

**ENRIQUE RODRÍGUEZ VARO***Licenciado en Ciencias Empresariales (ETEA-Córdoba)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Juan FERREIRO LAPATZA, don Luis Manuel ALONSO GONZÁLEZ, doña María Dolores ARIAS ABELLÁN, don Valentín PICH ROSELL, don Iu PIJOAN I FONT y doña Susana SARTORIO ALBALAT.

**Extracto:**

El régimen especial de las sociedades patrimoniales, introducido a partir del 1 de enero de 2003, plantea numerosos interrogantes en su aplicación. Dichos problemas surgen, por un lado, al determinar si en una sociedad concurren las circunstancias previstas en la norma para que deba tributar en este régimen especial. Por otro lado, las dudas aparecen también en relación con la propia tributación de la sociedad patrimonial; entre ellas, las que se plantean como consecuencia del paso del régimen general al especial y viceversa. Finalmente, surgen algunas cuestiones igualmente controvertidas en relación con la tributación de los socios o partícipes de estas entidades.

El presente trabajo analiza algunas de las cuestiones controvertidas de los tres campos señalados, sin ánimo de exhaustividad, tratando de arrojar alguna luz para su solución. Con este fin, los criterios que anteriormente se manejaban para el desaparecido régimen de transparencia fiscal pueden ser igualmente válidos, pero en algunos casos es necesario hacer una nueva interpretación.

---

## Sumario:

---

### Abreviaturas.

1. Introducción.
2. Configuración de las sociedades patrimoniales.
  - 2.1. Calificación de una sociedad como patrimonial: la composición del activo.
    - 2.1.1. Concepto de actividad económica.
    - 2.1.2. La compraventa y arrendamiento de inmuebles.
    - 2.1.3. Afectación y desafectación de un elemento patrimonial a una actividad económica.
    - 2.1.4. El inicio de la actividad.
    - 2.1.5. El cese de la actividad.
    - 2.1.6. La promoción inmobiliaria.
  - 2.2. Las causas de exclusión. Cómputo.
3. Tributación de las sociedades patrimoniales.
  - 3.1. Operaciones a plazos.
  - 3.2. Provisiones.
  - 3.3. Compensación de bases imponibles.
4. Tributación de los socios.
5. Conclusiones.

### Bibliografía.

## ABREVIATURAS

<b>DGT</b>	Dirección General de Tributos (Ministerio de Economía y Hacienda).
<b>TRLIS</b>	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.
<b>TRLIRPF</b>	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo.
<b>RIS</b>	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio.
<b>RIRPF</b>	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio.

## 1. INTRODUCCIÓN

El régimen especial de las sociedades patrimoniales fue introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes <sup>1</sup>. Con esta ley se dio nueva redacción a los artículos 75 a 77 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. En la actualidad, tras la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, dicha regulación se encuentra en los artículos 61 a 63 de esta norma.

Según la exposición de motivos de la Ley 46/2002, la modificación «supone la eliminación de toda especialidad para las entidades cuyos ingresos procedan de actividades profesionales, artísticas o deportivas, mientras que a las conocidas como entidades de cartera o de mera tenencia de bienes se les aplicará el nuevo régimen especial de las sociedades patrimoniales». De esta forma, las anteriores «sociedades de profesionales» y las «sociedades de artistas y deportistas» dejan de tener un tratamiento específico en el Impuesto sobre Sociedades, tributando a partir de entonces en el régimen general.

Por otra parte, la desaparición del régimen de transparencia fiscal <sup>2</sup> se justifica «por razones de neutralidad». Al respecto, sólo cabe indicar lo ya señalado por MALVÁREZ PASCUAL, es decir, que las razones invocadas «son las mismas razones que las alegadas por quienes crearon el régimen en 1978», lo cual no deja de sorprender <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> También las Haciendas Forales han introducido el régimen de las sociedades patrimoniales en su normativa. En Navarra, con la Ley Foral 16/2003, de 17 de marzo. En Álava, la Norma Foral 8/2003, de 17 de marzo. En Guipúzcoa, la Norma Foral 3/2003, de 18 de marzo. Y en Vizcaya, la Norma Foral 5/2003, de 26 de marzo. En los cuatro casos, la regulación es prácticamente idéntica a la normativa estatal.

<sup>2</sup> No obstante, el mecanismo de la transparencia se mantiene en nuestro ordenamiento, en concreto, en los regímenes especiales de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas, regulado en el Capítulo II del Título VII del TRLIS. Igualmente, subsiste el régimen de transparencia fiscal internacional, regulado en el Capítulo XI del mismo Título.

<sup>3</sup> MALVÁREZ PASCUAL, Luis A.: «El régimen de las sociedades patrimoniales: un paso más en la institucionalización de la elusión fiscal a través de sociedades». *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 249, diciembre 2003, pág. 55.

El régimen de transparencia fiscal interna, suprimido por dicha ley, apareció en nuestro ordenamiento como una figura antielusiva específica. Su objetivo declarado era el de evitar la interposición de figuras societarias con las que se conseguía obtener una mejora en la tributación de determinadas rentas «pasivas», al gravarse con el tipo proporcional del Impuesto sobre Sociedades y no con la escala progresiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Podemos señalar de forma escueta cuál es la finalidad del nuevo régimen especial y el mecanismo para conseguirla. Al igual que ocurría con la desaparecida transparencia fiscal, la finalidad de este régimen es la de evitar la elusión de la progresividad. En cuanto al mecanismo para su consecución, la idea que subyace en la articulación del régimen es que la sociedad patrimonial tribute como una persona física, de tal forma que la tributación de la entidad sea definitiva. Así lo señala expresamente PÉREZ ROYO<sup>4</sup>, según el cual, con este mecanismo se consigue «que el posterior reparto de beneficios no vuelva a tributar (ni mucho, ni poco ni nada) en la cabeza del socio». Como veremos, sin embargo, este objetivo sólo se cumple cuando todos los socios son personas físicas.

Por el contrario, en el régimen de transparencia fiscal, el mecanismo utilizado era el de efectuar la imputación a los socios de las bases imponibles positivas y demás conceptos (deducciones, bonificaciones...). Además, a partir de 1996, con la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, el Impuesto sobre Sociedades satisfecho operaba como un pago a cuenta respecto de la renta imputada a los socios.

A lo largo de este trabajo no vamos a realizar un análisis sistemático de todo el régimen, sino que, identificados algunos problemas que surgen a la hora de su aplicación, trataremos de dar alguna solución. Su análisis se ha encuadrado, por razones expositivas, en tres grandes bloques: configuración de las sociedades patrimoniales, tributación de las sociedades incluidas en este régimen especial y tributación de los socios.

## 2. CONFIGURACIÓN DE LAS SOCIEDADES PATRIMONIALES

El artículo 61 del TRLIS define, en sus apartados 1 y 2, el ámbito de aplicación del régimen especial<sup>5</sup>. De esta forma, para que una sociedad tribute en este régimen especial ha de tener, en primer lugar, la consideración de patrimonial mediante la concurrencia de las circunstancias indicadas en el apartado 1 del artículo 61 del TRLIS. Y, en segundo lugar, una vez calificada como patrimonial, no ha de producirse ninguno de los supuestos establecidos en el apartado 2 del mismo precepto.

<sup>4</sup> PÉREZ ROYO, Ignacio: «La supresión del régimen de transparencia fiscal y el nuevo régimen especial de las sociedades patrimoniales». *Revista REGAF*. Publicación del Instituto Técnico de Contabilidad y Administración (ITECA). Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles y Empresariales. Gabinete de Estudios del Registro General de Asesores Fiscales (REGAF), núm. 41, enero 2005, pág. 29.

<sup>5</sup> No podemos olvidar a lo largo de este trabajo que el régimen tiene carácter obligatorio para los sujetos pasivos incluidos en su ámbito de aplicación.

## 2.1. Calificación de una sociedad como patrimonial: la composición del activo.

La calificación de una sociedad como patrimonial exige, según el apartado 1 del artículo 61 del TRLIS, la concurrencia de tres circunstancias, a saber:

- La que podemos denominar objetiva, es decir, la relativa a la composición de su patrimonio: que más de la mitad del activo esté constituido por valores o que más de la mitad del activo no esté afecto a actividades económicas.
- La de naturaleza subjetiva, esto es, la referida a los socios o partícipes en el capital social: que más del 50 por ciento del capital social pertenezca, directa o indirectamente, a 10 o menos socios o a un grupo familiar.
- La de naturaleza temporal: que las dos circunstancias anteriores concurren, de forma simultánea, durante más de 90 días del ejercicio social.

Cada una de estas circunstancias plantea problemas para su aplicabilidad, aunque vamos a centrarnos en la primera de ellas, en particular en el problema relativo a la existencia o no de afectación de los elementos patrimoniales a una actividad económica.

Lo que la norma señala es que cuando en el activo de la sociedad están presentes, en un porcentaje determinado, ciertos elementos patrimoniales, se presume la concurrencia de esta primera circunstancia. Para analizar dicha concurrencia es preciso un doble análisis. El primero, para determinar si la sociedad realiza una actividad económica en los términos que este calificativo tiene en la norma de referencia (la del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). El segundo análisis exige que se concrete si los elementos patrimoniales se encuentran afectos o no a la(s) actividad(es) económica(s) que la sociedad desarrolla.

Hay que tener en cuenta que la calificación de una sociedad como patrimonial no es incompatible con el desarrollo de una actividad económica. Es perfectamente posible que una entidad lleve a cabo una actividad económica y, sin embargo, que más de la mitad de su activo no esté afecto a dicha actividad económica. En sentido inverso, una entidad que no desarrolla una actividad económica no tiene automáticamente la consideración de sociedad patrimonial.

### 2.1.1. Concepto de actividad económica.

En el Impuesto sobre Sociedades la cuestión de determinar qué es una actividad económica ha sido resuelto por el legislador, antes en el régimen de transparencia fiscal, ahora en el de las sociedades patrimoniales, mediante la remisión al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En virtud de esta remisión a la noción de actividad económica (o a la de los rendimientos procedentes de ella) se hace preciso acudir al artículo 25 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (TRLIRPF), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de

marzo. Según este precepto, se entiende que existe una actividad económica –anteriormente actividades empresariales o profesionales, distinción que se mantiene a otros efectos, como en las retenciones– cuando se produce por una persona una ordenación por cuenta propia de medios materiales y humanos, aunando trabajo y capital o uno solo de estos factores, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios <sup>6</sup>.

Veamos algunas de las cuestiones suscitadas en torno a este concepto.

### 2.1.2. La compraventa y arrendamiento de inmuebles.

Frente a lo que acontece en otros tributos (IAE, IVA), en los que la naturaleza económica de estas actividades se atribuye, al igual que en el resto de las actividades, cuando están presentes los factores de ordenación en los términos ya vistos, el artículo 25 del TRLIRPF incluye una regla específica para decidir dicha naturaleza en las actividades de compraventa y arrendamiento de inmuebles. Así, el segundo apartado de este precepto establece que se realizan como actividad económica únicamente cuando se disponga de un local y de una persona empleada. Los comentarios sobre este apartado en la doctrina científica y administrativa son numerosos.

En general, la interpretación administrativa ha ido encaminada a considerar que la existencia del local y del empleado son necesarios y suficientes para entender que la actividad tiene un carácter económico. De esta forma se argumenta que la ley establece unos medios mínimos, una organización empresarial indispensable, para entender que existe un ánimo económico en el desarrollo de la compraventa o arrendamiento de inmuebles.

A nuestro entender, los requisitos que establece dicho apartado deben entenderse en sus justos términos. En consecuencia, el argumento que debe presidir su interpretación es que la presencia de estos medios no supone automáticamente que exista una actividad económica. De la misma forma, su ausencia no debería significar la inexistencia del carácter económico de la actividad de compraventa o arrendamiento.

Imaginemos una sociedad que dispone de varios locales comerciales y viviendas que explota en arrendamiento. Si dispone de un local y de un empleado, nadie dudará del carácter económico de su actividad. Supongamos, por contra, que dicha gestión se cede a otra empresa, incluyendo los medios materiales y personales de los que disponía. Más aun. Imaginemos que esa otra empresa se constituye *ex profeso* para gestionar la actividad de aquella. ¿Puede entenderse que ya no es una actividad económica? ¿Y que esa actividad no es, en definitiva, la misma?

<sup>6</sup> Este mismo concepto se encuentra también en otros preceptos del propio Impuesto sobre Sociedades. Así, el artículo 121.3 del TRLIS, incluido en el régimen especial de entidades parcialmente exentas, establece la misma definición para establecer cuáles son los rendimientos de una «explotación económica».

Por otra parte, esta definición ha hecho fortuna en otros tributos. En el Impuesto sobre Actividades Económicas se utiliza para definir el carácter empresarial, profesional o artístico de una actividad (art. 79.1 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo). En el Impuesto sobre el Valor Añadido, el artículo 5.2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, incluye este concepto para definir las actividades empresariales o profesionales.

A nuestro parecer, la finalidad del apartado 2 del artículo 25 del TRLIRPF es la de establecer unos requisitos mínimos para que la actividad de arrendamiento o compraventa de inmuebles pueda considerarse como una actividad económica, requisitos que inciden en la necesidad de una infraestructura mínima, de una organización de medios empresariales, para que esta actividad tenga tal carácter. Según una interpretación literal, si la entidad no dispone de los medios del artículo 25.2, su actividad no tendrá la consideración de económica.

Sin embargo, en virtud de una interpretación teleológica, puede considerarse que lo que exige el apartado 2 del artículo 25 del TRLIRPF es la presencia de esos requisitos mínimos para desarrollar una actividad económica, con independencia de que dicha organización se encuentre en sede del propio titular de los bienes o de un tercero. Es decir, lo que pretende dicho precepto es establecer únicamente cuáles son los medios mínimos con los que debe contarse para entender cuándo el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad económica, con independencia de dónde se localice esta estructura.

En conclusión, ante el arrendamiento o compraventa de inmuebles, es preciso verificar la presencia de la estructura que exige el artículo 25.2 del TRLIRPF, bien en la propia sociedad, bien en el tercero que tenga encomendada la gestión. Aplicando este razonamiento, si el titular de los bienes no cuenta con esta estructura, caben dos alternativas. La primera es que el tercero contratado por el titular sí disponga o precise, para llevar a cabo la gestión relativa a los inmuebles del titular, de los medios previstos en el artículo 25.2 del TRLIRPF. En este caso, el arrendamiento merece la calificación de actividad económica en sede del titular y, en consecuencia, los inmuebles tendrán la consideración de afectos a una actividad económica.

La segunda alternativa es que el tercero contratado no disponga ni precise, para llevar a cabo la gestión relativa a los inmuebles del titular, de los medios previstos en el artículo 25.2 del TRLIRPF. En este caso, el arrendamiento no tiene la calificación de actividad económica y, en consecuencia, los inmuebles no tendrán la consideración de afectos a una actividad económica.

### *2.1.3. Afectación y desafectación de un elemento patrimonial a una actividad económica.*

Como exponíamos antes, el segundo análisis que debe hacerse para determinar la concurrencia de la circunstancia objetiva de las sociedades patrimoniales es el de determinar si los elementos patrimoniales de que dispone la sociedad se encuentran o no afectos a una actividad económica.

Aunque íntimamente relacionadas, la realización de una actividad económica y la afectación de los elementos patrimoniales a una actividad económica no dejan de ser cuestiones diferentes. Una sociedad puede desarrollar una actividad económica, pero puede disponer de elementos patrimoniales que no estén afectos a ella, bien por imperativo legal, bien porque sean utilizados al margen de la propia actividad.

Tampoco el concepto de la afectación se encuentra definido en el Impuesto sobre Sociedades. La remisión al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas hace necesario de nuevo acudir a los preceptos de esta norma para determinar la existencia o no de afectación.

El artículo 27 del TRLIRPF delimita, positiva y negativamente, cuándo un elemento patrimonial se considera afecto. Dicho precepto se desarrolla en los artículos 21 y 22 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RIRPF), aprobado por el Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio. Así, señala como afectos a una actividad económica los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente; los bienes destinados a los servicios económicos y socio-culturales del personal al servicio de la actividad; y cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos. La delimitación se completa negativamente al considerar como no afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad económica; y los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros.

Por tanto, los criterios parecen claros. No obstante, vamos a ver algunos casos en los que la cuestión de la afectación plantea algunas dudas.

#### 2.1.4. El inicio de la actividad.

Como ha señalado MALVÁREZ PASCUAL<sup>7</sup>, una cuestión ciertamente importante para apreciar la existencia de la afectación es la de determinar cuándo se produce este hecho si se inicia una actividad económica.

La solución a este hecho, en la transparencia fiscal, por parte de la Dirección General de Tributos (DGT)<sup>8</sup>, fue la de considerar que dicho inicio se traslada al momento en que comience el desarrollo efectivo de la actividad. Este criterio parece mantenerse para el propio régimen de las sociedades patrimoniales. Así, en la consulta número 1116-04, de 28 de abril (NFC020963), la DGT<sup>9</sup> ha señalado lo siguiente (el subrayado es nuestro):

«En definitiva, del escrito de la consultante se deduce que nunca hubo un inicio material de la actividad promotora. La mera intención o voluntad de llevarla a cabo no implica su comienzo efectivo. Por esta causa, el simple traspaso contable de los terrenos de la partida de inmovilizado a la de existencias no supone dicho comienzo. Del mismo modo, las simples actuaciones preparatorias o tendentes a comenzar el desarrollo efectivo de la actividad, no supone tampoco su inicio material. Por tanto, la entidad no ha realizado nunca una actividad económica, por lo que ningún elemento de su activo ha estado afecto a la misma, (...).»

<sup>7</sup> MALVÁREZ PASCUAL, LUIS A.: «El régimen de las sociedades patrimoniales: (...)». *Op. cit.*, pág. 63.

<sup>8</sup> Orden Ministerial de 17 de abril de 1980, por la que se aprueba la doctrina expuesta en las contestaciones a consultas de carácter vinculante por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Consulta número 79.

<sup>9</sup> La consultante era titular de dos terrenos desde 1973, que tenía arrendados. Decidió iniciar una actividad de promoción sobre dichos terrenos, por lo que los traspasó a existencias. Finalmente, desechó la idea de llevar a cabo la promoción por no disponer de la financiación necesaria.



Dos son las ideas fundamentales que subyacen en esta contestación del Centro Directivo. Por un lado, que no basta la voluntad o la intención para entender iniciada la actividad económica. Por otro, que no basta siquiera con realizar algunas actuaciones que confirmen esa intención inicial, sino que para entender que se ha producido el inicio es necesario una actuación «calificada» del sujeto pasivo. La DGT niega esta calificación a las «simples actuaciones preparatorias o tendentes» a comenzar el desarrollo efectivo de la actividad. En conclusión, el inicio se identifica con el inicio «material», sin que el Centro Directivo explicita en su contestación en qué consiste este término.

Entendemos, al igual que el autor arriba citado, que el criterio de la DGT puede resultar excesivamente formalista. Establecer la fecha y, por qué no, la hora concreta del inicio de una actividad (el «inicio material») en función de que se produzca un hecho determinado resulta demasiado simplista. Además, siempre quedaría la duda de cuál debe ser este hecho en cada actividad económica. Piénsese, por ejemplo, en la actividad pesquera. Una empresa recién constituida adquiere un barco y contrata al personal para salir a la mar. Sin embargo, el primer día que echa las redes vuelve de vacío, sin tener género para vender en la lonja. Alguien podría argumentar, con el criterio administrativo, que no ha iniciado aún la actividad.

A nuestro juicio, determinar el momento del inicio de la actividad es una cuestión que únicamente podrá conocerse *a posteriori*, tal vez tras un período dilatado, cuando se haya visto que, efectivamente, se ha producido la secuencia temporal de hechos lógicos que suponen iniciar la actividad económica. En efecto, la puesta en marcha de una actividad económica requiere un proceso más o menos largo, en el que habría que incluir, una vez ideado el proyecto, la necesidad de estudiar su factibilidad, analizar los posibles recursos financieros, emprender la búsqueda de dichos recursos y, finalmente, adoptar la decisión de dar comienzo a la actividad. Todas estas actuaciones son necesariamente preparatorias de la actividad que finalmente pueda llevarse a cabo, pero necesarias al fin y al cabo.

Por tanto, entendemos que podrá considerarse iniciada la actividad cuando exista la intención o la voluntad de llevarla a cabo. Esta intención o voluntad se verá concretada en las actuaciones lógicas que exterioricen esa decisión interna del empresario. Y de esta forma se producirá una confirmación en virtud de elementos objetivos <sup>10</sup>, más allá de la invisible voluntad o intención del empresario.

No es posible establecer cuáles deberán ser esas «actuaciones lógicas» que expresen la voluntad del empresario, ya que es una cuestión que variará en cada caso. Imaginemos el caso de que exista la intención de constituir una sociedad para explotar un hotel que ha de construirse en el litoral. La voluntad inicial se manifestará en la propia creación de la sociedad, al establecerse su objeto social, incluso su propia denominación. Posteriormente, mediante la adquisición del solar, la firma del contrato de construcción del hotel, la petición de las licencias y permisos necesarios, etc. Finalmente, la adquisición del mobiliario, la contratación del personal, la publicidad. Todo ello supone el conjunto de secuencias lógicas del proceso que culminará con la apertura del establecimiento y que confirmará, de forma definitiva, la intención o la voluntad inicial.

<sup>10</sup> En términos muy similares se pronuncia la regulación del Impuesto sobre el Valor Añadido. En concreto, en el último párrafo del artículo 5.Dos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre.

Pues bien, en este caso concreto, ha de entenderse que el inicio de la actividad económica ha de trasladarse al mismo momento en que se adopta la decisión de explotar el hotel. Lógicamente, esta decisión no se conocerá hasta que no se concrete en la propia constitución de la sociedad. Por tanto, a partir de esta fecha podría entenderse iniciada la actividad económica. De esta forma, todas las actuaciones indicadas, que tienen por objeto permitir que finalmente se produzca la apertura del hotel, se entenderán efectuadas en el desarrollo de la actividad económica. Y, en consecuencia, los elementos patrimoniales que aparezcan en el activo de la entidad estarán afectos a ella.

En el caso de la consulta anteriormente señalada (Consulta número 1116-04, NFC020963), la intención de la entidad era desarrollar la actividad de promoción sobre los terrenos de los que disponía. Por tanto, había una intención o voluntad de iniciar la actividad, como demuestra el hecho de haber traspasado los terrenos a la cuenta de existencias. Pero finalmente no se inició la actividad por falta de financiación. En definitiva, la intención inicial no se vio confirmada posteriormente, por lo que puede concluirse que no se inició efectivamente la actividad promotora.

El argumento expuesto podría apoyarse en la propia normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Al respecto, el TRLIRPF entiende que se efectúa una actividad económica cuando existe una ordenación de medios *con la finalidad* de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios <sup>11</sup>. Y el Reglamento añade que sólo se considerarán afectos a una actividad económica los elementos patrimoniales que el contribuyente utilice *para los fines* de la misma <sup>12</sup>. Por tanto, la existencia de una finalidad económica reviste a la actividad de este carácter, y confiere a los elementos patrimoniales destinados a ser utilizados en la actividad correspondiente el carácter de afectos a la misma.

#### 2.1.5. El cese de la actividad.

Otro hecho relevante para determinar la afectación o no de los elementos patrimoniales es el que puede producirse cuando la entidad cesa o deja de desarrollar su actividad.

Previamente es necesario precisar el propio alcance del término «cese». Con esta expresión puede aludirse a situaciones muy distintas. Así, puede ocurrir que la entidad deje de efectuar sólo alguna de sus actividades, o bien que su intención sea la de extinguirse, en cuyo caso afectará a todas las que lleve a cabo. Por otra parte, con el término «cese» puede entenderse desde la imposibilidad de vender el producto por causas derivadas del funcionamiento del mercado hasta la efectiva puesta en marcha del proceso liquidatorio del negocio empresarial.

<sup>11</sup> Artículo 25.1 del TRLIRPF.

<sup>12</sup> Artículo 21.2 del RIRPF.

En primer lugar, cabe reseñar que una paralización, interrupción o situación de inactividad transitoria no supone, por sí misma, la finalización del desarrollo de la actividad. Hablar de cese requiere una permanencia en la situación de inactividad, que permita entender concluido el ejercicio de la actividad económica de una forma definitiva.

Al igual que hemos visto respecto del inicio de la actividad, para poder hablar de cese es necesario contemplar una secuencia temporal más amplia, de modo que la paralización o la inactividad inicial puede ser simplemente un primer paso. Únicamente si los hechos posteriores confirman la imposibilidad o esa voluntad de no continuar ejerciendo la actividad, podremos hablar de un cese efectivo. Estos hechos pueden ser múltiples, tales como la enajenación del activo empresarial, la adopción del acuerdo de la disolución y liquidación, la presentación de declaraciones tributarias indicando que la sociedad está inactiva, etcétera. Por tanto, más que de una fecha de cese debe hablarse de un proceso que permite el cese de la actividad.

A nuestro entender, cuando una entidad «cesa» ha de realizar a continuación las actuaciones lógicas que confirmen la voluntad de cesar. Así, el cierre de las instalaciones, la venta o la cesión del patrimonio empresarial en bloque (negocio) o de los elementos del activo aisladamente considerados, el destinarlos a otra actividad, no son sino actos que, en pura lógica, resultan de la decisión de cesar en la actividad.

De una forma amplia, cuando hay un cese en una actividad, y en relación con los elementos patrimoniales que se utilizaban en ella, cabe hablar de dos casos. El primero, que permanezcan en el patrimonio empresarial, destinándolos o no a otra actividad. El segundo, que salgan del mismo. En el primer caso, si se destinan a otra actividad, los elementos patrimoniales pasarán sin solución de continuidad de la actividad en la que se cesó a la nueva. Ésta habrá de ser analizada para ver si concurren en ella las circunstancias necesarias para calificarla como económica. Por el contrario, si no se destinan a otra actividad, habrá que analizar el porqué, ya que si la permanencia en el patrimonio se produce únicamente a la espera de la realización en el mercado, estaríamos en el caso de su salida del patrimonio.

En el segundo caso posible, si los elementos utilizados en la actividad en la que se cesa salen de la entidad, estamos ante la liquidación del patrimonio empresarial. Y la liquidación no es sino la última fase de la actividad económica. En consecuencia, aun cuando el proceso liquidatorio se alargue en el tiempo, no por ello se deja de desarrollar la actividad económica, sino que se están ejecutando las actuaciones precisas para que dicha actividad, jurídica y económicamente, deje de existir. A nuestro juicio, resulta sumamente difícil que una entidad que desarrolla una actividad económica y que liquida sus activos pueda tener la consideración de patrimonial ya que habrá que entender que durante todo el proceso de liquidación continúa realizando la actividad económica y, consecuentemente, los elementos patrimoniales permanecen afectos a ella.

A pesar de lo indicado, no se nos oculta el hecho de que, ya que la aplicación del régimen de las sociedades patrimoniales precisa computar un período temporal de concurrencia de las circunstancias relativas al activo y al accionariado, siempre quedará el problema de determinar cuándo se

produce el cese efectivo y comienza el recuento de los noventa días de la no afectación de los elementos patrimoniales a una actividad económica. La solución dista de ser homogénea, por lo que habrá de alcanzarse en cada caso en función de las circunstancias concretas.

Al argumento que hemos expuesto podría encontrársele apoyo, siquiera indirecto, en la previsión legal que establece el número 2.º de la letra a) del artículo 61.1 del TRLIS <sup>13</sup>. Según la propia DGT <sup>14</sup>, esta norma tiene por fin «evitar que las sociedades que desarrollan actividades económicas puedan quedar sujetas al régimen de las sociedades patrimoniales como consecuencia de no distribuir sus beneficios y reinvertirlos en elementos no afectos a la actividad».

De acuerdo con esta previsión legal, para determinar si la entidad tiene la consideración de patrimonial, habría que restar del total de los elementos patrimoniales que cumplan el requisito del artículo 61.1 –valores y activos no afectos– el importe de los beneficios no distribuidos procedentes de la realización de actividades económicas, con el límite de los beneficios obtenidos en el propio año y en los diez anteriores. Si después de esta operación resulta que más de la mitad del activo de la consultante está constituido por activos no afectos o por valores, concurrirá la circunstancia objetiva para que la entidad deba tributar en el régimen de las sociedades patrimoniales.

Precisamente, a la hora de delimitar qué se entiende por beneficios provenientes de la realización de actividades económicas, la DGT <sup>15</sup> ha señalado que, en relación con los beneficios que tienen su origen en la transmisión de parte del inmovilizado material, donde hasta dicho momento se desarrollaba parte de la explotación, al existir un nexo causal, claro y preciso con la actividad realizada al ser un bien afecto a la misma, debe entenderse que los beneficios resultantes de la transmisión han de incluirse dentro del conjunto de beneficios que proceden de la realización de actividades económicas. En definitiva, el Centro Directivo sostiene, a nuestro juicio acertadamente, que los beneficios obtenidos en la transmisión del activo inmovilizado que se encuentra afecto a una actividad económica son beneficios provenientes de dicha actividad.

Por tanto, con este criterio puede argüirse que si al transmitirse elementos afectos a una actividad se origina un beneficio procedente de la realización de actividades económicas, puede concluirse que, de una manera efectiva, no hay nunca una desafectación de dichos elementos patrimoniales.

---

<sup>13</sup> «No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos diez años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por 100, de la realización de actividades económicas».

<sup>14</sup> Entre otras, la Consulta 1692-04, de 14 de septiembre (NFC020345).

<sup>15</sup> Consulta 0755-97, de 14 de abril (NFC008030).

Finalmente, creemos consecuente con lo anterior que el criterio de la DGT, acerca de la finalidad del punto 2.º de la letra a) del artículo 61.1 del TRLIS, debería ser objeto de una interpretación más amplia. Así, la finalidad de este precepto no debe ser únicamente la de evitar que las sociedades que desarrollan actividades económicas puedan quedar sujetas al régimen de las sociedades patrimoniales como consecuencia de no distribuir sus beneficios y reinvertirlos en elementos no afectos a la actividad. También ha de quedar incluida en esa finalidad el razonamiento que hemos presentado, de tal modo que se evite igualmente que una sociedad que comienza su proceso de disolución y liquidación pueda quedar incluida en el régimen de las sociedades patrimoniales cuando esta situación se prolongue más allá del plazo de los noventa días que establece el artículo 61.1 del TRLIS.

#### 2.1.6. La promoción inmobiliaria.

Aunque de una forma genérica ya han sido expuestas en los apartados anteriores, las peculiaridades que pueden producirse en las entidades dedicadas a la promoción inmobiliaria en relación con la posible aplicación del régimen especial de las sociedades patrimoniales exigen un análisis más específico <sup>16</sup>.

En primer lugar, la fijación del propio concepto de promoción inmobiliaria no deja de plantear problemas.

En el Impuesto sobre Actividades Económicas, la nota del epígrafe 833.1 «Promoción de terrenos» de la Sección 1.ª del Anexo 1 del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las Tarifas y la Instrucción de dicho Impuesto, establece que dicho epígrafe «comprende la compra o venta en nombre y por cuenta propia, así como la urbanización, parcelación, etc., de terrenos, todo ello con el fin de venderlos». Y la nota del epígrafe 833.2 «Promoción de edificaciones» señala que dicho epígrafe «comprende la compra o venta de edificaciones totales o parciales en nombre y por cuenta propia, construidas directamente o por medio de terceros, todo ello con el fin de venderlas».

<sup>16</sup> Una muestra de los problemas que puede causar la relación entre la actividad de promoción inmobiliaria y el régimen especial ha sido el atisbado por MALVÁREZ PASCUAL. Al referirse al tipo de gravamen de las sociedades patrimoniales, dicho autor manifiesta de forma atinada que la aplicación del tipo del 15 por ciento a la parte especial de la base imponible «supone una importante ventaja en relación con el régimen general del impuesto, donde sólo se aplica dicho tipo de gravamen en los casos de reinversión del importe obtenido en la transmisión de los elementos patrimoniales en la adquisición de nuevos elementos necesarios para el desarrollo de la actividad. Esta ventaja tiene una especial importancia en algunas sociedades en las que ni siquiera sea aplicable en relación con sus activos más importantes la deducción por reinversión. Así sucederá cuando se trate de vender un elemento que no tenga la consideración de activo sino de circulante, lo que puede ser importante, valga el ejemplo, en las empresas inmobiliarias y promotoras, respecto de los bienes dedicados a la venta, hayan sido construidos o adquiridos de terceros, pues la venta por la propia sociedad determinará que la renta se integre al tipo general de gravamen del IS». MALVÁREZ PASCUAL, Luis A.: «El régimen de las sociedades patrimoniales: (...)». *Op. cit.*, pág. 93.

¿Puede asimilarse a la compraventa de inmuebles del artículo 25.2 del TRLIRPF? En nuestra opinión no, ya que la compraventa del artículo 25.2 debe referirse a bienes no transformados o, al menos, no sustancialmente. Como ha puesto de manifiesto la DGT <sup>17</sup>, la actividad de promoción inmobiliaria constituye, en todo caso, una actividad económica, sin que hayan de cumplirse los requisitos del apartado 2 del artículo 25 del TRLIRPF, ya que éstos están previstos para el arrendamiento y compraventa de inmuebles, actividades distintas de la promoción inmobiliaria.

Lo que caracteriza a la promoción inmobiliaria es la finalidad que persigue, que no es otra que la venta de un bien nuevo, el inmueble o las unidades obtenidas por la transformación de un inmueble preexistente. En este sentido, la calificación contable de los inmuebles de las empresas inmobiliarias se establece en función de la finalidad a la que estén destinados. Así, la Orden de 28 de diciembre de 1994, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias, en sus normas particulares de valoración tercera y quinta, señala que una construcción cuyo destino previsto sea el uso propio o la explotación en arrendamiento pertenecerá al inmovilizado material y si, por el contrario, el destino previsto de tal construcción es la venta, siempre que no haya sido objeto de explotación, estaremos ante una existencia.

Y es importante recalcar, por lo que seguidamente veremos, que la actividad promotora se continúa realizando con independencia del plazo que transcurra desde la finalización de la construcción del inmueble promovido –parcelas, pisos, locales, garajes– hasta su enajenación.

Por otra parte, también cabe plantearse si la rehabilitación de una edificación constituye o no realizar una actividad de promoción inmobiliaria en el sentido antes indicado. En este punto el criterio de la DGT <sup>18</sup>, que entendemos igualmente acertado, ha sido el de considerar que la compra de inmuebles para su rehabilitación con el fin de venderlos posteriormente es también una actividad económica, idéntica a la promoción inmobiliaria.

Otra cuestión ciertamente importante y de enorme envergadura dados los importes que mueve el sector es la que se da cuando una sociedad promotora, una vez finalizada la construcción, decide cesar o dar por finalizada su actividad de promoción, bien porque pretende disolverse, traspasar su patrimonio o realizar una actividad diferente.

A nuestro parecer son igualmente aplicables a esta sociedad los criterios que hemos razonado anteriormente en el caso general de cese en la actividad, en la medida en que la entidad decida disolverse. Es decir, que la entidad continúa realizando su actividad con independencia de que el proceso liquidatorio sea más o menos largo, por lo que todos sus elementos patrimoniales continuarán estando afectos a la actividad de promoción inmobiliaria, lo que imposibilitará la aplicación del régimen especial de las sociedades patrimoniales.

<sup>17</sup> Entre otras, en las siguientes consultas: 2041-04, de 30 de noviembre; 2081-04, de 20 de diciembre; 1833-04, de 29 de septiembre; 1938-04, de 25 de octubre.

<sup>18</sup> Consulta 1231-04, de 13 de mayo.

Sin embargo, la solución no parece tan clara cuando la entidad decide cesar en su actividad de promoción pero pasa a desarrollar otra actividad. No se nos escapa que muchas empresas promotoras, manifestando que su intención es dedicar sus activos al arrendamiento, podrían entender que, si no disponen de los medios del artículo 25.2 del TRLIRPF, no realizan una actividad económica y, en consecuencia, que los inmuebles promovidos son bienes del inmovilizado y no existencias. Ello permitiría aplicar el tipo de gravamen del 15 por ciento a la plusvalía originada por la venta posterior, siempre que haya transcurrido más de un año entre la finalización de las obras y la fecha de transmisión.

En una primera aproximación a esta cuestión, en la medida en que la sociedad patrimonial tributa con arreglo a las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, podría entenderse que le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 26.4 del TRLIRPF: «*Se atenderá al valor normal en el mercado de los bienes o servicios objeto de la actividad, que el contribuyente ceda o preste a terceros de forma gratuita o destine al uso o consumo propio*». Es decir, cuando la sociedad cesa en su actividad de promoción y afecta sus existencias a la actividad de arrendamiento, lo que está haciendo es destinar al uso propio los elementos que antes utilizaba en esa actividad económica. De esta forma, en el ejercicio en que se produce el cese la entidad integraría en su base imponible, como rendimiento de su actividad económica, gravando por tanto la plusvalía antes de su realización en el mercado. Aparte de los problemas originados por la posible vulneración del principio de capacidad económica –al gravar una renta no realizada–, la principal dificultad de este razonamiento estriba en que se basa en la existencia de un «patrimonio particular» diferente del patrimonio empresarial, distinción ciertamente dificultosa en una sociedad mercantil.

Aparcada la opción anterior, creemos que el criterio más lógico es el de considerar que la sociedad que promueve lo hace con la finalidad de esta actividad, que no es otra que la venta de los bienes promovidos. Si la entidad decide destinarlos al arrendamiento, no significa que deje de realizar la actividad promotora, sino que únicamente está rentabilizando sus inversiones a la espera de la realización definitiva en el mercado.

En todo caso, solamente analizando los hechos acaecidos en un lapso temporal suficientemente amplio se podrá determinar si el comportamiento del sujeto o de los sujetos pasivos implicados tenía por objeto obtener, exclusivamente, una ventaja fiscal al aplicar el régimen especial.

## 2.2. Las causas de exclusión. Cómputo.

Como se ha señalado más arriba, la presencia de las circunstancias del apartado 1 del artículo 61 del TRLIS no supone que, automáticamente, la sociedad deba tributar en el régimen de las sociedades patrimoniales, ya que puede que se produzca alguna de las causas de exclusión que establece el apartado 2 de dicho precepto. Es necesario señalar que el apartado 2 comienza señalando que «*no se aplicará el presente régimen...*». Por tanto, una sociedad puede tener la consideración de patrimonial conforme a los criterios del TRLIS (es decir, según el apartado 1 del art. 61) y, sin embargo, no estar obligada a tributar en este régimen.

Las causas de exclusión incluidas en el apartado 2 del artículo 61 del TRLIS hacen referencia a tres supuestos concretos:

1. Cuando una persona jurídica de derecho público sea titular de más del 50 por ciento del capital.
2. Cuando los valores representativos de la participación de la sociedad estuviesen admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores previstos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
3. Cuando la totalidad de los socios sean personas jurídicas que, a su vez, no sean sociedades patrimoniales.

Los tres supuestos de exclusión aparecían igualmente, aunque configurados formalmente de una manera diferente, en el régimen de transparencia fiscal. Respecto de la primera causa de exclusión, el artículo 75.6 de la Ley 43/1995 señalaba que *«tampoco será aplicable el régimen de transparencia fiscal cuando una persona jurídica de Derecho público sea titular de más del 50 por ciento del capital de una de las sociedades contempladas en la letra a) del apartado 1 de este artículo»*. Su justificación<sup>19</sup> obedecía a que *«se presume, por el carácter público del socio mayoritario, que el fin que se persigue con la creación de la sociedad no es, en ningún caso, la elusión del tributo»*.

En relación con la segunda causa de exclusión, su regulación en el régimen de transparencia fiscal se encontraba igualmente en el apartado 6 del artículo 75 de la Ley 43/1995: *«En ningún caso será aplicable el régimen de transparencia fiscal en los períodos impositivos en que los valores representativos de la participación en el capital de la sociedad estuviesen admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores previstos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores»*. Justificada<sup>20</sup> porque *«dada la dimensión y características de las sociedades admitidas a negociación en estos mercados en ningún caso van a tener entre sus fines la elusión de la progresividad del IRPF»*.

Respecto de la tercera causa de exclusión señalada hay que tener en cuenta que en el desaparecido régimen de transparencia fiscal la redacción de este supuesto era la siguiente: *«No procederá la imputación cuando la totalidad de los socios sean personas jurídicas no sometidas al régimen de transparencia fiscal. En este supuesto la sociedad afectada no tendrá la consideración de sociedad transparente a ningún efecto»*. Este párrafo se incluía dentro del apartado 2 del artículo 75 de la Ley 43/1995, que es el que establecía el mecanismo de funcionamiento, esto es, cómo se efectuaba la imputación a los socios de las bases imponibles positivas y demás conceptos (deducciones, bonificaciones, pagos a cuenta...). Por tanto, la finalidad de este párrafo era clara. En la medida en que el objetivo del régimen de transparencia era el de evitar la elusión de la progresividad mediante la interposición societaria, si todos los socios eran sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades,

<sup>19</sup> MALVÁREZ PASCUAL, LUIS A.: «El régimen de las sociedades patrimoniales: (...)». *Op. cit.*, págs. 74 y 75.

<sup>20</sup> MALVÁREZ PASCUAL, LUIS A.: «El régimen de las sociedades patrimoniales: (...)». *Op. cit.*, pág. 75.



con un tipo de gravamen proporcional, el objetivo del régimen de transparencia dejaba de tener sentido. A la misma finalidad obedece esta causa de exclusión en el régimen de las sociedades patrimoniales <sup>21</sup>.

La finalidad indicada para cada uno de los tres supuestos es plenamente trasladable al régimen de las sociedades patrimoniales. Sin embargo, se plantea el problema de fijar cómo ha de computarse temporalmente la concurrencia de estas circunstancias ya que, a nuestro juicio, la solución no puede ser la misma que en el régimen de transparencia fiscal.

En efecto, en la transparencia fiscal, el momento temporal en que operaban las tres causas de exclusión estaba inexorablemente unido al momento en el que tenía lugar la imputación a los socios <sup>22</sup>. Por tanto, si el día de la conclusión del período impositivo todos los socios eran personas jurídicas no sometidas al régimen de transparencia fiscal, tampoco la sociedad tenía la consideración de transparente. Así lo afirmó la DGT <sup>23</sup> en relación con esta causa, aunque el criterio utilizado resulta igualmente válido para las otras dos: «(...) en el caso en que en una sociedad concurren durante más de noventa días del ejercicio social las circunstancias para ser considerada como transparente pero, a la conclusión del período impositivo correspondiente, fecha en la cual deben determinarse las personas o entidades que tienen la cualidad de socio al objeto de la imputación de sus bases imponibles, la totalidad de sus socios fuesen personas jurídicas no sometidas al régimen de transparencia fiscal, no procederá la imputación y dicha sociedad no tendría la consideración de sociedad transparente a ningún efecto».

Como señalábamos más arriba, aunque la finalidad de los regímenes de transparencia fiscal y de sociedades patrimoniales es la misma, los mecanismos utilizados para conseguirla son radicalmente distintos, ya que el segundo no utiliza un sistema de imputación. La consecuencia fundamental de este hecho es que, si no existe imputación a los socios, no puede aceptarse el criterio de referir el momento en que se produce cualquiera de las causas de exclusión al momento en que se determina quiénes son los destinatarios de la imputación <sup>24</sup>, que era el criterio aplicable en el régimen de transparencia fiscal <sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Como ha puesto de manifiesto MALVÁREZ PASCUAL, «dicho argumento no es válido en relación con las sociedades civiles que tributan en el régimen de atribución de rentas en el IRPF. Al tratarse de sociedades con personalidad jurídica, la sociedad interpuesta en la que pudieran participar no se sometería al régimen de las sociedades patrimoniales. Para evitar estos problemas no basta, pues, la delimitación en función de la personalidad jurídica, sino que debería hacerse en función de la sujeción de la entidad al IS». MALVÁREZ PASCUAL, LUIS A.: «El régimen de las sociedades patrimoniales: (...)». *Op. cit.*, pág. 74.

<sup>22</sup> Recuérdese que el artículo 76.1 de la Ley 43/1995 establecía que «las imputaciones se realizarán a las personas o entidades que ostenten los derechos económicos inherentes a la cualidad de socio el día de la conclusión del período impositivo de la sociedad transparente, (...)». Es decir, existe un momento temporal crítico: el de la conclusión del período impositivo, en el cual se produce el devengo del impuesto (art. 25 de la Ley 43/1995) y es la referencia temporal para efectuar la imputación.

<sup>23</sup> Entre otras, la Consulta número 2452-99, de 28 de diciembre.

<sup>24</sup> *Vid.* en este sentido, VV.AA., «Comentarios al Impuesto sobre Sociedades», Tomo II, Regímenes especiales. Cuatrecasas Abogados, Civitas, 1998, pág. 1.591.

<sup>25</sup> Algunos autores, no obstante, continúan manteniendo la misma tesis para las sociedades patrimoniales, considerando que si en el último día del período impositivo todos los socios son personas jurídicas –no patrimoniales– se consigue automáticamente que la sociedad no tribute en el régimen especial. El fundamento de este criterio radica en la propia redac-

Si se trasladara este criterio a las sociedades patrimoniales, ¿qué sentido tendría que las causas de exclusión hayan de concurrir el último día del período impositivo cuando esta fecha no tiene ninguna incidencia en el régimen? ¿Por qué no bastaría con que se produjeran un solo día, no necesariamente el último? ¿No sería más lógico en este caso atender al momento en que el socio obtiene una renta por los dividendos repartidos o por la transmisión de su participación en la sociedad patrimonial? A nuestro entender, aunque los dos regímenes especiales tienen un substrato similar, la respuesta a este problema no puede ser idéntica porque sus mecanismos de tributación son radicalmente diferentes.

En efecto. Imaginemos una sociedad A, dedicada exclusivamente al arrendamiento de su único inmueble, un local comercial, del que es propietaria y cuyo período impositivo abarca el año natural. Durante todo el año 2005, hasta el 30 de diciembre, su accionariado lo componen dos personas físicas. Por tanto, tributará como sociedad patrimonial, de tal forma que su base imponible estará formada por el rendimiento del capital inmobiliario originado por el arrendamiento del local comercial. Ese día, 30 de diciembre de 2005, ya que la cuota a satisfacer a la Hacienda Pública resultaría muy superior en el régimen especial (tipo de gravamen del 40 por ciento, no deducibilidad de ciertos gastos) que en el régimen general del Impuesto sobre Sociedades, deciden transmitir todas sus acciones a otra sociedad B residente, de la que son también sus accionistas. Con ello se consigue que la sociedad A tribute en el régimen general, con una menor tributación. ¿Tiene algún sentido?

Se hace necesario, pues, adoptar otro criterio distinto <sup>26</sup> del que se aplicaba en la transparencia fiscal para establecer cuándo deben apreciarse las causas de exclusión. Ya que el único requisito temporal establecido en la regulación de este régimen especial es la necesidad de la concurrencia de las circunstancias relativas al activo y al accionariado durante más de noventa días del ejercicio social, parece lógico que el criterio aplicable tenga en cuenta esta circunstancia.

En este sentido, el criterio que entendemos más coherente con la propia finalidad del régimen es el de conjugar simultáneamente los supuestos de exclusión del apartado 2 del artículo 61 del TRLIS con las circunstancias del apartado 1. Es decir, en primer lugar, es necesario cuantificar el número de días del ejercicio social en que concurren las circunstancias objetiva (composición del activo) y subjetiva (participación en el capital social). Seguidamente, habrá que restar de esa cifra el número de días en que, al mismo tiempo, concurre alguna de las circunstancias del artículo 61.2 del TRLIS. Si después de esta sustracción, la diferencia supera los noventa días, la sociedad tributará como patrimonial.

---

ción de la norma, ya que el requisito de los noventa días se encuentra en el apartado 1 del artículo 61 del TRLIS, por lo que no debe afectar a las causas de exclusión, que se encuentran reguladas en el apartado 2 del mismo artículo. Así, MARÍN BENÍTEZ entiende que este apartado permite un medio asequible para sortear la aplicación de este régimen especial. MARÍN BENÍTEZ, Gloria: «El régimen de la sociedad patrimonial: ¿hacia una imposición separada de las rentas del capital?». *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 260, noviembre 2004, pág. 124.

En el mismo sentido, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, José Antonio: «Impuesto sobre Sociedades 2004». *Memento práctico*. Francis Lefebvre. Marginal 5966, precisión 1). Sostiene este autor que ésta y las demás causas de exclusión del artículo 61.2 del TRLIS deben valorarse en el momento de la conclusión del período impositivo, con independencia de que durante más de 90 días se hayan dado las condiciones sobre la composición del activo y sus socios.

<sup>26</sup> Así lo entiende igualmente PÉREZ ROYO. Según este autor, «tal conclusión [en el régimen de transparencia] no puede trasladarse mecánicamente al nuevo régimen de las sociedades patrimoniales porque este último no es un régimen de imputación de renta». PÉREZ ROYO, Ignacio: «La supresión del régimen de transparencia fiscal (...)». *Op. cit.*, pág. 28.

En este sentido, en relación con el régimen de transparencia fiscal, SERRANO GUTIÉRREZ <sup>27</sup>, al referirse al período de la concurrencia de los requisitos previstos para calificar a una sociedad como transparente, señalaba que el examen diario de la composición del accionariado de la sociedad es una misión que, debido a la exigencia legal (antiguo art. 77 de la Ley 43/1995 para las sociedades transparentes) de que los títulos sean nominativos, puede resultar sencilla. No obstante, añade, el requisito del carácter nominativo de los títulos se establece para las sociedades ya calificadas como transparentes, sin que dicha obligación exista antes de que se produzca dicha calificación, lo que en la práctica se traduce en una dificultad añadida para comprobar el requisito temporal. Este mismo análisis, de examen diario del accionariado y sus posibles dificultades, puede trasladarse al ámbito de las sociedades patrimoniales <sup>28</sup>.

A pesar de todo lo anterior, algún pronunciamiento administrativo se manifiesta en favor de la idea original de referir las causas de exclusión a la fecha de devengo del impuesto. La Dirección General de Hacienda de Vizcaya <sup>29</sup> señala, en relación con las causas de exclusión, que éstas deben comprobarse el día de finalización del período impositivo, que es el del devengo del impuesto.

Finalmente, aunque relativo a la propia tributación de las sociedades patrimoniales y no al ámbito de aplicación del régimen, la solución que apoyamos puede servir para arrojar luz igualmente a otro supuesto en el que el momento temporal de aplicabilidad tampoco está definido. Nos referimos a la circunstancia contemplada en el número 3.º de la letra a) del artículo 61.3 del TRLIS, que establece que «*no serán de aplicación las reducciones establecidas en los artículos 21.2, 21.3, 24.2, 30 y 94.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando alguno de los socios de la sociedad patrimonial sea sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes*». Dichos artículos regulan diversas reducciones en los rendimientos del capital y de actividades económicas, así como en determinadas prestaciones percibidas en forma de capital. ¿En qué momento debe apreciarse la circunstancia relativa a los socios?

A nuestro juicio el criterio de interpretación no puede ser el mismo que el utilizado anteriormente. Su fundamento estriba en que el régimen de las sociedades patrimoniales chirría cuando en ellas participan sociedades y no personas físicas. De tal forma que esta norma, al menos en la voluntad del legislador, tiene por objeto desincentivar que en las sociedades patrimoniales participen sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. Al igual que ésta, existen otras normas en el propio régimen con la misma finalidad, como son las limitaciones para aplicar la deducción por doble imposición [arts. 62.1.b) y 62.2.b) del TRLIS]. En consecuencia, debe entenderse que este apartado impide la aplicación de las reducciones cuando cualquiera de los socios, en cualquier momento del ejercicio social, sea sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Dicho de otra forma, únicamente podrán aplicarse las reducciones cuando, a lo largo de todo el ejercicio social, los socios sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

<sup>27</sup> SERRANO GUTIÉRREZ, Ángel: «Transparencia fiscal». *Dossier práctico*. Francis Lefebvre, 2001, pág. 185, marginal 1317.

<sup>28</sup> Esta obligación para las sociedades patrimoniales se encuentra actualmente regulada en el apartado 1 del artículo 63 del TRLIS: «*Las sociedades patrimoniales deberán mantener o convertir en nominativos los valores o participaciones representativos de la participación en su capital*».

<sup>29</sup> Instrucción 3/2003, de 3 de noviembre, de la Dirección General de Hacienda, por la que se establecen criterios interpretativos respecto al régimen transitorio de la transparencia fiscal y al régimen especial de las sociedades patrimoniales.

### 3. TRIBUTACIÓN DE LAS SOCIEDADES PATRIMONIALES

Al igual que en la configuración del ámbito de aplicación del régimen, el propio mecanismo de tributación de las sociedades patrimoniales plantea igualmente otras cuestiones ciertamente controvertidas. Así, el mandato legal que obliga a estas sociedades, sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, a determinar la base imponible con arreglo a las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es una fuente directa de estos problemas.

Sin embargo, la amplitud del tema nos obliga a centrarnos en este apartado en qué ocurre cuando una sociedad pasa de tributar en el régimen general al régimen especial y viceversa. Al respecto, uno de los problemas fundamentales de la regulación del régimen de las sociedades patrimoniales es que se contempla como si fuera un compartimento estanco, estableciendo su tributación como si la sociedad siempre hubiera estado incluida en este régimen y fuera indefinidamente a estar incluida en él. En consecuencia, no prevé los efectos que puedan producirse al pasar del régimen general del impuesto al régimen especial y, de la misma forma, cuando se pase del régimen especial al régimen general. Hay que tener en cuenta que muchas operaciones económicas o determinadas opciones fiscales no producen efectos únicamente para un solo período impositivo, sino que pueden extenderse a lo largo del tiempo y obligar a la sociedad a lo largo de varios años.

Al respecto, el legislador, ante la amplia casuística que se deriva de las posibilidades de transición entre los regímenes de tributación, no pudo o no quiso entrar a regular estas situaciones. El único pronunciamiento legislativo expreso fue el de establecer un régimen transitorio<sup>30</sup> para permitir a las sociedades transparentes bien el paso al nuevo régimen de las sociedades patrimoniales, bien incentivar su disolución y liquidación mediante la aplicación de determinados incentivos fiscales. Sin duda, pesaba en el ánimo del legislador la idea de que el régimen de las sociedades patrimoniales estaba lógicamente destinado a ser aplicado por las sociedades hasta entonces incluidas en el régimen de transparencia fiscal.

En consecuencia, como se ha apuntado, no están resueltas muchas de las cuestiones derivadas de la transición del régimen general al régimen especial y viceversa. A nuestro entender, son varios los planteamientos posibles de los que puede partirse para tratar de dar alguna solución.

Una primera alternativa es la respetar de forma escrupulosa la estanqueidad entre uno y otro impuesto. Si la ley no lo ha previsto, no es posible aplicar a una sociedad patrimonial los criterios de tributación del Impuesto sobre Sociedades. De este modo, la remisión al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para establecer la base imponible en estas sociedades debe entenderse en toda su amplitud. Así, no cabe invocar los criterios de imputación temporal del Impuesto sobre Sociedades para determinar la renta del período impositivo, ya que el criterio de imputación es diferente y la tributación sería distinta en ambos impuestos. En definitiva, no puede obviarse la relación entre hecho

<sup>30</sup> Regulado en las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 46/2002. Su contenido se encuentra ahora recogido en las disposiciones transitorias decimoquinta y decimosexta, respectivamente, del TRLIS.

imponible y su traducción en una obligación tributaria <sup>31</sup>. Si lo que se ha querido conseguir es que las sociedades patrimoniales tributen como si fueran personas físicas, han de aplicarse exclusivamente los principios de tributación de éstas, sin que quepa acudir de ningún modo, cuando no hay un criterio definido de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a los criterios de tributación del régimen general del Impuesto sobre Sociedades.

Una segunda alternativa es la de considerar que, cuando el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no regula un caso concreto, pueden aplicarse de forma subsidiaria los preceptos del impuesto societario. Es decir, habrá que conjugar los preceptos del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para fijar la base imponible de las sociedades patrimoniales, de tal forma que si el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no establece un criterio para gravar una renta <sup>32</sup>, debe aplicarse el Impuesto sobre Sociedades en virtud de que las sociedades patrimoniales son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. Si una sociedad patrimonial obtiene una «renta» habrá que ver, en primer lugar, cómo se determina esa renta según el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y cuál es la forma en que se integra en la base imponible. En caso de que este impuesto no considera gravable esa renta, ha de acudirse al Impuesto sobre Sociedades para que, en todo caso, no deje de gravarse. Como veremos, algunos pronunciamientos administrativos parecen apuntar en este sentido.

Una tercera posibilidad, que podríamos llamar intermedia entre las dos anteriores, es la de entender que siempre que haya criterios en uno y otro impuesto entre los que existe un cierto grado de equivalencia, es posible coordinarlos para solucionar los problemas de determinación de la base imponible. Pero cuando no existe esa equivalencia no deben aplicarse «criterios interpretativos» necesariamente forzados que desvirtuarían la aplicación del régimen especial. De esta forma no cabe invocar la supletoriedad del Impuesto sobre Sociedades respecto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuando éste no establece la sujeción o el mecanismo de tributación de una renta que obtenga una sociedad patrimonial.

A nuestro entender, esta última es la solución más razonable. Vamos a ver algunos supuestos concretos derivados de este problema de la transición de uno a otro régimen, sobre los que hay dudas acerca de su tributación. Algunos de ellos ya han sido analizados por los órganos administrativos.

<sup>31</sup> Relación necesaria, por otra parte, para generar la obligación tributaria. Al respecto, MONTESINOS OLTRA señala: «Ciertamente, para la aplicación de las normas reguladoras de la base imponible, es decir, para la liquidación del impuesto, debemos preguntarnos previamente si determinadas situaciones de hecho son susceptibles de generar renta, operación que requiere de una calificación que, sin embargo, no es capaz de provocar inicialmente un juicio acerca de la existencia del hecho imponible. Por lo demás, dicha calificación se realiza muchas veces atendiendo a la clasificación de los distintos rendimientos que se definen en los preceptos que regulan la base imponible, que, más allá de la sistemática legal, no son sino un complemento de la definición del hecho imponible». MONTESINOS OLTRA, Salvador: *La compensación de bases imponibles negativas*. Aranzadi, 2000, págs. 82-83.

<sup>32</sup> Como no puede ser de otra manera, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es precisamente eso, un impuesto para las personas físicas, por lo que no tiene por qué contemplar los criterios para establecer cómo tributan, por ejemplo, la dotación y la reversión de una provisión por depreciación de valores de una sociedad.

### 3.1. Operaciones a plazos.

Un primer ejemplo de los efectos de la tributación al pasar del régimen general al especial, en el que pueden aplicarse de forma lógica los criterios regulados en ambos impuestos, es el de las llamadas operaciones a plazos.

La existencia de un criterio especial en la imputación temporal de las rentas producidas como consecuencia de operaciones a plazos o con precio aplazado se encuentra tanto en el Impuesto sobre Sociedades <sup>33</sup> como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas <sup>34</sup>. En ambos casos, la posibilidad de aplicar el criterio de caja en estas operaciones es una opción que se otorga al sujeto pasivo con la finalidad de evitar el quebranto originado por el lapso temporal que transcurre entre la percepción del importe o importes aplazados y el pago del tributo.

En este caso, si una sociedad, ya en régimen general, ya en régimen especial, optó por aplicar este criterio de imputación, consideramos que debe continuar aplicándolo si pasa a tributar en el otro régimen. Como es lógico, la renta que deba integrarse en la base imponible tributará al tipo correspondiente al régimen en el que la sociedad tribute en cada período impositivo. Así, si la renta se originó cuando la sociedad tributaba como patrimonial, su tributación al pasar al régimen general se efectuará gravando la parte correspondiente a cada importe percibido a los tipos que prevé el artículo 28 del TRLIS.

Éste ha sido el criterio adoptado por la DGT <sup>35</sup>, entendiendo que si la sociedad optó por aplicar el criterio de caja –en este caso en el Impuesto sobre Sociedades– debe continuar aplicándolo cuando tribute como sociedad patrimonial –es decir, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas–. Como no podía ser menos, al tratarse de una renta derivada de la transmisión de un inmueble, la parte que se integra en la base imponible, correspondiente a los períodos en que la sociedad es patrimonial, se califica como una ganancia patrimonial. Su inclusión en la parte general o especial de la base imponible dependerá del período de tenencia del elemento patrimonial transmitido (más o menos de un año).

### 3.2. Provisiones.

Otro supuesto relativo a la transición de un régimen a otro es el del tratamiento fiscal de las provisiones correctoras de elementos del activo. Un caso típico es el que se produce cuando la sociedad dotó una provisión encontrándose en el régimen general y posteriormente, estando ya obligada a tributar como una sociedad patrimonial, tiene lugar la operación en virtud de la cual se origina un exceso de la provisión dotada o es necesario eliminarla porque los elementos patrimoniales correspondientes han recuperado su valor.

<sup>33</sup> Artículo 19.4 del TRLIS.

<sup>34</sup> Artículo 14.2 d) del TRLIRPF.

<sup>35</sup> Consulta 1232-04, de 13 de mayo.

El único pronunciamiento administrativo del que a fecha de hoy tenemos constancia es el efectuado por Hacienda Foral vizcaína, recogido en la Instrucción 3/2003, de 3 de noviembre, de la Dirección General de Hacienda.

Este órgano, en relación con los elementos patrimoniales que hubieran sido objeto de correcciones de valor, señala en primer lugar que es posible que una entidad tribute en unos ejercicios siguiendo el régimen de sociedades patrimoniales y en otros no, con lo que las provisiones dotadas en los ejercicios en que aplique el régimen especial de sociedades patrimoniales no habrán sido deducibles, mientras que sí lo habrán sido en los que esté sometida al régimen general o al régimen especial de transparencia fiscal. Para evitar supuestos de doble imposición o de desimposición como consecuencia del sometimiento de una entidad a diferentes regímenes de determinación de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades en diferentes períodos impositivos, hay que tener presente que en cada ejercicio la sociedad aplicará las normas del régimen correspondiente a los efectos de determinar la deducibilidad de las provisiones correspondientes. Y añade que, en los ejercicios en que se produzca la recuperación del valor de los activos y la reversión de la correspondiente provisión, habrá que ver si la dotación correspondiente fue deducible o no en el ejercicio en que se produjo. Si fue deducible, la entidad deberá incluir en su base imponible el importe de la reversión de la provisión sea cual sea el régimen fiscal aplicable en ese ejercicio, mientras que si la dotación no fue deducible, no deberá incluir la reversión de la misma en la base imponible con independencia del régimen fiscal aplicable en ese momento.

En segundo lugar, en cuanto al valor fiscal de los elementos patrimoniales, a la hora de determinar la renta o la ganancia o pérdida patrimonial que se ponga de manifiesto con ocasión de la transmisión de un elemento del activo, deberán aplicarse las normas vigentes en ese período impositivo, si bien, adicionalmente deberá corregir el resultado correspondiente teniendo presente el valor fiscal acumulado del activo a lo largo de los diferentes períodos impositivos. En particular, si una sociedad sometida al régimen especial de sociedades patrimoniales enajena un activo respecto al que se hubieran dotado en ejercicios anteriores provisiones deducibles, o respecto del que se hubiera utilizado un criterio de valoración como el del coste medio ponderado en el caso de valores, o en el que se hubieran utilizado diferentes criterios de amortización, determinará la ganancia o pérdida patrimonial considerando las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas moduladas <sup>36</sup> para tener en consideración las incidencias que en la valoración fiscal de los activos se hubieran producido en los ejercicios anteriores.

En tercer lugar, la Instrucción señala que en ambos casos la aplicación de otros criterios llevaría a provocar supuestos de doble imposición o de desimposición, contrarios al principio constitucional de capacidad económica y a la igualdad de todos los ciudadanos en el deber de contribuir.

Podemos ver en acción los criterios anteriores suponiendo el caso de una sociedad que dotó una provisión por depreciación de valores representativos de la participación en fondos propios de otra entidad no cotizada, gasto que tuvo la consideración de deducible en virtud del artículo 12.3 del TRLIS, cuando la sociedad tributaba en el régimen general del impuesto.

<sup>36</sup> El subrayado es nuestro.

Una primera situación es que se produzca una recuperación del valor de los títulos, lo que determinará contablemente un exceso parcial o total de la provisión dotada. La finalidad de la provisión es, en virtud del principio de prudencia <sup>37</sup>, la de reflejar una corrección valorativa de los títulos. Al recuperarse el valor de los títulos, dicha finalidad desaparece, bien totalmente si la recuperación permite llegar de nuevo al valor de adquisición, bien parcialmente si no lo alcanza.

Lo importante es determinar si la reversión de la provisión debe considerarse o no como un ingreso y, por tanto, si debe formar parte de la base imponible de la sociedad ahora patrimonial. En este sentido, de la Instrucción se entendería que, en la medida en que la provisión dotada fue un gasto fiscalmente deducible, en los ejercicios en que se produzca la recuperación del valor de los títulos la entidad deberá incluir en su base imponible el importe de la reversión de la provisión sea cual sea el régimen fiscal aplicable en ese ejercicio. Otra conclusión, según el órgano foral, llevaría a provocar supuestos de doble imposición o de desimposición, ya que en ningún caso debe ser admisible que una misma renta no se tome en consideración o lo sea dos veces a los efectos de determinar la base imponible. Por otra parte, como las provisiones correspondientes a la cartera de valores se determinan al final de cada ejercicio económico, podría considerarse que esa recuperación del valor se genera durante un período máximo de un año, por lo que habrían de incluirse en la parte general de la base imponible.

La segunda situación posible en relación con la provisión dotada es que se transmita la participación correspondiente. En este caso, resulta necesario plantear las diferentes posibilidades que pueden darse en función de cuál sea el valor de enajenación de los títulos. A fin de tener una idea más clara, supongamos un ejemplo:

- 01-01-2005. Una sociedad compra 1 acción por 100 euros.
- 31-12-2005. Dota una provisión por 10 euros. Por tanto, en este momento, el valor neto contable de la acción es de 90 euros.
- 30-06-2006. Se transmite la acción.

La primera posibilidad es que el valor por el que se transmite la acción sea de 120 euros, es decir, que supere el valor de adquisición originario. En este caso, podría entenderse que se han producido dos rentas distintas: una, la recuperación del valor del título, cuyo importe es el de la provisión dotada, que se integrará en la parte general de la base imponible (10 euros); otra, la ganancia patrimonial originada por su transmisión, calculada por la diferencia entre los valores de transmisión y de adquisición (es decir, 20 euros), que habrá de incluirse en la parte especial de la base imponible ya que el período de permanencia del título en el patrimonio de la sociedad es superior a un año <sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Principio recogido en el Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.

<sup>38</sup> TRLIRPF, artículo 40.1.



La segunda posibilidad es que el valor de transmisión de la acción sea inferior al valor de adquisición originario pero superior a su valor neto contable en el momento de la enajenación (supongamos que el valor de transmisión de 96 euros). En este caso, la parte de la provisión correspondiente a la diferencia (6) entre el valor de transmisión (96) y el valor neto contable (90) se corresponde con una recuperación del valor, por lo que deberá integrarse en la parte general de la base imponible. Por el contrario, el resto de la provisión dotada inicialmente (4), que se corresponde con la diferencia entre el valor de adquisición originario y el valor de transmisión, representa una pérdida potencial que se convierte en definitiva, sin incidencia fiscal.

Finalmente, la tercera posibilidad es que el valor de transmisión del título sea inferior a su valor neto contable en el momento de la enajenación (supongamos que el valor de transmisión es de 86 euros). En este caso, la totalidad de la provisión dotada (10 euros) deviene definitiva. Existe además una pérdida adicional que no fue provisionada (de 4 euros) que se corresponde con la diferencia entre el valor de transmisión y el valor neto contable y que debería integrarse como pérdida patrimonial en la parte general o especial de la base imponible en función del período de permanencia de la acción en el patrimonio societario.

En las dos situaciones, recuperación del valor y transmisión, las soluciones que derivan del pronunciamiento administrativo de la Hacienda vizcaína plantea algunos interrogantes. Pero, sin duda, el fundamental es el referente a la calificación de la renta obtenida. Efectivamente, el apartado 1 del artículo 6 del TRLIRPF establece que «*constituye el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente*». Y el apartado 2 de dicho precepto señala que «*componen la renta del contribuyente*»:

- a) *Los rendimientos del trabajo.*
- b) *Los rendimientos del capital.*
- c) *Los rendimientos de las actividades económicas.*
- d) *Las ganancias y pérdidas patrimoniales.*
- e) *Las imputaciones de renta que se establezcan por ley».*

¿En qué categoría de las cinco que establece este apartado 2 cabe incluir la recuperación del valor de los títulos, esto es, el ingreso producido por la reversión de la provisión inicialmente dotada, originada bien por la recuperación de su valor al final del ejercicio, bien en el momento de la transmisión? Ésta no es una cuestión baladí, ya que la inclusión de una renta en una u otra categoría tiene incidencia en la determinación de la base imponible. Piénsese, en este sentido, en los diferentes límites establecidos para la integración y compensación de rentas del TRLIRPF<sup>39</sup>. La única solución posible, a juicio del órgano administrativo foral, estribaría en considerar a dicha renta como

<sup>39</sup> TRLIRPF, artículos 38, 39 y 40.

una ganancia patrimonial, en virtud del carácter residual que a esta categoría de rentas se asigna en el artículo 31.1 del TRLIRPF, que señala que «*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*». En definitiva, al no encajar en ninguno de los tipos de rendimientos del IRPF –trabajo, capital o actividades económicas–, habría que calificarla como una ganancia patrimonial.

A nuestro juicio, dicha solución no tiene apoyo legal. ¿Dónde está la alteración patrimonial? Al calificar en todo caso la recuperación del valor de los títulos como una ganancia patrimonial, la tributación de las sociedades patrimoniales se hace depender de apuntes contables que, por el contrario, sólo deberían estar presentes para establecer la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades, pero no en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Por otra parte, si el título se deprecia nuevamente cuando la sociedad tributa como patrimonial, lo lógico, siguiendo el razonamiento anterior, es que dicha «pérdida» se integre en la base imponible. Efectivamente, si la reversión de la provisión debe ser tratada como un ingreso, ¿qué ocurrirá si el valor del título se deprecia nuevamente? Aplicando el criterio anterior, la nueva dotación a la provisión debería minorar la base imponible de la sociedad patrimonial. Pero, ¿de qué forma? ¿Es un gasto deducible? ¿De qué tipo de rendimiento? Si no lo es, aplicando la lógica anterior debe ser una pérdida patrimonial. Pero de nuevo, ¿dónde está la alteración en la composición del patrimonio?

En definitiva, aunque efectivamente puedan producirse situaciones de sobreimposición o desimposición, el único criterio que nos parece razonable es el considerar que la base imponible de la sociedad patrimonial no puede verse alterada por los apuntes contables relativos a la provisión, aunque ciertamente hayan tenido incidencia fiscal anteriormente –cuando la sociedad tributaba en el régimen general–.

Aplicando este razonamiento a los supuestos anteriores, el resultado sería el siguiente. En primer lugar, en el caso de recuperación del valor de los títulos no se reflejará ningún ingreso, con independencia de que el gasto dotado en su momento fuera deducible en el régimen general.

En segundo lugar, si se transmiten los valores, la única ganancia o pérdida patrimonial que ha de computarse es la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión, sin tener en cuenta el denominado «valor fiscal» de los títulos.

La solución señalada no deja de ser coherente. A nuestro juicio, tratar de hacer tributar ingresos contables que no son nunca renta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con el argumento de la generación de situaciones de sobreimposición o desimposición, no resulta adecuado ya que nuevamente se fuerzan los mecanismos que relacionan el régimen general con el especial. El problema no está en el tratamiento de la provisión cuando la sociedad pasa a tributar como patrimonial, sino que se origina antes. Esto es, la verdadera incongruencia ocurre porque una sociedad que tributaba en el régimen general pasa a tributar como patrimonial. Y habrá que analizar si efectivamente es posible esta transición, tal y como expusimos en apartados anteriores.

### 3.3. Compensación de bases imponibles.

Otro supuesto en el que pueden verse los problemas que origina la transición del régimen general al especial es el de la compensación de las bases imponibles negativas.

Antes de entrar en materia, cabe señalar que el artículo 61.3 del TRLIS establece, en el punto 4.º de su letra a), que «*las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores se compensarán según lo dispuesto en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*». SANZ GADEA<sup>40</sup> entiende que dicho precepto «se está refiriendo a las bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos en los que es aplicable el régimen de las sociedades patrimoniales...». Es decir, que dicho precepto se está refiriendo a las bases imponibles negativas generadas en los períodos impositivos en que la sociedad ya haya tributado en el régimen especial y cuya compensación se producirá igualmente en este régimen.

Es, sin duda, una interpretación coherente con el hecho de que la base imponible de la sociedad patrimonial se divida en dos partes, de conformidad con la tributación de una persona física en virtud del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Cuando una de las partes de la base imponible sea negativa, su importe podrá compensarse de acuerdo con el mecanismo regulado en los artículos 38, 39 y 40 del TRLIRPF. Según estos preceptos, lo que no cabe es compensar la parte general con la parte especial de la base imponible ni viceversa<sup>41</sup>. La compensación ha de realizarse dentro de cada componente de la base imponible, de manera tal que, a efectos prácticos, puede sostenerse que existen dos bases imponibles totalmente autónomas e independientes.

Podemos ahora analizar la situación que mencionábamos antes y que parece que el legislador ha dejado sin solucionar: la compensación de una base imponible negativa generada en el régimen general con la base imponible determinada con arreglo al régimen especial y viceversa.

Imaginemos, en primer lugar, que una sociedad, ahora patrimonial, tiene bases pendientes de compensar generadas cuando tributaba en el régimen general del impuesto. ¿Es posible su compensación? ¿Cuál es el plazo de que se dispone para efectuar la compensación? En su caso, ¿con qué parte de la base imponible positiva de la sociedad patrimonial?<sup>42</sup>

<sup>40</sup> SANZ GADEA, Eduardo: «Modificaciones de la Ley 43/1995 establecida por la Ley 46/2002. (Desaparición de la transparencia fiscal interna y establecimiento de las sociedades patrimoniales) (I)». *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 239, febrero 2003, pág. 15.

<sup>41</sup> En el TRLIRPF se las denomina parte general y parte especial de la renta del período impositivo.

<sup>42</sup> Aunque sea obvio, resulta necesario señalar que el legislador sí ha resuelto, lógicamente, el supuesto de la compensación de las bases imponibles negativas generadas cuando la sociedad tributaba como transparente. Señala el apartado 5 de la actual disposición transitoria decimoquinta del TRLIS: «*Las bases imponibles negativas pendientes de compensar por las sociedades transparentes que pasen a tributar por el régimen especial de sociedades patrimoniales podrán ser compensadas, dentro del plazo que restase a la sociedad transparente, y en las condiciones establecidas en el artículo 23 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, con la parte general o especial de la base imponible positiva de la sociedad patrimonial, a opción de ésta*».

La DGT se ha pronunciado sobre este hecho <sup>43</sup>. Según el Centro Directivo debe aplicarse la regla establecida en el artículo 61.3 del TRLIS, de tal forma que las bases que se hubieran generado en el régimen general deben compensarse según lo dispuesto en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, otorgándoles un tratamiento similar que a las bases negativas generadas cuando la sociedad es patrimonial. De esta forma si una sociedad pasa a tributar en el régimen especial, se dispone de un plazo máximo de cuatro años para compensar una base imponible negativa que se generó en el régimen general. En conclusión, una sociedad patrimonial no podrá compensar las bases imponibles negativas producidas cuando estaba en el régimen general que tengan una antigüedad superior a cuatro años.

Por otra parte, la compensación podrá realizarse tanto con la parte general como con la parte especial de la base imponible de la sociedad patrimonial, debiendo efectuarse dicha compensación en la cuantía máxima que permita cada uno de los ejercicios. El argumento utilizado es que al tratarse la base imponible negativa de un concepto unitario, que se forma sin distinguir entre los distintos componentes de la renta, en virtud de «una interpretación sistemática» (*sic*), es necesario «aceptar que tanto la base imponible general como la base imponible especial de la sociedad patrimonial puedan ser utilizadas para compensar las bases imponibles negativas generadas en los ejercicios en que la sociedad tributaba en el régimen general del impuesto».

Por último, se añade que «si la sociedad volviera a tributar en el régimen general del impuesto en un período impositivo posterior, las bases imponibles negativas generadas cuando la sociedad tributaba en dicho régimen podrán compensarse si aun no ha concluido el plazo de 15 años previsto en el artículo 25 del TRLIS (art. 23 de la Ley 43/1995)».

De esta forma, el pronunciamiento administrativo de la DGT pone de manifiesto varias ideas o reglas:

- 1.<sup>a</sup> Las bases imponibles negativas del régimen general sí pueden compensarse con la base imponible positiva de una sociedad patrimonial.
- 2.<sup>a</sup> La compensación es posible tanto con la parte general como con la parte especial de la base imponible de la sociedad patrimonial.
- 3.<sup>a</sup> El plazo para compensar es el mismo que si la base imponible se hubiera generado en el propio régimen especial de las sociedades patrimoniales, es decir, cuatro años. No obstante, se matiza esta restricción al plazo general de compensación ya que, si transcurrido un tiempo (aunque sea un solo período impositivo) la sociedad vuelve a tributar en el régimen general del impuesto, podrá continuar efectuando la compensación de aquellas bases negativas, siempre que no se haya sobrepasado el plazo general de compensación del artículo 25 del TRLIS <sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Consultas número 1118-04, de 28 de abril (NFC019315); 1692-04, de 14 de septiembre (NFC020345).

<sup>44</sup> 15 años en la actualidad.

Es posible ver en acción este esquema con un supuesto práctico. Imaginemos que una sociedad, que tributaba en el régimen general del impuesto hasta 2003, pasa a tributar en 2004 como patrimonial (no importa la causa). Tiene bases pendientes de compensar generadas en 1995 y en 2001, de 200 y 100 u.m., respectivamente. En 2004 la parte general de la base imponible ha sido de 60 u.m. y la parte especial de la base imponible ha sido de 70 u.m. Posteriormente, en 2005, vuelve a tributar en el régimen general, obteniendo una base imponible de 260 u.m.

Según la interpretación de la DGT, la tributación de esta sociedad sería la siguiente <sup>45</sup>:

- Parte general de la base imponible (previa) ..... 60
- Compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores ..... (60)
  - Base pendiente de compensar generada en 1995 ..... 0
  - Base pendiente de compensar generada en 2001 ..... 60
- Parte general de la base imponible sujeta a gravamen ..... 0
- Parte especial de la base imponible (previa) ..... 70
- Compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores ..... (40)
  - Base pendiente de compensar generada en 1995 ..... 0
  - Base pendiente de compensar generada en 2001 ..... 40
- Parte especial de la base imponible sujeta a gravamen ..... 30
- Cuota íntegra ..... 4,5
  - Parte general de la BI (0 × 40%) ..... 0
  - Parte especial de la BI (30 × 15%) ..... 4,5

El esquema de compensación de las bases imponibles negativas sería el siguiente:

AÑO 2004	Pendiente de aplicación	Aplicado en 2004	Aplicable en períodos posteriores
BI 1995 .....	200	0	200
BI 2001 .....	100	100	0
Totales .....	300	100	200

<sup>45</sup> Tomamos en consideración que la sociedad trata de minimizar su carga tributaria y prefiere reducir, en primer lugar, la parte general de la base imponible, que está sujeta a un tipo de gravamen superior.

Según la interpretación anterior, la base imponible negativa generada en 1995 nunca será compensable en tanto en cuanto la sociedad continúe tributando como sociedad patrimonial. En nuestro caso, sin embargo, la sociedad vuelve a tributar en el régimen general en 2005, siendo su tributación la siguiente:

- Base imponible (previa) ..... 260
- Compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores ..... (200)
  - Base pendiente de compensar generada en 1995 ..... 200
- Base imponible sujeta a gravamen ..... 60
- Cuota íntegra ( $50 \times 35\%$ ) <sup>46</sup> ..... 21

AÑO 2005	Pendiente de aplicación	Aplicado en 2005	Aplicable en períodos posteriores
BI 1995 .....	200	200	0
Totales .....	200	200	0

Además de la DGT, la Dirección General de Hacienda de Vizcaya también se ha pronunciado sobre esta cuestión <sup>47</sup>. Según este órgano, como principio de partida debe admitirse que «las bases imponibles negativas (...) que se generen en cada ejercicio serán las que correspondan de acuerdo con la normativa aplicable en ese ejercicio y con el régimen de tributación de la entidad en el mismo, de tal manera que la posibilidad de aplicar(las) en ejercicios futuros (...) será la que corresponda de conformidad con el régimen fiscal aplicable en el ejercicio de acreditación y por el plazo establecido en el mismo». Añade que «en particular, las bases imponibles negativas generadas como sociedad patrimonial se podrán compensar en los ejercicios concluidos en los cuatro años siguientes, aunque posteriormente pase a tributar en régimen general o se produzca una subrogación a título universal en los bienes y derechos de la sociedad patrimonial por parte de otra entidad que tribute en régimen general por alguna de las operaciones sometidas al régimen especial regulado en el Capítulo X del Título VIII de la Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades». Y finaliza señalando que «por su parte, la compensación de las bases imponibles negativas de las sociedades sometidas al régimen general del Impuesto sobre Sociedades que con posterioridad a la generación de la base imponible negativa pasen a tributar de conformidad con el régimen especial de las sociedades patrimoniales será voluntaria en todo caso para la entidad, pudiendo decidir la cuantía de la compensación a practicar en cada ejercicio y la parte de la base imponible a la que quiere aplicar la compensación, la parte general o la parte especial, no teniendo por qué aplicar la compensación a las dos en cada ejercicio».

<sup>46</sup> Suponiendo que la sociedad está sujeta al tipo general de gravamen (art. 28.1 del TRLIS).

<sup>47</sup> Instrucción 3/2003, de 3 de noviembre.

El criterio del órgano foral, aunque coincide con el de la DGT en la posibilidad de compensación de bases de uno y otro régimen, discrepa de éste en cuanto al plazo de compensación. La idea que se manifiesta en la interpretación del órgano foral vizcaíno es que el plazo de compensación de una base imponible negativa está en función del régimen tributario de la sociedad en el período impositivo en que generó la base imponible negativa. De esta forma, si la sociedad estaba sujeta al régimen general, el plazo será de 15 años, sin importar que posteriormente pase a tributar como patrimonial. En el otro sentido, si la sociedad tributaba como patrimonial, el plazo será de 4 años, aunque la sociedad tribute en el régimen general.

De acuerdo con la interpretación de ambos órganos administrativos cabe señalar, en primer lugar, que es posible efectuar la compensación de una base imponible negativa generada en el régimen general con una base imponible positiva de una sociedad patrimonial. Entendemos que el criterio adoptado resultaba el único medianamente viable, teniendo en cuenta que eliminar la posibilidad de efectuar esta compensación hubiera originado una crítica a la actuación administrativa con un alto coste, no sólo económico para los contribuyentes sino también necesariamente político. Pero su aplicación resta coherencia con la finalidad del régimen especial, esto es, evitar que se produzca una elusión de la progresividad del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas mediante la interposición de una sociedad instrumental.

Por tanto, la solución más acorde con el espíritu que preside la norma, a nuestro juicio, debe ser la de no permitir la compensación de las bases generadas en un régimen con las del otro. La solución propuesta por los órganos administrativos resulta necesariamente forzada, al posibilitar la compensación de bases imposables cuya determinación se realiza con arreglo a principios dispares <sup>48</sup>.

Respecto del segundo principio señalado por la DGT, permitir la compensación tanto con la parte general como con la parte especial de la base imponible únicamente resulta coherente si se admite el postulado anterior del Centro Directivo. Establecida la posibilidad de realizar la compensación, cómo no va a permitirse efectuarla con cualquiera de las partes de la base imponible de la sociedad patrimonial.

El tercer principio manifestado por la DGT es que el plazo para compensar es el mismo que si la base imponible se hubiera generado en el propio régimen especial de las sociedades patrimoniales, es decir, cuatro años. Y que si transcurrido un tiempo (aunque sea un solo período impositivo) la sociedad vuelve a tributar en el régimen general del impuesto, podrá continuar efectuando la compensación de aquellas bases durante el plazo general de compensación del artículo 25 del TRLIS (15 años en la actualidad). De este tercer principio se deriva que el plazo de compensación está en función del régimen tributario de la sociedad en el período impositivo en que ejercita el derecho a la compensación. Por tanto, podría concluirse cuál es la consecuencia que se derivaría de la aplicación de este criterio de la DGT respecto de la situación inversa. Es decir, que una sociedad patrimonial genere una base imponible negativa (general o especial). Si pasa a tributar en el régimen general, ¿en qué plazo podrá efectuar la compensación? Si aplicamos la lógica implícita en la interpretación administrativa del órgano estatal, en este supuesto la sociedad debería disponer de un plazo de 15 años para efectuar la compensación.

<sup>48</sup> En realidad, podría argumentarse que el único punto en común sería su cuantificación en la misma unidad monetaria.

Respecto de este tercer principio, la interpretación administrativa ha generado reacciones encontradas por parte de distintos autores. Según GÓMEZ BARREDO <sup>49</sup>, el criterio de limitar la compensación de estas bases negativas al plazo de 4 años supone ignorar radicalmente el plazo general de compensación de 15 años que establece el artículo 25.1 del TRLIS. Según este autor, «la modificación del plazo de compensación de las bases impondibles negativas generadas en régimen general de declaración (...) vulnera derechos adquiridos por la entidad afectada, conforme dispone el artículo 2.º 3 del Código Civil, aplicable con carácter general y por expresa remisión del artículo 10.º 2 de la Ley General Tributaria (...). Por tanto, no debe ser aceptada la interpretación administrativa comentada, debiendo entenderse que el plazo de compensación de las bases impondibles negativas generadas por una sociedad en régimen general de tributación es de 15 años a partir del momento de generación de las bases impondibles negativas, con independencia del régimen de tributación de la entidad en el ejercicio en el que dicha compensación se produjo» <sup>50</sup>. En conclusión, lo que plantea este autor es que no sólo se permita la compensación, sino que además se dé a las bases pendientes de compensación generadas en el régimen general el mismo tratamiento que el establecido en el régimen transitorio para las generadas en el régimen de transparencia fiscal.

En el mismo sentido que el anterior se ha pronunciado ROSADO SERRATO <sup>51</sup>. Según este autor, de la literalidad del apartado 5 de la actual disposición transitoria decimoquinta del TRLIS <sup>52</sup> se desprende que el legislador permite la compensación a las sociedades que tenían la consideración de transparentes en un plazo de 15 años, independientemente del régimen –general o de transparencia fiscal– en el que se generaron. Apoya su argumento en que «si el legislador hubiese querido acortar este derecho adquirido [compensación en el plazo de 15 años] debería haberlo regulado expresamente mediante Ley (...)». Y entiende que el criterio administrativo estatal <sup>53</sup> es un «exceso interpretativo que, en primer lugar, no respeta la norma, en segundo lugar anula derechos adquiridos a favor del contribuyente y en tercer lugar provoca situaciones de disconformidad e incoherencias». Finalmente concluye señalando que la interpretación dada por la Dirección General de Hacienda de Vizcaya es la correcta, al señalar que el plazo de compensación se determina en función del régimen aplicable al sujeto pasivo en el período impositivo en que se generó la base imponible negativa.

No podemos compartir los argumentos de ambos autores. Si acudimos a una interpretación literal de la disposición adicional decimoquinta, en varios de sus apartados se expresa la idea de que el régimen transitorio que regula es de aplicación, exclusivamente, a conceptos tributarios de los

<sup>49</sup> GÓMEZ BARREDO, Ricardo: «Diversas cuestiones relacionadas con las sociedades patrimoniales». *Revista REGAF*. Publicación del Instituto Técnico de Contabilidad y Administración (ITECA). Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles y Empresariales. Gabinete de Estudios del Registro General de Asesores Fiscales (REGAF), núm. 39, julio 2004, págs. 40 a 45.

<sup>50</sup> GÓMEZ BARREDO, Ricardo: «Diversas cuestiones (...)». *Op. cit.*, pág. 44.

<sup>51</sup> ROSADO SERRATO, Antonio: «Reflexiones sobre la compensación de bases impondibles negativas en las sociedades patrimoniales». *Revista REAF*. Registro de Economistas Asesores Fiscales, núm. 275, septiembre 2004, págs. 57 a 61.

<sup>52</sup> «Las bases impondibles negativas pendientes de compensar por las sociedades transparentes, que pasen a tributar por el régimen especial de sociedades patrimoniales, podrán ser compensadas, dentro del plazo que restase a la sociedad transparente, y en las condiciones establecidas en el artículo 23 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, con la parte general o especial de la base imponible positiva de la sociedad patrimonial, a opción de ésta».

<sup>53</sup> Las reflexiones del citado autor tienen por objeto el contenido del Manual práctico del Impuesto sobre Sociedades 2003, editado por la AEAT, en relación con el modelo 225 aprobado para la presentación de las declaraciones de las sociedades patrimoniales (Orden HAC/1163/2004, de 14 de abril, BOE de 5 de mayo). Los criterios que aparecen en el citado manual coinciden con la interpretación de la DGT.



períodos impositivos en que la sociedad tributó en el régimen de transparencia fiscal. Así, el apartado 1 de este precepto, relativo a la imputación, se refiere a «*las bases imponibles positivas de sociedades transparentes que correspondan a períodos impositivos en los que haya sido de aplicación dicho régimen, así como los demás conceptos pendientes de imputar que procedan de dichos períodos impositivos, (...)*». En el mismo sentido, el apartado 3, referente a la posible distribución de beneficios, establece que «*los dividendos y participaciones en beneficios de dichas sociedades que procedan de períodos impositivos durante los cuales la sociedad que los distribuye se hallase sujeta al régimen de transparencia fiscal, no tributarán en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ni en el Impuesto sobre Sociedades*». En consecuencia, también la compensación de bases imponibles negativas, con arreglo al apartado 5 de esta disposición transitoria, debe entenderse referida exclusivamente a las bases generadas en períodos impositivos en que la sociedad tributó en transparencia fiscal. En todo caso, no puede haber otra interpretación, ya que esta disposición se refiere al régimen de tributación de las sociedades que eran transparentes, y el régimen de compensación de estas entidades no difería en la Ley 43/1995 del de las entidades en el régimen general del impuesto.

También apuntan las ideas anteriores RAGUÉ SANTOS DE LAMADRID y MARTÍNEZ ESPINÓS <sup>54</sup>.

En todo caso, no podemos compartir estos razonamientos por varios motivos.

En primer lugar, el «derecho a compensar», en un sistema de compensación hacia adelante como el que ha regido tradicionalmente y continúa rigiendo en España, no puede considerarse sino como una simple expectativa, de tal forma que mediante la obtención posterior de una renta positiva y la voluntad de efectuar la compensación es como se completa el ejercicio de ese derecho <sup>55</sup>.

Como señala MONTESINOS OLTRA <sup>56</sup>, «una restricción del derecho a compensar bases imponibles negativas generadas con anterioridad a un cambio normativo no sólo no supondría un atentado a la periclitada categoría de los derechos adquiridos en el ámbito tributario, sino que sería plenamente coherente con los principios de capacidad económica y de seguridad jurídica». Continúa señalando que la pregunta que surge es «si el derecho a compensar nace y se incorpora al patrimonio del sujeto en el momento mismo de la generación de las bases imponibles negativas con un régimen jurídico inmodificable». Y contesta a esta cuestión negativamente, al indicar que «la obtención de una base imponible negativa podría entenderse, así, como hecho legitimador que sólo de consuno con otro hecho posterior –la obtención de una renta positiva referida a un período impositivo tal y como aparece éste enunciado en la ley–, alcanzaría plenos efectos, permaneciendo previamente en el terreno de la pura virtualidad. Y, en tal sentido, el derecho a compensar sólo entraría plenamente en la esfera jurídica del sujeto pasivo una vez alcanzado el segundo de los momentos, perdiendo fundamento la calificación como retroactiva de la norma que, en el ínterin, modificase, restringiéndolo temporalmente, el derecho a la compensación».

En línea con el argumento anterior, y como tiene declarado el Tribunal Constitucional en distintos pronunciamientos <sup>57</sup>, el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal. En todo caso, que una socie-

<sup>54</sup> RAGUÉ SANTOS DE LAMADRID, Javier y MARTÍNEZ ESPINÓS, Anna: «La compensación de bases imponibles negativas en las sociedades patrimoniales». *Quincena Fiscal*. Aranzadi, núm. 12, junio 2004, págs. 43 y ss.

<sup>55</sup> MONTESINOS OLTRA, S.: «La compensación (...)». *Op. cit.*, pág. 262.

<sup>56</sup> MONTESINOS OLTRA, S.: «La compensación (...)». *Op. cit.*, págs. 264 y 265.

<sup>57</sup> Entre otras, la STC 126/1987, de 16 de julio (FJ 11.º) (NFJ000307).

dad en régimen general pase a tributar como patrimonial es un hecho que no imposibilita el ejercicio del derecho a la compensación, sino que quede en «suspense», ya que si vuelve a tributar en el régimen general podrá efectuar dicha compensación.

Antes de señalar cuáles son, a nuestro juicio, las posibles soluciones al problema de la compensación que estamos analizando, nos quedaría por referirnos a la cuestión complementaria. Es decir, qué ocurre en el caso de una base imponible negativa generada cuando la sociedad es patrimonial y, en los siguientes períodos impositivos, pasa a tributar en el régimen general. ¿Cómo opera la compensación en este caso?

Respecto de los criterios administrativos, no existe pronunciamiento de la DGT al respecto. No obstante, observando el criterio emitido en el caso anterior, es fácil llegar a conocer cuál sería, o debería ser, lógicamente, la conclusión del Centro Directivo. Admitida como principio la permeabilidad entre ambos regímenes para efectuar la compensación una base imponible negativa que se genere en el régimen especial sí será compensable con una base imponible positiva del régimen general. Inmediatamente podría surgir la duda de si podrán compensarse ambas partes de la base imponible de la sociedad patrimonial. A nuestro entender, la coherencia con el criterio ya establecido exige un pronunciamiento afirmativo del centro directivo. Cualquiera que sea la parte, general o especial, que tenga un importe negativo, será compensable con la base imponible del régimen general.

Resulta menos obvio contestar a cuál es el plazo del que dispondrá el sujeto pasivo para efectuar la compensación. Como veíamos anteriormente, el plazo para compensar las bases imponibles negativas del régimen general con la base imponible cuando la sociedad tributa como patrimonial es de 4 años, es decir, se aplican los plazos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A primera vista, parece que el plazo se hace depender del régimen de tributación del período impositivo en que se efectúe la compensación. Por tanto, si en un período impositivo posterior la sociedad tributa en el régimen general, parece consecuente que el plazo aplicable sea el que prevé el artículo 25.1 del TRLIS, o sea, 15 años.

Esta pretendida conclusión, no obstante, choca con la idea de que el régimen de las sociedades patrimoniales «contamina» o «imprime carácter» a la tributación de la sociedad<sup>58</sup>. Así, cuando ésta deja de tributar en el régimen especial, el plazo para compensar sería también de 4 años, «que intenta consagrar el régimen de sociedades patrimoniales a las rentas generadas bajo su aplicación, cualquiera que sea la entidad o el régimen fiscal aplicable»<sup>59</sup>.

Señalados todos los criterios anteriores, vamos a tratar de fijar algunas conclusiones sobre la cuestión tratada que resulte coherente con lo indicado en este trabajo.

<sup>58</sup> Esta idea se apoya en la literalidad del artículo 62 del TRLIS, ya que este precepto establece un tratamiento específico en relación con los beneficios obtenidos en ejercicios en que haya sido de aplicación el régimen de sociedades patrimoniales y en relación con las rentas originadas en la transmisión de acciones o participaciones en sociedades que hayan estado sometidas a este régimen especial. Este tratamiento se aplica cualquiera que sea la entidad que reparta los beneficios o cuyas participaciones se transmiten; cualquiera que sea el momento en que se realice el reparto o la transmisión; y cualquiera que sea el régimen fiscal especial aplicable a las entidades en ese momento.

<sup>59</sup> VV.AA. MEMENTO IRPF 2003-2004. Francis Lefebvre. Marginal 10732.

1. En primer lugar, es perfectamente posible que una modificación legislativa, como la originada por la Ley 46/2002, afecte a situaciones iniciadas en un momento anterior, como sería el «derecho» a compensar las bases imponible negativas generadas con anterioridad en el régimen general. La generación de la base imponible negativa supone, como hemos señalado, una mera expectativa, de tal forma que no existe un derecho inmodificable a compensar del sujeto pasivo, ni temporal, ni cuantitativo. Si la sociedad, cuando se generó la base imponible negativa, tributaba en el régimen general, tenía una expectativa de compensación. Si pasa a tributar como patrimonial, la necesidad de observar las normas reguladoras de este régimen obliga a modificar el sistema de compensación.

Así, el legislador, al establecer un régimen específico para la compensación por parte de las sociedades que eran transparentes, es porque quiere precisamente eso, es decir, que sean las sociedades que tributaban en este régimen las que mantengan el plazo general de compensación. Pero no lo extiende a los demás regímenes del impuesto, incluido el de las sociedades patrimoniales.

2. En segundo lugar, cuando el TRLIS señala que «*las bases imponible negativas de ejercicios anteriores se compensarán según lo dispuesto en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*», ha de entenderse que se hace referencia a las bases generadas en el propio régimen de las sociedades patrimoniales, pero no en ningún otro. Como apuntan RAGUÉ SANTOS DE LAMADRID y MARTÍNEZ ESPINÓS <sup>60</sup>, «bien puede interpretarse que las bases imponible negativas a las que se refiere el precepto no son otras que las generadas bajo este régimen especial, por lo que únicamente las mismas deben compensarse según lo dispuesto en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Distinto sería que el artículo estableciera que «el plazo de compensación de las bases imponible negativas de ejercicios anteriores será de cuatro años». Y que, por tanto, atendiendo a la redacción de este precepto «no resulta ni mucho menos descabellado interpretar que se está exclusivamente refiriendo a las bases imponible negativas que se generen en ejercicios en los que resulte de aplicación este régimen especial».

A nuestro juicio, la conclusión de dichos autores es correcta ya que el precepto establecido en el TRLIS no es una norma de naturaleza transitoria, sino que tiene vocación de continuidad en el tiempo y, por ello precisamente, se incluye en el artículo 61.3 del TRLIS, referido a la base imponible de las sociedades patrimoniales. Pero no podemos compartir que dicho precepto no pueda ser tenido en cuenta para interpretar, conjuntamente con otros <sup>61</sup>, la voluntad del legislador en relación con el supuesto que estamos analizando.

3. Coherentemente con lo anterior, respecto de la compensación de bases imponible generadas en distintos regímenes, hemos de rechazar los criterios de los distintos órganos administrativos. A nuestro juicio, no es posible efectuar la compensación de una base imponible negativa del régimen general con otra u otras del régimen especial y viceversa. Sin duda, esta negativa a permitir la compensación de bases entre ambos regímenes puede resultar chocante, pero trataremos de justificarlo.

<sup>60</sup> Así lo entienden RAGUÉ SANTOS DE LAMADRID, Javier y MARTÍNEZ ESPINÓS, Anna: «La compensación de bases imponible...». *Op. cit.*, pág. 45.

<sup>61</sup> Artículo 25 y disposición transitoria 15.ª del TRLIS.

Como han señalado los mismos autores <sup>62</sup>, aplicar la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a las bases imponible negativas generadas bajo el régimen general del impuesto deviene prácticamente imposible, porque «el sistema de integración y compensación de rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas difiere enormemente del que rige en el Impuesto sobre Sociedades (...). Por tanto, la aplicación de la normativa del Impuesto sobre la Renta para la compensación de bases imponible negativas generadas en ejercicios en que fue de aplicación el régimen general obligaría a determinar (y averiguar) qué parte de aquéllas debe considerarse general y qué otra merece la categoría de especial, para con posterioridad aplicar cada una de ellas, de la forma pertinente, sobre la correspondiente base imponible general o especial que genera la sociedad patrimonial». Sería necesario, pues, efectuar el desglose de las bases imponible cuya compensación se pretende. De esta forma, cada base imponible negativa anterior habría de descomponerse en los componentes previstos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para efectuar la compensación en los términos que prevé esta norma. Este ejercicio de retroceder en el tiempo para desglosar las bases imponible en ambas categorías, general y especial, se nos antoja prácticamente imposible.

En todo caso, la aplicación de este criterio requeriría que ambos tributos, Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tuvieran mecanismos idénticos para determinar la renta y, consecuentemente, las bases imponible. Es cierto que la delimitación del hecho imponible en ambos impuestos es similar <sup>63</sup>. Pero la medición y el cálculo de la renta gravable se efectúa de forma muy distinta. Así, las categorías de rentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los gastos deducibles, los criterios de imputación temporal, los plazos de compensación son muestras de lo alejado que se encuentra en muchos aspectos el sistema de determinación de la renta en uno y otro impuesto.

Tratar de obviar esta descoordinación no resulta adecuado, ya que se fuerza de nuevo la idea que subyace en el régimen especial. Podemos compartir que el régimen de las sociedades patrimoniales «contamina» o «imprime carácter» a la tributación de la sociedad. Pero esta idea debe entenderse en toda su amplitud y no únicamente en relación con el plazo de compensación, sino también en las relaciones que deben presidir la tributación en uno y otro régimen. Si la sociedad tributa como patrimonial y posteriormente en el régimen general, debe partirse de cero. Si en el régimen especial se generó una base imponible negativa aplicando las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, únicamente podrá compensarse con una base imponible positiva generada igualmente en el régimen especial y determinada con arreglo al mismo impuesto. Y viceversa.

De esta forma, si en el régimen general se originó una base imponible negativa aplicando las normas del Impuesto sobre Sociedades, solamente podrá compensarse con una base imponible positiva generada igualmente en el régimen general y determinada con arreglo al mismo impuesto. Y los plazos de compensación serán los que marquen las normas respectivas.

<sup>62</sup> RAGUÉ SANTOS DE LAMADRID, Javier y MARTÍNEZ ESPINÓS, Anna: «La compensación de bases imponible ...». *Op. cit.*, pág. 45.

<sup>63</sup> El artículo 6.1 del TRLIRPF establece que «constituye el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente». Y el artículo 4.1 del TRLIS señala que «constituirá el hecho imponible la obtención de renta, cualquiera que fuese fuente u origen, por el sujeto pasivo».

4. Los planteamientos de los órganos administrativos dejan sin resolver de forma satisfactoria algunas situaciones que pueden darse en la realidad. Por ejemplo, basta recordar que el artículo 25.3 del TRLIS dispone que «*las entidades de nueva creación podrán computar el plazo de compensación a que se refiere el apartado 1 a partir del primer período impositivo cuya renta sea positiva*». Es decir, no existe inicialmente un límite temporal para efectuar la compensación. Imaginemos que una sociedad que inicia su actividad en 2005 genera en su primer período impositivo una base negativa, tributando en el régimen general. Si la sociedad obtiene la renta positiva en 2010 pero en este período impositivo tributa como patrimonial, ¿debe prevalecer el límite de los 4 años frente al plazo general del artículo 25.3 del TRLIS?

En definitiva, en la medida en que los principios para la determinación de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas son diferentes, no debe ser posible la compensación de unas con otras. La conclusión que se deriva de este punto es que una base imponible generada en el régimen general no puede compensarse con otra –general o especial– generada cuando la sociedad tributa como sociedad patrimonial. A la misma conclusión debe llegarse en el caso contrario.

#### 4. TRIBUTACIÓN DE LOS SOCIOS

En relación con la tributación de los socios, una cuestión controvertida es la de la tributación de los dividendos percibidos por una sociedad patrimonial cuando son repartidos por otra sociedad patrimonial.

Antes de anticipar una solución es posible plantearse qué ocurre en dos casos previos. El primero es el del dividendo repartido por una sociedad patrimonial a una sociedad en el régimen general. En este caso, como ha quedado acreditado por la DGT en algunas contestaciones <sup>64</sup>, la aplicación del artículo 62.1 del TRLIS conlleva que, en el caso del socio persona jurídica, el dividendo percibido se integrará en su base imponible y dará derecho, en su caso, a la deducción por doble imposición de dividendos en el porcentaje del 50 por 100. Efectivamente, el TRLIS impide la aplicación de la deducción por doble imposición al 100 por 100, en virtud de la remisión que el artículo 62.1 del TRLIS hace exclusivamente a los apartados 1 y 4 del artículo 30 de esta norma, pero no al apartado 2. Por otra parte, la sociedad que reparte el dividendo estará obligada a practicar la oportuna retención, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 58.1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio.

El segundo caso previo es el inverso, esto es, el del dividendo repartido por una sociedad en el régimen general al socio, que tributa como sociedad patrimonial. En relación con este supuesto, la DGT <sup>65</sup> ha señalado que los dividendos tienen la calificación de rendimientos del capital mobiliario,

<sup>64</sup> Consultas 1789-04, de 23 de septiembre (NFC020008); 1988-04, de 18 de noviembre.

<sup>65</sup> Consultas 1221-04, de 12 de mayo (NFC020358); 2546-03, de 30 de diciembre (NFC018674); 1780-04, de 23 de septiembre.

de acuerdo con el artículo 23.1 a) 1.º del TRLIRPF, y se integrarán en la parte general de la base imponible aplicando el porcentaje que corresponda según la letra b) de dicho apartado. Será aplicable, asimismo, la deducción prevista en el artículo 81 del TRLIRPF, según la remisión efectuada por el artículo 61.3 c) de la Ley 43/1995. En cuanto a la obligación de retener, el criterio adoptado es el de considerar que, en la medida en que la sociedad patrimonial no tiene derecho a la deducción prevista en el artículo 30.2 del TRLIS, no puede aplicar en la percepción de dividendos la excepción a la obligación de retener contemplada en el artículo 140.4 d) del TRLIS y en el artículo 59 p) del RIS. En consecuencia, la sociedad que distribuye el dividendo a la sociedad patrimonial estará obligada a practicar a ésta la retención oportuna respecto de los dividendos que le satisfaga.

Expuestos los casos anteriores, queda por ver el que anticipábamos al inicio de este punto. Hay que señalar, en primer lugar, que no existe concordancia entre los dos centros directivos cuyos criterios estamos escrutando en este trabajo.

Por un lado, la Dirección General de Hacienda de Vizcaya <sup>66</sup> entiende que, en este caso, los dividendos deben integrarse al 100 por 100 en la base imponible general de la sociedad patrimonial, pudiendo aplicar posteriormente la sociedad una deducción equivalente al 50 por 100 de la cuota correspondiente a esos dividendos. La fundamentación de este argumento radica en que la ley, en este caso la letra b) del apartado 1 del artículo 69 de la Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades, dispone este tratamiento para los dividendos repartidos por sociedades patrimoniales a sus socios sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, condición que concurre en una sociedad patrimonial.

Por otra parte, la DGT <sup>67</sup> se ha pronunciado respecto de este supuesto estableciendo un criterio diferente. Según el órgano estatal, los dividendos que una sociedad patrimonial perciba de otra entidad, en la medida en que dichos dividendos procedan de beneficios que hayan tributado en el régimen especial de las sociedades patrimoniales, no se integrarán en la base imponible de la sociedad perceptora. Lógicamente, tampoco tendrá derecho a aplicar ninguna deducción en la cuota como consecuencia de dichos dividendos. El fundamento radica en dar a la sociedad patrimonial perceptora del dividendo el mismo tratamiento que a una persona física, siéndole de aplicación el artículo 23.7 del TRLIRPF.

Como vemos, ambas respuestas difieren sustancialmente. A primera vista, la conclusión del Centro Directivo vizcaíno se ajusta en mayor medida a la literalidad de la regulación legal. Si analizamos el artículo 62.1 del TRLIS (art. 69.1 de la Norma Foral vizcaína), es cierto que distingue el tratamiento de los socios según sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y no puede olvidarse que las sociedades patrimoniales son siempre sujetos pasivos de éste. Sin embargo, la interpretación de la DGT se ajusta más a la finalidad del régimen, ya que la sociedad patrimonial tributa como si fuera una persona física, y su base imponible, en la que habrán de incluirse los dividendos que perciba, ha de cuantificarse de acuerdo con las normas del TRLIRPF.

<sup>66</sup> Criterio fijado en la Instrucción 3/2003, de 3 de noviembre.

<sup>67</sup> Consulta 1221-04, de 12 de mayo (NFC020358).

Por otra parte, si se aceptara el tratamiento del órgano autonómico, la sociedad patrimonial habría de integrar de forma diferente los dividendos que percibiera de las sociedades en el régimen general de las que están incluidas en el régimen especial.

Finalmente, se plantea en este supuesto si la sociedad patrimonial que reparte el dividendo está obligada o no a practicar retención. La DGT <sup>68</sup>, en una consulta que se refiere a la obligación de retener de una sociedad patrimonial por los dividendos que reparte a sus socios, incluye el siguiente párrafo:

«En consecuencia, existirá obligación de practicar retención a cuenta del Impuesto sobre Sociedades por los dividendos distribuidos que procedan de beneficios obtenidos en períodos impositivos en que haya sido de aplicación el régimen de sociedades patrimoniales, cuando el socio perceptor sea una persona jurídica que no tenga, a su vez, la consideración de sociedad patrimonial» <sup>69</sup>. Por tanto, *sensu contrario*, parece deducirse que cuando el socio perceptor sea una persona jurídica que sí tenga la consideración de sociedad patrimonial, no existirá obligación de retener. Esta conclusión parece evidente toda vez que el dividendo percibido no se integra en la base imponible de la perceptora, por lo que carecería de toda lógica practicar la retención sobre una cantidad que no tiene la consideración de renta. En cualquier caso, se trata de una resolución no vinculante <sup>70</sup>, por lo que habrá que esperar el pronunciamiento definitivo del Centro Directivo estatal.

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos tratado de dar alguna solución y enjuiciar críticamente las ya dadas por la doctrina científica o administrativa a algunos de los problemas derivados del régimen especial. No son sino una pequeña muestra de la problemática producida por su aplicación y son muchas otras las cuestiones que están pendientes de tener una solución ciertamente satisfactoria (compatibilidad con otros regímenes especiales, tratamiento de las adquisiciones lucrativas, aplicabilidad de las exenciones previstas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, etc.).

Si la finalidad del régimen es la evitar la elusión de la progresividad mediante la interposición de sociedades, el mecanismo utilizado, al menos teóricamente, resulta más adecuado que el de la transparencia fiscal, consiguiendo una integración plena de los dos impuestos directos, acabando con los problemas de doble imposición. Y, en efecto, se consigue en el caso más típico de una sociedad cuyos socios son personas físicas. Sin embargo, no podemos olvidar al respecto, como indica PÉREZ ROYO <sup>71</sup>, que «esto sucederá solamente respecto de los socios que sean contribuyentes por el IRPF». Es decir, únicamente cuando la participación en el capital social no incluya a personas jurídicas. Efectivamente, muchos problemas surgen cuando la sociedad patrimonial es el medio interpuesto por otra sociedad para mejorar la tributación de algunas rentas pasivas.

<sup>68</sup> Consulta 1988-04, de 18 de noviembre.

<sup>69</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>70</sup> Presentada con anterioridad al 1 de julio de 2004, fecha de entrada en vigor de la nueva Ley General Tributaria.

<sup>71</sup> PÉREZ ROYO, Ignacio: «La supresión del régimen de transparencia fiscal (...)». *Op. cit.*, pág. 29.

Sin duda, sería posible efectuar una reforma del régimen con el objetivo de evitar una interpretación confusa que pueda generar efectos no queridos o no deseados por el legislador. Así, se podría restringir el ámbito de aplicación del régimen especial, aumentando el número de días del ejercicio social en que deben cumplirse los requisitos objetivo y subjetivo. Por otro lado, no deja de ser un grave problema que la propia actividad desarrollada por la sociedad no sea utilizada como un criterio adicional para incluir o excluir a ciertas entidades. De esta forma podría evitarse la utilización del régimen cuando el objetivo fundamental sea conseguir un beneficio exclusivamente fiscal. Así, por ejemplo, no parece lógico que el sujeto pasivo pueda decidir, simplemente modificando su organización –local y empleado–, que la actividad de compraventa o arrendamiento de inmuebles tenga o no carácter económico, de tal modo que el régimen sea aplicable únicamente cuando le resulte fiscalmente ventajoso.

A lo largo de este trabajo hemos visto que, en tanto que «heredero» del régimen de transparencia fiscal, resulta lógico intentar aplicar los criterios interpretativos establecidos para éste al nuevo régimen de las sociedades patrimoniales. En muchos casos, dichos criterios pueden trasladarse sin excesivas trabas, pero en otros (como el del cómputo temporal de las causas de exclusión del art. 61.2 del TRLIS) se hace necesario revisar los criterios anteriores para adaptarlos a la nueva situación.

Por otra parte, la regulación legal del régimen especial no ha podido contemplar todas las nuevas situaciones que pueden originarse en la tributación de las sociedades patrimoniales, fundamentalmente respecto de las consecuencias originadas por la transición del régimen general al especial y viceversa, como hemos visto. Entendemos que en este caso es necesario tratar de coordinar los principios de la tributación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas con los del Impuesto sobre Sociedades, pero siempre sin forzar los criterios interpretativos con el fin de hacer tributar a las sociedades patrimoniales con el argumento de evitar posibles situaciones de sobreimposición o desimposición. Respecto de estas «transiciones» entre ambos regímenes, no podemos olvidar lo señalado, ya en 1980, por la DGT<sup>72</sup>: «lo que auténticamente tipifica a una Sociedad de mera tenencia de bienes [es] la permanencia constante de éstos en el patrimonio social reduciéndose la actividad para con ellos a efectuar las actuaciones precisas para su conservación, lo cual implica que no se lleven a efecto actos de enajenación con los mismos, a no ser que tales actos sean total y absolutamente necesarios por circunstancias de cualquier índole para la conservación de los restantes bienes que continúan permaneciendo en el haber social». Sin duda, esta idea de permanencia o continuidad de la situación patrimonial ha de tenerse en cuenta a la hora de analizar si es posible que una sociedad pueda estar, ejercicio tras ejercicio, pasando de un régimen a otro.

## BIBLIOGRAFÍA

Además de la bibliografía referenciada expresamente en notas a pie de página, el autor ha consultado:

SANZ GADEA, Eduardo [2004]: *Impuesto sobre Sociedades (I)*. Centro de Estudios Financieros. 4.ª edición. Madrid.

<sup>72</sup> Orden Ministerial de 17 de abril de 1980. Consulta número 74.