

**LUIS A. MALVÁREZ PASCUAL**

*Profesor Titular de Derecho Financiero. Universidad de Huelva*

**Extracto:**

**E**L trabajo pretende demostrar las importantes posibilidades de elusión fiscal que han aparecido o se han reforzado con el régimen de sociedades patrimoniales. En definitiva, el régimen no sólo no responde a los objetivos para los cuales ha sido creado sino que, con una adecuada planificación fiscal, puede permitir e incluso propiciar la elusión en diversos impuestos. A efectos del IRPF, la elusión de la progresividad que todo ello conlleva da lugar a una flagrante vulneración de dicho principio, pues es éste el único impuesto progresivo de cierta importancia. A nuestro juicio, se asiste, por este y otros motivos, a un proceso lento y silencioso de abandono de los criterios del artículo 31 de la Constitución, que fueron considerados hace años como el *súmmum* de la justicia tributaria.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
- II. El principio de neutralidad como justificación de la creación, mantenimiento y desaparición del régimen de transparencia fiscal.
- III. Los problemas técnicos derivados de la regulación de la transparencia fiscal y su incidencia en los objetivos del régimen.
- IV. La delimitación del ámbito de aplicación del régimen de sociedades patrimoniales: los requisitos necesarios para su integración en el mismo y las causas de exclusión.
- V. El régimen tributario de las sociedades patrimoniales.
- VI. El régimen tributario de los socios de las sociedades patrimoniales.
- VII. La elusión de la progresividad del IRPF mediante sociedades y la utilización del régimen de sociedades patrimoniales como mecanismo elusivo.
- VIII. Conclusiones: especial incidencia en las consecuencias de la nueva regulación sobre la progresividad del sistema tributario.

## I. INTRODUCCIÓN

La desaparición de un régimen fiscal de honda raigambre en nuestra normativa tributaria reciente, como el régimen de transparencia fiscal, y su sustitución por el régimen de sociedades patrimoniales es un paso que el legislador ha dado en el convencimiento de que con ello se mejoran las técnicas que permiten la corrección del fraude de ley consistente en la interposición de sociedades. No obstante, es preciso que analicemos no sólo las características y problemas aplicativos del nuevo régimen, sino que la experiencia acumulada durante la vigencia de la transparencia fiscal nos debe permitir hacer una valoración que puede trascender el puro dato normativo. Debemos analizar si, a nuestro criterio, las modificaciones normativas expuestas pueden mejorar, desde un punto de vista técnico-jurídico, los resultados a la hora de contrarrestar los efectos del citado mecanismo elusivo.

No es una cuestión de escasa importancia. La interposición de sociedades puede suponer una quiebra de nuestro sistema tributario, tal y como viene concebido desde la Constitución, pues ataca la progresividad del IRPF, y, en definitiva, la del sistema tributario español, pues el único tributo de carácter progresivo que por su importancia cuantitativa y cualitativa pueda incidir en el cumplimiento del mandato constitucional es precisamente el citado impuesto. Por ello, el problema de fondo es mayor del meramente técnico y, posiblemente, aun mayor que el propio problema constitucional del respeto de los principios del artículo 31 de nuestra Constitución que, evidentemente, se plantea de forma directamente proporcional a la extensión del fraude. Posiblemente esté en juego la credibilidad del sistema tributario, pues si no se corrige la elusión fiscal derivada de la gestión de los patrimonios difícilmente se puede mantener la exigencia del pago de los impuestos a quienes obtienen sus rentas con su esfuerzo personal, normalmente por su trabajo dependiente. Además, supondría de hecho la renuncia definitiva a un impuesto sintético y global sobre la renta de las personas físicas, que en las últimas décadas ha sido el modelo de la justicia tributaria y el exponente más destacado del principio de capacidad económica.

Para hacer todas estas valoraciones difícilmente se puede analizar el régimen de sociedades patrimoniales de forma aislada, como si se tratara de un compartimento estanco del sistema tributario. Son muchas las cuestiones que hay que tener en cuenta, relacionadas con múltiples impuestos. Desde el peso en la recaudación que tienen los distintos tributos y su incidencia sobre los principios constitucionales, o la rancia comparación entre la tributación de las rentas derivadas del trabajo y del capital, o las posibilidades de defraudación de los puntos de conexión que determinan la tributación en nuestro país, todo ello en el marco de un mundo globalizado y de la libertad de los movi-

mientos de capitales en el marco de la Unión Europea. Posiblemente, sólo del estudio conjunto de todas estas cuestiones y algunas otras podamos llegar a unas conclusiones más ponderadas. Es en ese marco en el que se cuestiona si el nuevo régimen de sociedades patrimoniales puede cumplir los objetivos para los cuales ha sido creado dentro del conjunto del sistema tributario, evitando políticas de planificación fiscal que determinen una fiscalidad a la medida de cada sujeto pasivo.

Por supuesto que es necesario el análisis jurídico de los preceptos que se dedican al régimen de sociedades patrimoniales para tratar de poner de manifiesto los problemas aplicativos que va a generar, y en definitiva, para que podamos realizar una valoración técnica del nuevo régimen. No obstante, para que realmente nuestro estudio tenga algún sentido no puede quedar ahí, sino que se han de analizar las vías de elusión que las deficiencias en el mismo permiten o incluso aquellas nuevas perspectivas de fraude nunca imaginadas antes de la aparición de este nuevo régimen, si existen. A estos efectos, si las posibilidades de planificación fiscal que permite el régimen son elevadas, en el marco de los distintos impuestos implicados en la gestión de un patrimonio, la conclusión no puede ser otra que el rechazo de la modificación normativa incorporada por la Ley 46/2002. Mayor debe ser aún el rechazo si, llegando a la conclusión de que no cumple adecuadamente los fines que han inspirado su creación, tenemos en cuenta la complejidad derivada de la eliminación del régimen de transparencia fiscal y la tributación en el nuevo régimen de sociedades patrimoniales, dadas las múltiples diferencias entre la normativa contable y las normas del IRPF, lo que va a complicar de forma importante la gestión del impuesto por parte de estas entidades. Si tales son las conclusiones, no podríamos hacer otra cosa que pedir la expedición del *certificado de defunción* del régimen, incluso antes de que haya llegado a aplicarse. En caso contrario, es decir, si consideramos que el régimen cierra buena parte de las vías de fraude que el antiguo régimen de transparencia fiscal no logró eliminar, trataremos de poner de manifiesto los señalados problemas aplicativos, con el ánimo de que se pueda ir mejorando el régimen en futuras reformas.

## II. EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD COMO JUSTIFICACIÓN DE LA CREACIÓN, MANTENIMIENTO Y DESAPARICIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL

Es un dato cuando menos curioso y, posiblemente, significativo, que el legislador haya utilizado el mismo argumento para la creación y mantenimiento del régimen de transparencia fiscal durante un cuarto de siglo y para su desaparición y sustitución por el régimen de sociedades patrimoniales. El principio de neutralidad es, en este sentido, el argumento utilizado para lo uno y para lo otro.

Las conocidas dificultades administrativas para la declaración del fraude de Ley propicia que el legislador trate de adelantarse a la comisión del fraude mediante diversas técnicas normativas que pretenden contrarrestar los diferentes mecanismos de elusión fiscal, como la de los *hechos impositivos complementarios o subrogatorios* y las presunciones o ficciones. Dentro de las técnicas de carácter presuntivo destinadas a evitar el fraude de ley, la transparencia fiscal ha ocupado un lugar preeminente, pues el legislador no ha establecido una simple *norma antievasión*, sino que ha regulado un régimen completo de tributación para las entidades que cumplan ciertos requisitos. En efecto, la

solución clásica que nuestro Derecho tributario ha aportado a la problemática de las sociedades interpuestas ha sido la aplicación del principio de transparencia, lo cual supone considerar como distribuido la totalidad del beneficio de determinadas sociedades o entidades jurídicas <sup>1</sup>, en la medida en que se presume que, en determinadas circunstancias, la creación de una sociedad constituye un abuso del propio instituto <sup>2</sup>. Es lo que se ha denominado, salvando las distancias oportunas, *el levantamiento del velo* de la personalidad jurídica, que consiste en delimitar el hecho imponible del impuesto de forma que la carga tributaria sea la misma que si la sociedad no existiese, como si la renta se hubiese obtenido directamente por el socio.

El régimen de transparencia fiscal se reguló por vez primera en las leyes nacidas de la reforma de 1978 <sup>3</sup>. El régimen pretendía, en su estado originario, conseguir la neutralidad de las formas jurídicas frente al Impuesto, para lo cual se introdujeron dos mecanismos, cada uno de ellos orientado a una finalidad distinta. Por un lado, la transparencia voluntaria, a través de la cual se pretendía, fundamentalmente, corregir el problema de la doble imposición de beneficios de las pequeñas y medianas entidades, con el objetivo final de evitar que se dejaran de constituir sociedades para no incurrir en dicho problema de *sobreimposición*. No obstante, la Ley 48/1985 eliminó la transparencia fiscal voluntaria, lo cual significó la renuncia al propósito de eliminar la doble imposición a través de esta técnica. Por otro lado, la transparencia necesaria, a través de la cual se trataba de salir al paso a una generalizada modalidad de fraude de ley, consistente en la creación de sociedades interpuestas con el fin de eludir la progresividad de la tarifa del IRPF y acogerse a la proporcionalidad del IS, lo cual podía suponer un importante ahorro a partir de que el tipo medio del IRPF fuese superior al tipo del IS <sup>4</sup>. Por tanto, para personas que obtuvieran rentas de cierta importancia resultaba preferible la atribución de su patrimonio a una sociedad creada para tal efecto, que sería la que tributaría en el IS por las rentas derivadas del mismo, acogiéndose, además, en la determinación de los gastos deducibles a las normas más ventajosas del IS. Para conseguir la elusión del impuesto era preciso que la entidad retuviese la mayor parte posible de los beneficios obtenidos, de manera que las rentas no se pudieran considerar atribuidas a los socios, pues de lo contrario tributarían en el IRPF.

La reforma tributaria llevada a cabo por la Ley 46/2002 ha suprimido el régimen de transparencia fiscal interna para las entidades a las que resultaba de aplicación, es decir, las sociedades de cartera, las de mera tenencia de bienes, las de profesionales, y las de artistas y deportistas. El principio de transparencia sigue en vigor, sin embargo, para las Uniones temporales de Empresas y Agrupaciones de interés económico o agrupaciones europeas de interés económico, así como en los supuestos en los que resulta de aplicación el régimen de transparencia fiscal internacional.

La Exposición de Motivos de la Ley de reforma citada anteriormente determina que la desaparición del régimen se justifica por razones de neutralidad <sup>5</sup>. Por tanto, son las mismas razones que las alegadas por quienes crearon el régimen en 1978, al menos en cuanto a las sociedades de cartera y de mera tenencia de bienes.

Posiblemente, en un aspecto el nuevo régimen sí responde a la idea de neutralidad. El régimen de sociedades patrimoniales pretende evitar una ventaja que existía en el marco del antiguo régimen de sociedades transparentes, pues aunque fuera finalmente el socio quien tributara en su impues-

to personal, la determinación de la renta que éste se imputaba se realizaba de acuerdo con la normativa del IS, mucho más favorable en numerosos aspectos que la del IRPF. Por tanto, aunque la transparencia fiscal determinaba la tributación en el IRPF de los socios personas físicas de las sociedades meramente estáticas, cuyo objeto consistía en la gestión de un patrimonio, las imputaciones de bases imponibles eran normalmente menores que la renta que se hubiere determinado si la misma la hubiera obtenido directamente la persona física. Con el régimen de sociedades patrimoniales se pretende poner fin a dicha situación, estableciendo un régimen que desincentive el uso de sociedades interpuestas. Esta reforma ya había sido apuntada por el Informe de la Comisión de expertos para la Reforma del IRPF de 1998, en el que se recomendaba la desaparición del régimen de transparencia siempre que el tipo marginal máximo del IRPF se aproximara al tipo general del Impuesto sobre Sociedades <sup>6</sup>.

No obstante, los mismos efectos se podrían haber conseguido con una modificación del régimen de transparencia fiscal, mediante la aplicación para la determinación de la base imponible de la sociedad transparente de ciertas normas del IRPF, con la correspondiente inaplicación de las reglas que aplican las sociedades sometidas al régimen general del IS. Por tanto, el principio de neutralidad no justifica a nuestro juicio la creación del nuevo régimen de sociedades patrimoniales. No era, pues, una medida necesaria pues el mismo objetivo se podría haber conseguido mediante una reforma del régimen de la transparencia fiscal, lo que, además habría evitado numerosas complicaciones que determinan que el nuevo régimen sea enormemente complejo en cuanto a su gestión. Por tanto, se podrá fundamentar en otros motivos de técnica jurídica, pero no en el citado principio que, por su utilización indiscriminada puede quedar vacío de contenido –si realmente dicho principio existe como principio jurídico y tiene alguna eficacia constitucional–.

Por último, también el principio de neutralidad ha servido para justificar la desaparición del régimen de transparencia fiscal para las sociedades de profesionales, artistas y deportistas. Es cierto que para un número importante de sociedades, sobre todo de la primera clase, la sujeción al régimen de transparencia fiscal no tenía el menor sentido. El argumento que sirvió para introducir las en el régimen de transparencia fiscal nunca nos ha parecido convincente. Se adujo que estas actividades sólo pueden ser ejercidas por personas físicas, y que en caso de que se ejerzan por sociedades constituirían una desnaturalización de las cosas. Sin duda, que todas estas actividades suponen el ejercicio de auténticas actividades económicas, pero también hubiera sido necesario que se adoptaran cautelas para evitar que la renta de éstas pudiera dividirse entre personas ajenas al ejercicio de tales actividades, al objeto de eludir la progresividad del impuesto. No obstante, el acercamiento de los tipos de gravámenes entre el IRPF y el IS evita cualquier vía de elusión por este motivo.

### **III. LOS PROBLEMAS TÉCNICOS DERIVADOS DE LA REGULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA FISCAL Y SU INCIDENCIA EN LOS OBJETIVOS DEL RÉGIMEN**

El régimen de transparencia fiscal nació, como hemos señalado, con el objetivo de evitar la elusión del impuesto a través de la interposición de sociedades. No obstante, las deficiencias técni-

cas del propio régimen han permitido a lo largo de los años de su vigencia distintas vías de elusión fiscal, que si bien es cierto que se han ido corrigiendo en las diferentes reformas legislativas han permitido que el propio régimen se haya utilizado como mecanismo de elusión tributaria, por lo que no sólo no cumplía el objetivo para el cual fue concebido, sino que el mismo abría nuevas posibilidades de fraude, con lo cual el régimen se volvía contra sus creadores <sup>7</sup>. Esta situación resulta muy peligrosa para la recaudación, pues el régimen de transparencia podía estar tan extendido como se quisiera. Por ello, a partir del año 1978, las numerosas reformas legislativas que se han producido en el régimen han introducido importantes cambios, que han ido eliminando las deficiencias técnicas en su regulación que permitían vías de elusión del impuesto de diversa importancia.

La primera de estas modificaciones se introduce por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de Reforma parcial del IRPF, que eliminó la posibilidad de imputar a los socios las pérdidas obtenidas por la sociedad <sup>8</sup>, con el objetivo de evitar que la base imponible del IRPF se minorara aún más como consecuencia de estas partidas negativas, si bien se estableció la posibilidad de compensar dichas bases negativas en los mismos términos que el resto de sujetos pasivos del Impuesto <sup>9</sup>.

La Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, varios años más tarde, pretendió salir al paso de una maniobra elusiva bastante extendida, consistente en el encadenamiento de sociedades transparentes con el objeto de diferir indefinidamente la tributación. A estos efectos, se estableció que una sociedad transparente que a su vez fuese socio de otra entidad incluida en el citado régimen tributaría en el IS a un tipo igual al marginal máximo del IRPF, con objeto de evitar estructuras de planificación fiscal tendentes a anular la tributación personal de rendimientos profesionales o de capital <sup>10</sup>. Aunque mediante las modificaciones introducidas a través de la Ley 18/1991 se evitó la existencia de cadenas de sociedades transparentes, no se impidió que se edificaran estructuras de planificación fiscal de otro tipo, con los mismos resultados de disminución de la carga tributaria global, y que incluso podía llegar a anular la tributación de estas sociedades <sup>11</sup>.

Posteriormente, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del IS, trató de dejar sin sentido los mecanismos de elusión impositiva descritos. Para ello, se estableció la obligación de la sociedad transparente de tributar en el IS por todas las rentas obtenidas al igual que cualquier otro sujeto pasivo del IS, debiendo ingresar el importe correspondiente, mientras que los socios podrían deducirse de su cuota el impuesto pagado por la sociedad. De esta forma, la cuota ingresada por la sociedad transparente se configura como un pago a cuenta del Impuesto personal de los socios, quienes, en la proporción que resulte de su participación, podrán deducir de la cuota del IRPF o del IS, según sea persona física o jurídica, el pago hecho por la sociedad transparente. Este sistema permitió, además, un mayor control sobre las rentas obtenidas por las sociedades, así como una mejor adecuación a los principios que justificaban el IS, como antecedente del IRPF. Por último, supuso la eliminación del sistema introducido en la Ley 18/1991 para resolver el problema del encadenamiento de sociedades transparentes, mecanismo que era dudosamente compatible con los principios constitucionales, pues tenía un carácter claramente sancionador, aunque no se aplicaban las garantías propias de dicho procedimiento.

El régimen introducido por la Ley 43/1995 permitía que en los casos de encadenamiento de sociedades transparentes se aplicaran las mismas reglas que se utilizaban con carácter general para

cualquier otra sociedad transparente sin que se estableciera ninguna especialidad <sup>12</sup>, salvo la limitación en los criterios de imputación temporal <sup>13</sup>. No obstante, la Ley introdujo un período transitorio, para permitir a las empresas adaptarse a los importantes cambios introducidos por la Ley 43/1995 <sup>14</sup>, durante el cual tampoco existiría la obligación de efectuar pagos fraccionados en relación con la base imponible objeto de imputación a los socios residentes, que debía tributar a los tipos reducidos establecidos durante dicho período <sup>15</sup>.

Finalmente, la Ley 40/1998 señaló en relación con las sociedades de profesionales, artistas o deportistas un límite a la deducción por parte de los socios personas físicas de las cuotas del IS satisfechas por la sociedad transparente en el artículo 65 c), con el objetivo de evitar que por la incorporación a la sociedad interpuesta de personas ajenas al ejercicio de las actividades señaladas se pudiera reducir la progresividad del impuesto, pues al repartir la renta entre diversas personas, la mayoría de las cuales estaban ajenas al ejercicio de toda actividad, se podía disminuir peligrosamente –para la equidad del sistema, se entiende– el tipo medio que soportaba la renta imputada en el IRPF. Este precepto ha sido objeto de una nueva redacción por la Ley 46/2002, para adaptarlo a la desaparición del régimen de transparencia fiscal.

No obstante, la corrección de todas estas deficiencias técnicas no ha impedido que de la interposición de sociedades se deduzcan determinadas ventajas, pues al aplicar las normas del IS en la determinación y cuantificación de la base imponible, aun cuando la renta se impute a los socios, dicha renta será menor que la que hubiere correspondido de no haber existido la interposición de la sociedad, es decir, si la hubiera obtenido directamente el socio, pues dicha imputación estará infravalorada. Si a través del régimen de transparencia fiscal se querían eliminar todas las ventajas fiscales que se derivaban de la creación de la sociedad interpuesta, dicho efecto no se podía conseguir exclusivamente con la imputación de la renta a los socios de la entidad.

La principal ventaja se refería a las reglas sobre gastos deducibles en el IS, en el que se admiten todos los gastos correlacionados con los ingresos, lo que difiere enormemente de lo que sucede en el IRPF, donde existe una importante limitación en materia de gastos deducibles, que afecta a la mayor parte de las categorías de renta. Así, por ejemplo, si una persona física realiza directamente sus inversiones no puede considerar como gasto deducible los intereses satisfechos en la adquisición de títulos a préstamo, pues tales partidas no tienen la consideración de gasto deducible para la determinación de los rendimientos netos de capital mobiliario en el IRPF. Sin embargo, si en el marco del régimen de transparencia fiscal, realizaba sus inversiones a través de una sociedad de valores, todos los intereses satisfechos como consecuencia de préstamos relacionados con la adquisición de los valores mobiliarios tenían la consideración de gastos deducibles de los ingresos obtenidos a efectos de determinar la base imponible de la sociedad, que constituía la cantidad que se debía imputar a los socios de la entidad. Una situación similar se producía cuando un inmueble que iba a ser alquilado se adquiría utilizando financiación ajena, pues en el IRPF, a efectos de la determinación de los rendimientos netos de capital inmobiliario, se establece una importante limitación. La normativa que ha estado vigente hasta el 31 de diciembre de 2002 determinaba que sólo eran deducibles dichos intereses hasta el importe de los ingresos íntegros obtenidos. A partir de dicha fecha, la normativa es aún más restrictiva, pues se establece que el citado límite de los rendimientos íntegros se aplicará sobre la totalidad de los gastos producidos, por lo que en ningún caso el rendimiento neto puede



ser negativo. Todas estas limitaciones, sin embargo, no se aplicaban a las sociedades transparentes, por lo que no se tenían en cuenta para la determinación de la renta a imputar. Otra importante ventaja se encuentra en las normas sobre compensación de bases negativas. En el IRPF existen numerosas trabas para la deducción de partidas negativas y, en todo caso, se deberá realizar dicha compensación en el plazo máximo de cuatro años. Sin embargo, las sociedades en régimen de transparencia fiscal, al sujetarse en este aspecto a las normas generales existentes en el IS sobre compensación de bases negativas, podían realizar dicha compensación durante el plazo de quince años. En definitiva, podíamos seguir enumerando una larga lista de ventajas derivadas de la aplicación de las normas del IS, pero posiblemente con estos ejemplos sea suficiente para que podamos comprender en parte el sentido de las modificaciones introducidas por la Ley 46/2002.

#### **IV. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDADES PATRIMONIALES: LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA SU INTEGRACIÓN EN EL MISMO Y LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN**

El fundamento del régimen es, como hemos señalado, evitar el fraude de ley consistente en la interposición de sociedades. Se considera que una sociedad que no desarrolle una actividad empresarial, sino que su objeto es la gestión de un patrimonio supone un uso anómalo de la forma social, pues las sociedades se deben constituir para el ejercicio de una actividad empresarial, no para dar cobertura jurídica a una situación meramente estática y, fundamentalmente, cuando la creación de dicha sociedad responde, entre otras, a motivaciones de índole fiscal. En consecuencia, la vulneración de los principios constitucionales en materia tributaria y la infracción del deber de solidaridad por parte de quien crea una sociedad al objeto de eludir la progresividad del IRPF, permite la sujeción de estas entidades a un régimen especial del IS y que no se aplique el régimen tributario propio de las sociedades, sino las normas del IRPF.

No obstante, dicho razonamiento no se incorpora a la norma, de tal forma que el régimen de las sociedades patrimoniales se aplica de manera obligatoria para todas las sociedades que tengan las características descritas en la misma. Se presume, pues, que si se dan dichas circunstancias, se trata de una sociedad interpuesta, lo que justifica la aplicación de normas específicas que traten de contrarrestar la elusión del pago de los impuestos a que da lugar tal situación. Por tanto, se trata de un régimen de carácter presuntivo, pues la Ley presume que las sociedades que tengan las características determinadas por ella tienen un carácter interpuesto, con independencia de que tengan realmente dicho carácter o no, de tal modo que la intención de elusión es fundamento del régimen pero no un requisito para su aplicación <sup>16</sup>. Por tanto, ni todas las entidades incluidas en el régimen de sociedades patrimoniales tienen un fin elusivo, ni tampoco los supuestos incluidos dentro del ámbito objetivo del régimen agotan todos los casos de elusión fiscal mediante la interposición de sociedades, aunque sí es cierto que se hace referencia a los supuestos más típicos.

El legislador ha de tener sumo cuidado en la determinación de las características que dan lugar a la sujeción al régimen de sociedades patrimoniales, en cuanto que su concurrencia determina la

aplicación forzosa del mismo para los casos determinados en la norma, exista o no propósito elusivo. Por tanto, acreditada la presencia de los elementos que la norma señala, se aplica imperativamente el régimen, dado que se entiende que, en la generalidad de los casos, cuando dichos elementos concurren, nos encontramos ante una sociedad interpuesta con el propósito de eludir el pago de impuestos. En cualquier caso, ya hemos señalado que el razonamiento anterior no se incorpora a la norma, por lo que no es requisito para su aplicación. No obstante, consideramos que el régimen admite prueba en contrario, por los motivos que posteriormente señalaremos.

La definición del ámbito de aplicación del régimen de sociedades patrimoniales se ha realizado atendiendo a las mismas circunstancias que se utilizaban en la legislación anterior para definir la extensión del régimen de transparencia fiscal, salvo lo dispuesto en relación con las sociedades de profesionales, artistas y deportistas, que se han excluido del régimen de sociedades patrimoniales, pasando a tributar por el régimen general del IS. En definitiva, con respecto a dichas sociedades el legislador ha considerado que no tienen carácter interpuesto pues tales actividades constituyen verdaderas actividades económicas.

Para que se puedan presumir fines fraudulentos es preciso que concurren determinadas circunstancias, relacionadas con:

- a) La composición del activo de la sociedad.
- b) La concentración del capital social o su pertenencia a un grupo familiar.

Además, para que la entidad se incluya en el régimen de sociedades patrimoniales el artículo 75.1, último párrafo, de la LIS establece que las circunstancias relativas a la composición del activo y del accionariado de la entidad que determina la incorporación al régimen de sociedades patrimoniales deberán concurrir durante más de noventa días del ejercicio social, sin que se especifique si a estos efectos se trata de un período continuado o si se deben sumar todos los períodos en que, durante el ejercicio, hayan concurrido todos los requisitos para su tributación en virtud del régimen especial, y que nos parece la solución más acertada.

## **1. La composición del activo de la sociedad.**

Las sociedades interpuestas se caracterizan por su objeto social, teniendo tal consideración aquellas entidades que no realizan ninguna actividad productiva, sino que se limitan a gestionar un patrimonio. Como ya hemos indicado, en estos casos resulta adecuado un tratamiento fiscal específico como medio para luchar contra el fraude fiscal y el abuso del derecho, pues una sociedad de este tipo supone un uso anómalo de la forma social, pues las sociedades se deben constituir para el ejercicio de una actividad económica, no para dar cobertura jurídica a una situación meramente estática.

Ahora bien, para la determinación del carácter interpuesto de tales sociedades el legislador ha recurrido para la determinación de estas circunstancias, desde el origen del anterior régimen de transparencia fiscal, a la composición del activo de la sociedad, que constituye así el elemento objetivo del régimen, y un indicio muy significativo del probable carácter interpuesto de la sociedad. Así, el ámbito de aplicación del régimen de sociedades patrimoniales alcanza a aquellas sociedades en las 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.

No obstante, la composición del activo no es definitivamente determinante del carácter interpuesto de la sociedad, lo que significa que en virtud de ese criterio pueden incluirse en el régimen a sociedades que desarrollan auténticas actividades económicas. Para evitar esta situación, la Ley permite la posibilidad de evitar la pertenencia al régimen de entidades cuyo activo tenga la citada composición. Así, con carácter general, la norma permite que se pueda probar que la entidad realiza una actividad económica, y que, en consecuencia, los elementos patrimoniales que permiten el desarrollo de la misma tienen la consideración de elementos afectos, de ahí que anteriormente dijéramos que el régimen admite prueba en contrario. Por otro lado, la norma establece determinadas exclusiones del régimen para evitar que entidades que no tienen dicho carácter interpuesto queden integradas en el mismo.

A efectos del régimen de transparencia fiscal, se distinguía entre las denominadas sociedades de cartera, que se definían como aquellas en las que más de la mitad de su activo estaba constituido por valores, y las sociedades de mera tenencia de bienes, que eran aquellas en que más de la mitad de su activo no estaba afecto a actividades económicas. En la normativa introducida por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, aunque se mantienen los mismos criterios no se establece tal separación entre ambos tipos de entidades. Por tanto, la comparación ha de hacerse entre el activo total, por una parte, y los elementos no afectos y los valores que tengan tal consideración a efectos del régimen, por la otra.

### *1.1. La determinación del concepto de elemento no afecto a actividades económicas.*

Para delimitar el carácter de elemento no afecto a una actividad económica son dos las cuestiones que se han de analizar: el concepto de actividad económica y el concepto de elemento afecto. A efectos de analizar ambos conceptos la normativa se remite a la LIRPF.

#### A) El concepto de actividad económica.

La definición de actividad económica se encuentra en el artículo 25 de la Ley 40/1998. Dicho precepto determina la existencia de una actividad económica cuando se produzca por parte del contribuyente 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 o servicios, señalando como tales, a título enunciativo, las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas.

Por otra parte, la ordenación de medios materiales y personales a que hace referencia el precepto es necesaria que se lleve a cabo directamente por la entidad propietaria de los bienes, por lo que la DGT ha considerado que la escisión de la actividad de arrendamiento de inmuebles de una sociedad sin aportar los medios personales y materiales para su explotación, que continúan en la preexistente, supone que los inmuebles no están afectos a una actividad empresarial <sup>17</sup>, por lo que en la medida en que concurra el resto de requisitos la nueva sociedad estará incluida en el régimen de sociedades patrimoniales.

No obstante, a efectos de la delimitación del ámbito de aplicación del régimen de sociedades patrimoniales, fundamentalmente en relación con las entidades cuyo patrimonio está compuesto por bienes inmuebles, resulta especialmente importante el apartado segundo del citado artículo 25, que delimita en qué supuestos el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad económica. En concreto dicho precepto señala que «se entenderá que el arrendamiento o compraventa de 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».

Si la sociedad cumple estos dos requisitos de forma simultánea, se entenderá que los inmuebles que constituyen su patrimonio están afectos a una actividad económica –arrendamiento de inmuebles– y, en consecuencia, no será calificada, a efectos fiscales, como sociedad patrimonial. Lo contrario sucederá si no cumple alguno de estos requisitos, en cuyo caso podrá ser calificada como sociedad patrimonial, siempre que además cumpla el resto de requisitos que se establece para ello.

Por tanto, la interpretación de tales requisitos resulta imprescindible para delimitar los confines del régimen de sociedades patrimoniales. La DGT ha señalado que para la exclusión de los bienes afectos a la actividad de arrendamiento y venta de inmuebles, el requisito de que exista un local destinado a la gestión de la actividad se entiende cumplido aunque sólo se utilice una parte del local, por estar compartido con terceros, siempre que dicha parte sea identificable y resulte susceptible de un aprovechamiento separado e independiente del resto del local, de tal forma que cuando el local sea compartido con terceras personas será necesario valorar en qué medida los pactos existentes permiten ese uso exclusivo de una parte identificable del local <sup>18</sup>. Igualmente, para el cumplimiento del requisito relativo al local será indiferente el título posesorio en virtud del cual se utilice el mismo. En cuanto al empleo de una persona con contrato laboral y jornada completa, resulta indiferente que éste sea accionista, siempre que exista una relación contractual de carácter laboral, cualquiera que fuese su régimen de adscripción a la Seguridad Social <sup>19</sup>.

Ahora bien, los criterios anteriores pueden hacerse extensibles a efectos de determinar la realización de una actividad económica cuando el objeto social de la entidad sea distinto al de la compraventa o arrendamiento de inmuebles. Así, por ejemplo, este criterio se aplica por la DGT en los casos de arrendamiento de negocio, es decir, en los casos en los que el arrendatario no sólo recibe un local comercial, sino una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas, recibiendo, pues, no sólo el inmueble sino

la explotación económica o la industria que en él se desarrolla. Así, en la Consulta de 29 de mayo de 2001 el citado Centro Directivo ha señalado que «aunque esta calificación legal no es directamente aplicable al supuesto de arrendamiento de negocio, la similitud objetiva de ambas actividades de arrendamiento hace posible presumir, con carácter genérico pero sin perjuicio de la valoración singularizada de las circunstancias concurrentes en cada supuesto, que la existencia de la estructura organizativa a que se refiere el artículo 25.2 de la Ley del IRPF determina la realización de una actividad económica»<sup>20</sup>.

Una cuestión que puede ser importante es la determinación del momento a partir de cuándo se considera que existe una actividad económica. Así, una empresa que adquiera un terreno para realizar una promoción inmobiliaria podrá estar en el régimen de sociedades patrimoniales o no según que se considere que la adquisición del citado elemento ha supuesto el inicio de las actividades. La DGT se ha pronunciado sobre un caso similar en los primeros tiempos de la aplicación del régimen de transparencia fiscal, considerando, en la Consulta de 11 de diciembre de 1978, que una sociedad cuyo único activo está constituido por terrenos, aunque su objeto social prevea la realización de varias actividades, tendrá la consideración de sociedad de mera tenencia de bienes hasta que no comience a desarrollarse efectivamente la actividad<sup>21</sup>, lo que tampoco sucede a pesar de que la sociedad haya solicitado al ayuntamiento la licencia de construcción, pues el comienzo de la actividad se producirá cuando comience la obra<sup>22</sup>.

No obstante, a nuestro juicio este criterio sobre el inicio de la actividad económica es excesivamente formalista. Así, hemos de recordar los criterios que ha empleado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a efectos de delimitar dicho concepto a efectos del IVA. En este sentido, el citado Tribunal<sup>23</sup> realiza una interpretación amplia del concepto de *actividades económicas*, que no sólo hace referencia a la actividad comercial, industrial o profesional que constituye el objeto del tráfico mercantil de una empresa, sino que engloba igualmente a las actividades auxiliares o preparatorias de aquéllas. Lo determinante para que se entienda que exista actividad económica es que la voluntad inicial, confirmada por datos objetivos, fuera la de comenzar dicha actividad. De acuerdo con dicho requisito, incluso la adquisición de un inmueble o de un terreno constituye una actividad económica, aun cuando no se inicie la actividad económica de forma efectiva por razones justificadas, salvo en los casos de fraude o evasión fiscal. Por tanto, de acuerdo con estos criterios, cuando la intención de la sociedad sea el inicio de una actividad económica la adquisición de elementos patrimoniales con anterioridad al desarrollo efectivo de la misma podrá considerarse desde el primer momento como actividad económica y, en consecuencia, los elementos patrimoniales tendrán la consideración de elementos afectos a la misma, por lo que la sociedad no deberá incluirse en el régimen de sociedades patrimoniales. Se ha de tener en cuenta, además, que a efectos de IVA las consecuencias de considerar el concepto de actividad económica de este modo pueden ser más trascendentes para la recaudación, pues permite la devolución del impuesto satisfecho en la adquisición de los bienes antes de que se inicie la actividad que constituyen el objeto de la empresa.

Las entidades que han cesado en la actividad y que se encuentran en un proceso de liquidación pueden tener la consideración de sociedad patrimonial en la medida en que sus activos no se encuentran afectos a actividades económicas. Lo mismo sucede con las entidades que han cesado en

su actividad tan sólo de forma transitoria, sin que se haya procedido a liquidar la sociedad. Al igual que en el supuesto anterior, en la medida en que la sociedad inactiva tiene su patrimonio compuesto por bienes no afectos a actividades económicas podrá estar sujeta al régimen de sociedades patrimoniales, siempre que concurren el resto de requisitos. Si la sujeción de estas entidades al régimen de sociedades transparentes podía tener escasas consecuencias, pues la aplicación de las normas del IS a estas entidades no determinaba la aparición de rentas, en la medida en que sus activos se encontraran inactivos, en la actualidad el mantenimiento de este tipo de activos en la entidad sí puede dar lugar a la obtención de rentas de carácter presunto. Así, cuando entre su patrimonio se encuentren bienes inmuebles urbanos no alquilados a terceros la sociedad deberá computar una imputación de rentas inmobiliarias de acuerdo con el artículo 71 de la LIRPF. A nuestro juicio, esta cuestión debería ser objeto de una regulación expresa por la norma a efectos de excluir a este tipo de entidades del concepto de sociedad patrimonial, siempre que la liquidación se produzca en un determinado plazo o que la situación de inactividad no se prolongue en el tiempo, respectivamente.

#### B) El concepto de afectación.

El concepto de afectación a la actividad económica se enuncia en el artículo 27 de la LIRPF, desarrollado por el artículo 21 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero. El artículo 27 citado señala que se considerarán elementos patrimoniales afectos a una actividad económica: a) Los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente; b) Los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad. No se consideran afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad económica; c) Cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos.

Por otra parte, el artículo 27 de la LIRPF establece que en ningún caso tendrán la consideración de elementos afectos los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros. Ello determina que cuando el patrimonio de una entidad esté formado en su mayoría por valores esté en cualquier caso sujeta al régimen de sociedades patrimoniales, salvo que la propia entidad esté excluida por otra vía del régimen, como ocurre en el caso de las sociedades de valores, a las que se excluye expresamente en razón de su objeto.

En este marco, hemos de analizar si los criterios establecidos en el artículo 25.2 de la LIRPF resultan aplicables a las sociedades que tengan como objeto social la gestión y administración de una cartera de valores, pues ya hemos señalado que aunque la norma se refiera a la actividad de arrendamiento y compraventa de inmuebles, se ha extendido su aplicación, incluso por la propia Administración, a otras actividades distintas de las señaladas en el propio precepto, como la de alquiler de negocio, a la que ya nos hemos referido anteriormente. A nuestro juicio, dicha cuestión es a estos efectos intrascendente. En cualquier caso, resulte aplicable dicha regla a este tipo de sociedades o no, van a quedar incardinadas en el ámbito de aplicación de las sociedades patrimoniales, ya que ello no determina que la mayor parte de sus activos, constituido por valores, tengan la consideración de elementos afectos a la actividad.

El mencionado precepto también regula el caso de la afectación parcial. En estos casos, la regla general es que la afectación se entenderá limitada a aquella parte de los mismos que realmente se utilice en la actividad de que se trate, matizando el Reglamento que sólo se considerarán afectadas aquellas partes de los elementos patrimoniales que sean susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente del resto. Por otra parte, en ningún caso serán susceptibles de afectación parcial elementos patrimoniales indivisibles.

Por otra parte, a pesar de su utilización para necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevante, determinados elementos patrimoniales pueden considerarse afectos a una actividad económica. Así se desarrolla en el apartado 4.º del artículo 21 del RIRPF, que establece que tendrán dicha consideración los bienes del inmovilizado adquiridos y utilizados para el desarrollo de la actividad económica que se destinen al uso personal del contribuyente en días u horas inhábiles durante los cuales se interrumpa el ejercicio de dicha actividad, no siendo dicha regla de aplicación a los automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores, motocicletas, aeronaves o embarcaciones deportivas o de recreo, salvo los supuestos expresamente previstos en el precepto.

#### C) La determinación del valor del activo afecto y no afecto.

La valoración de los activos, afectos y no afectos a una actividad económica, es otra de las cuestiones que puede condicionar la sujeción al régimen de las sociedades patrimoniales, que viene determinada precisamente por la relación en la que se encuentren ambos tipos de activos. La Ley establece que tanto el valor del activo como el de los elementos patrimoniales no afectos a actividades empresariales o profesionales, será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que ésta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad. La cuestión que es preciso concretar es este último inciso, que puede dar lugar a dos interpretaciones.

En primer lugar, la expresión que utiliza la Ley relativa a que la contabilidad refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad podría entenderse en un sentido formal, con lo cual se aludiría a que la contabilidad haya respetado los principios y normas de valoración establecidos en las normas contables, con independencia de que, como consecuencia de factores externos, como la inflación, los activos contabilizados no reflejen el verdadero valor que los mismos podrían alcanzar en el mercado.

Ahora bien, también podría interpretarse en un sentido material. A estos efectos se trataría de determinar si cuando el valor en contabilidad, determinado por el coste histórico de los bienes, esté muy alejado del precio en el mercado de los bienes, se puede considerar que la contabilidad no refleja el verdadero valor de los bienes, en cuyo caso se deberá utilizar el citado criterio del precio de mercado. De este modo, la contabilidad sólo serviría a los efectos de determinar el valor de los diferentes activos si la misma refleja el verdadero valor de éstos, pues en caso contrario podrían producirse situaciones irreales de sujeción o exclusión al régimen de sociedades patrimoniales.

De aplicarse una regla u otra podrían obtenerse diferentes resultados en cuanto a la determinación de la proporción en que se encuentran los activos afectos y no afectos en relación con el acti-



vo total y, en definitiva, podría dar lugar a conclusiones diferentes sobre la sujeción de una entidad al régimen de sociedades patrimoniales.

A nuestro juicio, creemos que la legislación acoge la primera de las opciones, de tal modo que cuando la contabilidad se lleve de acuerdo con los principios contables generalmente admitidos se considerará como punto de partida para la valoración de los activos, es decir, así sucederá cuando la contabilidad refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de una empresa de acuerdo con tales principios.

Por último, la Ley no determina cuáles serán los criterios valorativos que se han de emplear en caso de ausencia de la contabilidad o de que ésta no represente la imagen fiel del patrimonio. En tal caso, no cabe otra solución que acudir al valor en el mercado de los elementos patrimoniales a efectos de determinar la relación existente entre los activos no afectos y el activo total.

### *1.2. La determinación del concepto de valores a efectos de la aplicación del régimen.*

Las sociedades cuyo activo esté constituido por valores tienen, en principio, la consideración de sociedades patrimoniales, si bien se tendrán que tener en cuenta las exclusiones que del concepto de valores realiza el artículo 75 de la LIS para evitar que se incluyan dentro del régimen sociedades que no tienen un objeto meramente estático, de gestión de un patrimonio mobiliario.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, reposa sobre el concepto de «valores negociables», admitiéndose como novedad que los valores puedan representarse mediante anotaciones en cuenta. Según la propia Exposición de Motivos de dicha Ley, se disocia el concepto de valores negociables de una determinada fórmula de instrumentación jurídica, incluyéndose en dicho concepto algunos instrumentos tales como las letras de cambio, los pagarés o cualquier otro que reúna las restantes características contempladas en la Ley. Por otra parte, las notas adicionales que definen los «valores» a los que se refiere la Ley son su negociabilidad y su agrupación en emisiones, dos características que la Ley no ha intentado precisar, pues se trata de temas de imposible concreción sin un casuismo que resultaría impropio de una disposición de rango legal. En cuanto a la negociabilidad, con tal expresión se ha querido hacer referencia a algo más amplio que la mera transmisibilidad, propia de prácticamente todos los derechos, y que deberá definirse en términos de un mercado que, aunque sea de proporciones reducidas, se caracterice por el predominio de los términos económicos en que se produzca la transmisión sobre las características personales de los contratantes. En cuanto a la agrupación en emisiones, se ha abandonado el concepto de valores emitidos «en serie», tanto por la difícil concreción legal del mismo, como por el hecho de que no hay razón para no considerar agrupados en una «emisión», de conformidad con las prácticas actuales de numerosos mercados financieros, instrumentos que puedan ser bastante heterogéneos en algunas de sus características económicas (v.gr., plazo o tipo de interés).

No obstante, consideramos que el concepto de valores a que se refiere el artículo 75 de la LIS, a efectos del sometimiento de una entidad al régimen de sociedades patrimoniales, es más amplio que el concepto que se determina en la propia Ley del Mercado de Valores.



Dicho concepto hace referencia a activos que representan derechos de crédito. Tales derechos habitualmente se materializan, utilizando los términos que tradicionalmente emplea la normativa del IRPF, bien en la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad o en la cesión a terceros de capitales propios, pues lo habitual es que representen derechos originados en la inversión de fondos. No obstante, también pueden incorporar derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales, lo que habitualmente sucederá en el desarrollo de actividades económicas mediante la documentación de créditos en instrumentos de giro, tales como letras de cambio y pagarés.

Normalmente, otro aspecto relevante de este concepto hace referencia a su transmisibilidad. A ello se refiere el concepto de valores negociables, que se refiere a aquellos valores que pueden ser objeto de negociación en alguno de los mercados secundarios de valores. No obstante, al incorporar un derecho de crédito éste resulta transmisible con independencia de que sea susceptible de negociación en uno de estos mercados o no. También los documentos originados en operaciones comerciales pueden ser objeto de transmisión mediante su endoso o cesión.

En cuanto a la forma de representación de los valores, como ya hemos señalado, no ha de documentarse en un título físico, una vez que la Ley 24/1988 alteró el concepto tradicional de valor al admitir las anotaciones en cuenta como medio de representación de los valores negociables.

Por tanto, podemos definir el concepto de «valores», a efectos de la aplicación del régimen de sociedades patrimoniales, como cualquier derecho de crédito, con independencia de que se documente en un título físico o en anotaciones en cuenta, y que resulte transmisible, ya se negocie en mercados organizados o no, incluso si se origina en operaciones comerciales.

Dicho concepto permite excluir a todos aquellos activos que no cumplan con las condiciones anteriores a efectos de la inclusión de las entidades en el régimen de sociedades patrimoniales. En primer lugar, se trata de elementos de activo, lo que permite excluir a cualquier elemento de pasivo, aun cuando tenga la consideración de valores por su normativa específica. Así, la DGT ha excluido del concepto al saldo contable de la reserva legal establecido por la Ley de Sociedades Anónimas como valores a efectos de este artículo en la medida en que tan sólo se hace referencia a valores que formen parte del activo <sup>24</sup>.

Dentro del activo, no puede tener la consideración de valores, por ejemplo, el dinero en efectivo, ya que no incorpora ningún derecho de crédito. La DGT ha excluido del concepto el saldo en cuentas corrientes, dado que ni en sentido jurídico, técnico o usual se puede incluir dentro del término valores <sup>25</sup>. Por tanto, puede suceder que una sociedad patrimonial, como consecuencia de la enajenación de los elementos no afectos a actividades económicas o de los valores, siempre que el dinero obtenido se mantenga en la sociedad y no sea objeto de inversión en otros activos de esa misma naturaleza, deje de tener dicho carácter <sup>26</sup>.

Ahora bien, la delimitación positiva del concepto de valores no es suficiente para una adecuada definición del ámbito de aplicación del régimen. Ello ha obligado al legislador a realizar una delimitación negativa del concepto de valores a los únicos efectos de la consideración o no de las

entidades como sociedades patrimoniales. En este sentido, la Ley establece las siguientes exclusiones del citado concepto:

1.º Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias, con lo que se trata de establecer una cautela para no hacer tributar a una entidad en el régimen de sociedades patrimoniales si por cualquier disposición legal o reglamentaria se estableciera la obligación de tenencia de determinados valores.

2.º Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas. A efectos de concretar dicha regla, la DGT ha considerado, en relación con el régimen de transparencia fiscal, que la exclusión de los que incorporen derechos de crédito se refiere a los derechos materializados en valores, no a los saldos contables de clientes y deudores por operaciones, señalando que como consecuencia del desarrollo de actividades empresariales, con habitualidad se generarán derechos de crédito pero estos derechos de crédito se materializarán de diferentes formas y que sólo en el caso de que dicha materialización se produzca en valores, tales valores no deberán ser computados a efectos de determinar el porcentaje que representan los valores respecto del total del activo <sup>27</sup>. En este caso, el razonamiento de la DGT se adecua perfectamente al concepto general de valores que hemos establecido con anterioridad.

3.º Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto. La delimitación de esta causa de exclusión nos parece de lo más desacertada, pues tanto si se interpreta de forma restrictiva o de forma amplia se producen consecuencias no deseadas por el legislador.

De acuerdo con ella, podría incluso interpretarse que todas las sociedades que tengan como objeto la gestión de una cartera de valores van a quedar excluidas del régimen, lo cual permitiría eludir con una excesiva facilidad el régimen de sociedades patrimoniales.

Una interpretación demasiado estricta de la norma supondría aplicar la misma única y exclusivamente a las entidades que son definidas como sociedades de valores en su normativa específica. A estos efectos, la Ley del Mercado de Valores establece en el artículo 62 y ss. el concepto de «empresas de servicios de inversión», que son aquellas entidades financieras cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros. Estas sociedades pueden ser de tres tipos, según el artículo 64: a) Las sociedades de valores; b) Las agencias de valores; c) Las sociedades gestoras de carteras. Para el ejercicio de estas actividades se requiere autorización administrativa, que otorgará el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Además, la Ley regula las condiciones de acceso a la actividad de forma precisa, así como las condiciones de ejercicio de la misma, y el régimen de supervisión, inspección y sanción. Por tanto, parece necesario que la exclusión afecte a todas estas sociedades y no sólo a las sociedades de valores.

A la misma conclusión hemos de llegar en relación con las instituciones de inversión colectiva reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, bien tenga la consideración de sociedad de inver-

sión, bien de fondo de inversión, que aunque no tenga personalidad jurídica es sujeto pasivo del IS. También resultará de aplicación la misma conclusión a las sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva, reguladas en la misma Ley. Las Instituciones de Inversión Colectiva están sometidas a un régimen especial en el IS, regulado en los artículos 71 a 74 de la LIS, y que es incompatible con el régimen de sociedades patrimoniales pues de no ser así su propio régimen especial carecería de sentido.

La misma consideración merecen las sociedades y fondos de capital-riesgo y las sociedades de desarrollo industrial regional. En ningún caso pueden ser objeto de confusión porque tanto unas como otras precisan de autorización administrativa e inscripción en los registros correspondientes, si bien se excluyen del régimen de sociedades patrimoniales en la medida en que están sometidas a un régimen especial incompatible con aquél.

En cuanto a la consideración como sociedad de valores a las sociedades *holding*, en la medida en que su objeto social puede ser precisamente el ejercicio de los derechos que le corresponden en cuanto accionista o participe de otras entidades, no tiene sentido tal consideración en la medida en que a este tipo de sociedades se dedica el párrafo siguiente del mismo precepto.

4.º 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 para ello se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no tenga la consideración de sociedad patrimonial. En definitiva, se trata de excluir del régimen de las sociedades patrimoniales a las denominadas *sociedades holding*, que son entidades cuyo objeto social es la gestión y administración de acciones y participaciones significativas en otras entidades.

Respecto al régimen de transparencia fiscal, la Administración ha considerado que la citada finalidad de dirección y gestión se ha de entender con relación a la propia participación, no respecto a las actividades de las sociedades participadas. Por tanto, a través de dicha organización no se ha de pretender dirigir o gestionar las actividades de las empresas participadas, sino que basta con dirigir y ejercer a través de ella los derechos y obligaciones derivados de la condición de socio a efectos de la toma de las decisiones relativas a la propia participación<sup>28</sup>, tales como el nombramiento de consejeros, el cobro de dividendos, la asistencia a juntas de accionista, etc., aunque también se pueden prestar determinados servicios, llevando a cabo tareas de asesoramiento, jurídicas, contables u otras, y desarrollando tareas auxiliares de las entidades participadas.

Por otra parte, para determinar si se cuenta o no con la organización adecuada a los efectos señalados, la DGT ha considerado que puede servir de referencia el artículo 25.2 de la LIRPF, que ofrece unos criterios que permiten calificar a ciertas actividades como empresariales, en concreto las relativas al arrendamiento y compraventa de inmuebles cuando concurren determinados requisitos. Como ya hemos señalado, dicho precepto determina la existencia de una actividad económica cuando se acredite una mínima infraestructura, y que se concreta en la existencia de una organización de medios personales y materiales destinados a producir bienes y servicios con la finalidad de intervenir en el mercado. Para ello, se ha de contar con un local en el que se desarrolle la actividad

y con un empleado con contrato laboral, que podrá ser uno de los socios o el administrador, si existe administrador único, o cualquiera de los consejeros, si el órgano de decisión es un Consejo de Administración. No obstante, si la sociedad tiene suficientes medios podría contratar una persona que no forme parte del Consejo de Administración, que delegaría en alguno de sus miembros para que ejerciera las funciones de dirección y administración de las participaciones en las filiales propiamente dichas. Cuanto mayores sean las actuaciones que realice esa persona en relación con dichas participaciones, tanto externas (*v.gr.*, funciones de representación frente a terceros) como internas (*v.gr.*, informes periódicos al Consejo de Administración sobre la evolución de las participaciones, petición de información a los representantes de la entidad en las sociedades participadas), menores problemas se plantearán en relación con la exclusión de la sociedad *holding* del régimen de sociedades patrimoniales, para lo cual resulta también aconsejable que todas esas actuaciones se documenten suficientemente, en la medida de lo posible. Si bien los criterios mencionados sólo son utilizables en las actividades citadas, para dicho Centro Directivo constituyen un referente básico que puede servir para apreciar la existencia de un mínimo componente organizativo dedicado a gestionar la participación<sup>29</sup>. En cualquier caso, lo que no se admite es que a efectos de la gestión de las participaciones se utilicen medios externos a la propia sociedad<sup>30</sup>.

No obstante, más adelante profundizaremos en el régimen de las sociedades *holding* como mecanismo de planificación fiscal de patrimonios y, muy especialmente, de empresas pertenecientes a grupos familiares, cuestión muy relacionada con el régimen de sociedades patrimoniales, y que proyecta sus consecuencias sobre diversos tributos.

En cualquier caso, hay una cuestión, muy relacionada precisamente con este último mecanismo de planificación fiscal y que no queda clara en la norma. Nos referimos a la cuestión de cómo ha de realizarse el cómputo del activo y de los valores a efectos de determinar si una entidad está sometida al régimen de sociedades patrimoniales. Cabrían dos soluciones alternativas en virtud de las cuales se llegan a resultados absolutamente contradictorios:

Una primera opción significaría excluir el cómputo de los valores señalados en la norma no sólo en uno de los términos de la relación, es decir, del cómputo de los valores que se toman en consideración para determinar el carácter patrimonial de la sociedad, sino que también se excluirían del importe de los activos. La norma dice que «no se computarán los valores siguientes...», pudiéndose entender que se refiere a ambos términos de comparación.

Una segunda opción consistiría en considerar que la exclusión de los valores señalados se hace a los únicos efectos del cómputo de los valores que determinan la inclusión en el régimen de sociedades patrimoniales, pero que dichos valores se tienen en cuenta a efectos del cálculo del valor de los activos. Por tanto, los términos de comparación serían, por un lado, el activo que se deduce de la contabilidad y, por otro, el importe de los activos no afectos y los valores, una vez excluidos los establecidos en la norma. Así, la Ley dice que no se computarán tales valores, pero sólo a efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos. Parece que, por tanto, es esta segunda opción la que mejor se adecua a lo establecido en la norma.

Las consecuencias son completamente diferentes según que se considere una opción u otra. Pongamos como ejemplo el caso de una sociedad *holding* que participa en el capital de una sociedad patrimonial. Si se aplica la primera tesis, dicha participación en la sociedad patrimonial determinaría que la propia sociedad *holding* tuviera ese mismo carácter. En efecto, si se excluyen el resto de títulos que permiten una participación superior al 5 por 100 y que no pertenecen a una sociedad patrimonial de los dos términos de la relación, es decir, del concepto de valores y del concepto de activo, resultará que el único activo que se computará será precisamente los títulos de la sociedad patrimonial. Ello determinaría, en definitiva, que la propia sociedad *holding* quedaría sometida al régimen de sociedades patrimoniales al estar su activo compuesto únicamente por valores. La segunda tesis, que, como hemos señalado, es la que mejor se adecua a la norma, considera que las exclusiones realizadas por el precepto lo son, exclusivamente, a efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores. Ello determina consecuencias completamente diferentes en el caso de la sociedad *holding*, que no tendría carácter de sociedad patrimonial, si el valor del resto de títulos que posee la entidad y que cumplen los requisitos para su exclusión supera al de las participaciones en la sociedad patrimonial.

*1.3. Exclusiones del concepto de elementos no afectos o de valores de activos adquiridos con beneficios no distribuidos derivados del ejercicio de actividades económicas.*

Uno de los criterios que determinan la inclusión dentro del régimen de sociedades patrimoniales es la composición del activo social. No obstante, dicho criterio puede plantear distorsiones, pues el hecho de que los elementos patrimoniales inactivos pertenecientes a la entidad superen el activo afecto en un determinado período no es obstáculo para que a pesar de ello se pueda desarrollar una actividad económica. En efecto, para la inclusión en el régimen de sociedades patrimoniales, como ya ocurría en el régimen de transparencia fiscal, no se hace referencia a las fuentes de las que procede la renta de la sociedad sino a la composición de su activo, siendo posible que una entidad obtenga en un período concreto la totalidad de su renta como consecuencia del desarrollo de actividades empresariales y, a pesar de ello, que más de la mitad de sus elementos patrimoniales no estén afectos a actividades económicas o tengan la condición de valores en los términos expresados.

Por tanto, se han de establecer cautelas a efectos de no considerar como sociedades patrimoniales a entidades que desarrollan actividades económicas. Se trata de evitar que se incluyan dentro del régimen a entidades que realizan de forma efectiva actividades de esta naturaleza, pero que cumplen de forma sobrevenida los requisitos relativos a la estructura de su activo, pues el patrimonio social no afecto puede tener su origen en las ganancias que la entidad ha obtenido precisamente en el ejercicio de una actividad económica y que se mantienen invertidos en valores u otros activos, a la espera de que sean adquiridos nuevos elementos patrimoniales que sean necesarios para el desarrollo de la actividad.

En este sentido, el artículo 75.1 a) b') de la LIS determina que 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 bene-

ficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos diez años anteriores.

En cuanto a la determinación de qué se entiende por «beneficios de actividades económicas», una de las cuestiones es si se refiere sólo al resultado derivado del ejercicio de las actividades ordinarias o también al resultado extraordinario derivado de la transmisión de un elemento del activo de la sociedad. A efectos del régimen de transparencia fiscal, la DGT ha resuelto la cuestión considerando que aunque los beneficios tengan su origen en la transmisión de parte del inmovilizado material, donde hasta dicho momento se desarrollaba parte de la explotación, existe un nexo causal, claro y preciso, con la actividad realizada al ser un bien afecto a la misma, y, desde una perspectiva amplia, debe entenderse que los beneficios resultantes de la transmisión, han de quedar comprendidos dentro del conjunto de beneficios que proceden de la realización de actividades empresariales o profesionales, a los efectos de la aplicación de la norma citada <sup>31</sup>. Tal tesis es, sin duda, aplicable al régimen de las sociedades patrimoniales, por lo que cuando la venta de un elemento patrimonial de la entidad tenga como consecuencia que sus activos no afectados superen a los elementos utilizados en el desarrollo de su actividad, ello no determinará su inclusión en el régimen de sociedades patrimoniales.

Además, el mismo precepto determina que a estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores que otorguen al menos el 5 por 100 de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir la participación, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por 100, de la realización de actividades económicas, requisito que habrá de verificarse en el período en el que se obtuvo el beneficio <sup>32</sup>. Por tanto, las sociedades de cartera –y, en particular, las sociedades tipo *holding*– podrán invertir el importe de los dividendos obtenidos en la adquisición de nuevos valores, que estarán excluidos del concepto de valores a efectos de la inclusión de la sociedad en el régimen de sociedades patrimoniales con independencia del porcentaje de participación que representan o de si se poseen con la finalidad de dirigir la participación.

En consecuencia, para determinar si la entidad está sometida al régimen de sociedades patrimoniales, habría que restar del total del activo no afecto a la realización de actividades empresariales, incluida la cartera de valores, el importe de los beneficios no distribuidos procedentes de la realización de actividades empresariales, con el límite de los beneficios obtenidos durante el ejercicio y los 10 años anteriores. Si después de esta operación más de la mitad del activo de la entidad no está afecto a actividades empresariales o está constituido por valores, y se cumple el resto de requisitos, fundamentalmente en cuanto a la composición del accionariado, la entidad consultante deberá tributar en el régimen de sociedades patrimoniales, siempre que las condiciones anteriores se cumplan durante, al menos, 90 días del ejercicio.

En cualquier caso, según precisó la DGT en relación con el régimen de transparencia fiscal, los valores que no se computan son aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad en el ejercicio de la actividad empresarial, con el límite anteriormente citado y no los adquiridos con excedentes de tesorería procedentes del ejercicio de otro tipo de actividad <sup>33</sup>.

## 2. La concentración del capital social.

El régimen de sociedades patrimoniales sólo se aplicará cuando un número reducido de socios o partícipes posea una parte significativa del capital de la sociedad o cuando un determinado porcentaje del capital pertenezca a un grupo familiar. El problema consiste, lógicamente, en concretar en cifras todas estas magnitudes, para determinar cuántos socios y qué participación es índice suficiente del carácter normalmente fraudulento de la sociedad.

Para que estas entidades sean consideradas como sociedades patrimoniales es preciso que más del 50 por 100 del capital social pertenezca, directa o indirectamente a:

- a) 10 o menos socios.
- b) Un grupo familiar, entendiéndose, a estos efectos, que el mismo está constituido por el cónyuge y las demás personas unidas por vínculos de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el cuarto grado, inclusive. Entre dichos parientes se incluye al cónyuge, pues es un pariente de acuerdo con el sentido usual de estos términos y, además, el artículo 143 del Código Civil incluye entre los parientes al cónyuge, aunque no dentro de la definición del parentesco, sino de la obligación genérica de alimentos <sup>34</sup>.

Una novedad respecto de la normativa anterior es que se contempla como determinante del porcentaje que corresponde al grupo familiar o a los 10 socios, como requisito para la aplicación del régimen, no sólo el dominio directo, sino también el dominio indirecto a través de otras sociedades.

En el supuesto de que el dominio de las acciones haya sido desmembrado en nuda propiedad y usufructo, se ha de determinar a quién corresponden las acciones a efectos de determinar la composición del grupo familiar y la pertenencia de las acciones a 10 o menos socios. A estos efectos cabría entender que o bien las acciones corresponden a la persona que ostente los derechos económicos (usufructuario) o a aquella que tenga los derechos políticos sobre las acciones (nudo propietario). En este sentido, la Administración, en consulta no vinculante <sup>35</sup>, ha considerado en relación con la transparencia fiscal, que a efectos de determinar la participación en el capital social necesaria para considerar a una sociedad dentro de dicho régimen, se atenderá al grado de parentesco existente entre los nudos propietarios y los restantes socios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del TRLSA, que señala que en el caso de usufructo de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario y que, salvo el derecho a la obtención del dividendo, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario, salvo disposición contraria en los estatutos.

Por otra parte, la misma consulta anterior ha señalado que a efectos de determinar la participación correspondiente al grupo familiar, debe eliminarse la autocartera, atribuyéndose a los accionistas de forma proporcional a su respectiva participación. De este modo, para determinar el porcentaje de participación del grupo familiar en el capital social, se tomará como referencia la totalidad del capital social existente, con independencia de que se haya producido o no la adquisición de acciones del capital de la propia sociedad.



### 3. Las exclusiones del régimen por otras circunstancias que afectan a la sociedad o a los socios.

La Ley delimita de forma más precisa el régimen estableciendo ciertas condiciones que dan lugar a la exclusión del mismo, para evitar que se aplique a entidades que no tengan fines elusivos. Así, no tiene ningún sentido la inclusión de las sociedades en el régimen cuando por la condición de los socios no es posible la elusión de las normas del IRPF, o cuando las sociedades coticen en un mercado secundario.

Así, la primera de las exclusiones tiene lugar por razón de la condición de los socios. En este sentido, no se aplicará el régimen de sociedades patrimoniales cuando la totalidad de los socios sean personas jurídicas no sometidas al citado régimen. En este supuesto la sociedad afectada no tendrá la consideración de sociedad patrimonial a ningún efecto, pues su creación no responde a ningún fin elusivo, ni puede, por tanto, considerarse como sociedad interpuesta, pues ninguno de los socios va a tener como objetivo la elusión de las normas del IRPF mediante la constitución de una sociedad que tribute en el IS. No obstante, dicho argumento no es válido en relación con las sociedades civiles con personalidad jurídica que tributan en el régimen de atribución de rentas del IRPF. Al tratarse de sociedades con personalidad jurídica, la sociedad interpuesta en la que pudieran participar no se sometería al régimen de sociedades patrimoniales. Para evitar estos problemas no basta, pues, la delimitación en función de la personalidad jurídica, sino que debería hacerse en función de la sujeción de la entidad al IS.

Las relaciones entre sociedades patrimoniales y entidades sometidas al régimen de atribución de rentas, incluidas las sociedades civiles con personalidad jurídica, sí se han previsto en sentido contrario, es decir, cuando la sociedad patrimonial sea partícipe en alguna de estas entidades. Así, se ha determinado en el artículo 74.1.1.<sup>a</sup> a) de la LIRPF que cuando todos los miembros de la entidad en régimen de atribución de rentas sean sujetos pasivos del IS la renta atribuible se determinará aplicando la normativa reguladora de dicho impuesto. No obstante, cuando los socios tengan la consideración de sociedades patrimoniales no se aplicará esta regla y, en consecuencia, a efectos de la determinación de la renta atribuible será de aplicación la normativa del IRPF.

Por otra parte, es preciso establecer el momento temporal que determina la exclusión del régimen cuando todos los socios sean personas jurídicas. A estos efectos cabrían dos opciones. Una primera, sería considerar que en cuanto que la entidad cumpliera los requisitos para su consideración como sociedad patrimonial durante noventa días del período impositivo estaría sometida a dicho régimen, aun cuando al final del período impositivo los socios fuesen personas jurídicas. La segunda opción, que ha sido admitida por la Administración respecto al régimen de transparencia fiscal, que ya contemplaba este supuesto, es que con independencia de lo que haya ocurrido a lo largo del período impositivo, si al final del mismo la totalidad de los socios son personas jurídicas no sometidas al régimen de sociedades patrimoniales, la entidad no puede incluirse dentro de dicho régimen <sup>36</sup>.

Tampoco será aplicable el régimen de sociedades patrimoniales cuando una persona jurídica de Derecho público sea titular de más del 50 por 100 del capital de una sociedad, aunque concurren los requisitos para la aplicación del citado régimen, pues en tal caso se presume, por el carácter públi-



co del socio mayoritario, que el fin que se persigue con la creación de la sociedad no es en ningún caso la elusión del tributo.

Por otra parte, en ningún caso será aplicable el régimen de sociedades patrimoniales en los períodos impositivos en que los valores representativos de la participación en el capital de la sociedad estuviesen admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores previstos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores <sup>37</sup>, pues dada la dimensión y características de las sociedades admitidas a negociación en estos mercados en ningún caso van a tener entre sus fines la elusión de la progresividad del IRPF.

## V. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LAS SOCIEDADES PATRIMONIALES

Las sociedades patrimoniales tributarán en un régimen especial en el IS, con unas características muy especiales, pues como señala la Exposición de Motivos de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, aplicarán «... lo establecido en la normativa del IRPF para la determinación e integración de la base imponible, de tal forma que la base imponible de este tipo de entidades se dividirá en dos, la parte general y la parte especial, resultando de aplicación a la primera un tipo del 40 por 100, y a la segunda un tipo del 15 por 100, sin realizar ninguna imputación a sus socios».

El régimen de transparencia fiscal ha dado lugar a importantes distorsiones, en la medida en que para el cálculo de la base imponible a imputar se aplicaban los criterios del IS, con lo que se daba entrada a numerosos gastos que no tenían el carácter de deducible en el IRPF y se evitaba la aplicación de importantes límites que operaban a efectos de dicho impuesto. Por tanto, se puede afirmar que a través del régimen de transparencia el efecto derivado de la interposición de sociedades tan sólo se corregía parcialmente, pues aunque los socios de sociedades interpuestas recibían una imputación de renta, ésta era menor que la que le hubiere correspondido de aplicar las normas del IRPF. Esta situación ya se ponía de manifiesto en el Informe para la Reforma del IS, elaborado por la Secretaría de Estado de Hacienda, como antecedente de la aprobación de la Ley 43/1995 <sup>38</sup>. Otra cosa es que el régimen de las sociedades patrimoniales cumpla los fines para los cuales ha sido creado, pero lo cierto es que al menos se ha pretendido corregir con él la situación anteriormente descrita.

Las sociedades patrimoniales, aunque son sujetos pasivos del IS, tributarán aplicando numerosas reglas especiales, fundamentalmente porque aplicarán los preceptos de la LIRPF a efectos de la cuantificación de la base imponible y de la cuota a pagar. El régimen tributario de este tipo de sociedades se establece en el artículo 75.3 de la LIS.

### 1. Las normas relativas a la determinación de la base imponible.

La Ley se remite, para su aplicación a las sociedades patrimoniales, a las normas que sobre base imponible establece la LIRPF. La cuestión que hemos de plantearnos a continuación es si son aplica-

bles otras reglas contenidas en capítulos diferentes de la misma norma, pero que tienen cierta trascendencia a la hora de la determinación de la base imponible del período. Así, por ejemplo, podemos plantearnos la aplicación a las sociedades patrimoniales de los preceptos del IRPF relativos a las exenciones o a las normas de imputación temporal. Una primera aproximación al problema nos llevaría a aplicar una interpretación literal del artículo 75.3 a) de la LIS, de la que resultaría que tan sólo son aplicables las normas de la LIRPF sobre cuantificación de la base imponible, es decir a partir del artículo 15 de dicha Ley, lo que supondría que no se aplicarían en ningún caso las materias reguladas en preceptos anteriores –entre los que se incluyen las reglas de exenciones e imputación temporal–.

En materia de exenciones, la cuestión tiene una relevancia práctica muy reducida, pues es evidente que la mayoría de ellas no resultan aplicables por su propia naturaleza a las sociedades patrimoniales, pues tan sólo tienen sentido en relación con las personas físicas. No obstante, la exención establecida en la letra ñ) sí puede resultar aplicable a las sociedades, pues se refiere a la exención de «los premios de las loterías y apuestas organizadas por el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado y por las Comunidades Autónomas, así como de los sorteos organizados por la Cruz Roja Española y por la ONCE». A nuestro juicio, caben argumentos para la aplicación de la citada exención a las sociedades patrimoniales, pues en la LIRPF las normas sobre base imponible van más allá de la regulación de dicha magnitud, pues en los preceptos que se refieren a ella se define de forma acabada el hecho imponible, mediante la delimitación de cada uno de los componentes de la renta. Por tanto, a partir del artículo 15 también se regulan numerosos aspectos que no tienen nada que ver con la cuantificación del tributo, sino con la definición de sus elementos estructurales, y, en definitiva las exenciones también forman parte de la definición de la renta gravada, aunque desde un punto de vista negativo.

Una problemática similar se plantea en relación con las normas de imputación temporal, puesto que mientras en el IS se aplica de forma estricta el principio del devengo, salvo ciertas excepciones, el artículo 14 de la LIRPF establece normas distintas de imputación en función de la fuente de renta, y con numerosas reglas especiales que en muchos casos supondrían importantes diferencias con los criterios de imputación temporal establecidos en la LIS, salvo en el caso del ejercicio de actividades económica, pues en tales casos el artículo 14 se remite a las reglas del IS. A nuestro juicio, las sociedades patrimoniales aplican la normativa propia del IRPF, por dos motivos:

En primer lugar, se ha de poner de manifiesto la dificultad de separar las normas de imputación temporal de las relativas a la determinación de la base imponible, pues en realidad la aplicación de los principios que rigen la imputación temporal son determinantes de los ingresos y gastos que se incluyen en la base de un determinado período. De hecho, las reglas de imputación temporal en el IS son reguladas en el artículo 19 de la LIS, dentro del Título IV, relativo a la base imponible<sup>39</sup>.

En segundo lugar, la división de la renta en componentes determina que la única solución es aplicar las reglas de imputación temporal establecidas para cada uno de ellos en la LIRPF. De este modo el principio del devengo en sentido estricto será aplicable exclusivamente en relación con los rendimientos de actividades económicas que obtenga la sociedad patrimonial, lo que sucederá por la aplicación indirecta de la normativa del IS, por la remisión que a la misma realiza la LIRPF.

Ello supone una importante fuente de diferencias, fundamentalmente en materia de rendimientos de capital, pues las sociedades patrimoniales aplicarán el criterio de la exigibilidad, de acuerdo con lo que establece el artículo 14.1 a) de la Ley 40/1998, lo que va a resultar en numerosos casos más beneficioso que la aplicación del régimen general, generando en ocasiones un diferimiento en la incorporación a la base imponible de determinadas rentas de esta naturaleza.

Con independencia de estas dudas sobre la aplicación de determinados preceptos de la Ley 40/1998 a las sociedades patrimoniales, hemos de subrayar que la cuantificación de conformidad a lo dispuesto en la Ley del IRPF supone, en primer lugar, la división en componentes, a diferencia de lo que ocurre en el IS, donde no se distingue en función de la fuente de la que procede la renta sometida a imposición. El IS es un impuesto sintético que grava todas las rentas del sujeto pasivo de modo igualitario, sin que se establezcan límites y normas particulares relativas a las distintas partidas de ingresos y gastos como consecuencia del origen de la fuente de la que procedan, lo que es coherente con el carácter unitario de la renta social. Al contrario, en el IRPF existe una gran compartimentación entre cada tipo de renta, estableciéndose normas particulares para cada componente, especialmente, en materia de gastos deducibles, donde se introducen numerosas limitaciones, que difieren según la fuente de la que procede el rendimiento. Por tanto, como consecuencia de los límites que existen en materia de gastos deducibles, van a producirse numerosas diferencias entre las reglas que aplica la sociedad en su contabilidad y las que debe tener presente a efectos fiscales.

Ello plantea la dificultad a la hora de que se admita la deducción de ciertos gastos genéricos de la sociedad, que no afecta a un componente de la renta específico y, sobre todo, cuando se trate de la típica sociedad patrimonial que no realiza ninguna actividad económica. A título de ejemplo, podríamos citar las cantidades satisfechas al administrador de la sociedad, que no encuentran su acomodo en ninguno de los gastos que permite la LIRPF, salvo en la parte atribuible a los rendimientos de capital inmobiliario, donde se determina la deducibilidad de los gastos necesarios para la obtención de los rendimientos.

Otra diferencia que viene motivada por el distinto carácter del IRPF y del IS es que se excluye de aplicación lo dispuesto en el Capítulo III del Título II de la LIRPF, que regula el mínimo personal y familiar, lo que se justifica por el sentido de la norma de gravar la renta disponible de las personas físicas, una vez excluidas las cantidades necesarias para atender las necesidades personales y familiares básicas, a efectos de gravar su real capacidad económica. Tal deducción no tiene sentido, pues, en relación con personas jurídicas.

Otra fuente de diferencias de carácter genérico, es decir, que afecta a todos los componentes de la renta, viene determinada por el tratamiento diferente que las leyes de los distintos impuestos sobre la renta aplican en materia de rentas irregulares. En el IS, al tratarse de un impuesto proporcional, no tiene sentido la distinción entre renta regular e irregular. En el IRPF sí adquiere importancia porque con esta distinción se trata de evitar que se aplique la tarifa progresiva sobre las rentas que tienen un plazo de generación superior al año o cuya producción tenga un carácter notoriamente irregular en el tiempo. En este impuesto se aplican reducciones sobre los rendimientos netos calculados de acuerdo con las normas de determinación de los ingresos y gastos correspondiente a cada

componente de la renta, en cada uno de los cuales se aplican también diferentes porcentajes de reducción. Con carácter general, dicho porcentaje se cuantifica en el 40 por 100, si bien puede llegar en algunos casos hasta el 75 por 100. Como consecuencia de la aplicación de tales coeficientes de reducción de sus rendimientos netos, las sociedades patrimoniales deberán practicar ajustes negativos sobre el resultado contable.

En cualquier caso las reducciones al rendimiento neto derivados del carácter irregular de la renta sólo tienen sentido cuando los socios de la sociedad patrimonial sean personas físicas, pues sólo en este caso la renta habría estado sometida a un tipo de gravamen progresivo de haberse obtenido directamente por ellos. A estos efectos, el artículo 75.3 a) c') determina que «no serán de aplicación las reducciones establecidas en los artículos 21.3, 24.2, 30 y 76 bis.2 de la LIRPF, cuando alguno de los socios de la sociedad patrimonial sea sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes». En la doctrina se ha planteado la posible vulneración por esta norma del principio de la libertad de establecimiento <sup>40</sup>.

Otra cuestión distinta y, posiblemente, menos importante, aunque de enorme repercusión práctica es la determinación del método que se va a utilizar para la determinación de la base imponible en el régimen de sociedades patrimoniales. SANZ GADEA <sup>41</sup> ha señalado en relación con esta cuestión que «la base imponible de la sociedad patrimonial no se determina a partir del resultado contable fiscalmente corregido, sino por aplicación de las normas de la Ley 40/1998, con ciertas excepciones». A nuestro juicio, tal conclusión no se deriva de la Ley, con independencia de que ésa sea precisamente la intención del Ministerio, pues en definitiva es una cuestión que se resolverá en la Orden Ministerial que apruebe el modelo del IS para los períodos impositivos iniciados en 2003.

En cualquier caso, una cosa es que se aplique la normativa del IRPF para la determinación de los ingresos y gastos y otra bien distinta es que no se pueda seguir utilizando en relación con estas entidades el sistema de ajustes sobre el resultado contable. Lo cierto es que la complejidad que ha introducido el nuevo régimen se comprueba fundamentalmente en este momento, pues puede ser tan importante el número de diferencias que resulte más operativo a veces utilizar un método analítico, computando de nuevo todos los ingresos y todos los gastos de acuerdo con la normativa del IRPF, que ajustar el resultado contable. De entrada, habría que realizar un ajuste en la base imponible a los efectos de eliminar del resultado contable la parte correspondiente a la base imponible general o a la especial, según que es lo que se quiera eliminar del mismo. Por tanto, se estará a la espera de lo que se pueda establecer a estos efectos, a sabiendas de que el resultado de cualquiera de los dos sistemas nunca será satisfactorio por la complejidad que cualquiera de ellos va a introducir.

A continuación, vamos a ir analizando las diferencias más significativas que se van a producir en la determinación de la base imponible de las sociedades patrimoniales en relación con las que correspondería a una sociedad sometida al régimen general del impuesto, haciendo especial hincapié en lo señalado también en la normativa contable, pues finalmente las diferencias que habrá que corregir serán las que se pongan de manifiesto a la hora de aplicar, por un lado, la normativa contable y, por otro, la normativa del IRPF. En cualquier caso, dicha cuestión ha de tratarse analizando de forma independiente cada componente de la renta, para subrayar, sin ánimo de ser exhaustivos, las diferencias más sobresalientes que se pongan de manifiesto en relación con cada uno de ellos.

### 1.1. Los rendimientos de capital inmobiliario y las imputaciones de rentas inmobiliarias.

Las entidades cuyo patrimonio fundamental esté constituido por inmuebles y que no cumplan los requisitos que exige la LIRPF para el ejercicio de una actividad económica, siempre que cumplan el resto de condiciones exigidas por el artículo 75 de la LIS, tendrán la consideración de sociedades patrimoniales. En tales casos, la normativa del IRPF se aleja enormemente de los criterios establecidos en la normativa contable.

En relación con los inmuebles arrendados la aplicación de las normas del IRPF supone una diferencia fundamental en materia de gastos deducibles, pues existe un límite global para los gastos que resultan deducibles fiscalmente. El artículo 21.1, *in fine*, de la Ley establece que el importe máximo deducible por la totalidad de los gastos no podrá exceder de la cuantía de los rendimientos íntegros, incluidas las amortizaciones de los bienes alquilados. Ello determina que el rendimiento neto nunca puede resultar negativo.

Por su parte, el artículo 21 de la LIRPF establece determinadas reducciones al rendimiento neto, una vez que se ha calculado aplicando los criterios que recoge la propia norma en materia de ingresos y gastos, a saber:

- El apartado 2.º del citado precepto establece que «en los supuestos de arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda, el rendimiento neto calculado con arreglo a lo dispuesto en el apartado anterior se reducirá en un 50 por 100». En consecuencia, cuando entre los bienes no afectos a actividades empresariales se encuentren viviendas que estén alquiladas, la sociedad patrimonial podrá beneficiarse de esta reducción del rendimiento neto. No obstante, la reducción establecida en el artículo 21.2 de la LIRPF no será de aplicación a las sociedades patrimoniales cuando alguno de los socios de la sociedad patrimonial sea sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
- El apartado 3.º de la norma se refiere a los rendimientos de carácter irregular, estableciendo que se reducirán en un 40 por 100 los rendimientos netos con un período de generación superior a dos años <sup>42</sup>, así como los que se califiquen por el Reglamento como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, teniendo tal consideración, en virtud del artículo 14.1 del RIRPF, las siguientes partidas, cuando se imputen en un único período impositivo: a) Importes obtenidos por el traspaso o la cesión del contrato de arrendamiento de locales de negocio; b) Indemnizaciones percibidas del arrendatario, subarrendatario o cesionario por daños o desperfectos en el inmueble; c) Importes obtenidos por la constitución o cesión de derechos de uso o disfrute de carácter vitalicio. En todos estos casos se pondrá de manifiesto una diferencia entre la cantidad contabilizada y el rendimiento que deriva de la aplicación de la LIRPF.

Por último, en relación con los inmuebles urbanos que no estén alquilados ni afectos a actividades económicas, las sociedades patrimoniales deberán computarse un ingreso presunto estableci-

do por el artículo 71 de la LIRPF, que regula la imputación de rentas inmobiliarias, debiendo aplicar un porcentaje sobre el valor catastral. La imputación definitiva se determinará proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo, es decir, a efectos del cálculo de dicha proporción se tendrán en cuenta únicamente los días en que los bienes hayan estado desocupados a lo largo del período impositivo. Dicho porcentaje será, con carácter general, el 2 por 100, si bien en los casos de inmuebles cuyos valores catastrales hayan sido revisados o modificados a partir de 1 de enero de 1994, el coeficiente se reducirá al 1,1 por 100. Por tanto, esta renta, de carácter presunto, no habrá sido objeto de contabilización.

### *1.2. Los rendimientos de capital mobiliario.*

En relación con los elementos patrimoniales susceptibles de generar rendimientos del capital mobiliario es, posiblemente, donde se aprecie alguna de las diferencias más importantes entre la normativa del IRPF y la normativa contable, matizada en algunos aspectos por la Ley 43/1995 en relación con los contribuyentes sujetos al régimen general del IS.

#### **a) Las normas relativas a la integración de los dividendos y participaciones de beneficios en la base imponible.**

En los casos en que la sociedad patrimonial reciba dividendos derivados de su participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad se producirá una diferencia notable en relación con lo dispuesto en las normas contables, que se aplican a efectos fiscales en relación con los sujetos pasivos sujetos al régimen general. Así, mientras que en dicho resultado contable tan sólo aparecerá el dividendo íntegro efectivamente percibido, a efectos de determinar los rendimientos netos del capital mobiliario de las sociedades patrimoniales será preciso aplicar las reglas a que se refiere el artículo 23.1 b) de la LIRPF. Estas reglas han de aplicarse conjuntamente con la deducción por doble imposición de dividendos establecida en el artículo 66 de la LIRPF. En definitiva, las sociedades patrimoniales van a aplicar a efectos de la corrección de la doble imposición intersocietaria reglas distintas que las sociedades en régimen general y, como consecuencia de ello, deberán corregir en su base imponible el importe de los dividendos efectivamente percibidos, pues deberán multiplicarse por alguno de los porcentajes a que se refiere el señalado artículo 23.1 b), si bien se aplicará con carácter general el 140 por 100.

Se aplicará, en todo caso, el porcentaje del 100 por 100 a los rendimientos que correspondan a valores o participaciones adquiridas dentro de los dos meses anteriores a la fecha en que aquéllos se hubieran satisfecho cuando, con posterioridad a esta fecha, dentro del mismo plazo, se produzca una transmisión de valores homogéneos. En el caso de valores o participaciones no admitidas a negociación en alguno de los mercados secundarios de valores españoles, el plazo previsto en el párrafo anterior será de un año. En tales casos, no se aplicará la deducción por la doble imposición, por lo que es una norma a tener en cuenta por las sociedades patrimoniales, fundamentalmente para no caer dentro de su ámbito de aplicación, pues en ese caso tributaría al tipo del 40 por 100 sin ninguna corrección.

**b) Las normas relativas a la reducción de capital, desde la perspectiva del socio.**

Aunque los efectos son similares, las reglas contenidas en la LIRPF tienen un carácter más minucioso. El artículo 15.4 de la LIS determina que «en la reducción de capital con devolución de aportaciones se integrará en la base imponible de los socios el exceso del valor normal de mercado de los elementos recibidos sobre el valor contable de la participación», estableciéndose la misma consecuencia en el caso de distribución de la prima de emisión de acciones o participaciones.

El artículo 31.3 a) de la LIRPF, en la redacción dada por la Ley 46/2002 establece que cuando la reducción de capital, cualquiera que sea su finalidad, dé lugar a la amortización de valores o participaciones, se considerarán amortizadas las adquiridas en primer lugar, y su valor de adquisición se distribuirá proporcionalmente entre los restantes valores homogéneos que permanezcan en el patrimonio del contribuyente. Cuando la reducción de capital no afecte por igual a todos los valores o participaciones propiedad del contribuyente, se entenderá referida a las adquiridas en primer lugar. Cuando la reducción de capital tenga por finalidad la devolución de aportaciones, el importe de ésta o el valor normal de mercado de los bienes o derechos percibidos minorará el valor de adquisición de los valores o participaciones afectadas, de acuerdo con las reglas anteriores, hasta su anulación. El exceso que pudiera resultar se integrará como rendimiento del capital mobiliario procedente de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, en la forma prevista para la distribución de la prima de emisión. En concreto, el artículo 23.1 a) 5.º establece que «el importe obtenido en la distribución de la prima de emisión de acciones o participaciones minorará, hasta su anulación, el valor de adquisición de las acciones o participaciones afectadas y el exceso que pudiera resultar tributará como rendimiento del capital mobiliario».

No obstante, cuando dicha reducción de capital proceda de beneficios no distribuidos, la totalidad de las cantidades percibidas por este concepto tributarán de acuerdo con lo previsto para los dividendos y participaciones en beneficios. A estos efectos, se considerará que las reducciones de capital, cualquiera que sea su finalidad, afectan en primer lugar a la parte del capital social que no provenga de beneficios no distribuidos, hasta su anulación. En consecuencia, en estos casos se generará una clara diferencia en relación con los sujetos pasivos sometidos al régimen general del IS y respecto a la normativa contable.

**c) Las normas relativas a los rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.**

A efectos del IRPF, tanto los intereses explícitos obtenidos como los derivados de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos tienen la consideración de rendimiento de capital mobiliario. En todos estos casos, se aplica la regla general sobre imputación de los ingresos que tienen tal naturaleza, que es la regla de la exigibilidad. Por tanto, los intereses explícitos se integrarán totalmente en el período que resulten exigibles, mientras que las primas de emisión y reembolso se integrarán en el período en que tenga lugar la venta de los activos o su amortización<sup>43</sup>. También a efectos de la transmisión de los activos financieros con rendimiento implícito o mixto se establecen



normas cautelares para evitar la integración de pérdidas meramente formales. Así, el artículo 23.2 b), último párrafo, determina que «los rendimientos negativos derivados de transmisiones de activos financieros, cuando el contribuyente hubiera adquirido activos financieros homogéneos dentro de los dos meses anteriores o posteriores a dichas transmisiones, se integrarán a medida que se transmitan los activos financieros que permanezcan en el patrimonio del contribuyente».

A efectos contables y en el IS, el criterio de imputación temporal que se aplica es el del devengo. Ello determina que, con independencia de cuándo los rendimientos resulten exigibles o cuándo se transmitan los activos, las sociedades van a registrar como ingresos financieros los derivados de tales valores que sean imputables al período, de acuerdo con tales criterios. Al contrario, no se va a considerar como ingreso los intereses obtenidos efectivamente que correspondan a otro período impositivo. Estos criterios van a provocar enormes diferencias entre ambas normativas, pues es frecuente que los intereses de estos títulos se paguen de forma periódica, bien a través de las primas de reembolso, bien en los casos de títulos emitidos con cupón cero.

Tampoco podrán deducir las sociedades patrimoniales las provisiones por depreciación de valores negociables, que tratan de reflejar la depreciación experimentada por los títulos al final del ejercicio, que se determina según los criterios que establece la Norma de Valoración 8.ª 2 del PGC. A efectos del IRPF, dicha depreciación se pondrá de manifiesto en el momento de la transmisión o amortización de los títulos, lo que dará lugar a nuevas diferencias.

#### **d) Gastos deducibles en relación con los valores negociables.**

Posiblemente sea una de las diferencias más significativas de la legislación del IRPF. Si en el IS son deducibles todos los gastos correlacionados con los ingresos, en la determinación de los rendimientos netos del capital mobiliario derivados de valores negociables tan sólo se admiten los gastos de administración y depósito, que serán aquellos importes que repercutan las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito u otras entidades financieras que, de acuerdo con la Ley 24/1988, tengan por finalidad retribuir la prestación derivada de la realización por cuenta de sus titulares del servicio de depósito de valores representados en forma de títulos o de la administración de valores representados en anotaciones en cuenta. Además, se establece que no serán deducibles las cuantías que supongan la contraprestación de una gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, en donde se produzca una disposición de las inversiones efectuadas por cuenta de los titulares con arreglo a los mandatos conferidos por éstos. Posiblemente, la limitación más importante que esta norma supone en relación con el régimen general del impuesto tiene que ver con los gastos de financiación que se hayan producido en la adquisición de los valores negociables, que no reducirán el rendimiento neto de las sociedades patrimoniales.

#### **e) La aplicación de los porcentajes reductores según el plazo de generación del rendimiento.**

Posiblemente sea ésta una de las ventajas más importantes del nuevo régimen de sociedades patrimoniales en comparación con el régimen general del impuesto, y muy especialmente en relación



con este tipo de activos. En efecto, aquellas sociedades patrimoniales en la que todos sus socios sean personas físicas podrán aplicar las reducciones establecidas por la LIRPF al rendimiento neto en función del plazo de generación del rendimiento. Dichas reducciones tienen una especial importancia en relación con cierto tipo de inversiones que generan rendimientos de capital mobiliario, como es el caso de determinados contratos de seguros, cuando se perciban en forma de capital, que se regulan en el artículo 76 bis de la LIRPF, que ha sido objeto de nueva redacción por la Ley 46/2002, y que pueden llegar hasta el 75 por 100. La posibilidad de que las sociedades patrimoniales puedan aplicar estas reducciones es posiblemente una de las mayores ventajas del régimen, y será posiblemente uno de los destinos preferidos de las inversiones de este tipo de entidades, pues tal porcentaje se aplica al rendimiento correspondiente a primas satisfechas con tan sólo cinco años de antelación a la fecha en que se perciban los rendimientos. Las sociedades patrimoniales en las que concurran las condiciones anteriormente señaladas en cuanto a sus socios también aplicarán las reducciones establecidas con carácter general para los rendimientos del capital mobiliario en el artículo 24.2 de la LIRPF.

### *1.3. Los rendimientos derivados de actividades económicas.*

La determinación del rendimiento neto procedente de actividades económicas se realizará mediante la modalidad normal del régimen de estimación directa. Se excluye, por tanto, a las sociedades patrimoniales de aplicar los regímenes de estimación directa simplificada y objetiva. Por tanto, la entidad deberá partir de los datos reales recogidos en su contabilidad para realizar su declaración por el IS, cualquiera que sea el sistema que se emplee finalmente para la determinación de la base imponible.

En la determinación de los rendimientos de las actividades económicas desarrolladas por las sociedades patrimoniales posiblemente sea donde existan menos diferencias con los sujetos pasivos del IS sometidos al régimen general, pues para la determinación de la renta derivada de la actividad económica se aplicarán las reglas establecidas en la Ley 43/1995, del IS. No obstante, a efectos de la determinación de los rendimientos que corresponden a dicho componente de la renta se han de tener en cuenta tan sólo los procedentes de las actividades ordinarias de la empresa, propias del desarrollo de su objeto social. La renta que provengan, directa o indirectamente, de elementos patrimoniales cuya titularidad corresponda a la sociedad patrimonial, sean bienes muebles e inmuebles, y no se hallen afectos a las actividades económicas desarrolladas por la misma, deberán excluirse de las rentas derivadas de dicha actividad, pues tendrá la naturaleza de rentas del capital. Recordemos, además, que a estos efectos los bienes susceptibles de producir rendimientos de capital mobiliario en el IRPF no pueden estar afectos a la actividad económica del sujeto pasivo por expresa prescripción legal. Por otra parte, el artículo 26.2 de la LIRPF establece que «para la determinación del rendimiento neto de las actividades económicas no se incluirán las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos a las mismas», de tal modo que dichas rentas se cuantificarán conforme a lo previsto con carácter general en la normativa de IRPF para cualquier sujeto pasivo.

Resulta problemática la aplicación a las sociedades patrimoniales de la regla sobre afectación y desafectación de los bienes utilizados en la actividad establecida en el artículo 26.3 de la LIRPF.

De hecho, la desafectación no podría producirse mediante la baja del elemento de la contabilidad, pues dicho bien deberá seguir en el activo mientras que no se traspase de algún modo a terceros. En caso contrario, se estarían incumpliendo normas de carácter mercantil y contable, que también resultan de aplicación a las sociedades patrimoniales. Por tanto, no va a existir certeza en cuanto al momento de una posible desafectación, que en realidad sólo se puede determinar por la vía de hecho, según que el elemento patrimonial se utilice o no a los fines de la actividad económica. Por otra parte, el segundo párrafo del precepto citado considera que se entenderá que no ha existido afectación si se llevase a cabo la enajenación de los bienes o derechos antes de transcurridos tres años desde ésta. Por tanto, la venta de un elemento patrimonial que se halla afectado a la actividad, antes de que transcurran tres años, va a dar lugar a una rectificación de los gastos asociados a dicho bien durante todo el período de su afectación, como amortizaciones y provisiones, que no van a resultar deducibles con carácter sobrevenido a pesar de que los elementos patrimoniales se han utilizado en la actividad. Esta cautela, que puede tener algún sentido cuando se trata de una persona física, carece de justificación en relación con las sociedades patrimoniales, dado que en este caso no es preciso separar el patrimonio dedicado a la actividad económica del patrimonio personal. Para evitar abusos basta las reglas generales que determinan el concepto de bienes afectos a una actividad económica a efectos del IRPF.

También puede ser una fuente de diferencias las disposiciones del artículo 26.4 de la LIRPF que establece, por un lado, una presunción de retribución a valor de mercado de las cesiones gratuitas o por precio inferior a éste y, por otro, el gravamen del autoconsumo. En ambos casos, la naturaleza de la norma es la de una presunción absoluta, pues no se admite la prueba en contrario.

En cuanto a la presunción de retribución, a estos efectos no se aplicará la regla contenida en el artículo 5 de la LIS, que admite prueba en contrario, para lo cual es suficiente que tal gratuidad o precio inferior al del mercado se recoja en un contrato o se derive de la contabilidad de la entidad que recibe el bien, el derecho o el servicio, sino que, de acuerdo, con el mencionado precepto de la LIRPF, se atenderá al valor normal en el mercado de los bienes o servicios objeto de la actividad, que el contribuyente ceda o preste a terceros de forma gratuita. Asimismo, cuando medie contraprestación y ésta sea notoriamente inferior al valor normal en el mercado de los bienes y servicios, se atenderá a este último. Además, se atenderá al valor normal en el mercado de los bienes o servicios objeto de la actividad, que el contribuyente destine al uso o consumo propio. Esta regla no tiene ningún sentido en relación con las sociedades patrimoniales pues las sociedades patrimoniales no tienen, de momento que se sepa, la facultad de consumir, ni tampoco puede utilizar los bienes objeto de la actividad para un uso al margen de ésta, pues los bienes o están afectos a la actividad o no lo están, para lo cual serán suficientes las reglas generales, pero no pueden ser objeto de un «uso personal», en el sentido que se entiende en relación con las personas físicas.

También podemos plantearnos si en relación con las sociedades patrimoniales se aplican las presunciones de renta reguladas en la LIS o las establecidas en la LIRPF. A estos efectos, consideramos que las presunciones que se refieren a la base imponible de las sociedades sujetas al IS sólo se aplicarán en los casos en que la sociedad patrimonial obtenga rendimientos de la actividad económica, y por remisión de la normativa del IRPF. No obstante, la presunción de estimación de ren-

tas del artículo 5 de la LIS ya hemos señalado que cede ante las disposiciones de la LIRPF. No obstante, las normas de carácter presuntivo contenidas en los artículos de la LIS 14.1 g), 16, 17, apartados 2 y 3, y 20 sí resultarán de aplicación a las sociedades patrimoniales, pero sólo en relación con las rentas derivadas de la actividad económica, lo que también puede abrir vías de fraude cuando la operación se refiera a otro tipo de rentas, como por ejemplo las rentas del capital inmobiliario, donde no tendrá aplicación, por ejemplo, la norma sobre subcapitalización, lo que puede permitir la reducción del rendimiento neto de dicho componente de la renta hasta hacerlo cero.

No obstante, sí consideramos aplicable con carácter general la presunción establecida en el artículo 140 de la LIS, que permite considerar, entre otras cosas, que han sido adquiridos con renta no declarada los bienes y derechos no contabilizados, en la medida en que la sociedad patrimonial aplicará las reglas de cualquier sujeto pasivo del IS, con excepción de las determinantes de la base imponible y las especialidades establecidas expresamente en su régimen especial. La aplicación de dicha presunción a las sociedades patrimoniales elimina la posibilidad de aplicar una regla similar contenida en el artículo 37 de la LIRPF, que hace referencia a las ganancias patrimoniales no justificadas. En cualquier caso, este criterio no se establece expresamente en la norma, por lo que no se puede afirmar que vaya a ser aplicado por los órganos de la Administración. No obstante, la efectividad de ambas normas parece, en principio, similar.

Las normas contenidas en el artículo 28 de la LIRPF, que establece reglas especiales para la determinación del rendimiento neto en estimación directa, no van a resultar aplicables a las sociedades patrimoniales, pues son normas que sólo pueden ir dirigidas a las personas físicas. En ningún caso, algunas de las reglas que establece dicho precepto en relación con el cónyuge o los hijos del sujeto pasivo puede aplicarse por derivación cuando las circunstancias expresadas concurren en los socios de la entidad patrimonial.

Por último, como ya hemos señalado con carácter general, cuando una sociedad patrimonial en la que todos los socios sean personas físicas residentes en territorio español obtenga rendimientos de la actividad económica de carácter irregular (aquellos con un plazo de generación superior a dos años y los que se califican reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular) podrá disfrutar de una reducción del 40 por 100, en los términos del artículo 30 de la LIRPF, lo que dará lugar a diferencias importantes con el resultado contable y la tributación que correspondería en el régimen general.

#### *1.4. Las ganancias y pérdidas patrimoniales.*

Las rentas derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales de los que sea titular un sujeto pasivo del IS se suman a la base imponible, dado el carácter sintético y unitario de la misma, siendo de aplicación el mismo tipo de gravamen a toda la base, con independencia de que la renta tenga su origen en el desarrollo de las actividades propias del objeto social o de la transmisión de los elementos patrimoniales de los que la entidad sea titular. Sin embargo, ya hemos señalado que dicho criterio no se aplica a las sociedades patrimoniales, que calcularán las ganancias y pérdidas patrimoniales.

les como cualquier otro sujeto pasivo del IRPF, con independencia de que se trate de elementos afectos o no a la actividad económica. La aplicación de las reglas del IRPF plantea numerosas diferencias con las normas que aplican los sujetos pasivos sujetos al régimen general del IS e, incluso, auténticas lagunas normativas de una importancia tal que no se comprende cómo el legislador lo ha pasado por alto. Posiblemente, este aspecto demuestra claramente la improvisación que ha inspirado el régimen introducido por la Ley 46/2002. En concreto, podemos referirnos a los siguientes aspectos:

#### **a) Las adquisiciones a título lucrativo.**

Posiblemente una de las mayores deficiencias del régimen de las sociedades patrimoniales tiene que ver con la laguna legal que se ha originado en relación con los elementos adquiridos en virtud de donación u otro negocio de carácter gratuito. El artículo 6.4 de la LIRPF establece que «no estará sujeta a este impuesto la renta que se encuentre sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones». Dicha norma está pensada para las personas físicas, pero no en relación con las personas jurídicas, pues el artículo 3.3 de la Ley reguladora de dicho impuesto determina que los incrementos de patrimonio a título lucrativo obtenidos por personas jurídicas, no están sujetos al mismo y se someterán al IS. Por tanto, no existe norma que permita cuantificar el importe de la citada ganancia patrimonial ni, a nuestro juicio, es posible la integración analógica en este caso <sup>44</sup>.

#### **b) Las operaciones que sólo pueden ser realizadas por personas jurídicas.**

El régimen especial de sociedades patrimoniales se limita a hacer una remisión en bloque a la LIRPF a efectos de la determinación de la base imponible de dichas entidades. No obstante, en aquellos supuestos en los cuales las operaciones sólo pueden ser realizadas por personas jurídicas se provoca una laguna en cuanto a que no existe normativa directamente aplicable. En primer lugar, la operación no sólo no pudo ser prevista por la norma, sino que a nuestro juicio no entra dentro del ámbito de aplicación de la LIRPF, por lo que creemos que ni siquiera se pueden aplicar las reglas generales de determinación de la renta en el concreto componente de que se trate. En segundo lugar, tampoco se puede aplicar ni la normativa contable ni la LIS, pues la determinación de la base imponible en este régimen especial se rige por la LIRPF. En consecuencia, ello provoca una laguna legal, que tiene difícil solución, pues en esta materia no pensamos que tenga cabida la integración analógica. Así sucede, por ejemplo, con las reglas relativas a la disolución de la sociedad patrimonial o los casos, analizados de la perspectiva de la sociedad, de la entrega de elementos patrimoniales de la entidad –pago en especie– en los supuestos de separación de socios, reducción de capital con devolución de aportaciones o distribución de la prima de emisión o de beneficios. Por tanto, en estos casos, dada la inexistencia de una norma directamente aplicable, consideramos que no serán objeto de gravamen, lo cual es una vía de elusión fiscal de unas proporciones nunca imaginadas por quienes hayan diseñado el régimen <sup>45</sup>.

#### **c) La aplicación de coeficientes correctores de la ganancia o pérdida patrimonial.**

En primer lugar, en relación con el cálculo del importe de las ganancias patrimoniales de las sociedades patrimoniales se establece que no resultará de aplicación lo establecido en la disposición

transitoria novena de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, en virtud de la cual se siguen aplicando para los elementos adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1994 los llamados coeficientes reductores. La aplicación de esta norma impide que las sociedades patrimoniales obtengan la aplicación de un régimen transitorio que puede significar una reducción significativa o una eliminación de la ganancia patrimonial obtenida por la sociedad en la venta de sus elementos patrimoniales, régimen previsto para los sujetos pasivos del IRPF.

En segundo lugar, en relación con los inmuebles se aplican unos coeficientes de actualización monetaria, tanto en el IRPF (art. 33.2 de la Ley 40/1998) como en el IS (art. 15.11 de la Ley 43/1995). La normativa contable realiza una aplicación estricta del principio de precio de adquisición, por lo que en la venta no se eliminan las plusvalías meramente monetarias. Por ello, tanto en el régimen general como en el régimen especial de sociedades patrimoniales se va a reducir el resultado extraordinario contable por la aplicación de los distintos coeficientes. Pues bien, los coeficientes establecidos en relación con el IRPF son superiores a los señalados a efectos del IS hasta el año 1995. A partir de esa fecha, ocurre a la inversa, pues en el IRPF recordemos que los coeficientes de actualización van a convivir con los coeficientes reductores a los que nos hemos referido anteriormente. Ello determina que se aplique un porcentaje fijo para el año 1994 y los anteriores y que, sin embargo, respecto al IS, los coeficientes van incrementándose de forma progresiva hasta el año 1984. Por tanto, en relación con las sociedades patrimoniales podemos establecer las siguientes conclusiones:

- a) En caso de venta de bienes inmuebles adquiridos entre el año anterior de la transmisión y 1995 el régimen de las sociedades patrimoniales es más beneficioso.
- b) Para inmuebles adquiridos antes de 1995 el régimen general del IS resulta más favorable, pues el coeficiente de actualización es menor en la LIRPF, sin que tampoco puedan aplicar las sociedades patrimoniales los coeficientes de abatimiento que continúan en vigor para los sujetos pasivos del IRPF por la aplicación de diversas disposiciones transitorias<sup>46</sup> en relación con los bienes adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994.

**d) Las diferencias relativas al tratamiento de las participaciones en fondos de inversión.**

Se excluye la aplicación del artículo 77.1 a), segundo párrafo, que en la redacción dada por la Ley 46/2002, establece que no se generará el hecho imponible cuando se cambie de fondo de inversión, si se cumplen ciertas condiciones<sup>47</sup>. En consecuencia, salvo en dicho apartado las sociedades patrimoniales aplicarán las normas del IRPF, que en este aspecto resultan más favorables que la normativa que aplican las sociedades en régimen general. En este sentido, cuando las sociedades patrimoniales sean socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva reguladas en la Ley 46/1984, sólo van a ser objeto de gravamen por la transmisión de las acciones o participaciones o del reembolso de estas últimas, lo que originará una ganancia o pérdida patrimonial, y por los resultados distribuidos por dichas entidades, imputándose tales cantidades en la parte general o especial de base imponible, según las reglas generales.

La aplicación de estas normas a las sociedades patrimoniales genera una clara diferencia con la normativa contable, que es además directamente aplicable al ámbito tributario en virtud del artículo 73 de la LIS <sup>48</sup>. La valoración de las participaciones en los Fondos de Inversión Mobiliaria y los criterios temporales para el reconocimiento contable del resultado no se regulan expresamente en las normas de valoración contenidas en el PGC, lo cual no impide la aplicación de los criterios previstos para los valores mobiliarios. Así, en relación con los valores negociables de renta fija establece que los intereses implícitos de la operación se registrarán como ingresos financieros a medida que se devenguen, de acuerdo con un criterio financiero, en las cuentas de intereses a cobrar que corresponda. El ICAC ha desarrollado esta cuestión en relación con Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario (FIAMM), en la Resolución de 27 de julio de 1992. En la medida en que en este tipo de fondos la inversión se realiza en su mayor parte en activos de renta fija, con elevada liquidez, el ICAC ha considerado que el rendimiento atribuido a las participaciones de estos Fondos puede estimarse como realizado a efectos de su contabilización de acuerdo con el principio de devengo contenido en la primera parte del PGC, asimilándose pues a los valores de renta fija. Es por ello que los rendimientos devengados, vendidos o no, deberán figurar en una cuenta de ingreso, que recogerá la diferencia entre el precio de adquisición de la participación en el respectivo Fondo y el valor liquidativo de la misma a la fecha de cierre del ejercicio, con independencia de las correcciones valorativas que procedan. Por su parte, las cantidades obtenidas como consecuencia de la distribución de los resultados del FIAMM, se contabilizarán en el ejercicio en que se devenguen disminuyendo el valor de la participación en dicho Fondo <sup>49</sup>. En cualquier caso, la resolución citada, según señala el propio ICAC en la misma, se pronuncia exclusivamente sobre la forma de registrar las participaciones en los FIAMM, anunciando que el tratamiento a otorgar al resto de participaciones en otro tipo de Fondos de Inversión Mobiliaria será objeto de desarrollo en futuras disposiciones, con objeto de darle un tratamiento distinto y separado, ya que de acuerdo con su naturaleza no participan de las mismas características.

#### e) Las normas *antiaplicación* relativas a ganancias y pérdidas patrimoniales.

El artículo 31.5 de la LIRPF, en sus apartados f) y g), a los que ha dado nueva redacción la Ley 46/2002, establece las llamadas normas *antiaplicación*, cuyo objetivo es evitar que los contribuyentes se apliquen pérdidas patrimoniales que en realidad no se han producido, o que tienen un carácter meramente formal, en la medida en que, una vez generada la pérdida, se vuelven a adquirir valores homogéneos, normalmente al mismo precio. El apartado f) determina que no se computarán como pérdidas «las derivadas de las transmisiones de valores o participaciones admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, cuando el contribuyente hubiera adquirido valores homogéneos dentro de los dos meses anteriores o posteriores a dichas transmisiones». La misma consecuencia se aplica, según el apartado g), en relación con «las derivadas de las transmisiones de valores o participaciones no admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, cuando el contribuyente hubiera adquirido valores homogéneos en el año anterior o posterior a dichas transmisiones». En los casos previstos en los apartados f) y g) anteriores, las pérdidas patrimoniales se inte-

grarán a medida que se transmitan los valores o participaciones que permanezcan en el patrimonio del contribuyente <sup>50</sup>. Estas normas no se aplican a contribuyentes sometidos al régimen general del IS.

#### **f) Reglas especiales de valoración de las ganancias y pérdidas patrimoniales.**

El artículo 35 de la LIRPF establece numerosas reglas especiales de valoración para el cálculo de las ganancias y pérdidas patrimoniales según el bien o derecho que determine dicha renta. Muchas de estas normas tienen carácter presuntivo, llegándose a establecer en ocasiones valoraciones legales que no pueden dejar de aplicarse ni aunque se pruebe el valor o precio real que se haya acordado en la realidad, admitiéndose en otras ocasiones la prueba en contrario. Así ocurre por ejemplo en la letra b) del apartado 1.º, que establece diversos sistemas de valoración de las transmisiones de acciones no cotizadas en bolsa, a efectos de la determinación de la variación patrimonial correspondiente, salvo prueba en contrario del importe efectivamente satisfecho, lo que puede determinar una valoración de tales acciones muy diferente a la cantidad contabilizada. Los mismos objetivos se persiguen en la letra d), relativa a la determinación de la ganancia de patrimonio en las aportaciones no dinerarias a sociedades o la regla h), que hace referencia a la producida con ocasión de las permutas. En todos estos casos, la aplicación de las reglas de valoración que establece el artículo 35.1 de la LIRPF puede dar lugar a diferencias en el cómputo de la ganancia patrimonial en relación con el resultado extraordinario determinado en la contabilidad, así como si se aplicaran las reglas generales del IS.

#### **g) Las normas relativas a la entrega de acciones liberadas.**

El artículo 23.1 a) 2.º de la LIRPF determina que no constituye renta la entrega de acciones liberadas. Posteriormente, dicha regla se concreta en los apartados a) y b) del artículo 35.1 de la misma Ley, donde se establecen las mismas reglas con independencia de que las acciones coticen en un mercado organizado. En concreto, el valor de adquisición de las acciones parcialmente liberadas será el importe realmente satisfecho por el contribuyente, mientras que cuando se trate de acciones totalmente liberadas, el valor de adquisición tanto de éstas como de las que procedan resultará de repartir el coste total entre el número de títulos, tanto los antiguos como los liberados que correspondan. Estas reglas coinciden básicamente con las normas contables, pues la Norma de Valoración 8.ª 1 del PGC establece que los valores negociables se valorarán por su precio de suscripción o compra, que estará constituido por el importe total satisfecho o que deba satisfacerse en la adquisición, incluidos los gastos inherentes a la operación. Esto significa que el valor de la cartera de valores se mostrará inalterable, si bien para determinar el valor unitario de los títulos se utilizará el criterio del coste medio ponderado, en caso de valores homogéneos. En suma, se aplican reglas similares tanto en el IRPF como en las normas contables, por lo que no se van a producir diferencias en este aspecto.

#### **h) La venta de derechos de suscripción preferente.**

En relación con los rendimientos derivados de la venta de derechos de suscripción preferente, la LIRPF establece reglas distintas según que se refieran a acciones con o sin cotización oficial. En el primer caso, el artículo 35.1 a) determina que para la determinación del valor de adquisición se deducirá el importe obtenido por la transmisión de los derechos de suscripción, y que sólo si el



importe obtenido en la transmisión de los derechos de suscripción llegara a ser superior al valor de adquisición de los valores de los cuales procedan tales derechos, la diferencia tendría la consideración de ganancia patrimonial para el transmitente, en el período impositivo en que se produzca la transmisión. Por su parte, el apartado 2.º, relativo a las acciones sin cotización, establece que el importe obtenido por la transmisión de derechos de suscripción procedentes de estos valores o participaciones tendrá la consideración de ganancia patrimonial para el transmitente en el período impositivo en que se produzca la citada transmisión.

La norma de valoración 8.ª 1 del PGC determina las siguientes consecuencias. Por un lado, se registrará el beneficio generado por la venta de los derechos de suscripción preferente, por la diferencia entre el precio de venta de los derechos de suscripción preferente y el valor teórico o coste de los mismos, que se determinará aplicando alguna fórmula valorativa de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia. Por otro lado, la venta de los derechos de suscripción supondrá una disminución del valor por el que están contabilizados los títulos, precisamente en el importe del coste de tales derechos.

Por tanto, las reglas que se establecen para las sociedades patrimoniales son muy diferentes que las que deberán aplicar las entidades sujetas al régimen general, que aplican la normativa contable. En efecto, contablemente el valor que se toma como referencia es el del coste o valor teórico del derecho. Sólo si el valor de transmisión supera a éste se pondrá de manifiesto una renta por la diferencia y, además, la operación supondrá la reducción del valor de los títulos precisamente en ese coste del derecho previamente determinado. Sin embargo, este concepto del coste del derecho preferente de adquisición es ajeno a la normativa del IRPF. En este ámbito, si las acciones cotizan, como se ha señalado, sólo existirá una renta computable cuando el importe obtenido en la venta de los derechos supere el valor de los títulos de los que proceden los mismos. Si las acciones no cotizan en bolsa la totalidad del precio obtenido como consecuencia de la venta tiene la consideración de ganancia patrimonial. En consecuencia, las sociedades patrimoniales aplican en relación con las acciones con cotización oficial unas reglas más ventajosas que las determinadas por el PGC y, al contrario, cuando se trate de acciones sin cotización oficial, la renta por la que tributará será mayor que la que resultaría de aplicar las reglas contables.

### **i) La aplicación a las sociedades patrimoniales de la norma relativa a las ganancias patrimoniales no justificadas.**

En cuanto al artículo 37 de la LIRPF, ya hemos señalado que es dudosa su aplicación a las sociedades patrimoniales, que ya aplican una presunción similar, y más apropiada para las sociedades, como es la establecida en el artículo 140 de la LIS.

## **2. Las normas relativas a la integración y compensación de la base imponible.**

La integración y compensación de la base imponible se realizará de acuerdo con las reglas del IRPF. Ello supone dividir la base imponible en dos partes, la parte general y la parte especial, que



se determinarán por la adición de los diferentes rendimientos y ganancias patrimoniales obtenidas por la sociedad patrimonial. Para analizar el mecanismo de integración de la renta, por un lado, se ha de distinguir entre los distintos tipos de rendimientos y ganancias patrimoniales que pueden producirse, por lo que la integración viene determinada por el componente de la renta en el que se incardine el rendimiento o la ganancia obtenida y, por otro lado, en relación con las ganancias patrimoniales, se ha de tener presente su período de generación.

La parte general de la base imponible del período impositivo estará constituida por la totalidad de la renta del contribuyente, excluidas las ganancias y pérdidas patrimoniales previstas en el artículo 39 de esta Ley, que son aquellas que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales adquiridos o de mejoras realizadas en los mismos con más de un año de antelación a la fecha de transmisión, o de derechos de suscripción que correspondan a valores adquiridos, asimismo, con la misma antelación. La determinación de dicha parte general será el resultado de sumar los siguientes saldos:

- a) El saldo resultante de integrar y compensar entre sí, sin limitación alguna, en cada período impositivo, los rendimientos y las imputaciones de renta a que se refieren el Título VII y el artículo 78 de la LIRPF y el Capítulo II del Título VIII de la LIS (imputaciones a los socios de agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y uniones temporales de empresas). El saldo resultante se incorporará a la base imponible general, sea dicho saldo positivo o negativo.
- b) Las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de bienes y derechos adquiridos o de mejoras realizadas con menos de un año de antelación a la fecha de la transmisión se integrarán y compensarán exclusivamente entre sí. Si el saldo fuere positivo, se sumará con el resultado de los rendimientos e imputaciones de renta. Si fuere negativo, su importe se compensará con el saldo positivo resultante de la suma de los rendimientos e imputaciones de renta, obtenido en el mismo período impositivo, con el límite del 10 por 100 de dicho saldo positivo. Si tras dicha compensación quedase saldo negativo, su importe se compensará en los cuatro años siguientes en el mismo orden establecido en los párrafos anteriores.

Por otro lado, el artículo 39 de la LIRPF determina que la parte especial de la renta del período impositivo estará constituida por el saldo positivo que resulte de integrar y compensar exclusivamente entre sí, en cada período impositivo, las ganancias y pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales adquiridos o de mejoras realizadas en los mismos con más de un año de antelación a la fecha de transmisión, o de derechos de suscripción que correspondan a valores adquiridos, asimismo, con la misma antelación.

Por tanto, existe una absoluta incomunicación entre las ganancias patrimoniales generadas en más de un año en relación con el resto de las rentas del sujeto pasivo. Por otra parte, entre los rendimientos, con independencia del plazo de su generación, y las ganancias patrimoniales generadas en un plazo que no sea superior a un año se ha establecido una pequeña vía de comunicación en los casos en que el saldo de dichas variaciones patrimoniales sea negativo.

### 3. Las normas relativas a la compensación de bases imponibles negativas.

El artículo 75.3 a) d') de la LIS establece que las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores se compensarán según lo dispuesto en la normativa del IRPF que, aunque no contempla una norma sobre bases imponibles negativas, sí establece determinados preceptos que se refieren a dicha cuestión. La aplicación de las normas del IRPF supone importantes desventajas en relación con la regulación del IS, a saber:

Por un lado, se restringe enormemente el período durante el cual la sociedad puede ejercer su derecho a compensar las bases negativas. El artículo 23 de la LIS determina que las bases imponibles negativas podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos. Dicho período se reduce en el IRPF, de acuerdo con el artículo 38 bis de su Ley reguladora, a cuatro años.

Por otro lado, la compensación de bases negativas de ejercicios anteriores en el IRPF tiene otra característica diferencial. En el IS la compensación opera sin limitaciones<sup>51</sup> con las rentas positivas obtenidas en el período de quince años, sin que se establezca ninguna otra restricción a la compensación derivada del origen o la fuente de la que proceda la base negativa, lo cual está en perfecta armonía con el carácter sintético y unitario de la renta en el IS. En el IRPF ocurre todo lo contrario, pues la compartimentación de la estructura del impuesto por la división de la renta en componentes y la escisión de la base imponible en dos partes, a las que se les aplica dos tipos de gravámenes diferentes, tienen como consecuencia que a la hora de la compensación de bases negativas sea necesaria la determinación del origen de la base negativa, es decir, de la fuente de la que procede y cuál ha sido su período de generación.

Ello supone importantes límites a la hora de que se proceda a la compensación de rentas negativas, incluso las generadas en el mismo período impositivo. Esta cuestión se regula en el artículo 38 bis de la LIRPF, que establece las siguientes reglas:

- a) El saldo negativo de los rendimientos e imputaciones de renta podrá ser compensado con las rentas de la misma naturaleza durante los cuatro períodos impositivos siguientes.
- b) El saldo negativo de las ganancias y pérdidas patrimoniales generadas en un plazo que no exceda de un año que no haya podido ser compensado con el saldo positivo de los rendimientos e imputaciones de renta del mismo período impositivo (recordemos el límite del 10 por 100 del citado saldo) podrán compensarse en los cuatro años siguientes, primero, con las ganancias patrimoniales generadas en un plazo que no exceda de un año y, si ello no fuere posible, con la décima parte del saldo positivo que resulte de la integración y compensación de los rendimientos e imputaciones de renta.
- c) El saldo negativo de las ganancias y pérdidas patrimoniales generadas en un plazo superior a un año sólo podrá compensarse con las ganancias de la misma naturaleza y plazo de generación que se produzcan en los cuatro años siguientes. A estos efectos, el artículo 39.2

de la LIRPF establece que la compensación deberá efectuarse en la cuantía máxima que permita cada uno de los ejercicios siguientes y sin que pueda practicarse fuera del plazo de cuatro años mediante la acumulación de pérdidas patrimoniales de ejercicios posteriores.

Todas estas limitaciones operan en relación con las bases imponibles generadas a partir de la entrada en vigor del régimen de sociedades patrimoniales, es decir, a las bases imponibles negativas obtenidas por sociedades integradas dentro de dicho régimen en los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2003. Las sociedades patrimoniales que estuvieron sometidas hasta dicha fecha al régimen de transparencia fiscal, en relación con la compensación de las bases generadas cuando tenían la consideración de sociedades transparentes se regirán por la disposición transitoria primera de la Ley de Reforma, apartado 5, que establece que podrán ser compensadas con la parte general o especial de la base imponible (a opción de la sociedad) en el plazo y condiciones que correspondiese a la sociedad transparente, según el artículo 23 de la LIS.

#### **4. El tipo de gravamen.**

Las sociedades patrimoniales aplicarán dos tipos de gravamen diferentes a cada una de las partes en las que se divide la base imponible. Así, a la parte general de la base imponible se aplicará un tipo de gravamen del 40 por 100. Por su parte, la parte especial de la base imponible tributará al 15 por 100, lo que iguala la tributación de las rentas que se incluyen en dicha parte especial con las personas físicas y supone una importante ventaja en relación con el régimen general del impuesto, donde sólo se aplica dicho tipo de gravamen en los casos de reinversión del importe obtenido en la transmisión de los elementos patrimoniales en la adquisición de nuevos elementos necesarios para el desarrollo de la actividad. Esta ventaja tiene una especial importancia en algunas sociedades en las que ni siquiera sea aplicable en relación con sus activos más importantes la deducción por reinversión. Así sucederá cuando se trate de vender un elemento que no tenga la consideración de activo sino de circulante, lo que puede ser importante, valga el ejemplo, en las empresas inmobiliarias y promotoras, respecto a los bienes dedicados a la venta, hayan sido construidos o adquiridos de terceros, pues la venta por la propia sociedad determinará que la renta se integre al tipo general de gravamen del IS.

#### **5. Las deducciones en la cuota.**

La cuota íntegra únicamente podrá minorarse por aplicación de las siguientes partidas:

- Deducciones en actividades económicas (art. 55.2 LIRPF), si bien se excluye la aplicación de la deducción por reinversión, en la medida en que las ganancias patrimoniales generadas en más de un año ya tributan a un tipo reducido del 15 por 100, lo que equipara al tratamiento de las rentas generadas por la transmisión de elementos patrimoniales en el IS, a

condición de reinversión. El régimen de las sociedades patrimoniales es en este caso más beneficioso que el régimen general del IS, pues dichas entidades disfrutaban de dicho tipo reducido sin necesidad de reinversión. En relación con el resto de deducciones en actividades económicas, la LIRPF se remite a la normativa del IS, si bien habrá que introducir ciertas matizaciones a efectos de adaptar los distintos conceptos a que se hace referencia en dicha normativa a lo dispuesto en la LIRPF, por ejemplo en materia de límites.

- Deducciones por donativos (art. 55.3 de la LIRPF), que se aplicarán en los términos establecidos para personas físicas en la Ley 49/2002.
- Deducción por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla (art. 55.4 de la LIRPF).
- Deducción por actuaciones relacionadas con el patrimonio histórico (art. 55 de la LIRPF). Según determina el artículo 56 de la LIRPF, la base de esta deducción, conjuntamente con la base de la deducción por donativos, no podrá exceder del 10 por 100 de la base liquidable del contribuyente.
- Deducción por doble imposición de dividendos (art. 66 de la LIRPF). En relación con esta cuestión SANZ GADEA <sup>52</sup> apunta dos cuestiones a efectos de la comparación de esta norma con el sistema establecido en la LIS para las sociedades que no estén sometidas a este régimen especial:
  - Para valores que confieran un porcentaje de participación igual o superior al 5 por 100 esta deducción es inferior a la prevista en el artículo 28.2 de la LIS, pero para porcentajes inferiores al 5 por 100 la tributación efectiva sobre el dividendo derivada del régimen general y del especial de la sociedad patrimonial se aproxima mucho.
  - En materia de normas restrictivas de la deducción, las normas del IRPF son menos restrictivas, pues es posible generar pérdidas latentes derivadas de la distribución de reservas existentes en el momento de la adquisición de la participación, y, al tiempo, aplicar la deducción para evitar la doble imposición de dividendos cuando su distribución determina la depreciación de la participación. La minoración de la carga tributaria será muy importante cuando la minusvalía derivada de la distribución del dividendo sea a corto plazo y se compense con plusvalías a corto plazo o rendimientos netos.
- Deducción por doble imposición internacional (art. 67 de la LIRPF). SANZ GADEA <sup>53</sup>, comparando esta deducción con la establecida con carácter general en la LIS, ha señalado que «los dividendos de fuente extranjera percibidos por la sociedad patrimonial únicamente disfrutaban de la deducción para evitar la doble imposición jurídica internacional. Por esta razón su fiscalidad es mucho más gravosa que la prevista en el régimen general, ya sea aplicable el artículo 20 bis o el 30, ambos de la Ley 43/1995. En este sentido, parece poco probable que los grupos de sociedades ubiquen la cartera de valores extranjeros en una sociedad patrimonial».
- Pagos a cuenta previstos en los artículos 38 y 146 de la LIS, es decir, pagos fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta.

## 6. Los pagos fraccionados.

La sociedad patrimonial calcula el pago fraccionado aplicando los mismos procedimientos que se regulan en el artículo 38 de la LIS para las sociedades en régimen general. De esta forma, se regulan dos modalidades para su cálculo, a saber:

- 1.º Si se aplica la modalidad establecida por defecto con carácter general, que consiste en aplicar sobre la cuota íntegra –minorada en una serie de partidas– del período impositivo cuyo plazo reglamentario estuviese vencido el primer día del plazo para realizar el pago fraccionado el tipo que fije la Ley de Presupuestos –en el 2003 el tipo es el 18 por 100, manteniéndose en el Proyecto de Ley de Presupuestos para el año 2004–. En cuanto a las minoraciones que se han previsto, se reducen a las que señala el artículo 55, en los apartados 2 (deducciones en actividades económicas, con excepción de la deducción por reinversión), 4 (deducción por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla) y 5 (deducción por actuaciones relacionadas con el patrimonio histórico), 55 y en los artículos 66 (deducción por doble imposición de dividendos) y 67 (deducción por doble imposición internacional) de la Ley 40/1998, así como de las retenciones e ingresos a cuenta correspondientes a aquél.
- 2.º En la segunda modalidad, que es opcional –salvo en los casos establecidos en las Leyes de Presupuestos en los que resulta de aplicación obligatoria–, la base de cálculo se determina en función de la base imponible obtenida por la entidad desde el inicio del período impositivo al día anterior a que se inicie el plazo para realizar el pago. Dicha base se multiplica por un coeficiente que se determina anualmente en la Ley de Presupuestos. En el año 2003 y en el Proyecto de Ley de Presupuestos para 2004 dicho porcentaje es 5/7 del tipo de gravamen que deba aplicar la sociedad, redondeado por defecto. En consecuencia, las sociedades patrimoniales aplicarán el tipo del 28 por 100 en los casos de rendimientos y ganancias patrimoniales generadas en menos de un año (parte general de la base imponible) y el 10 por 100 en caso de que en la base imponible del período se computen ganancias generadas en más de un año (parte especial de la base imponible). La cantidad obtenida de la aplicación de dichos porcentajes se reducirá tan sólo por la deducción prevista en el apartado 4 del artículo 55 de la Ley 40/1998 (deducción por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla), así como por las retenciones e ingresos a cuenta practicados sobre los ingresos del sujeto pasivo, y los pagos fraccionados efectuados correspondientes al período impositivo.

## 7. La compatibilidad con otros regímenes especiales del IS.

En algunos casos la LIS regula de forma expresa la posibilidad de que sociedades patrimoniales puedan compatibilizar su propio régimen tributario con algún otro régimen especial regulado en la propia norma o, más concretamente, establece la incompatibilidad absoluta entre los distintos regímenes. En otros supuestos, ante el silencio normativo, es preciso delimitar dicha cuestión por vía interpretativa. Ya hemos señalado, a lo largo del trabajo, la incompatibilidad del régimen de socie-

dades patrimoniales con el de las instituciones de inversión colectiva y el de las sociedades y fondos de capital-riesgo y sociedades de desarrollo industrial regional, en la medida en que resultan incompatibles con aquél. Dejando a un lado a estos dos regímenes, es preciso analizar la compatibilidad de las normas establecidas por la Ley 46/2002 con el resto de regímenes especiales regulados en la LIS o fuera de ella.

A) La compatibilidad con el régimen de entidades cooperativas.

El régimen de transparencia fiscal resultaba compatible con el régimen de cooperativas. Así lo determinó la DGT, considerando que en el caso que una entidad de este tipo deba considerarse una sociedad transparente, le serían aplicables todas las normas de determinación de la base imponible del IS reguladas en la Ley 20/1990<sup>54</sup>. No obstante, con independencia de diferencias puntuales por la aplicación de las normas de la LIRPF, la incompatibilidad entre ambos regímenes especiales se encuentra en la estructura de las normas sobre cuantificación del tributo, pues en ambos se divide la base imponible en dos partes a las que se le aplica reglas y tipos diferentes.

B) La compatibilidad con el régimen de empresas de reducida dimensión.

El régimen de reducida dimensión no va a resultar aplicable con carácter general a las entidades patrimoniales, salvo en relación con un componente de la renta concreto y determinado, como es la renta de actividades económicas, y por remisión de la Ley del IRPF. Por tanto, en relación con uno de los beneficios fiscales más importantes, los relacionados con la aceleración de la amortización, los mismos no van a resultar aplicables a todos los activos de la sociedad, sino tan sólo a aquellos que estén afectos a las actividades económicas que pueda desarrollar la entidad, que, evidentemente, no pueden superar a los activos no afectos, pues en ese caso la entidad no tendría el carácter de sociedad patrimonial. Por tanto, si entre las rentas obtenidas por la entidad no existen rendimientos derivados de dicha fuente no podrá aplicar ninguno de los incentivos fiscales correspondientes a las empresas de reducida dimensión. Lo que en ningún caso es aplicable es la norma que establece un tipo de gravamen específico más reducido para una parte de la base imponible de las sociedades de reducida dimensión, por lo que no resulta de aplicación a las sociedades patrimoniales el artículo 127 bis de la LIS.

C) La compatibilidad con el régimen de los grupos de sociedades.

A efectos de analizar la compatibilidad de este régimen especial con el régimen de sociedades patrimoniales, hemos de determinar si una sociedad de este tipo puede formar parte de un grupo de sociedades al que le sea de aplicación el régimen de consolidación fiscal, bien como sociedad dominante, bien como sociedad dominada. A estos efectos, el artículo 81.2 e) de la LIS determina, entre otros requisitos, que la sociedad dominante no puede estar sometida al régimen especial de las sociedades patrimoniales. A la misma conclusión se llega cuando se trata de determinar si este tipo de sociedades puede formar parte del grupo como sociedad dominada. En este sentido, el artículo 81.4 c) de la LIS establece que no pueden formar parte del grupo a efectos de aplicar el régimen

fiscal de consolidación las sociedades dependientes que estén sujetas en el IS a un tipo de gravamen diferente al de la sociedad dominante. Aparte de otras razones, no tiene sentido que la sociedad patrimonial consolide sus bases imponibles con el resto de entidades, pues los criterios de determinación de ingresos y gastos no tienen nada que ver con la normativa del IS, y aún menos la distinción entre base imponible general y especial, así como la aplicación de tipos diversos a cada uno de esos conceptos.

D) La compatibilidad con el régimen de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores.

La LIRPF contempla las operaciones de reestructuración empresarial desde la perspectiva de la persona física que tiene la condición de socio de algunas de las entidades que intervienen en la operación. Así, en la letra d) del artículo 35.1 de la LIRPF se establecen reglas para determinar la ganancia patrimonial derivada de las aportaciones no dinerarias a sociedades, mientras que en la letra e) del mismo precepto se regula la misma cuestión en relación con los casos de separación de los socios, disolución de sociedades y escisión, fusión o absorción de sociedades. No obstante, el apartado 3.º del artículo 35 de la LIRPF permite la aplicación de lo dispuesto en el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995 también a las personas físicas. Por tanto, cuando se realice alguna operación de reestructuración empresarial que afecte a las sociedades patrimoniales en concepto de socio no existe ningún problema para la aplicación del régimen especial regulado en el mencionado capítulo de la LIS.

Ahora bien, las sociedades patrimoniales pueden desempeñar otro papel distinto en un proceso de este tipo. Así, puede participar en un proceso de fusión por absorción como sociedad absorbente o como sociedad absorbida, por lo que se habrían de determinar las consecuencias en cualquiera de estos casos. Lógicamente, no se contempla que la persona física pueda participar en alguna de estas operaciones con otra condición distinta de la de socio de la entidad, y en consecuencia, nada de esto se regula en la LIRPF. En consecuencia, en la medida en que se trate de normas que afectan a la base imponible de la sociedad patrimonial se deberá aplicar la normativa del IRPF, por lo que sólo se podrá aplicar el régimen especial referido a procesos de reestructuración empresarial regulado en el artículo 97 y siguientes de la LIS, cuando a tales efectos exista una remisión expresa por parte de la normativa del IRPF, lo que ocurre cuando la sociedad patrimonial tenga la condición de socio de alguna de las entidades que intervienen en este tipo de procesos. En la doctrina se han señalado dos tesis en relación con el régimen tributario de las sociedades patrimoniales cuando participa en un proceso de reestructuración en otra condición distinta de la de socio, a saber:

- 1.ª Que se apliquen las reglas generales de cálculo de las ganancias y pérdidas patrimoniales para los casos en que la sociedad patrimonial participe en estos procesos en una condición diferente a la de socio, lo que supondría el gravamen de la diferencia entre el valor de mercado de los bienes transmitidos y el valor de adquisición, por lo que no se aplicaría el régimen de diferimiento fiscal previsto para el resto de entidades <sup>55</sup>.



- 2.<sup>a</sup> Que se aplique la normativa del IS y el régimen especial de las fusiones, en la medida en que las sociedades patrimoniales también aplican las reglas del IS, salvo ciertas normas especiales, como las relativas a la base imponible <sup>56</sup>.

No estamos completamente de acuerdo con ninguna de las dos tesis, aunque nos aproximamos más, al menos en cuanto a su resultado, a la segunda de ellas. A nuestro juicio, esta cuestión y otras similares que ya hemos planteado en relación con el régimen de sociedades patrimoniales vienen determinadas simplemente por la ligereza con la que el legislador ha regulado este régimen especial. Estamos, pues, más próximos a pensar que existe una verdadera laguna legal a que en estos casos se deban aplicar las reglas generales del IRPF, ya que este supuesto no se puede producir en el ámbito del IRPF. En efecto, en la medida en que las personas físicas no pueden participar en estos procesos salvo en su condición de socios, no es posible aplicar ninguna norma de la LIRPF cuando se participa en otra condición. Tampoco creemos que se puedan aplicar las reglas establecidas en el IS, porque el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores afectan a cuestiones que pueden determinar consecuencias importantes en la base imponible de la sociedad patrimonial. Estamos, pues, ante una laguna legal, que en este caso resolveremos por la aplicación de la norma comunitaria, pues la Directiva que regula el régimen de diferimiento en este tipo de procesos de reestructuración empresarial tiene efecto directo en nuestro ordenamiento jurídico. En concreto la eficacia directa de las directivas se encuentra condicionada por los siguientes requisitos: 1.º El agotamiento del plazo dado a los Estados para la transposición de la directiva; 2.º La falta de cumplimiento adecuado de la obligación de adaptar el derecho interno a las disposiciones de la directiva; 3.º El cumplimiento de los requisitos generales que son obligados para que se admita el efecto directo de una disposición comunitaria, es decir, que la norma comunitaria sea clara y precisa y que su mandato sea incondicional. En consecuencia, la transposición incorrecta de la directiva, dada la primacía del Derecho comunitario, supone que el Estado sigue obligado a adoptar las medidas que sean necesarias para alcanzar el resultado que pretende la directiva, lo que alcanza a todos los poderes del mismo. Por un lado, la Administración deberá introducir una práctica administrativa que permita el cumplimiento de la norma comunitaria. Por otro lado, los jueces deberán aplicar el efecto directo de las directivas, en los términos expuesto, en los litigios de los cuales estén conociendo y en relación con quienes sean partes del mismo, o bien, deberán tratar de interpretar la normativa interna de acuerdo con el resultado que se pretende alcanzar a través de la directiva en la medida en que ello sea posible. En último lugar, la eficacia directa de la directiva no hace desaparecer la obligación del poder legislativo de adaptar la normativa interna a lo dispuesto en la misma. En este sentido, se puede afirmar que la posibilidad que tienen los particulares de invocar el efecto directo de la Directiva, tan sólo es una garantía mínima a través de la cual no es posible lograr la plena aplicación del Tratado, de tal modo que subsiste la obligación del Estado de llevar a cabo la transposición de la Directiva. En consecuencia, por esta vía va a resultar aplicable a las sociedades patrimoniales el régimen de diferimiento cuando participen en estas operaciones en una condición distinta a la de socio.

E) La compatibilidad con el régimen de tenencia de valores extranjeros.

El artículo 129.1, tercer párrafo, de la LIS que regula el ámbito de aplicación de este régimen especial, determina que las sociedades patrimoniales no pueden acogerse al mismo.

F) La compatibilidad con el régimen de entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas.

El artículo 68 quarter.4 de la LIS determina que cuando a la entidad le resulte de aplicación cualquiera de los restantes regímenes especiales contemplados en la LIS no podrá optar por este régimen especial, salvo alguna excepción entre la que no se incluye el caso de las sociedades patrimoniales.

### **8. Los problemas contables derivados de la aplicación del régimen de sociedades patrimoniales a entidades sujetas al antiguo régimen de transparencia fiscal.**

El nuevo régimen de sociedades patrimoniales va a multiplicar de modo exponencial la complejidad del proceso de contabilización del IS que se aplica con carácter general a todas las empresas. Aun cuando el método sea el mismo establecido con carácter general en la norma de Valoración 16.<sup>a</sup> del PGC, desarrollada por la Resolución del ICAC de 9 de octubre de 1997, modificada parcialmente por la Resolución del mismo órgano de 15 de marzo de 2002, las dificultades se deben a dos razones.

En primer lugar, el régimen de sociedades patrimoniales ha multiplicado las diferencias entre las reglas contables de determinación de ingresos y gastos y la normativa aplicable en el ámbito fiscal para este tipo de sociedades, que se remite en numerosos aspectos a la normativa del IRPF, lo que va a dar lugar a numerosas diferencias entre el resultado contable y la base imponible. Se utilice o no a efectos de la determinación de la base imponible el sistema de ajustes, dicho resultado contable ha de ser en cualquier caso el punto de partida, pues refleja las operaciones realizadas durante el ejercicio y el valor de las mismas.

En segundo lugar, una cuestión que se refiere exclusivamente al primer cierre de ejercicio, una vez que ha entrado en vigor la norma, pues resulta necesario que se adapten los efectos impositivos contabilizados de acuerdo con la normativa reguladora de la transparencia fiscal, a las nuevas reglas de las sociedades patrimoniales. La elección del método de la deuda para la contabilización del IS, que supone que el efecto impositivo de las diferencias temporales se debe considerar contablemente un derecho de cobro (crédito por impuestos anticipados) o una obligación de pago (deudas por impuestos diferidos) con la Hacienda Pública, tiene como consecuencia que ante determinadas circunstancias se ha de modificar también el importe de los efectos impositivos contabilizados y que todavía no han revertido. En este sentido, la Norma de Valoración 16.<sup>a</sup> del PGC señala que «cuando la modificación de la legislación tributaria o la evolución de la situación económica de la empresa den lugar a una variación en el importe de los impuestos anticipados, créditos impositivos e impuestos diferidos, se procederá a ajustar el saldo de las cuentas antes mencionadas, computándose en resultados el ingreso o gasto según corresponda, que se derive de dicho ajuste».

De acuerdo con la norma citada, los cambios sustanciales en el régimen tributario de las sociedades de cartera y de mera tenencia de bienes van a obligar a estas entidades a la modificación de

las cuentas que reflejan los impuestos anticipados y diferidos, fundamentalmente porque deberán adaptarse a los nuevos tipos de gravamen aplicables a este tipo de entidades, pues la reversión se calculará conforme a ellos. Por tanto, como consecuencia del nuevo régimen de sociedades patrimoniales, las entidades que ya tributaban en transparencia fiscal, deberán ajustar los saldos de los impuestos anticipados y diferidos originados en períodos anteriores, es decir, de acuerdo con la filosofía que inspira el método de la deuda, deberán ser actualizados los valores de los derechos de cobro y de las obligaciones de pago.

El ajuste practicado en los saldos derivados de la aplicación de las nuevas normas que se aplican a las sociedades patrimoniales y, en particular, la modificación del tipo de gravamen aplicable a las rentas obtenidas por las mismas, se ha de imputar a los resultados del período en que entre en vigor dicha modificación, es decir, en el primer período impositivo iniciado durante 2003. El tratamiento de dicho ajuste es el de un menor gasto (638. *Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios*) o mayor gasto por IS del ejercicio (633. *Ajustes negativos en la imposición sobre beneficios*), siendo tratadas por el PGC, a efectos de su presentación en la cuenta de Pérdidas y ganancias, como un componente de la partida 15. Impuesto sobre Sociedades. Estas modificaciones en las cuentas de impuestos anticipados y diferidos van a dar lugar en dicho período a un ajuste sobre el resultado contable, pues su repercusión sobre las cuentas anuales deberá ser eliminada a efectos de la base imponible del IS, al no tener carácter deducible de conformidad con el artículo 14.1 b) de la LIS, que considera que no son deducibles los gastos e ingresos derivados de la contabilización de dicho impuesto, de lo que se deduce que las modificaciones en las cuentas de impuestos anticipados y diferidos no tienen repercusión en la base imponible del IS, lo que dará lugar a una diferencia permanente positiva o negativa en el ejercicio en que se produzca el ajuste.

## 9. Las obligaciones de información en la memoria.

El artículo 50 bis, añadido al RIS por el Real Decreto 252/2003, de 28 de febrero, ha establecido que las sociedades patrimoniales deberán incluir en la memoria de las cuentas anuales la siguiente información:

- a) Beneficios aplicados a reservas que correspondan a períodos impositivos en los que tributaron en régimen distinto al régimen especial de sociedades patrimoniales.
- b) Beneficios aplicados a reservas que correspondan a períodos impositivos en los que tributaron en este régimen especial.
- c) En caso de distribución de dividendos y participaciones en beneficios con cargo a reservas, designación de la reserva aplicada de entre las dos a las que, por la clase de beneficios de los que procedan, se refieren los párrafos a) y b) anteriores.

Estas menciones en la memoria anual deberán ser efectuadas mientras existan reservas de las referidas en el párrafo b) del apartado anterior, aun cuando la entidad no tribute en este régimen espe-

cial y las obligaciones de información serán también exigibles a las sucesivas entidades que ostenten la titularidad de las reservas referidas en el apartado 1 b) de este artículo.

Por último, la memoria deberá precisar ciertos datos de lo más relevante, pues deberá contener una información detallada sobre los cálculos efectuados para determinar el resultado de la distribución de los gastos entre las distintas fuentes de renta.

## **10. Los requisitos formales exigidos a las sociedades patrimoniales.**

En el régimen de transparencia fiscal ha tenido una especial importancia el cumplimiento de determinadas obligaciones formales al objeto de que fuera posible la identificación de los socios que debían sufrir la imputación. El mismo rigor en el cumplimiento de obligaciones formales se ha trasladado de forma mimética al régimen de sociedades patrimoniales, sin que posiblemente existan las mismas razones que en el primer caso sí que justificaban plenamente dichas normas. En este sentido, el artículo 77.1 de la LIS señala que las sociedades patrimoniales deberán mantener o convertir en nominativos los valores o participaciones representativas de la participación en su capital.

Para asegurar el cumplimiento de esta obligación se establece una sanción para la propia sociedad patrimonial en caso de incumplimiento y un supuesto de responsabilidad de los administradores. En este sentido, el incumplimiento de esta obligación se tipifica como infracción tributaria simple, que será sancionable con multa de 3.000 a 6.000 euros, por cada período impositivo en que se haya dado el incumplimiento. Por su parte, se establece que de esta infracción serán responsables subsidiarios los administradores de la sociedad, salvo los que hayan propuesto expresamente las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en el párrafo anterior, sin que hubiesen sido aceptadas por los restantes administradores.

Aunque es cierto que la obligación de mantener nominativos los títulos facilita la gestión de los distintos impuestos implicados, posiblemente no tenga sentido la aplicación de consecuencias tan graves cuando la que tributa de forma definitiva es la sociedad patrimonial. En realidad, la determinación del carácter de socio de la entidad transparente tan sólo reporta beneficios a éste, al menos cuando se trate de un socio persona física, pues no deberá incluir los dividendos y participaciones en beneficios recibidas en su base imponible, teniendo un régimen especial en relación con el reparto de dividendos y la transmisión de acciones o participaciones.

## **VI. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES PATRIMONIALES**

La tributación de los socios en el nuevo régimen de sociedades patrimoniales es completamente diferente al régimen de transparencia fiscal, pues los socios no se imputan ningún concepto

como ocurría en este último régimen. Además, el impuesto satisfecho por la entidad por el régimen especial de las sociedades patrimoniales se convierte en definitivo, pues los socios tampoco se imputan la cuota del IS satisfecha por la sociedad patrimonial.

### 1. La distribución de dividendos y participaciones en beneficios.

Los efectos fiscales derivados de la distribución de dividendos se establecen en el apartado 1 del artículo 76, que determina que el citado régimen se aplicará en relación con la distribución de beneficios obtenidos en ejercicios en los que haya sido de aplicación el régimen especial de las sociedades patrimoniales, cualquiera que sea la entidad que reparta los beneficios obtenidos por éstas, el momento en el que el reparto se realice y el régimen fiscal especial aplicable a las entidades en ese momento.

El régimen fiscal correspondiente al reparto de dividendos recibirá el tratamiento correspondiente a la naturaleza del socio de la entidad que recibe la participación en beneficios, por su condición como sujetos pasivos de alguno de los tributos siguientes: IRPF, IS, IRNR.

En primer lugar, cuando el perceptor sea contribuyente del IRPF, los dividendos y participaciones en beneficios a que se refieren los apartados 1.º y 2.º del párrafo a) del apartado 1 del artículo 23 de la LIRPF, que procedan de períodos impositivos durante los cuales la entidad que los distribuye se hallase en el régimen de sociedades patrimoniales, no se integrarán en la renta del período impositivo de dicho Impuesto<sup>57</sup>. La Ley se refiere, pues, a las siguientes rentas derivadas de la participación en la sociedad patrimonial:

- Los dividendos.
- Las primas de asistencia a juntas.
- Las participaciones en los beneficios de cualquier tipo de entidad.
- Los rendimientos procedentes de cualquier clase de activos, excepto la entrega de acciones liberadas que, estatutariamente o por decisión de los órganos sociales, faculten para participar en los beneficios, ventas, operaciones, ingresos o conceptos análogos de una entidad por causa distinta de la remuneración del trabajo personal.

Por tanto, cuando el socio sea una persona física quien va a tributar será exclusivamente la sociedad patrimonial tendrá, pues el socio no deberá incluir en su base imponible las rentas derivadas de la participación en la citada entidad.

En segundo lugar, cuando el perceptor sea un sujeto pasivo del IS o un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente, los beneficios percibidos se integrarán, en todo caso, en la base imponible y darán derecho a la deducción por doble imposición de dividendos en los términos establecidos en los apartados 1 y 4 del artículo 28 de la LIS.

Esto significa que el porcentaje de deducción que puede aplicar la entidad se reduce exclusivamente al 50 por 100, aun cuando se den los requisitos que establece el apartado segundo del mismo artículo para aplicar el porcentaje de deducción del 100 por 100. Además, se aplican todas las restricciones que establece el apartado cuarto del artículo 28 de la LIS. De este modo, el legislador ha establecido una tributación adicional de las entidades, que sean sujetos pasivos del IS o sujetos pasivos del IRNR que tengan establecimiento permanente en territorio español, y que tengan la consideración de socios de sociedades patrimoniales, pues en el reparto de los dividendos la entidad va a tributar de nuevo, en la medida en que la doble imposición sólo se corrige al 50 por 100.

Por último, cuando el perceptor sea un contribuyente del IRNR sin establecimiento permanente, los beneficios percibidos por el mismo tendrán el tratamiento que establece para dicho tipo de rendimientos y tales sujetos pasivos la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, por lo que podemos afirmar que en relación con estos contribuyentes no existe ninguna especialidad.

## 2. La transmisión de acciones y participaciones.

El artículo 76.2 de la LIS determina que las rentas obtenidas en la transmisión de la participación en sociedades que tengan reservas procedentes de beneficios a los que les hubiera sido de aplicación el régimen de sociedades patrimoniales, cualquiera que sea la entidad cuyas participaciones se transmitan, el momento en el que se realice la transmisión y el régimen fiscal especial aplicable a las entidades en ese momento tributarán de acuerdo con un régimen particular según la naturaleza del socio que transmita las acciones y participaciones, según que éste sea sujeto del IRPF, del IS o del IRNR, y en este último caso, se ha de distinguir entre que tenga o no establecimiento permanente en territorio español.

Cuando el transmitente sea contribuyente del IRPF la ganancia o pérdida patrimonial se determinará de acuerdo con el artículo 35.1 c) de la LIRPF. Dicho precepto, en la redacción dada por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, establece una regla especial que nos recuerda en gran medida lo dispuesto en el antiguo régimen de transparencia fiscal, pues recupera el concepto de coste de titularidad. Así, en estos casos se determina la ganancia o pérdida por la diferencia entre el valor de adquisición y de titularidad y el valor de transmisión de aquéllas. Si la determinación del precio de adquisición plantea escasos problemas, pues será el precio o cantidad desembolsada para su adquisición, mayores precisiones es necesario introducir para la determinación del concepto de coste de titularidad, a saber:

Por un lado, dicho concepto está integrado por el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, hubiesen sido obtenidos por la sociedad durante los períodos impositivos en los que tributó en el régimen de sociedades patrimoniales, en el período de tiempo comprendido entre su adquisición y enajenación.

Ahora bien, el coste de titularidad también puede tener un efecto negativo sobre el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial, en el sentido de que puede suponer un incremento de aquélla o

una disminución de ésta, pues puede dar lugar a una disminución del valor de adquisición a efectos del cómputo de la misma. Así sucederá cuando el socio haya adquirido sus acciones o participaciones con posterioridad a la obtención de los beneficios sociales, en cuyo caso se disminuirá el valor de adquisición en el importe de los dividendos o participaciones en beneficios que procedan de períodos impositivos durante los cuales la entidad tuviera la consideración de sociedad patrimonial.

En cuanto al valor de transmisión, la única precisión que introduce el precepto citado se relaciona con la valoración de las acciones y participaciones, pues el valor que se computará será, como mínimo, el teórico resultante del último balance cerrado, una vez sustituido el valor neto contable de los activos por el valor que tendrían a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, o por su valor de mercado si fuese inferior.

Por último, se establece la compatibilidad del régimen descrito con lo dispuesto en el mismo precepto en materia de derechos de suscripción preferente, lo que se aplicará, cuando proceda, en los mismos términos que se establecen con carácter general.

Cuando el transmitente sea una entidad sujeta al IS o un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente se establece una penalización importante, pues la renta se computará en su totalidad, sin que resulte aplicable la deducción para evitar la doble imposición sobre plusvalías de fuente interna en los términos establecidos en el artículo 28 de la LIS, incluido lo dispuesto en el apartado 3.º de dicho precepto. Por lo que dicha norma no sólo no resulta aplicable en los casos de transmisión de la participación, sino también en los supuestos en que la distribución del beneficio social se ponga de manifiesto como consecuencia de alguna de las operaciones societarias enumeradas en dicho apartado, como la liquidación de sociedades, la separación de socios, etc.

Además, se establece una precisión adicional relativa a la determinación del precio de transmisión de las acciones y participaciones, pues a efectos de la determinación de estas rentas, el valor de transmisión a computar será, como mínimo, el teórico resultante del último balance cerrado, una vez sustituido el valor contable de los activos no afectos por el valor que tendrían a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, o por el valor normal de mercado si fuere inferior.

Además, la disposición derogatoria de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, ha derogado el artículo 15.9 de la LIS, a través del cual quedaba también corregida la doble imposición en los casos de venta de acciones o participaciones en sociedades transparentes, pues en tales casos el valor de adquisición se incrementaba en el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, hubiesen sido imputados a los socios como rentas de sus acciones o participaciones en el período de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión. De esta forma también quedaba corregida la doble imposición, pues el beneficio obtenido por la entidad y no repartido se integraba como una partida más del valor de adquisición, reduciéndose en la misma medida el beneficio gravable, para lo cual sería necesario realizar un ajuste negativo sobre el resultado contable.

Al no admitirse que el precio de adquisición se incremente en el coste de titularidad, ni permitir la deducción por doble imposición en estos casos, se produce un caso flagrante de doble im-



sición, que sin embargo es fácil de evitar si las distintas partes que intervienen en la operación llegan al acuerdo de repartir los beneficios no distribuidos como dividendos antes de realizar la operación de transmisión, siempre que ello sea posible materialmente, en cuyo caso sí pueden aplicar la deducción por doble imposición de dividendos, aunque tan sólo del 50 por 100.

Para finalizar, la Ley establece que en los casos en que el transmitente sea un contribuyente del IRNR sin establecimiento permanente, se aplicarán las reglas generales que establece la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, para estos contribuyentes en relación con este tipo de rendimientos.

### **3. Las consecuencias en otros impuestos por la participación en sociedades patrimoniales.**

Con todo, las desventajas fiscales que la normativa ha establecido para los titulares de acciones y participaciones de las sociedades patrimoniales, particularmente cuando se trate de socios personas jurídicas, se multiplican de forma exponencial cuando se analizan las consecuencias tributarias en otros impuestos del mantenimiento de la participación en una sociedad patrimonial y, señaladamente, en el Impuesto sobre el Patrimonio y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

#### *3.1. Las consecuencias en el IP.*

##### **3.1.1. Las reglas especiales a efectos del cálculo del límite conjunto de las cuotas del IP y del IRPF.**

El artículo 31 de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio, en la redacción dada por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, ha regulado el límite conjunto aplicable a las cuotas del IRPF y del IP. En este sentido, dicho precepto ha establecido que la cuota íntegra de este Impuesto, conjuntamente con la porción de la cuota correspondiente a la parte general de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no podrá exceder, para los sujetos pasivos sometidos al impuesto por obligación personal, del 60 por 100 de la parte general de la base imponible de este último.

Con anterioridad dicho límite se establecía en el 70 por 100 de la total base imponible de este último, por lo que son dos las modificaciones introducidas. Por un lado, se ha modificado el porcentaje al 60 por 100 y, por otro, se ha modificado uno de los términos de comparación, que ya no será la total base imponible del sujeto en el IRPF, sino tan sólo su base imponible general. La reforma del límite conjunto de las cuotas del IRPF y del IP, excluyendo las ganancias patrimoniales generadas en más de un año, puede dar lugar a un rediseño de las políticas de planificación fiscal, al menos en relación con los grandes patrimonios, pues puede ser preferible la inversión en instrumentos financieros que generen este tipo de ganancias patrimoniales, en la medida en que éstas no se tienen en cuenta para la reducción de la cuota del IP. Por tanto, podría resultar recomendable asumir una mayor cuota en el IRPF si por ello se reduce de una forma importante la cuota del IP.

A estos efectos, el régimen de sociedades patrimoniales resulta más beneficioso que el antiguo régimen de transparencia fiscal. En efecto, cuando el socio debía soportar las imputaciones de las bases imponibles positivas, dicho importe se sumaba a su base imponible en el IRPF, por lo que era tenido en cuenta a efectos del cálculo del límite conjunto. No ocurre lo mismo en el marco de las sociedades patrimoniales. Es cierto que se establece que a la base imponible del IRPF se sumará el importe de los dividendos y participaciones en beneficios a los que se refiere el artículo 76.1 a) de la LIS, es decir, los distribuidos por una sociedad patrimonial a personas físicas correspondientes a períodos en que la entidad haya tributado de acuerdo con el citado régimen, pero para evitar que se tenga en cuenta dichas cantidades bastará con que no se repartan dividendos por la sociedad patrimonial.

Las consecuencias de que se superen los límites anteriores se concretan en una minoración de la cuota del IP, que se reducirá hasta alcanzar el límite indicado, sin que la reducción pueda exceder del 80 por 100. Esta regulación permite que personas con un elevado patrimonio puedan realizar una planificación de su situación fiscal, que consistiría en llevar la mayor parte de los rendimientos a la sociedad patrimonial, con lo que podrán reducir la cuota del IP hasta en un 80 por 100<sup>58</sup>.

Ahora bien, existe una norma relativa a la cuota del IP, que puede limitar este efecto. Nos referimos a la regla por la cual a efectos de la reducción de dicha cuota no se tendrá en cuenta la parte que corresponda a elementos patrimoniales que, por su naturaleza o destino, no sean susceptibles de producir los rendimientos gravados por la LIRPF. En este sentido, la titularidad de las participaciones en sociedades patrimoniales no genera rendimientos susceptibles de gravamen en relación con los socios personas físicas, pues los dividendos y distribuciones de beneficios no tributan por dicho impuesto, al soportar la tributación definitiva la sociedad patrimonial, por lo que la cuota correspondiente a dichas participaciones no se reducirán como consecuencia de la aplicación de las reglas anteriores. En cualquier caso, estas normas permiten que se utilicen las sociedades patrimoniales también como medio de eludir el IP.

3.1.2. La exclusión de los socios de entidades patrimoniales de la exención en el IP relativa a las acciones de sociedades que desarrollen actividades económicas.

Se encuentran exentas en el IP las participaciones en entidades que desarrollen actividades económicas, coticen o no en mercados organizados. A efectos de la delimitación de las acciones a las que se les aplica la exención, el artículo 4.Ocho de la Ley reguladora de dicho impuesto, en la redacción dada por Ley 51/2002, de 27 de diciembre (disposición adicional undécima), se refiere a la necesidad de la concurrencia de una serie de condiciones en la sociedad, fundamentalmente al objeto de asegurar que no se beneficien de la exención entidades interpuestas, creadas para la gestión de un patrimonio, de ahí el enlace con el régimen de sociedades patrimoniales, cuyo ámbito de aplicación se refiere precisamente a este tipo de entidades. Es por ello que para delimitar las condiciones que excluyen de la aplicación de la exención, la Ley, entre otras consideraciones, se remite al artículo 75 de la LIS.

En efecto, la primera exigencia es que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. No obstante, lo importante no es que éste sea o no el objeto social, pues si dicha gestión se realiza en el marco de una actividad económica se va a considerar que no se cumple dicha condición, por lo que se puede disfrutar de la exención. A estos efectos, la Ley se remite al ámbito de aplicación de las sociedades patrimoniales, de tal modo que si la entidad no está incluida en dicho régimen los socios podrán disfrutar de la exención, siempre que se cumplan el resto de las condiciones. Así, se entiende que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, realiza una actividad empresarial cuando, por aplicación de lo establecido en el artículo 75 de la LIS, dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o sea de mera tenencia de bienes o, cuando la entidad tenga carácter societario, no cumpla los requisitos para ser considerada sociedad patrimonial, por lo que si concurren los requisitos establecidos en el artículo 75 de la LIS no se podrá disfrutar de la exención en el IP.

En segundo lugar, se exige un mínimo de participación en la entidad, a efectos de asegurar que con ello no sólo no se pretende la realización de una inversión financiera, sino que se trata de ejercer una actividad económica a través de la sociedad. Así, se exige que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100, computada de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción. En la anterior regulación el límite individual exigido era superior, en concreto la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad, computado de forma individual, debía ser al menos del 15 por 100, lo que a nuestro juicio resulta más adecuado para asegurar el fin perseguido por la exención.

Por último, se exige que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad<sup>59</sup>, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal<sup>60</sup>. Por otra parte, para asegurar el cumplimiento de este requisito en los grupos empresariales de carácter familiar, que es, en definitiva el objeto de esta norma, se establece que cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas de las personas ligadas por vínculo de parentesco a que hemos hecho referencia con anterioridad, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán cumplirse al menos en una de las personas del grupo del parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.

Finalmente, la Ley determina que la exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 16.º de la propia Ley del IP, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad.

En consecuencia, en los casos en que se posean acciones o participaciones en una sociedad patrimonial, se deberán computar dichos títulos en la base imponible del IP, que se valorarán por el

mayor valor de los tres siguientes: a) el valor nominal; b) el valor teórico resultante del último balance aprobado; c) el valor resultante de capitalizar al 20 por 100 el promedio de los beneficios de los tres últimos ejercicios.

Una cuestión que puede resultar interesante, en la medida en que se trata de entidades que se utilizan en estructuras de planificación fiscal es el análisis de la procedencia de la exención en el IP en los casos de participaciones en SICAV y en sociedades *holding*, incluido el supuesto en el que esta última posea participaciones en una SICAV.

En primer lugar, el artículo 5.1, último párrafo, del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el IP, ha señalado que «en ningún caso será de aplicación esta exención a las participaciones en instituciones de inversión colectiva». Hasta la aprobación de esta norma existieron dudas sobre la aplicación o no de la exención a las participaciones en este tipo de instituciones, que fueron resueltas por la Administración en sentido negativo <sup>61</sup>. Tras la aprobación de esta norma no caben dudas sobre la cuestión, si bien la DGT en diversas consultas determina que no se aplicará la exención, tanto por la aplicación de la norma señalada, en la medida en que las sociedades de inversión de capital variable se incluyen entre las instituciones de inversión colectiva <sup>62</sup>, como por las reglas generales que determinan dicha cuestión <sup>63</sup>.

En relación con la sociedad *holding*, se aplicarán las reglas generales, por lo que su inclusión o no en el ámbito de la exención dependerá de la relación existente entre los títulos excluidos del concepto de valores en virtud del artículo 75 de la LIS y los que tienen tal carácter, por otorgar un porcentaje de participación inferior al 5 por 100 o porque la entidad participada tenga carácter patrimonial. Sólo si estos últimos superan a los primeros se excluiría de la exención en el IP a las participaciones en la sociedad *holding*. En caso contrario, sí se admitiría la exención, si bien no alcanzaría a la totalidad de los activos, pues, como hemos señalado, la exención sólo alcanza al valor de las participaciones en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad.

Cuando la sociedad *holding* sea titular de acciones de una SICAV, de nuevo será preciso aplicar las reglas anteriores. De este modo, si tales participaciones representan menos de la mitad del activo de la sociedad tenedora, se puede afirmar que no realiza una actividad de gestión patrimonial y, en consecuencia, que se puede acoger a la exención. Ahora bien, de nuevo se deberá reducir dicha exención a efectos de excluir las participaciones en la SICAV. No obstante, la DGT en diversas consultas ha considerado que la exención podría alcanzar a la participación en la SICAV en dos casos: cuando se den las circunstancias del último párrafo del artículo 75.1 a) de la LIS o cuando pueda acreditarse su afectación a la actividad de conformidad con el artículo 6.3 del Real Decreto 1704/1999 <sup>64</sup>.

### 3.2. Las consecuencias en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

La exclusión de la exención en el IP no sólo tiene consecuencias en relación con dicho impuesto, sino que llegado el caso del fallecimiento de una persona que sea titular de acciones o participaciones en sociedades patrimoniales, la tributación de los causahabientes en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones resulta, como consecuencia de ello, enormemente gravosa.

Así el artículo 20.2 c) de la Ley del ISD establece que en los casos en los que en la base imponible de una adquisición *mortis causa* que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida <sup>65</sup>, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades <sup>66</sup>, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, se aplicará sobre la base imponible una reducción del 95 por 100 del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo <sup>67</sup>. Dicha reducción se añade a las que se regulan en el artículo 20 o se regulen por las Comunidades Autónomas. En el caso de no cumplirse el citado requisito de permanencia, deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora.

Este beneficio fiscal es una medida adecuada para evitar que a la muerte de un componente de un grupo empresarial familiar éste se disgregue. Así en el caso de una sociedad *holding*, los herederos que reciban las participaciones en dicha entidad, mantendrán el control de la totalidad de las empresas. Además, la exención de dichas transmisiones se condiciona al mantenimiento de la adquisición por los sucesores por un período de diez años, lo que asegura aún más la continuidad del grupo de empresas.

En consecuencia, la consideración de una sociedad como patrimonial determina que, en caso de fallecimiento de alguno de los socios, las acciones transmitidas *mortis causa* no puedan gozar de la reducción del 95 por 100 señalada, incorporándose a la base liquidable del impuesto sin una reducción específica.

Una norma similar se establece en el artículo 20.6 de la misma Ley para el caso de la donación de participaciones de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la LIP, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados. En estos casos se aplicará una reducción en la base imponible para determinar la liquidable del 95 por 100 del valor de adquisición, siempre que concurren las condiciones siguientes:

- a) Que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.
- b) Que, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmi-

sión. A estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad.

- c) En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el IP durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.

En el caso de no cumplirse los requisitos que se establecen para el disfrute de esta reducción, deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora.

Finalmente, el artículo 20.6 establece una regla aplicable tanto para las disposiciones de dicho precepto como para los casos de adquisiciones *mortis causa* a que se refiere la letra c) del apartado 2 del propio artículo 20. En este sentido, señala que el donatario no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición <sup>68</sup>.

En cualquier caso, las ganancias de patrimonio que pudieran producirse en el IRPF como consecuencia de la transmisión de tales participaciones, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa* se consideran inexistentes por el artículo 31.3 de la LIRPF. Así, el apartado b) determina la no sujeción de la llamada «plusvalía del muerto», al señalar que se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente. Por su parte, el apartado c) determina que tampoco existirá ganancia o pérdida patrimonial «con ocasión de las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 28 de diciembre, del ISD», si bien se determina que «los elementos patrimoniales que se afecten por el contribuyente a la actividad económica con posterioridad a su adquisición deberán haber estado afectos ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a la fecha de la transmisión».

## **VII. LA ELUSIÓN DE LA PROGRESIVIDAD DEL IRPF MEDIANTE SOCIEDADES Y LA UTILIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDADES PATRIMONIALES COMO MECANISMO ELUSIVO**

### **1. Las posibilidades de eludir el ámbito de aplicación del régimen y las ventajas derivadas de su incorporación al mismo.**

En primer lugar, para sociedades que tengan un patrimonio de cierta importancia resulta muy sencillo eludir las normas que determinan el ámbito de aplicación del régimen de las sociedades patrimoniales. Especialmente sencillo resultará cuando se trate de la gestión de un patrimonio inmobiliario. Para la exclusión del régimen es suficiente con la afectación de un local al desarrollo de

dicha gestión y que exista una persona con contrato laboral dedicada a jornada completa a dicha actividad, admitiéndose que dicha persona pueda ser uno de los administradores, que habitualmente será también el socio mayoritario de la entidad. Por tanto, basta con que se cumplan tales requisitos formalmente para que una sociedad dedicada de forma exclusiva a la gestión de un patrimonio se excluya de la aplicación de las normas antielusivas reguladas en el artículo 75 y siguientes de la LIS.

Otra forma sencilla de eludir la aplicación del régimen es mediante la aportación de los títulos de la sociedad patrimonial por parte de las personas físicas titulares de los mismos a una sociedad perteneciente al mismo grupo y que no tenga la consideración de patrimonial. Ello permitiría que la sociedad obligada a tributar en virtud de dicho régimen especial no tuviera que hacerlo, en la medida en que todos sus socios son personas jurídicas. Evidentemente, en este caso el único requisito es que la sociedad a la que se aportan los títulos no se convierta en patrimonial como consecuencia de ello, por lo que ha de tener activos afectos a una actividad económica en una cuantía superior al valor de los títulos aportados. En este caso, el único problema que se puede plantear es que, en la medida en que cuando se realiza la aportación la sociedad es patrimonial, la renta que obtiene la persona física como consecuencia de la aportación no dineraria realizada no puede acogerse al régimen de diferimiento establecido en el artículo 108 de la LIS, con lo que deberá tributar por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de la aportación.

No obstante, también se ha de analizar la situación contraria, es decir, que por determinadas circunstancias interese derivar ciertas inversiones y rentas hacia una sociedad patrimonial, beneficiándose de las normas que aplican dichas sociedades en relación, por un lado, con los sujetos pasivos del IRPF que obtienen sus rentas de forma directa y, por otro lado, en relación con los sujetos pasivos del IS sometidos al régimen general del IS. En ambos casos, se pueden beneficiar de ciertas ventajas que el régimen introduce. En tales supuestos, es relativamente sencillo que cuando interese se pueda caer dentro del ámbito de aplicación del régimen, de tal modo que una entidad pueda tributar por el régimen de sociedades patrimoniales de forma interesada. Basta con que no se ejerza por dicha sociedad ninguna actividad económica, para lo cual será suficiente con no afectar un local a la actividad desarrollada o que no exista una persona contratada a jornada completa. Como se puede observar son requisitos que se pueden manipular al antojo de las personas en función de motivaciones exclusivamente fiscales, sin que la Administración pueda hacer absolutamente nada para cerrar las vías de fraude fiscal que se pueden producir como consecuencia de ello. Cuando se quiera mantener una sociedad patrimonial dependiente de un grupo de sociedades –nunca a efectos de la consolidación fiscal– basta con que aquella tenga algún socio persona física y, por supuesto, que se cumplan el resto de requisitos.

Así, en primer lugar, en relación con contribuyentes sujetos al IRPF puede interesar la creación de sociedades patrimoniales por la diferencia existente en los tipos de gravamen, lo que interesará a partir de que la renta alcance cierta cuantía. En este sentido, para contribuyentes que tributen en virtud del tipo marginal máximo en el IRPF supone una reducción de cinco puntos en el tipo de gravamen. La regresividad del sistema es clara en tanto que cuanto mayor sea la renta sujeta a gravamen mayor es la ventaja del contribuyente. Pero la progresividad del IRPF se puede evitar aún en mayor medida mediante la atribución a la sociedad de rentas que en principio se sumarían a la base



imponible del IRPF, tributando por este impuesto tan sólo por los rendimientos que no se pueden transferir a la entidad, como son los rendimientos del trabajo, que soportarían así un tipo mucho más reducido. Las rentas atribuidas a la sociedad soportarían un tipo del 40 por 100, que podría estar aun por debajo del que soportarían dichas rentas de sumarse a los rendimientos declarados por el socio persona física.

El segundo término de comparación ha de establecerse entre el régimen de sociedades patrimoniales y el régimen general del impuesto. Aunque de forma genérica se puede afirmar que el régimen de sociedades patrimoniales es más gravoso para las sociedades que el régimen general, también es cierto que diversas normas pueden hacer atractivo dicho régimen especial y, en definitiva, puede dar lugar a la creación de sociedades patrimoniales a los exclusivos efectos de obtener alguna de estas ventajas:

- Tributación más favorable para las ganancias patrimoniales generadas en relación con bienes adquiridos con más de un año de antelación, sin necesidad de que las rentas generadas en la venta se reinviertan en la adquisición de nuevos elementos patrimoniales.
- Régimen más favorable en relación con las rentas derivadas de las instituciones de inversión colectiva, al menos cuando se trate de los activos denominados FIAMM.
- La aplicación de la regla general de imputación de los rendimientos de capital, que resulta más beneficiosa que el criterio contable del devengo. En este sentido, las sociedades patrimoniales incorporarán a la base imponible los rendimientos cuando resulten exigibles, lo que puede propiciar un diferimiento en la tributación.
- Aplicación de coeficientes de actualización superiores para bienes inmuebles adquiridos durante 1995 y los años posteriores.
- Tratamiento más favorable en caso de transmisión de derechos de suscripción preferentes derivados de acciones que coticen en bolsa.
- La aplicación de las reducciones a los rendimientos establecidas en diversos preceptos de la LIRPF, normalmente por el carácter irregular del mismo, es posiblemente otra de las ventajas más importantes, pues tales reducciones pueden llegar para determinadas formas de inversión hasta el 75 por 100, lo que propiciará que muchas sociedades de este tipo canalicen sus inversiones hacia este tipo de productos. En cualquier caso, para que puedan aplicar estas reducciones es necesario que todos los socios de la sociedad patrimonial sean personas físicas residentes en territorio español.
- La laguna relativa a la no tributación de las ganancias patrimoniales derivadas de transmisiones a título lucrativo genera la posibilidad de que se realicen tales donaciones sin coste fiscal, si bien se ha de asumir el riesgo que supone la posibilidad que en vía de comprobación se apliquen otros criterios diferentes que los señalados en este trabajo. Lo mismo sucede con otras lagunas normativas que derivan del hecho de que las normas del IRPF no contemplan numerosas operaciones que sólo pueden ser desarrolladas por personas jurídicas (*v.gr.*, disolución).

- La no aplicación de la norma sobre subcapitalización, salvo en los casos de intereses satisfechos como consecuencia de la explotación económica que pueda desarrollar la entidad patrimonial.

La derivación de numerosas rentas a las sociedades patrimoniales, también puede provocar ventajas en el IP, para personas con un patrimonio muy importante, pues si se trasladan la mayor parte de los rendimientos y plusvalías a la sociedad patrimonial, de tal forma que la cuota por IRPF sea mínima, se podrá reducir la cuota del IP hasta en un 80 por 100, si bien se ha de tener en cuenta que la parte de cuota correspondiente a la titularidad de las participaciones en la sociedad patrimonial no es objeto de reducción. Por tanto, esta ventaja sólo podría aplicarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

Por último, cuando una sociedad patrimonial tiene un socio persona jurídica, junto a otros socios personas físicas, pues en caso contrario no estaría sujeta a dicho régimen, se van a aplicar una serie de reglas, que si no se tienen en cuenta, pueden determinar que la situación tributaria sea especialmente gravosa. En concreto:

- La sociedad patrimonial no podrá aplicar las reducciones derivadas del carácter irregular de la renta establecidas para cada tipo de rendimiento en la LIRPF o la reducción del 50 por 100 para las rentas que procedan del alquiler de viviendas.
- El reparto de los dividendos a los socios personas jurídicas sólo goza de una deducción por doble imposición del 50 por 100.
- La transmisión de las acciones por el socio persona jurídica no dará derecho a aplicar la deducción por doble imposición.

Por tanto, es cierto que a veces puede resultar útil mantener una sociedad patrimonial dependiente de un grupo de sociedades, pero siempre que las cuestiones señaladas no determinen un perjuicio más grave que los beneficios que se quieren conseguir con la incorporación al régimen.

## **2. La gestión de grandes patrimonios a través de sociedades de inversión de capital variable (SICAV).**

Para la gestión de grandes patrimonios de carácter mobiliario el mecanismo que consigue prácticamente evitar la tributación es la de acogerse a las ventajas fiscales que la legislación actual otorga a las instituciones de inversión colectiva, mediante la creación de una sociedad de inversión de capital variable (SICAV), reguladas en la reciente Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. Dichas instituciones tienen un régimen fiscal privilegiado en tanto que se trata de proteger a los pequeños ahorradores, de tal modo que para que éstos obtengan la mayor rentabilidad la sociedad que canaliza estas inversiones está sometida a un tipo de gravamen testimonial en el

IS. En concreto, el artículo 26.5 de la LIS, en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 35/2003, determina que estas sociedades aplicarán un tipo de gravamen del 1 por 100. Dicho precepto señala, en su letra a), que tributarán a dicho tipo de gravamen «las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea como mínimo el previsto en el apartado cuarto del artículo noveno de dicha Ley». Aun cuando el número mínimo de inversores requerido en dicho precepto para la constitución de este tipo de sociedades de inversión es relativamente alto, pues son necesarias 100 accionistas, dicho límite es fácil de superar mediante la adhesión formal de inversores con un porcentaje total mínimo, por lo que la sociedad y, en definitiva, el destino de las inversiones, es controlado por una persona o un grupo de personas, normalmente pertenecientes a una misma familia, que mantiene el control directo de la sociedad en la medida en que mantiene la mayoría del capital de estas entidades y por ello la gestión de las inversiones. Por tanto, la dispersión de la inversión que se exige a este tipo de entidades es meramente formal, pues en realidad gestionan el patrimonio de un grupo familiar. De esta forma, se vulnera la filosofía de las propias instituciones de inversión colectiva, cuyo régimen fiscal privilegiado trata de promocionar el ahorro de la mayoría de los ciudadanos, no de otorgar una vía de exención fiscal a los rendimientos generados por grandes patrimonios.

### **3. La reestructuración de los grupos empresariales mediante la creación de una sociedad *holding*.**

Ahora bien, si se quiere realizar una planificación fiscal de más hondo calado, que afecte a diversos impuestos, y que permita desde el punto de vista económico una adecuada ordenación del patrimonio y, desde una perspectiva estrictamente mercantil, una planificación adecuada de riesgos, el mecanismo que reporta mayores ventajas es la creación de una sociedad *holding*. Este mecanismo es especialmente apropiado para una reestructuración razonable del patrimonio y las actividades de los grupos familiares que realizan diferentes actividades empresariales y, además, gestionan un patrimonio de cierta importancia. La sociedad *holding* tiene su origen fundamentalmente en una racionalización de la estructura de las empresas familiares y del patrimonio existente en las diferentes sociedades. Además, razones mercantiles también llevan a la creación de este tipo de sociedades, con el objetivo de poner fuera de peligro el patrimonio más rentable. La sociedad *holding* evita también la disgregación del patrimonio empresarial de las familias a la muerte de uno de sus miembros. Junto a todo este tipo de razones, habitualmente la creación de la sociedad *holding* responde a un interés de planificación fiscal a medio plazo de los grupos familiares, pensando en el futuro traspaso del patrimonio familiar de una generación a otra.

No existe en nuestro derecho una definición de sociedad *holding*. En el régimen de sociedades de tenencia de valores extranjeros se determina el concepto, si bien sólo se refiere a la que participa en valores extranjeros. Así, el artículo 129.1 de la LIS las define como aquellas entidades cuyo objeto social comprenda la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales. Otro régimen especial de la LIS puede aplicarse a sociedades de este tipo, siempre que cumplan una serie de requisitos. Nos referimos al régimen de consolidación fiscal,

en el que la sociedad dominante puede tener el carácter de sociedad *holding*. En cualquier caso, se trata de una sociedad que mantiene participaciones mayoritarias en el capital de otras entidades.

La sociedad *holding* se constituye habitualmente mediante la aportación no dineraria de las acciones de las sociedades existentes, a través de un canje de valores. En este momento, las distintas sociedades que intervienen en la operación se benefician de la aplicación del régimen fiscal especial regulado en el artículo 97 y siguientes de la LIS y, en concreto, el artículo 101, relativo al canje de valores. Dicho régimen se caracteriza porque las rentas que se pongan de manifiesto al realizar la operación no se integrarán en la base imponible del IRPF o del IS, siempre que se cumplan determinados requisitos <sup>69</sup>. En relación con los valores recibidos por la entidad que realiza el canje se valorarán por el valor que tenían en el patrimonio de los socios que efectúan la aportación, excepto que su valor normal de mercado fuere inferior, en cuyo caso se valorarán por este último. Por su parte, los valores recibidos por los socios se valorarán, a efectos fiscales, por el valor de los entregados. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida. Además, los valores recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados. En todo caso, el valor de los valores entregados y recibidos se determinará aplicando las reglas del IS o del IRPF, según proceda.

J. MARTÍN <sup>70</sup> ha señalado que para que la sociedad *holding* adquiera plena utilidad, desde un punto de vista estrictamente tributario, es preciso que cumpla seis requisitos, todos los cuales tienen que ver con la aplicación de los diferentes impuestos que son precisos tener presentes para llevar a cabo una adecuada planificación de la situación tributaria del grupo empresarial (IRPF, IS, IP e ISD, fundamentalmente, aunque las operaciones realizadas también tienen incidencia en los impuestos indirectos que gravan la transmisión de bienes y la realización de operaciones societarias).

- a) Debe ser titular de, al menos, el 5 por 100 de los derechos de voto de las sociedades participadas.
- b) Dicha titularidad ha de poseerse con la finalidad de dirigir y gestionar la participación.
- c) A los efectos previstos en la letra anterior, la sociedad debe disponer de la correspondiente organización de medios materiales y personales.
- d) Ninguna entidad participada debe tributar en el régimen de transparencia fiscal. En la actualidad, se haría referencia, claro está, al régimen de las sociedades patrimoniales.
- e) El grupo familiar ha de ser titular, conjuntamente, de, al menos, el 20 por 100 del capital social. Por grupo familiar se entiende cualquiera de los socios y su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.
- f) Por último, se exige que, al menos uno de los miembros del grupo familiar antes descrito, socio de la entidad, ejerza efectivamente funciones de dirección de la misma y perciba por ello más del 50 por 100 de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

A nuestro juicio, según la interpretación que hicimos del artículo 75 de la LIS, no es requisito necesario que ninguna de las sociedades pueda cumplir los requisitos para estar incluidas inicialmente en el régimen de sociedades patrimoniales. La aportación de los títulos de una entidad patrimonial a la sociedad *holding* puede determinar, no la inclusión de la *holding* en el régimen de sociedades patrimoniales, sino todo lo contrario, es decir, la exclusión de la propia sociedad patrimonial participada del régimen especial regulado en el artículo 75 y siguientes de la LIS. Recordemos que el artículo 75.1 a) a') de la LIS excluye del concepto de valores 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 sea una sociedad patrimonial. Aunque consideramos dos posibilidades a la hora de interpretar cómo operan las exclusiones de los valores señalados, nos decantamos en su momento, en la medida en que se adecuaba mejor a la norma, por establecer que las exclusiones realizadas por el precepto lo son, exclusivamente, a efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores. Ello permite, como se ha dicho, no sólo que la sociedad *holding* no entre en el régimen de las sociedades patrimoniales, sino que la propia sociedad participada, que tenía carácter patrimonial, deje de serlo. En efecto, si al hecho de que la sociedad *holding* no tenga carácter patrimonial, añadimos lo dispuesto en el artículo 75.2, según el cual no se aplicará el régimen de sociedades patrimoniales a las entidades en las que la totalidad de los socios sean personas jurídicas que no tengan dicho carácter, llegaríamos a la conclusión de que cuando la *holding* no tenga carácter patrimonial tampoco lo tendrá la sociedad participada que en principio estaba sometida a dicho régimen, en la medida en que su único socio es una sociedad sometida al régimen general del IS. Pero es que, además, si interesa para canalizar ciertas inversiones una sociedad patrimonial dependiente de una sociedad *holding* también se podrá tener, pues para ello bastará con incluir a una persona física como socio de la sociedad patrimonial.

En lo que se refiere a aspectos estrictamente tributarios, la estructuración del grupo de empresas mediante la aportación de las acciones de las distintas sociedades individuales a la *holding* conlleva ciertas ventajas. En el IS, en principio las ventajas no son excesivas, salvo que se den las condiciones para la tributación de las diversas sociedades integrantes de la estructura empresarial familiar en virtud del régimen de grupos de sociedades. Hay ciertos aspectos que son considerados como ventajas fiscales de este tipo de sociedades, aunque más bien son aspectos que permiten la constitución de las mismas, pues si la regulación de estas cuestiones supusieran un gravamen para la sociedad o los socios no se podrían constituir sociedades de este tipo:

En primer lugar, ya hemos dicho que el canje de valores no supone ningún gravamen en el momento de su realización, pues se acoge al diferimiento del régimen especial regulado en la LIS.

En segundo lugar, es cierto que los dividendos que las sociedades individuales repartan a la *holding* disfrutan de una deducción por doble imposición del 100 por 100 (art. 28.2 de la LIS) y que no están sujetos a retención [art. 146.4 d) de la LIS] y que si la *holding* vende los títulos de las sociedades participadas podrá aplicarse la deducción por doble imposición (artículo 28.5 de la LIS). No obstante, con ello tan sólo se consigue eliminar la tributación en el escalón intermedio que se ha creado, pero no supone ninguna ventaja ni en la sociedad individual ni en el caso de que los beneficios

se repartan a los socios personas físicas. En cualquier caso, ello permite la obtención de unas cantidades por las que no ha tributado la sociedad *holding* y que podrá emplear en la adquisición de nuevos valores, que si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 75.1 a) b') de la LIS, no se computarán como valores a efectos de la integración de la entidad en el régimen de sociedades patrimoniales.

Ahora bien, si se dan las condiciones para que el conjunto de las entidades tributen por el régimen de grupos de sociedades, las ventajas de la creación de la sociedad *holding* sí son más significativas. Así, se puede conseguir la compensación de las bases imponibles negativas entre las sociedades del grupo, mientras que de no tributar en dicho régimen sólo puede llevar a cabo la compensación la entidad que ha obtenido los resultados negativos <sup>71</sup>. Una regla similar se aplica en relación con la deducción por reinversión, pues se admite que a ella pueda acogerse una sociedad distinta de la que transmitió los activos <sup>72</sup>, si bien no procederá dicha deducción en relación con transmisiones realizadas entre entidades del grupo fiscal. Además, se ha de tener presente que respecto a las deducciones el artículo 92 de la LIS establece que los requisitos para poder disfrutar de las mismas se han de cumplimentar en el grupo. Por último, en cuanto a la determinación de la renta sujeta a tributación sólo se gravan las rentas obtenidas por la realización de operaciones con terceros ajenos al grupo, de tal modo que se eliminan los resultados derivados de las operaciones efectuadas entre las sociedades que integran el grupo, lo que puede ser importante si las operaciones entre las distintas empresas que componen el grupo fiscal alcanzan cierta importancia <sup>73</sup>.

En cualquier caso, las mayores ventajas de la creación de este tipo de estructura se encuentran en el IP y en el ISD. La constitución de la *holding* facilita que las personas físicas integrantes del grupo de empresas puedan acogerse a la exención establecida en el artículo 4.Ocho de la Ley del IP, por las acciones que posean en aquélla <sup>74</sup>, pues permite que se cumplan con mayor facilidad alguno de los requisitos exigidos por dicho artículo para que resulte aplicable la exención. Fundamentalmente facilita el requisito por el que se exige que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal. Además, la ley elimina este requisito prácticamente en relación con las sociedades de carácter familiar, pues en tales casos basta con que las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma se cumplan al menos en una de las personas del grupo del parentesco, teniendo derecho a la exención todos los componentes del grupo familiar.

Además, como ya se ha analizado, el cumplimiento de los requisitos necesarios para disfrutar de la exención en el IP permite que tanto en el caso de transmisión *inter vivos* como *mortis causa* de las acciones o participaciones —en este caso de la sociedad *holding*— a determinados familiares del titular de la misma puedan disfrutar de una reducción en el ISD del 95 por 100 del valor de las citadas participaciones.

La única forma de luchar contra toda esta estructura de planificación fiscal está en el origen, en la creación de la sociedad *holding*, mediante la inaplicación del régimen fiscal especial regulado

en el artículo 97 y siguientes de la LIS al proceso de canje de valores. Para que dicho régimen resulte aplicable es preciso que la realización de la operación de reestructuración empresarial se haya producido por «motivos económicos válidos». En concreto, el artículo 110.2 de la LIS establece que «no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal».

Este precepto fue modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, adecuándose en su redacción al contenido de la Directiva 90/434/CEE, que establece en su artículo 11.1 a) una medida *antielusión* que puede ser desarrollada por las legislaciones nacionales, al señalar que «un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal».

Dicho precepto ha sido objeto de una sentencia del TJCE, en concreto la Sentencia *Leur-Bloem* <sup>75</sup>, que establece las siguientes conclusiones:

- 1.<sup>a</sup> Dicho precepto establece una presunción de fraude que evita la aplicación de las ventajas fiscales derivadas del régimen establecido en la Directiva a todas aquellas operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones que tengan como objetivo principal o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, habilitando a los Estados para que puedan eliminar las ventajas fiscales cuando la operación no se realice por motivos económicos válidos <sup>76</sup>.
- 2.<sup>a</sup> El concepto de *motivo económico válido* es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal, señalando de forma expresa que la compensación fiscal de las pérdidas entre las sociedades que participen en la operación no constituye un motivo económico válido en el sentido del artículo 11 de la Directiva <sup>77</sup>.
- 3.<sup>a</sup> Para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo económico válido, a efectos de aplicar el citado régimen fiscal, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma y, además, dicha decisión debe ser susceptible de control jurisdiccional <sup>78</sup>. Precisamente, la operación que determinó el recurso ante el TJCE no tenía por qué efectuarse a los exclusivos efectos de eludir el impuesto, sino que podía realizarse por motivos económicos válidos <sup>79</sup>.



- 4.<sup>a</sup> El establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, se haya producido efectivamente la evasión o el fraude fiscal o no, vulnera el principio de proporcionalidad, que es uno de los principios fundamentales que reconoce el Derecho comunitario. Lo mismo sucede si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa <sup>80</sup>. En efecto, una medida legislativa de esta naturaleza excede de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal y va en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva.

Para conocer en mayor medida los criterios de la Administración española en relación con la interpretación del artículo que estamos analizando, conviene hacer referencia a un Informe de la Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas sobre cuestiones relativas a la aplicación del artículo 110.2 de la LIS, solicitado por la AEAT. En dicho informe se realizan algunas precisiones de cierto interés, a saber:

- Lo que a nuestro entender no puede realizarse es un simple enjuiciamiento como es el que, al no existir justificación, existe una concurrencia de indicios de que no han existido motivos económicos válidos (...). Corresponde al contribuyente justificar la concurrencia de motivo económico válido y si no lo justifica, total o parcialmente, es evidente que la inspección asumirá la carga de la prueba respecto a la no concurrencia de un motivo económico válido al proponer que se niegue al contribuyente una circunstancia que integra o condiciona el hecho imponible.
- La concurrencia de cualquier tipo de reestructuración o racionalización no es suficiente para entender que la operación no se ha hecho con la finalidad de obtener una ventaja fiscal. Sólo las operaciones de reestructuración o racionalización realizadas por motivos económicos válidos pueden ser objeto de aplicación de este régimen especial ya que existen operaciones de reestructuración o racionalización que no se realizan por motivos económicos válidos, en las que puede existir o no ventaja fiscal, y a las que no es de aplicación este régimen especial.

#### **4. La elusión del IRPF mediante la creación o mantenimiento de las sociedades de artistas o deportistas.**

También merece un comentario la desaparición del régimen de transparencia fiscal de las sociedades de profesionales, artistas y deportistas, que se han incorporado al régimen general del IS y que, en consecuencia, tributan en este impuesto sin ninguna especialidad. Ésta era una antigua demanda de los distintos sectores que podían verse implicados en ese régimen y, por otra parte, de lo más apropiada en todos aquellos casos en que las sociedades ejercen una actividad económica en sentido estricto y en la que sus socios son las personas que ejercen estas profesiones –esta situación se producía, fundamentalmente, en relación con numerosas sociedades de profesionales, aunque no tanto en las sociedades de artistas y deportistas–. Por ello, en relación con este tipo de entidades sí

parece que la nueva regulación esté más de acuerdo con ese principio de neutralidad que parece que preside la nueva regulación. Pero cuando a estas sociedades se incorporan personas ajenas al ejercicio de estas profesiones, con el único objetivo de reducir la progresividad del sistema, lo que ocurre también con demasiada frecuencia, difícilmente se podrá explicar que la desaparición del régimen de transparencia se ha producido como consecuencia del principio de neutralidad. La situación en la actualidad permite la aplicación de enormes ventajas para las sociedades de un nivel de renta medio, pues al repartir el beneficio societario entre todos los socios vía dividendos, la deducción por doble imposición que pueden practicar en su impuesto personal neutraliza prácticamente el gravamen soportado en el IS, sobre todo si la sociedad ha aplicado el tipo del 30 por 100 correspondiente a las empresas de reducida dimensión, por lo que finalmente la renta tributaría al tipo medio que corresponda en el IRPF. Posiblemente en estos casos procedería una regla similar a la establecida en la redacción original de la Ley 40/1998, del IRPF. En el régimen actual, la única opción para limitar estos efectos sería mediante el establecimiento de una norma que minorara la deducción por doble imposición en los casos en que se considere que se reduce la progresividad de forma artificiosa, teniéndose en cuenta siempre que el tipo mayor que debe soportar la renta, sumada la tributación en el IS y en el IRPF, debe ser a lo sumo el tipo marginal máximo establecido en la LIRPF. Con ello se evitaría que la renta repartida finalmente gozara de ventajas adicionales, pero en ningún caso se podría evitar la interposición de sociedades.

Si dicha situación es la que se dibuja en relación con las sociedades de profesionales, existen aún mayores ventajas en relación con las de artistas y deportistas. En estos casos, ni siquiera la transparencia fiscal podía evitar la elusión fiscal, en la medida en que pueden intervenir sociedades domiciliadas en el extranjero, que por aplicación de los convenios de doble imposición, siempre que las rentas satisfechas sean consideradas como beneficios empresariales tributarán en el país de residencia de la entidad. Evidentemente, los países elegidos para establecer la residencia de este tipo de entidades, sin tener la consideración de paraísos fiscales, tienen una baja tributación en el impuesto que grava las personas jurídicas.

## **VIII. CONCLUSIONES: ESPECIAL INCIDENCIA EN LAS CONSECUENCIAS DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE LA PROGRESIVIDAD DEL SISTEMA TRIBUTARIO**

El régimen de sociedades patrimoniales nace con el objetivo de favorecer la neutralidad fiscal. Ciertamente, un primer acercamiento al régimen, nos llevaría a afirmar que el mismo persigue evitar la elusión fiscal mediante la interposición de sociedades, pues, en términos generales, es un régimen desfavorable frente al régimen general del Impuesto e, incluso, se podría pensar, que también es menos favorable que el régimen de transparencia fiscal, su antecesor, al menos en cuanto a su fundamento y objetivos. En efecto, mientras que en este último régimen se aplicaban las normas del IS a efectos de la determinación de la base imponible, lo que por sí mismo suponía una ventaja importante, que se trasladaba a la renta imputada a los socios, el nuevo régimen de sociedades patrimoniales sigue a estos efectos estrictamente las normas del IRPF, lo que en teoría permite cerrar las vías de fraude. Si, además, el régimen evita que las sociedades acogidas a este régimen, a las que se

les presume el carácter interpuesto, puedan gozar de las ventajas más importantes de las que disfrutaban los sujetos pasivos del IRPF, se puede reafirmar aún más la conclusión anterior. Así, no se aplica el régimen transitorio relativo a la tributación de las ganancias patrimoniales de bienes adquiridos antes al 31 de diciembre de 1994, en ciertos casos no pueden aplicarse las reducciones de los rendimientos por el carácter irregular de los mismos, etc.

No obstante, nuestra historia tributaria está repleta de ejemplos que demuestran que los regímenes tributarios que nacen de la precipitación, en el mejor de los casos, no suelen conseguir los objetivos para los cuales se han establecido. Precisamente, el mejor de todos los ejemplos es el régimen de sociedades patrimoniales, y sólo también desde la precipitación se puede llegar a pensar que el mismo tiene un carácter lo suficientemente desfavorable para evitar la elusión fiscal mediante la interposición de sociedades. Como ya expresamos en el título de nuestro trabajo, y como hemos pretendido demostrar en alguna parte del mismo, no sólo no se consiguen tales objetivos sino que con este régimen se institucionaliza o se da carta de naturaleza para que, con una mínima planificación fiscal, se pueda eludir de manera muy importante la tributación que correspondería en el IRPF si los patrimonios pertenecieran a sus verdaderos titulares.

Es evidente que el régimen de sociedades patrimoniales no es la causa de los importantes niveles de fraude que existen en España, ni siquiera es el aspecto más importante. Ya antes de su regulación estaban abiertas numerosas vías de elusión fiscal, utilizándose mecanismos similares a los descritos en el presente trabajo en relación con el antiguo régimen de transparencia fiscal. En efecto, el régimen de transparencia ha podido estar tan extendido como se hubiera deseado y, además, la exclusión del mismo era relativamente sencilla, sobre todo cuando nos referimos a patrimonios inmobiliarios. Cuando el patrimonio se materializa en valores, la posibilidad de evitar el régimen y tributar de forma privilegiada, si se quiere mantener el control de las inversiones, era posible mediante la constitución de las sociedades de inversión de capital variable (SICAV), si bien esto afecta sólo a grandes patrimonios. Si no es preciso mantener dicho control, el mismo efecto puede conseguir cualquier persona mediante su participación en instituciones de inversión colectiva. Tampoco se ha puesto el grito en el cielo porque se establezca un régimen privilegiado para este tipo de inversiones, con independencia de la renta global del partícipe y de los reembolsos obtenidos en el período y del capital invertido en dichos fondos. Por otra parte, la estructura dominada por una sociedad *holding* o por varias de ellas, para patrimonios de cierta complejidad, viene utilizándose sin ningún problema desde hace muchos años. No obstante, el régimen de sociedades patrimoniales abre nuevas posibilidades hasta ahora nunca imaginadas. En virtud de su deficiente regulación, dicho régimen puede ser más ventajoso fiscalmente, según el tipo de inversión, que la tributación directa en el IRPF por la persona física o la tributación en virtud del régimen general del IS. Por tanto, ya no sólo se van a determinar estructuras para eludir el régimen de sociedades patrimoniales, sino todo lo contrario. También se crearán estructuras más o menos ficticias con la intención de incluir a una sociedad en el régimen de sociedades patrimoniales. En suma, se institucionaliza la elusión fiscal mediante sociedades o lo que se ha venido en denominar «la fiscalidad a la carta».

Todo ello nos lleva a reflexionar sobre la incidencia que el régimen de sociedades patrimoniales puede tener sobre la lenta *erosión* de la progresividad del sistema tributario español <sup>81</sup>. La

aspiración a la progresividad global del sistema tributario español que es, en suma, el corolario del artículo 31 de la CE sólo se puede conseguir si dicho principio se materializa de forma adecuada en el IRPF, pues es el único impuesto realmente progresivo que tiene verdadera importancia. O el legislador cierra las vías de fraude o definitivamente renuncia a la aplicación de un impuesto global y sintético sobre la renta de las personas físicas, si es que se puede afirmar que en la actualidad el impuesto existente tiene esas características. Este tipo de impuesto, que durante diversas décadas ha sido considerado el *súmmum* de la justicia fiscal se ha convertido a estos efectos en un enorme fracaso, aun cuando las conclusiones en términos recaudatorios deban ser otras diferentes. Esta situación no es nueva, pues desde el principio prácticamente ha resultado ser un impuesto realmente progresivo sólo para los contribuyentes titulares de rentas del trabajo. Las causas de esta situación son muy diversas y complejas. Muchas de ellas tienen un claro reflejo normativo. Baste citar la renuncia a gravar las ganancias patrimoniales a un tipo progresivo y la aplicación de un tipo fijo muy alejado del marginal máximo del IRPF o la tributación de las rentas originadas en diversos productos financieros, como, por ejemplo, en los seguros de vida, pues aunque se incorpore a la base imponible general como renta de capital mobiliario, el rendimiento neto derivado de dicho producto se va a reducir hasta en un 75 por 100.

Pero posiblemente estos criterios normativos no son los que suponen un peligro mayor para el cumplimiento de los principios constitucionales y, en especial, del principio de progresividad, que es el que mejor representa los valores del modelo de Estado que nuestra Constitución instaura, pues la progresividad del sistema tributario está ligada al Estado social, que persigue una redistribución justa de la riqueza, así como al principio de igualdad material y al de capacidad económica, entendido de manera relativa. A nuestro juicio, las mayores dificultades para que estos principios se proyecten a la realidad económica y social vienen determinadas por las vías de elusión de la normativa, es decir, lo que en sentido amplio se puede llamar el fraude fiscal. Pero el fraude más peligroso no es la evasión burda de impuestos por incumplimientos claros, notorios y patentes de la normativa, sino la elusión planificada de las normas, con la suficiente cobertura en ellas como para evitar correcciones de la situación tributaria en vía de comprobación. A ello contribuyen las normas complejas, casuísticas y minuciosas, cuya elusión resulta sencilla por el cumplimiento de una serie de requisitos de carácter meramente formales. También inciden en este proceso los cambios poco reflexivos de unas figuras o regímenes novedosos por instituciones de cierta tradición o raigambre en nuestro Derecho tributario reciente. Evidentemente, con ello queremos hacer alusión a la sustitución del régimen de transparencia fiscal por el régimen de sociedades patrimoniales, que además peca también de todos los defectos que hemos señalado de muchas normas tributarias, pues en muchas ocasiones la complejidad de las situaciones reales con trascendencia tributaria se traslada multiplicada de forma exponencial al propio texto normativo. «Todo ello, abre numerosas perspectivas de elusión fiscal, que desde luego no se solucionan con eufemismos. En el Proyecto de LGT que actualmente se está tramitando el fraude de ley se denomina *conflicto de aplicación*. Hasta ahora, ante las dificultades administrativas para la declaración de fraude de ley, la Administración a menudo ha calificado la mayor parte de estos supuestos como simulación, con una impropia *vis atractiva* que no corresponde a dicha figura. Cuando las categorías jurídicas pierden sus perfiles propios se contribuye en gran medida a crear más confusión y a debilitar al propio sistema jurídico, en general, y al sistema tributario, en particular».

Siempre que se ponen de manifiesto todo este tipo de situaciones, y la necesidad de cerrar ciertas vías de fraude, como, por ejemplo, la elusión de los impuestos sobre la renta por los grandes patrimonios mediante la creación de sociedades de inversión, existe un temor latente que a veces incluso se expresa por los operadores económicos de que posiblemente las consecuencias de ello sean aún mucho peores que las derivadas de la propia elusión fiscal. En efecto, dada la movilidad de los capitales en el ámbito de la Unión Europea, si la normativa española, de forma aislada, se endurece, existe el peligro de que se produzca una deslocalización de los capitales por motivos fiscales, lo que significa simple y llanamente, que los grandes patrimonios que disfrutaban de esa vía de elusión fiscal lleven sus inversiones a otros países donde la tributación sea más beneficiosa, como ocurre en el caso anteriormente mencionado en el marco de la Unión Europea en países como Irlanda o Luxemburgo, donde las sociedades de inversión tributan a tipo cero. Posiblemente, la única solución a esta cuestión, que en definitiva no es otra que la elusión de los impuestos por las rentas derivadas del capital, sólo pueda venir en el ámbito internacional, por acuerdos de armonización de las legislaciones fiscales sobre el ahorro, al menos en el marco de los países de la Unión Europea, lo cual resulta muy complicado que se pueda llegar a producir por la resistencia de los Estados a la cesión de soberanía en estas materias. Es cierto que la Directiva que se ha aprobado recientemente «en materia de fiscalidad de rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses» puede significar un paso muy importante. En dicha Directiva no se hace ninguna referencia a la fiscalidad del ahorro, como dice su nombre, pero sí incide en una de las cuestiones más importantes, como es el intercambio de información entre los distintos países en relación con los que tradicionalmente se han denominado en España rendimientos de capital mobiliario derivados de la cesión a terceros de capitales propios. Incluso ni siquiera es seguro que se aplique en la fecha prevista, pues su entrada en vigor está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos.

Ni siquiera corrigiendo las vías más utilizadas de elusión fiscal, en muchas ocasiones las tendencias del sistema tributario que no se expresan en ninguna norma, sino en la cuantía recaudatoria de las diferentes figuras tributarias, de tal modo que eso no vulnera ningún principio, pues queda dentro de la libertad de configuración del legislador. No obstante, ciertas tendencias pueden hacer que el conjunto del sistema llegue a un momento en que no responda a los principios constitucionales. Así, la mayor importancia recaudatoria de los impuestos sobre el consumo y de los tributos basados en el principio del beneficio y de precios públicos, respecto a la recaudación de los impuestos sobre la renta supone una derogación tácita y silenciosa de los principios constitucionales sobre el tributo.

En definitiva, los principios del artículo 31 de la Constitución van quedando reducidos poco a poco, a nuestro juicio, a una serie de cuestiones introductorias del programa de Derecho Financiero que explicamos los profesores, cada vez con menos convicción, y a unos principios que de cuando en cuando utiliza el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de alguna norma, eso sí, cuando dicha declaración no produzca quebrantos importantes a las arcas de los entes públicos o cuando, en definitiva, sus decisiones no produzcan demasiadas consecuencias<sup>82</sup>. Además, los principios que nos ha impuesto nuestra pertenencia a la Unión Europea, a veces son contradictorios con los objetivos marcados por nuestro constituyente para el sistema tributario. En este sentido, el principio de neutralidad tantas veces invocado en los últimos tiempos puede interpretarse de un modo

contrario a lo dispuesto por nuestra Constitución, pues la Hacienda pública en el marco del Estado social puede ser todo menos neutral, pues el sistema tributario ha de constituir un mecanismo de transformación social, de redistribución de la renta y la riqueza.

Posiblemente, en relación con la cuestión sobre la que versa el trabajo, que no es otra que el establecimiento de un régimen específico de tributación que trate de evitar la elusión de la progresividad del IRPF por la interposición de sociedades, la mejor opción hubiera sido, a nuestro juicio, seguir profundizando en la corrección de las deficiencias técnicas de la transparencia fiscal. Se podían haber establecido ciertas normas específicas aplicables en la determinación de la base imponible de estas sociedades a efectos de evitar las ventajas más importantes que proporcionaba el hecho de aplicar las normas del IS, para lo cual hubiera sido suficiente con incorporar diversos ajustes al resultado contable. Dichos ajustes vendrían dados por la aplicación de algunas de las normas más significativas a estos efectos del IRPF, e impidiendo que se aplicaran las normas que determinan alguna ventaja en la tributación. En definitiva, para conseguir el efecto perseguido el régimen ha de ser suficientemente desincentivador de la creación de las sociedades por motivos fiscales. Ello habría determinado que la renta imputada se calcularía de conformidad con algunas de las reglas más significativas del IRPF y, además, habría evitado las complicaciones que ha introducido el régimen de sociedades patrimoniales por su remisión en bloque a la normativa del IRPF.

Dado que la eliminación del régimen de transparencia fiscal no tiene marcha atrás, pues recordemos que se ha establecido un régimen de disolución de las sociedades que tributaban en dicho régimen, y que se han tomado decisiones importantes de acuerdo con ello, a nuestro juicio se podría modificar el régimen de sociedades patrimoniales, estableciendo que, como regla general, los sujetos pasivos que tributen en virtud de dicho régimen especial apliquen las reglas de la LIS a efectos de la determinación de la base imponible, salvo las reglas específicas que se determinen en la propia norma, cuyo sentido sería eliminar alguna de las ventajas del IS e incorporar ciertas normas del IRPF. Además, habría que evitar la división de la base imponible en dos partes, a imagen y semejanza del IRPF, pues lo más acertado sería gravar a la sociedad a un tipo único –que podría el 40 por 100–, por lo que la aplicación de un tipo reducido para las plusvalías sólo sería posible en el caso de que se reinvirtiera el valor de transmisión en la compra de nuevos activos necesarios para el ejercicio de la actividad, como cualquier otro sujeto pasivo del IS. Un régimen así diseñado, que corregiría múltiples disfunciones de régimen diseñado por la Ley 46/2002, por la aplicación de unas normas que no están pensadas para personas jurídicas y eliminaría la complejidad del sistema. En cuanto a la lucha contra el fraude a través del régimen, conocidas las vías más frecuentes de elusión, sólo queda que el legislador vaya depurando técnicamente la norma para evitar en la medida de posible este tipo de situaciones. En este aspecto, debería tratar de evitarse la elusión de las normas que determinan la inclusión o exclusión en el régimen, es decir, las normas que regulan el ámbito de aplicación del mismo, para evitar que la tributación por el régimen de sociedades patrimoniales o su exclusión del mismo sea una decisión que pueden tomar los sujetos pasivos cumpliendo o incumpliendo ciertos requisitos de carácter más bien formal. En fin, esperemos que en breve el legislador rectifique los errores cometidos, pues en juego está la credibilidad del sistema tributario.



## NOTAS

- <sup>1</sup> Las líneas maestras del régimen de transparencia fiscal habían sido apuntadas ya por GOTA LOSADA, en *Tratado del Impuesto sobre la Renta*, Ed. Derecho Financiero, Madrid, 1973, tomo III, págs. 158-159, que analizando la problemática de las sociedades interpuestas proponía como solución «la de considerar como distribuida la totalidad del beneficio de las sociedades o entidades jurídicas siguientes: las comunidades de bienes que realicen actividades sujetas a la Licencia Fiscal; sociedades civiles y asociaciones con fin de lucro; todas las sociedades personalistas, o sea, las colectivas, comanditarias y de responsabilidad limitada, y las sociedades anónimas controladas por grupos familiares o que no superen una determinada cifra de capital. En todo caso estarían excluidas de este régimen de integración las sociedades que coticen en Bolsa».
- <sup>2</sup> La creación de una persona jurídica es una actuación no sólo reconocida, sino amparada por el Derecho. Ahora bien, lo que éste no puede nunca autorizar es que la creación de la sociedad tenga como causa la búsqueda de una finalidad distinta de aquella para la que el ordenamiento concede la forma jurídica de sociedad. En definitiva, si la causa del contrato de sociedad, esto es, la función económico-social que representa, consiste en el ejercicio en común de una actividad económica para obtener un beneficio, cuando con la creación de la sociedad no se pretende realizar una explotación económica, sino que el fin último es obtener un ahorro de impuestos, se puede afirmar que falta la causa del contrato de sociedad. Más concretamente, existe una discrepancia entre la causa objetiva del contrato de sociedad y la finalidad perseguida por las partes con la interposición del ente, por lo que en la creación de la sociedad podría existir un negocio en fraude de ley. Ahora bien, para una correcta calificación de este supuesto es preciso determinar la intención de los sujetos pasivos, pues la conducta, en sí misma considerada, es lícita; lo que es ilícito es realizarla para no pagar impuestos o para pagar menos de los que normalmente se deberían pagar.
- <sup>3</sup> El régimen se introdujo en nuestro sistema tributario por las Leyes 44/1978, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades.
- <sup>4</sup> GARCÍA AÑOVEROS, en el debate en el Pleno del Congreso del artículo 12 del proyecto de Ley del IRPF, publicado en Civitas, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 17-18, págs. 281-282, describió de forma gráfica el mecanismo de elusión al que la transparencia necesaria trató de poner remedio: «determinadas personas que tienen patrimonios fuertes interponen sociedades, las cuales, además, con distintos mecanismos de asignación de gastos, etc., apenas pagan Impuesto sobre Sociedades y, por otra parte, tales personas no pagan Impuesto sobre la Renta porque esas sociedades nunca reparten beneficios. Esta evasión resulta legal porque legal es constituir una sociedad de acuerdo con las Leyes españolas y en las circunstancias en que estas sociedades se establecen».
- <sup>5</sup> Así, en dicha Exposición de Motivos se señala que «la desaparición de dicho régimen, **justificada por razones de neutralidad**, supone la eliminación de toda especialidad para las entidades cuyos ingresos procedan de actividades profesionales, artísticas o deportivas, mientras que a las conocidas como entidades de cartera o de mera tenencia de bienes se les aplicará el nuevo régimen especial de las sociedades patrimoniales».
- <sup>6</sup> En relación con la citada cuestión, la Comisión ha señalado lo siguiente: «Respecto a la transparencia fiscal, la Comisión ha debatido ampliamente sobre su supresión o mantenimiento y ha llegado a las siguientes propuestas:
  - Si el tipo marginal máximo del IRPF se aproxima al tipo general del Impuesto sobre Sociedades del 35 por 100 deberían, en todo caso, eliminarse los supuestos de transparencia fiscal obligatoria para las sociedades de profesionales y artistas, que en muchas ocasiones constituyen verdaderas empresas.
  - La transparencia fiscal obligatoria también se debería eliminar para las entidades de mera tenencia de bienes, si el tipo marginal máximo del IRPF se aproximara al tipo general del Impuesto sobre Sociedades del 35 por 100. Con independencia de la anterior propuesta, las entidades de mera tenencia podrían quedar sometidas a un régimen especial en el Impuesto sobre Sociedades, en el que se les aplicarían las normas del IRPF».
- <sup>7</sup> En la Exposición de Motivos de la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de Reforma parcial del IRPF, en la que se modificó parcialmente el régimen de transparencia fiscal se señalaba que «determinados mecanismos existentes hoy en el Impuesto, permiten a ciertos sectores de contribuyentes utilizarlos para fines distintos de aquellos para los que nacieron».
- <sup>8</sup> En este sentido, se modificó el artículo 19 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del IS, en cuyo apartado Dos se estableció que «las bases impositivas negativas no serán objeto de imputación directa, pudiéndose compensar con bases impositivas positivas obtenidas por la sociedad transparente en los cinco años siguientes».
- <sup>9</sup> En relación con la limitación establecida a efectos de la imputación de bases negativas, el TC se ha pronunciado sobre la posible vulneración en estos casos del principio de capacidad económica en la Sentencia de 14 de julio de 1994. En ella



ha señalado lo siguiente: «A la vista de las consideraciones precedentemente expuestas, no puede apreciarse que la norma impugnada vulnere el principio de capacidad económica reconocido por el artículo 31.1 de la Constitución Española. En rigor, los recurrentes no denuncian la imputación de bases ordenada por el régimen de transparencia, sino que la imputación se limite a las bases imponibles positivas y, por consiguiente, excluya la imputación de las bases negativas. Pero el principio de capacidad económica no exige necesariamente que se otorgue un tratamiento idéntico y simétrico a los rendimientos positivos y negativos que provengan de una determinada fuente de renta. En concreto, el legislador puede establecer restricciones o condicionamientos a la integración y compensación de las rentas negativas siempre y cuando exista una suficiente fundamentación objetiva y razonable. Además, en el supuesto ahora enjuiciado la imputación a los socios de Sociedades en transparencia de las bases imponibles positivas "aun cuando los resultados no hubieran sido objeto de distribución" (art. 52.1 de la Ley) no es tanto un corolario del principio de capacidad económica, cuanto una técnica establecida por el legislador para reaccionar contra los efectos resultantes de la interposición de Sociedades instrumentales. Por todo ello, no puede apreciarse que la solución adoptada por el legislador respecto de las bases negativas de las Sociedades en transparencia vulnere el principio de capacidad económica referido a los socios de tales Sociedades. La solución contraria, es decir, la imputación directa de las bases negativas, daría lugar a una menor base imponible en los socios, que podrían tributar por debajo de su capacidad efectiva, y a un tratamiento favorable a los socios de estas Sociedades respecto del otorgado a los socios de las restantes Sociedades».

- <sup>10</sup> La Exposición de Motivos de dicha Ley destacaba en relación con el citado tema que «la novedad fundamental consiste en el tratamiento de las sociedades que, siendo socios de sociedades transparentes, reúnan, a su vez, las circunstancias de "transparencia". En tales supuestos, la sociedad socio tributará en el Impuesto sobre Sociedades a un tipo igual al marginal máximo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con objeto de evitar estructuras de planificación fiscal tendientes a anular la tributación personal de rendimientos profesionales o del capital».
- <sup>11</sup> Así, por ejemplo, se llegaba a esta consecuencia mediante la interposición de una sociedad intermedia que se hiciera propietaria de las acciones de la sociedad transparente en el momento del cierre del ejercicio social, y que se desprendiera nuevamente de ellas en el curso de los días siguientes (*vid.*, GUELL CANCELA, J. R.: «El ahorro fiscal a través de la utilización de sociedades transparentes», *Gaceta Fiscal*, n.º 75, marzo 1990, pág. 166 y ss.). La eficacia de este método se basaba en que la imputación de los resultados se realizaba al socio residente que fuese titular de las acciones en la fecha de cierre del ejercicio. De esa forma, el socio persona física, al desprenderse de las acciones de la sociedad transparente, antes de dicha fecha, no tendría que tributar en su impuesto personal por la imputación correspondiente. Sin embargo, si no se evitaba de alguna manera, la sociedad intermedia debería incluir las rentas imputadas en su declaración del IS. No obstante, existía un procedimiento sencillo para que la operación no supusiera ningún coste fiscal a la sociedad interpuesta, pues bastaba con que ésta optase por imputarse los beneficios en la fecha de aprobación de las cuentas anuales, y no en la de cierre del ejercicio. Además, pocos días después de la compra de las acciones, volvería a venderlas a su antiguo propietario, al mismo precio por las que la adquirió. Incluso en el caso de que se imputara la renta, la sociedad intermedia no tributaría por esta operación, pues dado el carácter unitario de la renta en el IS, la entidad podría compensar las rentas obtenidas por la imputación de los resultados con las minusvalías que se produjeran en la venta de acciones al anterior propietario. Ello era posible en la medida en que el valor de adquisición de las acciones se disminuía en el importe de los beneficios imputados no distribuidos (coste de titularidad). De esta manera, la minusvalía era igual al resultado imputado, pues siendo el mismo el precio de compra y de venta, la minusvalía era igual al coste de titularidad.
- <sup>12</sup> *Vid.* la Consulta de la DGT de 11 de abril de 1996 (publicada en *Normacef Fiscal*).
- <sup>13</sup> Las líneas maestras del nuevo régimen, a efectos del encadenamiento de sociedades transparentes, son las siguientes:
- 1.º Todas las sociedades transparentes encadenadas tendrán que pagar el IS.
  - 2.º En caso de encadenamiento de sociedades transparentes el criterio de imputación será, exclusivamente, el de la fecha de cierre del ejercicio de la sociedad participada.
  - 3.º Los socios podrán deducir de su cuota líquida no sólo la cuota satisfecha por la sociedad transparente en el IS, sino también la parte correspondiente de las cuotas que le hubiesen sido imputadas a dicha sociedad.
- <sup>14</sup> En este sentido, la disposición transitoria 22.ª determinó que el tipo de gravamen aplicable a las sociedades transparentes sería, en cada uno de los tres primeros períodos impositivos en los que fuera de aplicación dicha Ley, el cero, el diez y el veinte por 100 respectivamente, excepto por lo que se refería a la parte de base imponible no imputada, que tributaría al tipo general.
- <sup>15</sup> En realidad, las sociedades transparentes no han tenido la obligación de realizar pagos fraccionados ni en los períodos en que tributaban a tipos reducidos, es decir, durante 1996 (disp. adic. novena, apartado 1, de la Ley 43/1995), 1997 (art. 58 de la Ley 65/1996, de 30 de diciembre) y 1998 (art. 65 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre), ni tampoco en 1999 (art. 60 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre), respecto de la base imponible objeto de imputación. Finalmente, el artícu-

lo 62 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, estableció la obligación de realizar pagos fraccionados en los períodos iniciados durante el año 2000 en las condiciones establecidas con carácter general.

- <sup>16</sup> FALCÓN Y TELLA, R.: *Análisis de la transparencia tributaria*, IEF, Madrid, 1984, págs. 191-192, señala «que la presunta intención de eludir el impuesto, evadir, o cualquiera que sea el término empleado, es motivo o fundamento del establecimiento del régimen de transparencia, pero no requisito para su aplicación, por lo que no todas las sociedades sometidas a la transparencia obligatoria son necesariamente sociedades interpuestas (...). Si bien el sometimiento al régimen de transparencia de estas entidades se fundamenta en su carácter *interpuesto* o fraudulento, resulta obvio que ello no sucede necesariamente así en todos los casos, e incluso, en los casos en que así sea, el carácter fraudulento queda relegado a motivo del legislador, y no constituye un requisito para la aplicación del régimen de transparencia... La Ley no sujeta, pues, a transparencia a las sociedades efectivamente interpuestas con ánimo de eludir el impuesto, sino a las entidades que menciona (sean efectivamente fraudulentas o no), tratando así de someter al impuesto personal sobre la renta a contribuyentes que están en las situaciones que *normalmente* son usadas en la práctica de los negocios para eludir el impuesto».
- <sup>17</sup> Vid. Consulta de la DGT de 23 de julio de 1997 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>18</sup> Vid. Consulta de la DGT de 27 de febrero de 2003 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>19</sup> Vid. Consulta de 1 de mayo de 2000 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>20</sup> Criterios similares emplea la DGT en la Consulta de 7 de septiembre de 1992 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>21</sup> A estos efectos señala que «si el único activo de la Sociedad que representa está constituido por unos terrenos, y, aunque el objeto social prevé diversas actividades y negocios lícitos, realmente no se ha realizado ninguno hasta la fecha del 23 de mayo de 1978, es evidente que se trata de una Sociedad de «mera tenencia de bienes» a las que alude el artículo 12.2 A) 2.º, de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre (11 de diciembre de 1978)». Dicha consulta se recoge en la Orden Ministerial de 17 de abril de 1980, Consulta n.º 69 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>22</sup> Así la DGT señaló en la Consulta de 29 de noviembre de 1978 que «si el único activo de la Sociedad que representa está constituido por unos terrenos, y aunque el objetivo social prevé diversas actividades y negocios lícitos, realmente no se ha realizado ninguno hasta la fecha del 23 de mayo de 1978, es evidente que se trata de una Sociedad de "mera tenencia de bienes" a las que alude el artículo 12.2 A) 2.º, de la Ley 44/1978. No obsta a este criterio que la expresada Sociedad solicitase el 13 de junio de 1978 (antes de la publicación de la Ley) del Ayuntamiento correspondiente la oportuna licencia de construcción sobre los terrenos de la Sociedad, licencia que, por otra parte, quedó afectada por acuerdo de la Diputación Provincial, declarando en suspenso por un año la concesión de dichas licencias». Dicha consulta se recoge en la Orden Ministerial de 17 de abril de 1980, Consulta n.º 79 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>23</sup> A estos efectos, véanse las Sentencias Rompelmann (STJCE de 14 de febrero de 1985, Rompelmann, Asunto 268/83, Rec. p. 635); Lennartz (STJCE de 11 de julio de 1991, Lennartz, Asunto C-97/90, Rec. p. I-3795); Inzo (STJCE de 29 de febrero de 1996, Inzo, Asunto C-110/94, Rec. p. I-857); Ghent Coal (STJCE de 15 de enero de 1998, Ghent Coal, Asunto C-37/95); Gabalfrisa (STJCE de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros, Asuntos Acumulados C-110/98 a C-147/98).
- <sup>24</sup> Vid. Consulta de la DGT de 23 de junio de 1998 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>25</sup> Vid. Consulta de la DGT de 22 de julio de 1999 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>26</sup> Ya a esta cuestión se refirió la DGT en la Consulta de 11 de julio de 1979, en la que determinó que «lo auténticamente típica a una Sociedad de mera tenencia de bienes es la permanencia constante de éstos en el patrimonio social reduciéndose la actividad para con ellos a efectuar las actuaciones precisas para su conservación, lo cual implica que no se lleven a efecto actos de enajenación con los mismos, a no ser que tales actos sean total y absolutamente necesarios por circunstancias de cualquier índole para la conservación de los restantes bienes que continúan permaneciendo en el haber social». Dicha consulta se recoge en la Orden Ministerial de 17 de abril de 1980, Consulta n.º 74 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>27</sup> Vid. Consulta de la DGT de 23 de junio de 1998 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>28</sup> Vid. Consulta de la DGT de 21 de julio de 1998 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>29</sup> Vid. Consulta de la DGT de 30 de abril de 1997 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>30</sup> La Consulta de 7 de mayo de 2001 determina lo siguiente: «la ley no establece a estos efectos un umbral concreto de medios materiales o personales mínimos requeridos para ejercer la función anterior. Puede entenderse que existen medios personales adecuados, a estos efectos, cuando algún miembro del Consejo de Administración se ocupe asimismo de la adecuada dirección y gestión de las participaciones. Por el contrario, si la dirección y gestión de las participaciones se

desarrolla en su totalidad por medios ajenos, se entendería incumplido este requisito y los valores en cuestión habrían de computarse para determinar la posible inclusión en el régimen».

Más recientemente, en la Consulta de la DGT de 25 de febrero de 2003 se determina que «si la dirección y gestión de las participaciones se desarrollara en su totalidad por medios ajenos a la consultante, este requisito se entendería cumplido y los valores en cuestión habrían de computarse para determinar la posible inclusión en el régimen».

- <sup>31</sup> Vid. Consulta de la DGT de 14 de abril de 1997 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>32</sup> En la Consulta de 8 de febrero de 2002 (*Normacef Fiscal*) la DGT señala que «el ejercicio en el que habrá que fijarse para verificar que los ingresos de la entidad participada alcanzan el citado porcentaje será aquel en el que ésta obtuvo los beneficios que después se distribuyen a su socio a través de dividendos, bien sea el anterior al reparto, si los dividendos proceden directamente de la cuenta de pérdidas y ganancias, o cualquier otro, u otros, si se trata de un reparto de reservas, sin que tenga ninguna relevancia la composición de los ingresos del ejercicio en el que se acuerde el reparto».
- <sup>33</sup> Vid. Consulta de la DGT de 17 de junio de 1996 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>34</sup> Vid. Consulta de la AEAT de 28 de marzo de 2000 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>35</sup> Vid. Consulta de la DGT de 30 de abril de 1997 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>36</sup> Vid. Consulta de la DGT de 9 de diciembre de 1999 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>37</sup> Artículo 75.2 de la LIS.
- <sup>38</sup> En dicho informe se pusieron de manifiesto dos deficiencias fundamentales del régimen de transparencia fiscal. La primera de ellas se corrigió mediante la Ley 43/1995, pues se trataba de la tributación en el IS de la sociedad en transparencia para obtener un mayor control de las rentas obtenidas por la sociedad. La segunda se ha corregido mediante la creación del régimen de sociedades patrimoniales, pues con este régimen se ha evitado la deducibilidad de gastos que no tienen esa naturaleza de acuerdo con las normas del IRPF. En la pág. 224 del citado Informe se puede leer lo siguiente: «Tratándose de socios personas físicas, el vigente régimen de transparencia fiscal es determinante de una distorsión, por cuanto que al imputar bases imponibles calculadas en función de las normas del IS, se está permitiendo la deducción de ciertos gastos que no lo serían con arreglo a las normas del IRPF. Este fenómeno es nítidamente perceptible en relación a los intereses que remuneran préstamos aplicados a la adquisición de valores mobiliarios. En razón de lo expuesto, el régimen de determinación de la base imponible en cuanto a la parte imputable a las personas físicas debe incorporar las exigencias propias del IRPF».
- <sup>39</sup> En este mismo sentido, SANZ GADEA, E.: «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 (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros n.º 239, febrero 2003, págs. 12 y 13: «La duda surge porque el artículo 14 de la Ley 40/1998 no pertenece, al menos formalmente, al conjunto de preceptos consagrados al cálculo de la base imponible, siendo dicho conjunto al que se refiere la remisión del artículo 75.3 a) de la Ley 43/1995. El obstáculo formal debe ser superado en el sentido de la aplicación de la regla de la exigibilidad, porque, en definitiva, las normas de imputación temporal de ingresos y gastos influyen en la determinación de la base imponible».
- <sup>40</sup> Así, FALCÓN Y TELLA, R.: «Las sociedades patrimoniales», *Quincena Fiscal*, n.º 5, marzo 2003, pág. 7, señala que esta norma «... podría suponer una vulneración de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales, cuando exista un socio residente en otro Estado miembro. En efecto, la libertad de establecimiento incluye no sólo el derecho a establecerse, sino también el derecho a elegir la forma jurídica que se desee, en igualdad de condiciones con los nacionales, y este derecho no se respeta si por el hecho de tener un socio residente en otro Estado (y por tanto, frecuentemente no nacional) se da un trato diferente a la sociedad patrimonial».
- <sup>41</sup> SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995...», *op. cit.*, pág. 9.
- <sup>42</sup> No obstante, cuando los rendimientos del capital inmobiliario con un período de generación superior a dos años se perciban de forma fraccionada, sólo será aplicable la reducción del 40 por ciento prevista en el artículo 21.3 de la Ley del Impuesto, en caso de que el cociente resultante de dividir el número de años correspondiente al período de generación, computados de fecha a fecha, entre el número de períodos impositivos de fraccionamiento, sea superior a dos (arts. 21.3 de la LIRPF y 14.2 del RIRPF).
- <sup>43</sup> El artículo 23.2 b) de la LIRPF establece que «en el caso de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de valores, se computará como rendimiento la diferencia entre el valor de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de los mismos y su valor de adquisición o suscripción. Como valor de canje o conversión se tomará el que corresponda a los valores que se reciban. Los gastos accesorios de adquisición y enajenación serán computados para la cuantificación del rendimiento, en tanto se justifiquen adecuadamente».

- 44 SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995...», *op. cit.*, pág. 12, considera a estos efectos que «la lógica del régimen tributario de la sociedad patrimonial apunta hacia la aplicación del ISD, pero la apoyatura legal no es convincente».
- 45 En contra de este criterio se muestra SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995...», *op. cit.*, pág. 14, para quien «el hecho de la disolución sólo puede ser realizado por una persona jurídica. Por ello la Ley 40/1998 no contiene normas sobre el mismo. Pero de ahí no debe seguirse que, en relación con la formación de la base imponible de la sociedad patrimonial, existe una laguna. Las normas generales relativas a las ganancias patrimoniales de los artículos 32 y 33 de la Ley 40/1998 permiten concluir que cuando la sociedad patrimonial se disuelve obtiene una renta por diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos patrimoniales entregados a los socios y su valor de adquisición. A la misma conclusión debe llegarse en el caso de la separación de socios, reducción de capital con devolución de aportaciones en especie y distribución, también en especie, de la prima de emisión o de beneficios».
- 46 DT 9.<sup>a</sup> de la Ley 40/1998 y DT 8.<sup>a</sup> de la Ley 18/1991 (añadida a dicha Ley por el RDL 7/1996, de 7 de junio).
- 47 Dicho precepto establece que «cuando el importe obtenido como consecuencia del reembolso o transmisión de participaciones o acciones en instituciones de inversión colectiva se destine, de acuerdo con el procedimiento que reglamentariamente se establezca, a la adquisición o suscripción de otras acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva, no procederá computar la ganancia o pérdida patrimonial, y las nuevas acciones o participaciones suscritas conservarán el valor y la fecha de adquisición de las acciones o participaciones transmitidas o reembolsadas, en los siguientes casos: a') En los reembolsos de participaciones en instituciones de inversión colectiva que tengan la consideración de fondos de inversión; b') En las transmisiones de acciones de instituciones de inversión colectiva con forma societaria, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: Que el número de socios de la institución de inversión colectiva cuyas acciones se transmitan sea superior a 500; Que el contribuyente no haya participado, en algún momento dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la transmisión, en más del 5 por 100 del capital de la institución de inversión colectiva.  
El régimen de diferimiento previsto en el segundo párrafo de este apartado a) no resultará de aplicación cuando, por cualquier medio, se ponga a disposición del contribuyente el importe derivado del reembolso o transmisión de las acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva.
- 48 Dicho precepto establece que «se integrará en la base imponible el importe de las rentas contabilizadas o que deben contabilizarse por el sujeto pasivo derivadas de las acciones o participaciones de las instituciones de inversión colectiva».
- 49 Así en su norma segunda establece lo siguiente: **1.** Las participaciones en los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario se valorarán por su precio de adquisición, tal y como se define en la norma 8.<sup>a</sup> de valoración contenida en la quinta parte del Plan General de Contabilidad; **2.** El rendimiento producido por las participaciones en los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario, determinado por la diferencia existente entre el valor liquidativo en la fecha de enajenación o cierre de ejercicio y el valor contable de la misma, se contabilizará como ingreso financiero, incrementando el valor contable de la participación. En el caso de que dicho rendimiento fuera negativo, se registrará la pérdida disminuyendo el valor de la participación; **3.** Los importes procedentes de la distribución de resultados del Fondo de Inversión en Activos del Mercado Monetario se contabilizarán disminuyendo el valor contable de la participación en dicho Fondo; **4.** Para la contabilización de las participaciones en los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario y de sus rendimientos se podrán utilizar las cuentas establecidas en la norma cuarta de esta resolución.
- 50 El propio precepto determina que lo previsto en los apartados f) y g) no se aplicará en las transmisiones realizadas en los plazos a los que se refieren los dos últimos párrafos del artículo 23.1 de la LIRPF.
- 51 El único límite es el establecido en el artículo 23.2, que es una norma que trata de evitar abusos.
- 52 SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995...», *op. cit.*, pág. 19.
- 53 SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995...», *op. cit.*, pág. 19.
- 54 Consultas de la DGT de 14 de enero de 1997 y 23 de junio de 1998 (*Normacef Fiscal*).
- 55 SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995...», *op. cit.*, pág. 13, señala que «la determinación de la base imponible de la sociedad patrimonial de acuerdo con las normas de la Ley 40/1998 determina la inaplicación del régimen del capítulo VIII del título VIII de la Ley 43/1995, lo que, en presencia de importantes plusvalías latentes, impedirá a las sociedades patrimoniales realizar operaciones de fusión o escisión en calidad de entidades transmitentes. Muy forzado sería entender aplicable a la sociedad patrimonial la norma de inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial relativa a las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente, del artículo 31.3 b) de la Ley 40/1998».

- <sup>56</sup> FALCÓN Y TELLA, R.: «Las sociedades...», *op. cit.*, pág. 7, considera que el artículo 75.3 de la LIS determina que «las sociedades patrimoniales tributarán por este impuesto, de acuerdo con determinadas reglas especiales, entre ellas la determinación de la base imponible con arreglo a las normas del IRPF (con algunas excepciones). Es claro, por tanto, que el régimen especial de fusiones se aplica a las sociedades patrimoniales, y siendo esto así, entiendo que debe matizarse la remisión a las normas del IRPF para calcular la base imponible, en la medida en que lo exija tal régimen. Por ejemplo, en los supuestos de absorción de la sociedad patrimonial, o de transmisión por ésta de una rama de actividad, no se aplicarán las normas del IRPF relativas a las ganancias y pérdidas de patrimonio, sino el artículo 98.1 de la LIS, y por tanto no se integrarán en la base imponible de la sociedad patrimonial las plusvalías derivadas de la transmisión a la absorbente o adquirente. Y ello aunque el régimen de las sociedades patrimoniales parece excluir totalmente la aplicación de las normas del IS para determinar la base imponible, salvo cuando la LIRPF remite a ellas, lo que no es el caso. Pues aunque la aplicación del artículo 98.1 de la LIS a las sociedades patrimoniales no se haya contemplado de forma expresa en la reforma, una interpretación de la Ley de acuerdo con las Directivas comunitarias no permite, a mi juicio, otra solución».
- <sup>57</sup> SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995...», *op. cit.*, pág. 9: «... si tomamos en consideración que los dividendos distribuidos por las mismas a las personas físicas están exentos, sucederá que una persona física que no tenga otra fuente de ingresos que aquéllos no disfrutará del denominado mínimo vital».
- <sup>58</sup> A este mecanismo de planificación fiscal hacen referencia tanto SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995...», *op. cit.*, pág. 38 y FALCÓN Y TELLA, R.: «Las sociedades...», *op. cit.*, pág. 6.
- <sup>59</sup> Según el artículo 5.1 d) del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, se considerarán funciones de dirección, que deberán acreditarse fehacientemente mediante el correspondiente contrato o nombramiento, los cargos de: Presidente, Director general, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa.
- <sup>60</sup> A efectos del cálculo anterior, se establece que no se computarán entre los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal, los rendimientos de la actividad empresarial a la que se refiere el número 1 del mismo apartado. Por otra parte, el artículo 5.2 del Real Decreto 1704/1999 determina que cuando una misma persona sea directamente titular de participaciones en varias entidades y en ellas concurren las restantes condiciones para el acceso a la exención, el cómputo de dicho porcentaje se efectuará de forma separada para cada una de dichas entidades. A tal efecto, para la determinación del porcentaje que representa la remuneración por las funciones de dirección ejercidas en cada entidad respecto de la totalidad de los rendimientos del trabajo y por actividades económicas del sujeto pasivo, no se incluirán los rendimientos derivados de las funciones de dirección en las otras entidades.
- <sup>61</sup> La consulta de 29 de marzo de 2000 resume perfectamente la evolución de la normativa en este punto: «Este marco legal ha tenido hasta el 7 de noviembre de 1999, fecha de vigencia del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, un desarrollo reglamentario –art. 5.º 1 a) del RD 2481/1994, de 23 de diciembre– por el que la efectividad de la exención, en el caso de participaciones interempresariales, quedaba subordinada a la disposición de un determinado porcentaje de voto y el ejercicio de funciones directivas en las entidades participadas, así como a la exigencia de que estas últimas no tuviesen como actividad principal, a su vez, la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. De esta forma, cuando el mismo consultante, mediante escrito de 3 de septiembre de 1997, suscita la cuestión del disfrute de la exención en el caso de participaciones en una Sociedad de Inversión Mobiliaria (SIM), la contestación, fechada el 7 de octubre del mismo año, atendiendo a la naturaleza de tales sociedades conforme al artículo 2.2 de su Ley reguladora (Ley 46/1984, de 26 de diciembre) y a que, en base a dicho precepto, más de la mitad de su activo está constituido por valores y tienen por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario, rechaza la posibilidad de que las participaciones en la SIM puedan gozar de la exención del artículo 4.octavo.dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del IP, por incumplimiento de la condición configurada en la letra a), antes reproducida. Desde el 7 de noviembre de 1999, la norma reglamentaria vigente –RD 1704/1999– suprime el desarrollo preexistente en cuanto a los requisitos de la actividad de la entidad conforme al precepto legal, limitándose a precisar que «en ningún caso será de aplicación esta exención a las participaciones en instituciones de inversión colectiva» (último párrafo del art. 5.1) por lo que, en definitiva y por lo que respecta a la exención prevista en el artículo 4.octavo.dos de la Ley la norma reglamentaria confirma la validez del criterio sostenido en la contestación del 7 de octubre de 1997».
- <sup>62</sup> Consulta de la DGT de 10 de mayo de 2001 (*Normacef Fiscal*).
- <sup>63</sup> Resulta interesante a estos efectos la Consulta de la DGT de 11 de diciembre de 2000 (*Normacef Fiscal*) en la que se señala lo siguiente: «Se sostiene en el escrito de consulta que en el supuesto de la entidad matriz, el activo mayoritario constituido por participaciones en una SIMCAV no se incluiría en el cómputo de valores que para la inclusión o no en el régimen de transparencia establece el artículo 75 de la Ley del IS y ello porque la participación supera el 5 por 100 de los

derechos de voto y las mismas no son a su vez sociedades transparentes. Consecuentemente, habría que considerar exclusivamente a efectos de determinar la procedencia de la exención patrimonial la actividad de arrendamiento de inmuebles que, con una afectación del 21,7 por 100 del total del activo, lleva a cabo la entidad matriz, disponiendo para ello tanto de un local exclusivamente afecto a la explotación como de una persona con contrato laboral a jornada completa. No comparte este Centro directivo las apreciaciones del escrito de consulta. La participación superior al 5 por 100 de los derechos de voto con la finalidad de gestionar la propia participación y organización de medios materiales y personales no puede significar el "no cómputo de los valores" –con el alcance al que inmediatamente nos referiremos– porque la entidad, participada –la SIMCAV– sí está comprendida en alguna de las letras a), b) o c) del primer apartado del artículo 75, concretamente en la a), en cuanto más de la mitad de su activo está constituida por valores. Efectivamente, que las SIMCAV no estén incurso en el régimen de transparencia como consecuencia de lo previsto en la legislación específica que las regula, no altera su naturaleza propia y las características de la composición de su activo, que entra de lleno en los supuestos del artículo 75, por lo que resulta inviable la exclusión, a los efectos de la aplicación del régimen de transparencia y aunque se supere el porcentaje del 5 por 100, de las participaciones que en ellas pueda tener la sociedad matriz».

En otro supuesto se alega por el consultante en un supuesto similar que las participaciones en las sociedades de inversión de capital variable no tendrían la consideración de valores a los efectos del artículo 75 de la LIS en la medida en que los valores que tienen dichas entidades se poseen «para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias». La DGT en la contestación a dicha consulta de 23 de noviembre de 2000 señala lo siguiente: «No comparte este Centro directivo esta apreciación, al entenderse que la exigencia de que al menos el 90 por 100 del activo de las Sociedades de Inversión Mobiliaria haya de estar constituido por valores mobiliarios y determinados activos financieros, con arreglo a lo establecido en la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, no puede considerarse propiamente cumplimiento de un requisito legal o reglamentario sino que responde a la propia naturaleza de la actividad constitutiva del objeto social. Obsérvese que cuando la Ley quiere que los valores poseídos por una entidad como consecuencia de su objeto social no se computen como tales existe una previsión expresa en tal sentido, sin que sea suficiente que puedan considerarse poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias: así lo establece, para las sociedades de valores, el artículo 75.1 de la Ley del IS. En los casos que nos ocupan, no existiendo norma análoga, no procederá la exclusión del cómputo. Tampoco es de recibo que la participación superior al 5 por 100 de los derechos de voto con la finalidad de gestionar la propia participación y organización de medios materiales y personales signifique el "no cómputo de los valores" –con el alcance al que inmediatamente nos referiremos– porque la entidad participada –la SICAV– sí está comprendida en alguna de las letras a), b) o c) del primer apartado del artículo 75, concretamente en la a), en cuanto más de la mitad de su activo está constituido por valores».

<sup>64</sup> Así se pronuncia la DGT en la Consulta de 12 de julio de 2001, en la que ha resuelto lo siguiente: «A la vista de los datos que ofrece el escrito de consulta, si la sociedad *holding* tiene un activo mayoritariamente constituido por la titularidad de otra entidad que realiza una actividad empresarial y de forma minoritaria por participaciones en una SICAV, se entenderá que no realiza una actividad de gestión patrimonial y que, por lo tanto (según reza la Ley IP) lleva a cabo una actividad económica. La cuestión se plantearía entonces no respecto del acceso a la exención –que procedería en cuanto se cumplieren los restantes requisitos legales– sino de su ámbito objetivo o extensión o, aun mejor, de la determinación de su importe. En ese sentido, la exención podría alcanzar a la participación en la SICAV en dos casos:

- A) Cuando, de acuerdo con lo que prevé el último párrafo de la letra a) del artículo 75.1 de la Ley del IS, su precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad siempre que provinieren de la realización de actividades empresariales o profesionales y con el límite de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los 10 anteriores.
- B) Cuando, de conformidad con la posibilidad contemplada en el artículo 6.3 del Real Decreto 1704/1999, pueda acreditarse su afectación a la actividad. Ahora bien, respecto de este último punto, que es objeto de cuestión separada en el escrito de consulta, se considera que con arreglo a los criterios interpretativos propios del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la afectación implica necesidad para obtener los rendimientos y utilización de los elementos patrimoniales para los fines de la actividad, sin olvidar, además, que para el estricto ámbito del IP se produce una expresa exclusión de las participaciones en instituciones de inversión colectiva como objeto de exención [art. 5.1 d) del RD 1704/1999, de 5 de noviembre]. En el supuesto planteado en el escrito, habida cuenta de que la parte de activo constituida por la participación en la SICAV, por otro lado muy significativa, parece tener una vocación de permanencia como tal, no parece que puedan considerarse concurrentes las circunstancias antedichas, por lo que, salvo que procediera conforme al último párrafo de la letra a) del artículo 75.1 de la Ley del IS [caso A) anterior], la exención no alcanzaría al importe de dicha participación». En el mismo sentido, las Consultas de la DGT de 23 de noviembre y 11 de diciembre de 2000 y 10 de mayo de 2001.



- <sup>65</sup> Cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 por 100.
- <sup>66</sup> La misma regla se aplica cuando se incluya el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada.
- <sup>67</sup> La Resolución 2/1999, de 23 de marzo de 1999, de la DGT, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en materia de vivienda habitual y empresa familiar, determina en relación con la cuestión del mantenimiento de la adquisición, lo siguiente: «Cuando el precepto habla de que se mantenga la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, adquisición por otro lado ligada a una reducción del 95 por 100 del valor de la misma, no se está refiriendo simplemente al mantenimiento de la participación en porcentaje suficiente para poder gozar de la exención en Patrimonio (para lo cual hubiese sido suficiente con decir "siempre que el adquirente mantenga su porcentaje de participación" o simplemente "siempre que el adquirente mantenga su participación"), sino que el mantenimiento de su adquisición está haciendo referencia a que se mantenga el valor de la misma, de tal forma que se prohíbe realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. Sin embargo, no se exige que los causahabientes gocen con posterioridad a la adquisición de la exención en su correspondiente IP, requisito que sí se exige, por el contrario, en el supuesto de adquisición *inter vivos*».
- <sup>68</sup> La Resolución 2/1999, de 23 de marzo de 1999, de la DGT, citada anteriormente interpreta la prohibición de determinados actos de disposición y operaciones societarias en el sentido siguiente: «No puede atenderse a alguna petición recibida, en el sentido de elaborar una lista de las actuaciones prohibidas por la Ley, sino que deberá analizarse cada supuesto que se plantee. Con respecto a uno de los más frecuentes, cual es el caso en que los órganos de administración de las entidades en que participa el causahabiente, realizan una serie de operaciones societarias acogidas al régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, resultando de las mismas que, manteniendo el valor de la adquisición, la titularidad se ostenta, no de las acciones heredadas sino de las recibidas a cambio de las mismas, si el valor de la adquisición se conserva y se cumplen los demás requisitos previstos en el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el causahabiente no perdería la reducción practicada».
- Tales criterios se han aplicado de forma efectiva en la Consulta de la DGT de 21 de mayo de 2001: «... lo que ha de ser objeto de análisis en la presente consulta es la verificación del cumplimiento del requisito del mantenimiento de la participación y el de la prohibición de determinados actos de disposición y operaciones societarias al llevar a cabo las operaciones planteadas en la consulta. Considerando las operaciones respecto de las que se formulan las cuestiones que suscita el escrito de consulta, se observa que, como expresamente se reconoce, implican en primer lugar la fragmentación o escisión de la empresa individual, creando una nueva sobre la que los dos hermanos mantienen el mismo porcentaje de participación. Cuando el precepto antes transcrito se refiere a que se mantenga la adquisición durante los 10 años siguientes, como requisito para aplicar la reducción del 95 por 100 en dicha adquisición, no se está refiriendo simplemente al mantenimiento de la participación en porcentaje suficiente para poder gozar de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP), sino que el mantenimiento de su adquisición está haciendo referencia al valor de la misma (...). En definitiva, como resultado de la escisión, la titularidad se va a ostentar no sólo sobre parte de las acciones donadas sino también sobre las recibidas a cambio de las mismas, por tanto, dado que estas últimas conservan el valor de adquisición que se obtuvo con la donación a pesar de la operación de escisión que se lleva a cabo, los donatarios no perderán la reducción practicada, ya que se cumple el requisito exigido por la Ley de mantenimiento de la adquisición (siempre que se cumpla también el requisito temporal de mantenimiento por los donatarios durante los 10 años siguientes al otorgamiento de la escritura pública de donación) y de no realización de operaciones societarias que disminuyan el valor de adquisición».
- <sup>69</sup> En concreto, el apartado 1.º hace referencia a los siguientes: a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España; b) Que la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE.



- <sup>70</sup> MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: «La sociedad *holding* familiar y su tratamiento tributario», *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros n.º 204, marzo 2000, pág. 108.
- <sup>71</sup> El artículo 88.1 de la LIS establece que «si en virtud de las normas aplicables para la determinación de la base imponible del grupo fiscal ésta resultase negativa, su importe podrá ser compensado con las bases imponibles positivas del grupo fiscal en los términos previstos en el artículo 23 de esta Ley».
- <sup>72</sup> El artículo 89.1 de la LIS establece que «las sociedades del grupo fiscal podrán aplicar la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, pudiendo efectuar la reinversión la propia sociedad que obtuvo el beneficio extraordinario, u otra perteneciente al grupo fiscal. La reinversión podrá materializarse en un elemento adquirido a otra sociedad del grupo fiscal a condición de que dicho elemento sea nuevo».
- <sup>73</sup> Así el artículo 86 determina en su apartado 1.º que «para la determinación de la base imponible consolidada se practicarán la totalidad de las eliminaciones de resultados por operaciones internas efectuadas en el período impositivo. Se entenderán por operaciones internas las realizadas entre sociedades del grupo fiscal en los períodos impositivos en que ambas formen parte del mismo y se aplique el régimen de consolidación fiscal». Por su parte, el apartado 2.º establece que «se practicarán las eliminaciones de resultados, positivas o negativas, por operaciones internas, en cuanto los mencionados resultados estuvieren comprendidos en las bases imponibles individuales de las entidades que forman parte del grupo fiscal».
- <sup>74</sup> En este sentido, MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: «La sociedad *holding* familiar...», *op. cit.*, pág. 116.
- <sup>75</sup> STJCE de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, Rec. p. I-4161.
- <sup>76</sup> Apartado 40: «Por tanto, de las letras d) y h) del artículo 2 así como de la letra a) del apartado 1 del artículo 11 se deduce que los Estados miembros deben conceder las ventajas fiscales previstas por la Directiva a las operaciones de intercambio de acciones a que se refiere la letra d) del artículo 2 de la Directiva, a menos que estas operaciones tengan como objetivo principal o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. A este respecto, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que estas operaciones no se hayan efectuado por motivos económicos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal».
- <sup>77</sup> Los apartados 46 y 47 son del siguiente tenor: «Mediante la letra e) de la segunda cuestión el órgano jurisdiccional nacional pide que se dilucide si una compensación fiscal horizontal de las pérdidas entre las sociedades que participen en la operación constituye un motivo económico válido en el sentido del artículo 11 de la Directiva. Del tenor y de los objetivos del artículo 11 así como los de la Directiva se deduce que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de fusión por canje de acciones que sólo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de este artículo».
- <sup>78</sup> *Vid.* apartado 41.
- <sup>79</sup> Apartado 42: «Este examen puede incluir, eventualmente, los elementos mencionados por el órgano jurisdiccional nacional en las letras a) a d) de la segunda cuestión. No obstante, ninguno de estos elementos puede considerarse decisivo por sí solo. En efecto, una fusión o una reestructuración realizada mediante un intercambio de acciones en la que intervenga una sociedad de nueva creación que, por tanto, no posee una actividad empresarial propia, puede considerarse efectuada por motivos económicos válidos. De la misma forma, tales motivos pueden hacer necesaria la reestructuración jurídica de sociedades que constituyen ya una entidad desde el punto de vista económico y financiero. Tampoco cabe excluir, aunque pudiera constituir un indicio de fraude o de evasión fiscal, que una fusión mediante canje de acciones destinada a crear una estructura determinada para un período limitado, y no de forma duradera, pueda obedecer a motivos económicos válidos».
- <sup>80</sup> El apartado 44 se expresa en los siguientes términos: «No obstante, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones basándose en criterios como los mencionados en las letras a) a d) de la segunda cuestión, tanto si se ha producido efectivamente la evasión o el fraude fiscal, como si no, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva. Lo mismo sucedería si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa».
- <sup>81</sup> En la doctrina, sobre esta cuestión, existen dos opiniones encontradas. Para FALCÓN Y TELLA, R.: «Las sociedades...», *op. cit.*, pág. 8, «estamos, en definitiva, ante una regulación no sólo difícilmente justificable desde el punto de vista de la neutralidad del impuesto, sino con numerosas lagunas y deficiencias técnicas, que habrán de corregirse a través de una interpretación sistemática y teleológica, en la medida en que sea posible, teniendo especialmente en cuenta las Directivas comunitarias. En estas circunstancias, no puede menos que afirmarse que las sociedades patrimoniales, tal como están

reguladas, no sólo no servirán para mejorar el reparto justo de la carga tributaria, en cuanto abren vías claras de planificación fiscal, sino que probablemente serán una continua fuente de litigios entre la Administración y los contribuyentes acogidos a ellas». SANZ GADEA, E.: «Modificaciones de la Ley 43/1995...», *op. cit.*, pág. 6, no comparte esta opinión: «Aparentemente la desaparición de la transparencia fiscal supone un retroceso, uno más, respecto de la progresividad. No creemos, sin embargo, que realmente sea así (...). La transparencia fiscal es una técnica valiosa en sí misma, pero que sólo tiene verdadero sentido en el marco de un IRPF que proyecte la progresividad sobre todas las rentas. Mientras subsista la fiscalidad privilegiada de las rentas de inversión colectiva y de determinados seguros de ahorro, que hacen bascular el modelo de tributación de renta extensiva a tarifa progresiva hacia el modelo de tributación de renta consumida a tipo proporcional, la transparencia fiscal nada añade a la progresividad».

- <sup>82</sup> A estos efectos, hemos de recordar la doctrina de las situaciones consolidadas, constante por parte del TC a partir de su Sentencia 45/1989, que evita la devolución a la mayor parte de personas que hayan pagado impuestos inconstitucionales; o la doctrina sentada en la STC 182/1997, en la que pese a la declaración de inconstitucionalidad del decreto ley que modificó las tarifas de IRPF, las consecuencias prácticas son nulas, dado el llamado «efecto anuncio» del mismo; o el caso relativo al gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego (declarado inconstitucional por la STC 173/1996), en relación con el cual, entre otras, la STC 159/1997 señaló que la declaración de inconstitucionalidad no podía extenderse a los recursos de amparo que estaban pendientes de resolución porque no se vulnera un derecho fundamental que sea susceptible de protección por esta vía, pese a que la situación jurídica del contribuyente seguía pendiente de resolución cuando se publicó la sentencia por la se declaró la inconstitucionalidad de esta prestación, y así podríamos seguir con numerosos ejemplos.