

TRIBUTACION

EL REGIMEN DE
TRANSPARENCIA FISCAL (I)

N.º 261

TRABAJO EFECTUADO POR:

EDUARDO SANZ GADEA

Inspector de Finanzas del Estado

Sumario:

- I. Antecedentes.
- II. Normas reguladoras.
- III. Estructura del régimen de transparencia fiscal.
- IV. Tipología de las sociedades transparentes.
 - A. Sociedades de tenencia de valores.
 - B. Sociedades de tenencia de bienes.
 - C. Sociedades de profesionales.

...

...

D. Sociedades de artistas y deportistas.

E. Sociedades en las que concurren características de dos o más tipos de sociedades transparentes.

V. Composición del grupo de socios.

VI. Inicio y extinción del régimen de transparencia fiscal.

A. Inicio.

B. Extinción.

VII. Sociedades transparentes que no residen en territorio español.

VIII. Tributación de la sociedad transparente.

A. Introducción.

B. Determinación de la base imponible por el Impuesto sobre Sociedades.

C. Sociedades cuyos socios son no residentes.

TRIBUTACION	EL REGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL (I)	N.º 261
--------------------	---	----------------

I. ANTECEDENTES

Suele admitirse comúnmente que el régimen de transparencia fiscal entra en el sistema tributario español con la Reforma Tributaria de 1978, pero esto no es totalmente exacto porque en una olvidada Orden de 1.º de diciembre de 1970, relativa al régimen jurídico-fiscal de los fondos de inversión mobiliaria, se obligaba a dichas instituciones de inversión colectiva a distribuir entre sus partícipes la totalidad de los resultados obtenidos por las mismas, excepción hecha de aquellos que no tributaban en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas (plusvalías a largo plazo y derechos de suscripción preferente) y, además, caso de estar comprendidos entre los resultados distribuidos importes procedentes de dichos conceptos, el fondo así debía comunicarlo al partícipe al efecto de que éste pudiera excluirlos de la base imponible.

No estamos, ciertamente, ante un régimen de transparencia fiscal en sentido estricto, pero uno de sus elementos sí se halla presente, a saber, la eliminación de los efectos derivados de la interposición de una persona jurídica en el proceso de obtención de renta por las personas físicas. Puede observarse que, en efecto, la obligación de distribuir los resultados en unión a la exención de que disfrutaba el fondo de inversión mobiliaria determinaba que el inversor colectivo recibiera el mismo tratamiento fiscal que correspondía al inversor individual.

No deja de ser sorprendente que en el marco de un sistema tributario de la imposición directa dominado por cinco impuestos de producto (Contribución Rústica, Contribución Urbana, Impuesto Industrial y su Licencia Fiscal, Trabajo Personal y Rentas del Capital) pudiera florecer una idea que años más tarde aparecería reflejada en las Exposiciones de Motivos de algunas leyes hoy vigentes (Ley 18/1991 y Ley 29/1991).

Dejando aparte el curioso antecedente citado, lo cierto es que la transparencia fiscal propiamente dicha entra en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 44/1978, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, bajo dos modalidades: Transparencia obligatoria y transparencia voluntaria. Una y otra modalidad tienen justificaciones diferentes. La transparencia obligatoria es una salvaguarda de la progresividad impositiva, y afecta, básicamente, a sociedades que no realizan actividades empresariales, sino que son de mera tenencia

de bienes. La transparencia voluntaria trata de evitar la sobreimposición que para las empresas pequeñas constituidas bajo forma societaria puede deparar el sometimiento al Impuesto sobre Sociedades. En el fondo, sin embargo, una y otra modalidad de transparencia fiscal persiguen la misma finalidad, a saber, la adecuación de la tributación total a la tarifa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que grava a los socios.

Hay en la transparencia fiscal muchas ideas que provienen del Informe Carter, el cual, sin duda, parte de una premisa esencial, a saber, que un sistema fiscal equitativo e imparcial sólo puede alcanzarse mediante la plena integración de los dos impuestos que recaen sobre la renta: El Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Los autores de la Reforma Tributaria de 1978 eran buenos conocedores del Informe Carter, pero esto no les llevó tan lejos como para implantar aquella estructura tributaria tan equitativa como radical, que, sin embargo, ha quedado como un punto de referencia obligado, de aquí que sea conveniente recordar sus líneas maestras:

- El tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades debería ser igual al tipo marginal del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y ambos situarse en torno del 50 por 100.
- La base imponible del socio (residente) debería comprender el beneficio distribuido por la sociedad más el impuesto pagado por la misma. Igualmente, en su caso, el beneficio imputado por la sociedad más el impuesto pagado por la misma. La imputación se realizaría de manera voluntaria.
- El accionista tendría derecho a deducir de la cuota a pagar el impuesto satisfecho por la sociedad, y, en su caso, a obtener la devolución.
- Las ganancias o pérdidas experimentadas en la transmisión de las acciones se incluirán íntegramente en la base imponible del socio, pero el precio de coste de las mismas debería incrementarse en el importe del beneficio imputado.

El sistema descrito tiene indudables ventajas técnicas:

- El beneficio se grava en sede de la sociedad que lo obtiene, con lo cual la función de control del Impuesto sobre Sociedades se cumple perfectamente.
- Es neutral respecto de la política de distribución de dividendos.
- Se respeta exquisitamente el principio de progresividad.
- Se evita radicalmente la doble imposición de dividendos.

Frente a esas ventajas técnicas se alcanzan dos inconvenientes notables:

- El tipo del Impuesto sobre Sociedades es muy elevado, al tener que situarse en el marginal del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, lo que, en una economía abierta, desalienta la inversión exterior.
- La complejidad, tal vez insuperable, derivada de un sistema de imputaciones respecto de los beneficios no distribuidos.

Probablemente sea la complejidad el primer problema de la transparencia fiscal.

Si comparamos el sistema de tributación diseñado por el Informe Carter con la transparencia fiscal voluntaria regulada en la Ley 44/1978, enseguida observamos la existencia de una diferencia fundamental: La sociedad transparente no tributa por el Impuesto sobre Sociedades. Este impuesto abdica de su función de control, de su función de impuesto antecedente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, es decir, de garante de la recaudación, para dar paso a un frágil esquema tributario consistente en la imputación de magnitudes tributarias determinadas en sede de la sociedad.

Tengo por cierto que el inestable andar del régimen de transparencia fiscal y su actual descrédito en las instancias administrativas se debe, básicamente, al olvido del papel del Impuesto sobre Sociedades como impuesto a cuenta o impuesto antecedente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

No es de extrañar que una estructura tributaria tan frágil haya sido objeto de múltiples abusos y que el legislador haya reaccionado recortando su ámbito. Y así, la Ley 46/1985, suprimió la transparencia fiscal voluntaria y estableció la no imputación de bases imponibles negativas. Finalmente, la transparencia fiscal ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 18/1991.

II. NORMAS REGULADORAS

La transparencia fiscal se regula tanto en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como en el Impuesto sobre Sociedades, lo cual, a nuestro entender, no es correcto, pues aunque el régimen citado afecta a una sociedad y a sus socios, se trata, en realidad, de una técnica de integración de ambos tributos, de aquí que lo más idóneo hubiera sido una regulación unitaria.

La Ley 18/1991 dedica a la transparencia fiscal los artículos 52 a 55 ambos inclusive, el artículo 103 y la Disposición Transitoria Cuarta.

La Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades, dedica a la transparencia fiscal el artículo 19, según redacción dada por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 18/1991.

Innecesario es decir que ambas regulaciones son coincidentes, lo que produce un solapamiento superfluo.

La modificación legislativa establecida por la Ley 18/1991 ha motivado un nuevo desarrollo reglamentario, aunque parcial, contenido en el Real Decreto 1841/1991, cuyos artículos 12, 13, 14 y 23 se refieren a la transparencia fiscal. No ha sucedido lo propio en el Impuesto sobre Sociedades, pues los artículos 360 a 388, ambos inclusive, del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, regulan la transparencia fiscal desarrollando lo previsto en el artículo 19 de la Ley 61/1978, en su redacción primitiva, lo que plantea un problema de vigencia de no pocos de esos artículos.

III. ESTRUCTURA DEL REGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL

El régimen de transparencia fiscal se asienta en cuatro elementos:

- Exención de la sociedad transparente por el Impuesto sobre Sociedades.
- Imputación de las magnitudes tributarias determinadas en sede de la sociedad transparente a sus socios. No se imputarán las bases imponibles negativas, aunque podrán compensarse con bases imponibles positivas futuras.
- Los dividendos repartidos con cargo a beneficios obtenidos en régimen de transparencia no se integrarán en la base imponible de los socios.
- Corrección del incremento o disminución de patrimonio habido en la transmisión de las acciones, en función del coste de titularidad, entendiéndose por tal el importe de los resultados contables asociados a las bases imponibles imputadas.

El régimen de transparencia fiscal determina, a través de la inhibición del Impuesto sobre Sociedades, la aplicación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, si el socio es persona física, pero, como más adelante veremos, esto no significa que el resultado recaudatorio deba ser el que se deriva de la estricta aplicación de este último tributo, y ello por la sencilla razón de que la base imponible imputada se forma por aplicación de las normas del Impuesto sobre Sociedades.

Un esquema ayudará a comprender el funcionamiento del régimen de transparencia fiscal.

Sociedad transparente				Socio
Ejercicio	Resultado	Base imponible	Dividendo	Base imponible
1	90	100	–	100
2	105	120	50	120
3	(90)	(85)	–	–
4	40	0 (30 – 30)	–	–
5	65	10 (65 – 55)	20	10

Coste de adquisición de la participación 120

Precio de venta de la participación 580
(En el período 6.º)

Valor de titularidad 140

Incremento de patrimonio 320

(A este incremento de patrimonio le será de aplicación el porcentaje reductor previsto en el artículo 45. Dos). Prescindiendo de este efecto, la total tributación ha sido:

– Imputación (100 + 120 + 10) 230

– Incremento de patrimonio 320

TOTAL 550

Puede observarse que la tributación total no coincide con el importe de los resultados obtenidos por el inversor, que han sido:

– Dividendo (50 + 20) 70

– Plusvalía 460

530

La diferencia existente, es decir, 20, tiene su origen en el mayor valor de la base imponible respecto del resultado contable. Más adelante justificaremos que esta diferencia es correcta.

La no imputación de las bases imponibles negativas ha sido criticada en base a variados argumentos, pero tal vez el más inquietante desde la perspectiva de la coherencia de la estructura del régimen tributario es el que denuncia un exceso de imposición, puesto que bases imponibles negativas, pérdidas a fin de cuentas, no podrán ser imputadas en el supuesto de que no se hubieran podido compensar.

A nuestro entender tal acusación es infundada, porque las pérdidas lucirán en el momento de transmisión de las acciones.

Nuevamente un sencillo esquema nos pondrá en evidencia que las pérdidas se compensan.

Sociedad transparente				Socio
Ejercicio	Resultado	Base imponible	Dividendo	Base imponible
1	(80)	80	–	–
2	(90)	90	–	–
3	(100)	(100)	–	–
4	40	–	–	–
5	90	–	–	–

Coste de adquisición de la participación	300
(Lo hacemos coincidente con el valor teórico)	
Precio venta de la participación	160
(Lo hacemos coincidente con el valor teórico)	
Disminución de patrimonio	140

Se observa que las pérdidas se computan en la imposición personal del socio a través de la disminución de patrimonio generada por la transmisión de las acciones. Es cierto que dicha disminución podrá ser eliminada, total o parcialmente, por aplicación del sistema de «reglas y porcentajes» previsto en el artículo 45. Dos, pero también lo es que este fenómeno se produce igualmente en el caso de sociedades no transparentes.

IV. TIPOLOGIA DE LAS SOCIEDADES TRANSPARENTES

El artículo 52 de la Ley 18/1991 contempla cuatro tipos de sociedades transparentes, a saber:

- Sociedades de tenencia de valores.
- Sociedades de tenencia de bienes.
- Sociedades de profesionales.
- Sociedades de artistas y deportistas.

A. Sociedades de tenencia de valores.

Son sociedades de tenencia de valores aquellas en las que más de la mitad de su activo está constituido por valores, durante más de treinta días del ejercicio social y siempre y cuando se dé una determinada composición de los socios.

Así pues, para calificar a una sociedad de transparente es necesario calcular la siguiente fracción:

$$\frac{\text{Valores}}{\text{Activo}}$$

La expresión valores encierra una cierta carga de ambigüedad. El artículo 67.1.º del Código de Comercio se refiere a «los valores y efectos públicos» como objeto de contratación en Bolsa, con lo cual parece identificar a los valores con los títulos negociables en masa, pero esta impresión se desvanece al contemplar el número 3.º del mismo precepto, que conceptúa como valores mercantiles a «las letras de cambio, libranzas, pagarés, ...». La Ley 24/1988, del Mercado de Valores, se refiere a los mercados primarios y secundarios de valores, declarándose aplicable a los «valores negociables». Finalmente, el artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas afirma que las acciones tendrán la consideración de valores mobiliarios, incluso si se representasen mediante anotaciones en cuenta.

Parece desprenderse de los distintos preceptos que hacen al caso que la expresión «valores» tiene un amplio espectro de aplicación, incluyéndose bajo la misma tanto a los efectos de comercio como a los valores mobiliarios, es decir, tanto a los valores emitidos con carácter singular tales como letras de cambio, pagarés y libranzas, como a los valores emitidos en serie, tales como acciones y obligaciones.

Desde esta noción del término valor, ha de concluirse que la Ley 18/1991 ha ensanchado notablemente el campo de los instrumentos a incluir en el numerador de la fracción anteriormente expuesta si tenemos en cuenta que la Ley 44/1978 se refirió, tal vez más ponderadamente, a los valores mobiliarios.

Fue probablemente la desmesurada amplitud del concepto valor, por oposición y referencia al concepto valor mobiliario, lo que motivó una corrección del Proyecto de Ley ante el Senado mediante la incorporación de cuatro restricciones o exclusiones del concepto valor, que a continuación estudiamos.

a) Los representativos de derechos sobre el capital de sociedades que establezcan con éstas una vinculación duradera para complementar o desarrollar las actividades empresariales o profesionales de la sociedad.

Los valores excluidos son acciones o participaciones en los fondos propios de toda clase de entidades, con tal que se tengan con el objetivo de complementar o desarrollar las actividades, empresariales o profesionales, de la sociedad tenedora de los mismos.

Esta exclusión fue entendida por algún sector de la doctrina como determinante de la expulsión del ámbito de la transparencia fiscal de las sociedades holding, pero, si bien se mira, no puede ser compartido dicho criterio porque el texto de la citada exclusión coincide, casi literalmente, con el texto del artículo 185 de la Ley de Sociedades Anónimas, relativo al concepto de participación.

La lógica de no considerar valor a los integrantes de participación en el sentido del artículo 185 de la Ley de Sociedades Anónimas deriva de los propios fundamentos de la transparencia fiscal. En efecto, la sociedad que realiza actividades empresariales no debe ser transparente sino tan sólo aquella que obtiene rentas pasivas o de titularidad, y de aquí la exclusión de aquellos valores que se posean para el más idóneo ejercicio de una actividad empresarial o profesional.

Lo expuesto anteriormente no ha quedado desmerecido por lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 1841/1991, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Este precepto, de difícil lectura, debe ser interpretado en base a dos ideas:

- La sociedad que ostenta una mayoría de los derechos de voto en otra u otras con la finalidad de dirigirlas y gestionarlas desarrolla una actividad empresarial.
- Los valores en cuestión se tienen para complementar o desarrollar dicha actividad empresarial.

La consecuencia de la interpretación referida es que los valores pueden ser excluidos de la fracción anteriormente expuesta.

En la práctica esto puede conducir a que las sociedades holding queden excluidas de la transparencia fiscal, lo que ha determinado que, en no pocas ocasiones, el artículo 12 del Real Decreto 1841/1991, fuera interpretado en ese sentido, lo que, en nuestra opinión, no es exacto, siendo más correcto entender que el efecto verdadero del artículo citado es excluir determinados valores de la repetida fracción, pudiéndose de ello derivar la exclusión de una sociedad holding de la transparencia fiscal, pero también puede suceder lo contrario, es decir, que una sociedad holding sea transparente.

Así pues, lo previsto en el artículo 12 del Real Decreto 1841/1991, no autoriza a extraer de la transparencia fiscal a una sociedad por el hecho de que participe mayoritariamente en el capital social de otra u otras, sino tan sólo a no computar los valores en cuestión como tales valores a los efectos de establecer la composición relativa del activo.

Veamos un *caso práctico*.

Sea la Sociedad XX cuyo activo tiene la siguiente composición:

Acciones Sociedad X (60%)	20.000.000
Acciones Sociedad Y (60%)	10.000.000
Letras Tesoro	30.000.000
Acciones Sociedad Z (55%)	25.000.000
Pagarés de empresa	28.000.000
TOTAL	113.000.000

$$\frac{\text{Valores}}{\text{Activo}} = \frac{113.000.000 - (20.000.000 + 10.000.000 + 25.000.000)}{113.000.000} = 51'32\%$$

Puede observarse que la sociedad será transparente aun cuando la totalidad de los valores de renta variable poseídos determinan una participación mayoritaria en los derechos de voto y aun cuando se tengan con la finalidad de dirigir y gestionar y para ello se cuenten con los adecuados medios humanos y materiales, puesto que más de la mitad de su activo está constituido por valores. Por consiguiente, se trata de eliminar unos determinados valores a los efectos de determinar la composición del activo. Veamos cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que se produzca la citada eliminación:

- Los valores deben representar más del 50 por 100 de los derechos de voto.
- La sociedad participada debe realizar actividades empresariales.
- La sociedad partícipe debe dirigir y gestionar la actividad empresarial realizada por la sociedad participada.
- La sociedad partícipe debe ostentar la correspondiente organización de medios personales y materiales para realizar las funciones de dirección y gestión.

a') Mayoría en los derechos de voto.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 90 de la Ley de Sociedades Anónimas las sociedades anónimas pueden emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado. Pueden, por tanto, coexistir dos tipos de acciones, a saber, las que otorgan derecho de voto y las que carecen de dicho derecho.

El artículo 12 del Real Decreto 1841/1991, al exigir que los valores representen más del 50 por 100 de los derechos de voto está expulsando del cálculo de dicho porcentaje a las acciones sin derecho de voto, de tal suerte que el mismo deberá calcularse sin tener en cuenta, a ningún efecto, las acciones sin voto.

b') Realización de actividades empresariales por la sociedad participada.

Ya sabemos que la definición de actividad empresarial se encuentra implícitamente establecida en el artículo 40 de la Ley 18/1991, por lo que, al menos en teoría, no existen dificultades en orden a concretar si la sociedad participada realiza actividades de esa naturaleza. Ahora bien, el precepto exige que la sociedad participada realice

actividades empresariales, pero no que únicamente realice actividades empresariales. ¿Debemos entender, por tanto, que es suficiente una mínima actividad empresarial? A nuestro entender la respuesta positiva no sería respetuosa con el espíritu de la norma. Por el contrario, parece más lógico entender que la sociedad participada debe realizar fundamentalmente actividades empresariales. En este sentido debemos concluir que no se da el requisito de realización de actividades empresariales en las sociedades de valores o de mera tenencia de bienes. Inversamente, ha de entenderse que realizan actividades empresariales aquellas sociedades que pueden ser subsumidas en el propio artículo 12 del Real Decreto 1841/1991. De esta suerte, puede afirmarse que la sociedad que realice la función de holding de holdings puede quedar fuera del régimen de transparencia fiscal en virtud de lo previsto en el citado precepto.

c') Dirección y gestión.

La dirección y gestión que debe realizar la sociedad holding tiene por objeto la actividad empresarial realizada por la sociedad participada. El ejercicio de la dirección y gestión implica la adopción de decisiones respecto de la actividad desempeñada por la sociedad participada, lo que a su vez exige que los órganos de dirección y gestión de la misma orienten su actuación a la ejecución de las instrucciones recibidas de la sociedad holding. La mera tenencia de las acciones o participaciones, aunque mayoritaria respecto del derecho de voto, no sería suficiente a los efectos de lo previsto en el artículo 12 del Real Decreto 1841/1991.

d') Organización de medios personales y materiales.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción ha de realizarse en vista de las circunstancias que configuren cada caso, pero puede afirmarse, en términos generales, que el volumen de medios personales y materiales que constituyen el soporte de la organización que ha de tener la sociedad holding depende directamente de la importancia de las actividades empresariales realizadas por la sociedad o sociedades participadas.

b) Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales o reglamentarias.

Algunas entidades deben tener una determinada composición del activo porque así lo establece la normativa que regula su actividad. Así sucede, por ejemplo, en el caso de las compañías de seguros o sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, entre otras. En estos supuestos, los valores poseídos para cumplir con las citadas normas no forman parte de la precitada fracción.

c) Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades empresariales o profesionales.

Esta es, probablemente, la circunstancia de no cómputo de valores de mayor alcance. En efecto, bajo la misma caben la totalidad de las letras de cambio y pagarés que el sujeto pasivo ha recibido para pago de bienes o servicios entregados o prestados como consecuencia del desarrollo de actividades empresariales o profesionales. De no ser por esta circunstancia de exclusión, podrían ser transparentes un buen número de sociedades que, desarrollando actividades empresariales, tienen un inmovilizado escaso y cobran a través de letras o pagarés.

d) Los poseídos por Sociedades o Agencias de Valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto.

Los cometidos y actividades que el artículo 71 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, señala a las Sociedades de Valores, determinará que, como consecuencia del desarrollo de los mismos, tengan en su activo valores. Pues bien, dichos valores tampoco se computan. Lo propio puede suceder respecto de las Agencias de Valores, si bien éstas tienen un ámbito de competencias más limitado que las Sociedades de Valores.

B. Sociedades de tenencia de bienes.

Son sociedades de tenencia de bienes aquellas en las que más de la mitad de su activo no está afecto a actividades empresariales o profesionales.

El concepto de actividad empresarial a utilizar a estos efectos es el previsto en el artículo 40 y las reglas de afectación las contenidas en el artículo 6.º.

La mayoría de las sociedades de tenencia de bienes serán sociedades de tenencia de inmuebles, pero no debemos descartar otro tipo de sociedades de mera tenencia de bienes, como, por ejemplo, aquellas cuyo activo sea el oro, piedras preciosas, objetos de arte, cuentas bancarias, vehículos para usos particulares

Las sociedades dedicadas al arrendamiento o compraventa de inmuebles, tradicionalmente plantearon el problema de su calificación a efectos de la transparencia fiscal, habiéndose producido una doctrina administrativa que centró en el dato de la organización empresarial el punto de distinción. Esta doctrina, en teoría correcta, tropezaba con un inconveniente no despreciable, a saber, la identificación práctica de la existencia de una organización empresa-

rial. Pues bien, el artículo 40. Dos ha salido al paso de estos problemas resolviéndolos de manera expeditiva. De acuerdo con el precepto citado, se entenderá que el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad empresarial cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Que la gestión de la actividad se efectúe en un local exclusivamente destinado al efecto.
- Que, al menos, para desarrollar dicha gestión se cuente con una persona empleada con contrato laboral.

Al margen de las imprecisiones que puede achacarse al término «local» y a la interrogante que suscita la posibilidad del socio con contrato laboral, lo interesante es notar que el artículo 40. Dos define unos requisitos objetivos que zanjarán un buen número de supuestos que con arreglo a la anterior legislación resultaban conflictivos, y esto es, sin duda, un aspecto positivo de la nueva regulación. Inversamente, la facilidad de cumplir los requisitos, en particular para los medianos y grandes patrimonios inmobiliarios, determinará, en buena medida, que la transparencia fiscal, formalmente obligatoria, sea en la práctica voluntaria.

Otras sociedades, también conflictivas bajo el imperio de la anterior legislación, eran aquellas que tenían por objeto la cesión de bienes a sociedades vinculadas. La deficiente redacción del artículo 363.4 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades dio lugar a incertidumbre, porque en dicho artículo se consideraban no afectos a actividades empresariales «los elementos que figuren cedidos por personas o entidades vinculadas directa o indirectamente a la sociedad», y, si bien se mira, cuando una sociedad tiene bienes cedidos por otra esos bienes no integran su patrimonio, porque los tiene a título de arrendataria o cualquier otro título similar que confiere la posesión pero no la propiedad. La lógica apuntaba a que la norma reglamentaria hubiera debido referirse a los elementos cedidos a sociedades vinculadas, pero la literalidad de la misma no autorizaba esta interpretación. Pues bien, la Ley 18/1991 ha superado el error ya que considera elementos no afectos a actividades empresariales o profesionales «los que figuren cedidos a personas o entidades vinculadas directa o indirectamente a la sociedad».

Ahora bien, superado el error, cabe preguntarse por la consistencia de la norma en sí misma, es decir, por la lógica de declarar o considerar no afectos a actividades empresariales los bienes cedidos a sociedades o personas vinculadas. A nuestro modo de ver resulta difícil justificar la norma, porque en términos de realidad económica la cesión de bienes a personas o entidades vinculadas es un hecho irrelevante respecto de la realización de actividades empresariales. Es decir, que se puede realizar una actividad empresarial mediante la cesión en arrendamiento o por cualquier otro título jurídico a sociedades o personas vinculadas de bienes existentes en el patrimonio de la entidad cedente. Una sociedad que sea propietaria de un conjunto

de bienes, muebles o inmuebles, que cede a otra u otras sociedades vinculadas, para que éstas los apliquen a procesos productivos, entendemos que, en sentido económico, realizan actividades empresariales y que los bienes en cuestión están afectos a las mismas. Sin embargo el texto legal no ofrece lugar a dudas, y, en su virtud, los bienes en cuestión se entienden que no están afectos a actividades empresariales. ¿Podría, incluso en base al mismo, calificarse de sociedad transparente a aquella que tuviera por objeto prestar sumas de dinero a las sociedades del grupo al que pertenece?

C. Sociedades de profesionales.

Las sociedades de profesionales se caracterizan por desarrollar una actividad profesional a través de sus socios. Dos son pues las notas definitivas:

- La sociedad realiza una actividad profesional.
- Todos los socios, personas físicas, directa o indirectamente, están vinculados al desarrollo de la actividad profesional.

Puede observarse que el concepto básico en torno al cual gira la definición de la sociedad de profesionales es el de actividad profesional. Por actividad profesional debemos entender toda aquella que se encuentre comprendida en la Sección Segunda de las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, así como en el artículo 51. Dos del Real Decreto 1841/1991.

Ha de observarse que no es preciso que todos los socios desarrollen una actividad profesional coincidente con la ejercitada por la sociedad, bastando con que exista una vinculación o relación entre la actividad profesional de los socios y la sociedad.

La nueva caracterización de la sociedad de profesionales ha ampliado notablemente el perímetro del conjunto de entidades que merecen tal calificación. En efecto, debemos recordar que con arreglo a la anterior legislación todos los socios debían ser profesionales de la actividad desarrollada por la sociedad, en tanto que a partir de la Ley 18/1991, basta que exista una relación, directa o indirecta, entre la actividad de los socios y la actividad de la sociedad. A este ensanchamiento también contribuye lo previsto en el segundo párrafo del artículo 52. Uno B) de la Ley 18/1991, a cuyo tenor la cualidad de sociedad de profesionales no se pierde por el hecho de que exista algún socio no profesional siempre que su porcentaje de participación sea inferior al 5 por 100 del capital social.

¿Por qué este afán del legislador fiscal por aplicar el régimen de transparencia fiscal a las sociedades de profesionales? Tal vez porque se piensa que los profesionales no deben escapar a la progresividad impositiva propia del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero, si ésta es la razón, ¿qué motivo hay para no hacer lo propio respecto de los empresarios?

El principio de igualdad exigiría que las disposiciones sobre la transparencia fiscal se aplicasen a los empresarios en las mismas condiciones que son aplicables a los profesionales.

Hoy en día parece existir unanimidad en la necesidad de procurar un marco fiscal «adecuado» a la pequeña y mediana empresa, porque se entiende, con razón, que es la base para la creación de empleo, pero probablemente no se haya reparado suficientemente en el hecho, aparentemente trivial, de que el pequeño y mediano empresario puede tributar al 35 por 100 mediante el sencillo expediente de aportar su empresa a una sociedad mercantil, debiendo recordarse que el tipo marginal del 35 por 100 se alcanza en la vigente tarifa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para una base imponible de 5.125.000 pesetas.

Cuando se pide un tipo reducido del 20 por 100 para el beneficio no distribuido se está pidiendo tributar al tipo más bajo de la tarifa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En el contexto descrito la transparencia fiscal de las sociedades de profesionales, que también crean empleo, y cuya diferenciación con las sociedades que realizan actividades empresariales es sólo cuestión de matiz en no pocas ocasiones, ha de provocar una reflexión que sirva para encauzar el sistema tributario por la senda de los principios constitucionales recogidos en el artículo 31 de la Constitución.

D. Sociedades de artistas y deportistas.

La transparencia fiscal de las sociedades de artistas y deportistas es una novedad introducida por la Ley 18/1991. Su objetivo es evitar que artistas y deportistas puedan escapar a la progresividad mediante el sencillo expediente de constituir una sociedad.

La sociedad de artistas y deportistas se caracteriza por dos notas:

- Naturaleza de los ingresos que perciben.
- Composición del conjunto de socios.

La primera nota caracterizadora consiste en que más del 50 por 100 de los ingresos percibidos por la sociedad deben proceder de actuaciones artísticas o deportivas realizadas por personas físicas o de cualquier otra actividad relacionada con artistas o deportistas.

A nuestro entender, son actuaciones artísticas o deportivas aquellas que se encuentran comprendidas en la Sección Tercera del Real Decreto Legislativo 1175/1990.

La segunda nota caracterizadora consiste en que los artistas y deportistas que realizan las actividades de las que proceden los ingresos de la sociedad, por sí solos o en unión de sus familiares hasta el cuarto grado inclusive tengan derecho a participar en, al menos, el 25 por 100 de los beneficios de la misma.

El objetivo perseguido por el legislador al incluir a las sociedades de artistas y deportistas en el régimen de transparencia fiscal, esto es, la protección de la progresividad impositiva, no debe merecer sino elogios, por más que, una vez más, se advierta el trato de favor que reciben los empresarios. Para decirlo con palabras asépticas, es difícilmente comprensible, en términos de igualdad, que las actividades encuadradas en la Sección Primera del Real Decreto Legislativo 1175/1990 puedan tributar al 35 por 100 (tipo nominal y rara vez efectivo) cuando se ejercitan por personas jurídicas, en tanto que las encuadradas en las Secciones Segunda y Tercera de la misma disposición deban hacerlo según la tarifa progresiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aun cuando igualmente se desarrollen por personas jurídicas.

No es nuestro objetivo profundizar en el estudio que sugiere la comparación expuesta, que, ineludiblemente, nos llevaría a debatir cuestiones básicas del Derecho Tributario, pero tal vez sea útil suscitar un estímulo a la reflexión respecto de la consistencia de la diversificación tributaria por razón del origen de las rentas hacia la cual parece que se dirige nuestro sistema tributario, tanto en razón de la Ley 18/1991, como de las medidas recientes de fomento de la actividad empresarial (R.D.-L. 3/1993).

Retornemos ahora al campo objeto de nuestro estudio, esto es, la sociedad de artistas y deportistas y veamos si el objetivo de progresividad impositiva podrá realmente alcanzarse a través de la regulación establecida.

La respuesta no puede ser absoluta, puesto que depende de las circunstancias de cada caso, pero es fácil comprender que en la medida en que la participación en los beneficios de la sociedad se halle fraccionada entre el grupo familiar del artista o deportista -cónyuge e hijos en la mayoría de los casos- el resultado de la aplicación de la medida legislativa puede ser justamente el contrario al pretendido. Esto se debe a que las rentas proceden de la actividad de uno de los socios, el artista o deportista, en tanto que la norma tributaria permite que dichas rentas sean imputadas no sólo al artista o deportista sino también al resto de los socios, presumiblemente pertenecientes a su entorno familiar.

No obstante, el efecto descrito tal vez pudiera ser eliminado en base a la aplicación de lo previsto en el artículo 8.º de la Ley 18/1991, que regula, como ya sabemos, las relaciones entre una sociedad y sus socios y consejeros. En efecto, entre la sociedad y el socio que realiza la actividad artística o deportiva debe mediar una relación jurídica en cuya virtud el socio, a cambio de una remuneración a percibir de la sociedad, arrienda a ésta sus servicios, la cual, a su vez, contrata con un tercero la cesión de los mismos. La remuneración que el socio recibe de la sociedad debe ser valorada a precios de mercado, lo que significará, en la mayor parte de los casos, la imputación de una gran parte de los ingresos derivados de la actividad artística o deportiva que realiza.

La conclusión que se deriva de lo expuesto es que el restablecimiento de la progresividad impositiva solamente se produce a través de la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas y que las normas sobre transparencia fiscal, por sí solas, pueden determinar resultados no deseados.

E. Sociedades en las que concurren características de dos o más tipos de sociedades transparentes.

Puede darse el caso que en una misma sociedad coincidan las notas características de dos o más tipos de sociedades transparentes. Así es posible que una sociedad tenga en su activo valores y otros bienes no afectos a una actividad empresarial o que una sociedad de profesionales tenga su activo constituido por valores. Es posible, además, que las mencionadas notas caracterizadoras coincidan de manera absoluta o que coincidan en el mismo ejercicio pero de manera sucesiva.

La coincidencia de circunstancias caracterizadoras de diferentes tipos de sociedades transparentes debe ser resuelta en favor de aquel tipo que con mayor precisión encaje en las mencionadas circunstancias. Así, por ejemplo, una sociedad de profesionales de escasa actividad pero cuyo activo esté compuesto por valores representativos de una importante inversión financiera, debe ser calificada como sociedad de valores antes que como sociedad de profesionales.

Puede suceder, igualmente, que una sociedad en la que concurren las notas caracterizadoras de la transparencia fiscal desarrolle actividades empresariales. En efecto, tanto las sociedades de valores como las sociedades de mera tenencia de bienes se caracterizan por la composición de su activo y no por la actividad que realizan, en tanto que las sociedades de artistas y deportistas tampoco se caracterizan por la actividad que realizan sino por la naturaleza de sus ingresos y aunque existe una correspondencia entre la naturaleza del ingreso y la de la actividad ha de recordarse que la naturaleza de los ingresos se predica respecto de una parte de los

mismos. Así pues es claro que las sociedades anteriormente mencionadas -de valores, de tenencia de bienes, de artistas y deportistas- que realizan actividades empresariales no pierden por tal razón la calificación de transparentes.

Respecto de la sociedad de profesionales, no pueden establecerse conclusiones con la misma facilidad.

En efecto, la sociedad de profesionales se caracteriza por la realización de una actividad profesional a cuyo desarrollo están vinculados, de manera directa o indirecta, todos los socios, de tal manera que pudiera pensarse que la realización de una actividad empresarial, por insignificante que ésta fuere, determinaría la exclusión de la transparencia fiscal. Pero esta conclusión está basada sobre una interpretación discutible, a saber, que la sociedad de profesionales se caracteriza por realizar exclusivamente actividades profesionales. En efecto, la norma no establece la nota de exclusividad. Es preciso, a nuestro entender, atender al espíritu y finalidad de la norma, para comprender que el objetivo perseguido por la misma, esto es, proteger la progresividad impositiva, no puede ser preterido por el hecho de que la sociedad realice una actividad empresarial de escasa significación, aun cuando pueda requerir para su desenvolvimiento una organización estable. Habrá que ponderar, caso por caso, la importancia relativa de la actividad empresarial.

De *lege ferenda* parece claro que la caracterización de la sociedad de profesionales debería efectuarse de manera similar a la prevista para las sociedades de artistas y deportistas.

V. COMPOSICION DEL GRUPO DE SOCIOS

En el epígrafe anterior hemos estudiado la tipología de las sociedades transparentes desde la perspectiva de la sociedad. Pero esta perspectiva es insuficiente, porque la calificación de transparente para una sociedad determinada depende también, en algunos tipos, de la composición del grupo de socios. Estudiaremos este requisito en relación a los cuatro tipos de sociedades transparentes:

a) Sociedades de valores y de tenencia de bienes.

Este tipo de sociedades, además de reunir los requisitos caracterizadores previstos en el apartado anterior, deben estar participadas por un grupo de socios en el que concurra alguna de estas dos características:

- Que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a un grupo familiar ligado por vínculos de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el cuarto grado, inclusive.

- Que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a 10 o menos socios.

Ambos requisitos responden a lo que se ha dado en llamar «sociedad cerrada». La «sociedad cerrada» se caracteriza por estar dominada por un reducido número de socios que decide, sin oposición alguna posible de los socios minoritarios, la política de dividendos. Así, pues la transparencia fiscal se establece, respecto de las sociedades de valores y de mera tenencia de bienes, para el caso de que sean dominadas por un grupo familiar o 10 o menos socios. Bien se comprende que, en ambos casos, la interposición de sociedades puede frustrar, al menos en el sentido literal del precepto, la concurrencia del requisito de composición del grupo de sociedades. En no pocas ocasiones para evitar tales irregularidades el legislador ha acudido a una cláusula omnicomprendiva, a saber, la pertenencia o participación «directa o indirecta», a través de la cual se quiere precisar que la interposición de personas jurídicas no impedirá la producción del supuesto de hecho al que la norma anuda consecuencias jurídicas. Así sucede, por ejemplo, entre otros, en los supuestos de operaciones vinculadas [art. 16.4 a) de la Ley 61/1978] y de subcapitalización (art. 16.9 de la Ley 61/1978). Una interpretación sistemática no autorizaría a indagar por la posible titularidad concentrada de manera efectiva en 10 o menos socios, pero una interpretación atenta al espíritu y finalidad de la norma debería llegar a diferente conclusión, de tal suerte que se atendiera a la titularidad última de las acciones o participaciones. Así, en una estructura de participación en la que una persona física ostenta el dominio total sobre sociedades que entre todas ellas poseen la totalidad del capital social de una tercera, debería entenderse que, respecto de esta última, se cumple el requisito de 10 o menos socios.

b) Sociedad de profesionales.

En la sociedad de profesionales los socios deben ser personas físicas y, además, profesionales, pudiendo, no obstante, personas no profesionales ostentar una participación inferior al 5 por 100 del capital social. El texto legal permite interpretar que existiendo un socio no profesional con una participación, igual o superior al 5 por 100, la sociedad no podrá ser transparente. Pero, nuevamente, debemos hacer ciertas matizaciones. En efecto, una colocación de acciones o participaciones meramente fiduciaria no será bastante para considerar la existencia de un no profesional que ostente una participación igual o superior al 5 por 100, cumpliendo a la Administración Tributaria probar el hecho de la relación fiduciaria. De igual suerte, una participación superior al 5 por 100 poseída por una sociedad propiedad de los socios también será ineficaz. Ahora bien, nada impide que el profesional done las acciones a sus hijos o bien se las transmita a título oneroso lo que, desde luego, no determina una titularidad fiduciaria.

Esto pone de relieve la conveniencia de caracterizar a la sociedad de profesionales en función de la naturaleza de los ingresos que percibe, como elemento básico, sin perjuicio de una consideración complementaria de la composición del grupo de socios, aunque de manera diferente a la actual.

c) Sociedad de artistas y deportistas.

En la sociedad de artistas y deportistas, el núcleo familiar del artista o deportista, junto con el propio artista o deportista debe tener derecho a participar en, al menos, el 25 por 100 de los beneficios. Es posible, aunque no será frecuente, que junto al citado grupo familiar aparezcan otros socios, personas físicas o jurídicas.

Tratándose de socios personas jurídicas, que, a su vez, sean propiedad del grupo familiar del artista o deportista, cabría cuestionar su incidencia respecto de la tipificación de la sociedad como transparente.

A nuestro entender, en línea con lo expuesto en el apartado dedicado a las sociedades de valores y de tenencia de bienes, el hecho apuntado no debería impedir la calificación de sociedad transparente.

El estudio de la composición del grupo de accionistas pone de relieve que no es conveniente definir las características determinantes de la transparencia fiscal a través de circunstancias referidas a los socios (sociedades de profesionales) y que sería conveniente aludir a participaciones indirectas para cortar de raíz cualquier intento de burlar la transparencia fiscal por medio de sociedades instrumentales.

VI. INICIO Y EXTINCION DEL REGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL

A. Inicio.

Según el artículo 52. Dos, el régimen de transparencia fiscal resultará aplicable «cuando las circunstancias a que se refiere el apartado anterior concurren durante más de treinta días del ejercicio social».

En el apartado Uno del artículo 52 hay dos tipos de circunstancias, a saber, aquellas que se refieren a las características objetivas de la sociedad (composición del patrimonio, actividad, naturaleza de los ingresos) y aquellas otras que se refieren a la composición del grupo

de socios y accionistas. Pues bien, será necesario que unas y otras circunstancias concurren, durante más de treinta días del ejercicio social, para que la sociedad tribute en régimen de transparencia fiscal.

No se desprende del texto legal la necesidad de que los treinta días deban ser consecutivos ni tampoco si ambos tipos de circunstancias deben presentarse conjuntamente en los mismos días, de aquí que nos inclinemos a pensar que los días pueden ser consecutivos o alternos y que las dos clases de circunstancias pueden coincidir o no coincidir en el mismo día.

Presentándose más de treinta días en los que concurren las circunstancias previstas en el artículo 52. Uno la sociedad debe tributar en régimen de transparencia fiscal, aun cuando al cierre del período impositivo no concurren las mismas. No obstante entendemos que cuando se produzca alguna de las causas de exclusión, que seguidamente citaremos, no procederá la aplicación del régimen de transparencia fiscal, aun cuando las circunstancias a que se refiere el artículo 52. Uno.

B. Extinción.

La extinción del régimen de transparencia fiscal se produce por dos motivos:

- La no concurrencia, habiendo anteriormente concurrido, de las circunstancias a que se refiere el artículo 52. Uno.
- La concurrencia de alguna de las causas de exclusión a que se refiere el apartado Seis del artículo 52.

a) No concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 52. Uno.

El hecho de la no concurrencia presupone la concurrencia en el ejercicio social anterior. En este supuesto el artículo 364.1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades establece que las sociedades quedan excluidas del régimen de transparencia fiscal «a partir del ejercicio inmediato siguiente a aquel en que dejen de reunir las circunstancias que motivaron su inclusión en el mismo».

Según la regla transcrita, una sociedad que ha estado sometida al régimen de transparencia fiscal en un ejercicio porque han concurrido las circunstancias legalmente previstas, también lo estará en el siguiente aun cuando ya no se presenten dichas circunstancias, produciéndose la salida del régimen de transparencia fiscal en el segundo ejercicio posterior al último en el que concurrieron las circunstancias del artículo 52. Uno.

Ahora bien, la aplicación de lo previsto en el artículo 364.1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades determina la procedencia del régimen de transparencia fiscal en un ejercicio en el que no concurren las circunstancias previstas en el artículo 52. Uno durante más de treinta días, resultado este que no parece admisible. En efecto, el régimen de transparencia se aplica cuando se produce el hecho legalmente establecido, esto es, la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado Uno del artículo 52 durante más de treinta en el ejercicio social, de modo que no verificado el mencionado hecho no podrá aplicarse el régimen de transparencia fiscal. Por consiguiente entendemos que la extinción o no aplicación del régimen de transparencia fiscal se produce en el mismo ejercicio en el que dejen de ser reunidas las circunstancias previstas en el apartado Uno del artículo 52.

b) Causas de exclusión.

El artículo 52. Seis establece dos causas de exclusión:

- Admisión a cotización en Bolsa de las acciones o participaciones representativas del capital social.
- Titularidad superior al 50 por 100 del capital social por una persona jurídica de Derecho Público, en el caso de sociedades de valores y de mera tenencia de bienes.

Ambas causas de exclusión estaban previstas en la anterior legislación, pero la relativa a la persona jurídica de Derecho Público ha sido modificada sustancialmente. En efecto, en la legislación precedente bastaba que entre los socios se encontrase una persona jurídica de Derecho Público para que quedase excluida la transparencia fiscal, en tanto que en la vigente legislación es necesario que la persona jurídica tenga una participación superior al 50 por 100.

La exclusión del régimen de transparencia fiscal se produce en el mismo ejercicio en el que se producen alguna de las dos causas citadas.

VII. SOCIEDADES TRANSPARENTES QUE NO RESIDEN EN TERRITORIO ESPAÑOL

Cuando en una sociedad concurren las circunstancias a que se refiere el artículo 52. Uno es de aplicación el régimen de transparencia fiscal y la consecuencia jurídico-fiscal es la imputación de la renta obtenida a los socios, preservándose, de esta forma, la progresividad imposi-

tiva. Ahora bien cuando la sociedad en cuestión no es residente en territorio español, siendo propiedad de personas residentes en territorio español, cabe preguntarse si, igualmente, se produce tal imputación para, del mismo modo, proteger la progresividad impositiva.

No parece dudoso que, desde una perspectiva de coherencia del sistema tributario, la respuesta debería ser positiva, pero los preceptos en vigor sobre la transparencia fiscal realmente no han contemplado a las sociedades no residentes.

El argumento clave para negar la transparencia fiscal de las sociedades no residentes es el apartado Cuatro del artículo 52, a cuyo tenor las sociedades en las que concurran las circunstancias determinantes de la aplicación del régimen de transparencia fiscal «no tributarán por el Impuesto sobre Sociedades». Esta declaración tan sólo tiene sentido respecto de las sociedades que por residir en territorio español están sujetas al Impuesto sobre Sociedades.

Ahora bien, de la conclusión obtenida no se sigue que las personas físicas residentes en territorio español puedan fácilmente burlar las normas sobre transparencia fiscal mediante la constitución de sociedades residentes en el extranjero, puesto que la residencia se define en función de un hecho, a saber, la sede de dirección y gestión, y parece evidente que la sede de dirección y gestión de una sociedad instrumental creada para eludir unas determinadas normas fiscales con toda probabilidad se hallará en el lugar de la residencia efectiva del socio que la controle.

Es cierto, sin embargo, que corresponde a la Administración Tributaria efectuar la prueba de que la sede de dirección y gestión de una sociedad no residente se encuentra en territorio español, lo cual, en la práctica, puede estar determinando una elusión casi generalizada de la transparencia fiscal por aquellos contribuyentes que posean patrimonios de un determinado volumen.

Contra estas técnicas de evasión, amparadas por la existencia de paraísos fiscales o de sociedades que tributan en régimen de privilegio, los países más avanzados han reaccionado mediante el establecimiento de unas normas en cuya virtud las rentas obtenidas por la sociedad instrumental no residente se imputaban a los socios de la misma. Este es el caso de Estados Unidos, Japón, Reino Unido, Alemania, Francia, Australia, entre otros.

La misma reflexión cabe hacer respecto de las entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero. En efecto, el artículo 10 parece referirse exclusivamente a las constituidas en España, porque en su apartado Cuatro establece que «no tributarán por el Impuesto sobre Sociedades», mandato este que no tiene sentido respecto de entidades no residentes en territorio español.

VIII. TRIBUTACION DE LA SOCIEDAD TRANSPARENTE

A. Introducción.

El artículo 52. Cuatro establece que las sociedades transparentes no tributarán por el Impuesto sobre Sociedades, «por la parte de base imponible imputable a sus socios».

Encajar dogmáticamente la no tributación por el Impuesto sobre Sociedades de las sociedades transparentes en las figuras de la no sujeción o de la exención, matizando, en el segundo caso, que se trata de una exención técnica, o bien reflexionar acerca de la posible realización del hecho imponible en función de las rentas obtenidas por la sociedad en cabeza de los socios, es algo que a efectos prácticos carece de trascendencia. La sociedad transparente no tributa por el Impuesto sobre Sociedades y esto es lo importante.

Ahora bien, no responde a la esencia del régimen de transparencia fiscal la no tributación de las sociedades transparentes por el Impuesto sobre Sociedades. La esencia del régimen fiscal es la imputación, esto es, la tributación en sede del socio de los beneficios obtenidos por la sociedad aun cuando no se hubieren distribuido, de aquí que, de *lege ferenda*, sería concebible que la sociedad transparente tributase por el Impuesto sobre Sociedades, con tal que se mantuviera la imputación.

A pesar de no tributar por el Impuesto sobre Sociedades, la sociedad transparente debe determinar su base imponible de acuerdo con las normas del citado tributo e imputarla, junto con el resto de los elementos liquidatorios, a los socios. Tres son, en consecuencia, las obligaciones a que está sometida la sociedad transparente:

- Determinar la base imponible de acuerdo con las normas del Impuesto sobre Sociedades.
- Identificar a los socios.
- Imputar la base imponible y los restantes elementos liquidatorios.

B. Determinación de la base imponible por el Impuesto sobre Sociedades.

El artículo 52. Cuatro es claro: La sociedad transparente determina su base imponible como cualquier otro sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.

a) Dedución de gastos no admitidos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Ahora bien, siendo así que, básicamente, la transparencia fiscal obligatoria tiene por objeto proteger la progresividad impositiva, cabe pensar que lo más lógico hubiera sido determinar la base imponible de acuerdo con las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o, al menos, prever que los gastos no deducibles en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas incrementarían la base imponible imputable por la sociedad transparente a las personas físicas, pues, en otro caso, la sociedad transparente puede ser utilizada instrumentalmente al objeto de deducir gastos que, en otro caso, no hubieran resultado deducibles. Paradigmático es el caso de los intereses a cargo de sociedades de tenencia de valores, puesto que en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no son deducibles los intereses derivados de un préstamo que ha financiado una cartera de valores. Lo propio cabría decir de la dotación a la provisión por depreciación de valores de renta variable.

En sentido contrario, al no ser de aplicación en el Impuesto sobre Sociedades los coeficientes de abatimiento previstos en el artículo 45. Dos de la Ley 18/1991, los socios de las sociedades transparentes no pueden beneficiarse de las reducciones o exenciones de incrementos de patrimonio obtenidos en la transmisión de valores del patrimonio de las sociedades transparentes.

Bien se comprende que las sociedades transparentes pueden ser utilizadas para deducir gastos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que no están admitidos por las normas de este impuesto. Tal vez este hecho pueda contribuir a explicar la proliferación de las sociedades transparentes, amén de otras ventajas no desdeñables como, por ejemplo, la división de las rentas patrimoniales entre los componentes de una misma familia.

b) Componentes de la base imponible que no se corresponden con beneficios disponibles por los socios.

Se integran en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades dos partidas que representan cantidades pertenecientes a terceros, a saber, las participaciones en beneficios de los administradores en cuanto exceden del 10 por 100 de los beneficios y las cantidades que, en concepto de resultados del negocio en participación corresponden al cuentapartícipe no gestor.

¿Es correcto imputar estas partidas, en cuanto integrantes de la base imponible, a los socios, siendo así que corresponden a administradores y cuentapartícipes no gestores?

En términos de deber ser es fácil afirmar que tal imputación no sería correcta, lo cual no debe llevar a desconocer que la legalidad vigente no ampara una interpretación en tal sentido.

Ahora bien, el error se halla tanto en el régimen de transparencia fiscal, como en las normas de determinación de la base imponible por el Impuesto sobre Sociedades. En efecto, gravando este tributo las rentas del capital aportado por los accionistas, mal se comprende que en la base imponible se integren participaciones en beneficios correspondientes a los administradores cuya percepción no es remuneración del capital sino del trabajo que los mismos prestan a la sociedad. Diferente es el caso de la cuenta en participación puesto que, aunque existan criterios diversos, al no ostentar el cuentapartícipe no gestor un derecho a la devolución del capital aportado si el mismo resulta absorbido por las pérdidas sufridas, podemos entender asimilable la posición del cuentapartícipe con la de socio.

Así pues, podemos afirmar que la base imponible del Impuesto sobre Sociedades está mal construida en el supuesto de participación en beneficios de los administradores y que la imputación por transparencia fiscal no está bien diseñada en el supuesto de las cuentas en participación, habiendo sido procedente en el segundo supuesto excluir de la base imponible a imputar el resultado correspondiente al cuentapartícipe no gestor.

c) Retenciones sobre los ingresos de la sociedad transparente.

Las retenciones sobre los ingresos de la sociedad transparente se imputan a los socios de modo que serán éstos quienes los deduzcan de la cuota por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre Sociedades, pero no la sociedad transparente. Por esta razón, la sociedad transparente debe dar de baja la retención sufrida, cargando el saldo de la cuenta deudora que la refleja en la de *Pérdidas y ganancias*, al tiempo que los socios deben integrar dichas retenciones en la base imponible.

C. Sociedades cuyos socios son no residentes.

La parte de base imponible correspondiente a los socios no residentes no es objeto de imputación, sino que tributa en sede de la sociedad transparente. Así pues, puede suceder que una sociedad transparente impute parcialmente la base imponible y por la parte restante deba tributar por el Impuesto sobre Sociedades.

Esta técnica tributaria, correcta en cuanto que carece de sentido una imputación sobre no residentes, reviste, sin embargo, problemas de naturaleza jurídico-mercantil. En efecto, la cuota del Impuesto sobre Sociedades liquidada sobre la parte de base imponible imputable a los socios no residentes es gasto contable, por imperativo del Plan General de Contabilidad, y las retenciones imputadas a los socios residentes también tienen la misma consideración. Obsérvese que ambos tipos de gasto surgen por causa de la diversa posición de los socios en

relación al hecho de la residencia. Cabe por ello plantearse si, a efectos de la participación de los socios en los resultados de la sociedad, uno y otro tipo de gasto debe ser soportado por los socios que lo originaron o si, contrariamente, esta distinción es improcedente. En el ejemplo que sigue exponemos las dos posibilidades.

Cuenta de Pérdidas y ganancias

Retenciones (25/0'4)	10	Dividendos	100
Retenciones (20/0'4)	8	Intereses	80
I. Sociedades (162/0'6/0'35)	34		
Saldo	128		

- Socios residentes en España 40%
- Socios residentes en el extranjero 60%

La primera opción es distribuir el saldo de la cuenta de *Pérdidas y ganancias* entre los socios, sin hacer matización alguna, en función de su participación en el capital social. En este caso la distribución procedente sería:

- Socios residentes en España (128/0'4) 51'2
- Socios residentes en el extranjero (128/0'6) 76'8

La segunda opción es distribuir el saldo previa imputación del gasto por retenciones y por Impuesto sobre Sociedades a los socios residentes y no residentes en territorio español, respectivamente. En este caso la distribución sería:

- Socios residentes en España [180/0'4 – (10 + 8)] 54
- Socios residentes en el extranjero (180/0'6 – 34) 74

Es difícil escoger una u otra solución, pues aunque la segunda parece más equitativa, la primera se ajusta más a las normas que sobre distribución de resultados establece la Ley de Sociedades Anónimas.

A nuestro entender sería sencillo superar este dilema sometiendo a la sociedad transparente a tributación por el Impuesto sobre Sociedades, sin perjuicio de la posterior imputación de la cuota pagada a los socios. Seguidamente resolvemos el caso anterior bajo esta hipótesis.

Cuenta de Pérdidas y ganancias

I. Sociedades	63	Dividendos	100
Saldo	117	Intereses	80

En este supuesto la distribución precedente sería:

– Socios residentes en España (117/0'4)	46'8
– Socios residentes en el extranjero (117/0'6)	70'2

En cuanto a la imputación de bases imponibles en régimen de transparencia fiscal, no varía en uno u otro sistema. En efecto, tanto en el sistema actualmente vigente como en el que hemos esbozado como propuesta de futuro, la imputación será de 72 a los socios residentes en España (180/0'4). Supuesto que el tipo marginal de los citados socios sea 0'50, la tributación sería la siguiente:

SISTEMA ACTUALMENTE VIGENTE.

1. Liquidación en la sociedad.

Resultado contable	128
Retenciones (10 + 8)	18
Impuesto sobre Sociedades	34
	180
Base imponible	180

Parte de base imponible imputable a socios no residentes	108
Cuota íntegra	37'8
Retenciones (25/0'6 + 20/0'6)	27
Cuota a ingresar	10'8

2. Liquidación en los socios.

Base imponible	72
Cuota íntegra (72/0'5)	36
Retenciones	18
Cuota a ingresar	18

SISTEMA QUE SE PROPONE.

1. Liquidación en la sociedad.

Resultado contable	117
Impuesto sobre Sociedades	63
Base imponible	180
Cuota íntegra	63
Retenciones	45
Cuota a ingresar	18

2. Liquidación en los socios.

Base imponible	72
Cuota íntegra	36
Impuesto sobre Sociedades (63/0'4)	25'2
Cuota a ingresar	10'8

CUADRO COMPARATIVO DE AMBOS SISTEMAS

Impuestos Sistemas	I. Sociedades	IRPF	Retenciones	Total
Vigente	10'8	18	45	73'8
Propuesto	18	10'8	45	73'8

Se observa que la diferencia entre ambos sistemas reside en el punto del circuito de la renta en donde se produce la recaudación impositiva. En el sistema vigente la recaudación se produce en sede del socio, excepto si éste es residente en el extranjero, en tanto que en el sistema propuesto la recaudación se produce primero en la sociedad y después en el socio residente en territorio español, de manera adicional.

Para la mayoría de las sociedades transparentes el sistema propuesto supondría establecer dos puntos de recaudación, primero en la sociedad y después en los socios de manera complementaria, teniendo en cuenta que la mayoría de dichos socios residen en territorio español.

La técnica propuesta permitiría asegurar la recaudación, pues parece que es más sencillo recaudar en sede de la sociedad que en sede de los socios y, al tiempo, preservar la progresividad impositiva. Ha de tenerse en cuenta que asegurar la recaudación en sede de las sociedades transparentes es un empeño de la mayor trascendencia, habida cuenta de su elevado número.

Es claro que si la sociedad transparente tributase en pie de igualdad con cualquier otra sociedad, sin perjuicio de la complementaria tributación de los socios, el expediente de hacer tributar -como veremos en el capítulo siguiente- a la sociedad transparente que es socio de otra sociedad transparente al tipo marginal máximo de la escala del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas hubiera resultado innecesario.