



NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL IMPUESTO DE PATRIMONIO. EL CASO DE LA TRIBUTACIÓN DEL PATRIMONIO NO AFECTO A ACTIVIDADES ECONÓMICAS PROPIEDAD DE PERSONAS JURÍDICAS Y SOBRE EL PATRIMONIO DE DETERMINADAS ACTIVIDADES

Antoni Durán-Sindreu

Director del Máster en Fiscalidad, Barcelona School of Management Profesor de Sistema Fiscal Español y de Régimen Fiscal de la Empresa, UPF

Guillem López-Casasnovas

Catedrático de Economía pública de la UPF
Director del CRES-UPF

Barcelona

Septiembre 2019

CRES-UPF Working Paper #201909-117





NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL IMPUESTO DE PATRIMONIO.

EL CASO DE LA TRIBUTACIÓN DEL PATRIMONIO NO AFECTO A ACTIVIDADES ECONÓMICAS PROPIEDAD DE PERSONAS JURÍDICAS Y SOBRE EL PATRIMONIO DE DETERMINADAS ACTIVIDADES

A DURAN_SINDREU
G LOPEZ_CASASNOVAS

Versión provisional Sept 2019









I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo argumenta en favor del impuesto del patrimonio en una de sus vertientes: el de las personas jurídicas; esto es, del patrimonio de sociedades en general no afecto a sus actividades económicas principales. Se puede alegar contra ello que estos supuestos de desviación de recursos ya están previstos en la tributación, del IRPF en particular, de los beneficios resultantes del uso y disfrute de dicho patrimonio. Sin embargo la justificación que aquí se aduce es de acceso a la fuente de dicha capacidad económica potencial añadida más que a través de sus destinatarios. Ello como se verá no es neutro e incide sobre todo en lo que pueda ser el papel efectivo del impuesto sobre el patrimonio. No se trata en efecto de recaudar más, ni por su importancia se puede considerar un gran mecanismo de redistribución de recursos, vista su importancia recaudatoria. No se trata por lo demás de una cuestión de justicia fiscal (palabras graves en el marasmo tributario español actual), sino de equidad horizontal en el trato igual de iguales, y de afinamiento, con incentivos adecuados, contra arbitrariedades fiscales y capacidades diferenciadas de elusión fiscal. Obviaremos aquí el tema de la justificación patrimonial en su faceta de imposición reiterada, a favor de la meritocracia (función más propia de sucesiones y donaciones) y buscaremos 'finura' en el tratamiento de hechos y bases (de entre las fuentes depósitos, inmuebles, acciones y participaciones —en entidades cotizadas o no- y ajuar. Distinguiremos aquella parte de desvío patrimonial de las personas jurídicas de viene que simplemente ofrecen goce y utilidad en su disfrute de aquellos otros que son substitutivos de gasto, siendo para dicha consideración la elasticidad renta de dicho gasto decisiva. Contrariamente a lo que se acostumbra a aludir contra el impuesto sobre el patrimonio (afectación negativa contra el crecimiento económico), la definición del impuesto que aquí se ofrece pretende fomentar un uso más productivo del patrimonio y así contribuir a la eficiencia económica. Dejamos también a un lado el encaje del impuesto en la actual fiscalidad autonómica, sólo justificable bajo un supuesto de responsabilidad fiscal que no parece darse en la actualidad.





En la primera sección se contextualizará el objetivo, y en la segunda se articulará una propuesta para coadyuvar a su consecución. Para lo primero se parte del estudio de las cuentas empresariales, la evolución de beneficios y la acumulación patrimonial.

En la segunda se justifica el impuesto, vistas la razones que explican la proliferación de sociedades propietarias de determinados activos, especialmente en la forma de sociedades de mera tenencia de bienes y sociedades patrimoniales, al ser realidades legislativas "conscientemente reguladas" por el legislador, y la consideración asociada de denominados elementos patrimoniales afectos y no afectos.

A modo de conclusión se consideran líneas generales de reforma, con una breve referencia a la constitucionalidad del nuevo impuesto aquí propuesto

II.-LA REALIDAD ECONÓMICA Y FISCAL DE LOS BENEFICIOS EMPRESARIALES Y SU DESTINO PATRIMONIAL

Como señala V. Salas (2019,mimeo) en su estudio acerca de la evolución de las rentas generadas por las Sociedades no Financieras en España durante los años 2000-2017 y su composición, 'los resultados del análisis muestran un avance en el peso de la contribución de las empresas (aquí sociedades no financieras) al PIB de la economía española a lo largo de todo el periodo estudiado, principalmente por la evolución del componente principal de esa contribución, el Valor Añadido Bruto. También muestran una pérdida de peso de las rentas del trabajo en el conjunto de rentas de las SNF y un aumento paralelo en su complemento, las rentas no laborales, en los años de crisis de manera que en los años de recuperación el peso de las rentas del trabajo en el conjunto de rentas de las SNF se estabiliza en una proporción siete puntos porcentuales por debajo de la proporción hasta 2007. Dentro de las rentas no laborales, los beneficios netos aumentan su peso específico e forma notable durante la crisis y recuperación, a costa del menor peso de los gastos financieros (que desde hace algunos años están por debajo de los ingresos financieros) y de los impuestos sobre beneficios y rentas de la propiedad.

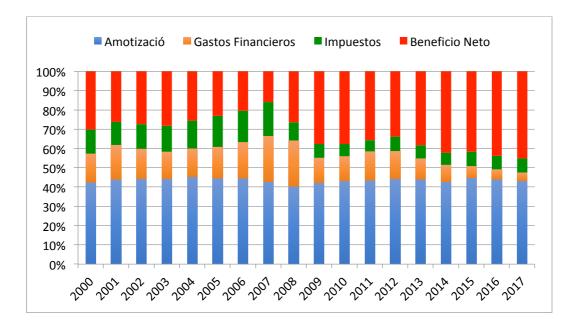
Resulta destacable, añade también el mencionado autor, 'la estabilidad de la parte de fondos brutos generados que se distribuye como dividendos a lo largo de todo el



periodo de análisis, en torno al 25%. Esta estabilidad contrasta con la variabilidad en la evolución de la inversión bruta en bienes de capital en relación a los fondos generados, claramente por encima de uno en los años de expansión previos a la crisis y estabilizada alrededor de dos tercios de los fondos generados en los últimos nueve años. Esto significa que las empresas no financieras acudieron a la financiación externa, deuda, en los años de expansión económica para cubrir el déficit de fondos generados, mientras que en los últimos nueve años disponen de fondos excedentarios, alrededor del 10% de los fondos generados...'

EVOLUCIÓN DE LAS RENTAS GENERADAS POR LAS SOCIEDADES NO FINANCIERAS EN ESPAÑA DURANTE LOS AÑOS 2000-2017 Y SU COMPOSICIÓN



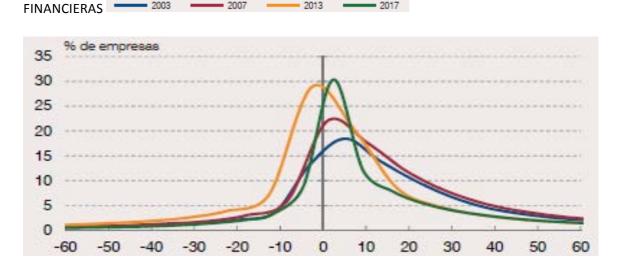


Como se puede comprobar, si la evolución de los Impuestos se analiza desde la imposición efectiva, es decir Impuestos declarados por las SNF en relación a la base imposible teórica, el Beneficio Neto antes de Impuestos, encontramos que el tipo efectivo medio pasa del 30% a principios de la década de los 2000, al 14% de los últimos años. Un descenso de 16 puntos porcentuales o un tipo efectivo actual por debajo de la mitad del que pagaban las SNF hace 15 años. Tal como se observa en el gráfico adjunto, del Informe Trimestral de la Economía española del Banco de España, sept 2019, tras la recuperación, la distribución de rentabilidades ha vuelto a desplazarse hacia la derecha. Sin embargo, si se compara con la situación previa a la crisis, se aprecia que



en 2017 hay una mayor concentración de empresas en niveles de rentabilidad positivos (pero moderados), mientras que el porcentaje de compañías con rentabilidades relativamente elevadas (superiores al 10%) se ha reducido con respecto al que había en 2007.





Por lo demás, del Informe del BdE sobre la central de Balances se desprende que los niveles medios de rentabilidad habrían seguido creciendo en 2018 para el conjunto de la muestra trimestral.

Prácticamente pues, todo el aumento en Beneficio Neto en cifras absolutas se produce durante la década de los años de crisis y recuperación, entre 2008 y 2017. Es decir, el aumento en los Beneficios Netos de las empresas en España entre 2007 y 2017 proviene en un 61% del ahorro en intereses de la deuda y en impuestos sobre la propiedad y los beneficios, y en un 39% por el aumento en los beneficios de operaciones (31%), y el aumento en los ingresos financieros y rentas de la propiedad (8%).

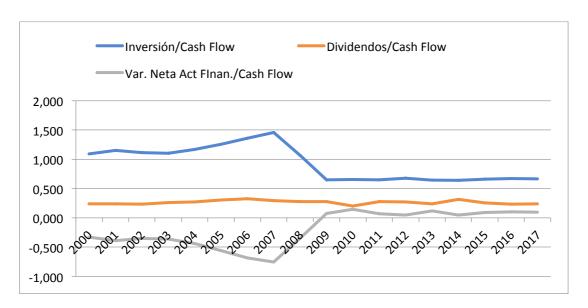
En cuanto a las salidas de fondos, Dividendos más Inversión Bruta, en promedio para los años 2000-2017 representan el 35% de la Renta Total,

Por otra parte, destaca la relativa estabilidad en el tiempo en la proporción que representan los dividendos pagados sobre el *Cash Flow*, con cifras siempre alrededor del 25% (mínimo del 20% en 2010 y máximo del 32,6% en 2006). Esta estabilidad contrasta con la variabilidad temporal en la proporción que representan los Dividendos



sobre el Beneficio Neto de cada año. En este sentido, en promedio para todo el periodo analizado, los Dividendos representan el 62% de los Beneficios Netos, pero esta proporción desciende hasta el 41,5% en 2010 y se eleva por encima de 1 en 2007. Es decir, en 2007 las SNF reparten en dividendos una cifra similar al total de Beneficios Netos del ejercicio.

USO DE LOS CASH-FLOWS EN INVERSIÓN EN CAPITAL DE OPERACIONES, PAGO DE DIVIDENDOS Y VARIACIÓN DE ACTIVOS FINANCIEROS NETA.



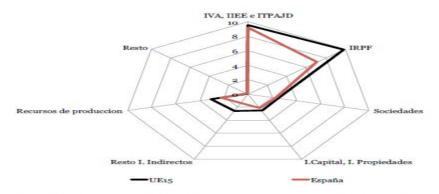
Fuente: V Salas (ob cit) a partir de Cuentas Nacionales (INE)

A partir del 2009 el signo cambia y las empresas generan fondos por encima de las necesidades para pagar dividendos y financiar la inversión en capital, pudiendo utilizar ese excedente en reducir deuda, por ejemplo.

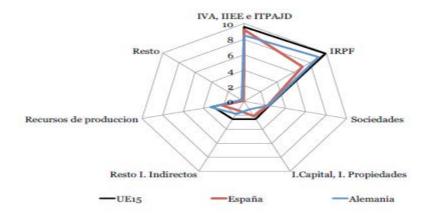
La fiscalidad a la que se somete la actividad empresarial en nuestro país y en comparación se puede ver en los gráficos siguientes. Los "Impuestos sobre Capital y Propiedades" incluyen el impuesto sobre bienes inmuebles, el impuesto sobre el patrimonio, el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica, el pago de licencias diversas y el impuesto sobre donaciones y sucesiones. Los cuadros siguientes ofrecen una visión general y un detalle comparativo de España con algunos países de nuestro entorno.



Gráfico 3. Ingresos España vs UE-15. Año 2015

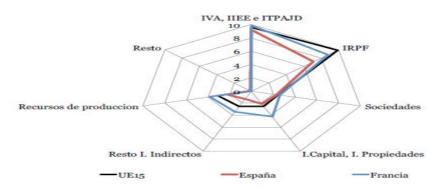


Fuente: Elaboración Propia a partir de datos de Eurostat Gráfico 4. España vs Alemania. Año 2015. % PIB



Fuente: Elaboración Propia a partir de datos de Eurostat

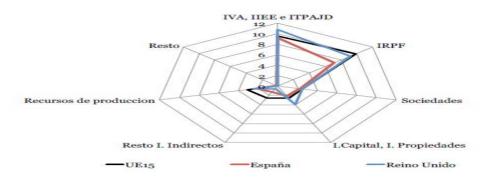
Gráfico 5. España vs Francia. Año 2015. % PIB



Fuente: Elaboración Propia a partir de datos de Eurostat



Gráfico 7. España vs Reino Unido. Año 2015. % PIB



Fuente: Elaboración Propia a partir de datos de Eurostat

Por lo demás, como es sabido, hasta la reforma de 2015, los dividendos eran una estrategia de inversión que permitía ahorrar dinero en la renta (los primeros 1.500 euros estaban exentos de tributar). Tras el cambio, la fiscalidad del cobro de dividendos a cuenta no tiene grandes ventajas frente a otros productos de ahorro e inversión. Además, las rentas en especie por la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda. Todo aquello no explícitamente excluido. Y en activos, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado.

La idea esencial de la propuesta que a continuación se desarrolla es la de establecer un impuesto con finalidad extra-fiscal cuyo objetivo es disuadir determinados comportamientos afectos a la utilización del patrimonio empresarial para determinados fines que atentan la neutralidad que el sistema tributario persigue: En concreto, las consecuencias fiscales derivadas de la titularidad por parte de sociedades de activos no afectos a una actividad económica o que, estando afectos a la misma, su único motivo es la fiscalidad.

Los objetivos que debería conseguir el impuesto que más adelante se propone con la finalidad de afrontar el anterior estado de cosas, son cuatro: 1.- Disuadir la constitución de sociedades patrimoniales en la medida en que con estas se evita la tributación de las rentas procedentes de la titularidad de activos no afectos a actividades económicas en sede de la persona física, y, por tanto, la tributación que en lógica tributaria es la que se considera como normal. 2.- Disuadir el remansamiento o apalancamiento de beneficios destinados a la inversión en elementos patrimoniales no





afectos a una actividad económica y de uso personal del socio y/o de sus familiares evitando, pues, su tributación en concepto de dividendos y, por tanto, la tributación que en lógica tributaria es la que se considera como normal. 3.- Disuadir la creación de aparentes estructuras societarias con la sola finalidad de gozar de los beneficios fiscales por "empresa familiar" relacionados con el arrendamiento de inmuebles. 4.-Incentivar la correcta capitalización de las empresas y, en particular, la reinversión de sus beneficios en activos productivos. En definitiva, discriminar positivamente a quienes con su comportamiento coadyuvan a un tejido empresarial sólido y de calidad. En definitiva, se trata de no aumentar la presión fiscal de las empresas y de disuadir aquellos comportamientos con fines no empresariales que deterioran la equidad de nuestro sistema fiscal y sus efectos redistributivos con perjuicio en la recaudación. No se trata, por tanto, de recaudar por este impuesto sino de conseguir que en tales casos su tributación se adapte a lo previsto en la lógica tributaria; es decir, de desincentivar prácticas cuyo único motivo es la fiscalidad en sus elementos de distorsión y generación de exceso de gravamen, y de incentivar aquellas otras que contribuyen a la creación de un tejido empresarial de mayor calidad.

III.-ASPECTOS FISCALES, APALANCAMINETO, REMANSAMIENTO

Con carácter previo, resulta necesario conocer los motivos fiscales que distorsionan al respecto la necesaria neutralidad y sus consecuencias en la esfera aplicativa de los tributos. Entre ellas, las razones que justifican la proliferación de sociedades propietarias de inmuebles (y otros activos). En efecto, la titularidad de inmuebles –por ejemplo-, por parte de sociedades cuyo destino no es una actividad económica, es una realidad objetiva innegable. Sin embargo, la tipología de las sociedades que se utilizan con dicha finalidad es muy diversa. Desde las denominadas sociedades de mera tenencia de bienes o entidades patrimoniales, cuya característica reside precisamente en no realizar ninguna actividad económica, a sociedades que, siendo su actividad principal una actividad económica, sus beneficios no siempre se reinvierten en activos destinados a la misma.

Las razones de su utilización son también muy diversas, aunque su punto en común es normalmente la fiscalidad. La primera de ellas es que, a diferencia del IRPF, la normativa del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS) permite, con carácter



general, la deducción de todos los gastos. En efecto, si bien la ley del IRPF permite tan solo su deducción en el caso de rendimientos del capital inmobiliario, esto es, de los que procedan del arrendamiento de bienes inmuebles (¹), su deducción está en ocasiones sujeta a determinados límites (²). Así mismo, la ley del IRPF, a diferencia del IS, contempla reglas especiales en el caso de rendimientos en caso de parentesco que limitan, también, la plena deducción de los gastos (³). En consecuencia, si el propietario de los inmuebles es una sociedad, no existe ninguna particularidad "fiscal" con relación a idénticos supuestos, ni existe tampoco ninguna limitación con relación a qué gastos son deducibles. No en vano, la Ley del IS se remite con carácter general a las normas para la determinación del resultado contable (⁴).

Es cierto, también, que la ley del IRPF contiene preceptos que la del IS omite y que representan un tratamiento más ventajoso con relación a la persona física (⁵). Este distinto trato fiscal entre el IRPF y el IS, unido a la sustancial diferencia de tipos impositivos entre ambos, que puede ser de más de 23 puntos porcentuales, propicia la constitución de sociedades o entidades patrimoniales sin que esta se pueda calificar de elusiva ni mucho menos de ilícita. De hecho, su principal responsable es el propio legislador que, poco a poco, ha ido rebajando el listón de las exigencias normativas para evitar la elusión.

¹ Vid, al respecto, el art. 22 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las

Personas Físicas (en adelante, LIRPF).

² Así, por ejemplo, el art. 23.1.a) de la LIRPF establece en su número 1º que el importe a deducir en concepto de intereses y demás gastos de financiación, así como los gastos de reparación y conservación del inmueble, no podrá exceder, para cada bien o derecho, de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos. El exceso, eso sí, se podrá deducir en los cuatro años siguientes respetando, eso sí, el límite anterior.

Así mismo, su número 3º contempla igualmente determinadas limitaciones con relación a los saldos de dudoso cobro.

No hay que olvidar, tampoco, que las cantidades destinadas a la amortización del inmueble y de los demás bienes cedidos con este, están también sujetos a reglas especiales.

³ En efecto; el art. 24 de la LIRPF, establece que "cuando el (...) arrendatario (...) del bien inmueble (...) sea el cónyuge o un pariente, incluidos los afines, hasta el tercer grado inclusive, del contribuyente, el rendimiento neto total no podrá ser inferior al que resulte de las reglas del artículo 85 de esta ley".

⁴ En efecto; el art. 10.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), establece que "en el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas".

⁵ Este es el caso, por ejemplo, de la reducción del 60 % que el art. 23.2 de la LIRPF contempla con relación al arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda, o de la reducción del 30 % de su número 3 en el caso de rendimientos netos con un período de generación superior a dos años, así como en el de rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular.

No hay que olvidar, tampoco, que la finalidad del IS es gravar el "resultado contable corregido" procedente de actividades económicas y no los rendimientos procedentes de la gestión de un patrimonio no afecto a ninguna actividad económica y que, en el ámbito del IRPF, identificamos con los denominados rendimientos procedentes del capital mobiliario e inmobiliario. Precisamente por ello, la determinación del rendimiento de las actividades económicas en el IRPF se calcula, con carácter general, aplicando las normas del IS (6). Desde esta visión, a igualdad de situaciones, su tratamiento fiscal converge. Es pues "lógico" que, en caso de que no exista una actividad económica, la norma fiscal para determinar los diferentes rendimientos sea distinta que la que procede aplicar de existir tal actividad. En este contexto, es también lógico que en el ámbito del IS el legislador opte por no hacer ninguna distinción en función del origen de los ingresos. Es también normal que el legislador se limite a regular normas anti-elusión cuando la utilización de sociedades distorsione, o pueda hacerlo, la tributación de la realidad objetiva que subyace en cada caso, como en el caso de las sociedades de mera tenencia de bienes o patrimoniales a las que después nos referiremos. No es de extrañar que la propia Exposición de Motivos de la Ley 27/2014, del IS, señale que "resulta esencial que un Impuesto cuya finalidad primordial es gravar las rentas obtenidas en la realización de actividades económicas, y siendo este el Impuesto que grava por excelencia las rentas de este tipo de actividades, contenga una definición (del concepto de actividad económica), adaptada a la propia naturaleza de las personas jurídicas". Asimismo, prosigue, "se introduce el concepto de entidad patrimonial, que toma como punto de partida a las sociedades cuya actividad principal consiste en la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, si bien se acomoda a las necesidades específicas de este Impuesto".

Dicho esto, hay que concluir que es el legislador quien legitima como sujetos pasivos del IS a las propias entidades patrimoniales, esto es, a las entidades que no desarrollan ninguna actividad económica, y, por tanto, y como veremos, quien legitima su fiscalidad más "ventajosa" con relación a la que correspondería si dicho patrimonio fuera propiedad de una persona natural. No obstante, el legislador ha ido modificando

⁶ Baste recordar al respecto que el art. 28.1 de la LIRPF, establece que "el rendimiento neto de las actividades económicas se determinará según las normas del Impuesto sobre Sociedades, sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en este artículo, en el artículo 30 de esta Ley para la estimación directa, y en el artículo 31 de esta Ley para la estimación objetiva".



con el tiempo los criterios legales para disuadir la elusión mediante la creación de sociedades. Pero no es menos cierto que en el IS tales criterios se han ido "desvaneciendo" hasta casi desaparecer.

III.1- IS versus IRPF

Sea como fuere, la fiscalidad más ventajosa en el IS con relación al IRPF respecto a la mera gestión, por ejemplo, de un patrimonio inmobiliario se debe a una actitud expresamente consciente y consentida por el legislador.

A la lista de las "ventajas" fiscales en el IS de constituir una sociedad patrimonial hay que añadir que, en el IRPF, a diferencia del IS, existe también la denominada imputación de rentas inmobiliarias que obliga a imputar como tal un determinado porcentaje sobre el valor de los inmuebles que no generan rendimientos del capital inmobiliario (7), circunstancia que puede también propiciar la adquisición de inmuebles a través de sociedades. Supuesto distinto a los anteriores es el de los activos cuyo uso se encuentra cedido al socio y/o accionista para su uso privado. En estos casos, la propia normativa del IRPF y del IS regulan también un régimen fiscal especial cuya finalidad es la de evitar las distorsiones que en la fijación de los precios se pueden producir en las operaciones realizadas entre partes "vinculadas" y en perjuicio de la recaudación fiscal (8).

Por su parte, su número 2 establece que se consideran personas o entidades vinculadas, entre otras, las realizadas por la entidad y sus socios o partícipes (letra a), y las realizadas por la entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores (letra c); precepto que concreta igualmente que "en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la

⁷ En este sentido, el art. 85 de la LIRPF, establece que en "el supuesto de los bienes inmuebles urbanos, (...) no afectos (...) a actividades económicas, ni generadores de rendimientos del capital, excluida la vivienda habitual y el suelo no edificado, tendrá la consideración de renta imputada la cantidad que resulte de aplicar el 2 por ciento al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo".

En el caso de inmuebles "localizados en municipios en los que los valores catastrales hayan sido revisados, modificados o determinados mediante un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, de conformidad con la normativa catastral, y hayan entrado en vigor en el período impositivo o en el plazo de los diez períodos impositivos anteriores, el porcentaje será el 1,1 por ciento".

⁸ En este sentido, el art. 41 de la LIRPF, establece que "la valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas se realizará por su valor normal de mercado, en los términos previstos en el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades".

Por su parte, el art. 18.1 de la LIS, señala que "las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado. Se entenderá por valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia".



En este contexto, y partiendo del cumplimiento de dicha normativa, no se puede tampoco olvidar que, en el IRPF, a diferencia del IS, no son deducibles los gastos inherentes a la vivienda habitual ni a los inmuebles sujetos a imputación de rentas inmobiliarias, circunstancia que propicia, también, que los activos utilizados por los socios para su uso privado se adquieran a través de sociedades. En definitiva, existen diferentes motivos fiscales que, consentidos todos ellos por el legislador, justifican la creación de sociedades patrimoniales, motivos que este no solo no ha disuadido, sino que ha alentado, al menos, desde la supresión del régimen fiscal especial de sociedades patrimoniales en el año 2006 y como después comentaremos.

Otro de los motivos fiscales que auspician la creación de sociedades es que, a diferencia del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, IP), el IS permite la "congelación" de los valores de los inmuebles adquiridos por una sociedad al regirse este por la normativa contable y que fija como criterio para su contabilización el del precio de adquisición (⁹). Sin embargo, en el IP, el valor por el que hay que declarar tales inmuebles es el mayor de los tres siguientes: el valor catastral, el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de la adquisición (¹⁰). Es cierto, no obstante, que tal motivo no es por sí solo suficiente para la constitución de sociedades patrimoniales, pero sí juntamente con la concurrencia de otros motivos.

Una importante razón para la constitución de sociedades es también la controvertida regulación del arrendamiento de inmuebles como actividad económica (11) y que con el tiempo se ha ido matizando y modificando (12). Sin embargo, no se trata en este caso

relación de los socios o partícipes con la entidad, la participación deberá ser igual o superior al 25 por ciento".

⁹ Vid, al respecto, los criterios de valoración recogidos en el Plan General de Contabilidad.

¹⁰ Vid, al respecto, el art. 10. Uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, LIP).

¹¹ En este sentido, el art. 27. Dos de la LIRPF, establece que "se entenderá que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa".

¹² En efecto. Hasta la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la norma no recogía ningún concepto concreto de arrendamiento de inmuebles como actividad económica. Con su entrada en vigor, su art. 40 reconoció expresamente tal actividad al señalar que se entenderá que el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad empresarial, únicamente cuando concurran 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.



de que existan diferencias normativas entre el IRPF y el IS "consentidas" y "no corregidas" por el legislador, sino de la interpretación de los requisitos que la ley exige para que exista una actividad económica, en concreto, si su mero cumplimento "formal" presupone, sin más, la existencia de una actividad económica (13).

El tema es importante porque trasciende al propio IRPF. De hecho, si el tema se circunscribiera a este último, no existiría mayor problema que el de la diferencia de gastos que son deducibles en el caso de tratarse de rendimientos del capital inmobiliario o de actividades económicas. Importante, creemos, porque en el caso de que el arrendamiento de inmuebles se considere una actividad económica resulta de aplicación la exención y la reducción que el IP y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, ISD), respectivamente, contemplan, con relación a los beneficios fiscales de las denominadas "empresas familiares". Dicho de otra forma, el concepto de actividad económica en el IRPF es la referencia que el IP y el ISD asume como propia a los efectos de la correspondiente exención y reducción (14).

Estamos pues en presencia de una delgada línea roja en la que el legislador no ha hecho excesivos esfuerzos para resolver el inevitable conflicto en la interpretación de la norma, y por qué no decirlo, su posible abuso con la finalidad de eludir determinados tributos. La exención y la reducción a la que aludimos son por ello la

b) Que para el desempeño de aquélla se tenga, al menos, una persona empleada con contrato laboral.

La Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas no tributarias, incorporó un nuevo requisito consistente en que la jornada laboral de la persona empleada había de ser completa y sustituyó la expresión "el desempeño" por "la ordenación".

Por último, la Ley 26/2014 por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, suprimió el requisito de disponer, al menos, de un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión, quedando pues redactado el actual art. 27 de la LIRF de la siguiente forma: "a efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa"; texto que coincide en esencia con el recogido en el art. 5.1 de la LIS: "en el caso de arrendamiento de inmuebles, se entenderá que existe actividad económica, únicamente cuando para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa". De esta forma, se "rebaja" el listón de los requisitos que la ley exige a tales efectos.

¹³ Se trata, en definitiva, de interpretar si el requisito de persona con contrato laboral a jornada completa que la ley exige para entender que estamos en presencia de una actividad económica, se trata de un requisito mínimo, pero no suficiente o, por el contrario, de un requisito suficiente.

¹⁴ En efecto; el art. 1.2 del Real Decreto 1704/1999, establece con relación al IP que "se entenderá que el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad económica cuando concurran las circunstancias que, a tal efecto, establece el artículo 25.2 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias".

Por su parte, el art. 20. 2 c) y 6 de la Ley 29/1987, del ISD, y a los efectos de aplicar la reducción correspondiente, se remite a la normativa propia del IP.



razón más importante en la proliferación de sociedades destinadas al arrendamiento empresarial de inmuebles y el principal motivo del "vaciado" en la recaudación del IP y del ISD. Pero mientras que en el caso de las sociedades patrimoniales estamos ante una realidad consentida y regulada por el legislador, en el de las sociedades destinadas al arrendamiento empresarial de inmuebles estamos, más bien, ante una difusa frontera entre la economía de opción y la elusión.

Una justa y equitativa fiscalidad de la riqueza exige deslindar tales situaciones y evitar fugas no queridas en la recaudación. Pero la culpable de la conflictividad y el abuso es una deficiente política legislativa. Prueba de ella es la discusión generada por la interpretación a la que aludíamos. Primero, en cuanto a si los requisitos que el art. 27 de la ley del IRPF establece para calificar como económica la actividad de arrendamiento de bienes inmuebles son requisitos "suficientes" o si, por el contrario, se trata de requisitos "mínimos, pero no suficientes" y, después, por la diferente vara de medir que la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) ha utilizado hasta hoy para interpretar de forma diferente una misma realidad según se trate del IS o del IRPF (15). A lo anterior, hay que añadir el "abuso" en la construcción de "falsas" o "aparentes" empresas con la única finalidad de acceder a la exención y/o reducción, "abuso", propiciado por la regulación de unos requisitos objetivos con tintes de simple formalidad. Lo primero que hay que aclarar es que el IS no grava con carácter general las rentas de las "empresas", sino las obtenidas por las "personas jurídicas" (16); concepto mucho más amplio y que no prejuzga en absoluto la naturaleza u origen de los ingresos que tales personas obtienen. En este sentido, no se puede afirmar con rigor que toda persona jurídica es una empresa. De hecho, recordemos que las entidades patrimoniales tributan por el IS y no realizan ninguna actividad económica ni son pues una empresa "stricto sensu". Hay que señalar también, que en el ámbito mercantil no existe una definición legal de empresa ni mucho menos una discriminación de empresas y/o sociedades en base a su objeto social. Es cierto que el

_

¹⁵ En efecto; mientras que la DGT ha admitido que con relación al IS es posible que en determinados supuestos y circunstancias la gestión de la actividad se pueda externalizar, ha negado tal posibilidad en el caso de que estemos en presencia de una persona física. Vid, al respecto, y, entre otras, las Consultas V1606-17, V1794-17, V2744-17, y V0063-17.

¹⁶ El art. 35. 2º Del Código Civil establece que son personas jurídicas "las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados".



art. 1. 2º del Código de Comercio (en adelante, CCo), considera "comerciantes" a "las compañías mercantiles (...) que se constituyeren con arreglo a este Código". Y es cierto, también, que en el contexto del propio Código el concepto de comerciante se asimila, de hecho, al de "empresario" (¹7). Es igualmente cierto que el Código define quienes son "comerciantes", esto es, empresarios, pero no enumera que requisitos hay que cumplir para serlo. Y es también cierto que el propio Código regula determinados supuestos en los que se presumen el ejercicio del comercio (¹8).

Hay pues que destacar que ni el CCo ni la Ley de Sociedades de Capital determinan o limitan el tipo de actividad que han de desarrollar las compañías mercantiles. En este sentido, las referencias que se incorporan en dichos textos normativos se circunscriben a la necesidad de que sus estatutos sociales regulen debidamente las actividades -sin exigencia alguna en cuanto al contenido de las mismas- que la compañía o la sociedad desarrollará y que su contabilidad se adecue a la naturaleza de dicha actividad - nuevamente, sin limitarla o condicionarla en modo alguno-.

En esta línea, nótese que de la propia definición que del contrato de compañía el art. 116 del CCo recoge, no se puede concluir que el resultado de su actividad tenga siempre su origen en una actividad económica en sentido estricto (19). Son, eso sí, compañías "mercantiles", sujetas, por tanto, al CCo. Pero de ello no se infiere que toda compañía mercantil deba desarrollar una actividad económica en su sentido más estricto, aunque sí que toda empresa tiene naturaleza mercantil. En este sentido, el requisito que ha de concurrir para que estemos en presencia de una empresa es que la actividad que esta realice sea de naturaleza empresarial; requisito que obliga, a su vez, definir qué se entiende como tal.

III.2- Las sociedades de mera tenencia de bienes y las sociedades patrimoniales

¹⁸ En efecto; su art. 3 establece que "existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil".

¹⁷ Vid, por ejemplo, el Título III del propio Código de Comercio.

¹⁹ En este sentido, su art. 116 señala que "el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código".



El marco normativo en el que con mayor profusión se ha desarrollado la discusión anterior es el fiscal; marco en el que este se identifica con la ordenación de determinados factores con la finalidad de intervenir en el mercado (²⁰). No es pues de extrañar que el art. 27.1 de la ley del IRPF defina los rendimientos íntegros de actividades económicas como aquellos que, "procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan 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".

La actividad de arrendamiento de bienes inmuebles se puede limitar a la mera gestión de un patrimonio inmobiliario, en cuyo caso estaremos sin más ante rendimientos del capital inmobiliario de los previstos en su art. 22, o se puede también realizar de forma empresarial, en cuyo caso estaremos ante rendimientos de actividades económicas. La línea divisoria es fina, confusa y compleja. De ahí, precisamente, que el legislador

²⁰ Así, con carácter general, el art. 27 de la LIRPF establece que son rendimientos íntegros de actividades económicas "aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan 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".

En particular, tienen tal consideración los procedentes de 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". Existen también otras normas fiscales que se refieren al concepto de "empresario". Así, por ejemplo, el art. 5.1 de la Ley 37/1992 del IVA, establece que se consideran empresarios, entre otras, a las personas o entidades que realicen las actividades empresariales, y a las sociedades mercantiles, salvo prueba en contrario. Sin embargo, y a los efectos de este último impuesto, el concepto de empresario a los efectos del arrendamiento de inmuebles requiere tan solo que se realicen una o varias prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

Por su parte, su número 2 considera actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios (en particular, las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales y artísticas); precepto que coincide con el recogido en el art. 27 de la LIRPF.

Por último, su número 3 presume el ejercicio de actividades empresariales o profesionales en los supuestos a que se refiere el art. 3.º del Código de Comercio (esto es, desde que la persona anuncie por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil), y cuando para la realización de las operaciones se exija contribuir por el Impuesto sobre Actividades Económicas (el art. 79.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales señala que se considera que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico, cuando suponga 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).

establezca como requisito para considerarlo como actividad económica la existencia de una infraestructura mínima: una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa (²¹).La propia normativa del IP se remite también a la del IRPF para determinar qué se entiende por actividad económica (22); remisión que el ISD realiza igualmente. Y la pregunta es obvia. ¿Se trata de un requisito suficiente, o mínimo, pero no suficiente? Nos referimos, claro está, al de una persona con contrato laboral y a jornada completa. En nuestra opinión, se trata de un requisito "mínimo" pero "no suficiente" ya que lo relevante es que bajo esa realidad objetiva subyazca una verdadera actividad económica, esto es, una empresa. Que los recursos humanos y materiales se destinen y organicen en el ámbito de una actividad económica; que se ordenen y utilicen en ese concreto marco. Lo prioritario, por tanto, es la existencia "objetiva" de una actividad económica. La inequívoca intención de intervenir en el Lo importante es pues que exista una "ordenación" de factores orientada al desarrollo de una actividad empresarial; circunstancia que exige la puesta en el mercado de bienes y servicios. Desde esta posición, no hay empresa sin empresario con independencia de que este sea una persona física o jurídica. Y empresario significa una dedicación habitual, directa y personal al desarrollo de dicha actividad; dirección efectiva; que el trabajo que día a día se desempeña sea la gestión de tal actividad; circunstancia que implica la existencia de recursos humanos y materiales orientados a la misma. Es cierto, también, que, a diferencia de otras actividades económicas, la línea divisoria para determinar cuando el arrendamiento de

_

²¹ Así, el art. 27.2 de la LIRF establece que "a efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa".

²² En efecto; el art. 1.2 del RD 1704/1999, establece que "a efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad económica cuando concurran las circunstancias que, a tal efecto, establece el artículo 25.2 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias".

²³ Así lo han reconocido tanto el Tribunal Supremo (en adelante, TS) como la Audiencia Nacional (en adelante, AN), admitiendo, incluso, la posibilidad de que exista actividad económica sin necesidad de que concurra el requisito de persona contratada a jornada completa (Vid, al respecto, y, entre otras, la STS 1490/2009, de 2 de febrero de 2012, y las SAN 117/2010, de 14 de febrero de 2013, 176/2010, de 28 de febrero de 2013, y 312/2010 y 164/2010, ambas de 3 de mayo de 2013).

Por el contrario, el Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante, TEAC) sostiene que el requisito de persona contratada a jornada completa es un requisito mínimo, pero no suficiente si la infraestructura es ficticia, esto es, si no existe una verdadera actividad económica (Vid, entre otras, su Resolución de 28 de mayo de 2013 (00/4909/2009).



inmuebles es de carácter empresarial o particular, es complicada. Tal vez la única posible es asociarla a la necesidad de unos recursos a jornada completa. Ciertamente la maximización de costes puede hacer conveniente externalizar dicha gestión cuando el coste a jornada completa de un trabajador sea superior al de un profesional independiente con igual dedicación. Sin embargo, la Dirección General de Tributos no lo ha entendido así negando la posibilidad de externalizar la gestión siempre que se trate de una persona física pero no, curiosamente, y como ya hemos dicho, cuando estamos en presencia de una sociedad en su condición de sujeto pasivo del IS.

Sea como fuere, los requisitos que se han de cumplir son, primero, la propia existencia de una actividad empresarial y, segundo, la concurrencia de unos recursos humanos mínimos: una persona con contrato laboral y a jornada completa. Estamos, no lo olvidemos, ante una actividad económica. Hay pues que acudir con carácter previo a verificar la existencia de aquellos indicios que acreditan que nos encontramos ante tal realidad: anuncios, llevanza de contabilidad, existencia de clientes, y un largo etcétera, incluido el necesario y objetivo análisis de la gestión que se realiza. Si a ello le unimos los requisitos que la normativa del IP exige para que la exención de "empresa familiar" se aplique, la conclusión lógica es que tal normativa se está refiriendo a un determinado tipo de empresas de las que se excluyen las que se limitan a gestionar un patrimonio inmobiliario (²⁴) y las que no cuentan con un familiar que ejerza funciones efectivas de dirección (25) y que perciba por ello una remuneración que represente más del 50 % de la totalidad de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas (26), esto es, que su trabajo principal sea la "empresa" familiar. No se exige pues tan solo que se trate de una actividad económica en los términos que ésta se define en el IRPF, sino que se trate de una actividad económica contextualizada en el cumplimiento del resto de requisitos que la norma exige para gozar de la exención, en concreto, el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre. Se trata, por tanto, de una empresa con una estructura mínima, una persona empleada con contrato laboral a

²⁴ Art. 5.1 a) del RD 1704/1999.

²⁵ Esto es, 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 (art. 6.1 d) del RD 1704/1999.

26 Art. 6.1 d) del RD 1704/1999.



jornada completa (²⁷), y un familiar que ejerza funciones directivas cuyos ingresos sean su principal fuente de rentas del trabajo y actividades económicas, y que aquella ejerza, claro está, una actividad económica "stricto sensu", excluida la mera gestión de un patrimonio inmobiliario.

Tales requisitos son la lógica consecuencia de la finalidad que la norma pretende: preservar la continuidad de una "empresa" familiar"; expresión, ésta, la de "empresa", que se reitera con profusión en la norma que regula la exención. Concepto inexorablemente unido a una estructura adecuada para gestionar determinados medios con la finalidad de intervenir en el mercado. Se trata, por tanto, de que esa estructura sea la adecuada para la "empresa" o, si se prefiere, que no sea un mero cumplimiento "formal" de la literalidad de la norma. En este sentido, no hay que "menospreciar" el importante significado de lo que representa ejercer funciones efectivas de dirección.

'Estructura adecuada' es un concepto jurídicamente indeterminado que requiere en cada caso de la prueba correspondiente; prueba de la que son muy importantes los indicios. Pero se trata, en definitiva, de evitar supuestos de abuso de la norma. De ahí la importancia de luchar contra la "apariencia" de una empresa de arrendamiento, esto es, contra la mera creación formal de una empresa con la exclusiva finalidad de eludir los impuestos. Tales estructuras "aparentes" se han de incorporar por tanto de forma efectiva a la fiscalidad de la riqueza.

En consecuencia, es fundamental distinguir entre un patrimonio inmobiliario afecto a una actividad económica "estricto sensu", y una mera gestión patrimonial de naturaleza "no empresarial", distinción que obliga a analizar cada caso en concreto más allá del mero cumplimiento formal de tener una persona empleada. De ahí, también, la conveniencia de que el legislador delimite con carácter objetivo la frontera entre uno y otro supuesto. Téngase en cuenta, además, que, al tratarse de un beneficio fiscal, la jurisprudencia obliga a interpretarlo de forma restrictiva.

Desde este punto de vista, es perfectamente posible concluir que el requisito que la ley del IRPF exige, requiere, en el ámbito de la exención, de un "plus" adicional: un familiar que ejerza funciones directivas y cuyos ingresos sean su principal fuente de rentas; requisito que refuerza la necesidad de que se trate de una "empresa" familiar;

_

²⁷ Art. 27 de la LIRPF.



concepto importante porque se reitera hasta la saciedad en la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas. Recomendación cuyo articulado se refiere exclusivamente a las pequeñas y medianas empresas, esto es, aquellas cuyo volumen de negocio no supere los 50 millones de euros y el número de personas empleadas no supere las 250. Para ello, el legislador español extendió el tratamiento que la recomendación sugiere a todo tipo de empresas, en concreto, a las grandes empresas, que quedan fuera del ámbito de la recomendación (²⁸).

No hay que confundir los fundamentos hasta aquí expuestos con el convencimiento de que la actual regulación del ISD no se ajusta a la realidad del siglo XXI y que requiere, por tanto, de una profunda revisión. Son, sin duda, dos realidades compatibles.

En este *iter* argumental, no hay que olvidar tampoco la jurisprudencia con relación al denominado régimen fiscal de empresas de reducida dimensión, más conocido como de PYMES, que limita su ámbito de aplicación a las *"empresas"* excluyendo pues del mismo a las sociedades de mera tenencia de bienes (²⁹).

En definitiva, la justa fiscalidad de la riqueza exige un tratamiento que exima tan solo de tributación la gestión empresarial del patrimonio inmobiliario de empresas familiares, circunstancia que obliga a revisar la actual definición de los requisitos a cumplir.

Por ello, cabe considerar razonable que se tome como punto de partida el modelo diseñado para el régimen fiscal especial de entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas y cuya aplicación requiere que la actividad económica principal sea el arrendamiento de viviendas, que el número de inmuebles arrendados u ofrecidos en arrendamiento en cada período impositivo sea en todo momento igual o superior a 8, y que estas permanezcan arrendadas u ofrecidas en arrendamiento durante al menos 3 años, requisitos que, a los efectos de la exención, habría que reforzar con la exigencia de una estructura mínima de recursos humanos (30).

_

²⁸ Vid, al respecto, sus artículos 1, 2, 3, y 8.

²⁹ Vid, entre otras, las Resoluciones del TEAC de 29/01/2009 (00/05106/2008/00/00) y 30/05/2012 (00/02398/2012/00/00), así como el Auto del TS nº recurso 5873/2017, de 14/03/2018, y la reciente Sentencia de la AN de 03/05/2019, nº recurso 371/2017.

³⁰ Vid, al respecto, el Capítulo III de la LIS.



La fiscalidad de la riqueza obligaría: 1.- A definir de forma más objetiva los requisitos que hay que cumplir para considerar que el arrendamiento de inmuebles se realiza con carácter empresarial, requisitos que podrían tomar como referencia las siguientes circunstancias: a.- Que más del 90 % de los arrendatarios no sean personas del grupo de parentesco de los socios y/o accionistas ni entidades vinculadas; b.- Que exista un volumen mínimo de inmuebles destinados al arrendamiento tomando como referencia al respecto el citado régimen fiscal especial de entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, c.- Que la gestión de la actividad exija unos recursos humanos equivalentes a una persona a jornada completa con independencia de que se trate de recursos propios o externalizados. En estos casos, la actividad económica estaría exenta del IP y sería también de aplicación la reducción en el ISD siempre, claro está, que se cumplan adicionalmente los requisitos que ambos impuestos exigen. 2.-Replantear el ámbito de protección de las denominadas empresas familiares atendiendo el contenido de la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994, replanteamiento que obliga a considerar la posibilidad de excluir de la exención en el IP y de la reducción en el ISD a las empresas que en el ámbito comunitario no se consideran PYMES.

A lo anterior hay que añadir la imprescindible lucha contra la elusión y el fraude comprobando que el cumplimiento de los requisitos que la ley exige responde a la realidad que la ley pretende amparar y regular: la existencia de una "verdadera" empresa y no de un simple "apariencia" de empresa.

Otro de los importantes factores que inciden también en la creación de sociedades es la tributación acumulada IRPF-IS, cercana al 40 %, que ha hecho que sociedades que desarrollan realmente una actividad económica, apalanquen o remansen sus beneficios con la sola finalidad de evitar su tributación en caso de su distribución; beneficios que, total o parcialmente, se reinvierten en activos cuyo uso o destino no es la propia actividad productiva sino su uso privado por parte de los socios y/o accionistas. Esta última situación se torna mucho más compleja con la creación de sociedades holding en las que los dividendos procedentes de participaciones en sociedades que desarrollan una actividad económica gozan de un trato fiscal favorable



(³¹) sin perjuicio de que su destino sea, también, su inversión en activos no productivos. Desde este punto de vista, se puede afirmar que el legislador desincentiva el reparto de dividendo fomentando el apalancamiento de los beneficios.

No se puede tampoco olvidar que esa diferencia sustancial de tipos incentiva todavía más la "apariencia" de empresa a la que antes nos referíamos. En definitiva, existen razones fiscales muy diversas para la constitución de sociedades destinadas al arrendamiento de inmuebles cuyos principales beneficiarios son las rentas y los patrimonios más elevados. Conviene remarcar, en fin, que una de las razones que en su día se adujo para suprimir en la práctica el IP, fue su incapacidad real para gravar los grandes patrimonios convirtiéndose en un tributo que gravaba tan solo los patrimonios de tipo medio.

Sea como fuere, los diferentes supuestos ante los que nos encontramos son los tres siguientes: 1.- Sociedades patrimoniales, esto es, entidades que no desarrollan ninguna actividad económica, y que arriendan inmuebles. Se trata de un supuesto expresamente contemplado por el legislador con regulación expresa en el IS, IP e ISD.

- 2.- Sociedades cuya actividad económica es el arrendamiento de inmuebles y cuya finalidad principal es la de cumplir los requisitos para gozar de los beneficios fiscales como "empresa familiar". Se trata de un supuesto que requiere analizar en cada caso la existencia de una estructura "empresarial" mínima y la concurrencia de los requisitos necesarios para gozar de los citados beneficios. Es en nuestra opinión la principal fuga en el ámbito de la fiscalidad de la riqueza.
- 3.- Sociedades con actividad económica distinta a la del arrendamiento de inmuebles y que, por motivos fiscales, remansan o apalancan sus beneficios que, en ocasiones, se reinvierten en activos no productivos. Se trata de una situación "fiscalmente lícita", pero empresarialmente "anómala", con efectos expresamente regulados en el IP. En nuestra opinión, no se puede considerar que se trate de un supuesto consciente y expresamente consentido por el legislador.

De los tres supuestos, y como es lógico, el legislador solo se ha preocupado tradicionalmente de regular medidas anti-elusión con relación al primero de ellos.

³¹ En efecto; el art. 21.1 a) de la LIS, establece que están "exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades (...) que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros".



Por tal motivo, las medidas a adoptar en el marco de una fiscalidad de la riqueza se habrían de centrar fundamentalmente en los dos últimos supuestos.

En realidad, las sociedades de mera tenencia de bienes y las sociedades patrimoniales, como realidades legislativas "conscientemente reguladas" por el legislador. Así el art. 12 de la Ley 44/1978 del IRPF reguló el denominado régimen de transparencia fiscal por el que se obligaba a imputar a los socios en su impuesto personal los beneficios o pérdidas obtenidos, entre otras, por las sociedades de mera tenencia de bienes (32) en las que concurrieran determinados requisitos (33). Con posterioridad, la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes, eliminó el régimen fiscal especial de transparencia fiscal y creó uno nuevo con relación a las sociedades de mera tenencia de bienes denominado de sociedades patrimoniales (³⁴).

La característica principal de este último es que su base imponible se determinaba aplicando las normas del IRPF y que su tipo impositivo era del 40 %. En definitiva, se reconducía su tributación al IRPF mediante, digamos, el "levantamiento del velo" a efectos fiscales eliminando pues toda diferencia de trato fiscal más favorable por aplicación de las normas del IS.

Pocos años después, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, suprimió dicho régimen fiscal y, a partir de 1 de enero 2007, tales sociedades pasaron a tributar por el régimen general del IS sin ningún tipo de especialidad. De esta forma, se consumaba el

³² Se consideraban como tales aquellas sociedades en que más de la mitad de su activo no estaba afecto a actividades empresariales o profesionales.

³³ Básicamente, los dos siguientes:

a) Que más del 50 % del capital social perteneciera a un grupo familiar (personas unidas por vínculo de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el cuarto grado,

b) Que más del 50 % del capital social perteneciera a 10 o menos socios.

³⁴ A tales efectos se consideraban sociedades patrimoniales aquellas en las que concurrían las circunstancias siguientes:

^{1.} Que más de la mitad de su activo estuviera constituido por valores o que más de la mitad de su activo no estuviera afecto a actividades económicas.

^{2.} Que más del 50 por 100 del capital social perteneciera, directa o indirectamente, a 10 o menos socios o a un grupo familiar (cónyuge y las demás personas unidas por vínculos de parentesco, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el cuarto grado, inclusive).



distinto trato fiscal que para situaciones idénticas distintas normas contemplan al margen, pues, de cualquier medida anti-elusión. En este sentido, y para idénticos supuestos, la normativa del IS es más ventajosa que la del IRPF. Asimismo, tanto la supresión del régimen de transparencia fiscal como la del de sociedades patrimoniales se acompañó de la posibilidad de disolver y liquidar tales entidades mediante la aplicación de un régimen fiscal ventajoso (³⁵).

En este viaje en el tiempo, el art. 5.2 de la Ley 27/2014, del IS, ha otorgado finalmente carta de naturaleza a las denominadas entidades patrimoniales (³⁶), régimen que es el vigente en la actualidad y que en nada disuade de la "fuga" que por motivos fiscales se produce entre el IRPF y el IS.

Nótese, pues, que, a diferencia de la normativa vigente hasta dicha fecha, la ley se refiere de nuevo a entidades patrimoniales, flexibiliza los requisitos que se exigen para considerar que el arrendamiento de inmuebles tiene la condición de actividad económica, y reduce a la mínima expresión las particularidades o "desventajas" de tales sociedades. Nada pues parecido a la intención de antaño del legislador de evitar la elusión fiscal. La "culpa", pues, es del propio legislador, y no del contribuyente.

En definitiva, el legislador ha sido siempre consciente de la existencia de las denominadas sociedades patrimoniales que, salvo el periodo 2007-2014, han sido objeto de una regulación específica cuya finalidad era la de evitar la elusión fiscal en el IRPF mediante la utilización de este tipo de sociedades. Sin embargo, lo cierto es que a partir de 2007 el legislador ha renunciado a adoptar al respecto medidas anti-elusión

_

³⁵ En concreto:

a) Exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, concepto "operaciones societarias", hecho imponible "disolución de sociedades".

b) No sujeción por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las adjudicaciones a los socios de inmuebles de naturaleza urbana. No obstante, en su posterior transmisión se considera que aquellos fueron adquiridos en la fecha en que lo fueron por la sociedad que se extinguía.

c) No devengo del IS de la sociedad que se disuelve con ocasión de la atribución de bienes o derechos a los socios, personas físicas o jurídicas, residentes en territorio español.

d) Determinadas particularidades con relación al IRPF, IS y/o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, de los socios de la sociedad que se disuelve.

³⁶ Dicho precepto establece que "se entenderá por entidad patrimonial y que, por tanto, no realiza una actividad económica, aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto, en los términos del apartado anterior, a una actividad económica".

Por su parte, su número 1, párrafo primero, señala que "se entenderá por actividad económica la ordenación por cuenta propia de los 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".



disuasorias y reparadoras de los efectos negativos que para la equidad tiene el trato fiscal más ventajoso que el IS dispensa a las entidades patrimoniales.

Vinculado con las sociedades patrimoniales, no hay que olvidar la regulación que en otras normas también se recoge, en especial, con relación al IP y al ISD.

En efecto; el art. 5.1 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, excluye de la exención en el IP, entre otras, a las siguientes entidades: a.- Aquellas que no realicen de manera efectiva una actividad económica, y b.- Aquellas que, realizándola, su actividad principal no sea la gestión de un patrimonio inmobiliario (³⁷).

Por su parte, su art. 6.1 establece que "la exención sólo alcanzará al valor de las participaciones (...) en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad".

Esto quiere decir que, en el caso de sociedades con actividad económica, no está exenta la parte proporcional que sobre el valor total del patrimonio de la sociedad representen los activos no afectos a la actividad, en nuestro caso, los activos cuyo destino sea el uso privado de los mismos por parte de los socios, accionistas y/o personas o entidades vinculadas.

Así mismo, su número 3 señala que "nunca se considerarán elementos afectos los destinados exclusivamente al uso personal del sujeto pasivo o de cualquiera de los integrantes del grupo de parentesco a que se refiere el artículo 5 del presente Real Decreto o aquellos que estén cedidos, por precio inferior al de mercado, a personas o entidades vinculadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades".

En consecuencia, la exención en el IP no se aplica: a.- A las entidades que no realizan una actividad económica, esto es, a las entidades patrimoniales. b.- A los activos destinados al uso personal de los socios o de cualquiera de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, o colaterales de segundo grado, con independencia de que su uso esté cedido a precio de mercado. c.- A los activos cedidos a personas o

_

³⁷ A tales efectos, se entiende que una entidad gestiona un patrimonio inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica, cuando se trate de una sociedad de mera tenencia de bienes o una entidad patrimonial (antiguo art. 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades).



entidades vinculadas por precio inferior al de mercado, con la excepción de las personas integrantes del grupo de parentesco a que se refiere la letra anterior.

En resumen, en tales casos la única ventaja que con relación al IP representa el hecho de que los inmuebles sean propiedad de una sociedad, es la "congelación" de su valoración al precio de adquisición.

Ciertamente, la existencia de un contrato de sociedad que no realiza ningún tipo de actividad económica es sin duda causalmente extraño en la medida en que en nada se parece a lo que el art. 1665 del Código Civil regula a tal efecto: un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias. Si no hay actividad, es obvio que no hay ganancia posible a repartir salvo, claro está, que esta se identifique con el uso o disfrute de su patrimonio; objetivo que no es el que el legislador tuvo en cuenta al redactar el precepto en cuestión. Lo mismo cabe decir del art. 116 del CCo relativo al contrato de compañía.

Sea como fuere, subrayar, una vez más, que la fiscalidad de las sociedades patrimoniales es objeto de una regulación específica y concreta además de conscientemente querida y consentida por el legislador. Nada pues que reprochar a la constitución de tales sociedades. El único reproche se ha centrar, en su caso, en la mayor o menor tolerancia del legislador. Su tratamiento legislativo es por tanto incentivar su disolución reconduciendo su tributación a su ámbito natural: el IRPF.

Hace falta indicar, por último, que la utilización de sociedades que no realizan una actividad económica ha sido también objeto de especial atención por parte de la AEAT que en los diferentes Planes de Control Tributario ha incluido la comprobación este tipo de sociedades. Así, por ejemplo, en el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2018 se señala que la interposición de personas jurídicas cuya única significación económica es la de servir como instrumento para canalizar rentas de personas físicas cuya tributación se ve reducida de modo irregular por la actual diferencia de tipos impositivos, seguirá siendo objeto de seguimiento general (³⁸). En idéntico sentido, la Nota de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT) de

³⁸ Vid, al respecto, la Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2018.

En idéntico sentido los Planes Anuales de años anteriores incluyen también idéntico tipo de actuaciones.



febrero de 2019, dedica un apartado específico a tratar los "riesgos asociados al remansamiento de rentas en estructuras societarias". Además, la Nota señala que, en ocasiones, "los contribuyentes tratan de localizar una parte relevante de su patrimonio en sociedades de su titularidad". No obstante, prosigue, "la tenencia por parte del socio de bienes o derechos a través de una sociedad no es a priori una cuestión que de por sí sea susceptible de regularización, siempre que la titularidad y el uso de dicho patrimonio se encuentre amparado en su correspondiente título jurídico y se haya tributado conforme a la verdadera naturaleza de dichas operaciones". Sin embargo, "la experiencia ha permitido perfilar un conjunto de riesgos asociados al remansamiento de rentas en estructuras societarias que en ocasiones se manifiesta en una cierta confusión entre el patrimonio del socio y de la sociedad". Y prosigue: "La atención de las necesidades del socio por parte de la sociedad suele abarcar tanto la puesta a disposición de aquel de diversos bienes, entre los que es frecuente encontrar la vivienda (vivienda habitual y viviendas secundarias) y los medios de transporte (coches, yates, aeronaves, etc.), sin estar amparada en ningún contrato de arrendamiento o cesión de uso; como la satisfacción de determinados gastos entre los que se encontrarían los asociados a dichos bienes (mantenimiento y reparaciones) y otros gastos personales del socio (viajes de vacaciones, artículos de lujo, retribuciones del personal doméstico". En ambos supuestos "nos encontramos con conductas contrarias a la norma que se deben evitar y que, normalmente, se concretan en no registrar ningún tipo de renta en sede de la persona física (aunque el coste de aspectos privados de su vida es asumido por la sociedad)". Por su parte, "en la sociedad el único registro respecto de estas partidas suele ser la deducción del gasto y, en su caso, la deducción de las cuotas de IVA soportadas en la adquisición de bienes y servicios que, de haber tenido directamente como destinatarios a un particular fuera de una actividad económica, nunca habrían podido deducirse". En otras ocasiones "la utilización por el socio de un bien de la sociedad (generalmente una casa, un vehículo, una embarcación o una aeronave) se ampara jurídicamente en la existencia de un contrato de arrendamiento o cesión de uso. En estos supuestos, a efectos de delimitar las posibles contingencias fiscales, resulta determinante el análisis de los contratos formalizados, para resolver si existiendo un contrato, la valoración de la cesión es correcta conforme al artículo 18 de la LIS". Especial referencia se debe hacer de "conductas más graves que se han



detectado en las que se aparentan contratos de arrendamiento entre socio y sociedad (...) para intentar amparar la deducción de las cuotas de IVA, lo que ha llevado en determinados casos a considerar la existencia de contratos simulados. O aquellos otros en los que, junto con los riesgos ya apuntados en la primera parte del documento, se trate de compensar en sede de la sociedad interpuesta los ingresos con partidas de gasto, como los antes mencionados, no afectos en modo alguno al ejercicio de la actividad profesional por parte del obligado tributario y que se corresponden con gastos o inversiones propias de su esfera particular". En definitiva, concluye, "todas estas conductas podrían llevar aparejadas contingencias regularizables en los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto sobre el Patrimonio".

Es pues necesario que el legislador adopte las soluciones más oportunas para disuadir y evitar este tipo de conductas.

III.3- Los denominados elementos patrimoniales afectos y no afectos.

En otro orden de cosas, nuestro ordenamiento tributario viene tradicionalmente distinguiendo entre elementos afectos y no afectos, en especial, cuando estamos en presencia de una actividad económica. Así, por ejemplo, el art. 29 de la ley del IRPF regula qué elementos se consideran afectos a la actividad (³⁹). Por su parte, el art. 2 de la ley del IP establece que se considerarán bienes y derechos afectos a una actividad económica aquellos que se utilicen para los fines de esta de acuerdo con lo que la ley del IRPF establece al respecto. Así mismo, el propio IP regula aspectos muy concretos al respecto con relación, precisamente, a la exención de las empresas familiares. En efecto; el art. 6.3 del Real Decreto 1704/1999 se remite a tal efecto a la ley del IRPF, pero, a diferencia de esta última, considera elementos afectos los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de

³⁹ Establece al respecto el número 1 de dicho artículo que se consideran 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. En ningún caso tendrán esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros.



capitales a terceros. Por el contrario, niega tal condición a los destinados exclusivamente al uso personal del sujeto pasivo o de cualquiera de los integrantes del grupo de parentesco o aquellos que estén cedidos, por precio inferior al de mercado a personas o entidades vinculadas de acuerdo con lo que la LIS establece.

Por su parte, el art. 95. Uno de la Ley del IVA señala que los empresarios no podrán deducir las cuotas soportadas o satisfechas por las adquisiciones de bienes o servicios "que no se afecten, directa y exclusivamente, a su actividad empresarial", concretando su número Dos que no se entienden afectos directa y exclusivamente a la actividad empresarial, entre otros: 1.º Los bienes que se destinen habitualmente a dicha actividad y a otras de naturaleza no empresarial por períodos de tiempo alternativos; 2.º Los bienes o servicios que se utilicen simultáneamente para actividades empresariales y para necesidades privadas; 3.º Los bienes destinados a ser utilizados en la satisfacción de necesidades personales o particulares de los empresarios, de sus familiares o del personal dependiente de los mismos, con excepción de los destinados al alojamiento gratuito en los locales o instalaciones de la empresa del personal encargado de la vigilancia y seguridad de los mismos, y a los servicios económicos y socio-culturales del personal al servicio de la actividad.

Por su parte, su art. 108 considera "bien de inversión" los bienes corporales, muebles, semovientes o inmuebles que, por su naturaleza y función, estén normalmente destinados a "ser utilizados por un período de tiempo superior a un año como instrumentos de trabajo o medios de explotación".

Otros preceptos también han regulado idéntica expresión, entre otros, los relativos a la extinguida deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en el IS, a las aportaciones no dinerarias de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas realizadas por personas físicas, al régimen especial de entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, a la libertad de amortización, o a las sociedades patrimoniales.

En cualquier caso, la expresión elementos no afectos goza de una larga tradición en nuestro ordenamiento y se identifica con aquellos activos que se utilizan en una actividad económica o que se prevé que sean utilizados en la misma en un periodo razonable de tiempo. Se trata, pues de un concepto jurídico plenamente asumido cuya utilización se ha de considerar como normal. La realidad objetiva que subyace pues en



tal expresión nos será también de mucha utilidad en la configuración del impuesto que después describiremos. Tal circunstancia no nos exime que su regulación en un futuro impuesto se recoja de forma precisa con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y de delimitar con exactitud los bienes en concreto que se pretenden gravar.

Desde esta posición, es necesario regular un concepto de patrimonio no afecto que sea acorde con el que con carácter general recoge nuestro ordenamiento, esto es, aquel que no se utiliza, ni es susceptible de utilizarse, en el ámbito de una actividad económica.

IV.-A MODO DE CONCLUSIÓN.

La titularidad de inmuebles (y otros activos) por parte de sociedades que no están afectos al desarrollo de una actividad empresarial es una realidad económica y objetiva innegable cuyo motivo principal es la fiscalidad más ventajosa que el IS tiene con relación al IRPF. Por otra parte, el hecho de que el arrendamiento de bienes inmuebles se pueda considerar como una actividad económica, unido a la exención que el IP y el ISD contemplan con relación a la empresa familiar, ha propiciado una reducción importante en la recaudación de ambos impuestos. Así mismo, la importante diferencia de tipos entre IRPF e IS incentiva la creación de sociedades de todo tipo que, a su vez, y con la finalidad de evitar la tributación adicional que el reparto de dividendos representa, remansan o apalancan sus beneficios reinvirtiéndolos en ocasiones en elementos no afectos, esto es, en activos que no son susceptibles de ser utilizados en una actividad productiva. Tales circunstancias hacen aconsejable corregir una realidad que la fiscalidad distorsiona y evitar así situaciones que desnaturalizan la estructura lógica y normal de un sistema tributario que garantice la neutralidad y la equidad.

Las opciones para corregirla son básicamente dos. La primera, una reforma de la normativa vigente que corrija, en origen, las disfunciones que la actual regulación produce, en concreto, valorar la posible tributación en el IRPF de un "dividendo mínimo", la incorporación en determinados supuestos del antiguo régimen de transparencia fiscal, y la definición más concreta y precisa del arrendamiento de inmuebles como actividad económica; la segunda, la introducción de un impuesto de naturaleza extrafiscal con la finalidad de disuadir comportamientos elusivos.



Esta segunda opción admite a su vez dos alternativas, la opción elegida por la Generalitat de Catalunya, y que consiste en un tributo que grava los Activos No Productivos a excepción de aquellos cuyo uso por parte del socio se adecua a lo que la normativa establece. No obstante, hay que tener en cuenta que la finalidad de esta nueva figura es la de disuadir comportamientos contrarios a nuestro ordenamiento, como no imputar a los socios la renta en especie inherente al uso privado que los socios hacen de los activos propiedad de la sociedad, o cederlos a aquellos a un precio inferior al de mercado; tributo, pues, cuya finalidad esencial es evitar y disuadir prácticas que perjudican la progresividad del sistema tributario y, por tanto, la política redistributiva a través de la fiscalidad.

Es, además, un impuesto cuyo objetivo, por extraño que parezca, es recaudar cero ya que esto significaría que el uso de los activos se declara correctamente en sede del socio y de la sociedad, o que esta no remansa de forma ociosa beneficios cuyo destino no es la actividad productiva sino el uso privado por parte del socio de activos "no" productivos. De ser así, el aumento de la recaudación vendrá dado a través de otras figuras impositivas, que es lo que realmente se pretende. No se trata, pues, de un tributo que se limita a gravar sin más los activos o elementos no afectos a la actividad. En definitiva, y como acertadamente se señala en el Preámbulo de la ley, "el impuesto sobre activos no productivos, (...) tiene por objeto gravar los activos no productivos de las personas jurídicas con el fin de desincentivar las posibles estrategias de elusión fiscal, mejorar la eficiencia en la utilización de estos activos de contenido económico y contribuir, en parte, a una cierta redistribución".

La segunda opción, que es la que proponemos, es gravar sin más los activos no destinados a una actividad económica desincentivando la creación de sociedades patrimoniales y el apalancamiento o *remansamiento* de beneficios; gravamen que ha de incluir, como veremos, el de aquellos activos afectos a la actividad de arrendamiento de inmuebles por parte de sociedades que cumplan determinados requisitos. Se trata, en definitiva, de un impuesto sobre el patrimonio no afecto a actividades económicas que contemple, también, una regulación especial con relación al supuesto del arrendamiento de bienes inmuebles que desincentive la utilización de los beneficios fiscales de *"empresa familiar"* con fines de elusión.



Se trata, en definitiva, de gravar de forma objetiva aquellos patrimonios propiedad de sociedades cuya gestión es más bien la propia de un patrimonio no afecto a una actividad económica estricto sensu.

Téngase en cuenta que nos estamos refiriendo al arrendamiento de bienes inmuebles, esto es, a un supuesto en el que la línea divisoria entre la mera gestión patrimonial y su gestión empresarial es difícil y confusa. Se trata, además, de regular de forma justa la aplicación de un beneficio fiscal, concepto, no lo olvidemos, que requiere una regulación restrictiva y acorde con la finalidad que se pretende conseguir.

Es pues necesario distinguir de forma objetiva realidades económicas distintas. Si desconfiamos de un impuesto de esta naturaleza es porque desconfiamos de la capacidad del legislador de delimitar adecuadamente su estructura normativa y, sobre todo, porque desconfiamos de su aplicación práctica por parte de la AEAT. Buena prueba de ello es el elevado grado de inseguridad jurídica que padecemos y el consecuente y preocupante aumento de la conflictividad tributaria.

Se trata, sin duda, de temas no menores que hay que evitar. Pero ello no nos ha de alejar del verdadero objetivo del Estado de Bienestar que no es otro que la justicia social entendida como aquella que redistribuye la riqueza de forma justa y equitativa. Indicar, por último, que dada la falta de información que hoy existe con relación a los elementos patrimoniales no afectos propiedad de sociedades, es imposible cuantificar el impacto recaudatorio del nuevo impuesto.

Breve referencia a la constitucionalidad del nuevo impuesto. La Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2019, de 28 de febrero, corrobora la constitucionalidad del impuesto catalán sobre los activos no productivos.

Por su importancia, hay que destacar algunos de sus fundamentos de derecho. Recuerda el Alto Tribunal que "la finalidad extra-fiscal no es incompatible con un propósito recaudatorio, aunque sea secundario, lo que es consustancial al propio concepto de tributo, de suerte que la naturaleza extra-fiscal o recaudatoria de un tributo es una cuestión de grado". Se remite aquel igualmente a su Sentencia 37/1987 y recuerda, también, que "el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad (...)" puede justificar "la exacción de un tributo, cuya principal finalidad no es crear una nueva fuente de ingresos públicos sino disuadir a los titulares



de propiedades o de empresas (...) del incumplimiento de las obligaciones inherentes". Por consiguiente, prosigue, "desde la perspectiva constitucional, es legítimo valerse de los tributos para incentivar determinados usos de la propiedad, en coherencia con su función social, reconocida en el art. 33.2 CE". Dicha finalidad, señala, "enlaza directamente principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (...) como son los arts. 40.1, 128.1 y 130.1 CE pues una medida que estimule la explotación de los activos de las entidades mercantiles se inscribe en los objetivos de política económica que proclaman dichos preceptos".

Por otra parte, el Tribunal Constitucional señala igualmente que "junto al fin de estímulo de la actividad económica, también cabe apreciar (...) que, al censar los bienes improductivos en poder de las entidades mercantiles, el impuesto enjuiciado puede coadyuvar al control de otros tributos, con un objetivo antielusión que entronca con el deber de contribuir del art. 31.1 CE". En este sentido, destaca la importancia de examinar los elementos estructurales del impuesto con la finalidad de corroborar que su finalidad extra-fiscal "no es una mera proclamación retórica del legislador autonómico, sino que aparece reflejada en la estructura del impuesto, como venimos exigiendo en nuestra doctrina".

ANEXO. Líneas generales de la propuesta

El diseño del nuevo tributo habría de tener en cuenta los siguientes aspectos:

- 1.- Su entrada en vigor ha de ir acompañada de la posibilidad de disolver las actuales sociedades patrimoniales mediante un régimen fiscal especial en condiciones similares a las opciones legislativas expresamente previstas al respecto en situaciones idénticas y anteriores (en concreto, la posibilidad de disolver las sociedades de "mera tenencia de bienes" y las "sociedades patrimoniales" a las que anteriormente hemos hecho referencia):
 - a) Exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, concepto "operaciones societarias", hecho imponible "disolución de sociedades".
 - No sujeción por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las adjudicaciones a los socios de los inmuebles de naturaleza urbana previendo que en su



- posterior transmisión la fecha de adquisición será la de su adquisición por la sociedad que se disuelve y liquida.
- c) No devengo del IS en la sociedad que se disuelve y liquida con ocasión de la adjudicación de bienes o derechos a los socios, personas físicas o jurídicas.
- d) Régimen de diferimiento en el IRPF, IS y/o el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, de los socios de la sociedad que se disuelve y liquida, con relación a la tributación de la ganancia patrimonial que se ponga de manifiesto como consecuencia de la adjudicación de bienes o derechos a los socios, personas físicas o jurídicas.
- 2.- Su entrada en vigor ha de ir también acompañada de la supresión del Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas.
- 3.- Su configuración ha de responder a la de un impuesto progresivo, complementario de hecho al IRPF, que coadyuve a la necesaria redistribución de la riqueza mediante el levantamiento del "velo" societario a los efectos exclusivamente fiscales.
- 4.- El objeto del gravamen no se ha de limitar a los inmuebles, sino a todos los elementos patrimoniales no afectos, circunstancia que requiere:
 - a) Ser muy precisos en la regulación de los elementos estructurales del tributo (básicamente, hecho y base imponible) y en que este grave exclusivamente tales elementos y no otros.
 - b) Tomar como referencia el concepto de elemento patrimonial no afecto, de larga tradición en nuestro ordenamiento, y con finalidad armonizadora.
 - c) Excluir del gravamen a todos los activos propiedad de personas jurídicas cuyo uso o destino sea una actividad económica productiva, salvo aquellos cuyo uso y/o disfrute sea de los socios, de sus familiares y/o personas vinculadas. En particular, se han de excluir de gravamen los activos no utilizados de forma efectiva en la actividad económica que, por sus características objetivas, su destino razonable y previsible es su incorporación al proceso productivo de la empresa (40).
 - d) Excluir del gravamen los elementos no afectos, los inmuebles arrendados a precio de mercado a los socios, familiares y/o personas vinculadas siempre que se destinen al desarrollo de una actividad económica realizada por estos últimos y no a su uso para finalidades privadas y/o uso particular y privativo de los mismos.
 - e) Gravar los activos propiedad de sociedades cuya actividad es el arrendamiento empresarial de inmuebles u otros elementos patrimoniales y cuyos beneficiarios son los propios socios, familiares y/o personas vinculadas a los mismos.

⁴⁰ Supuesto, este, regulado por ejemplo en el art. 95. Tres Regla 1ª de la Ley del IVA con relación a la deducción de las cuotas soportadas en la adquisición de determinados bienes de inversión (contemplado 95. Tres. 1ª), "en la medida en que dichos bienes vayan a utilizarse previsiblemente, de acuerdo con criterios fundados, en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional"; precepto que en su Regla 4ª establece igualmente que "el grado de utilización en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional deberá acreditarse por el sujeto pasivo por cualquier medio de prueba admitido en derecho".



- f) Gravar la disposición de vehículos de turismo, aeronaves y/o embarcaciones de forma objetiva tomando como referencia conceptos como la potencia y los metros de eslora, respectivamente, sin perjuicio de excluir de gravamen aquellos que el sujeto pasivo acredite que su uso único y exclusivo es su utilización en la actividad económica de la empresa sin perjuicio de que con carácter accesorio e irrelevante se destinen a usos privados (41).
- g) Excluir del gravamen los bienes que integran el patrimonio cultural.
- h) Excluir del gravamen los activos afectos al objeto social de determinadas entidades que no realizan una actividad económica, como Fundaciones, Asociaciones, u otras similares.
- i) Gravar la titularidad de participaciones en entidades en función de la actividad que estas realicen, en concreto, cuando no desarrollan una actividad económica o cuando su objeto es la mera gestión de un patrimonio inmobiliario y/o mobiliario.
 - En cualquier caso, hay que gravar las participaciones directas y/o indirectas en sociedades de mera inversión (SICAVs, SOCIMI y otras similares).
- j) Excluir en todo caso del gravamen la tesorería, que se ha considerar siempre como afecta a la actividad, salvo que la empresa tenga activos afectos y no afectos en cuyo caso se habrían de separar contablemente los flujos de tesorería correspondientes a unos y a otros con la finalidad de identificar con claridad uno y otro tipo de activo.
- 5.- La base imponible del tributo ha de tomar como referencia conceptos de importante arraigo en nuestro ordenamiento (por ejemplo, el valor catastral en caso de bienes inmuebles), en particular, aunque no de forma exclusiva, los incluidos en la actual regulación del IP.
- 6.- Los sujetos pasivos del impuesto han de ser todas las personas jurídicas, incluidas las sociedades civiles y las comunidades de bienes, que actúen frente a terceros como una entidad única o como una unidad económica, que sean propietarias de elementos patrimoniales no afectos o que, bajo cualquier título, tuvieran a su disposición el uso o disfrute de los mismos.

⁴¹ En este sentido, se puede tomar como referencia lo regulado en la art. 22.4 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y que considerarán utilizados para necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevante 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, con exclusión de los automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores, motocicletas, aeronaves o embarcaciones deportivas o de recreo, a excepción de los siguientes supuestos:

a) Los vehículos mixtos destinados al transporte de mercancías.

b) Los destinados a la prestación de servicios de transporte de viajeros mediante contraprestación.

c) Los destinados a la prestación de servicios de enseñanza de conductores o pilotos mediante contraprestación.

d) Los destinados a los desplazamientos profesionales de los representantes o agentes comerciales.

e) Los destinados a ser objeto de cesión de uso con habitualidad y onerosidad.



7.- Los tipos de gravamen han de ser progresivos debiéndose valorar la existencia de tipos distintos en función de la naturaleza de los activos y, en particular, de su vida útil. 8.- Con la finalidad de elaborar un censo a nivel nacional como instrumento eficaz de control tributario, así como por la necesidad de que un impuesto de estas características se aplique de forma uniforme y generalizada en todo el territorio español, el tributo ha de ser de ámbito estatal sin perjuicio de su posible cesión a las CCAA.

9.- La compatibilidad del nuevo tributo con el creado por la Generalitat de Catalunya u otro similar, a debate. Desde la óptica del principio de simplicidad del sistema tributario, se debería valorar la coexistencia de ambos impuestos y su función respectiva Hay que tener en cuenta que el tributo aprobado por la Generalitat de Catalunya pretende esencialmente gravar activos no productivos vinculados a un comportamiento elusivo de los socios y/o personas vinculadas.

Por su parte, el tributo que proponemos grava tales activos, y otros distintos, con independencia del comportamiento por parte de estos últimos. Mientras que el primero es un tributo que disuade conductas elusivas, el segundo es, en realidad, un impuesto sobre el patrimonio no afecto. Supondría la penalización por elusión del primero El que aquí se propone pretende evitar la pérdida de recaudación que se produce bien sea por un déficit legislativo o por una legítima opción de los contribuyentes. A su vez, mientras el nuevo tributo autonómico permite conseguir de forma más adecuada sus efectos indirectos, mayor recaudación por los tributos cedidos, el que aquí se propone no necesariamente produce tales efectos.

Por otra parte, es cierto que el déficit de capacidad normativa en el ámbito autonómico hace que un tributo autonómico de las características del aprobado por la Generalitat no pueda regular en su total complejidad el fenómeno elusivo planteado.

En este sentido, se puede valorar la supresión del nuevo tributo autonómico y la cesión no solo de la recaudación del nuevo tributo que proponemos a las CCAA sino de un amplio margen de competencias en el ámbito normativo y la necesaria coordinación en materia de información e inspección con la finalidad de que las CCAA puedan regular y comprobar de forma más amplia y concreta determinados comportamientos en detrimento de su recaudación.

10.- Con la finalidad de evitar la pérdida de información tributaria con fines de control tributario, incorporar en la declaración del IRPF la obligación de informar sobre la titularidad y valor del patrimonio de los bienes, derechos y/o obligaciones situados en España propiedad de personas físicas.

11.- Apuesta decidida por la capitalización de las empresas y la reinversión de sus beneficios en activos productivos. A tales efectos, se propone replantear la actual regulación de la reserva de capitalización recogida en el art. 25 de la Ley 27/2014 (⁴²) en los siguientes términos:

⁴² Dicho precepto establece que "los contribuyentes que tributen al tipo de gravamen previsto en los apartados 1 o 6 del artículo 29 de esta Ley tendrán derecho a una reducción en la base imponible del 10 por ciento del importe del incremento de sus fondos propios, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el importe del incremento de los fondos propios de la entidad se mantenga durante un plazo de 5 años desde el cierre del período impositivo al que corresponda esta reducción, salvo por la existencia de pérdidas contables en la entidad.





- a) Vincular la deducción a la materialización de los beneficios en la inversión en activos productivos, la formación del personal y de directivos, la innovación tecnológica, y/o a la creación de empleo.
- b) Incrementar sustancialmente el porcentaje de deducción actual del 10% al 50 %.
- 12.- Así mismo, conviene valorar las cuatro siguientes situaciones:
 - a) Eliminación de la reducción en el ISD para las empresas familiares que quedan fuera de la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas. Se trata de una medida de política legislativa que excede de la presente propuesta y que hay que valorar desde la perspectiva del perjuicio que para la riqueza nacional y el empleo puede representar una medida de tal calado que hay también que analizar desde la óptica del derecho comparado.

Como alternativas posibles se pueden valorar tres:

- Reducción progresiva en función del tamaño de la empresa, de tal suerte que, a menor tamaño, mayor reducción, y, a mayor tamaño, menor reducción. De esta forma, la reducción disminuye al aumentar la capacidad económica.
- ii. Mantener la reducción en el ISD, pero gravar por el nuevo impuesto los activos de determinadas empresas, opción que es la que se recoge en los apartados siguientes.
- iii. Combinar las dos anteriores.
- b) Gravar en el nuevo impuesto el patrimonio de aquellas sociedades dedicadas al arrendamiento empresarial de inmuebles en las que se cumplan los tres requisitos siguientes:
 - i. Que el número de contratos de arrendamiento que se gestionan directamente sea inferior al parámetro objetivo que se fije y que en carga de trabajo habría de ser, como mínimo, el equivalente al de una persona a jornada completa.
 - ii. Que el número de inmuebles alquilados sea inferior al parámetro objetivo que se fije y que sus arrendatarios no sean en ningún caso el socio, sus familiares y/o personas vinculadas salvo que su destino efectivo sea afectarlos a una actividad económica y se satisfaga por ello precio de mercado.
 - iii. Que la actividad de arrendamiento no provenga de proyectos empresariales destinados a la compra o la construcción de inmuebles para su posterior alquiler.
- c) Gravar en todo caso en el nuevo impuesto el patrimonio de las sociedades dedicadas al arrendamiento empresarial de inmuebles que cumplan los dos requisitos siguientes:
 - 1. Que más del 50 % del capital social pertenezca a un grupo familiar (personas unidas por vínculo de parentesco en línea

b) Que se dote una reserva por el importe de la reducción, que deberá figurar en el balance con absoluta separación y título apropiado y será indisponible durante el plazo previsto en la letra anterior".





directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el cuarto grado, inclusive).

2. Que más del 50 % del capital social pertenezca a 10 o menos socios.

Ya hemos indicado antes que los límites del arrendamiento de inmuebles como actividad económica son difusos y complejos. Hemos también indicado que la exigencia de requisitos legales como los actuales fomenta la creación de estructuras aparentes. Hemos comentado igualmente que las exenciones y las reducciones se han de aplicar de forma restrictiva.

La realidad, no la olvidemos, es que el arrendamiento de inmuebles, tal y como está hoy concebido, está lejos de parecerse al funcionamiento normal y típico de una empresa que, a poco que se reflexione, se asimila a un permanente flujo económico de entradas y salidas. En este sentido, la actividad de arrendamiento está mucho más próxima a la maximización de la rentabilidad de un patrimonio inmobiliario, que al riesgo y gestión característicos de un patrimonio afecto a una verdadera actividad empresarial.

Si excluimos pues la actividad de las SOCIMI, Fondos de Inversión, Empresas Públicas de Vivienda, y empresas vinculadas al sector financiero, pocas son las entidades que, como empresa, se dedican propiamente a la actividad "empresarial" de arrendar inmuebles; empresas, por cierto, cuya actividad real consiste precisamente en invertir para alquilar; en verdaderos proyectos empresariales.

Junto a estas coexisten, eso sí, Gestoras de Patrimonios Inmobiliarios e intermediarios diversos cuya actividad se limita a la gestión profesional de los mismos, empresas, claro está, que realizan sin duda una verdadera actividad empresarial, actividad, sin embargo, que no se puede predicar con relación a los propietarios de tales patrimonios.

Pero la fiscalidad ha propiciado también la creación de sociedades pequeñas y medianas que, cumpliendo realmente los requisitos que la ley exige, no son, coloquialmente hablando, empresarios, sino más bien, reconozcámoslo, meros propietarios, circunstancia especialmente más notoria en pequeños y medianos grupos familiares.

Frente a esta compleja y variada situación, no hay que olvidar las estructuras societarias que concentran la propiedad inmobiliaria afecta al desarrollo de las diferentes actividades empresariales del Grupo y/o de las diferentes entidades vinculadas; estructuras de las que no hay nada que objetar y que habrían por tanto de excluirse del nuevo impuesto.

Nada que objetar, tampoco, respecto a las empresas cuyos activos inmobiliarios están realmente afectos a la actividad empresarial que realizan.





Este cambio que proponemos en la fiscalidad de esta actividad en concreto ha de ir acompañado de la posibilidad de que los sujetos pasivos "afectados" opten por disolver y liquidar las correspondientes sociedades en los mismos términos que antes hemos apuntado.

d) Regular que la utilización de elementos no afectos por parte del socio, de sus familiares y/o personas vinculadas, tendrá en todo caso la consideración de utilidad o contraprestación en especie derivada de la condición de socio y/o accionista.



