

## Índice

1. Menor tributación para los pensionistas que realizaron aportaciones a mutualidades por las que no minoraron su base imponible del IRPF
2. El tratamiento discriminatorio de las rentas inmobiliarias obtenidas por no residentes comunitarios
3. Problemas de residencia fiscal. Cómo computar los 183 días de permanencia en España
4. El arrendamiento de inmuebles como actividad económica en el Impuesto sobre Sociedades: posibilidad de externalizar los servicios de gestión.

### 1.- Menor tributación para los pensionistas que realizaron aportaciones a mutualidades por las que no minoraron su base imponible del IRPF

En los últimos tiempos, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a pronunciarse sobre la tributación en el IRPF de las pensiones de jubilación e invalidez de aquellos pensionistas que realizaron aportaciones a mutualidades laborales por las que no pudieron aplicarse reducción o minoración en base imponible del Impuesto y, ahora, tributan por la pensión percibida.

La Ley 36/2006 del IRPF recoge, en su disposición transitoria segunda, una medida para evitar esta doble imposición. Sin embargo, es cierto que la redacción no es clara, impidiendo su correcta aplicación.

La falta de claridad ha supuesto controversias en las comprobaciones e inspecciones abiertas por la Administración tributaria, en especial, cuando la prestación por jubilación deriva de aportaciones que fueron reducidas o minoradas en base imponible junto con otras aportaciones que no lo fueron.

Las dos principales discrepancias con la Administración, en la aplicación de la disposición transitoria segunda, resueltas por el Tribunal Supremo en sus últimos pronunciamientos, son:

- i. Si la reducción de la integración como rendimientos del trabajo en el IRPF de la prestación por jubilación debe extenderse a la totalidad de las cotizaciones efectuadas o, por el contrario, únicamente respecto de aquellas aportaciones que, en su día, no pudieron ser objeto de minoración o reducción en base imponible del IRPF.

En este caso el Alto Tribunal ha resuelto que, la reducción de la integración como rendimientos del trabajo en el IRPF de la prestación por jubilación debe extenderse únicamente respecto de aquellas aportaciones que, en su día, no pudieron ser objeto de minoración o reducción, y no a la totalidad de las cotizaciones efectuadas.

- ii. Derivado del punto anterior, surge la duda de cómo calcular el porcentaje de la pensión al que le resulta de aplicación la reducción cuando proceda aplicar una reducción parcial a la integración de la prestación por jubilación, como rendimiento del trabajo, por

proceder, sólo en parte, de aportaciones que, en su día, no pudieron ser objeto de minoración o reducción. Así, para dicho cálculo ¿debe tomarse en consideración el período íntegro cotizado -la vida laboral- o únicamente aquel periodo en que se produjeron las cotizaciones que permitieron alcanzar el 100 por 100 de la pensión?

A este respecto el Tribunal Supremo en su STS de 10 de enero de 2024 (núm. 20/2024) llega a la conclusión de que se **debe partir de la normativa de la Seguridad Social, para el cálculo de la pensión o prestación de jubilación**, pues ésta es el objeto sobre la que se aplicará, si procede, la reducción fiscal de la disposición transitoria segunda de la LIRPF. Por lo que resulta necesario remitirse al cálculo de la propia pensión para la determinación de la parte proporcional de la misma que corresponda con las aportaciones o cotizaciones que no pudieron ser minoradas o reducidas en base imponible.

En consecuencia, el cálculo del porcentaje de la pensión objeto de reducción, según la disposición transitoria segunda, debe ser la proporción entre los días cotizados, en los que las aportaciones no minoraron base imponible, y los días de cotización total.

Sobre la pregunta relativa a qué número de días debemos considerar como “días de cotización total” (los cotizados durante toda la vida laboral o los días cotizados para alcanzar el derecho a la pensión realmente percibida), deberíamos responder desde la óptica de la normativa de la Seguridad Social, aplicable en cada caso (en el momento de la jubilación), lo que nos llevaría al número de días cotizados que han sido tenidos en cuenta para el cálculo de la pensión percibida.

Si el contribuyente percibe la pensión máxima, se tendrán en cuenta los años de cotización necesarios para la obtención del 100% de la pensión, con independencia de que haya cotizado más años de los necesarios. Así, de 2013 a 2019 se recibe toda la pensión con 35 años y medio cotizados; de 2020 a 2022, con 36 años; de 2023 a 2026, con 36 años y medio y a partir de 2027, con 37 años.

#### **Ejemplo:**

Un antiguo trabajador de banca accedió a la jubilación el 15 de junio de 2006, percibiendo la pensión por jubilación de la Seguridad Social máxima de 24.000 euros al año. Este pensionista realizó aportaciones a la Mutualidad laboral de la banca desde el 3 junio de 1966 (40 años de vida laboral).

Si bien, para determinar el 100% de la pensión, solo se tuvieron en cuenta las cotizaciones de los últimos 35 años (12.775 días), por lo que se consideraron, para el cálculo de la pensión, las aportaciones y cotizaciones realizadas desde el 24 de noviembre de 1971.

De todas las aportaciones y cotizaciones realizadas por el contribuyente, las aportaciones que no minoraron la base imponible del IRPF del contribuyente, y que se tuvieron en cuenta para el cálculo de la pensión máxima a otorgar, fueron las efectuadas desde el 24 de noviembre de 1971 al 31 de diciembre de 1978 (4.517 días).

*¿Importe de la pensión a integrar como rendimiento del trabajo?*

- i. Reducción de la pensión:

Reducción= Porcentaje de los días cotizados sin derecho a minorar la BI x 0,25 x pensión

Porcentaje =  $4.517/12.775 \times 100 = 0,3535$

Reducción =  $0,3535 \times 0.25 \times 24.000 = 2.121$  euros

ii. Importe de la pensión a integrar como rendimiento del trabajo:

Importe a integrar en BI como rendimiento del trabajo =  $24.000 - 2.121 = 21.879$  euros

## 2.- El tratamiento discriminatorio de las rentas inmobiliarias obtenidas por no residentes comunitarios

Por todos es sabido que cuando un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) obtiene rendimientos procedentes del alquiler, puede reducir la base imponible del impuesto cuando el inmueble alquilado se destine a vivienda habitual por los inquilinos. Para los contratos celebrados con anterioridad a la Ley por el acceso a la vivienda, es decir, los celebrados con anterioridad al 26 de mayo de 2023, **la reducción era del 60% del rendimiento neto positivo.**

Para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2024, la reducción es del 50% aunque se establecen porcentajes incrementados de reducción en determinadas circunstancias (viviendas situadas en zonas de mercado residencial tensionado, alquileres a jóvenes o viviendas rehabilitadas). Para los contratos de arrendamiento celebrados desde el 26 de mayo de 2023 al 31 de diciembre de 2023, se aplica la reducción del 60% en el ejercicio 2023 y los nuevos porcentajes de reducción para el ejercicio 2024 y siguientes (con carácter general el 50% salvo que pudiera encuadrarse en algunos de los supuestos citados que permiten aplicar reducciones superiores, hasta el 90%).

Ahora bien, **¿qué ocurre cuando los rendimientos por el alquiler de vivienda son obtenidos por un contribuyente no residente?**

Conforme al Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la renta de no Residentes (TRLIRNR), se consideran renta obtenida en territorio español los rendimientos derivados, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en territorio español o de derechos relativos a los mismos. Además, los Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España atribuyen potestad para gravar las rentas de los bienes inmuebles al Estado donde están situados los mismos, por lo que las rentas derivadas de bienes inmuebles situados en España pueden ser gravadas conforme a la Ley española.

Siendo así, cuando un no residente obtiene rentas procedentes del alquiler de inmuebles se aplica el art. 24.1 del TRLIRNR, según el cual la base imponible estará constituida por su importe íntegro, determinado según la normativa del IRPF, sin aplicar coeficientes multiplicadores no las reducciones. Es decir, la normativa aplicable a no residentes no permite la aplicación de la reducción por alquiler de vivienda regulada en el artículo 23 de la LIRPF, generando una mayor tributación que en el contribuyente residente.

Veámoslo con mayor claridad en el siguiente ejemplo:

**EJEMPLO:**

Inmueble situado en España alquilado como vivienda habitual. El contrato de alquiler se formalizó en febrero de 2022.

Alquiler mensual: 1.800 euros.

IBI: 550

Gastos de comunidad: 150 euros/mes=1.800 euros/año

Amortización anual: 1.200 euros/año

Tributación residente en España 2023	Tributación residente en Francia 2023
Rend. Integro: 21.600 €	Rend. Integro: 21.600 €
Gastos: 3.550 €	Gastos: 3.550 €
(550+1.800+1.200)	(550+1.800+1.200)
Rendimiento neto= 18.050 €	Rendimiento neto= <b>18.050 €</b>
Reduc. 60% = - 10.830 €	<b>No aplica reducción 60%</b>
<b>Rend. Neto reducido= 7.220 €</b>	

Como puede observarse, el importe a integrar en base imponible es superior en el no residente (18.050€) que en el contribuyente residente (7.220€)

En 2019, la Comisión Europea envió carta de emplazamiento a España pidiéndole que eliminase el trato fiscal discriminatorio para los no residentes en relación con los ingresos por alquileres, al considerar que dicha regulación vulneraba la libre circulación de capitales. A pesar de la advertencia de la Comisión, España no ha modificado aún la normativa interna ni parece que vaya a hacerlo en un futuro próximo.

Recientemente, el TEAC en resolución de 20 de marzo de 2024, RG 1093/2021, ha venido a confirmar la no aplicación de la citada reducción a los no residentes. Entiende el Tribunal Administrativo que, en la medida en que el procedimiento de infracción se encuentra todavía en curso -de hecho, la Comisión aún no ha enviado Dictamen motivado a España- los rendimientos obtenidos por no residentes comunitarios derivados del arrendamiento de un bien inmueble situado en territorio español, están sujetos a tributación, sin que les resulte de aplicación reducción alguna y, en particular, la comentada para el caso de arrendamiento de vivienda. Este no es el primer pronunciamiento del TEAC con respecto a este tema, pues en la misma línea se habría manifestado ya en una resolución de 14 de febrero de 2019.

A pesar de la posición mantenida a día de hoy tanto por la AEAT como por el TEAC -de no reconocer la aplicación de la reducción a los no residentes-, dado que la Comisión ha iniciado ya

el procedimiento de infracción contra España, ante la posibilidad de que la normativa interna acabe declarándose contraria a Derecho Comunitario, los no residentes comunitarios que obtengan ingresos por alquileres deberían plantearse la posibilidad de impugnar las autoliquidaciones que presenten e incluso instar la rectificación de las ya presentadas y no prescritas, para evitar, de este modo, que los actos adquieran firmeza.

### 3.- Problemas de residencia fiscal. Cómo computar los 183 días de permanencia en España

La residencia en territorio español, según la normativa del IRPF, se determina si se cumplen cualquiera de los siguientes criterios:

- **Criterio de permanencia.** Por la permanencia durante más de 183 días en territorio español durante el año natural, computando, a estos efectos, las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente aporte certificado de residencia en otro país.
- **Núcleo de intereses económicos.** Cuando radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta.

Es importante destacar que se puede determinar la residencia en España por cualquiera de los criterios. Es decir, puede darse el caso en el que una persona física no pase más de 183 días en territorio español, pero se le considere residente por tener en España el núcleo principal o base de sus intereses o actividades económicas.

Además, se establece en la Ley una presunción, que admite prueba en contrario, según la cual se presume residente en territorio español al contribuyente cuyo cónyuge e hijos menores dependientes de él residan habitualmente en España.

Centrándonos en el primero de los criterios, el de permanencia, **¿cómo se realiza el cómputo de los 183 días?**

Sobre la forma de computar los más de 183 días de permanencia requeridos resultan bastante clarificadoras dos resoluciones del TEAC de marzo y abril de 2023, de cuyo contenido se pueden extraer las siguientes pautas:

El concepto de **permanencia** de la Ley del IRPF se integra por el cómputo agregado de tres estadios: presencia certificada, días presuntos y ausencias esporádicas.

#### **Días de presencia certificada**

- Se trata de días en los que existe fehaciencia de que el obligado tributario estuvo en territorio español. La Presencia efectiva puede probarse tanto por la Administración como por el obligado tributario.
- La permanencia no tiene que ser continuada, ni siquiera se exige la de varios días seguidos. Es decir, lo que cuenta es cada día de presencia y estancia física en España, por lo que, aunque se pase un solo día en territorio español, se debe tener en cuenta a efectos del cómputo. No se exige para computar el

día de permanencia en territorio español que se pernocte, ni siquiera un mínimo de horas de permanencia, basta con que se pruebe, por cualquier medio de prueba admitido en derecho, que hubo presencia física en territorio español.

*A estos efectos, podría probarse con el uso de tarjetas de créditos, por ejemplo, utilización de medios de transportes, citas médicas, asistencia a cursos, etc.*

- Los días de entrada y de salida del territorio español cuentan como días de permanencia, con independencia de la hora en la que se toman los vuelos. Estos días de entrada y salida se deben contar en ambas jurisdicciones, es decir, cuentan dos veces, como días de permanencia en territorio español y en la jurisdicción de origen o destino.

*Por ejemplo, supongamos un contribuyente que llega de Londres a España el día 10 de julio y se vuelve a Reino Unido el día 17 del mismo mes. Los días 10 y 17 de julio se computan como días de permanencia tanto en España como en Reino Unido.*

#### **Días presuntos**

- Aquellos días en los que no hay prueba certificada de presencia en territorio español ni en otro país, pero se encuentran entre días de presencia certificada en España. En tal caso, pueden computarse como días de permanencia en España, si el contribuyente no acredita una presencia certificada en el extranjero. Estos días presuntos no pueden utilizarse para computar largos periodos de presencia presunta en España.

*Supongamos que el obligado tributario hubiera probado la presencia certificada en España el día 10 de junio y el día 23 de junio, los días que median entre ambas fechas, (del 11 al 22 de junio) serán computados como días presuntos de permanencia en España, salvo que el obligado tributario acredite, por cualquier medio de prueba admitido en derecho, una presencia certificada en esos días en Reino Unido, por ejemplo.*

#### **Días de ausencias esporádicas**

- Son días que el obligado tributario pasa fuera del territorio español pero que la Administración puede, al calificarlos de “ausencias esporádicas” adicionarlos a los días de presencia efectiva (días certificados más días presuntos) para, así, determinar si la permanencia agregada en España es superior a los 183 días. Obviamente, el contribuyente puede acreditar la residencia fiscal en otro país.
- Se trata de ausencias del territorio español de forma temporal u ocasional. Por ausencia esporádica no puede entenderse una ausencia duradera, prolongada ni superior a 183 días.
- Del mismo modo, el concepto de ausencias esporádicas debe atender únicamente al dato objetivo de la duración o intensidad de la permanencia

fuera del territorio español, sin que quepa tener en cuenta la voluntad o intención del contribuyente de que la estancia fuera del territorio español sea ocasional y/o con clara intención de retorno. Tampoco la presencia en España puede estar condicionada a que el obligado tributario no tenga intención de desplazar al extranjero su residencia.

*Un ejemplo de ausencia que podría computarse como ausencia esporádica es el de los periodos vacacionales. Supongamos que un obligado tributario permanece en territorio español del 1 de marzo al 1 de septiembre, pero decide pasar las vacaciones de Semana Santa esquiendo en los Alpes con su familia. Esos 56 días que el contribuyente pasa fuera de España podrían considerarse ausencia esporádica y computar como periodo de permanencia en territorio español.*

Conforme a lo anterior, si la suma de los días computados conforme a las tres categorías señaladas (días de permanencia certificada, días de permanencia presunta y ausencias esporádicas) supera 183 días al año, se considerará residente en territorio español.

Con carácter general, la residencia se determina con arreglo a la legislación interna de cada Estado. Cuando una misma persona es considerada residente fiscal en más de un Estado, habrá que acudir al Convenio para evitar la doble imposición, si lo hubiera para resolver el conflicto.

**Los criterios para resolver los conflictos de doble residencia que suelen recoger los Convenios de Doble Imposición son:**

- Lugar donde tenga una vivienda permanente a su disposición.
- Lugar en el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales).
- Lugar donde desarrolle su vida habitualmente.
- Nacionalidad.
- Si conforme a los criterios anteriores no se resolviese el conflicto, tendría que acudir al procedimiento amistoso.

La determinación de la residencia o no en territorio español es relevante puesto que, las personas residentes son contribuyentes del IRPF estando sujetos por obligación personal, lo que implican que tributan en este impuesto por su renta mundial, con independencia de donde se encuentren los bienes o donde se hayan obtenido o generado dichas rentas.

Por el contrario, los no residentes en España están sujetos por obligación real, tributando en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes únicamente por las rentas obtenidas en España.

#### 4.- El arrendamiento de inmuebles como actividad económica en el Impuesto sobre Sociedades: posibilidad de externalizar los servicios de gestión

La Ley del Impuesto sobre Sociedades, al regular el concepto de actividad económica establece 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.”*

Concretamente, tratándose de **arrendamientos de bienes inmuebles** se establece que **“se entenderá que existe actividad económica únicamente cuando para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa.”**

Es decir, en principio y, con carácter general, se exige que para que el arrendamiento de inmuebles sea considerado actividad económica la sociedad debe contar, al menos, con un empleado con contrato laboral y a jornada completa dedicado a la gestión de dicha actividad. De no cumplirse estos requisitos la sociedad tenedora de los inmuebles será considerada patrimonial, con las consecuencias que ellos conlleva.

##### Recuerda:

- Es necesario que la persona empleada se dedique a la gestión de arrendamientos.
- En caso de entidades que forman parte del mismo grupo, se cumple el requisito, aunque sea empleado de otra entidad distinta a la propietaria de los inmuebles.
- Dos o más trabajadores contratados a media jornada no equivalen a un trabajador a jornada completa.
- Se entiende cumplido el requisito si el empleado pasa a jubilación parcial activa.
- El empleado con contrato laboral y a jornada completa puede ser administrador de la entidad.

No obstante lo anterior, la Dirección General de Tributos (DGT) viene admitiendo desde hace un tiempo que, en determinados supuestos, es posible externalizar la gestión de la actividad sin que se entienda incumplido dicho requisito. Así lo ha manifestado en varias consultas **reconociendo que la entidad desarrollaba una actividad económica aun cuando los medios materiales y humanos no eran propios, sino subcontractados a una entidad ajena del grupo.**

Recientemente, la resolución a la consulta vinculante **V0090-24, de 15 de febrero**, reitera dicho criterio. Considera el órgano consultivo que la interpretación del concepto de actividad económica en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades puede diferir del que se realice en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas u otras figuras impositivas.

Asimismo, la realidad económica pone de manifiesto situaciones empresariales en las que, si bien una entidad posee un patrimonio inmobiliario relevante cuya gestión requeriría, al menos,

una persona contratada al efecto, sin embargo, se observa que **el requisito de contratación se ve suplido por la subcontratación a terceras sociedades, especializadas en la gestión inmobiliaria.**

Téngase en cuenta que no se admite la externalización de los servicios de gestión en todo caso, si no en determinados supuestos y atendiendo a determinadas circunstancias

Las circunstancias que la DGT considera relevantes para adoptar tal decisión son las siguientes:

- La entidad pertenece a un grupo internacional inmobiliario con una cartera inmobiliaria de más de 720 millones de euros en activos.
- El grupo mercantil opera en varios países y en ninguno de ellos tiene empleado dedicado a la gestión arrendaticia. Se acude siempre al modelo de externalización con entidades profesionales.
- El patrimonio inmobiliario de la entidad es de gran superficie y de naturaleza compleja (32.000 metros cuadrados, compuesto de distintas partes cuyo uso es diferente y requiere de una gestión individualizada).
- Elevado número de arrendatarios, volumen de negocio y de ingresos.
- La dimensión de la actividad, el volumen e importancia de sus ingresos, la complejidad del activo inmobiliario y su uso diferenciado por distintos arrendatarios, requieren una gestión especializada y profesionalizada, motivo por el cual se subcontrata a una entidad especializada en gestión inmobiliaria, la cual llevará a cabo todas las labores inherentes a la gestión arrendaticia.

Es importante señalar que esta posibilidad de externalizar los servicios de gestión de la actividad de arrendamiento de inmuebles se ha reconocido, únicamente, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, no habiéndose admitido, ni por la AEAT ni por la DGT en el ámbito del **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de otros impuestos, como el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), en los que se sigue exigiendo**, de forma poco flexible, **contar con un empleado con contrato laboral y a jornada completa, para que el arrendamiento de inmuebles se considere actividad económica.** Cuestión que no deja de ser polémica. De hecho, el Tribunal Supremo ha admitido recientemente a casación una cuestión relacionada con este requisito de la persona contratada en el ámbito del ISD. En este caso, la Administración había negado la aplicación de los beneficios fiscales a la empresa familiar – reducción por transmisión de participaciones- porque negaba que la actividad de arrendamiento de inmuebles a la que se dedicaba dicha sociedad familiar tuviera el carácter de actividad económica, puesto que, de los 16 alquileres, 14 eran gestionados por una empresa externa contratada para ello. La particularidad en este caso consiste en que, a pesar de que la entidad familiar cumplía el requisito “formal” de persona contratada a jornada completa, tanto la Administración como el TSJ de Aragón consideraron que no estaba “justificado en términos de razonabilidad económica contar con una persona empleada a jornada completa de ocho horas para realizar un trabajo que, de media, no podía suponer más de una hora de trabajo al día”, entendiéndose incumplido dicho requisito.

**La cuestión sobre la que se tendrá que pronunciar el Tribunal Supremo**

Determinar si para aplicar la reducción prevista en el ISD por adquisición de empresa familiar, en relación con la actividad de arrendamiento de inmuebles, basta con acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 27.2 de la LIRPF o, por el contrario, es preciso que la contratación de la persona empleada con contrato laboral y a jornada completa se justifique desde un punto de vista económico.