



Roj: **STS 1255/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1255**

Id Cendoj: **28079130022021100148**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **30/03/2021**

Nº de Recurso: **5341/2019**

Nº de Resolución: **461/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **ISAAC MERINO JARA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 7531/2019,**  
**ATS 754/2020,**  
**STS 1255/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Segunda**

**Sentencia núm. 461/2021**

Fecha de sentencia: 30/03/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5341/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por: LMR

Nota:

R. CASACION núm.: 5341/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Segunda**

**Sentencia núm. 461/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. José Díaz Delgado



D. Ángel Aguallo Avilés

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Isaac Merino Jara

D<sup>a</sup>. Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 30 de marzo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 5341/2019, promovido por doña Ariadna , representada por la procuradora doña Ana Castillo Díaz, contra la sentencia de 8 de marzo de 2019, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso-administrativo núm. 205/2018.

Comparecen como partes recurridas el Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado y la Junta de Andalucía, representada y defendida por la letrada de sus servicios jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Resolución recurrida en casación y hechos del litigio.*

1. El presente recurso de casación se interpuso por doña Ariadna , contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2019 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, que desestimó el recurso 205/2018, contra la resolución del Tribunal Económico-administrativo Regional de Andalucía, Sala de Málaga, de 30 de noviembre de 2016, que a su vez había desestimado la reclamación contra el acuerdo del Gerente Provincial de la Agencia Tributaria de Andalucía en Málaga, de 21 de noviembre de 2016, que no accedió a la solicitud de rectificación de la autoliquidación del Impuesto sobre el Patrimonio (IP, en lo sucesivo), ejercicio 2014.

2. Doña Ariadna concedió un préstamo participativo a la sociedad HOLCUMA, S.L. con fecha 30 de agosto de 2014. En virtud de las cláusulas del contrato de préstamo, éste devengaba unos intereses fijos por un periodo de 6 años de exigibilidad anual del 12 % anual. Además, se devengaba un interés variable anual del 20 % del importe pendiente del préstamo a fecha de diciembre de cada año, si las sociedades obtenían un beneficio, después de impuestos, superior a 500.000 euros, devengando dicho interés a 31 de diciembre del ejercicio en cuestión. Todas las cantidades fueron declaradas como bienes no exentos en la autoliquidación del IP correspondiente al ejercicio 2014 en el apartado F2 de "Obligaciones, bonos, certificados de depósito, pagarés y demás valores equivalentes, no negociados en mercados organizados", por lo que quedaron efectivamente sujetas a gravamen en el IP. La estipulación segunda, dispone que el destino de los fondos es atender las necesidades financieras de la Sociedad, fundamentalmente, el apoyo en la actividad de concesión de préstamos garantizados a terceros, que son objeto de esta actividad y la estipulación séptima declara que, "en tanto siga en vigor el contrato o no hayan sido canceladas las obligaciones derivadas del mismo, en especial, utilizar los fondos obtenidos bajo el préstamo con la finalidad exclusiva que se indica en la estipulación segunda".

Con fecha 29 de septiembre de 2016, la Sra. Ariadna presentó escrito solicitando la rectificación de la liquidación y la devolución del exceso ingresado mediante la anterior autoliquidación, por importe de 38.803,48 euros, alegando que, por error, se incluyó el préstamo a la entidad HOLCUMA, S.L., al entender que, en base a una interpretación finalista, la exención del artículo 4.ocho.Dos de la ley del Impuesto sobre el Patrimonio, debe ser aplicable a los préstamos participativos concedidos a la sociedad.

El 21 de noviembre de 2016, el Gerente Provincial de la Agencia Tributaria de Andalucía en Málaga en el expediente NUM000 dictó acuerdo por el que no se accedió a la solicitud de rectificación de la autoliquidación presentada.

3. Contra el anterior acuerdo, la interesada interpuso la reclamación económico administrativa NUM001 , el 27 de diciembre de 2016. Desestimada la reclamación y confirmada la liquidación por resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 30 de noviembre de 2017, mediante escrito de 16 de marzo de 2018, la representación procesal de doña Ariadna interpuso recurso Contencioso- Administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga. La Sala de instancia desestimó el recurso por sentencia de fecha 8 de marzo de 2019.

La sentencia impugnada sostiene, en su fundamento jurídico segundo, lo siguiente:



"La actora pretende hacerse aplicación de esta exención e[n] relación con un préstamo participativo otorgado a la sociedad HOLCUMA, S.L., que considera presenta notas que permiten identificarlo con las participaciones sociales que disfrutaban del beneficio fiscal señalado.

A este respecto conviene significar que los préstamos participativos otorgados a favor de sociedades mercantiles se caracterizan por constituir cesiones de fondos dinerarios a favor de una sociedad por los que se retribuye al prestamista mediante la percepción de unos intereses variables que se hacen depender, según lo convenido, de los beneficios obtenidos por la mercantil, de la evolución del patrimonio neto de la compañía, y/o del volumen de negocio.

Entre otras similitudes pone el énfasis la recurrente en que la amortización anticipada de dicho préstamo participativo se debe compensar mediante una ampliación del capital equivalente al importe objeto de amortización anticipada, caso de insolvencia societaria el titular del préstamo ocupa en la prelación de crédito una posición inmediatamente anterior a los socios, pero posterior a los créditos comunes, y se consideran patrimonio neto a los efectos de reducción del capital y liquidación de la sociedad.

Sin embargo su naturaleza es diferente en cuanto que dichos préstamos participativos no constituyen títulos representativos del capital, no atribuyen a su titular la condición de socio, ni los derechos que le son inherentes, luego se configura como una figura que presenta rasgos de identidad con los títulos participativos en cuanto que medio de inyección de liquidez en la mercantil, pero con una naturaleza fácilmente discernible, pues aunque objetivamente permiten participar en los beneficios de la buena marcha de la sociedad, no asigna ninguna capacidad subjetiva en orden a la intervención en la gestión societaria, ni están sometidos al régimen de

transmisión de las participaciones sociales.

El capital del préstamo se integra en el patrimonio de la sociedad, pero no permite afirmar que el prestamista participe de modo inmediato en el patrimonio ostentando un derecho de propiedad alícuota sobre bienes o derechos de la sociedad, sino que lo que titula en todo caso es un derecho de crédito, eventualmente realizable contra el patrimonio, como cualquier acreedor. Esto es, la consideración, como patrimonio contable (fondos propios) lo es a los solos efectos mercantiles de reducción del capital y liquidación de la sociedad, pero la mecánica de la figura invita a pensar que sustantivamente estamos ante una inyección de fondos ajenos que implica para el titular del préstamo una retribución por medio de intereses.

Desde un punto de vista estrictamente fiscal el préstamo participativo permite al prestamista aplicarse una exención por el importe de los intereses para evitar la doble imposición interna que resultaría del gravamen en IS de la entidad prestataria, y en IS o IRPF del prestamista, siempre y cuando éste tenga una participación significativa en la empresa prestataria dentro de los umbrales que hoy marca el art. 21 de Ley 27/2014, del Impuesto de sociedades.

En otro caso, el interés percibido por razón del préstamo participativo no está exento de tributación en cuanto que se considera retribución de fondos ajenos. Quiere esto decir por lo que aquí nos ocupa que la consideración como fondo propio contable surte efectos en el ámbito del impuesto sobre sociedades que grava la renta societaria, o resultado contable positivo, de modo que se declara la exención del rendimiento de dicho préstamo para evitar que resulte doblemente gravado el prestamista con una participación significativa en la sociedad prestataria.

Pero esta regla no es trasladable al marco del impuesto sobre el patrimonio, que recae sobre la titularidad de elementos patrimoniales, consideración que tiene el capital cedido, que no se beneficia de la exención reclamada en cuanto que a efectos fiscales se aplica a la participación en el capital o patrimonio de la sociedad prestataria, que hemos dicho no se acomoda a la mecánica de un préstamo participativo remunerado en cualquier caso con un interés variable, lo que conceptualmente nos ubica en la órbita de la retribución de fondos ajenos.

En síntesis, la equiparación del préstamo participativo al patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de la sociedad, no altera su naturaleza de contrato de préstamo, ya que en ningún caso se asimila la situación del acreedor a la de los socios de la entidad prestataria.

Establecido el distingo entre las dos figuras, recobra vigencia el mandato del art. 14 de LGT en cuya virtud "No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales." Los beneficios fiscales en cuanto excepción a la regla de la generalidad tributaria que consagra el art. 3 de LGT en relación con el art. 31.1 de CE, deben ser objeto de una interpretación restrictiva, de ahí que la ley no permita su extensión analógica, como tampoco es admitida una relajación de las condiciones legales que permiten acceder al beneficio".

**SEGUNDO.- Preparación del recurso de casación.**

1. La procuradora D<sup>a</sup>. María Esther Clavero Toledo, en representación de D<sup>a</sup>. Ariadna , presentó escrito preparando recurso de casación contra la sentencia anteriormente mencionada.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, la recurrente considera que la sentencia infringe el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 16 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (BOE de 7 de junio) ["LIP"] y su desarrollo reglamentario contemplado en el artículo 4 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio (BOE del 6 de noviembre) ["Real Decreto 1704/1999"].

El artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (BOE del 8 de junio) ["Real Decreto-Ley 7/1996"], en relación con el préstamo participativo, regulado en el artículo 20 del referido texto legal.

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictada en relación con el art. 4.8 LIP [en particular las sentencias de 16 de julio de 2015 (rec. cas. 171/2014; ES:TS:2015:3342) y de 26 de mayo de 2016 (rec. cas. 4098/2014; ES:TS:2016:2380)].

3. La Sala de instancia acordó, mediante auto de 7 de junio de 2019, tener por preparado el recurso de casación, emplazando a las partes ante esta Sala tercera del Tribunal Supremo.

**TERCERO.- Admisión e interposición del recurso.**

1. Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes, por auto de 31 de enero de 2020, la Sección de Admisión de esta Sala aprecia la presencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, enunciada en estos literales términos:

*" Precisar si la exención contenida en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio , puede entenderse aplicable a los préstamos participativos contraídos con entidades, con o sin cotización en mercados organizados, y en las condiciones previstas en el citado precepto, habida cuenta de la equiparación que realiza -a efectos mercantiles- entre préstamos participativos y fondos propios de entidades mercantiles el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio , sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.*

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, y el artículo 4 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio, ambos en relación con el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica".

2. La representación de doña Ariadna interpuso recurso de casación mediante escrito presentado el 17 de julio de 2020, que observa los requisitos legales, y en que se mencionan como infringidas las normas antes citadas.

Finaliza su escrito delimitando sus pretensiones y el pronunciamiento que solicita de esta Sala en los siguientes términos: "La inobservancia de la norma que define a los préstamos participativos como parte de los fondos propios de la entidad, ligada a una interpretación de la Sala que no solo ignora la finalidad de la norma y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que propugna dicha interpretación, es la que ha llevado al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a negar a esta parte la aplicación de la exención contemplada en el artículo 4.ocho.dos de la Ley 19/1991, de 16 de junio.

Es por ello que esta parte suplica a la Sala que declare, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia citadas, procede la aplicación de la exención prevista en el artículo 4.Ocho.Dos de la LIP a la participación que mi representada tenía en la sociedad HOLCUMA, S.L. en virtud de un préstamo participativo y en consecuencia case y anule la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y al amparo de lo establecido en el artículo 93 de la LRJCA dicte sentencia por la que estime el recurso contencioso interpuesto en su día por esta parte ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y, como reconocimiento de una situación jurídica individualizada declare que procede la rectificación de la autoliquidación del impuesto presentada en su día y el reconocimiento de la devolución de ingresos indebidos derivada de dicha rectificación".

**CUARTO.- Oposición al recurso de casación.**

Conferido traslado de la interposición del recurso a las partes recurridas, el Abogado del Estado presentó escrito el día 1 de octubre de 2020 en el que solicita la desestimación del recurso por considerar que la



sentencia recurrida es ajustada a derecho y, sobre la cuestión doctrinal propugna la siguiente respuesta: "La exención contenida en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, no puede entenderse aplicable a los préstamos participativos contraídos con entidades, con o sin cotización en mercados organizados, y en las condiciones previstas en el citado precepto".

La Letrada de la Junta de Andalucía, con fecha 5 de noviembre de 2020, presentó escrito en el que manifestó que se abstenía de formular oposición.

**QUINTO.- Señalamiento para deliberación del recurso.**

Evacuados los trámites y de conformidad con lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA, al considerar innecesaria la celebración de vista pública, se declararon conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 16 de marzo de 2021, fecha en que, efectivamente, comenzó la deliberación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Objeto del presente recurso de casación.**

La recurrente declaró exentas de tributación sus participaciones en la empresa HOLCUMA, dado que las mismas reúnan los requisitos legalmente establecidos en el artículo 4. Ocho. Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio. En cambio, no considero exento el préstamo participativo que ella misma había concedido a esa sociedad. Más tarde, cambió de parecer y, como se ha dicho, presentó rectificación de su autoliquidación por el Impuesto sobre el Patrimonio, al considerar que el préstamo participativo es equivalente a la participación en el capital de HOLCUMA y, por tanto, también debe estar exento, solicitando por ello la devolución del exceso ingresado mediante la anterior autoliquidación. La sentencia recurrida, que desestimó las pretensiones de la recurrente, constituye el objeto del presente recurso de casación.

**SEGUNDO.- Los términos de la controversia y la posición de las partes**

Comienza manifestando la recurrente que la delimitación de lo que haya de considerarse como participaciones no se lleva a cabo por la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio, siendo la normativa reglamentaria de desarrollo la que aclara dicho concepto, concretamente, el artículo 4 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio.

Asegura la recurrente que la regulación reglamentaria específicamente aprobada para determinar cuáles son los requisitos y condiciones de las participaciones en entidades para que puedan gozar de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, se refiere expresamente a las participaciones en la titularidad en un capital o un patrimonio, dando, por lo tanto, lugar a un concepto que excede el de las meras acciones o participaciones de sociedades de capital.

Sostiene que la sentencia recurrida infringe el artículo 20.Uno 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, cuya letra d) establecía: "Los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil".

Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, sustituyó la referencia a "fondos propios" por la de "patrimonio contable" y la referencia genérica a la legislación mercantil por otra más estrecha: "a los efectos de la reducción de capital y liquidación de sociedades previstos en la legislación mercantil".

Más tarde, la referencia a "patrimonio contable" fue sustituida por "patrimonio neto" como consecuencia de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea

Considera la recurrente que, a la vista de la evolución de la regulación de los préstamos participativos, parece claro que la intención del legislador siempre fue la de dar a esta figura jurídica una caracterización de "fondos propios".

Sostiene que el préstamo participativo se introdujo en nuestra regulación en el artículo 11 de la Ley 27/1984 y, posteriormente, fue regulado en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, en el cual no se define su naturaleza jurídica, pero si se contemplan sus principales características, de las que se deriva su vocación de permanencia en la empresa prestataria hasta el punto que tales préstamos participativos se considerarán patrimonio.



Es por ello por lo que la recurrente entendió que el préstamo participativo a una empresa, cuyas participaciones en el capital gozan de la exención prevista en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, debe gozar de la misma exención, en tanto que dicho préstamo representa una participación en el patrimonio de la entidad en la que concurren los requisitos para la aplicación de dicha exención, de conformidad con el desarrollo reglamentario del aludido precepto legal previsto en el artículo 4 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre. Por tal motivo, instó la rectificación de la autoliquidación presentada por el Impuesto sobre el Patrimonio, en tanto que solo había declarado como exentas las participaciones en el capital de HOLCUMA, S.L. pero no las participaciones en su patrimonio representadas por el préstamo participativo efectuado a la misma sociedad.

Si la sentencia recurrida hubiese llevado a cabo una interpretación finalista de la norma, se habría reconocido a la recurrente la aplicación de la exención al préstamo participativo, sin embargo, el tribunal de instancia rechazó dicha interpretación por considerar que respondería a la aplicación de la analogía, prohibida por el artículo 14 de la Ley General Tributaria, tesis que no comparte la recurrente puesto que su tesis se enmarca en los criterios interpretativos previstos en el artículo 12 de la Ley General Tributaria y a su vez pone en evidencia que lo que no puede sostenerse es la interpretación cerrada por la que aboga la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía (sede de Málaga).

Luego, concluye la recurrente, una interpretación lógica y coherente, acorde con la finalidad del beneficio fiscal, debe comprender la exención de los préstamos participativos al amparo de lo establecido en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, en la medida en que dichos préstamos, al formar parte de los fondos propios de la empresa constituyen un aspecto básico dentro del favorecimiento de la actividad económica cuya continuidad se pretende beneficiar con el establecimiento del referido beneficio fiscal.

Por su parte, en el escrito de oposición, la Junta de Andalucía comienza manifestando su adhesión a la sentencia recurrida, puesto que da verdadero sentido a los preceptos supuestamente infringidos, si se parte de lo que realmente es un préstamo participativo y cómo ha de tributar el mismo.

A ello, añade, ha de añadirse la prohibición de la analogía en el ámbito tributario, como indica el artículo 14 LGT y el de legalidad, como se desprende del artículo 8, letra d) del que se desprende que debe ser la ley que defina el ámbito de la exención.

Rechaza la tesis del recurrente que, en esencia se hace eco de una interpretación "amplia" del concepto de "participación" que, en modo alguno es lo que se deduce de los preceptos invocados por aquella, que, en ningún caso pueden ser interpretados aisladamente.

Afirma que: "La Ley del Impuesto sobre el Patrimonio no utiliza, como se pretende, un concepto amplio en el que quepa incluir cualquier derecho que pueda ostentarse en relación con el patrimonio de una sociedad, porque no podemos olvidar, que aunque con un régimen específico, el préstamo participativo es sólo eso, un préstamo, un derecho de crédito a favor del prestamista y una deuda para el prestatario y, por naturaleza, una cantidad llamada a ser devuelta, por lo que nunca puede entrar a formar parte del patrimonio social más que a los efectos específicos que la propia normativa contemple. Por esta razón, cuando la letra d) del artículo 20. Uno del Real Decreto-Ley 7/1996 determina que los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable (fondos propios), también especifica que se considerarán tal a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil, nada más, pero no dice que lo serán a efectos fiscales".

Interpreta que carecería de lógica la previsión de esta excepción expresa si estuviéramos, como pretende la parte recurrente, ante un concepto amplio que lleve a su consideración como una "participación" en el patrimonio social. No sería necesaria esa aclaración, que es, más bien, una previsión expresa ya que, de lo contrario, ni siquiera podrían tener esa conceptualización a esos efectos mercantiles específicos.

Finalmente, el Abogado del Estado comienza manifestando que el concepto de "fondos propios" es un concepto impreciso, añadiendo, acto seguido, que, aun así, admitiendo a efectos meramente dialécticos que los préstamos participativos forman parte de los fondos propios, no puede compartirse que participen de la misma finalidad para la que se establece la exención. Detalla sus razones del modo siguiente:

"Los préstamos participativos mejoran la solvencia de la entidad, teniendo en cuenta que en caso de liquidación quedan pospuestos respecto de los acreedores comunes, pero dicha mejora en la solvencia no se identifica con la finalidad de la exención.

En efecto, la exención pretende incentivar la continuidad en las actividades empresariales, básicamente pequeñas empresas familiares, y la decisión sobre esa continuidad corresponde exclusivamente a los socios y no a los titulares de préstamos participativos.



Por tanto, los préstamos participativos son instrumentos valiosos para la financiación y solvencia, pero no son decisivos para la conservación y continuidad de la empresa".

En segundo lugar, sale al paso de la tesis del recurrente con respecto a la referencia en el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre al concepto de participación como titularidad en el capital o patrimonio de una entidad, poniendo una interpretación sistemática. En ese sentido tras asegurar "que la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, con el término "participaciones" se está refiriendo a partes alícuotas en el capital o patrimonio neto de la sociedad, como resulta del último párrafo del art. 4.Ocho.dos", manifiesta:

"Efectivamente, el art. 16. Uno de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio establece las reglas de valoración de acciones o participaciones, como partes del capital. En concreto, según dicho precepto:

El cálculo del valor teórico solamente puede referirse a las partes en que se divide el patrimonio de la entidad, y en ese concepto no tiene cabida el préstamo participativo que puede formar parte, a los solos efectos reconocidos en el Real Decreto Ley 7/1996 del patrimonio neto de la entidad, pero no representa una parte alícuota de ese patrimonio.

Además, el préstamo participativo no deja de ser un préstamo y desde el punto de vista del prestamista, que es el que, en este caso, pretende acogerse a la exención, supone la cesión de un capital a un tercero, sujeto a la regla de valoración del art. 14 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

Por ello, en una interpretación sistemática de la norma, la remisión del art. 4 al art. 16 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, en relación con el criterio de valoración del artículo 14 de la misma Ley, aporta un argumento más en favor de la diferenciación entre "participaciones" y "préstamos participativos" a efectos de las exenciones".

Por último, la Abogacía del Estado se extiende sobre la a consideración de los préstamos participativos como un pasivo de la sociedad, manifestando que:

- Los préstamos participativos, desde la perspectiva del prestatario constituyen un pasivo, una deuda exigible, que se contabiliza en el pasivo de la sociedad. En este sentido se pronuncian tanto el ICAC como la DGRN. A este respecto, el pronunciamiento del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se encuentra en la Consulta nº 2 del BOICAC 54/junio 2003, sobre el tratamiento contable de un préstamo participativo.

- La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 2019 también insiste en su carácter de pasivo, aunque a determinados efectos se asimilan o forman parte del patrimonio neto.

- La asimilación al patrimonio neto se limita a los supuestos de reducción de capital y liquidación de sociedades, pero no con carácter general. Nos encontramos ante una norma especial que establece una excepción.

Subraya que el carácter excepcional de la asimilación queda patente si atendemos a la definición de patrimonio neto contenida en el artículo 36 del Código de Comercio.

En definitiva y con carácter general, concluye señalando que el concepto de patrimonio neto excluye las aportaciones de los socios que tengan la consideración de pasivos, como es el caso de los préstamos participativos.

**TERCERO.-** *El criterio interpretativo de la Sala con respecto a la cuestión con interés casacional.*

En la redacción vigente a 31 de diciembre de 2014, que es cuando se devengó el Impuesto sobre el Patrimonio, 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, establecía en su artículo 20, relativo a los "Préstamos participativos", lo siguiente:

"Uno. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

**a)** La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

**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.



c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.

d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil".

Nos interesa pues esta letra d) que establece una regla especial con respecto a los préstamos perceptivos, únicamente, a dos efectos: uno, la reducción de capital prevista en los artículos 317 y ss. 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 y, otro, la liquidación de sociedades, prevista en el artículo 362 y ss. del mismo Texto Refundido.

Por su parte, el artículo 4. Ocho. Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, establece que estará exento del Impuesto sobre el Patrimonio: "La plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurren determinadas condiciones, entre otras, que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción (letra b) y que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal (letra c).

Como puede verse, ese artículo 4. Ocho. Dos, se remite al artículo 16 de la propia Ley 19/1991, de 6 de junio, que se refiere a valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, no negociados en mercados organizados, concretamente. Es por ello por lo que la recurrente, con buen criterio, consideró exenta la participación que tenía en la entidad HOLCUMA, S.L., puesto que es una sociedad que no cotiza en mercados organizados. En cambio, no es correcta la exención del préstamo participativo que nos ocupa, puesto que la asimilación que pretende con dicha participación, que sí está exenta, no está amparada por el derecho. Los préstamos participativos no son valores representativos de la participación en fondos propios de una entidad, son valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios y, a estos, no se les extiende la exención prevista en el artículo 4. Ocho. Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio.

En síntesis, la equiparación del préstamo participativo al patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de la sociedad, no altera su naturaleza de contrato de préstamo, ya que no se asimila la situación del acreedor a la de los socios de la entidad prestataria.

Contrariamente a lo que propone la contribuyente, el problema que se plantea no es el de tener en cuenta una interpretación finalista de las normas, sino el de dar preferencia a esa interpretación finalista cuando es contraria al tenor de la norma, que es exactamente lo que aquí sucede. El problema no radica en la interpretación extensiva o restrictiva de las normas, sino que la norma no contempla este supuesto de exención.

En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Real decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberación de la actividad económica, tienen la consideración de préstamos participativos aquellos en los que la entidad prestamista perciba un interés (fijo o variable) determinado en función del beneficio neto, volumen de negocio, patrimonio total de la empresa prestataria o de cualquier otro elemento que acuerden las partes, considerándose como patrimonio contable a efectos de la legislación mercantil, a determinados efectos, concretamente, de reducción de capital y liquidación de sociedades. No se lleva a cabo, pues, una equiparación a otros efectos y, por tanto, no cabe asimilar la situación del acreedor del préstamo participativo, en tanto en cuanto es titular de un valor representativo de la cesión a tercero de capitales propios, con la de un socio que participa de los fondos propios de la entidad prestataria. En 2014, los préstamos participativos no tenían la consideración de fondos propios en 2014, sino la consideración de financiación ajena y, por tanto, no estaban exentos.

Desde el punto de vista contable, los préstamos participativos se contabilizan conforme a la norma de registro y valoración (NRV) 9º, relativa a los "Instrumentos financieros" del Plan General de Contabilidad (PGC 2007), aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

La respuesta a la cuestión con interés casacional es la siguiente: La exención contenida en el artículo 4. Ocho. Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, no se entiende aplicable a los préstamos participativos contraídos con entidades mercantiles, con o sin cotización en mercados organizados, en las condiciones previstas en el citado precepto, dado que no son equiparables los préstamos participativos y con los fondos propios de entidades mercantiles.

**CUARTO.** - Resolución de las pretensiones deducidas en el recurso de casación.



Doña Ariadna solicita de esta Sala que declare que procede la aplicación de la exención prevista en el artículo 4.Ocho.Dos de la LIP a la participación que tenía en la sociedad HOLCUMA, S.L. en virtud de un préstamo participativo y, en consecuencia, case y anule la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y dicte sentencia por la que estime el recurso contencioso interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y, como reconocimiento de una situación jurídica individualizada, declare que procede la rectificación de la autoliquidación del impuesto presentada en su día y el reconocimiento de la devolución de ingresos indebidos derivada de dicha rectificación.

A esa pretensión se opone la Junta de Andalucía, por entender que no es admisible la interpretación extensiva que se pretende, desnaturalizando el concepto de participaciones sociales, y llevando a una analogía prohibida en el Derecho Tributario. Por ello, considera que la respuesta a la cuestión de interés casacional planteada habría de ser que los préstamos participativos no se encuentran incluidos en la exención del artículo 4.Ocho.dos de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio.

Finalmente, la pretensión del Abogado del Estado se sustancia en su rechazo a la pretensión de la recurrente por considerar que la sentencia recurrida es ajustada a derecho y procede su confirmación, con desestimación del recurso de casación.

En relación con la cuestión doctrinal planteada por el auto de admisión, propugna la siguiente respuesta:

La exención contenida en el artículo 4. Ocho. Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, no puede entenderse aplicable a los préstamos participativos contraídos con entidades, con o sin cotización en mercados organizados, y en las condiciones previstas en el citado precepto.

A la vista de los razonamientos expresados en los fundamentos anteriores, procede declarar que no ha lugar al recurso, con lo cual se confirma la sentencia recurrida por estar ajustada a derecho, lo cual lleva consigo la confirmación de los actos y resoluciones recurridas.

#### **QUINTO.- Pronunciamiento sobre costas.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración expresa de condena en dicho concepto en lo que se refiere a las causadas en este recurso de casación.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º- Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

2º- No haber lugar al recurso de casación núm. 5341/2019, interpuesto por doña Ariadna , representada por la procuradora doña Ana Castillo Díaz, contra la sentencia de 8 de marzo de 2019, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso-administrativo núm. 205/2018 promovido contra la resolución del Tribunal Económico-administrativo Regional de Andalucía, Sala de Málaga, de 30 de noviembre de 2016, que, a su vez, había desestimado la reclamación contra el acuerdo del Gerente Provincial de la Agencia Tributaria de Andalucía en Málaga, de 21 de noviembre de 2016, que no accedió a la solicitud de rectificación de la autoliquidación del Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicio 2014, con lo cual se confirman los actos y resoluciones recurridas.

3º- No hacer imposición de las costas procesales de esta casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.