

# Las operaciones vinculadas socio-sociedad y su ajuste secundario

Análisis de la [STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2019](#),  
rec. núm. 34/2018

**José Pedreira Menéndez**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Oviedo*

## Extracto

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2019 aborda la posible existencia, a juicio de la Administración, de una infravaloración de los servicios que un socio presta a la sociedad, lo que supondría una transferencia de rentas hacia la misma, que mediante el ajuste secundario deberían considerarse como una liberalidad. Sin embargo, el tribunal no llega a esta conclusión y entiende que corresponde a la Administración la prueba de que la transferencia de rentas se ha producido de modo distinto al que se ha reflejado contablemente. Además, el hecho de que exista un tipo impositivo distinto para las rentas de las personas físicas y las sociedades no conlleva que estas últimas sean utilizadas con fines fiscales defraudatorios, evitando la tributación en sede del socio.

**Nota:** El presente trabajo se desarrolla dentro del Proyecto de Investigación FC-GRUPIN-IDI-2018-00202.

## 1. Supuesto de hecho

La sociedad mercantil gestionaba los derechos de imagen del socio, siendo este poseedor de solo el 40 % de la sociedad. La retribución percibida por el socio de la sociedad es inferior a la que esta obtiene del mercado por la explotación de sus derechos de imagen, por lo que la Administración considera que existe un *animus donandi* del socio hacia la sociedad, produciéndose una liberalidad. La sociedad tendría una renta por la que tributar en su impuesto sobre sociedades (IS) y el socio habría llevado a cabo una liberalidad no deducible fiscalmente.

## 2. Doctrina del tribunal

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 23 de mayo de 2019 (rec. núm. 34/2018 –NFJ074734–) establece como doctrina que:

Como principio general, la constitución de una sociedad mercantil es un derecho que tienen todo profesional para emprender y desarrollar su actividad empresarial. Es una opción que viene vinculada a la necesidad de crear un tipo social que permita limitar la responsabilidad de los socios sobre el devenir del negocio. Las rentas que los socios perciben de las sociedades por su actividad en ellas obtienen el tratamiento que corresponde a su fuente: bien renta del trabajo si es por trabajo personal o de la actividad profesional; o bien renta de capital mobiliario si es por la distribución de los beneficios de la sociedad.

El hecho de que exista un tipo tributario distinto entre la renta de las personas físicas y de las sociedades no conlleva por ello que las sociedades sean utilizadas con fines fiscales defraudatorios, pues el traspaso de los fondos de la sociedad al

socio acarreará la carga tributaria correspondiente por renta de capital mobiliario, que viene a igualar la carga tributaria total a la soportada por las personas físicas que actúan por sí mismas. El beneficio que se remanse tributará al tipo del impuesto sobre sociedades, hasta que sea distribuido a los socios, momento en el cual de nuevo se someterá al IRPF para igualar la carga tributaria. Hasta entonces esa renta no estará a disposición del socio, sino que pertenecerá a la sociedad.

A la vista de todo ello hay que concluir que no existe un principio que establezca que las actividades económicas deban organizarse en la forma más rentable y óptima para la Hacienda y por el contrario en nuestro ordenamiento existe la libre configuración comercial que estructura la economía de opción, la que faculta al contribuyente para optar, de entre las varias posibilidades que ofrece la ley, por aquella que le resulte más rentable o de menor carga impositiva.

En relación con el ajuste secundario que pretendía aplicar la Administración, llega a la conclusión de que:

[...] no estamos ante una norma antielusiva, sino ante una norma que determina la cuantía de la base. Como hemos dicho anteriormente, el ajuste secundario es una norma que opera en aquellos supuestos en que la transferencia real de rentas es distinta de la que aparentemente ha sido efectuada. Además, la prueba sobre la existencia de transferencias de rentas en modo distinto al que se ha reflejado contablemente corresponde a la Administración.

### 3. Comentario crítico

La STSJ de Cataluña, objeto de análisis, inicialmente se centra en el análisis del funcionamiento del ajuste secundario previsto en el artículo 16.8 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), conforme a la redacción dada a este precepto por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, en el que se estableció que:

8. En aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.

En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, en la proporción que

corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe, o, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad.

Este precepto se desarrollaba en el artículo 21 bis que llevaba por título «Diferencias entre el valor convenido y el valor normal de mercado de las operaciones vinculadas», introducido en el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), por la modificación del mismo llevada a cabo a través del Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, con la siguiente redacción:

1. En aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.

2. En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá con carácter general el siguiente tratamiento:

a) Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad, y como participación en beneficios de entidades para el socio.

La parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, para la entidad tendrá la consideración de retribución de los fondos propios, y para el socio o partícipe de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1 d) de 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.

b) Cuando la diferencia fuese a favor de la entidad, la parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación en la misma tendrá la consideración de aportación del socio o partícipe a los fondos propios de la entidad, y aumentará el valor de adquisición de la participación del socio o partícipe.

*La parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, tendrá la consideración de renta para la entidad, y de liberalidad para el socio o partícipe.* Cuando se trate de contribuyentes del impuesto sobre la renta de no residentes sin establecimiento permanente, la renta se considerará como ganancia patrimonial de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1.i).4.º del texto

refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

3. *La calificación de la renta puesta de manifiesto por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido podrá ser distinta de la prevista en el apartado 2 anterior, cuando se acredite una causa diferente a las contempladas en el citado apartado 2 (la cursiva es nuestra).*

El ajuste secundario que se produce en el supuesto objeto del litigio parte de la diferencia existente entre la cuota de participación social y las rentas reales obtenidas por la sociedad, que son mayores, por lo que aparentemente existiría un traslado patrimonial a favor de la misma, así que la Administración aplicó la presunción establecida en la norma reglamentaria.

Ahora bien, la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 27 de mayo de 2014 (rec. núm. 8/2009 –NFJ054824–) declaró la ilegalidad de parte del precepto y terminó con la presunción de ánimo de liberalidad que parecía haber establecido el reglamento, por lo que debe ser la Administración tributaria la que lo pruebe conforme a lo establecido en el artículo 105 de la Ley General Tributaria. Como indica el TS:

De una parte, no estamos ante una norma antielusiva, sino ante una norma que determina la cuantía de la base. El ajuste secundario es una norma que opera en aquellos supuestos en que la transferencia real de rentas es distinta de la que aparentemente ha sido efectuada. Además, *la prueba sobre la existencia de transferencias de rentas en modo distinto al que se ha reflejado contablemente, corresponde a la Administración. [...] Por tanto, en su caso, corresponderá la prueba acerca de la efectiva transferencia real de rentas a quien afirme que este se ha llevado a cabo en sentido distinto al fijado contablemente, siendo posible la prueba en contrario como claramente se infiere del apartado tercero (la cursiva es nuestra).*

La interpretación jurisprudencial del precepto supuso una importante limitación para la Administración, ya que la norma dejó de implicar una presunción *iuris et de iure* y tampoco permitió un desplazamiento de la carga de la prueba a favor de ella.

El fallo del TS motivó que se modificara de nuevo, con efectos 1 de enero de 2015, la redacción del precepto regulador de las operaciones vinculadas, para introducir la redacción del artículo 21 bis del RIS en sus apartados primero y segundo en el artículo 18.11 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS/2014), al que solo se añadió un último párrafo, no existente anteriormente, en el que se indica que:

No se aplicará lo dispuesto en este apartado cuando se proceda a la restitución patrimonial entre las personas o entidades vinculadas en los términos que regla-

mentariamente se establezcan. Esta restitución no determinará la existencia de renta en las partes afectadas<sup>1</sup>.

La elevación a rango de ley de las previsiones reglamentarias pretendió expulsar del ordenamiento la interpretación efectuada por el TS, lo que se ha visto reafirmado por la vigente redacción del artículo 20 del Real Decreto 534/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, al establecer que:

1. En aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.11 de la Ley del Impuesto.
2. No se aplicará lo dispuesto en el apartado anterior cuando se proceda a la restitución patrimonial entre las personas o entidades vinculadas. Para ello, el contribuyente deberá justificar dicha restitución antes de que se dicte la liquidación que incluya la aplicación de lo señalado en el apartado anterior.

De tal modo que en situaciones como la analizada en el caso enjuiciado por el TSJ de Cataluña o en la STSJ del País Vasco de 2 de junio de 2017 (rec. núm. 203/2016 –NFJ076670–), en la que también se había reconocido la extralimitación reglamentaria, hoy en día, no son posibles. La norma exige la calificación como liberalidad en el ajuste secundario, salvo que se produzca la restitución patrimonial. Por tanto, la doctrina establecida por la STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2019, se ve afectada por el cambio de regulación y no es aplicable actualmente. No obstante, no puedo mostrarme de acuerdo con el cambio legislativo, ni con la regulación existente de las operaciones vinculadas, ya que no se adecúa a la realidad de muchas pequeñas sociedades, a las que se les aplican estos preceptos de forma automatizada por la Administración, sin entrar a ver la realidad económica de las operaciones efectuadas, pudiendo llegar a producirse supuestos de gravamen de situaciones en las que no existe una capacidad económica real.

El artículo 18 de la LIS/2014, y sus antecedentes, pretenden regular aquellas operaciones vinculadas en las que exista diferencia entre el valor convenido por las partes y el valor de mercado, produciéndose un ajuste primario, donde se establece el importe de la operación vinculada a precio de mercado, y un ajuste secundario, donde se regulariza la diferencia entre el valor normal de mercado y el efectivamente convenido entre las partes vinculadas según la verdadera naturaleza de la operación. La fijación del valor de mercado

<sup>1</sup> Este sistema alternativo de solucionar el ajuste secundario tiene un evidente interés práctico, pero excede con mucho del objeto de este trabajo, por lo que me remito para su análisis a la obra de Ferrer Vidal (2015).

de las operaciones, muchas veces, es una auténtica quimera, donde se recurre a sistemas presuntivos que no son reales.

Por su parte, el ajuste secundario califica la diferencia que para una parte supone el aumento de su patrimonio (por lo que pagó de menos o cobró de más según el valor convenido) y para la otra una disminución de su patrimonio (por lo que pagó de más o cobró de menos).

En el presente caso la Administración considera que se produce un incremento en el patrimonio de la sociedad que debe incluir en su base imponible y una liberalidad para el socio en su impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF).

El socio percibía una cantidad anual de la sociedad a la que había cedido la gestión de sus derechos de imagen. A juicio de la Administración esta operación vinculada estaba retribuida a un valor inferior al de mercado, por lo que aplicó el método del precio libre comparable. Este sistema, a juicio de la Administración, como puede verse en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de marzo de 2016 (RG 8483/2015 –NFJ062096–), consiste en imputar al socio el valor pagado por un tercero a la sociedad, considerando que la sociedad no aporta ningún valor añadido al socio. Criterio que ha sido aceptado, entre otras, por la STSJ de Madrid de 26 de mayo de 2015 (rec. núm. 318/2013 –NFJ069464–) o la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2018 (rec. núm. 213/2015 –NFJ070819–).

No puedo estar conforme con este criterio de valoración porque la sociedad puede añadir un plus en la gestión de los derechos, que no tiene nada que ver con la gestión directa que podría haber realizado la persona física y, además, cuando menos, permite una separación e individualización de las rentas generadas por el derecho de imagen, cuya comercialización se puede efectuar de forma profesional, recurriendo la sociedad tenedora de los derechos a otras entidades terceras. El esquema está muy bien reflejado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1014/2018 –NFJ075671–) en la que se absuelve a don Xabier Alonso Olano de haber cometido un delito fiscal por ceder sus derechos de imagen a una sociedad portuguesa.

En esta línea, lo realmente interesante de esta STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2019 es la defensa que efectúa de la utilización de sociedades para el ejercicio de actividades profesionales al afirmar que:

Como principio general, la constitución de una sociedad mercantil es un derecho que tiene todo profesional para emprender y desarrollar su actividad empresarial. Es una opción que viene vinculada a la necesidad de crear un tipo social que permita limitar la responsabilidad de los socios sobre el devenir del negocio. Las rentas que los socios perciben de las sociedades por su actividad en ellas obtienen el tratamiento que corresponde a su fuente: bien renta del trabajo si es por trabajo personal o de la actividad profesional; o bien renta de capital mobiliario si es por la distribución de los beneficios de la sociedad.

El hecho de que exista un tipo tributario distinto entre la renta de las personas físicas y de las sociedades no conlleva por ello que las sociedades sean utilizadas con fines fiscales defraudatorios, pues el traspaso de los fondos de la sociedad al socio acarrearía la carga tributaria correspondiente por renta de capital mobiliario, que viene a igualar la carga tributaria total a la soportada por las personas físicas que actúan por sí mismas. El beneficio que se remanse tributaría al tipo del impuesto sobre sociedades, hasta que sea distribuido a los socios, momento en el cual de nuevo se someterá al IRPF para igualar la carga tributaria. Hasta entonces esa renta no estará a disposición del socio, sino que pertenecerá a la sociedad.

A la vista de todo ello hay que concluir que no existe un principio que establezca que las actividades económicas deban organizarse en la forma más rentable y óptima para la Hacienda y por el contrario en nuestro ordenamiento existe la libre configuración comercial que estructura la economía de opción, la que faculta al contribuyente para optar, de entre las varias posibilidades que ofrece la ley, por aquella que le resulte más rentable o de menor carga impositiva.

El ejercicio de actividades mercantiles a través de formas societarias es una práctica habitual y mayoritaria en nuestros días. La ventaja que presenta la sociedad, frente al ejercicio personal y directo de una actividad comercial, es evidente: limitación de responsabilidad, separación del patrimonio personal y empresarial, agilidad para la transmisión del negocio, etc. Por tanto, no debe extrañarnos la proliferación de sociedades comerciales, frente a la paulatina desaparición de los empresarios personas físicas.

El desarrollo del Derecho Comercial ha estado ligado en buena medida a la articulación de sistemas que permitan evitar el riesgo de pérdidas inherente al ejercicio de cualquier actividad económica. La búsqueda de la salvaguardia del patrimonio personal, frente al patrimonio empresarial, tiene su máxima expresión en el reconocimiento de la sociedad unipersonal.

La discusión sobre la razón de ser de las sociedades y su naturaleza jurídica, como acabamos de indicar, llegó a su cima con las sociedades unipersonales. Durante mucho tiempo la doctrina tradicional mantuvo una oposición frontal a su existencia por considerar que no se podía hablar de dos patrimonios o dos personalidades, una física y otra jurídica, sin más ratio que la conveniencia del mismo interesado (De Castro y Bravo, 1949, pp. 2 a 4, y 1984, p. 37). Sin embargo, la normativa europea, a raíz de la Duodécima Directiva del Consejo (89/67/CEE), de 21 de diciembre, sobre la sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada, produjo un cambio que terminó con la admisión de la sociedad unipersonal en nuestro ordenamiento desde 1995 y con su inclusión hoy en día en el capítulo III del título I (arts. 12 a 17) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC).

Por tanto, se admite abiertamente que el empresario persona física ejerza sus actividades económicas bajo la forma societaria unipersonal por la ventaja de limitación de responsa-

bilidad que supone. Ni que decir tiene que cualquier otra forma societaria común, en la que exista pluralidad de socios, ha sido admitida desde siempre en el ordenamiento mercantil.

Desde hace años, también se ha reconocido expresamente la posibilidad de ejercer actividades profesionales a través de la forma societaria al amparo de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales<sup>2</sup>.

El hecho de operar en el mercado a través de una sociedad y no ejercer la actividad directamente como empresario o profesional tiene un valor jurídico innegable, aunque la Administración tributaria intenta obviar esto y lo que es más sorprendente, alguna jurisprudencia también asume sus postulados, olvidando la esencia y la razón de ser de las sociedades mercantiles. De ahí que deba mostrarme en total acuerdo con la sentencia objeto de comentario, ya que expresa de forma muy clara la realidad de una situación que no puede ser negada. Una persona puede optar por ejercer una actividad de forma directa o a través de una sociedad mercantil, nada se lo impide en nuestro ordenamiento.

Las retribuciones que reciben los socios de la sociedad están planteando problemas y una alta litigiosidad en el ámbito tributario, sobre todo, desde el ejercicio 2009, cuando las sociedades están vinculadas a actividades profesionales o deportivas<sup>3</sup>. Después de casi una década de constantes reformas tributarias vinculadas a las relaciones socio-sociedad, especialmente en el ámbito profesional, aún no se han resuelto muchos de los problemas detectados, ni la jurisprudencia ha sido capaz de limitar algunas de las actuaciones de la Administración tributaria que, a mi juicio, parten de un recelo hacia las sociedades profesionales que no tiene justificación.

Tradicionalmente se ha considerado a los socios como capitalistas que hacen una aportación económica al negocio, no manteniendo ningún otro tipo de vinculación con la sociedad. En este caso, su retribución se materializa por la vía de la percepción de dividendos. Este es el esquema habitual en las grandes compañías y, sobre todo, en las empresas cotizadas.

---

<sup>2</sup> Para un análisis de la novedad que supuso esta norma me remito a García Pérez y Albiez Dohrmann (2009); Sánchez Ruiz (2012) y Cazorla González-Serrano (2010).

<sup>3</sup> El Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria emitió, con fecha 26 de marzo de 2009, una Nota relativa a «Actuaciones inspectoras en relación con contribuyentes que prestan servicios profesionales». Posteriormente, el 11 de mayo de 2009, se dictaron por la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica las Notas «9/09 sobre las posibles regularizaciones del IVA derivadas del programa 12500 "socios de sociedades profesionales"» y 10/09 sobre «Regularización en vía administrativa de las retenciones en los expedientes de sociedades profesionales en los que median sociedades interpuestas (Programa 12500)». A partir de este momento se han considerado prioritarios en los planes anuales de inspección los controles sobre las sociedades de profesionales, con unos criterios que están generando numerosos litigios, a mi juicio justificados, ya que la interpretación administrativa se aleja de la realidad jurídica, e incluso económica, de las actuaciones desarrolladas por estas sociedades y los profesionales vinculados con las mismas.

No obstante, en la mayoría de sociedades de nuestro país, en las pymes, las relaciones se complican mucho más porque el socio no solo es un partícipe en el capital a la espera de percibir un dividendo, muchas veces es un trabajador de la sociedad, es su administrador o incluso es un profesional cuya labor es esencial para la existencia misma de la sociedad. A todo ello, podemos unir el hecho de que las relaciones familiares, por lo general, llevan aparejado que en la sociedad participen los cónyuges, los hijos u otros familiares.

Esta amplitud de posibilidades de relación entre el socio y la sociedad, como ya he dicho, siempre ha sido vista con recelo por la Administración tributaria, que desconfía de las estructuras societarias considerando que son vehículos para atenuar la tributación del empresario persona física, que de estar sometido al IRPF tributaría a una escala progresiva de gravamen y no podría repartir los rendimientos de la actividad con su grupo familiar favoreciéndose del *splitting*.

En los últimos años la Administración ha puesto el foco especialmente sobre dos relaciones, las rentas percibidas por el cargo de administrador y las rentas procedentes de sociedades que desarrollan actividades profesionales o están vinculadas a artistas y deportistas.

En las sociedades de capital el modo habitual de retribución de los socios es a través de la distribución de los beneficios de la sociedad, es decir, mediante el pago de dividendos.

La sociedad habrá llevado a cabo la actividad mercantil y si el resultado del ejercicio es positivo obtendrá un beneficio, por el que se verá sometida a tributación en el IS. Posteriormente, una vez descontado el impuesto correspondiente, se puede producir el reparto de beneficios a los socios. En estos casos, los socios, al recibir las rentas, obtendrán un rendimiento de capital mobiliario, que tributará en su IRPF.

Durante mucho tiempo hubo un ajuste de la doble imposición que se entendía se producía al haber tributado las rentas procedentes de la actividad económica en el IS y, posteriormente, volver a tributar en sede del socio cuando las percibe en el IRPF. Así, en la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se estableció una deducción en cuota del impuesto del 15 % de los dividendos percibidos que hubieran tributado efectivamente en el IS. Las posteriores reformas del IRPF mantuvieron la deducción en la cuota<sup>4</sup>, incluso con distintos ajustes en base para buscar una mejor eliminación de la doble imposición<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Vid. artículo 78.7 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que redujo el porcentaje de deducción al 10 % de los dividendos percibidos.

<sup>5</sup> Vid. artículos 23.1 y 66 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, el último de estos preceptos llevaba por rúbrica «Deducción por doble imposición de dividendos», por lo que el legislador reconocía explícitamente la situación que estoy describiendo.

Sin embargo, 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 (LIRPF), procedió a eliminar esta deducción, a cambio de establecer un sistema de exención para un importe de los dividendos percibidos y una tributación a tipo fijo, fuera de la escala progresiva, para los no exentos<sup>6</sup>.

Este sistema de exención se suprimió por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias.

Por tanto, hoy en día, los rendimientos de la actividad económica ejercida por la sociedad tributarán normalmente al tipo general del IS que, conforme al artículo 29 de la LIS/2014, es del 25 %. Posteriormente, cuando se reparta el dividendo, el socio tributará según el artículo 25.1 de la LIRPF por el rendimiento del capital mobiliario, dentro de la renta del ahorro, a un tipo impositivo que está entre el 19 y el 23 % en su IRPF<sup>7</sup>, es decir, se pueden llegar a marginales máximos del 48 % si sumamos lo pagado en el IS e IRPF.

Este marginal del 48 % puede estar por encima del que se aplica a las rentas del trabajo o de actividades económicas, ya que la escala general del impuesto ha fijado en el artículo 63 de la LIRPF un marginal máximo estatal del 22,50 %, que se complementa con el gravamen autonómico del artículo 74 de la LIRPF, que oscila entre el 21,50 y el 25,50 %. Por tanto, en aquellas comunidades autónomas con tipos más altos, se pagará un 48 % por las rentas del trabajo o actividades económicas, es decir, el mismo tipo agregado, IS más IRPF, que se paga por las rentas obtenidas de una actividad económica ejercida a través de una sociedad. Sin embargo, hay comunidades autónomas en las que el marginal máximo es del 44 %, por lo que ejercer una actividad económica a través de una sociedad mercantil, para posteriormente distribuir el beneficio al socio vía dividendos, está sobregavado con un 4 %, respecto a ejercer esa actividad de forma directa como empresario persona física.

<sup>6</sup> En el artículo 7 y) se indicaba que estarían exentos:

Los dividendos y participaciones en beneficios a que se refieren los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 25 de esta Ley, con el límite de 1.500 euros anuales.

Esta exención no se aplicará a los dividendos y beneficios distribuidos por las instituciones de inversión colectiva, ni a los procedentes de valores o participaciones adquiridas dentro de los dos meses anteriores a la fecha en que aquellos se hubieran satisfecho cuando, con posterioridad a esta fecha, dentro del mismo plazo, se produzca una transmisión de valores homogéneos. En el caso de valores o participaciones no admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, el plazo será de un año.

<sup>7</sup> Vid. artículos 66 y 76 de la LIRPF. Los primeros 6.000 euros de dividendos tributan al 19%. A partir de 6.000 euros y hasta 50.000 euros, al 21 %, y por encima de esa cifra, al 23 %.

Quiero resaltar esta situación porque la Administración tributaria, recurrentemente, sobre todo cuando inspecciona sociedades que ejercen actividades profesionales, considera que se obtiene una ventaja fiscal al reducir los socios su tipo de gravamen por utilizar una sociedad para el desarrollo de su actividad, lo que es radicalmente falso. Sí se puede obtener un diferimiento en el pago de parte del tributo, pero no un ahorro fiscal. Al contrario, como acabo de demostrar, hay territorios donde se llega a sufrir una sobreimposición en relación con el IRPF. Llama la atención que algún órgano jurisdiccional no aprecie esta circunstancia, como puede verse en la reciente STSJ de Extremadura de 21 de octubre de 2019 (rec. núm. 205/2019 –NFJ076320–).

Por tanto, la conclusión a la que llega la STSJ de Cataluña objeto de comentario, defendiendo la opción de ejercer actividades económicas a través de sociedades mercantiles, aunque ello pueda suponer un ahorro momentáneo de tributación frente al gravamen directo en el IRPF, me parece un acierto.

## Referencias bibliográficas

- Cazorla González-Serrano, L. (2010). *El régimen de responsabilidad de las Sociedades Profesionales*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Castro y Bravo, F. de. (1949). La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 2, núm. 4.
- Castro y Bravo, F. de. (1984). *La persona jurídica*. (2.ª ed.). Madrid: Civitas.
- Ferrer Vidal, D. (2015). *Las operaciones vinculadas: el ajuste secundario*. Pamplona: Aranzadi.
- García Pérez, R. y Albiez Dohrmann, K. J. (dirs.) (2009). *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen fiscal y corporativo*. (2.ª ed.). Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Sánchez Ruiz, M. (coord.) (2012). *Las sociedades profesionales*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

## Bibliografía

Brenes Cortés, J. (2016). La retribución de los consejeros ejecutivos en las sociedades de capital. *Revista de Derecho Mercantil*, 299.

Pedreira Menéndez, J. (2014). La retribución de los socios como administradores o trabajadores. *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, 162.

Roncero Sánchez, A. (2009). Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una sociedad anónima. *Revista de Derecho de Sociedades*, 32.