

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

Departamento Tributario de Uría & Menéndez

Extracto:

TRADICIONALMENTE, el legislador fiscal ha tratado de desincentivar la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF para la obtención de rentas no empresariales. Hasta el 31 de diciembre de 2002, el mecanismo elegido por el legislador para ello consistía, básicamente, en el régimen de transparencia fiscal interna. Puesto que la Ley 46/2002 suprime este régimen y lo sustituye por el de la sociedad patrimonial, podría pensarse que el régimen de la sociedad patrimonial surge con el mismo propósito que antaño se predicaba para la sociedad transparente: salvaguardar la progresividad en el IRPF, desincentivando la interposición de sociedades por contribuyentes de este impuesto para la obtención de rentas pasivas.

No obstante, la configuración del régimen de la sociedad patrimonial permite cuestionar la idoneidad técnica del régimen elegido por el legislador para la consecución de dicho fin. El propósito de este trabajo radica, precisamente, en el análisis de los aspectos técnicos del régimen que nos permiten afirmar que más que evitar la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF, lo que se hace con la sociedad patrimonial es dar un paso más hacia una tributación separada de las rentas de capital.

Sumario:

1. Introducción.
2. La sociedad patrimonial: un régimen de aplicación cuasivoluntaria.
 - 2.1. Requisitos de aplicación del régimen.
 - 2.2. Capacidad de sortear la aplicación del régimen.
3. La sociedad patrimonial: un régimen con ámbito de aplicación incierto.
 - 3.1. Alcance de la remisión a la LIRPF para determinar si un elemento patrimonial se encuentra afecto a la actividad económica.
 - 3.2. Interpretación y aplicación de las normas que excluyen determinados activos del cómputo del porcentaje del activo no afecto a actividades empresariales.
 - 3.3. Aplicación del primer supuesto de exclusión contenido en el artículo 61.2 del TRLIS cuando la totalidad de los socios son sociedades y algunos (o todos) tienen la condición de no residentes.
4. La sociedad patrimonial: un régimen que incentiva la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF.
 - 4.1. Breves apuntes acerca del régimen de la sociedad patrimonial.
 - 4.2. Desincentivos que el régimen establece a la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF.
 - 4.3. Incentivos que el régimen ofrece a la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF.
5. La sociedad patrimonial: un régimen no neutral para contribuyentes del IS y del IRnR.
 - 5.1. Efectos para socios personas jurídicas o no residentes del régimen establecido para la tributación de la sociedad patrimonial.
 - 5.2. Tratamiento fiscal de la inversión de sujetos pasivos del IS en sociedades patrimoniales.
 - 5.3. Tratamiento de la inversión de contribuyentes del IRnR en sociedades patrimoniales.
6. Algunos comentarios finales.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Diversos son los motivos por los que las personas físicas pueden acudir a la interposición de sociedades para la obtención de rentas.

Cuando se trata de la obtención de rentas derivadas del ejercicio de actividades económicas (sean éstas actividades empresariales o profesionales), es frecuente que se pretenda separar el patrimonio personal del empresarial, o desvincular el negocio de las circunstancias personales del empresario, dando seguridad a la gestión de la empresa y garantizando su continuidad y sucesión. Por el contrario, cuando se trata de la obtención de rentas pasivas del capital mobiliario o inmobiliario, el objetivo se encuentra con frecuencia en el deseo de aprovechar las diferencias de tributación existentes entre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas («IRPF») y el Impuesto sobre Sociedades («IS»).

Obedeciendo a motivaciones distintas, la actitud del legislador fiscal ante la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF ha sido también radicalmente diferente.

Cuando el empresario individual decide desarrollar su actividad empresarial a través de una sociedad, la legislación fiscal no sólo no establece ningún mecanismo para eludir los efectos fiscales que dicha decisión puede acarrear en el IRPF del socio-empresario, sino que la favorece facilitando en este caso el cumplimiento de los requisitos para que el patrimonio afecto al negocio acceda a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio («IP») así como a la bonificación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones («ISD») ¹.

Por el contrario, ante el establecimiento de sociedades para la obtención de rentas no empresariales por contribuyentes del IRPF, la reacción del legislador fiscal ha consistido, tradicionalmente, en tratar de desincentivar dicha interposición arbitrando mecanismos que eviten la elusión de la progresividad en el IRPF e impidiendo que, en estos supuestos, las sociedades interpuestas puedan acceder a la exención del IP y a las bonificaciones del ISD.

¹ Esta afirmación debe ser matizada en el caso de actividades profesionales desarrolladas por personas físicas a través de sociedades. Así, tradicionalmente, el legislador ha establecido mecanismos que evitan la elusión de la progresividad en el ejercicio de actividades profesionales por personas físicas a través de sociedades, aunque sí ha permitido que se puedan beneficiar de la exención en el IP y de las bonificaciones en el ISD.

Hasta el 31 de diciembre de 2002 el mecanismo anti-elusorio legalmente establecido consistía en la aplicación del régimen de transparencia fiscal interna, que estaba diseñado como un instrumento técnicamente eficaz en su objetivo de proteger la progresividad respecto de las inversiones contribuyentes del IRPF², al tiempo que neutral respecto de las inversiones de contribuyentes del IS³ o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes («IRnR»)⁴. No obstante, dicha eficacia técnica distaba mucho de ser real en la práctica y, por ello, la Comisión creada para proseguir la reforma del IRPF iniciada con la Ley 40/1998⁵ se planteó la conveniencia de su sustitución ya que tal y como estaba configurado se mostraba *«en algunas ocasiones como un régimen casi voluntario»* al que se acogían *«los contribuyentes cuando lo [consideraban] oportuno desvirtuando su finalidad última que (...) no es otra que la de evitar la elusión de la progresividad en el IRPF»*.

Ante esta situación, la Comisión recomendaba eliminar la transparencia fiscal obligatoria *«para las entidades de mera tenencia de bienes si el tipo marginal máximo del IRPF se aproxima al tipo general del Impuesto sobre Sociedades del 35 por 100»*. Además, proponía que las entidades de mera tenencia de bienes quedaran sometidas *«a un régimen especial en el Impuesto sobre Sociedades, en el que se aplicarían las normas del IRPF»*.

Siguiendo estas recomendaciones, 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 («Ley 46/2002») suprimió el régimen de transparencia fiscal interna e introdujo el régimen especial de la sociedad patrimonial, en el cual la tributación de la sociedad se aproxima a la del IRPF en la determinación de la renta sometida a gravamen y en el cual la base imponible general tributa a un tipo fijo proporcional del 40 por 100.

² En el régimen de transparencia fiscal interna, el vehículo societario interpuesto para la obtención de rentas pasivas tributaba por el IS como si de cualquier otra sociedad en régimen general se tratara, imputando a sus socios residentes tanto las bases imponibles positivas obtenidas, como la cuota del IS pagada y las deducciones a que hubiera tenido derecho. De esta forma, y en líneas generales, el socio residente de una sociedad transparente: (i) integraba la base imponible positiva imputada por la sociedad en la base imponible de su impuesto personal (IRPF o IS); (ii) pagaba su impuesto personal al tipo que resultara aplicable; y, (iii) podía deducirse la parte que le correspondiera de la cuota del IS pagada por la sociedad transparente, así como las deducciones aplicadas por ésta según tuviera derecho a ellas.

³ Con relación a la inversión de sujetos pasivos del IS en sociedades transparentes, el antiguo régimen de transparencia resultaba neutral, por cuanto que la imputación de la base imponible positiva y la deducción de la cuota pagada por la sociedad (así como de las deducciones a que hubiera tenido derecho) permitía conseguir un efecto similar al que se hubiera logrado de obtener las rentas sin la mediación de la sociedad transparente. La única diferencia se encontraba, en la posible deducibilidad de la provisión por depreciación de la participación en la sociedad transparente cuando ésta hubiera obtenido pérdidas, cuestión controvertida que ha sido resuelta en sentido negativo (y a nuestro juicio, con criterio discutible) en resoluciones administrativas (Tribunal Económico-Administrativo Central, resoluciones de 22 de septiembre de 2000 y de 11 de mayo de 2001) y en algunos pronunciamientos judiciales (Audiencia Nacional, sentencias de 5 de mayo de 2000 y de 2 de octubre de 2003, y Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia de 19 de diciembre de 2001).

⁴ Con relación a la inversión en sociedades transparentes por contribuyentes del IRnR, su régimen resultaba idéntico al de su inversión en cualquier otra sociedad española en régimen general, no existiendo en este caso imputación de bases imponibles positivas por la sociedad, y manteniéndose el régimen en cada caso aplicable al socio no residente en cuanto a la tributación de dividendos y ganancias patrimoniales derivadas de su inversión.

⁵ Constituida por la Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 28 de enero de 2002.

Aparentemente, pues, el régimen de la sociedad patrimonial surge con objeto de salvaguardar la progresividad en el IRPF, evitando la interposición de sociedades para la acumulación de rentas y el diferimiento del impuesto. Al menos ésta es la conclusión a la que se llega analizando las recomendaciones de la Comisión Lagares y los antecedentes legislativos del régimen de patrimoniales en cuanto que sustitutivo de la transparencia fiscal.

Sin embargo, la configuración del régimen, tanto en sus requisitos de aplicación, como en las normas aplicables a la sociedad y a sus socios, permiten cuestionar la idoneidad técnica del régimen elegido en la consecución dicha finalidad. El propósito de este trabajo radica, precisamente, en el análisis de los aspectos técnicos del régimen que nos permiten afirmar que, más que evitar la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF, lo que se hace con la sociedad patrimonial es dar un paso más hacia una tributación separada de las rentas de capital.

2. LA SOCIEDAD PATRIMONIAL: UN RÉGIMEN DE APLICACIÓN CUASIVOLUNTARIA

Teniendo por objeto la salvaguarda de la progresividad, el régimen de la sociedad patrimonial debería ser de aplicación imperativa a todos los casos en los que contribuyentes del IRPF pretenden articular sus inversiones pasivas mediante sociedades para acceder a las ventajas ofrecidas en el IS. Sin embargo, los contribuyentes del IRPF tienen, como veremos a continuación, un amplio margen de maniobra para evitar la calificación como patrimonial de las sociedades que constituyen para gestionar su patrimonio mobiliario o inmobiliario.

2.1. Requisitos de aplicación del régimen.

Para que a una sociedad le resulte de aplicación el régimen especial de la sociedad patrimonial es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

- Que por la composición de su activo y accionariado la sociedad sea patrimonial, lo que, según el artículo 61.1 del texto refundido de la LIS («TRLIS») aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, exige a su vez que durante más de 90 días del ejercicio social: (i) más del 50 por 100 del activo de la sociedad esté compuesto por bienes no afectos a la actividad, y (ii) más del 50 por 100 del accionariado esté integrado por 10 o menos personas o un grupo familiar.
- Que en la fecha de devengo del IS la sociedad no esté incurso en ninguno de los supuestos de exclusión establecidos en el apartado 2 del artículo 61 del TRLIS y que son los siguientes: (i) que la totalidad de los socios sean personas jurídicas que, a su vez, no sean sociedades patrimoniales; (ii) que más del 50 por 100 del capital social sea titularidad de una persona jurídica de Derecho Público; o, (iii) que los valores representativos del capital estén 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.

2.2. Capacidad de sortear la aplicación del régimen.

Con los requisitos establecidos para su aplicación, podemos afirmar que los contribuyentes del IRPF pueden elegir la forma y medida en que desean que a sus rentas pasivas les sea aplicado el régimen de la sociedad patrimonial.

Así:

a) El hecho de que la calificación de una sociedad como patrimonial se haga depender, sola y exclusivamente, de la composición de su activo y de su accionariado, sin tener en cuenta otros parámetros como, por ejemplo, la actividad desarrollada por la sociedad, su forma jurídica o la composición de su cuenta de ingresos ⁶, permite al contribuyente evitar la aplicación del régimen a sociedades que obtienen rentas pasivas (si se asegura que en la composición de su activo más de la mitad esté afecto a la actividad) o, por contra, forzar su aplicación a sociedades que obtienen rentas derivadas del ejercicio de actividades económicas (aportando a su activo bienes claramente no afectos a dicha actividad). Y esta capacidad de maniobra se tiene porque, al igual que ocurría con la transparencia fiscal, el propósito del régimen, si es que éste es evitar la interposición de sociedades dedicadas a la gestión de patrimonios, no se incorpora a la norma y no es, por tanto, requisito para su aplicación ⁷.

b) Cuando lo que pretende el contribuyente es la obtención de rentas del capital inmobiliario a través de una sociedad, sortear la aplicación del régimen (o, por el contrario, asegurar su aplicación) resulta relativamente fácil a través del cumplimiento (o incumplimiento) de la norma del local y empleado establecida en el artículo 25 del texto refundido de la LIRPF («TRLIRPF») aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo.

De acuerdo con esta norma el arrendamiento o compraventa de bienes inmuebles se realiza como actividad económica *«únicamente cuando concurren las siguientes circunstancias: (a) Que en el desarrollo de la actividad se cuente, al menos, con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la misma. (b) Que para la ordenación de aquélla se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.»*

En la interpretación de esta norma, ya existente bajo el régimen de transparencia fiscal, la doctrina administrativa se ha mostrado reacia a admitir que el arrendamiento o compraventa de inmuebles revista carácter empresarial cuando, aun existiendo indicios de la existencia de una cierta organización económica, no se cumplan los dos requisitos (local y empleado) legalmente establecidos.

⁶ Que como señala E. SANZ GADEA quedan al margen de la consideración del legislador al diseñar el régimen. SANZ GADEA, Eduardo: «Modificaciones de la Ley 43/1995 establecidas por la Ley 46/2002 (Desaparición de la transparencia fiscal interna y establecimiento de las sociedades patrimoniales) (I)», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 239 (9/2003), pág. 7.

⁷ MALVÁREZ PASCUAL, L.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, n.º 74/2003, pág. 59.

Así, la DGT se decanta en la mayoría de sus resoluciones (22 de diciembre de 1995, 28 de febrero y 16 de diciembre de 1996, entre otras) por considerar que la norma constituye una *presunción iuris et de iure* de la existencia o no de actividad empresarial, mientras que, por el contrario, la doctrina científica mayoritaria entiende que la norma del local y empleado pretende establecer una presunción positiva de la existencia de organización empresarial ⁸.

Aunque la postura adoptada por la DGT tiene la virtud de dotar de seguridad jurídica al contribuyente, el hecho es que, con esta interpretación, transformar una renta pasiva del capital inmobiliario en renta de la actividad empresarial es relativamente sencillo y la calificación va a poder ser manejada por el contribuyente a su antojo ^{9, 10}.

c) Respecto de la articulación de las inversiones de capital mobiliario a través de una sociedad, dudamos que el legislador fiscal pretenda desincentivarla para proteger la progresividad cuando permite que los grandes y medianos patrimonios mobiliarios puedan remansar sus rentas en instituciones de inversión colectiva (sociedades de inversión colectiva y fondos de inversión) con un régimen de tributación privilegiado ¹¹. Pero, aunque así fuera, lo cierto es que se puede evitar la aplicación del régimen de la sociedad patrimonial a estas inversiones haciendo que el capital mobiliario no represente más del 50 por 100 del activo de la sociedad.

d) En cualquier caso, puesto que las circunstancias de activo y accionariado establecidas en el artículo 61.1 del TRLIS para que la sociedad sea patrimonial deben mantenerse durante 90 días del ejercicio social y puesto que no existe en el texto legal ninguna norma especial para los supues-

⁸ Vid. CUATRECASAS: *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades. Tomo II. Regímenes especiales. Capítulo 26: Transparencia fiscal*; Civitas, Madrid, 1998, págs. 1.536 y ss.) o BOTELLA-GARCÍA LASTRA, Carmen: «Los regímenes especiales del Impuesto sobre Sociedades. La interpretación administrativa del régimen de transparencia fiscal», XL Semana de Estudios de Derecho Financiero, Madrid, IEF, 1996, pág. 247.

⁹ Como señala MARCOS CARDONA, M.: «Si bien el criterio objetivo adoptado [por la Dirección General de Tributos] garantiza una interpretación uniforme de la norma en aras a una mayor seguridad jurídica con base en el cumplimiento de las exigencias expuestas, permite, a su vez, una cierta asequibilidad para esquivar el régimen de las sociedades patrimoniales, si le interesa a la sociedad.» (MARCOS CARDONA, Marta: «Régimen tributario de las sociedades patrimoniales», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 3/2004, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2004.

¹⁰ Algún margen de incertidumbre puede existir, no obstante, respecto a si se cumplen o no los requisitos para que la relación del empleado con la sociedad tenga carácter laboral. Sobre todo si, como suele ocurrir con frecuencia en empresas familiares, es el propio socio, o alguien de su grupo familiar, el que resulta ser empleado por la sociedad. La Dirección General de Tributos considera que esta cuestión es ajena al derecho tributario y debe dilucidarse con arreglo a lo establecido en la normativa laboral. En este sentido, para que una prestación de servicios tenga carácter laboral es preciso que reúna los caracteres de ajenidad y dependencia referidos en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores. Nótese que la legislación laboral presume (*iuris tantum*) que estos caracteres no concurren en los trabajos familiares, esto es, aquellos en los que el prestador del servicio se encuentra unido con el empresario por vínculos de parentesco (cónyuge o parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive) y convivencia. Cuando se trata de un empresario persona jurídica, se presume que es empresario el que ejerce el control efectivo de la sociedad (disposición adicional vigésimo séptima de la Ley General de la Seguridad Social). Ejerce el control efectivo de la sociedad quien por sí solo detenta al menos el 50 por 100 del capital. Y se presume que existe control efectivo de la sociedad: cuando la participación del grupo familiar es, al menos, del 50 por 100 del capital; cuando la participación individual es, al menos, de un tercio del capital; o cuando la participación es, al menos, de un cuarto del capital si, además, se ejercen funciones de dirección y gerencia.

¹¹ Como ha apuntado Eduardo SANZ GADEA: «Modificaciones de la Ley 43/1995 (...)»; *op. cit.*, pág. 6.

tos en que el ejercicio social es inferior al año natural, el contribuyente podrá evitar la aplicación del régimen anticipando el cierre del ejercicio social cuando esté próximo el cumplimiento del plazo temporal de los 90 días ¹².

e) Y por último, el contribuyente puede evitar la aplicación del régimen forzando la incursión de la sociedad en alguno de los supuestos de exclusión recogidos en el artículo 61.2 del TRLIS. En particular, parece bastante asequible hacer recaer a la sociedad en el supuesto de exclusión consistente en que la totalidad de los socios de la sociedad sean personas jurídicas que, a su vez, no sean sociedades patrimoniales.

Sobre todo si se tiene en cuenta que la concurrencia o no de algún supuesto de exclusión debe examinarse en la fecha de devengo del Impuesto (último día del ejercicio) y no durante un plazo más o menos prolongado en el tiempo. Esta conclusión ¹³ se deduce claramente de la redacción literal del artículo 61.1 del TRLIS cuando establece que *«las circunstancias a que se refiere este apartado (esto es, la composición del activo y del accionariado de la sociedad que puede recaer en el régimen) han de concurrir durante más de noventa días del ejercicio social»* mientras que los supuestos de exclusión se encuentran en el apartado 2 de dicho artículo.

3. LA SOCIEDAD PATRIMONIAL: UN RÉGIMEN CON ÁMBITO DE APLICACIÓN INCIERTO

Teniendo por finalidad la salvaguarda de la progresividad en el IRPF, los supuestos que determinan la aplicación del régimen de la sociedad patrimonial, tratándose de un mecanismo anti-elusorio, deberían evitar (o al menos reducir al mínimo imprescindible) todo atisbo de incertidumbre. Por el contrario, las normas que regulan la aplicación del régimen suscitan, como veremos, no pocos interrogantes al intérprete.

3.1. Alcance de la remisión a la LIRPF para determinar si un elemento patrimonial se encuentra afecto a la actividad económica.

Como hemos visto, para que una sociedad sea considerada patrimonial, más del 50 por 100 de su activo ha de estar constituido por valores o por activos no afectos a actividades económicas. A estos efectos, para determinar si existe o no actividad económica o si un elemento patrimonial se

¹² Se han propuesto por la doctrina soluciones varias a los supuestos en que el ejercicio social no coincide con el año natural, desde entender que la norma de los 90 días debe ser de aplicación de forma proporcional a la duración del ejercicio, hasta considerar que debe exigirse que concurren las circunstancias durante todos los días del mismo. Pese a lo ponderado de estas interpretaciones, ninguna de ellas encaja, a nuestro modo de ver, con el requisito legal.

¹³ Compartida por la doctrina administrativa [véase resolución de la Dirección General de Tributos de 9 de diciembre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFC010659)] para el régimen de transparencia fiscal.

encuentra afecto a ésta, el artículo 61.1.a) del TRLIS se remite a lo dispuesto en la LIRPF. En principio, aunque la remisión no se realiza de forma expresa a preceptos específicos de la LIRPF, puede entenderse que dicha remisión debe entenderse referida a sus artículos 25 y 27.

El primero de estos artículos define, en su apartado primero, el concepto de actividad económica como «*la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios*» y establece, en su apartado segundo, la regla especial del local y empleado para el caso de arrendamiento o compraventa de inmuebles a la que hemos hecho referencia anteriormente ¹⁴.

Por su parte, el artículo 27 contiene las reglas que han de tenerse en cuenta para la consideración de los bienes del activo como elementos patrimoniales afectos a la actividad, señalando que lo son «*los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad*», «*los bienes destinados a los servicios económicos y socio-culturales del personal al servicio de la actividad*» y, en general, «*cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos*», sin que, en ningún caso, puedan considerarse como tales «*los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros*».

No obstante, podría plantearse si la remisión a las normas de la LIRPF para determinar si un bien se encuentra o no afecto a la actividad económica incluye también las normas temporales sobre afectación de bienes contenidas en el artículo 26.3 de la LIRPF según el cual «*se entenderá que no ha existido afectación si se llevase a cabo la enajenación de los bienes y derechos antes de transcurridos tres años desde ésta*» ¹⁵.

A nuestro modo de ver, esta interpretación alternativa ¹⁶ supondría introducir un elemento de incertidumbre sobre todo el régimen aplicable a la sociedad y a sus socios durante un período de nada menos que tres años, razón por la que pensamos que debe ser descartada: el incumplimiento de un requisito temporal de afectación de los activos no puede tener una trascendencia tal que motive cambios de tributación radicales para una sociedad y para sus socios durante los tres años anteriores. No obstante, pensamos que la cuestión tiene trascendencia suficiente para no quedar al arbitrio del interpretador.

¹⁴ Según la cual el arrendamiento y compraventa de inmuebles se considerarán actividad empresarial «*únicamente cuando concurren las siguientes circunstancias: (a) Que en el desarrollo de la actividad se cuente, al menos, con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la misma. (b) Que para la ordenación de aquélla se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.*»

¹⁵ Una respuesta afirmativa a esta cuestión cabría extraer de algunas resoluciones de la Dirección General de Tributos. Así, por ejemplo, si bien es cierto que esta cuestión no era el objeto de la consulta que se le planteaba, la resolución 1042/2000 (Normacef Fiscal, NFC017301) señala que «*para determinar tanto la existencia de una actividad económica como la afectación de los activos a la misma se estará a lo dispuesto en la Ley 40/1998 (arts. 25 a 27)*».

¹⁶ Apuntada, aunque igualmente rechazada, por GARRIGUES, Abogados y Asesores Tributarios, en la colección «Nueva Ley IRPF 2003, Fascículo 8: Atribución de Rentas, Sociedades de Profesionales y Sociedades Patrimoniales» elaborada para el diario *Expansión*; Ed. Recoletos Grupo de Comunicación, S.A.; Madrid; enero de 2003; pág. 354.

3.2. Interpretación y aplicación de las normas que excluyen determinados activos del cómputo del porcentaje del activo no afecto a actividades empresariales.

Hemos visto cómo para determinar si un activo está o no afecto a la actividad empresarial, la LIS se remite a los artículos 25 y 27 del TRLIRPF y que de acuerdo con el artículo 27.1.c) de ésta no pueden considerarse afectos los «*activos representativos de la participación en fondos propios de entidades y de la cesión a terceros de capitales propios*».

Pues bien, el artículo 61.1 del TRLIS otorga un tratamiento especial a determinados elementos patrimoniales en el cómputo que determina si más de la mitad del activo social se encuentra o no afecto a la actividad.

Estos elementos patrimoniales pueden ser: (i) valores estrechamente vinculados a la realización de una actividad económica, o (ii) bienes adquiridos con los beneficios de la actividad empresarial, y las normas que les otorgan un tratamiento especial se encuentran en el artículo 61.1.a) del TRLIS según el cual:

«A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos:

1.º No se computarán los valores siguientes:

- Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias.*
- Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.*
- Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto.*
- Los que otorguen, al menos, el 5 por 100 de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en la presente letra.*

2.º 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 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.»

Pues bien, esta norma ha sido objeto de diversas interpretaciones, algunas de las cuales arrojan resultados completamente contradictorios.

a) Según la primera de estas interpretaciones el régimen de la sociedad patrimonial incluiría, en realidad, dos tipos de sociedades alternativas entre sí: las sociedades de cartera, en las que más del 50% de su activo está integrado por valores, y las sociedades de mera tenencia de bienes, en las que más del 50% del activo está integrado por bienes no afectos a la actividad económica. Se fundamenta esta tesis en el tenor literal del inicio del artículo 61.1 del TRLIS cuando dice que *«tendrán la consideración de sociedades patrimoniales las sociedades (...) en que más de la mitad de su activo esté constituido por valores (o) que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas»*, lo que interpretan como indicio de que las dos circunstancias relativas a la composición del activo son alternativas y excluyentes entre sí, con lo que, en la práctica, persistiría la diferencia conceptual entre sociedad de cartera y sociedad de mera tenencia de bienes existente en el régimen de transparencia ¹⁷.

En esta tesis, cuando una sociedad tiene más del 50 por 100 de su activo compuesto por valores y por la exclusión de algunos de ellos [en aplicación del apartado 1.º del artículo 61.1.a) del TRLIS] no se considera patrimonial, no cabe plantearse si la sociedad es de mera tenencia de bienes por el hecho de que los valores (excluidos o no del cómputo) se puedan considerar, *ex* artículo 27 del TRLIRPF, no afectos a la actividad.

Esta interpretación, aunque parece ser la seguida por la Dirección General de Tributos en algunas resoluciones ¹⁸, no nos convence por las siguientes razones:

- (i) porque su aplicación puede arrojar resultados absurdos (por ejemplo, que una sociedad no tuviera la condición de patrimonial con la siguiente composición de su activo: valores negociables y Letras del Tesoro -45%- , valores excluidos por aplicación de la letra a') -10%- , inmuebles no afectos -45%-); y
- (ii) porque la redacción literal de la norma (que excluye del cómputo a determinados valores *«[a] efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos»*) hace pensar, por comparación con la redacción existente bajo el régimen de transparencia (*«[n]o se computarán como valores, a efectos de lo previsto en esta letra en relación con las sociedades en que más de la mitad de su activo esté constituido por valores»*), en un único cómputo.

¹⁷ MARCOS SÁNCHEZ, Tomás: *Temas Tributarios de Actualidad*. «Las sociedades patrimoniales en la Ley 46/2002 de modificación de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias», núm. 8-10, marzo de 2003, pág. 9.

¹⁸ Véase, por ejemplo, la resolución de la Dirección General de Tributos V0026/2001, de 7 de mayo (*Normacef Fiscal*, NFC 012828), en la que estando más de la mitad del activo de la entidad consultante constituido por valores que cumplen los requisitos de la letra a') la Dirección General de Tributos considera que *«no cabe entrar a considerar si estamos ante una sociedad de mera tenencia de bienes»*.

A nuestro modo de ver, por tanto, los valores mencionados en el apartado 1.º del artículo 61.1.a) del TRLIS se excluyen a efectos de determinar tanto si la sociedad es de cartera (más de la mitad de su activo constituido por valores) como si la sociedad es de mera tenencia de bienes (más de la mitad de su activo constituido por bienes no afectos), no siendo estos dos tipos de sociedades incompatibles entre sí ¹⁹.

b) La segunda de estas interpretaciones surge por la diferente redacción del apartado 1.º respecto del 2.º lo que puede plantear el interrogante de si ambos supuestos deben recibir idéntico o desigual tratamiento a efectos del cómputo.

En principio, de la redacción literal de la norma resultaría que los activos (valores) comprendidos en el apartado 1.º quedarían excluidos del cómputo («no se computarán») con lo que, en buena lógica, si una sociedad es patrimonial cuando el cociente [valores o bienes no afectos/total activo] es superior a 0,5, los valores referidos en el apartado 1.º no deberían tomarse en cuenta ni en el numerador, ni en el denominador de dicho cociente. Por el contrario, los activos comprendidos en el apartado 2.º «no se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas» con lo que *sensu contrario* deberían computar como elementos afectos con el resultado de quedar excluidos sólo del numerador.

En esta interpretación, una sociedad con la siguiente composición del activo: valores negociables y Letras del Tesoro –45%–, valores excluidos del cómputo por aplicación de la letra a') –15%– y bienes inmuebles afectos a la actividad –40%–, podría ser patrimonial.

c) Por último, la tercera interpretación pasaría por considerar que, pese a la redacción literal de la LIS, tanto los valores referidos en el apartado 1.º, como los bienes y derechos comprendidos en el apartado 2.º, deben recibir un idéntico tratamiento a efectos del cómputo. En esta interpretación, el hecho de que determinados valores sean excluidos del cómputo en el apartado 1.º se explica porque se trata de bienes que, en atención a la estrecha vinculación con la actividad económica desarrollada por la sociedad, son considerados «afectos» por la norma.

Ésta parece ser la tesis seguida por la Administración cuando, vigente el régimen de transparencia, analizó esta cuestión. Así, en resolución 1042/2000, de 28 de abril (*Normacef Fiscal*, NFC 017301), la Dirección General de Tributos afirma que:

«[P]ara determinar tanto la existencia de una actividad económica como la afectación de los activos a la misma se estará a lo dispuesto en la Ley 40/1998 (arts. 25 a 27). En particular, se establece en el artículo 27.1.c) de la Ley 40/1998 que en ningún caso tendrán la consideración de elementos patrimoniales afectos a una actividad económica los activos representativos de la participación en los fondos propios de la entidad.»

¹⁹ Así, como señaló la Dirección General de Tributos (resolución de 14 de octubre de 1997) y afirman algunos autores (MARCOS CARDONA, M: «Régimen tributario ...», *op. cit.* pág. 3), las sociedades de cartera no son sino una especialidad de las sociedades de mera tenencia de bienes.

De ello se desprende que (...) las acciones deberían computarse –en principio y salvo lo que a continuación se indicará– como activos no afectos a una actividad económica para determinar si la sociedad es transparente.

Sin embargo, el artículo 75.1.a) de la LIS (Ley 43/1995) indica que no se computarán como activos no afectos (sic), para determinar si la sociedad es transparente, entre otros, los que otorguen al menos el 5 por 100 de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación».

En el mismo sentido se pronuncia la resolución 1054/2002, de 1 de julio (*Normacef Fiscal*, NFC016507) y, entre la doctrina, MALVÁREZ PASCUAL²⁰. Otras resoluciones de la DGT parecen alcanzar la misma conclusión aunque se muestran reacias a considerar la gestión de patrimonio mobiliario como actividad empresarial²¹.

Nótese que con esta tesis y en el ejemplo planteado anteriormente [sociedad con la siguiente composición del activo: valores negociables y Letras del Tesoro –45%–, valores excluidos del cómputo por aplicación de la letra a') –15%– y bienes inmuebles afectos a la actividad –40%–], la sociedad quedaría excluida por la composición de su activo del régimen de la sociedad patrimonial.

La cuestión no es baladí, teniendo enorme relevancia práctica en la determinación del régimen aplicable a la sociedad ya que la interpretación que se adopte puede determinar cambios radicales de tributación para una misma sociedad.

Se nos ocurre, por ejemplo, el caso de una sociedad que pretenda acogerse al régimen especial de Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE) cuyo activo esté compuesto, exclusivamente, por (i) valores que cumplen los requisitos del último inciso del apartado 1.º y (ii) valores que no cumplen tales requisitos pero cuyo precio de adquisición es superior a 6 millones de euros.

Si la interpretación literal que hemos apuntado fuera la correcta, la sociedad cumpliría siempre [con independencia del porcentaje que los valores (ii) representen en su activo] los requisitos de activo para ser considerada patrimonial. En este caso, si por la composición de su accionariado y por la aplicación de los supuestos de exclusión, la sociedad cumpliera también los restantes requisitos para la aplicación del régimen, esta sociedad no se podría acoger al régimen de las ETVEs²².

²⁰ MALVÁREZ PASCUAL, L.A. «La sociedad patrimonial: un paso más (...)», *op. cit.* pág. 70.

²¹ Con el objeto, posiblemente, de limitar el importe de la exención en el IP. Así, en la consulta vinculante V0026/2001 (*Normacef Fiscal* NFC012828), la Dirección General de Tributos afirma que del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 75.1.a) de la Ley 43/1995 [i.e. art. 61.1.a) del TRLIS] para la exclusión de determinados valores no cabe inferir «que constituya una actividad empresarial la dirección y gestión de tales participaciones societarias», mientras que en la resolución 1054/2002 (*Normacef Fiscal*, NFC016507) afirma que los valores excluidos por aplicación del último inciso de la letra a') del artículo 75.1.a) de la Ley 43/1995 «estaría[n] afecto[s] a la actividad empresarial que realizan las entidades participadas».

²² Por aplicación del artículo 116.1 del TRLIS según el cual las sociedades patrimoniales, entre otras, no podrán acogerse al régimen especial de las entidades de tenencia de valores extranjeros reguladas en el Capítulo XIV del Título VII del TRLIS.

Por el contrario, si la última interpretación apuntada fuese la correcta, la sociedad cumpliría los requisitos de composición del activo para ser considerada patrimonial sólo cuando los valores señalados en (ii) representen más del 50 por 100 de su activo.

En cualquier caso, parece excesivo que la protección de la progresividad por aplicación del régimen de la sociedad patrimonial dependa de la interpretación que se haga de una norma de cómputo del activo.

3.3. Aplicación del primer supuesto de exclusión contenido en el artículo 61.2 del TRLIS cuando la totalidad de los socios son sociedades y algunos (o todos) tienen la condición de no residentes.

Como hemos apuntado, aun cumpliéndose los requisitos de activo y de accionariado contenidos en el artículo 61.1 del TRLIS, en virtud del apartado 2 del mismo artículo el régimen de las sociedades patrimoniales no resulta de aplicación cuando: (i) la totalidad de los socios sean personas jurídicas que, a su vez, no sean sociedades patrimoniales; (ii) más del 50 por 100 del capital social sea titularidad de una persona jurídica de Derecho Público; o, (iii) los valores representativos del capital estén 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.

Se trata de supuestos de exclusión que ya estaban previstos bajo el antiguo régimen de transparencia por las complejidades que la aplicación del régimen podía ocasionar (casos de negociación en mercado oficial de valores) o porque no se apreciaba la elusión de la progresividad que tradicionalmente se había esgrimido como razón última de la transparencia fiscal (casos de socios que son personas jurídicas o entidades de Derecho Público).

Pues bien, el primero de estos supuestos de exclusión (consistente en que la totalidad de los socios sean personas jurídicas que, a su vez, no sean sociedades patrimoniales) suscita algún que otro interrogante en su aplicación a sociedades no residentes en territorio español.

Bajo el régimen de transparencia la inversión por contribuyentes del IRnR (personas físicas o jurídicas) en sociedades transparentes no difería de la inversión en cualquier otro tipo de sociedad española en régimen general. Por tanto, resultaba indiferente que el supuesto de exclusión se aplicara o no cuando todos los socios eran sociedades no residentes: el régimen de tributación tanto de la sociedad, como de los socios, iba a ser idéntico en ambos casos ²³.

²³ Si todos los socios eran sociedades y sólo algunos no residentes, podría haber diferencias en el régimen de tributación aplicable a los socios residentes, aunque los efectos prácticos quedaban limitados a la deducibilidad de la provisión por depreciación de la participación en la sociedad.

Por el contrario, que el supuesto de exclusión se aplique o no bajo el régimen de patrimoniales cuando siendo todos los socios personas jurídicas se cuentan entre ellos sociedades no residentes no resulta indiferente ya que, como veremos, la inversión por sujetos pasivos del IS o del IRnR en sociedades patrimoniales no se rige por el principio de neutralidad.

En este sentido, la aplicación del supuesto de exclusión a sociedades no residentes admite dos interpretaciones:

- Si se considera que cuando el supuesto de exclusión exige que el socio/persona jurídica no sea sociedad patrimonial lo que quiere decir es que no tribute bajo este régimen especial, este requisito se cumpliría, en todo caso, cuando el socio/persona jurídica es no residente, con lo que la sociedad española participada quedaría asimismo excluida del régimen de la sociedad patrimonial.
- Por el contrario, si se considera que lo que el supuesto de exclusión requiere es que el socio/persona jurídica no reúna las condiciones objetivas –de activo y de accionariado– establecidos en el primer apartado del artículo 61 del TRLIS para tener la condición de patrimonial, el requisito podría no ser cumplido por los socios no residentes, con lo que la sociedad española participada podría quedar incurso en el régimen especial.

Podría defenderse la primera interpretación y, con ello, la exclusión automática del régimen cuando todos los socios son personas jurídicas no residentes, si se considera, *ex* artículo 7.3 del TRLIS ²⁴, que cuando el artículo 61.1 del TRLIS define a las sociedades patrimoniales se circunscribe necesariamente a sujetos pasivos del IS y, en consecuencia, a sociedades residentes en España a efectos fiscales ²⁵.

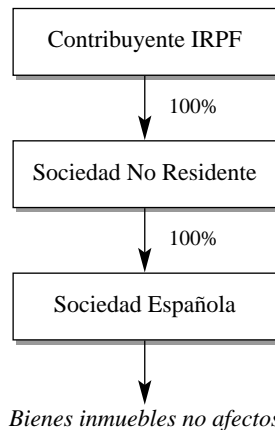
Por contra, la segunda interpretación (que el supuesto de exclusión no opera automáticamente cuando los socios son sociedades no residentes sino que debe analizarse si éstas cumplen los requisitos de activo y accionariado del artículo 75.1 de la LIS) se sustenta en el tenor literal del artículo 61.1 [*«[t]endrán la consideración de sociedades patrimoniales aquellas (sin importar donde residan) en las que concurran las circunstancias siguientes ...»*], en el hecho de que cuando la totalidad de los socios son personas físicas no residentes (contribuyentes, al igual que las sociedades no residentes, del IRnR) no exista posibilidad de aplicar el supuesto de exclusión, y en el hecho de que la tesis contraria permitiría sortear la aplicación del régimen a los contribuyentes del IRPF con suma facilidad si sus inversiones en la sociedad patrimonial se ostentan a través de una sociedad no residente.

²⁴ Según el cual «los sujetos pasivos de este Impuesto se designarán abreviadamente e indistintamente por las denominaciones sociedades o entidades a lo largo de la presente Ley».

²⁵ Tesis defendida por T. MARCOS SÁNCHEZ, «Las sociedades patrimoniales en la Ley 46/2002 (...)», *op. cit.*, pág. 33.

EJEMPLO:

Imaginemos una sociedad dedicada al arrendamiento de bienes inmuebles (sin que éste reúna los requisitos del art. 25.2 de la LIRPF para tener carácter empresarial) y con un único socio persona jurídica no residente. El único activo del socio no residente son los valores representativos de la participación en la sociedad española y tiene como único socio a una persona física residente en España.



- *Si se aplica el supuesto de exclusión automáticamente, Sociedad Española no tributaría en el régimen de la sociedad patrimonial.*
- *Si no se aplica el supuesto de exclusión automáticamente, Sociedad Española sería patrimonial puesto que su único socio cumple los requisitos de activo y accionariado para tener la consideración de patrimonial.*

De admitirse esta segunda interpretación, habría que aclarar si el análisis debe prolongarse con la posible aplicación de algún supuesto de exclusión de los referidos en el artículo 61.2 del TRLIS al socio no residente que por la composición de su activo y del accionariado se considera sociedad patrimonial, para que esta patrimonialidad pueda ser eficaz a efectos de la norma de exclusión.

Y nos explicamos:

Supongamos que en el ejemplo anterior el único socio de la no residente es una sociedad (Sociedad Activa) residente en España que realiza una actividad empresarial.

Por la composición de su activo y de su accionariado, Sociedad No Residente reúne las condiciones establecidas en el artículo 61.1 del TRLIS para tener la consideración de patrimonial.

No obstante, puesto que su único socio (Sociedad Activa) es persona jurídica y no patrimonial, Sociedad No Residente cumple los requisitos del supuesto de exclusión del artículo 61.2 del TRLIS para quedar excluida del régimen.

¿Debe considerarse entonces que Sociedad Española también cumple los requisitos del supuesto de exclusión del artículo 61.2 del TRLIS?

A nuestro juicio, la redacción literal de la LIS conduce a una respuesta negativa: la sociedad es patrimonial si cumple los requisitos del artículo 61.1 del TRLIS; siendo patrimonial puede *quedar excluida del régimen* si concurre algún supuesto de exclusión de los regulados en el artículo 61.2 del TRLIS. Lo que el primer supuesto de exclusión requiere es que la totalidad de los socios personas jurídicas no sean patrimoniales (lo que debe dilucidarse con arreglo al art. 61.1 del TRLIS), siendo indiferente que se les aplique o no el régimen (lo que requeriría, además, el análisis del apartado 2 de dicho artículo). Además, de admitirse lo contrario, el análisis podría prolongarse de forma indefinida lo que, aunque tiene la ventaja de llegar a una solución más coherente con la pretendida finalidad del régimen, no parece razonable en absoluto.

En cualquier caso, sea cual fuere la tesis correcta, convendría de nuevo no dejar esta cuestión al arbitrio del interpretador.

4. LA SOCIEDAD PATRIMONIAL: UN RÉGIMEN QUE INCENTIVA LA INTERPOSICIÓN DE SOCIEDADES POR CONTRIBUYENTES DEL IRPF

Teniendo por objeto la salvaguarda de la progresividad, desincentivando la interposición de sociedades para la mera tenencia de bienes, el régimen de la sociedad patrimonial no debería ofrecer a los contribuyentes del IRPF un mejor tratamiento del que recibirían de no mediar la sociedad. Y sin embargo, como a continuación se verá, el régimen beneficia en algunos aspectos el establecimiento de sociedades para la tenencia y gestión del patrimonio mobiliario o inmobiliario de los contribuyentes.

4.1. Breves apuntes acerca del régimen de la sociedad patrimonial.

En el régimen especial de la sociedad patrimonial, la base imponible se divide, al igual que ocurre en el IRPF, en dos partes diferenciadas, que se cuantifican, en líneas generales y salvo las excepciones que luego comentaremos, según lo dispuesto en la LIRPF.

Por tanto, las sociedades patrimoniales deberán determinar:

- (i) La base imponible general, integrada básicamente por los rendimientos de actividades económicas, mobiliarios e inmobiliarios, imputables al ejercicio fiscal, más el saldo positivo de las ganancias generadas a corto plazo (un año o menos), o menos el saldo negativo de las pérdidas patrimoniales a corto plazo (con el límite en este último caso del 10% del saldo positivo de los rendimientos netos). Si el resultado es positivo, la base imponible general quedará sujeta al IS al tipo impositivo fijo del 40 por 100. Si el resultado es negativo, podrá compensarse con la base imponible general de los cuatro años siguientes.

- (ii) La base imponible especial, integrada exclusivamente por ganancias y pérdidas patrimoniales generadas a largo plazo (más de un año). Si el resultado es positivo quedará sujeta al IS al tipo impositivo fijo del 15 por 100. Si el resultado es negativo, podrá compensarse con la base imponible especial de los cuatro años siguientes.

Las normas de la LIRPF que son excluidas de forma expresa en la determinación de la base imponible de la sociedad patrimonial son las siguientes:

- (i) El mínimo personal o familiar regulado en el Capítulo III del Título II del TRLIRPF.
- (ii) El régimen de diferimiento fiscal establecido en el artículo 95.1.a) del TRLIRPF para las rentas obtenidas en la transmisión de participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva objeto de reinversión.
- (iii) Los coeficientes de abatimiento regulados por la disposición transitoria novena del TRLIRPF en el cálculo de las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad a 31 de diciembre de 1994.
- (iv) Las reducciones aplicables a rendimientos irregulares establecidas en los artículos 21.3 (rendimientos de capital inmobiliario), 24.2 (rendimientos de capital mobiliario), 30 (rendimientos actividad económica) y 94.2 (seguros) del TRLIRPF, y la reducción del 50 por 100 sobre el rendimiento neto de capital inmobiliario obtenido por el arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda (establecida en el art. 21.2 de la LIRPF), cuando alguno de los socios sea una persona jurídica sujeta al IS o un no residente, persona física o jurídica, sujeto al IRnR.

4.2. Desincentivos que el régimen establece a la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF.

a) A la vista de este régimen, la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF resulta, de tener la sociedad interpuesta la condición de patrimonial, más gravosa que la inversión directa en cuanto a: (i) la inaplicabilidad del régimen de diferimiento fiscal en la transmisión de participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva objeto de reinversión, (ii) la inaplicabilidad de los coeficientes de abatimiento regulados por la disposición transitoria novena de la LIRPF, y (iii) la posibilidad de perder las reducciones en base establecidas en la LIRPF si uno de los socios pierde la condición de residente (lo que no es infrecuente en grupos familiares) o si se vende parte del capital a una sociedad.

b) Además, de tener la sociedad interpuesta la condición de patrimonial se pierden muchas de las ventajas que podían pretenderse con la interposición de la sociedad.

Así:

- En el régimen general del IS son deducibles, con carácter general, todos los gastos incurridos para la obtención de ingresos (según el principio contable de correlación de ingresos y gastos), mientras que en la sociedad patrimonial va a existir una limitación de gastos deducibles, especialmente para la determinación de los rendimientos de capital mobiliario [para los que sólo son deducibles los gastos de administración y depósito de valores negociables *ex art. 24.1.a)* del TRLIRPF] y, en menor medida, para los rendimientos de capital inmobiliario [para los que el importe máximo deducible no podrá exceder de la cuantía de los rendimientos íntegros *ex art. 21.1* del TRLIRPF].
- En el régimen general la sociedad puede corregir la doble imposición económica sobre los dividendos (y en ocasiones plusvalías) de fuente extranjera, mientras que no puede hacerlo (con las matizaciones que más adelante veremos) la sociedad patrimonial.
- En el régimen general la sociedad puede, cumplidos ciertos requisitos, reconocer fiscalmente la depreciación de sus activos mediante la dotación de provisiones, mientras que no puede hacerlo la sociedad patrimonial (salvo por los activos que estén afectos a una actividad económica y que no sean representativos de la participación en fondos propios de entidades o de la cesión a terceros de capitales propios).
- En el régimen general las bases imponibles negativas tienen un plazo de compensación de 15 años, mientras que en la sociedad patrimonial el plazo es de cuatro años existiendo, además, restricciones en el tipo de rentas que son susceptibles de compensación ²⁶.
- La sociedad patrimonial debe integrar en su base imponible general rentas inmobiliarias presuntas por aplicación del artículo 87 del TRLIRPF ²⁷, mientras que no lo hace la sociedad en régimen general.
- En el régimen general el tipo de gravamen es del 35 por 100 (30% por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 90.151,81 euros, si se trata de una empresa de reducida dimensión ²⁸), mientras que en la sociedad patrimonial, la base imponible general queda gravada al 40 por 100.
- Las deducciones que pueden aplicarse sobre la cuota quedan limitadas en la sociedad patrimonial a: la deducción por doble imposición económica sobre los dividendos percibidos de sociedades españolas (art. 81 del TRLIRPF), la deducción por doble imposición jurídi-

²⁶ Así, las pérdidas patrimoniales a largo plazo sólo pueden compensarse con ganancias patrimoniales a largo plazo. Las pérdidas patrimoniales a corto plazo han de compensarse, preferentemente, con ganancias patrimoniales a corto plazo. Si el resultado de la compensación sigue siendo negativo, podrán compensarse con el resultado positivo de integrar los restantes rendimientos obtenidos por el sujeto pasivo pero con el límite del 10 por 100 de dicho resultado positivo.

²⁷ Así lo entiende MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: «El régimen de las sociedades patrimoniales: un paso más (...)», *op. cit.*, pág. 80.

²⁸ Artículo 114 del TRLIS.

ca sobre las rentas obtenidas en el extranjero (art. 82 del TRLIRPF), las deducciones por la realización de actividades económicas (art. 69.2 del TRLIRPF), la deducción por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla (art. 69.4 de la LIRPF) y las deducciones por donativos (art. 69.3 del TRLIRPF) y por inversiones y gastos realizados en bienes de interés cultural (art. 69.5 del TRLIRPF).

- Las participaciones de contribuyentes del IRPF en sociedades en régimen general tienen acceso, cumplidos ciertos requisitos, a la exención en el IP y a la bonificación en el ISD, mientras que dichas ventajas están vetadas si la sociedad es patrimonial.

4.3. Incentivos que el régimen ofrece a la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF.

Sin perjuicio de los inconvenientes señalados en el apartado anterior, la interposición de una sociedad patrimonial puede constituir una alternativa ventajosa para los contribuyentes del IRPF por comparación con la inversión directa o a través de una sociedad en régimen general. Parte de estas ventajas tienen su origen en la eliminación total, para contribuyentes del IRPF, de la doble imposición económica respecto del beneficio obtenido por la sociedad patrimonial, mientras que otras tienen su origen en las distorsiones producidas por el hecho de que, pese a determinar su base imponible con arreglo a la normativa del IRPF, la sociedad patrimonial sigue siendo sociedad española y sujeto pasivo del IS.

4.3.1. Eliminación de la doble imposición económica.

Los dividendos distribuidos a contribuyentes del IRPF y procedentes de beneficios en los que fue de aplicación el régimen de sociedades patrimoniales no se integran en la base imponible del IRPF [art. 62.1.a) del TRLIRPF] y no quedan sujetos a retención [art. 70.3.e) del Reglamento del IRPF]. Se elimina así la doble imposición jurídica y económica sobre el beneficio obtenido y distribuido por la sociedad patrimonial.

También se elimina la doble imposición económica sobre el beneficio no distribuido aumentando, a efectos de computar la ganancia obtenida por contribuyentes del IRPF en la transmisión de la participación en la sociedad patrimonial, el coste de adquisición de la participación en el denominado «valor de titularidad». Este valor de titularidad tiene como componente positivo el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la sociedad durante los períodos en que tributó como sociedad patrimonial. Y como componente negativo, el importe de los dividendos percibidos por el socio que correspondan a beneficios generados en ejercicios en los que la sociedad tuvo la condición de patrimonial. Se evita así que el beneficio obtenido y gravado en la sociedad vuelva a quedar sujeto a imposición en sede del socio cuando éste transmita su participación.

En este sentido, el régimen de la sociedad patrimonial para socios contribuyentes del IRPF se configura como una especie de «*imposición liberatoria*»²⁹ de forma que, para contribuyentes con tipos marginales altos que obtengan rentas a integrar en la parte general de la base imponible, el régimen implica una minoración de la carga tributaria total (tributación conjunta IRPF-IS) respecto de la que se hubiera soportado si sus inversiones se hubieran realizado directamente o a través de una sociedad en régimen general.

Así,

- Con el sistema de eliminación de la doble imposición establecido en los artículos 23 y 81 del TRLIRPF, la tributación conjunta (IRPF-IS) del beneficio obtenido por una sociedad en régimen general para contribuyentes con un tipo medio igual al marginal máximo de las tarifas del IRPF sería igual al 49,95 por 100 (46,10% si la sociedad tributa al 30% por ser de reducida dimensión)³⁰. En este sentido, para integrar el dividendo distribuido por la sociedad en la base imponible general del socio, el dividendo bruto debe multiplicarse por un coeficiente del 1,4 si el beneficio obtenido por la sociedad quedó sujeto a tributación por el IS al tipo general del 35 por 100³¹. Por otro lado, el socio tiene derecho a una deducción en cuota, para corregir la doble imposición económica, igual al 40 por 100³² del dividendo bruto percibido. Las cantidades no deducidas por insuficiencia de cuota pueden deducirse en los cuatro años siguientes^{33, 34}.
- Con la inversión directa, la tributación para contribuyentes del IRPF con un tipo medio igual al marginal máximo será: 15 por 100, para las ganancias de patrimonio a largo plazo³⁵; 45 por 100, para los rendimientos con carácter general; y, por aplicación de los coeficientes reductores a los que hemos hecho referencia en el apartado 4.1.iv) anterior: 27 por 100 para los rendimientos generados en un plazo superior a dos años; 11 por 100, para los rendimientos de seguros con un plazo superior a cinco u ocho años; y 22,5 por 100 para los arrendamientos de inmuebles.

²⁹ E. SANZ GADEA: «Modificación de la Ley 43/1995 (...)», *op. cit.*, pág. 22.

³⁰ Si bien es cierto que el beneficio de la sociedad puede haber quedado disminuido como consecuencia de los mayores gastos deducibles aplicables.

³¹ 1,25 o 1 si la sociedad tributa, respectivamente, al tipo especial del 25 por 100 o inferior.

³² 25 por 100 ó 0 por 100 si el dividendo se multiplicó por el coeficiente de 1,25 o 1,00 a efectos de su integración en base imponible.

³³ Artículo 81.3 del TRLIRPF.

³⁴ Esto es, si la sociedad tributa al 35 por 100, la doble imposición económica sobre el dividendo distribuido se elimina completamente cuando el tipo medio en el IRPF es del 28,57 por 100. Para tipos medios inferiores, el dividendo no queda sujeto a imposición en sede del socio, sino que dará derecho a un crédito fiscal (con un máximo del 19% para un tipo medio igual al marginal mínimo -15% de las tarifas del IRPF). Por el contrario, para tipos medios superiores, el dividendo queda sujeto a tributación en el IRPF a un tipo efectivo máximo igual al 23 por 100 para un tipo medio igual al marginal máximo -45% de las tarifas del IRPF.

³⁵ Salvo que resulten de aplicación los coeficientes de abatimiento establecidos en la disposición transitoria novena del TRLIRPF para la transmisión de elementos patrimoniales no afectos adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994, en cuyo caso la tributación será menor, pudiendo quedar reducida a cero.

- Con la inversión a través de una sociedad patrimonial, la tributación para contribuyentes que tributen al marginal máximo será: 15 por 100, para las ganancias de patrimonio a largo plazo; 40 por 100, para los rendimientos con carácter general; y, por aplicación de los coeficientes reductores a los que hemos hecho referencia en el apartado 4.1.iv) anterior: 24 por 100, para los rendimientos de capital generados en un plazo superior a dos años; 10 por 100, para los rendimientos de seguros con un plazo superior a cinco u ocho años; y 20 por 100 para los arrendamientos de inmuebles.

Comparando la tributación total socio-sociedad nos encontraríamos, pues, con lo siguiente:

TRIBUTACIÓN TOTAL Renta obtenida	ALTERNATIVAS DE INVERSIÓN		
	Sociedad general ³⁶	Directa	Sociedad patrimonial
Ganancias largo plazo	49,95%	15% ³⁷	15%
Rendimientos en general	49,95%	45%	40%
Rendimientos irregulares	49,95%	27%	24%
Seguros largo plazo	49,95%	11%	10%
Arrendamiento inmuebles	49,95%	22,5%	20%

A la vista de lo anterior, puede pensarse que pese a que la finalidad aparente del régimen sea, en cuanto que sustitutivo de la transparencia fiscal, evitar la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF con el fin de eludir la progresividad en su imposición personal, este propósito tradicional se ha abandonado en la sociedad patrimonial, puesto que permite reducir la imposición personal sobre las rentas mobiliarias e inmobiliarias de contribuyentes del IRPF que tributen a tipos marginales máximos.

Con dos alicientes añadidos:

- Que al poder ubicar todas las rentas del capital en la sociedad patrimonial el socio puede reducir la progresividad sobre sus rentas del trabajo.
- Que en la eliminación de la doble imposición económica sobre el beneficio no distribuido, el carácter «liberatorio» del régimen para el socio contribuyente del IRPF puede predicarse aun cuando el impuesto a pagar por la sociedad patrimonial tenga carácter futuro, con lo que el socio podría recibir el beneficio contable obtenido por la sociedad sin sufrir tributación

³⁶ Asumiendo en el socio tributación al tipo marginal máximo de las tarifas del IRPF.

³⁷ Vide nota al pie 35 *supra*.

adicional. Y ello es así porque el valor de titularidad (como el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la sociedad durante los períodos en que tributó como sociedad patrimonial) es un concepto contable y no fiscal ³⁸, por lo que cuando existan diferencias temporales entre el resultado contable y la base imponible que den lugar a un impuesto diferido ³⁹, el socio puede materializar el beneficio obtenido por la sociedad sin tributación y sin que dicho beneficio haya quedado aún sujeto a tributación en sede de la sociedad ⁴⁰.

4.3.2. Efectos en el Impuesto sobre el Patrimonio.

El mecanismo establecido para evitar la doble imposición económica sobre el beneficio obtenido por la sociedad tiene efectos también en el IP.

De acuerdo con el artículo 31 de la LIP, *«la cuota íntegra del IP, conjuntamente con la porción de cuota correspondiente a la parte general de la base imponible del IRPF, no podrá exceder del 60 por 100 de la parte general de la base imponible»* y, a estos efectos, *«se sumará a la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas el importe de los dividendos y participaciones en beneficios a los que se refiere el artículo 76.1.a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades»* (esto es, los dividendos distribuidos por la sociedad patrimonial). *«En el supuesto de que la suma de ambas cuotas supere el límite anterior, se reducirá la cuota del IP hasta alcanzar el límite indicado, sin que la reducción pueda exceder del 80 por 100»*.

Por aplicación de esta norma, si las únicas rentas obtenidas por un contribuyente del IRPF son de carácter mobiliario o inmobiliario, su obtención a través de una sociedad patrimonial puede permitirle reducir la cuota íntegra del IP hasta un 80 por 100, siempre que el beneficio obtenido por la

³⁸ Según los criterios contenidos en la Norma de Valoración 16.ª del Plan General de Contabilidad y en la resolución del ICAC de 9 de octubre de 1997, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre algunos aspectos de la Norma de Valoración decimosexta del Plan General de Contabilidad, a la contabilización por la sociedad patrimonial de su gasto por IS, la sociedad patrimonial deberá corregir su resultado contable teniendo en cuenta, como diferencias permanentes, (i) los menores gastos deducibles permitidos en la sociedad patrimonial (ajuste positivo al resultado contable) así como (ii) las reducciones en base permitidas por la LIRPF para determinados rendimientos a largo plazo.

Con ello hallará el resultado contable ajustado sobre el que se aplicará el tipo impositivo correspondiente para calcular el importe del impuesto bruto. El resultado de aplicar, sobre este impuesto bruto, el importe de las bonificaciones y deducciones en cuota dará lugar al gasto del IS devengado en el ejercicio, que minora el beneficio contable antes de impuestos obtenido por la sociedad. Será este beneficio el que incrementa el coste de titularidad.

La diferencia entre la deuda de la sociedad patrimonial frente a Hacienda Pública por el IS a pagar y el gasto contable del IS devengado (que normalmente responderá a las diferencias temporales por las distintas normas de imputación temporal de ingresos en el ámbito fiscal respecto del contable) se contabilizarán como impuesto diferido reconociéndose, por tanto, la deuda futura que la sociedad tiene contraída con la Hacienda Pública.

³⁹ Como sería el caso de las normas de imputación temporal de los rendimientos del capital mobiliario conforme al principio de exigibilidad –criterio fiscal–, en lugar del de devengo –criterio contable–, o de las normas de imputación temporal en las operaciones a plazo o con precio aplazado.

⁴⁰ Sobre los efectos que ello puede ocasionar, véanse las reflexiones de E. SANZ GADEA: «Modificaciones de la Ley 43/1995 (...)», *op. cit.*, págs. 24 a 26.

sociedad patrimonial no sea distribuido como dividendo al socio. En estos casos, no existirá parte general de la base imponible, y por tanto la cuota íntegra del IP se verá siempre reducida en un 80 por 100, lo que representa una clara ventaja respecto de la inversión directa ⁴¹.

Por el contrario, cuando la sociedad patrimonial distribuye dividendos y el contribuyente no obtiene otras rentas, el límite conjunto IRPF-IP podría reformularse como que la cuota íntegra del IP no puede exceder del 60 por 100 del dividendo obtenido ya que, si la sociedad tributa como patrimonial, el dividendo computa como base imponible, pero no da lugar a mayor cuota en el IRPF. Nótese que si la inversión se hubiera realizado en una sociedad en régimen general el dividendo distribuido aumentaría la porción de cuota correspondiente a la parte general de la base imponible de forma que la regla del límite conjunto IRPF-IP podría reformularse como que la cuota del IP no puede exceder del 60 por 100 del dividendo menos la cuota que en IRPF corresponda a dicho dividendo. De donde se deduce que, si la sociedad interpuesta distribuye dividendos, la reducción máxima de la cuota del IP será menos accesible si la sociedad tributa como patrimonial que en el supuesto de inversión en una sociedad en régimen general ⁴².

4.3.3. Alicientes derivados del hecho de que la sociedad patrimonial es sociedad española y sujeto pasivo del IS.

a) Inexistencia de obligación de retener sobre las rentas procedentes de activos financieros negociados en Bolsa.

Puesto que la sociedad patrimonial es sujeto pasivo del IS, debe aplicársele la excepción a la obligación de retener sobre los intereses y demás rentas que, procedentes de activos financieros negociados y representados mediante anotaciones en cuenta, sean obtenidos por sujetos pasivos del IS.

Así, el artículo 57.q) del RIS establece que «[n]o existirá obligación de retener ni de ingresar a cuenta respecto de: (...) q) Las rentas obtenidas por los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades procedentes de activos financieros, siempre que cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que estén representados mediante anotaciones en cuenta. 2.º Que se negocien en un mercado secundario oficial de valores», mientras que el artículo 70.f) del RIRPF limita la exención a las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de activos financieros con rendimiento explícito que estén representados mediante anotaciones en cuenta y que se negocien en un mercado secundario oficial de valores.

⁴¹ En este punto, la inversión en una sociedad en régimen general tiene el mismo efecto que la inversión en una sociedad patrimonial si no se distribuyen dividendos. No obstante, la distribución de las reservas de la sociedad a través de otras vías (por ejemplo mediante la adquisición de autocartera por la sociedad) no va a quedar sujeta a gravamen por el IRPF del socio si la sociedad es patrimonial, mientras que sí lo estará (siquiera al tipo reducido del 15%) si la sociedad tributa en régimen general.

⁴² Si el contribuyente del IRPF tiene otras rentas de carácter regular cuya obtención no puede realizarse a través de la sociedad patrimonial (rentas profesionales o del trabajo personal), la reducción máxima de la cuota del IP, si la sociedad patrimonial no distribuye dividendos, dependerá del tipo medio aplicable a la parte general de la base imponible del IRPF, así como del importe de dicha parte general de la base imponible.

Por lo tanto, la gestión del patrimonio mobiliario de los contribuyentes del IRPF por una entidad patrimonial permite evitar el engorroso efecto financiero de las retenciones sobre los rendimientos derivados de activos financieros con rendimiento implícito o de los intereses de activos financieros con rendimiento explícito.

b) Eliminación de la doble imposición sobre dividendos de fuente extranjera.

A la sociedad patrimonial, como sociedad española, deben aplicársele las disposiciones relativas a «sociedades españolas» en convenios o tratados internacionales de los que sea parte España.

Por ello, pese a que el régimen de la sociedad patrimonial no pretende corregir (como tampoco se corrige en el IRPF) la doble imposición económica sobre los dividendos de fuente extranjera obtenidos por la sociedad, este principio debe ceder ante disposiciones de derecho internacional que establezcan lo contrario.

- a) Así, si la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, establece que el Estado de residencia de una sociedad matriz debe arbitrar un sistema para la eliminación de la doble imposición económica sobre los dividendos percibidos de sus filiales comunitarias, debería admitirse la eliminación de la doble imposición económica sobre los dividendos percibidos por una sociedad patrimonial que tenga la condición de matriz ⁴³.
- b) O si la sociedad patrimonial percibe dividendos de sociedades extranjeras con derecho a la aplicación de un Convenio de doble imposición suscrito por España, debería admitirse la aplicación a la sociedad patrimonial de los mecanismos establecidos en éste para la eliminación de la doble imposición ⁴⁴.
- c) Otra posibilidad de eliminar la doble imposición económica internacional se encuentra en el hecho de que la sociedad patrimonial, aunque deba determinar su base imponible con arreglo a la normativa propia del IRPF, sigue siendo sujeto pasivo del IS, con lo que le deben resultar de aplicación las disposiciones establecidas en el régimen de las ETVEs para las inversiones de sujetos pasivos del IS en estas entidades. Recordemos que el régimen de las ETVEs permite la obtención de dividendos y plusvalías procedentes de sociedades extranjeras que realicen una actividad empresarial sin que dichas rentas queden sujetas a tributación en sede de la ETVE. Pues bien, cuando la ETVE distribuye el beneficio obtenido a sus socios contribuyentes del IRPF «*el beneficio obtenido no dará derecho a la deducción por doble imposición de dividendos*» aunque se podrá aplicar «*la deducción por doble imposición internacional en los términos previstos en el artículo 82 del texto refun-*

⁴³ E. SANZ GADEA considera que la inaplicabilidad de la Directiva no encuentra amparo en las normas comunitarias («Modificaciones de la Ley 43/1995 (...)», *op. cit.*, pág. 20). En igual sentido, BOTELLA GARCÍA-LASTRA, Carmen: «Régimen transitorio derivado de la desaparición del régimen de transparencia fiscal», *Quincena Fiscal* n.º 6/7, Aranzadi, marzo/abril 2003.

⁴⁴ C. BOTELLA GARCÍA-LASTRA, «Régimen transitorio (...)», *op. cit.*

*dido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, respecto de los impuestos pagados en el extranjero por la entidad de tenencia de valores»*⁴⁵, mientras que cuando el perceptor es una entidad sujeta al IS, los beneficios percibidos darán derecho a la deducción por doble imposición de dividendos en los términos establecidos en el artículo 30 del TRLIS, o tratándose de rentas obtenidas en la transmisión de la participación, dará derecho, en su caso, a la deducción por doble imposición establecida en el artículo 30.5 del TRLIS o a la exención establecida en su artículo 21⁴⁶. Se plantea, pues, la duda de si, siendo la sociedad patrimonial socio de una ETVE tiene derecho a aplicar los artículos 30 y 21 del TRLIS respecto de las rentas (dividendos y ganancias) obtenidas por su participación en una ETVE, según lo establecido en el artículo 118 del TRLIS. Del tenor literal del artículo 118 del TRLIS habría que concluir que sí⁴⁷, pero esta conclusión no sería coherente con las normas aplicables a la sociedad patrimonial ya que ésta no puede acudir a las normas del IS salvo cuando existan rendimientos de la actividad económica (*ex art. 26.1 del TRLIRPF*), sin que los obtenidos por la participación en fondos propios de entidades puedan ser considerados como tales [*ex art. 27.1.c) del TRLIRPF*].

En cualquier caso, de admitirse las tesis expuestas, la inversión en valores representativos de la participación en fondos propios de sociedades extranjeras a través de una sociedad patrimonial podría ser ventajosa para contribuyentes del IRPF, ya que éstos podrían eliminar la doble imposición económica:

- Sobre dividendos procedentes de sociedades de la Unión Europea en las que la sociedad patrimonial tenga una participación igual o superior al 25 por 100 que se mantenga de forma ininterrumpida durante el año anterior a que sea exigible el dividendo o, en su defecto, se mantenga durante el tiempo necesario para completar dicho plazo;
- Sobre dividendos procedentes de sociedades residentes en un país con Convenio en los términos y condiciones establecidos en el mismo; o,
- Sobre dividendos y plusvalías procedentes de sociedades extranjeras que realicen actividades empresariales y que se detenten a través de una ETVE.

En estos tres casos, la inversión directa o a través de una sociedad en régimen general no permitiría la eliminación total de la doble imposición económica.

c) Lagunas producidas por la aplicación de normas pensadas para personas físicas.

Por definición, las normas del IRPF no regulan el tratamiento de la renta que pueda obtener la sociedad patrimonial como consecuencia de operaciones imposibles de realizar por personas físicas (absorción o disolución de la sociedad patrimonial, reducción de capital con devolución de apor-

⁴⁵ Artículo 118.1.b) del TRLIS.

⁴⁶ Artículo 118 apartados 1.a) y 2.a) del TRLIS.

⁴⁷ Así lo entiende E. SANZ GADEA («Modificaciones de la Ley 43/1995 (...)», *op. cit.*, pág. 10).

taciones, separación de socios o distribución de la prima de emisión) o que son objeto del ISD (caso de las adquisiciones a título lucrativo recibidas por la sociedad patrimonial), el otro gran impuesto directo sobre la renta de las personas físicas.

Cabe plantearse si, ante la ausencia de regulación expresa y ante la imposibilidad de aplicar la analogía para integrar el hecho imponible en el ámbito tributario, las rentas resultantes de estas operaciones no quedan sujetas a gravamen, lo que supondría una clara ventaja para los contribuyentes del IRPF en estos casos. Ésta es la tesis que defiende parte de la doctrina ⁴⁸.

A nuestro juicio, no debe admitirse la no sujeción a gravamen en estos casos.

1. EL CASO DE LAS DONACIONES RECIBIDAS POR LA SOCIEDAD PATRIMONIAL

Cuando se trata de adquisiciones a título gratuito, la renta obtenida por la sociedad patrimonial no está sujeta al ISD por aplicación del artículo 3.2 de la LISD en virtud del cual los incrementos de patrimonio a título gratuito obtenidos por personas jurídicas *«no están sujetos a este Impuesto y se someterán al Impuesto sobre Sociedades»*. Tratándose de una donación obtenida por una persona jurídica que tribute en el régimen general del IS, se incluiría en la base imponible *«el valor normal de mercado del elemento adquirido»* por aplicación del artículo 15.3 del TRLIS. Si la donación la recibe una sociedad patrimonial, su base imponible debe calcularse conforme a lo establecido para el IRPF, lo que nos remite al Título II del TRLIRPF (*«Determinación de la capacidad económica sujeta a gravamen»*).

Pues bien, el artículo 31.1 del TRLIRPF considera ganancia o pérdida patrimonial *«las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier variación en la composición de aquél»*, con lo que aplicando este precepto, es claro que la sociedad patrimonial habrá obtenido una ganancia patrimonial por la variación en su patrimonio que produce la donación.

Si la donación la hubiera recibido un contribuyente del IRPF, el artículo 31.1 del TRLIRPF no resultaría aplicable puesto que el artículo 6.4 del TRLIRPF dispone la no sujeción al IRPF de las rentas sujetas al ISD y las adquisiciones a título gratuito recibidas por personas físicas lo están. Pero no encontramos obstáculo alguno a su aplicación cuando se trata de sociedades patrimoniales porque, como hemos apuntado, en este caso la renta obtenida por la sociedad no está sujeta al ISD.

Quedaría por dilucidar cuál es el cómputo de la renta obtenida y para ello debe aplicarse el artículo 32 del TRLIRPF que establece la norma general de cálculo del importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales. Según este precepto *«el importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales*

⁴⁸ L.A. MALVÁREZ PASCUAL, «El régimen de la sociedad patrimonial (...)», *op. cit.*, pág. 86. SANZ GADEA considera que en el caso de las adquisiciones a título gratuito *«la lógica del régimen tributario de la sociedad patrimonial apunta hacia la aplicación del ISD, pero la apoyatura legal no es convincente»* (E. SANZ GADEA: «Modificaciones de la Ley 43/1995 (...)», *op. cit.*, pág. 12).

será: a) *En el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales.* b) *En los demás supuestos (adquisiciones a título gratuito, por ejemplo) el valor de mercado de los elementos patrimoniales o partes proporcionales, en su caso».*

De donde resultaría que la sociedad patrimonial obtendría una renta por el valor de mercado del elemento donado.

Entendemos que esta renta debería integrarse como ganancia patrimonial a corto plazo en la base imponible general de la sociedad patrimonial, quedando sujeta al 40 por 100 con lo que la tributación será superior o inferior que la de la donación directa al contribuyente del IRPF dependiendo del tipo de gravamen que hubiera resultado de la aplicación de la escala de gravamen y de los coeficientes correctores en el ISD.

2. EL CASO DE LAS OPERACIONES SOCIETARIAS QUE SUPONGAN LA ENTREGA DE ELEMENTOS PATRIMONIALES A LOS SOCIOS

En el caso de las operaciones societarias realizadas por la sociedad patrimonial y que den lugar a la entrega de elementos patrimoniales del activo a los socios (por ejemplo, reducción de capital con devolución de aportaciones en especie, distribución en especie de la prima de emisión, separación de socios, o liquidación de la sociedad), el hecho de que no estén tratadas explícitamente en la LIRPF (al ser ésta una norma pensada para personas físicas) no debe llevarnos a pensar que no quedan sujetas a gravamen. Antes bien, pensamos que el régimen general de las normas relativas a las ganancias y pérdidas patrimoniales y, en particular, los artículos 31.1 («*son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier variación en la composición de aquél*»), 32.1.a) [«*el importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será: a) En el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales*»] y 33.3 *in fine* («*por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste*») del TRLIRPF nos permiten concluir que la sociedad patrimonial obtiene en estos supuestos una renta por diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos patrimoniales entregados a los socios y su valor de adquisición⁴⁹.

En este caso, pensamos que si el elemento patrimonial transmitido ha permanecido en el activo de la sociedad patrimonial durante más de un año, la ganancia obtenida se incluiría en la base imponible general y quedaría sometida a gravamen al tipo reducido del 15 por 100.

⁴⁹ En igual sentido, E. SANZ GADEA, «Modificaciones de la Ley 43/1995 (...)», *op. cit.*, pág. 14.

5. LA SOCIEDAD PATRIMONIAL: UN RÉGIMEN NO NEUTRAL PARA CONTRIBUYENTES DEL IS Y DEL IRnR

Teniendo por objeto desincentivar la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF para salvaguardar la progresividad de dicho tributo, el régimen de la sociedad patrimonial debería ser neutral respecto de las inversiones realizadas por sujetos pasivos del IS o del IRnR puesto que ninguna elusión de la progresividad puede encontrarse a la interposición por éstos de sociedades.

Por el contrario, a diferencia de lo que ocurría en el régimen de transparencia fiscal, las inversiones por sujetos pasivos del IS o del IRnR en sociedades patrimoniales dejan de asemejarse, en cuanto a sus efectos, a las inversiones en sociedades que tributen en régimen general. Y no sólo por el régimen establecido para la tributación de la propia sociedad (radicalmente distinto, como hemos visto, al de las sociedades en régimen general), sino también por el tratamiento otorgado por el legislador a los dividendos y plusvalías obtenidos por contribuyentes del IS y del IRnR y procedentes de sus inversiones en sociedades patrimoniales ⁵⁰.

5.1. Efectos para socios personas jurídicas o no residentes del régimen establecido para la tributación de la sociedad patrimonial.

En principio, puede afirmarse que el régimen de tributación establecido para la sociedad patrimonial ofrece, por comparación al régimen aplicable con carácter general, pocos alicientes a sujetos pasivos del IS o del IRnR. Nos remitimos en este punto a los comentarios realizados en el apartado 4.2.b) anterior.

No obstante, la doctrina ha encontrado algunos efectos favorables derivados de la aplicación de las normas de la LIRPF. El más evidente, la posibilidad de aplicar un tipo de gravamen del 15 por 100, sin necesidad de reinversión, a las ganancias patrimoniales obtenidas por la sociedad en la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos con más de un año de antelación. Pero también:

- La falta de aplicación de la norma de subcapitalización a la financiación obtenida por la sociedad patrimonial para la realización de actividades inmobiliarias no empresariales ⁵¹;
- La aplicación del principio de exigibilidad (en lugar del de devengo) en la imputación temporal de ingresos financieros ⁵²; o

⁵⁰ *Vide supra* notas al pie 3 y 4.

⁵¹ SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995 (...)», *op. cit.*, pág. 15.

⁵² SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995 (...)», *op. cit.*, pág. 13.

- La inaplicación del artículo 59 del TRLIS ⁵³ en la integración de la base imponible de las rentas procedentes de la inversión por la sociedad patrimonial en instituciones de inversión colectiva, que sólo se integrarán, en aplicación de la normativa del IRPF, cuando se produzca el reembolso o transmisión de la participación.

5.2. Tratamiento fiscal de la inversión de sujetos pasivos del IS en sociedades patrimoniales.

5.2.1. Eliminación parcial de la doble imposición económica.

En cuanto a socios contribuyentes del IS, el principio que ha inspirado el tratamiento de los dividendos y plusvalías derivados de la inversión en una sociedad patrimonial ha sido el de no corregir (más que parcialmente en su caso) la doble imposición económica sobre el beneficio obtenido por la sociedad.

Así, los dividendos distribuidos a sociedades residentes por una sociedad patrimonial quedan sujetos a tributación por el IS y dan derecho a la deducción por doble imposición limitada (50% de la cuota correspondiente a los dividendos) en los términos establecidos en los apartados 1 y 4 del artículo 30 del TRLIS.

Respecto a la doble imposición económica sobre el beneficio no distribuido, el régimen de sociedades patrimoniales no permite aumentar el coste de adquisición en el importe de los beneficios no distribuidos generados durante los ejercicios en que la sociedad tribute en este régimen ⁵⁴, ni permite la deducción por doble imposición establecida en el artículo 30.5 del TRLIS sobre la parte de la ganancia de patrimonio que corresponda a beneficios no distribuidos generados durante el período de tenencia de la participación.

Posiblemente la causa de estas restricciones a la eliminación de la doble imposición económica sobre el beneficio obtenido por la sociedad patrimonial se encuentre en la necesidad de evitar que los contribuyentes del IS se sientan incentivados a interponer sociedades patrimoniales para la obtención de determinadas rentas (ganancias patrimoniales) con el fin de acceder al tipo reducido del 15 por 100 aplicable, sin necesidad de reinversión, en el IRPF.

Así, en el caso de distribución de dividendos por la sociedad patrimonial, si las rentas a obtener por la sociedad se integran en la base imponible general la tributación conjunta socio-sociedad ascendería al 50,5 por 100 (40% en sede de la sociedad, más 17,5% de 60% en sede del socio), con

⁵³ Según el cual debe integrarse en base imponible «...el importe de las rentas contabilizadas o que deban contabilizarse por el sujeto pasivo derivadas de las acciones o participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva», procediendo dicha contabilización respecto de las inversiones en Instituciones de Inversión Colectiva cuyo patrimonio se halle compuesto por instrumentos financieros de renta fija a corto plazo (FIAMM). Véanse comentarios de SANZ GADEA en «Modificaciones de la Ley 43/1995 (...)», *op. cit.*, pág. 12.

⁵⁴ Como sí se hace en el caso de socios contribuyentes del IRPF o como se hacía bajo el régimen de transparencia fiscal para socios residentes (fueran contribuyentes del IRPF o del IS).

lo que se produciría un exceso de imposición. Por el contrario, si las rentas a obtener por la sociedad se integran en la base imponible especial la tributación conjunta socio-sociedad ascendería al 29,875 por 100 (15% en sede de la sociedad, más 17,5% de 85% en sede del socio), con lo que se produciría un defecto de imposición.

En el caso de que el beneficio obtenido por la sociedad patrimonial se materialice mediante la transmisión de la participación, la tributación socio-sociedad ascenderá al 61 por 100 (40% en sede de la sociedad, más 35% de 60% en sede del socio) si las rentas obtenidas por la sociedad patrimonial se integran en la base imponible general, o al 44,75 por 100 (15% en sede de la sociedad, más 35% de 85% en sede del socio) si las rentas se integran en la base imponible especial. La tributación en este caso de transmisión de la participación podría verse reducida si, en aplicación del artículo 42 del TRLIS, el socio aplica la deducción por reinversión del precio obtenido en la venta de la participación ⁵⁵.

5.2.2. El tratamiento de la provisión por depreciación de la participación en una sociedad patrimonial.

Pese a que en la sociedad patrimonial se pretende corregir sólo parcialmente la doble imposición que sobre el beneficio obtenido por la sociedad soportan sus socios personas jurídicas cuando reciben dividendos o enajenan su participación, pensamos que este objetivo no se consigue plenamente tal y como está configurado el régimen. En este sentido, hay que recordar que las sociedades sujetos pasivos del IS tienen a su disposición, además de la deducción por doble imposición, otro mecanismo de eliminación de la doble imposición económica sobre el que el régimen de la sociedad patrimonial no establece ninguna restricción: la deducibilidad de la provisión por depreciación de su participación en una sociedad.

Cuando los dividendos que se distribuyen estaban incluidos en el precio de adquisición de la participación, bien como reservas generadas por la sociedad patrimonial antes de la adquisición, bien como plusvalías tácitas en sus activos, el socio persona jurídica puede dotar una provisión por la depreciación en el valor de su participación que será deducible de la base imponible de su IS siempre que no exceda de la diferencia entre el valor teórico contable de la participación al inicio y al cierre de su ejercicio ⁵⁶.

Pues bien, el artículo 30.4.e) del TRLIS excluye en general la aplicación de la deducción por doble imposición cuando la distribución del dividendo al socio ocasiona una depreciación fiscal en su participación, señalando que, en este caso, la recuperación del valor de la participación no debe

⁵⁵ SANZ GADEA («Modificaciones de la Ley 43/1995 (...)», *op. cit.*, pág.32) considera que «la misma lógica que inspira las restricciones a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos y a la deducción para evitar las plusvalías de fuente interna, previstas en el artículo 75.1.b) y 2.b) [de la Ley 43/1995, equivalentes al art. 62.1.b) y 2.b) del TRLIS], hubiera debido llevar a la exclusión de los valores representativos del capital social de la sociedad patrimonial de la deducción por reinversión» pero lo cierto es que nada impide al socio que transmite su participación en la sociedad aplicar la deducción por reinversión.

⁵⁶ Artículo 12.3 del TRLIS.

integrarse en la base imponible, aunque contablemente deba revertirse la provisión dotada. Esto es, entre los dos mecanismos para corregir la doble imposición (depreciación fiscal de la participación ocasionada por la distribución del dividendo y deducción por doble imposición sobre dicho dividendo) el legislador fiscal da primacía a la deducibilidad fiscal de la provisión, sin permitir en principio la aplicación conjunta de ambos. No obstante, el legislador permite excepcionalmente la acumulación de ambas técnicas cuando pueda probarse que en una transmisión previa de la participación la plusvalía ha quedado sujeta a imposición.

En el régimen de patrimoniales se ha limitado la eliminación de la doble imposición económica por el mecanismo de la deducción por doble imposición. Pero no existe restricción alguna para la deducibilidad de la provisión por depreciación de la participación del socio persona jurídica en una sociedad patrimonial. De ahí que la deducción parcial sobre el dividendo obtenido se aplique, según el tenor literal del artículo 62.1.b) del TRLIS, en los términos establecidos en los apartados 1 y 4 del artículo 30 del TRLIS.

Pueden darse en este caso situaciones distintas según el exceso del precio pagado sobre el valor contable de la participación corresponda a reservas explícitas (beneficios no distribuidos generados por la sociedad con anterioridad a la transmisión) o a plusvalías tácitas (fondo de comercio) de los activos, y según la condición del transmitente de la participación (persona jurídica o física).

1. EL CASO DE LA TRANSMISIÓN DE RESERVAS EXPLÍCITAS

Si la sociedad patrimonial transmitida había generado reservas con anterioridad a la transmisión y dichas reservas estaban incluidas en el precio de transmisión, el vendedor, si era persona física, no tributó por aplicación del artículo 62.2.a) del TRLIS. En estos supuestos, la distribución por la sociedad de dichas reservas al adquirente de la participación dará lugar a la depreciación fiscal de ésta (sin limitación), quedando excluida la aplicación de la deducción por doble imposición.

Por el contrario, cuando la plusvalía obtenida por el vendedor quedó sujeta a imposición [porque el transmitente era una sociedad, con lo que quedó excluida la deducción por doble imposición del art. 30.5 del TRLIS por aplicación del art. 62.2.b) del TRLIS], el comprador podrá deducir fiscalmente la provisión por depreciación de su participación sin limitación y aplicar, además, la deducción por doble imposición limitada en los términos establecidos en el artículo 30 apartados 1 y 4.e) del TRLIS, según el cual si el transmitente fue persona jurídica, la deducción será del 50 por 100 de la cuota íntegra correspondiente a los dividendos (con carácter general) o del 18 por 100 del importe del dividendo (cuando el transmitente aplicó la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios).

a) De lo anterior resulta que, si el vendedor es una persona física y la ganancia obtenida es igual a las reservas generadas por la sociedad antes de la transmisión, se corrige totalmente (y no parcialmente) la doble imposición sobre el beneficio obtenido por la sociedad patrimonial.

Veámoslo con un ejemplo:

<i>Beneficio obtenido por la sociedad</i>	100 (parte general)	100 (parte especial)
<i>IS sociedad patrimonial</i>	(40)	(15)
<i>Ganancia en la transmisión</i>	60	85
<i>IRPF vendedor</i> ⁵⁷	-	-
<i>Dividendo recibido por comprador</i>	60	85
<i>Provisión por depreciación</i>	(60)	(85)
<i>Cuota íntegra IS comprador</i>	-	-
<i>Deducción por doble imposición</i>	-	-
Efecto impositivo total	(40)	(15)

b) Cuando el transmitente es una sociedad, el socio adquirente tendrá un crédito fiscal que podrá compensar parcialmente la doble imposición que se produce en el transmitente al vender la sociedad. Se produce, en estos casos, un exceso de imposición.

<i>Beneficio obtenido por la sociedad</i>	100 (parte general)	100 (parte especial)
<i>IS sociedad patrimonial</i>	(40)	(15)
<i>Ganancia en la transmisión</i>	60	85
<i>IS vendedor</i> ⁵⁸	(21)	(29,75)
<i>Dividendo recibido por comprador</i>	60	85
<i>Provisión por depreciación</i>	(60)	(85)
<i>Cuota íntegra IS comprador</i>	-	-
<i>Deducción por doble imposición</i> ⁵⁹	10,50	14,88
Efecto impositivo total	(50,50)	(29,87)

c) No obstante, cuando el transmitente es una sociedad que se ha aplicado la deducción por reinversión, puede producirse desimposición:

⁵⁷ El vendedor no tributa *ex* artículo 62.2.a) del TRLIS.

⁵⁸ 35 por 100 del beneficio obtenido, sin que sea posible aplicar la deducción por doble imposición del artículo 30.5 del TRLIS.

⁵⁹ Igual al 50 por 100 de la cuota correspondiente a los dividendos (35% del dividendo), según el artículo 30.4.e) en relación con el 62.1.b) del TRLIS.

<i>Beneficio obtenido por la sociedad</i>	100 (parte general)	100 (parte especial)
<i>IS sociedad patrimonial</i>	(40)	(15)
<i>Ganancia en la transmisión</i>	60	85
<i>IS vendedor (con reinversión)</i> ⁶⁰	(9)	(12,75)
<i>Dividendo recibido por comprador</i>	60	85
<i>Provisión por depreciación</i>	(60)	(85)
<i>Cuota íntegra IS comprador</i>	–	–
<i>Deducción por doble imposición</i> ⁶¹	10,88	15,30
Efecto impositivo total	(38,12)	(12,45)

2. EL CASO DE LA TRANSMISIÓN DE RESERVAS IMPLÍCITAS

Si el precio pagado por el inversor persona jurídica excede del valor teórico contable de la participación se habrá producido, con carácter general, una primera imposición en sede del transmitente de la participación, tanto si éste era persona jurídica, como si era persona física ⁶².

En este caso, la distribución del dividendo al socio adquirente dará lugar a la depreciación fiscal de ésta (sin limitación) y podrá aplicarse la deducción por doble imposición en los términos establecidos en el artículo 30.4.e) del TRLIS según el cual:

- (i) Si el transmitente fue persona jurídica, la deducción será del 50 por 100 de la cuota íntegra correspondiente a los dividendos o del 18 por 100 del importe del dividendo, cuando el transmitente aplicó la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.
- (ii) Si el transmitente fue una persona física, la deducción no podrá exceder del importe resultante de aplicar al dividendo el 15 por 100 (tipo de gravamen de la parte especial de la base imponible).

La situación es la misma que en el caso anterior cuando se trata de un transmitente persona jurídica (puede producirse un exceso o defecto de imposición, según el transmitente haya aplicado la deducción por reinversión o no).

⁶⁰ Con reinversión total del precio obtenido, el transmitente tiene derecho a la deducción en cuota del 20 por 100 de la ganancia obtenida.

⁶¹ La deducción por doble imposición es, en este caso, igual al 18 por 100 del dividendo.

⁶² Sólo en el caso de que las acciones del transmitente persona física hubieran sido adquiridas antes del 31 de diciembre de 1994 podría la ganancia haber quedado exenta de tributación por aplicación de los coeficientes de abatimiento de la disposición transitoria novena del TRLIRPF.

En el caso de transmitente persona física, la aplicación conjunta de la deducibilidad de la provisión y la deducción por doble imposición permite corregir, totalmente, la doble imposición sobre el beneficio obtenido por la sociedad.

Veamos este último caso:

<i>Beneficio obtenido por la sociedad</i>	100 (parte general)	100 (parte especial)
<i>IS sociedad patrimonial</i>	(40)	(15)
<i>Ganancia en la transmisión</i>	60	85
<i>IRPF vendedor</i>	9	12,75
<i>Dividendo recibido por comprador</i>	60	85
<i>Provisión por depreciación</i>	(60)	(85)
<i>Cuota íntegra IS comprador</i>	-	-
<i>Deducción por doble imposición</i>	(9)	(12,75)
Efecto impositivo total	(40)	(15)

Como conclusión, si la renta a obtener por la sociedad patrimonial son ganancias patrimoniales a largo plazo y el importe de la ganancia estaba incluido en el precio de adquisición de la participación, la distribución del dividendo dará lugar a una depreciación fiscal de la participación, deducible, sin ninguna limitación, para el socio persona jurídica, con lo que la tributación inicial socio-sociedad patrimonial puede llegar a quedar reducida al 15 por 100. Si la plusvalía quedó sujeta a imposición también en sede del transmitente, el socio adquirente puede tener, además, una deducción en cuota adicional que corrija parcialmente, total o parcialmente, la doble imposición soportada por el transmitente, generando en ocasiones (cuando el transmitente/persona jurídica se ha acogido a la deducción por reinversión) desimposición.

Por el contrario, la utilización de sociedades patrimoniales para la obtención de rendimientos y ganancias patrimoniales generadas en menos de un año resulta claramente desaconsejable, puesto que las rentas obtenidas soportarán una tributación mínima inicial del 40 por 100, superior a la que se habría producido si la inversión se hubiera realizado directamente por los socios.

5.3. Tratamiento de la inversión de contribuyentes del IRnR en sociedades patrimoniales.

Respecto a la inversión de no residentes en sociedades patrimoniales los principios que han inspirado el régimen han sido los de mantener la tributación aplicable a dividendos y plusvalías derivados de su participación en sociedades españolas.

5.3.1. Distribución de dividendos.

De acuerdo con el artículo 62.1.c) del TRLIS, los dividendos distribuidos por sociedades patrimoniales a contribuyentes del IRnR quedarán sujetos a tributación en los términos que le correspondan de acuerdo con lo establecido en texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes («TRLIRnR») aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. Como regla general, por tanto, la base imponible del dividendo estará constituida por su importe íntegro ⁶³, siendo el tipo de gravamen aplicable el 15 por 100 ⁶⁴.

No obstante, la tributación del dividendo distribuido por la sociedad patrimonial a socios no residentes deberá ser objeto de un análisis particular en cada caso concreto puesto que el régimen de tributación puede ser más favorable que el apuntado para residentes en país con Convenio o en un Estado miembro de la Unión Europea. Así, si el socio es una sociedad residente en un Estado miembro de la Unión Europea con una participación igual o superior al 25 por 100, podría tener derecho a la exención establecida en el artículo 14.1.h) del TRLIRnR, mientras que si es residente de un Estado con el que España haya firmado un Convenio para evitar la doble imposición, puede beneficiarse de la aplicación del tipo inferior al 15 por 100 establecido, en su caso, en el texto del Convenio.

Al igual que ocurría bajo el régimen de transparencia, la eliminación de la doble imposición económica sobre el beneficio obtenido por la sociedad patrimonial corresponderá al Estado de residencia del socio no residente. No obstante, aun cuando el socio no residente pueda eliminar completamente la doble imposición sobre el dividendo distribuido por la sociedad patrimonial, el tipo impositivo que grava las rentas regulares obtenidas por la sociedad patrimonial (40%), nos hace pensar que la canalización a través de sociedades patrimoniales de las inversiones realizadas por contribuyentes del IRnR resulta más perjudicial que la inversión directa o a través de sociedades en régimen general.

Por el contrario, si las rentas obtenidas en España son ganancias patrimoniales a largo plazo (con un período de generación superior al año), el tipo impositivo aplicable (15%) puede comportar una carga tributaria total menor al 35 por 100 que, con carácter general, hubiera sido aplicable en la inversión directa [según el art. 25.1 f) del TRLIRnR] o a través de una sociedad en régimen general.

5.3.2. Ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de la participación.

En principio, y salvo que las disposiciones de un Convenio para evitar la doble imposición firmado por España que resulte aplicable establezcan otra cosa, las ganancias patrimoniales obtenidas por no residentes en la transmisión de la sociedad patrimonial quedan sujetas a imposición en España a un tipo del 35 por 100 ⁶⁵. Están exentas, no obstante, las rentas procedentes de la transmisión de la participación en una sociedad patrimonial por un residente en un Estado miembro de la

⁶³ Artículo 24.1 del TRLIRnR.

⁶⁴ Artículo 25.1.g) del TRLIRnR.

⁶⁵ Artículo 25.1.f) del TRLIRnR.

Unión Europea cuando: (i) el activo de la sociedad patrimonial no consista principalmente, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en territorio español, y (ii) el transmitente no ha participado, directa o indirectamente, en algún momento durante los doce meses anteriores a la transmisión en al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad ⁶⁶.

Sin perjuicio de que la renta esté sujeta y no exenta del IRnR, debe tenerse en cuenta que para la cuantificación de las rentas obtenidas en la transmisión de sociedades patrimoniales por parte de contribuyentes del IRnR, el artículo 62.2.c) del TRLIS se remite a lo establecido en el TRLIRnR. Éste, en su artículo 24.4, se remite a las normas del IRPF estableciendo que *«la base imponible correspondiente a las ganancias patrimoniales se determinará aplicando, a cada alteración patrimonial que se produzca, las normas previstas en la Sección 4.ª, del Capítulo I del Título II, salvo el artículo 31.2, y en el Título VIII, salvo el artículo 95.1.a) segundo párrafo, del 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»*.

No se excluye, al igual que no se hacía con el régimen de transparencia, el párrafo c) del artículo 35.1 del TRLIRPF que regula el cómputo de la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de participaciones en el capital de sociedades patrimoniales, y que establece el incremento del valor de adquisición en el coste de titularidad, según hemos visto anteriormente para socios contribuyentes del IRPF.

En el régimen de transparencia la exclusión no era necesaria puesto que el coste de titularidad se definía como *«el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, hubiesen sido imputados a los contribuyentes como rendimientos de sus acciones o participaciones en el período de tiempo comprendido entre su adquisición y enajenación»* y, como hemos tenido ocasión de apuntar, no existía imputación de bases imponibles positivas para socios no residentes.

En el nuevo régimen, la falta de exclusión expresa de esta norma de la LIRPF en el cómputo de las ganancias patrimoniales obtenidas por contribuyentes del IRnR significa que en la transmisión de participaciones en el capital de sociedades patrimoniales por socios no residentes se va a corregir, vía aumento del valor de adquisición en el coste de titularidad, la doble imposición española sobre el beneficio obtenido y no distribuido por la sociedad.

6. ALGUNOS COMENTARIOS FINALES

Es evidente que la sociedad patrimonial no es un instrumento técnico eficaz en la salvaguarda de la progresividad ya que, si bien desincentiva la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF en algunos aspectos, permite que la interposición de dichas sociedades resulte ventajosa en otras ocasiones. Además la importación de las normas del IRPF ofrece oportunidades a sujetos pasivos del IS o del IRnR para reducir la carga fiscal sobre sus rentas, sobre todo si éstas consisten en ganancias patrimoniales a largo plazo.

⁶⁶ Artículo 14.1.c) del TRLIRnR.

De ahí que la doctrina haya denunciado, de forma unánime, las vías de planificación fiscal que abren las lagunas y deficiencias técnicas del régimen y el retroceso que ello puede suponer respecto del principio de progresividad de nuestro sistema tributario.

Este retroceso no es el único que ha experimentado nuestro sistema tributario en los últimos años. En este sentido, si el modelo de tributación instaurado en 1978 era un modelo de renta extensiva de carácter progresivo en el que la progresividad de la tarifa constituía un elemento clave del tributo, con la evolución de este modelo a lo largo del tiempo, la progresividad de la tarifa ha ido, poco a poco, dejando de ser una pieza clave del sistema, al menos para determinados tipos de renta. Como hitos de esta evolución podemos señalar, entre otros, el establecimiento de un tipo proporcional de gravamen para las ganancias a largo plazo⁶⁷, la introducción de los coeficientes reductores para los rendimientos irregulares⁶⁸ o la linealización de la tarifa en las últimas reformas del IRPF. Incluso, desde hace ya algunos años, algunas voces han puesto de manifiesto las ventajas, en un marco de libre circulación de capitales y globalidad de los mercados, de una tributación separada de las rentas de capital a tipo proporcional, a imagen del modelo dual que se sigue en otros países donde se diferencia la imposición de los rendimientos del trabajo y empresariales, respecto de las rentas del capital y ganancias⁶⁹. Por último, no puede dejar de mencionarse el hecho de que el programa del partido en el Gobierno incluye el establecimiento de un tipo único para todo tipo de rentas (con un mínimo exento alto para satisfacer los requerimientos del principio de progresividad).

A nuestro modo de ver, tal y como está concebido el régimen de la sociedad patrimonial supondría, en sus efectos prácticos, un paso más hacia una imposición separada de las rentas de capital: los contribuyentes del IRPF pueden elegir si quieren que sus rentas pasivas de capital mobiliario o inmobiliario se incluyan en su base imponible general tributando a la tarifa progresiva o si, por el contrario, desean que queden sujetas a una tarifa plana cinco puntos inferior al tipo marginal máximo del IRPF. En este último caso, basta con aportar el patrimonio mobiliario e inmobiliario generador de rentas pasivas a una sociedad (que tributará como patrimonial) para conseguir dicho objetivo.

En principio, pese a su aparente transgresión de los principios de progresividad e igualdad tributaria, la opción por una tributación separada de las rentas del capital no es del todo reprochable: en un marco de libre circulación de capitales y globalidad de los mercados una tributación separada de las rentas de capital a tipo proporcional, es el único modo de hacer efectivo el principio de practicabilidad⁷⁰. Además, la progresividad debe predicarse de todo el sistema tributario en su conjunto

⁶⁷ Véase Eduardo SANZ GADEA: «Tributación sobre las ganancias de capital y modelos de imposición sobre las rentas de capital» en la obra colectiva *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

⁶⁸ Marta VILLAR EZCURRA *et al.*: «Las rentas irregulares en el nuevo IRPF», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 202 del 1 de enero de 2000.

⁶⁹ E. SANZ GADEA, *op. cit.* 2, pág. 385.

⁷⁰ E. SANZ GADEA: «Tributación sobre las ganancias de capital y modelos de imposición sobre las rentas de capital» en la obra colectiva *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 370.

(como ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones⁷¹), pudiendo corregirse la regresividad que supone la tributación separada de las rentas de capital mediante la imposición patrimonial sobre el capital del que proceden dichas rentas⁷².

¿Cuál es entonces el reproche que cabe hacer al régimen de la sociedad patrimonial?

En primer lugar, que al posibilitar una tributación separada de las rentas de capital sólo cuando dicho capital se ubica en una sociedad, impide a la imposición patrimonial desempeñar su papel corrector de la regresividad (sobre todo por los efectos de la norma del límite conjunto IP-IRPF a que hemos hecho referencia en el apartado 4.3.2 anterior), y permite a los contribuyentes del IRPF reducir la progresividad sobre las rentas que no se pueden ubicar en la sociedad (fundamentalmente las del trabajo).

En segundo lugar, que al configurarse como una imposición liberatoria y, por tanto, sustituir la imposición que corresponde al socio persona física por la imposición de la sociedad (patrimonial) de la que es socio, permite al contribuyente del IRPF acceder a ventajas que sólo están pensadas para sujetos pasivos del IS (por ejemplo, la eliminación de la doble imposición económica sobre dividendos extranjeros), puesto que la sociedad (patrimonial) se beneficia de las disposiciones que hacen referencia a sociedades españolas o a sujetos pasivos del IS.

En tercer lugar, que al articular de forma técnicamente deficiente el impuesto correspondiente a la sociedad con el correspondiente a los socios sujetos pasivos del IS o del IRnR, introduce serias distorsiones en el principio de neutralidad, posibilitando a sujetos pasivos del IS o del IRnR acceder, en determinados casos, a un tratamiento fiscal mejor que el que hubieran recibido de no mediar la sociedad.

En este contexto, nos preguntamos si, con el régimen tributario existente en la actualidad, no sería más conveniente una reforma decidida para el establecimiento de una tributación separada de las rentas de capital en sede de la persona física, eliminando el régimen de la sociedad patrimonial y evitando, por tanto, que se utilice el régimen para minorar la progresividad de las rentas del trabajo o la tributación por el IP del capital mobiliario o inmobiliario, así como que contribuyentes de otros impuestos (IS, IRnR) accedan a la tributación de las ganancias de patrimonio al tipo reducido del 15 por 100.

Para ello, no obstante, convendría que:

- Las rentas del capital pasivo estuvieran sometidas a un gravamen similar al de las rentas del capital empresarial, haciendo que el tipo de gravamen aplicable a las rentas de capital en el IRPF se acercara, hasta coincidir, con el tipo de gravamen del IS y eliminando la doble imposición económica sobre el beneficio obtenido por todas las sociedades, tanto si se distribuye, como si no.

⁷¹ STC 27/1981.

⁷² SANZ GADEA, E: «Tributación sobre las ganancias (...)», *op. cit.*, pág. 385.

- Se arbitrarán sistemas para garantizar una imposición patrimonial sobre el capital del que proceden las rentas para permitir al sistema tributario en su conjunto satisfacer los requerimientos del principio de progresividad.

Para terminar, en el caso de que el régimen tributario español adoptara un tipo único de gravamen (coincidente con el del IS) para todo tipo de rentas obtenidas por contribuyentes del IRPF cabría plantearse la necesidad o no de mantener un régimen que tiene por finalidad la de desincentivar la interposición de sociedades para proteger la progresividad en el IRPF. En nuestra opinión, aunque la equiparación del tipo de gravamen del IS y del IRPF supone, en sí misma, un desincentivo a la interposición de sociedades por contribuyentes del IRPF, dicha interposición puede seguir existiendo, bien para acceder a unos mayores gastos deducibles, bien para reducir la progresividad en el IRPF por aplicación del mínimo exento. De ahí que pensemos que no pueda procederse, sin más, a extender el certificado de defunción del régimen, sino que, por el contrario, deberá profundizarse en las deficiencias técnicas que plantea para que sea un instrumento útil en la consecución de los principios de neutralidad y progresividad.

BIBLIOGRAFÍA

Además de la bibliografía referenciada en las notas a pie de página, la autora ha consultado:

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, José María: «El nuevo régimen fiscal de las sociedades patrimoniales», *Carta Tributaria*, Monografías n.º 7/2003; Ed. CISS PRAXIS, abril 2003.

LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, José Antonio: «Sociedades transparentes. Disolución y liquidación», *Quincena Fiscal Aranzadi* n.º 9/2003, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2003.

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro: «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 100 de octubre a diciembre de 1998, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1998.

SANZ GADEA, Eduardo: «Modificaciones de la Ley 43/1995 establecidas por la Ley 46/2002 (Desaparición de la transparencia fiscal y establecimiento de las sociedades patrimoniales) (II)», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF; número 241; abril 2003.

SORIANO BEL, José Miguel: «Régimen especial de las Sociedades Patrimoniales», *Carta Tributaria*, Monografías n.º 16/2003, Ed. CISS PRAXIS; 2.ª quincena septiembre 2003.

VILLAR EZCURRA, Marta; GOROSPE OVIEDO, Juan Ignacio; PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel; CHICO DE LA CÁMARA, Pablo; y HERRERA MOLINA, Pedro Manuel: «Las rentas irregulares en el nuevo IRPF», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 202 del 1 de enero de 2000.

VIÑUALES, Luis: «De la transparencia fiscal a las sociedades patrimoniales», *Revista de Gestión de Patrimonios* número 8; Grupo Intereconomía, Barcelona, 13 de febrero de 2003.