a la calificación de la renta obtenida, como a su imputación temporal. Ejemplo de ello es la Consulta V3332-15, de 28 de octubre de 2015.

En este sentido, dicha Dirección indica que, en el IRPF, los intereses percibidos por el contribuyente tienen diferente calificación, en función de su naturaleza remuneratoria o indemnizatoria.

En el primer caso, dichos intereses constituyen la contraprestación, bien de la entrega de un capital que debe ser reintegrado en el futuro, bien del aplazamiento en el pago otorgado por el acreedor o pactado por las partes. Estos intereses tributarán como rendimientos del capital mobiliario (salvo que se califiquen como rendimientos de la actividad empresarial o profesional).

En el segundo caso, los intereses indemnizatorios tienen como finalidad resarcir al acreedor por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación o el retraso en su correcto cumplimiento. Estos intereses, debido a su carácter

indemnizatorio, no pueden calificarse como rendimientos del capital mobiliario. Esta naturaleza es la que tienen los intereses legales que el preferentista va a cobrar en el caso de que se declare la nulidad del contrato.

En consecuencia, **los intereses legales han de tributar como ganancia patrimonial (que será lo habitual) o como pérdida patrimonial**, ya que, como establece el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, *son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos*. Por lo que se refiere a los **intereses de mora procesal**, también constituyen una ganancia o pérdida de patrimonio. En ambos casos, no estarán sujetos a retención.

Ahora bien, y como indica la Dirección General de Tributos, la imputación temporal de ambas ganancias no es la misma. En el caso de los **intereses legales**, la imputación temporal se producirá cuando la correspondiente sentencia adquiriera firmeza (es decir, que ya no pueda ser objeto de un posterior recurso), en virtud de lo previsto en el artículo 14.2.a) de la LIRPF. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los **intereses de mora procesal**, pues al abarcar el período de tiempo transcurrido entre la fecha de la sentencia y la de su pago, la imputación temporal debe realizarse en el momento en que se cuantifiquen dichos intereses moratorios y se acuerde su abono.

Para finalizar este apartado, debe indicarse que, atendiendo a que se trata de una ganancia que no deriva de una transmisión, su integración debe realizarse en la base imponible general (artículo 46.b) de la LIRPF).

VII. CONCLUSIONES

La comercialización masiva de participaciones preferentes entre los clientes minoristas ha generado un gran debate social sobre la complejidad e inadecuación de su venta a este tipo de clientes.

Ahora bien, dicha controversia se ha proyectado también al ámbito tributario, y más concretamente del IRPF, ya que se han generado muchas dudas en relación a cómo debían tributar las distintas operaciones en las que se podía ver envuelto el preferentista y que el legislador español no tenía previsto y a las que ha debido hacer frente el legislador con una serie de cambios normativos. En dicho afán clarificador también ha sido relevante el papel jugado por la Dirección General de Tributos.

Dicha controversia tributaria obedece, en primer lugar, a que las participaciones preferentes tienen una naturaleza híbrida (capital y deuda) desde la perspectiva de los recursos de la empresa, mientras que, por el contrario, desde el prisma del IRPF nos encontramos exclusivamente con el rendimiento derivado de la cesión a terceros de capitales propios, es decir, con un rendimiento del capital mobiliario.

En segundo lugar, muchos preferentistas han debido acudir, de manera voluntaria u obligatoria, al proceso de canje o conversión de las participaciones preferentes en otro tipo de instrumentos financieros, lo que, además de los correspondientes perjuicios económicos, ha generado importantes dudas en cuanto a la tributación de esta operación. Como se ha tenido ocasión de exponer a lo largo de este trabajo, la renta derivada del canje o conversión de las participaciones preferentes ha generado para el preferentista un rendimiento del capital mobiliario en el momento de dicho canje o conversión. Por su parte, el valor de adquisición del instrumento financiero en el que se ha materializado el canje o conversión vendrá determinado por el valor de conversión.

En tercer lugar, ha sido muy importante el número de preferentistas que han acudido a la vía judicial (o extrajudicial) para solicitar la nulidad de los contratos suscritos con las entidades financieras. En un número relevante de sentencias se ha declarado dicha nulidad, lo que ha supuesto que las partes debían devolverse, recíprocamente, las retribuciones percibidas. Esta declaración de nulidad también ha comportado una importante controversia tributaria que ha debido ser resuelta por la Dirección General de Tributos.

Desde esta perspectiva, el preferentista había incluido en sus autoliquidaciones anuales del IRPF los intereses periódicos que había ido cobrando en concepto de rendimientos del capital mobiliario derivados de la cesión a terceros de capitales propios, intereses que ahora tenía que devolver. A este respecto, la Dirección General de Tributos ha considerado que el preferentista puede realizar una rectificación de la autoliquidación que en su momento realizó y solicitar la devolución de ingresos indebidos, incluso de ejercicios ya prescritos.

Por último, debe indicarse que sería recomendable que el legislador estuviera atento a cómo funcionan los recientes cambios legislativos que tienen como finalidad facilitar al preferentista la compensación de las rentas negativas sufridas. Por ello, si se viera que estas medidas son insuficientes, debería arbitrarse nuevos cambios legislativos con dicha finalidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA y WEBGRAFÍA

Bibliografía

GARCÍA NOVOA, César: “La tributación de las participaciones preferentes en el IRPF”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 105, pág. 36.

GARCÍA SANTOS, M^a Nieves: “MiFID: un nuevo marco de competencia para los mercados de valores”, *Estabilidad Financiera*, núm. 12, págs. 41 y ss.

GARRIDO TORRES, Antoni: “La actuación de las autoridades española frente a la crisis financiera”, *Revista de Estudios Empresariales*, núm. 2, 2012, pág. 5.

IBAÑEZ SANDOVAL, Jesús y DOMINGO ORTUÑO, Beatriz: “La Transposición de Basilea III a la Legislación Europea”, *Estabilidad Financiera*, núm. 25, pág. 65 y ss.

JORBA JORBA, Óscar: “El laberinto de la fiscalidad del canje de participaciones preferentes por acciones y su posterior recompra por el fondo de garantía de depósitos. El caso de Catalunya Caixa”, *Quincena Fiscal*, núm. 16, 2013, págs. 101 a 108.

ZUNZUNEGUI, Fernando: “Informe de la Comercialización de las Participaciones Preferentes entre Clientela Minorista”, 31 de enero de 2013 (<http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2013/04/zunzunegui-informe-sobre-comercializacic3b3n-participaciones-preferentes.pdf>, págs. 8 a 11).

Webgrafía

http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_componentes_/Le_interesa_conocer/Retenciones_IRPF_2015_y_2016.shtml.

<http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/ componentes / Le interesa conocer/Historico/Principales novedades tributarias introducidas por el Real Decreto Ley 6 2015 de 14 de mayo por el que se adoptan diversas modificaciones al ordenamiento tributario .shtml>

http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos Comunes/La Agencia Tributaria/Le Interesa/2015/Bolinform Real Decreto ley 9 2015.pdf

<http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/Fidelizacion/preferentes-va.pdf>

<http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/13/Noviembre/Fic/ref2013253.pdf>

<http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing notes/es/notabe25.09.12.pdf>

http://www.cnmv.es/DocPortalInv%5COtrosPDF%5CES-Cuestionario_MiFID.pdf

<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Tributarios/Proyecto RD Reglamento IRPF %20IRNR.pdf>

<http://www.rdmf.es/2013/10/02/cnmv-en-2010-las-participaciones-preferentes-no-son-convenientes-para-la-mayoria-de-los-inversores/>