

## REVISIÓN DEL CONCEPTO DE «ENTIDAD PATRIMONIAL» A LA LUZ DE LA LEY 27/2014 DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

**Francisco Arasteny Torregrosa**

*Economista y asesor fiscal.  
Córporis Economistas & Abogados*

**Carlos Mahiques Gómez**

*Economista y asesor fiscal.  
Córporis Economistas & Abogados*

---

### EXTRACTO

El presente artículo intenta aclarar el concepto de «entidad patrimonial» siguiendo los principales criterios expuestos recientemente por la Dirección General de Tributos, dada la escasa claridad de la norma en contraposición al gran número de entidades que pueden resultar afectadas por el fenómeno de la patrimonialidad sobrevenida que aborda temas tan conflictivos como el ámbito normativo, la relación entre los activos financieros y la patrimonialidad sobrevenida o bien las posibles alternativas para evitar la misma.

**Palabras clave:** entidad patrimonial; patrimonialidad sobrevenida; impuesto sobre sociedades; actividad económica.

---

*Fecha de entrada: 14-03-2017 / Fecha de aceptación: 28-04-2017 / Fecha de revisión: 30-05-2017*

## A REVIEW OF THE PATRIMONIAL ENTITY CONCEPT IN THE LIGHT OF CORPORATE TAX LAW 27/2014. SUPERVENING HOLDING CHARACTER

Francisco Arasteny Torregrosa

Carlos Mahiques Gómez

---

### ABSTRACT

This article tries to explain the concept of Patrimonial Entity following the principal criteria exposed recently by the Dirección General de Tributos (DGT, General Tax Office), due to the poor definition of the policy in contraposition to the great number of entities that can be affected by the overcoming patrimony, that tries to address controversial problems like the regulatory environment, the relationship between the financial assets and the overcoming patrimony or the possible alternatives to avoid it.

**Keywords:** patrimonial entity; supervening holding character; corporate tax; economic activity.

---

---

## Sumario

- I. Introducción
  - II. Marco normativo
    - A) Ámbito subjetivo
    - B) Ámbito temporal
  - III. Concepto de «entidad patrimonial»
    - A) Delimitación negativa
    - B) Delimitación positiva
    - C) ¿Qué delimitación es la correcta: la positiva, la negativa o la conjugación de ambas?
  - IV. Conceptos clave
    - A) ¿Qué se entiende por «no computar» los activos o valores?
    - B) ¿Qué entendemos por «dinero» y «derechos de crédito»?
    - C) ¿Cómo se valoran las partidas?
    - D) ¿Qué calificación concreta debe darse a los distintos elementos de una entidad? Opinión de la DGT
  - V. Principales efectos de la patrimonialidad sobrevenida
  - VI. Situación futura y posibles medidas frente a la patrimonialidad sobrevenida
    - A) Situación futura
    - B) Posibles medidas para evitar la patrimonialidad sobrevenida
  - VII. Conclusiones
- Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

La importancia de la materia que nos disponemos a tratar proviene, no tanto de su –relativa– novedad, como de los siguientes hechos:

- En primer lugar, porque entendemos que, si la doctrina administrativa y las sentencias de los tribunales que vayan surgiendo van en la línea de aplicar el precepto de forma literal, pueden convertirse en entidades patrimoniales una parte importante del tejido empresarial.

En cambio, en la medida en que se opte por una interpretación más adaptada a la realidad empresarial y al acontecer diario del mundo económico, este precepto tendrá unos efectos menos distorsionadores de la actividad económica. De no ser así, influirá radical y profundamente en aspectos como: las inversiones realizadas, los plazos en que se efectúan las operaciones, la materialización de los beneficios y la política de dividendos.

- Y, en segundo lugar, porque de la calificación de entidad patrimonial se derivan consecuencias tanto de tipo formal (por ejemplo, la necesidad de informar la condición de entidad patrimonial en el modelo 200 del impuesto sobre sociedades) como de tipo material (posteriormente se citan de forma sucinta).

En el presente artículo, intentamos analizar la normativa aplicable a las entidades patrimoniales, conjugándola con la doctrina administrativa más reciente.

Para ello dedicamos un apartado primero al estudio de la normativa que actualmente resulta de aplicación en función del tipo de sujeto pasivo. Posteriormente, se expone el concepto de «entidad patrimonial» en un segundo epígrafe. El tercer apartado tiene por fin aclarar algunos elementos de la materia objeto de estudio, con especial atención a las consultas más relevantes de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT). También, se exponen los principales efectos de la patrimonialidad sobrevenida en la siguiente rúbrica y, para finalizar, los últimos epígrafes se dedican al estudio de la situación futura y posibles medidas a tomar, y conclusiones finales.

## II. MARCO NORMATIVO

Para efectuar una primera aproximación al fenómeno de la patrimonialidad, debemos distinguir: a) *ámbito subjetivo*, esto es, el sujeto interesado (persona física o jurídica) en la cuestión,

y b) *ámbito temporal*. Es de necesidad realizar tal distinción puesto que, como decíamos, la calificación como patrimonial de una entidad puede tener incidencia directa en diferentes impuestos (impuesto sobre sociedades –IS–, impuesto sobre el patrimonio o impuesto sobre sucesiones y donaciones), y la misma será diferente en función de la norma que resulte aplicable.

## A) ÁMBITO SUBJETIVO

- En el caso de ser **personas físicas**, en el ámbito del impuesto sobre el patrimonio (o del impuesto sobre sucesiones y donaciones) estaremos a lo dispuesto en la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio –LIP–.
- En el caso que nos ocupa, al tratarse de una **persona jurídica** (y, por tanto, contribuyente por el IS –art. 7–), desde la entrada en vigor de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), debemos atender, con carácter general, al artículo 5, apartado 2, de la citada norma, el cual debe entenderse en íntima conexión con el apartado 1 del mismo artículo.

La aplicación de la LIS deriva, tanto de la lógica aplicación de la norma tributaria, como del hecho adicional de que existen potentes argumentos que nos llevan a descartar la aplicación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas... (en adelante, LIRPF).

Estos argumentos son, entre otros:

1. En primer lugar, la **inexistencia de cualquier tipo de remisión** a esta última norma en el artículo 5 de la LIS. Este hecho es determinante, ya que cuando la misma LIS quiere aplicar una norma distinta, así lo estipula de forma expresa (por ejemplo, cuando el art. 50 remite expresamente a la LIRPF para el concepto de actividad económica o cuando en relación con entidades de gestión de patrimonios el art. 87.1 c).1.º remite a la LIP. Cabe recordar en este punto que el antiguo artículo 61 de la anterior LIS hacía una remisión a la misma norma del IRPF; remisión, como decimos, ahora inexistente).
2. La DGT, en su Consulta Vinculante V3467/2016, de 20 de julio (NFC061777), destaca la **autonomía del concepto** de actividad económica –y, por tanto, entendemos que también puede predicarse el carácter autónomo del concepto de entidad patrimonial– en el IS, como veremos *a posteriori*.
3. Por último, creemos que si bien debe entenderse superado el **principio de estancueidad tributaria**, dado que en los últimos años –a través de diversas sentencias del Tribunal Supremo– el mismo ha quedado debilitado en muchas de sus facetas (v. gr. la valoración de bienes o el procedimiento de inspección), sí existiría, en esta materia, una suerte de **compartimento estanco** en relación con los otros tributos que regulan la materia fuera de la LIS. Con

y b) *ámbito temporal*. Es de necesidad realizar tal distinción puesto que, como decíamos, la calificación como patrimonial de una entidad puede tener incidencia directa en diferentes impuestos (impuesto sobre sociedades –IS–, impuesto sobre el patrimonio o impuesto sobre sucesiones y donaciones), y la misma será diferente en función de la norma que resulte aplicable.

## A) ÁMBITO SUBJETIVO

- En el caso de ser **personas físicas**, en el ámbito del impuesto sobre el patrimonio (o del impuesto sobre sucesiones y donaciones) estaremos a lo dispuesto en la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio –LIP–.
- En el caso que nos ocupa, al tratarse de una **persona jurídica** (y, por tanto, contribuyente por el IS –art. 7–), desde la entrada en vigor de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), debemos atender, con carácter general, al artículo 5, apartado 2, de la citada norma, el cual debe entenderse en íntima conexión con el apartado 1 del mismo artículo.

La aplicación de la LIS deriva, tanto de la lógica aplicación de la norma tributaria, como del hecho adicional de que existen potentes argumentos que nos llevan a descartar la aplicación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas... (en adelante, LIRPF).

Estos argumentos son, entre otros:

1. En primer lugar, la **inexistencia de cualquier tipo de remisión** a esta última norma en el artículo 5 de la LIS. Este hecho es determinante, ya que cuando la misma LIS quiere aplicar una norma distinta, así lo estipula de forma expresa (por ejemplo, cuando el art. 50 remite expresamente a la LIRPF para el concepto de actividad económica o cuando en relación con entidades de gestión de patrimonios el art. 87.1 c).1.º remite a la LIP. Cabe recordar en este punto que el antiguo artículo 61 de la anterior LIS hacía una remisión a la misma norma del IRPF; remisión, como decimos, ahora inexistente).
2. La DGT, en su Consulta Vinculante V3467/2016, de 20 de julio (NFC061777), destaca la **autonomía del concepto** de actividad económica –y, por tanto, entendemos que también puede predicarse el carácter autónomo del concepto de entidad patrimonial– en el IS, como veremos *a posteriori*.
3. Por último, creemos que si bien debe entenderse superado el **principio de estancueidad tributaria**, dado que en los últimos años –a través de diversas sentencias del Tribunal Supremo– el mismo ha quedado debilitado en muchas de sus facetas (v. gr. la valoración de bienes o el procedimiento de inspección), sí existiría, en esta materia, una suerte de **compartimento estanco** en relación con los otros tributos que regulan la materia fuera de la LIS. Con

ello, estamos descartando aplicar otros preceptos contenidos en las regulaciones de distintos tributos que puedan tener cierta incidencia en la materia (estamos pensando en los arts. 4.Dos LIVA, o los arts. 27 y 29 LIRPF). Además, recuérdese, que antes sí tenía una incidencia la normativa del IRPF en la forma en que tributaban las sociedades patrimoniales en sede del IS.

No obstante, a pesar de que tal y como hemos expuesto en los párrafos precedentes, entendemos que para aquellos conceptos *expresamente regulados* en la LIS hay que estar exclusivamente a la misma, ello no nos impide cuestionarnos *si para aquellos conceptos no incluidos expresamente* cabría acudir a otras normas distintas. Este planteamiento puede surgir, a un nivel más concreto, por ejemplo, al preguntarse qué se entiende por bienes afectos y no afectos en relación con el artículo 5.2, dado que estos conceptos no están tipificados en la LIS. Podría convenirse en que sí que cabría acudir a la normativa de otros tributos para los conceptos no expresamente regulados por la normativa del IS; así lo entiende, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 7 de junio de 2016 (rec. núm. 1113/2014 –NFJ066952–) en un caso similar. Dicha sentencia establecía antes de la LIS cuando ni siquiera el concepto de actividad económica aparecía en la norma:

«[...] A falta de un precepto similar en la Ley del Impuesto sobre Sociedades cabe acudir a dicho artículo (art. 27 LIRPF) para determinar si se ejerce realmente una actividad económica, en el caso de que la actividad desarrollada sea el arrendamiento de inmuebles, ya que la interpretación de las normas tributarias ha de ser integradora y coherente y así se ha aplicado por esta misma Sala en supuestos similares al que nos ocupa, como en el recurso 257/2013 [...] El concepto [...] viene determinado en la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, lo que no es obstáculo para su aplicación a otros impuestos porque, como antes se ha indicado, [...].

[...] no pudiendo olvidarse que los impuestos no funcionan como compartimentos estancos, de manera que no se viola precepto alguno por el hecho de integrar una concreta norma acudiendo a la norma de otro texto legal que delimita un concepto que resulta indispensable para interpretar y aplicar aquella. Y, por ello, tampoco se infringe el art. 14 de la mencionada ley, puesto que la Administración no ha hecho uso de la analogía para rechazar el beneficio fiscal, sino que lo ha denegado por no cumplir la entidad actora los requisitos que exigen las normas fiscales para su aplicación».

Ahora bien, aceptar la aplicación de preceptos como el artículo 29 de la LIRPF o el artículo 22 del Reglamento del IRPF (RIRPF), de entrada, produce cierto rechazo por no ajustarse exactamente a la flexibilidad requerida en la vida mercantil-societaria; y además, sería una gran limitación dado que el artículo 29 de la LIRPF excluye como elementos afectos toda participación en cualquier sociedad y cualquier tipo de cesión de fondos a cualquier tercero.

En todo caso, lo más claro hubiera sido que el propio legislador en el artículo 5 hubiera realizado una conceptualización más exacta definiendo de forma concreta los bienes afectos como

hace el artículo 29 de la LIRPF, o bien, señalando los requisitos para que tengan tal consideración (pudieran ser estos: el uso, la exclusividad o la necesidad). Por tanto, sería deseable que todas estas cuestiones, dado que no han sido recogidas en la normativa societaria, vayan siendo concretadas por la jurisprudencia y la doctrina administrativa con la mayor celeridad –y claridad– posible.

Así pues, con base en lo expuesto en el punto 3, comulgamos con la DGT cuando dicho centro administrativo, en la Consulta V3744/2015, de 26 de noviembre (NFC057058), afirma que la interpretación del concepto de actividad económica –y, por tanto, entendemos que también el de entidad patrimonial dada la íntima conexión existente entre ambos conceptos– en el marco del IS debe realizarse a la luz del funcionamiento empresarial societario y puede diferir de la interpretación efectuada según normas del IRPF en algunos de sus extremos.

## B) ÁMBITO TEMPORAL

Volviendo al ámbito temporal en relación con la aplicación de la norma, cabe distinguir dos situaciones **en función de los periodos impositivos** objeto de estudio:

- En primer lugar, para periodos impositivos iniciados *después del 1 de enero de 2015*, acudiremos al artículo 5.2 de la LIS.
- En caso contrario, el Reglamento del IS (RIS) (aprobado por el RD 634/2015, de 10 de julio) establece en su disposición adicional única el criterio a seguir:

«Concepto de entidad patrimonial en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015.

A los efectos de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5, para determinar si una entidad tiene o no la condición de patrimonial en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015, se tendrá en cuenta la suma agregada de los balances anuales de los periodos impositivos correspondientes al tiempo de tenencia de la participación, con el límite de los iniciados con posterioridad a 1 de enero de 2009, salvo prueba en contrario<sup>1</sup>».

<sup>1</sup> A este respecto, simplemente añadir que defiende la DGT (Consulta V0696/2016, de 22 de febrero –NFC058237–) que la prueba a la que se refiere el precitado artículo deberá ser cierta y real. Además, señala el órgano administrativo que la prueba en contra podrá aportarse tanto por el contribuyente como por la Administración. Así, en el caso de que tras el cómputo de los balances medios para los años 2009-2014 resultare que más del 50 % del activo está no afecto, se admite por la DGT la posibilidad de que el contribuyente aporte prueba determinando la condición de entidad no patrimonial en cualquier año de tenencia de las participaciones (no solo desde 2009) a través de los balances trimestrales medios. Por otra parte, si el porcentaje de bienes no afectos fuera inferior a la mitad, la Administración podría probar mediante la acreditación que en cualquier periodo de tenencia de las participaciones (no solo desde 2009) –de acuerdo con los balances trimestrales– del ejercicio no fue patrimonial.

Por todo lo antes dicho, y aun a riesgo de ser redundantes, debemos sentar que para todos los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2015, para calificar a la entidad patrimonial como tal habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 5.2 de la nueva LIS. Asimismo, se deberá aplicar toda la jurisprudencia y criterios administrativos posteriores al vigor de la norma, así como aquellos anteriores respecto a artículos y conceptos que no se hayan visto alterados por el cambio normativo, los cuales siguen, *mutatis mutandis*, siendo aplicables.

### III. CONCEPTO DE «ENTIDAD PATRIMONIAL»

En primer lugar, y antes de pasar a un análisis más minucioso, entendemos que dentro del concepto de «entidad patrimonial» existe una especie de ramificación:

- a) Una definición aplicable y concreta, de carácter positivo, que podemos llamar «delimitación positiva».
- b) Una definición que cumple un papel informador o complementario de la anterior, que revela quizá el espíritu de la norma, pero que –por desgracia para el contribuyente– no resulta suficiente para calificar a las entidades, la «delimitación negativa».

#### A) DELIMITACIÓN NEGATIVA

El artículo 5 de la LIS, en su apartado 2, hace una contraposición entre entidad patrimonial y la realización de una actividad económica: «... se entenderá por **entidad patrimonial** y que, por tanto, no **realiza una actividad económica**».

Así, en sentido contrario, la «entidad no patrimonial» sería la que realiza una actividad económica. Además de delimitar el concepto desde una perspectiva negativa, como exponíamos antes, nos permite deducir la conexión con el concepto de actividad económica.

Precisamente, en cuanto al concepto de «actividad económica», la DGT (Consulta V3744/2015, de 26 de noviembre –NFC057058–, y también la V3383/2015, de 3 de noviembre –NFC056726–) reconoce que la realidad económica pone de manifiesto situaciones en las que una entidad posee un patrimonio inmobiliario (caso de la consultante) relevante, para cuya gestión se requeriría al menos una persona contratada, realizando la entidad, por tanto, una actividad económica en los términos establecidos en el artículo 5 de la LIS y, sin embargo, ese requisito se ve suplido por la subcontratación de esa gestión a otras sociedades especializadas<sup>2</sup>. Curiosa-

<sup>2</sup> La doctrina administrativa considera que existe actividad económica cuando una entidad no tiene persona contratada pero el arrendatario cuenta con un patrimonio inmobiliario relevante y la contratación de personas se suple con la subcontratación de la gestión. («Esta situación es la que se produce en el presente caso, en la medida en que la entidad tiene externalizada su gestión y, en este caso concreto, tal y como se señala en el escrito de consulta, la gestión de la

mente, este criterio de la subcontratación no lo admite la DGT (V1329/2016, de 31 de marzo –NFC058804–, y V1330/2016, de 31 de marzo –NFC058805–) para el arrendamiento de inmuebles en sede del IRPF a efectos de considerarlo actividad económica. Y decimos curiosamente, porque nos podemos encontrar con una sociedad que según el IS no sea patrimonial y, en cambio, sí se considere patrimonial al efecto de valorar si la participación en la misma sociedad está exenta del impuesto sobre el patrimonio (dada la remisión del art. 4.8 LIP a la LIRPF en esta materia).

En conclusión, se puede entender que la entidad desarrolla una actividad económica, aun cuando los medios materiales y humanos necesarios para intervenir en el mercado no son propios sino subcontratados a una entidad ajena al grupo mercantil.

Siguiendo con la dicotomía entre actividad económica y entidad patrimonial, y teniendo claro que el presente trabajo se circunscribe al territorio fiscal común, dada la identidad de la norma foral y la estatal en cuanto a la materia objeto de estudio, queremos traer a colación unos párrafos de la exposición de motivos de la –nueva– Ley Foral 26/2016, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Navarra), ya que esta norma, a pesar de no regir en los territorios de derecho tributario común, nos puede dar una idea de cómo debemos entender el concepto de entidad patrimonial desde una perspectiva negativa:

«[...] b) La incorporación del 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*. La calificación de una entidad como patrimonial supone que esta no desarrolla actividad económica y determinará, entre otras cuestiones, la imposibilidad de su consideración como pequeña empresa o microempresa, además de restricciones en la aplicación de la exención por doble imposición y limitaciones a la compensación de bases liquidables negativas [...]».

Por último, podemos señalar que esta concepción negativa se desprende de varias consultas de la DGT en las que responde a distintas cuestiones sobre el tema de la patrimonialidad sobrevenida. En todas ellas, empieza haciendo una confrontación entre entidad patrimonial y ejercicio de actividad económica (sirva de ejemplo la Consulta V2572/2015, de 4 de septiembre –NFC056343–).

## B) DELIMITACIÓN POSITIVA

Señalábamos en el apartado anterior, al hablar de la delimitación negativa, que el precepto objeto de estudio efectúa en primer lugar una confrontación entre patrimonialidad y actividad

---

actividad de arrendamiento de inmuebles requiere, dada la dimensión de la actividad a desarrollar por la consultante y el volumen e importancia de sus ingresos, de la disposición de una organización empresarial propia o a través de terceros. Asimismo, la gestión de bienes inmuebles de cierta importancia resulta más eficiente a través de la contratación de profesionales dedicados a la gestión de activos que la contratación de un empleado»).

económica. Pues bien, seguidamente, el artículo 5 pasa a concretar cómo saber si la entidad es patrimonial.

Y es que, junto a la que hemos llamado delimitación negativa, la ley impone una delimitación positiva que es mucho más precisa.

Desde esta perspectiva, **una sociedad será patrimonial por el hecho de que más de la mitad del activo esté constituido por:**

- **Valores\*** (el mismo precepto advierte a continuación que determinados valores no se computan)<sup>3</sup>, **o por**
- **Elementos no afectos.**

### C) ¿QUÉ DELIMITACIÓN ES LA CORRECTA: LA POSITIVA, LA NEGATIVA O LA CONJUGACIÓN DE AMBAS?

Como se ha visto, existen dos formas de aproximarse al concepto de entidad patrimonial. En este momento, no somos conocedores del criterio que la Administración acogerá.

No obstante, en nuestra opinión, si bien lo más lógico es tomar la delimitación positiva, no debería el proceso de calificación como entidad patrimonial quedar en un mero proceso cuantitativo que desconozca la realidad de la empresa. Así, entendemos, pues, que la delimitación negativa jugaría un importante papel de informar y contextualizar el caso concreto en el que se efectúa el cálculo al que se refiere el artículo 5.2 de la LIS. En conclusión, al igual que para aproximarse al concepto de «actividad económica» hace falta conocer la realidad, empresa por empresa, de cada caso (sus medios, materiales y personales), para calificar a la sociedad como entidad patrimonial no debería ignorarse la realidad de la misma.

De no ser así, y guiarse exclusivamente por la delimitación positiva, se corre el riesgo de calificar entidades que si bien, sobre el papel, pueden aparecer como patrimoniales, en realidad, en ningún caso están remansando beneficios ni limitándose a la gestión de un patrimonio. Y este

<sup>3</sup> «a) Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales o reglamentarias. [Afecta a determinados sectores de actividad en cuya normativa propia obliga a invertir parte de su activo en valores: compañías de seguros, instituciones de inversión colectiva]. b) Los que incorporan derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas [letras, pagarés, etc., recibidos en el desarrollo de la actividad empresarial]. c) Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del desarrollo de su actividad. d) Los que otorguen al menos el 5 % del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la oportuna organización de medios materiales y humanos, y la entidad participada no sea entidad patrimonial. En caso de grupo de sociedades, esta condición se determina a nivel del grupo».

tratamiento entendemos que va contra el propio objeto de la nueva LIS cuando en su exposición de motivos habla de neutralidad en las inversiones, por no decir la contradicción que supondría frente a la toma de nuevas medidas como la reserva de capitalización que incentiva el incremento de los fondos propios (en contra del reparto de dividendos).

#### IV. CONCEPTOS CLAVE

Conviene estudiar de forma más detallada algunas nociones que por sus implicaciones precisan una mayor atención, así como otras aclaraciones que la DGT ha realizado recientemente:

##### A) ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «NO COMPUTAR» LOS ACTIVOS O VALORES?

Señala la LIS que «... no se computan el dinero o los derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos afectos o de valores excluidos de cómputo realizada en el periodo o en los dos anteriores».

De entrada, vemos que se trata de un «refugio» (*safe harbor*) como remedio a concretas situaciones de patrimonialidad sobrevenida. Se puede observar que este «paraguas» queda muy restringido en comparación con la norma aplicable anteriormente, y esto deriva tanto de una limitación de índole temporal (periodo en curso o los dos anteriores) y otra de naturaleza material (solo resulta aplicable al dinero y los derechos de crédito, y siempre que procedan de la transmisión de elementos afectos o de valores no computables). Si se nos permite la ironía, diremos que se observa, por tanto, que este «refugio» no permite refugiar –valga la redundancia– ni a muchos elementos ni durante mucho tiempo de la «tormenta patrimonial» en comparación con otros «refugios» de mayor cabida y protección como el del impuesto sobre el patrimonio.

Entrando ya a un análisis más profundo, realizaremos un estudio de los criterios doctrinales más relevantes y de los criterios administrativos y jurisprudenciales para, a continuación, exponer qué debemos entender por «no computar».

1. Desde un punto de vista **doctrinal**, la opinión de los autores se podría dividir en dos:

- a) Aquellos que entienden que los elementos no computables se consideran *afectos*.
- b) Aquellos otros que entienden que los no computables simplemente *se excluyen del total del activo a tomar para efectuar el cálculo* referido en el artículo 5.2, esto es, no son ni afectos ni no afectos; simplemente se excluyen.

Admitiendo la sensatez de ambas posturas, anticipamos que creemos más acertada la primera por los motivos que posteriormente expondremos.

2. Antes de ello, debemos seguir el estudio de este apartado acudiendo –como es lógico– a los **criterios administrativos y jurisprudenciales**:

### 1. DGT

Puede observarse en el párrafo siguiente como la DGT en Consulta V1968/2015, de 23 de junio (NFC055223), no se inclina a considerar afectos los activos no computables y, simplemente, deja patente que no se consideran elementos no afectos:

«[...] Consecuentemente, para determinar si más de la mitad del activo de una entidad está o no afecto al ejercicio de una actividad económica, se excluye del cómputo como no afectos –lo que no significa necesariamente la proposición contraria, es decir, que estén afectos– los que se determinan en el punto 2.º por lo que, no se considerarán como "no afectos" [...].»

No obstante, con anterioridad (V0676/2005, de 25 de abril –NFC020776–) la DGT había dicho que el activo no afecto se obtenía restando al activo total el activo afecto a la actividad y los activos y valores que –según la normativa vigente entonces– resultaban no computables:

«En consecuencia, para la comprobación del requisito de la composición del activo a los efectos de la calificación de la sociedad como patrimonial se señala en la letra a) del artículo transcrito que la determinación de que "más de la mitad de su activo esté constituido por valores o que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas" resultará como consecuencia del cálculo del siguiente algoritmo: del total del activo del balance de la sociedad habrían de deducirse, por una parte los elementos del activo afectos a actividades económicas y los valores no computables de acuerdo con el número 1.º de la letra a) del artículo 61.1, y por otra, los valores y elementos no afectos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos que cumplan las condiciones establecidas en el número 2.º de ese mismo precepto, obteniendo el importe del activo no afecto a actividades económicas que deberá compararse con el activo total a los efectos de determinar el porcentaje correspondiente».

### 2. Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC)

El TEAC en Resolución de 2 de julio de 2015, R. G. 2185/2012 (NFJ059385), recoge el criterio del Tribunal Supremo que, a continuación, pasamos a exponer.

### 3. Tribunal Supremo

Entiende el Alto Tribunal en Sentencia de 3 de abril de 2014 (rec. núm. 6437/2011 –NFJ057850–), en su fundamento octavo, que «no computar» implica computarlos como afectos.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo deriva de un recurso de casación interpuesto frente a una Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2014 (rec. núm. 470/2008 –NFJ044998–) mediante el cual la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo confirma el criterio de la Audiencia Nacional frente a las pretensiones de la parte recurrente que argumentaba que no computar implica no considerar en modo alguno los activos en cuestión.

Esta sentencia se refiere a la normativa previa a la entrada en vigor de la LIS, no obstante, entendemos extensible a la norma actualmente vigente la interpretación otorgada a la expresión «no se computará» dado que la finalidad perseguida en ambos casos es la misma al pretender excluir determinados activos a efectos de realizar un cálculo concreto.

Una vez vistos los criterios doctrinales, administrativos y jurisprudenciales, parece ser que el criterio vigente será el de considerar que los activos no computables son activos afectos y, por tanto, forman parte del activo total a los efectos del cómputo de la patrimonialidad.

## B) ¿QUÉ ENTENDEMOS POR «DINERO» Y «DERECHOS DE CRÉDITO»?

Pues bien, acudiendo al modo de interpretar las normas previstas en el artículo 12 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, podemos concluir que cabe entender por *dinero* las partidas registradas en el grupo 5 (cuentas financieras) o en tesorería (subgrupo 57).

En cuanto al término *derecho de crédito*, podemos entender aquellos registros producidos en las cuentas del grupo 5 o bien en los subgrupos 43 y 44, esto es, clientes y deudores.

Posteriormente, veremos como la DGT ha analizado en varias consultas el tratamiento que debe recibir una pluralidad de activos financieros a los que distintos pronunciamientos de tributos se ha referido.

## C) ¿CÓMO SE VALORAN LAS PARTIDAS?

En cuanto al valor de las magnitudes que influyen en el cálculo que la delimitación positiva exige, la valoración del activo, de los valores y de los elementos no afectos será la que resulte de la media de los balances trimestrales de la entidad o, en su caso, de los consolidados<sup>4</sup>.

En coherencia con la normativa contable, habrá que valorarlas según los valores que se desprenden del balance. Es decir, se valorarán por el valor que figura en la cuenta correspondiente de los elementos menos los deterioros que disminuyan su valor, o dicho en otros términos, por

---

<sup>4</sup> Esto, no obstante, de lo antes expresado para el caso específico que regula el nuevo RIS, en el que, como hemos expresado, se tendrá en cuenta la suma agregada de los balances anuales de los periodos impositivos correspondientes al tiempo de tenencia de la participación, con el límite de los iniciados con posterioridad a 1 de enero de 2009.

su valor «neto» contable (y cuando el activo fuera amortizable se tomará el valor neto tanto de los deterioros como de las amortizaciones acumuladas).

## D) ¿QUÉ CALIFICACIÓN CONCRETA DEBE DARSE A LOS DISTINTOS ELEMENTOS DE UNA ENTIDAD? OPINIÓN DE LA DGT

Comenzamos señalando que, como es lógico, y además tal y como parece desprenderse de la opinión del referido centro directivo (V1968/2015, de 23 de junio –NFC055223–), son elementos afectos los elementos necesarios para el desarrollo de alguna actividad económica («Ahora bien, dejando a un lado tales elementos, tampoco existen *elementos afectos*, por la obvia razón de que no pueden existir *elementos necesarios* para el desarrollo de alguna actividad económica cuando esta no existe, tal y como el propio escrito reconoce. Por lo tanto, la Sociedad Limitada se limita a gestionar un patrimonio mobiliario e inmobiliario, lo que la excluye del acceso a la exención...»).

Procede en este punto analizar las consultas recientes más relevantes de la DGT en materia de patrimonialidad y actividad económica:

### **Consultas V3940/2015, de 9 de diciembre (NFC057568) y V3370/2016, de 18 de julio (NFC061523):** Requisitos para no computar los valores de la letra d) del artículo 5.2 de la LIS

La DGT establece para la no computación de los valores que se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación la necesidad de disponer de una organización de medios, materiales y personales, adecuados para su correcta administración. En este sentido, se exige esta organización, no para controlar la gestión de las entidades participadas, sino para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como para tomar las decisiones relativas a la propia participación. Lo importante, a estos efectos, será que la entidad disponga de medios materiales y personales, aunque mínimos, que se ocupen de la gestión ordinaria de la sociedad participada mediante la adecuada administración de las participaciones poseídas.

Por tanto, el órgano administrativo, al hablar de la necesidad de medios, se está refiriendo más a las funciones de un socio capitalista que a un empresario.

### **Consulta V2329/2016, de 26 de mayo (NFC060120):** La inactividad material impide considerar afectos los elementos

El centro directivo entiende en esta consulta que si no existe ordenación de medios no hay actividad material y, por tanto, los elementos relacionados con esa supuesta actividad no se considerarán afectos<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Una entidad adquiere solares no incluidos aún en Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) con el fin de promover la construcción de viviendas. Por la falta de inclusión en el PGOU –a la fecha de la consulta a la DGT– no se ha

En conclusión, lo que le exige la DGT a la consultante para considerar los elementos afectos es que exista una actividad material –real y ya en marcha– en relación con el activo en cuestión.

**Consulta V1612/2015, de 26 de mayo (NFC054992):** Elementos no computables, la tenencia de valores financieros impuestos (o no) por una norma

En esta consulta la DGT pone como ejemplo los activos de un fondo de capital riesgo que figuran en balance con la finalidad de cumplir el coeficiente de inversión que su normativa específica les impone. Tal y como indica el artículo 5.2 a) de la LIS, estos elementos serán afectos a la actividad económica, a efectos del cálculo de la situación de patrimonialidad.

Entendemos que este razonamiento es extensible a todo tipo de entidades financieras que debido a una normativa específica (bien en el marco del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores) tienen obligaciones similares.

En cambio, más dudoso resulta pensar si sería igualmente aplicable la «no computación», si las mismas entidades financieras toman valores con fines de promoción o publicidad (por ejemplo, una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva que para dar una imagen de confianza y seguridad tenga el compromiso ante sus clientes de reinvertir gran parte de sus ganancias en las propias instituciones de inversión colectiva por ella gestionada). En este caso, pensamos, que quizás cabría entender los elementos como directamente afectos a la actividad ya que se mantienen con el fin último de dar certidumbre y confianza a sus clientes, y así aumentar su volumen de negocio, dado que la confianza es uno de los elementos fundamentales (riesgo) a la hora de decidir una inversión.

**Consultas V2067/2016, de 13 de mayo (NFC060099), V3440/2015, de 11 de noviembre (NFC056719), y V1037/2016, de 15 de marzo (NFC059042):** Activos financieros y patrimonialidad sobrevenida

En relación con este tema exponemos, a continuación, las tres consultas citadas en las que la DGT responde de forma bastante similar a cuestiones formuladas por los contribuyentes que tienen cierta relación entre ellas.

Analizamos cada una por separado, sin perjuicio de que posteriormente saquemos algunas conclusiones globales:

---

podido iniciar la actividad de urbanización material de los solares y la construcción, pues se está en el proceso administrativo todavía.

Ante esta cuestión responde el precitado centro directivo: No parece que la entidad haya realizado ningún tipo de actividad material en relación con los solares mencionados, no hay ordenación de los medios materiales y humanos, sino que la actividad de la entidad se ha limitado a la compra de unos solares. En consecuencia, no se cumplirán los requisitos establecidos en el artículo 5.2 no estando los solares afectos a la actividad constructora.

*Consulta V3440/2015, de 11 de noviembre. ¿Está afecta la tesorería?*

Se formula la siguiente cuestión a la DGT:

«Si la entidad Y no reparte dividendos, sino que acumula tesorería, y dicha tesorería superara el 50% del activo, ¿se consideraría patrimonial?»

Ante esta cuestión el órgano administrativo responde:

«Si la entidad Y acumulara tesorería por el desarrollo ordinario de su actividad económica, no procedente de la transmisión de elementos patrimoniales ni de valores no computables, dicha tesorería se considerará como elemento afecto a la hora de determinar si tiene o no la consideración de entidad patrimonial».

Por tanto, puede concluirse que la tesorería que se acumule directamente procedente de la actividad económica estará afecta si no procede de la transmisión de «elementos patrimoniales ni de valores no computables».

*Consulta V1037/2016, de 15 de marzo. ¿Están afectos los créditos de clientes y las imposiciones a plazo a corto plazo?*

De esta consulta podemos extraer los siguientes criterios:

- «En primer lugar, los clientes por ventas son un activo afecto al desarrollo de la actividad económica de Y, en la medida en que no tengan la consideración de elementos no computables por consistir en valores que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.
- En los **últimos años**, la actividad mayorista le ha generado a Y un importante excedente de tesorería, que ha retenido en buena parte en espera de alguna oportunidad de inversión. El activo total de Y se corresponde casi en su totalidad con su activo corriente total, dentro del cual se encuentran las partidas clientes por ventas, otros activos financieros a corto plazo (fundamentalmente imposiciones a plazo fijo) y tesorería.

Por otro lado, el artículo 5.2 de la LIS establece **que no se computarán el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión:**

- **de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas, o**
- **de valores no computables,**
- **que se haya realizado en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores.**

Por tanto, la tesorería y activos financieros a corto plazo, acumuladas por la entidad Y en el desarrollo ordinario de su actividad económica, no procedente de la transmisión de elementos patrimoniales ni de valores no computables, se considerarán como elementos afectos».

*Consulta V2067/2016, de 13 de mayo.* ¿Están afectas las acciones en sociedades cotizadas, las participaciones en fondos de inversión y valores de deuda pública, entre otros?

«La consultante tiene, en su último balance aprobado –del ejercicio 2014–, más de la mitad de su activo en valores a corto plazo tales como participaciones en fondos de inversión, acciones de sociedades cotizadas, valores de deuda pública, etc. Estos valores provienen de los beneficios no distribuidos, es decir, de las reservas de la sociedad, que se invierten en dichos valores para intentar obtener una rentabilidad superior a la que se obtendría dejando el dinero en cuentas corrientes al uso. Pero la sociedad no se dedica como actividad a la tenencia de valores, sino que dichos valores son la materialización de los excesos de tesorería de los beneficios no distribuidos que genera la actividad económica.

Los valores se pueden hacer líquidos en cualquier momento si se necesitan para inversiones o pagos de circulante de la actividad económica.

[...] se plantea el tratamiento de los valores a corto plazo. El artículo 5.2 de la LIS establece que no se computarán el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas o de valores no computables, que se haya realizado en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores. Por tanto, los activos financieros a corto plazo, acumulados por la entidad X al materializar los excesos de tesorería de los beneficios no distribuidos del desarrollo ordinario de su actividad económica, **no procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos ni de valores no computables, se considerarán como elementos afectos** a la hora de determinar si la entidad consultante tiene o no la consideración de entidad patrimonial».

Por tanto, la DGT señala como **afectos** los valores a corto plazo en fondos de inversión, sociedades cotizadas y deuda pública cuando se cumplan las condiciones que se plantean en la consulta.

Vistas las tres consultas anteriores, según nuestra interpretación, los activos financieros en los que se materializa la tesorería procedente de la actividad ordinaria de la empresa se considerarán activos afectos mientras no se transmitan. A partir de la transmisión nos encontraremos con dos escenarios en cuanto a la calificación de la tesorería generada (por dicha transmisión):

- La tesorería generada en el año de la transmisión y los dos siguientes se calificará como activos afectos (interpretación del art. 5.2 LIS por el Tribunal Supremo antes citada) formando parte del activo total a considerar para realizar los cálculos que establece la LIS en el artículo 5, apartado 2.

- La misma tesorería una vez transcurridos dos años desde la transmisión, entendemos que debería ser calificada como activo no afecto puesto que otras calificaciones no se ajustarían al espíritu del precepto.

Más allá del horizonte temporal expuesto nos planteamos la calificación que merecerían los activos nuevamente comparados con la tesorería generada por la venta de los activos financieros calificados como afectos como consecuencia de la interpretación del Tribunal Supremo. Veámoslo con un ejemplo para mayor claridad:

### EJEMPLO

La entidad Z acumulaba tesorería procedente de su actividad ordinaria –y, por tanto, afecta– (venta de mobiliario) que invirtió en un fondo de inversión en 2014. Al año siguiente, vendió las participaciones del fondo de inversión volviendo a generar tesorería. Dicha tesorería se considera afecta en el ejercicio 2015 según la interpretación del Tribunal Supremo, tal y como hemos señalado anteriormente dado que procede de la transmisión de un activo afecto. Acto seguido, en el mismo año 2015 se invierte dicha tesorería en:

- a) Un bajo comercial para exposición de los productos (activo necesario). En este caso, dada su naturaleza el inmueble seguiría considerándose afecto.
- b) Un depósito. En este caso, creemos que lo más acertado sería considerarlo como activo no afecto porque, según criterio de la DGT (V2067/2016), la tesorería procede de la transmisión de un activo afecto. En cambio, si en lugar de invertir la tesorería en un depósito la hubiéramos mantenido como recursos líquidos, deducimos que se consideraría afecta hasta el año 2018 (ejercicio + 2 siguientes).

Como hemos visto en el ejemplo anterior, la interpretación de la norma tal y como hemos expuesto condiciona sumamente las políticas de inversión (materialización de la tesorería) en algunos de sus parámetros básicos, tales como horizonte temporal, cuantía y naturaleza del activo. El efecto inmediato de la norma es que las empresas que desarrollan actividades económicas y que obtienen beneficios tendrían que distribuirlos o introducir las exigencias de esta norma en las políticas de inversión para evitar la patrimonialidad sobrevenida, aun a costa de debilitar sus fondos propios –pensemos en la incoherencia financiera que pudiera implicar en caso de estar pensando en una futura expansión o, simplemente, si sus plazos de reinversión son distintos al plazo previsto en el art. 5.2 LIS–. Además, tal y como hemos avanzado ya, esto agrede de manera frontal a la finalidad perseguida por la nueva LIS al introducir ciertos incentivos para aumentar la capitalización y el patrimonio neto (estamos pensando, obviamente, en la reserva de capitalización y nivelación) y, por último, y no por ello menos importante, se atenta contra la libre organización de la empresa a la hora de fundamentar sus decisiones en criterios económicos (no tributarios).

En consecuencia, en la práctica, va a ser de la máxima necesidad extremar el control de los excesos de tesorería (importes, plazos, fines, vencimientos, etc.) derivados de la propia actividad o de la transmisión de elementos patrimoniales, con el aumento de costes administrativos que esto supondrá. **Piénsese que determinar qué activos financieros son afectos y no afectos de acuerdo con la regla de los dos años más el del ejercicio del artículo 5.2 de la LIS no es asunto baladí, sobre todo cuando una entidad realiza variadas inversiones con diferentes vencimientos, al tiempo que se sigue generando tesorería por la propia actividad del negocio. ¿Cómo saber qué tesorería es la que se destina a la compra de nuevos activos financieros?, ¿serviría un estado de origen y aplicación de fondos o habría que llevar un control individual de cada inversión financiera?** Lo que sí puede afirmarse es que el control administrativo interno que debería llevarse para atender a la calificación de la entidad como patrimonial o no supone un incremento de costes para la empresa. A nuestro juicio, se trata de una carga burocrática innecesaria que podría haberse resuelto con una regulación más asequible y precisa.

Si se nos permite, llegados a este punto, aparcaremos durante unas frases «el ser» para realizar un breve inciso sobre «el deber ser», dada la importancia de la cuestión. Con la restricción de las medidas contra la patrimonialidad sobrevenida, el legislador más que por una lógica económica que contribuya al crecimiento y expansión del tamaño de la empresa parece guiado por un afán recaudatorio y lo que persigue es «forzar» a la salida de estos beneficios mediante dividendos o reducciones de capital. Aunque quizá su vital importancia pueda pasar desapercibida, este hecho es fundamental puesto que el principal problema de las empresas españolas en comparación con el mercado internacional no es realmente de productividad, es de tamaño. A un mismo tamaño la empresa española se muestra fuertemente competitiva siendo el problema principal la gran cantidad de pymes existentes en nuestro tejido empresarial (es lo que el catedrático de Harvard University, Pol Antràs, ha denominado «**la paradoja española**»)<sup>6</sup>.

### **Consultas V2129/2007, de 8 de octubre (NFC027733) y V0457/2007, de 28 de febrero (NFC025069): ¿Cómo probar que un elemento está afecto?**

La justificación o prueba de estar un elemento afecto o no a la actividad *es posible* según se desprende de la contestación efectuada por la propia DGT a otra consulta, en concreto, la Consulta V0457/2007, así como la V2129/2007<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> ANTRÀS, P.; SEGURA-CAYUELA, R. y RODRÍGUEZ-RODRÍGUEZ, D. (2010): «Firms in International Trade (with an Application to Spain)», SERIEs Invited Lecture at the XXXV Simposio de la Asociación Española de Economía.

<sup>7</sup> «La utilización exclusiva de un elemento patrimonial en una determinada actividad económica, en definitiva, su afectación, podrá acreditarse mediante cualquiera de los medios de prueba generalmente admitidos en Derecho. En todo caso, la valoración de tal circunstancia no corresponde a este Centro Directivo sino a los Servicios de comprobación e inspección de la Administración Tributaria, que podrán tomar en consideración, si así lo estiman oportuno, la proporcionalidad, volumen o permanencia de los activos de que se trate en función del total activo de la entidad y del tipo de actividad a que esta se dedique, entre otros parámetros económicos o financieros de la entidad que consideren oportuno para la formación de su criterio».

De esta consulta, podemos resaltar la llamada a la proporcionalidad, volumen o permanencia de los activos en función del total activo de la entidad y del tipo de actividad. A este hecho es al que hacíamos referencia al hablar del necesario papel que la delimitación negativa debe jugar como elemento informador de la situación de cada contribuyente.

Por otra parte, en cuanto al medio de prueba se expresa la consulta en términos idénticos al artículo 106 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Y, por último, parece inferirse del primer párrafo citado de la consulta, que el uso exclusivo es equivalente a la afectación. Si bien este matiz no era necesario, dada su lógica.

## V. PRINCIPALES EFECTOS DE LA PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

Además de los gravosos efectos que puede tener en sede del impuesto sobre el patrimonio y el impuesto sobre sucesiones y donaciones (los cuales no son objeto del presente trabajo), en el IS la patrimonialidad sobrevenida tendría las siguientes desventajas:

- No poder aplicar los incentivos de empresas de reducida dimensión (art. 101.1.2.º párrafo LIS).
- No resulta aplicable el tipo impositivo previsto para las entidades de nueva creación (art. 29.1 b).2.º párrafo LIS).
- En caso de venta de participaciones en dichas sociedades, los socios no pueden disfrutar plenamente de la exención por doble imposición aplicable en estos casos (art. 21.5 a) LIS).
- Imposibilidad de compensación de bases imponibles negativas en caso de cambio accionarial (art. 26.4 c).3.º LIS).

## VI. SITUACIÓN FUTURA Y POSIBLES MEDIDAS FRENTE A LA PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

### A) SITUACIÓN FUTURA

El impacto de la patrimonialidad sobrevenida, como no podía ser de otra forma, va a depender del actuar de la Administración tributaria y su concreción a través de los criterios administrativos y jurisprudenciales que se vayan produciendo.

Lo que sí sabemos es que dicha situación obligaría a la aplicación de menores beneficios fiscales (como hemos visto), así como a un ensanchamiento de bases imponibles (que, como de-

claró el ministro de Hacienda al explicar el RDL 3/2016 el pasado mes de diciembre, es una de las finalidades de las últimas reformas administrativas).

No cabe duda de que puede constituir otra fuente de conflicto tributario con la Administración si la misma opta por criterios poco flexibles y excesivamente interesados (fines meramente recaudatorios).

## B) POSIBLES MEDIDAS PARA EVITAR LA PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

Ante tales perspectivas, será fundamental la planificación empresarial para evitar la patrimonialidad sobrevenida, o revertirla en caso de que se hubiera producido ya. Como hemos anticipado, ello va a implicar unos costes de administración y control (tesorería, plazos de inversión y desinversión, tipos de financiación, etc.), correspondiendo en última instancia a las entidades decidir qué les resulta más ventajoso: si asumir dichos costes y aplicar los incentivos que la norma le permite al no ser patrimonial o, por el contrario, devenir en patrimonial y ahorrarse dichos costes pero con las penalizaciones expuestas en el epígrafe anterior.

Pensamos que algunas alternativas para evitar la patrimonialidad sobrevenida en el actual marco normativo podrían ser las siguientes:

- a) Repartir dividendos lo cual acarreará consecuencias impositivas tanto para los socios (tributación en sede de IRPF o IS, dependiendo de la estructura societaria) como para la propia sociedad (la cual verá como se reduce su capacidad inversora y se interrumpen los ciclos de reinversión con la autofinanciación).
- b) Cuando se produzcan beneficios, habrá que invertir los mismos en activos afectos directamente a la actividad de la empresa para así evitar los problemas antes comentados respecto a la tesorería y las inversiones financieras. No obstante, esta solución parece fácilmente realizable desde una perspectiva teórica, pero en la realidad empresarial los flujos de beneficios suelen ser constantes mientras que las oportunidades de inversión suelen ser puntuales. Además, no siempre las necesidades de renovación de bienes de equipo para las empresas coincidirán en el tiempo con las exigencias temporales que la normativa establece para evitar la patrimonialidad sobrevenida.
- c) Cuando la filosofía financiera de la empresa sea la colocación del excedente de tesorería procedente del negocio en activos financieros, habrá que escoger inversiones a largo plazo. En este sentido, creemos conveniente invertir en vehículos procedentes de instituciones de inversión colectiva (SICAV, fondos de inversión, etc.) puesto que las transmisiones de los activos financieros subyacentes son realizados por el vehículo de inversión y no por la propia empresa y, de esta forma, evitamos tener que calificar dichos activos como afectos o no en función de los parámetros expuestos en líneas anteriores.

- d) Como alternativa de cierre, sería interesante plantear una estrategia mixta que integrara las diferentes medidas anteriores que fuera compatible con las necesidades de inversión de la empresa, tanto en activos afectos directamente al negocio como en activos financieros, así como en la política de dividendos de la entidad.

## VII. CONCLUSIONES

- 1.<sup>a</sup> El concepto de patrimonialidad no ha quedado suficientemente definido por la LIS a pesar de que fuera uno de sus objetivos, como tampoco han sido suficientemente claras las consultas de la DGT, quedando tal concepto, en muchos aspectos, sujeto a interpretación, como así lo demuestran las múltiples consultas formuladas en un breve lapso de tiempo desde su regulación. Como ya hemos apuntado en líneas anteriores, pensamos que la falta de seguridad jurídica se traducirá en una nueva fuente de conflicto con la Administración tributaria, aunque habrá que esperar a ver qué papel quiere desempeñar la Agencia Tributaria en esta materia.
- 2.<sup>a</sup> En la práctica empresarial, como hemos tenido ocasión de comentar, los sujetos pasivos deberán llevar un control exhaustivo de la tesorería que se va generando, de los plazos de inversión y desinversión y, por supuesto, de los distintos elementos patrimoniales que configuran el activo.
- 3.<sup>a</sup> Por último, y a pesar de lo comentado en las conclusiones anteriores, tenemos la esperanza –quizá ilusoria– de que Hacienda no aplique de forma taxativa el artículo 5.2 y se vayan aclarando los conceptos expuestos en este trabajo.

---

## Bibliografía

ANTRÀS, P.; SEGURA-CAYUELA, R. y RODRÍGUEZ-RODRÍGUEZ, D. [2010]: «Firms in International Trade (with an Application to Spain)», SERIEs Invited Lecture at the XXXV Simposio de la Asociación Española de Economía.

BORRÁS AMBLAR, F. y NAVARRO ALCÁZAR, J. V. [2016]: *Impuesto sobre sociedades (1). Régimen General. Comentarios y casos prácticos*, 6.<sup>a</sup> edición, Madrid: CEF.

GABINETE TÉCNICO DEL CEF [2008]: *Plan General de Contabilidad*, Madrid: CEF.

VV. AA. [2010]: *Todo contabilidad*, Edición Contable, CISS.

VV. AA. [2015]: *Memento práctico Fiscal 2015*, Ediciones Francis Lefebvre.

VV. AA. [2016]: *Memento Impuesto sobre sociedades 2016*, Ediciones Francis Lefebvre.

ello, estamos descartando aplicar otros preceptos contenidos en las regulaciones de distintos tributos que puedan tener cierta incidencia en la materia (estamos pensando en los arts. 4.Dos LIVA, o los arts. 27 y 29 LIRPF). Además, recuérdese, que antes sí tenía una incidencia la normativa del IRPF en la forma en que tributaban las sociedades patrimoniales en sede del IS.

No obstante, a pesar de que tal y como hemos expuesto en los párrafos precedentes, entendemos que para aquellos conceptos *expresamente regulados* en la LIS hay que estar exclusivamente a la misma, ello no nos impide cuestionarnos *si para aquellos conceptos no incluidos expresamente* cabría acudir a otras normas distintas. Este planteamiento puede surgir, a un nivel más concreto, por ejemplo, al preguntarse qué se entiende por bienes afectos y no afectos en relación con el artículo 5.2, dado que estos conceptos no están tipificados en la LIS. Podría convenirse en que sí que cabría acudir a la normativa de otros tributos para los conceptos no expresamente regulados por la normativa del IS; así lo entiende, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 7 de junio de 2016 (rec. núm. 1113/2014 –NFJ066952–) en un caso similar. Dicha sentencia establecía antes de la LIS cuando ni siquiera el concepto de actividad económica aparecía en la norma:

«[...] A falta de un precepto similar en la Ley del Impuesto sobre Sociedades cabe acudir a dicho artículo (art. 27 LIRPF) para determinar si se ejerce realmente una actividad económica, en el caso de que la actividad desarrollada sea el arrendamiento de inmuebles, ya que la interpretación de las normas tributarias ha de ser integradora y coherente y así se ha aplicado por esta misma Sala en supuestos similares al que nos ocupa, como en el recurso 257/2013 [...] El concepto [...] viene determinado en la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, lo que no es obstáculo para su aplicación a otros impuestos porque, como antes se ha indicado, [...].

[...] no pudiendo olvidarse que los impuestos no funcionan como compartimentos estancos, de manera que no se viola precepto alguno por el hecho de integrar una concreta norma acudiendo a la norma de otro texto legal que delimita un concepto que resulta indispensable para interpretar y aplicar aquella. Y, por ello, tampoco se infringe el art. 14 de la mencionada ley, puesto que la Administración no ha hecho uso de la analogía para rechazar el beneficio fiscal, sino que lo ha denegado por no cumplir la entidad actora los requisitos que exigen las normas fiscales para su aplicación».

Ahora bien, aceptar la aplicación de preceptos como el artículo 29 de la LIRPF o el artículo 22 del Reglamento del IRPF (RIRPF), de entrada, produce cierto rechazo por no ajustarse exactamente a la flexibilidad requerida en la vida mercantil-societaria; y además, sería una gran limitación dado que el artículo 29 de la LIRPF excluye como elementos afectos toda participación en cualquier sociedad y cualquier tipo de cesión de fondos a cualquier tercero.

En todo caso, lo más claro hubiera sido que el propio legislador en el artículo 5 hubiera realizado una conceptualización más exacta definiendo de forma concreta los bienes afectos como

hace el artículo 29 de la LIRPF, o bien, señalando los requisitos para que tengan tal consideración (pudieran ser estos: el uso, la exclusividad o la necesidad). Por tanto, sería deseable que todas estas cuestiones, dado que no han sido recogidas en la normativa societaria, vayan siendo concretadas por la jurisprudencia y la doctrina administrativa con la mayor celeridad –y claridad– posible.

Así pues, con base en lo expuesto en el punto 3, comulgamos con la DGT cuando dicho centro administrativo, en la Consulta V3744/2015, de 26 de noviembre (NFC057058), afirma que la interpretación del concepto de actividad económica –y, por tanto, entendemos que también el de entidad patrimonial dada la íntima conexión existente entre ambos conceptos– en el marco del IS debe realizarse a la luz del funcionamiento empresarial societario y puede diferir de la interpretación efectuada según normas del IRPF en algunos de sus extremos.

## B) ÁMBITO TEMPORAL

Volviendo al ámbito temporal en relación con la aplicación de la norma, cabe distinguir dos situaciones **en función de los periodos impositivos** objeto de estudio:

- En primer lugar, para periodos impositivos iniciados *después del 1 de enero de 2015*, acudiremos al artículo 5.2 de la LIS.
- En caso contrario, el Reglamento del IS (RIS) (aprobado por el RD 634/2015, de 10 de julio) establece en su disposición adicional única el criterio a seguir:

«Concepto de entidad patrimonial en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015.

A los efectos de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5, para determinar si una entidad tiene o no la condición de patrimonial en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015, se tendrá en cuenta la suma agregada de los balances anuales de los periodos impositivos correspondientes al tiempo de tenencia de la participación, con el límite de los iniciados con posterioridad a 1 de enero de 2009, salvo prueba en contrario<sup>1</sup>».

<sup>1</sup> A este respecto, simplemente añadir que defiende la DGT (Consulta V0696/2016, de 22 de febrero –NFC058237–) que la prueba a la que se refiere el precitado artículo deberá ser cierta y real. Además, señala el órgano administrativo que la prueba en contra podrá aportarse tanto por el contribuyente como por la Administración. Así, en el caso de que tras el cómputo de los balances medios para los años 2009-2014 resultare que más del 50 % del activo está no afecto, se admite por la DGT la posibilidad de que el contribuyente aporte prueba determinando la condición de entidad no patrimonial en cualquier año de tenencia de las participaciones (no solo desde 2009) a través de los balances trimestrales medios. Por otra parte, si el porcentaje de bienes no afectos fuera inferior a la mitad, la Administración podría probar mediante la acreditación que en cualquier periodo de tenencia de las participaciones (no solo desde 2009) –de acuerdo con los balances trimestrales– del ejercicio no fue patrimonial.

Por todo lo antes dicho, y aun a riesgo de ser redundantes, debemos sentar que para todos los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2015, para calificar a la entidad patrimonial como tal habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 5.2 de la nueva LIS. Asimismo, se deberá aplicar toda la jurisprudencia y criterios administrativos posteriores al vigor de la norma, así como aquellos anteriores respecto a artículos y conceptos que no se hayan visto alterados por el cambio normativo, los cuales siguen, *mutatis mutandis*, siendo aplicables.

### III. CONCEPTO DE «ENTIDAD PATRIMONIAL»

En primer lugar, y antes de pasar a un análisis más minucioso, entendemos que dentro del concepto de «entidad patrimonial» existe una especie de ramificación:

- a) Una definición aplicable y concreta, de carácter positivo, que podemos llamar «delimitación positiva».
- b) Una definición que cumple un papel informador o complementario de la anterior, que revela quizá el espíritu de la norma, pero que –por desgracia para el contribuyente– no resulta suficiente para calificar a las entidades, la «delimitación negativa».

#### A) DELIMITACIÓN NEGATIVA

El artículo 5 de la LIS, en su apartado 2, hace una contraposición entre entidad patrimonial y la realización de una actividad económica: «... se entenderá por **entidad patrimonial** y que, por tanto, no **realiza una actividad económica**».

Así, en sentido contrario, la «entidad no patrimonial» sería la que realiza una actividad económica. Además de delimitar el concepto desde una perspectiva negativa, como exponíamos antes, nos permite deducir la conexión con el concepto de actividad económica.

Precisamente, en cuanto al concepto de «actividad económica», la DGT (Consulta V3744/2015, de 26 de noviembre –NFC057058–, y también la V3383/2015, de 3 de noviembre –NFC056726–) reconoce que la realidad económica pone de manifiesto situaciones en las que una entidad posee un patrimonio inmobiliario (caso de la consultante) relevante, para cuya gestión se requeriría al menos una persona contratada, realizando la entidad, por tanto, una actividad económica en los términos establecidos en el artículo 5 de la LIS y, sin embargo, ese requisito se ve suplido por la subcontratación de esa gestión a otras sociedades especializadas<sup>2</sup>. Curiosa-

<sup>2</sup> La doctrina administrativa considera que existe actividad económica cuando una entidad no tiene persona contratada pero el arrendatario cuenta con un patrimonio inmobiliario relevante y la contratación de personas se suple con la subcontratación de la gestión. («Esta situación es la que se produce en el presente caso, en la medida en que la entidad tiene externalizada su gestión y, en este caso concreto, tal y como se señala en el escrito de consulta, la gestión de la

mente, este criterio de la subcontratación no lo admite la DGT (V1329/2016, de 31 de marzo –NFC058804–, y V1330/2016, de 31 de marzo –NFC058805–) para el arrendamiento de inmuebles en sede del IRPF a efectos de considerarlo actividad económica. Y decimos curiosamente, porque nos podemos encontrar con una sociedad que según el IS no sea patrimonial y, en cambio, sí se considere patrimonial al efecto de valorar si la participación en la misma sociedad está exenta del impuesto sobre el patrimonio (dada la remisión del art. 4.8 LIP a la LIRPF en esta materia).

En conclusión, se puede entender que la entidad desarrolla una actividad económica, aun cuando los medios materiales y humanos necesarios para intervenir en el mercado no son propios sino subcontratados a una entidad ajena al grupo mercantil.

Siguiendo con la dicotomía entre actividad económica y entidad patrimonial, y teniendo claro que el presente trabajo se circunscribe al territorio fiscal común, dada la identidad de la norma foral y la estatal en cuanto a la materia objeto de estudio, queremos traer a colación unos párrafos de la exposición de motivos de la –nueva– Ley Foral 26/2016, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Navarra), ya que esta norma, a pesar de no regir en los territorios de derecho tributario común, nos puede dar una idea de cómo debemos entender el concepto de entidad patrimonial desde una perspectiva negativa:

«[...] b) La incorporación del 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*. La calificación de una entidad como patrimonial supone que esta no desarrolla actividad económica y determinará, entre otras cuestiones, la imposibilidad de su consideración como pequeña empresa o microempresa, además de restricciones en la aplicación de la exención por doble imposición y limitaciones a la compensación de bases liquidables negativas [...]».

Por último, podemos señalar que esta concepción negativa se desprende de varias consultas de la DGT en las que responde a distintas cuestiones sobre el tema de la patrimonialidad sobrevenida. En todas ellas, empieza haciendo una confrontación entre entidad patrimonial y ejercicio de actividad económica (sirva de ejemplo la Consulta V2572/2015, de 4 de septiembre –NFC056343–).

## B) DELIMITACIÓN POSITIVA

Señalábamos en el apartado anterior, al hablar de la delimitación negativa, que el precepto objeto de estudio efectúa en primer lugar una confrontación entre patrimonialidad y actividad

---

actividad de arrendamiento de inmuebles requiere, dada la dimensión de la actividad a desarrollar por la consultante y el volumen e importancia de sus ingresos, de la disposición de una organización empresarial propia o a través de terceros. Asimismo, la gestión de bienes inmuebles de cierta importancia resulta más eficiente a través de la contratación de profesionales dedicados a la gestión de activos que la contratación de un empleado»).

económica. Pues bien, seguidamente, el artículo 5 pasa a concretar cómo saber si la entidad es patrimonial.

Y es que, junto a la que hemos llamado delimitación negativa, la ley impone una delimitación positiva que es mucho más precisa.

Desde esta perspectiva, **una sociedad será patrimonial por el hecho de que más de la mitad del activo esté constituido por:**

- **Valores\*** (el mismo precepto advierte a continuación que determinados valores no se computan)<sup>3</sup>, **o por**
- **Elementos no afectos.**

### C) ¿QUÉ DELIMITACIÓN ES LA CORRECTA: LA POSITIVA, LA NEGATIVA O LA CONJUGACIÓN DE AMBAS?

Como se ha visto, existen dos formas de aproximarse al concepto de entidad patrimonial. En este momento, no somos conocedores del criterio que la Administración acogerá.

No obstante, en nuestra opinión, si bien lo más lógico es tomar la delimitación positiva, no debería el proceso de calificación como entidad patrimonial quedar en un mero proceso cuantitativo que desconozca la realidad de la empresa. Así, entendemos, pues, que la delimitación negativa jugaría un importante papel de informar y contextualizar el caso concreto en el que se efectúa el cálculo al que se refiere el artículo 5.2 de la LIS. En conclusión, al igual que para aproximarse al concepto de «actividad económica» hace falta conocer la realidad, empresa por empresa, de cada caso (sus medios, materiales y personales), para calificar a la sociedad como entidad patrimonial no debería ignorarse la realidad de la misma.

De no ser así, y guiarse exclusivamente por la delimitación positiva, se corre el riesgo de calificar entidades que si bien, sobre el papel, pueden aparecer como patrimoniales, en realidad, en ningún caso están remansando beneficios ni limitándose a la gestión de un patrimonio. Y este

<sup>3</sup> «a) Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales o reglamentarias. [Afecta a determinados sectores de actividad en cuya normativa propia obliga a invertir parte de su activo en valores: compañías de seguros, instituciones de inversión colectiva]. b) Los que incorporan derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas [letras, pagarés, etc., recibidos en el desarrollo de la actividad empresarial]. c) Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del desarrollo de su actividad. d) Los que otorguen al menos el 5 % del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la oportuna organización de medios materiales y humanos, y la entidad participada no sea entidad patrimonial. En caso de grupo de sociedades, esta condición se determina a nivel del grupo».

tratamiento entendemos que va contra el propio objeto de la nueva LIS cuando en su exposición de motivos habla de neutralidad en las inversiones, por no decir la contradicción que supondría frente a la toma de nuevas medidas como la reserva de capitalización que incentiva el incremento de los fondos propios (en contra del reparto de dividendos).

#### IV. CONCEPTOS CLAVE

Conviene estudiar de forma más detallada algunas nociones que por sus implicaciones precisan una mayor atención, así como otras aclaraciones que la DGT ha realizado recientemente:

##### A) ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «NO COMPUTAR» LOS ACTIVOS O VALORES?

Señala la LIS que «... no se computan el dinero o los derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos afectos o de valores excluidos de cómputo realizada en el periodo o en los dos anteriores».

De entrada, vemos que se trata de un «refugio» (*safe harbor*) como remedio a concretas situaciones de patrimonialidad sobrevenida. Se puede observar que este «paraguas» queda muy restringido en comparación con la norma aplicable anteriormente, y esto deriva tanto de una limitación de índole temporal (periodo en curso o los dos anteriores) y otra de naturaleza material (solo resulta aplicable al dinero y los derechos de crédito, y siempre que procedan de la transmisión de elementos afectos o de valores no computables). Si se nos permite la ironía, diremos que se observa, por tanto, que este «refugio» no permite refugiar –valga la redundancia– ni a muchos elementos ni durante mucho tiempo de la «tormenta patrimonial» en comparación con otros «refugios» de mayor cabida y protección como el del impuesto sobre el patrimonio.

Entrando ya a un análisis más profundo, realizaremos un estudio de los criterios doctrinales más relevantes y de los criterios administrativos y jurisprudenciales para, a continuación, exponer qué debemos entender por «no computar».

1. Desde un punto de vista **doctrinal**, la opinión de los autores se podría dividir en dos:

- a) Aquellos que entienden que los elementos no computables se consideran *afectos*.
- b) Aquellos otros que entienden que los no computables simplemente *se excluyen del total del activo a tomar para efectuar el cálculo* referido en el artículo 5.2, esto es, no son ni afectos ni no afectos; simplemente se excluyen.

Admitiendo la sensatez de ambas posturas, anticipamos que creemos más acertada la primera por los motivos que posteriormente expondremos.

2. Antes de ello, debemos seguir el estudio de este apartado acudiendo –como es lógico– a los **criterios administrativos y jurisprudenciales**:

### 1. DGT

Puede observarse en el párrafo siguiente como la DGT en Consulta V1968/2015, de 23 de junio (NFC055223), no se inclina a considerar afectos los activos no computables y, simplemente, deja patente que no se consideran elementos no afectos:

«[...] Consecuentemente, para determinar si más de la mitad del activo de una entidad está o no afecto al ejercicio de una actividad económica, se excluye del cómputo como no afectos –lo que no significa necesariamente la proposición contraria, es decir, que estén afectos– los que se determinan en el punto 2.º por lo que, no se considerarán como "no afectos" [...].»

No obstante, con anterioridad (V0676/2005, de 25 de abril –NFC020776–) la DGT había dicho que el activo no afecto se obtenía restando al activo total el activo afecto a la actividad y los activos y valores que –según la normativa vigente entonces– resultaban no computables:

«En consecuencia, para la comprobación del requisito de la composición del activo a los efectos de la calificación de la sociedad como patrimonial se señala en la letra a) del artículo transcrito que la determinación de que "más de la mitad de su activo esté constituido por valores o que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas" resultará como consecuencia del cálculo del siguiente algoritmo: del total del activo del balance de la sociedad habrían de deducirse, por una parte los elementos del activo afectos a actividades económicas y los valores no computables de acuerdo con el número 1.º de la letra a) del artículo 61.1, y por otra, los valores y elementos no afectos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos que cumplan las condiciones establecidas en el número 2.º de ese mismo precepto, obteniendo el importe del activo no afecto a actividades económicas que deberá compararse con el activo total a los efectos de determinar el porcentaje correspondiente».

### 2. Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC)

El TEAC en Resolución de 2 de julio de 2015, R. G. 2185/2012 (NFJ059385), recoge el criterio del Tribunal Supremo que, a continuación, pasamos a exponer.

### 3. Tribunal Supremo

Entiende el Alto Tribunal en Sentencia de 3 de abril de 2014 (rec. núm. 6437/2011 –NFJ057850–), en su fundamento octavo, que «no computar» implica computarlos como afectos.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo deriva de un recurso de casación interpuesto frente a una Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2014 (rec. núm. 470/2008 –NFJ044998–) mediante el cual la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo confirma el criterio de la Audiencia Nacional frente a las pretensiones de la parte recurrente que argumentaba que no computar implica no considerar en modo alguno los activos en cuestión.

Esta sentencia se refiere a la normativa previa a la entrada en vigor de la LIS, no obstante, entendemos extensible a la norma actualmente vigente la interpretación otorgada a la expresión «no se computará» dado que la finalidad perseguida en ambos casos es la misma al pretender excluir determinados activos a efectos de realizar un cálculo concreto.

Una vez vistos los criterios doctrinales, administrativos y jurisprudenciales, parece ser que el criterio vigente será el de considerar que los activos no computables son activos afectos y, por tanto, forman parte del activo total a los efectos del cómputo de la patrimonialidad.

## B) ¿QUÉ ENTENDEMOS POR «DINERO» Y «DERECHOS DE CRÉDITO»?

Pues bien, acudiendo al modo de interpretar las normas previstas en el artículo 12 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, podemos concluir que cabe entender por *dinero* las partidas registradas en el grupo 5 (cuentas financieras) o en tesorería (subgrupo 57).

En cuanto al término *derecho de crédito*, podemos entender aquellos registros producidos en las cuentas del grupo 5 o bien en los subgrupos 43 y 44, esto es, clientes y deudores.

Posteriormente, veremos como la DGT ha analizado en varias consultas el tratamiento que debe recibir una pluralidad de activos financieros a los que distintos pronunciamientos de tributos se ha referido.

## C) ¿CÓMO SE VALORAN LAS PARTIDAS?

En cuanto al valor de las magnitudes que influyen en el cálculo que la delimitación positiva exige, la valoración del activo, de los valores y de los elementos no afectos será la que resulte de la media de los balances trimestrales de la entidad o, en su caso, de los consolidados<sup>4</sup>.

En coherencia con la normativa contable, habrá que valorarlas según los valores que se desprenden del balance. Es decir, se valorarán por el valor que figura en la cuenta correspondiente de los elementos menos los deterioros que disminuyan su valor, o dicho en otros términos, por

---

<sup>4</sup> Esto, no obstante, de lo antes expresado para el caso específico que regula el nuevo RIS, en el que, como hemos expresado, se tendrá en cuenta la suma agregada de los balances anuales de los periodos impositivos correspondientes al tiempo de tenencia de la participación, con el límite de los iniciados con posterioridad a 1 de enero de 2009.

su valor «neto» contable (y cuando el activo fuera amortizable se tomará el valor neto tanto de los deterioros como de las amortizaciones acumuladas).

## D) ¿QUÉ CALIFICACIÓN CONCRETA DEBE DARSE A LOS DISTINTOS ELEMENTOS DE UNA ENTIDAD? OPINIÓN DE LA DGT

Comenzamos señalando que, como es lógico, y además tal y como parece desprenderse de la opinión del referido centro directivo (V1968/2015, de 23 de junio –NFC055223–), son elementos afectos los elementos necesarios para el desarrollo de alguna actividad económica («Ahora bien, dejando a un lado tales elementos, tampoco existen *elementos afectos*, por la obvia razón de que no pueden existir *elementos necesarios* para el desarrollo de alguna actividad económica cuando esta no existe, tal y como el propio escrito reconoce. Por lo tanto, la Sociedad Limitada se limita a gestionar un patrimonio mobiliario e inmobiliario, lo que la excluye del acceso a la exención...»).

Procede en este punto analizar las consultas recientes más relevantes de la DGT en materia de patrimonialidad y actividad económica:

### **Consultas V3940/2015, de 9 de diciembre (NFC057568) y V3370/2016, de 18 de julio (NFC061523):** Requisitos para no computar los valores de la letra d) del artículo 5.2 de la LIS

La DGT establece para la no computación de los valores que se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación la necesidad de disponer de una organización de medios, materiales y personales, adecuados para su correcta administración. En este sentido, se exige esta organización, no para controlar la gestión de las entidades participadas, sino para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como para tomar las decisiones relativas a la propia participación. Lo importante, a estos efectos, será que la entidad disponga de medios materiales y personales, aunque mínimos, que se ocupen de la gestión ordinaria de la sociedad participada mediante la adecuada administración de las participaciones poseídas.

Por tanto, el órgano administrativo, al hablar de la necesidad de medios, se está refiriendo más a las funciones de un socio capitalista que a un empresario.

### **Consulta V2329/2016, de 26 de mayo (NFC060120):** La inactividad material impide considerar afectos los elementos

El centro directivo entiende en esta consulta que si no existe ordenación de medios no hay actividad material y, por tanto, los elementos relacionados con esa supuesta actividad no se considerarán afectos<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Una entidad adquiere solares no incluidos aún en Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) con el fin de promover la construcción de viviendas. Por la falta de inclusión en el PGOU –a la fecha de la consulta a la DGT– no se ha

En conclusión, lo que le exige la DGT a la consultante para considerar los elementos afectos es que exista una actividad material –real y ya en marcha– en relación con el activo en cuestión.

**Consulta V1612/2015, de 26 de mayo (NFC054992):** Elementos no computables, la tenencia de valores financieros impuestos (o no) por una norma

En esta consulta la DGT pone como ejemplo los activos de un fondo de capital riesgo que figuran en balance con la finalidad de cumplir el coeficiente de inversión que su normativa específica les impone. Tal y como indica el artículo 5.2 a) de la LIS, estos elementos serán afectos a la actividad económica, a efectos del cálculo de la situación de patrimonialidad.

Entendemos que este razonamiento es extensible a todo tipo de entidades financieras que debido a una normativa específica (bien en el marco del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores) tienen obligaciones similares.

En cambio, más dudoso resulta pensar si sería igualmente aplicable la «no computación», si las mismas entidades financieras toman valores con fines de promoción o publicidad (por ejemplo, una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva que para dar una imagen de confianza y seguridad tenga el compromiso ante sus clientes de reinvertir gran parte de sus ganancias en las propias instituciones de inversión colectiva por ella gestionada). En este caso, pensamos, que quizás cabría entender los elementos como directamente afectos a la actividad ya que se mantienen con el fin último de dar certidumbre y confianza a sus clientes, y así aumentar su volumen de negocio, dado que la confianza es uno de los elementos fundamentales (riesgo) a la hora de decidir una inversión.

**Consultas V2067/2016, de 13 de mayo (NFC060099), V3440/2015, de 11 de noviembre (NFC056719), y V1037/2016, de 15 de marzo (NFC059042):** Activos financieros y patrimonialidad sobrevenida

En relación con este tema exponemos, a continuación, las tres consultas citadas en las que la DGT responde de forma bastante similar a cuestiones formuladas por los contribuyentes que tienen cierta relación entre ellas.

Analizamos cada una por separado, sin perjuicio de que posteriormente saquemos algunas conclusiones globales:

---

podido iniciar la actividad de urbanización material de los solares y la construcción, pues se está en el proceso administrativo todavía.

Ante esta cuestión responde el precitado centro directivo: No parece que la entidad haya realizado ningún tipo de actividad material en relación con los solares mencionados, no hay ordenación de los medios materiales y humanos, sino que la actividad de la entidad se ha limitado a la compra de unos solares. En consecuencia, no se cumplirán los requisitos establecidos en el artículo 5.2 no estando los solares afectos a la actividad constructora.

*Consulta V3440/2015, de 11 de noviembre. ¿Está afecta la tesorería?*

Se formula la siguiente cuestión a la DGT:

«Si la entidad Y no reparte dividendos, sino que acumula tesorería, y dicha tesorería superara el 50% del activo, ¿se consideraría patrimonial?»

Ante esta cuestión el órgano administrativo responde:

«Si la entidad Y acumulara tesorería por el desarrollo ordinario de su actividad económica, no procedente de la transmisión de elementos patrimoniales ni de valores no computables, dicha tesorería se considerará como elemento afecto a la hora de determinar si tiene o no la consideración de entidad patrimonial».

Por tanto, puede concluirse que la tesorería que se acumule directamente procedente de la actividad económica estará afecta si no procede de la transmisión de «elementos patrimoniales ni de valores no computables».

*Consulta V1037/2016, de 15 de marzo. ¿Están afectos los créditos de clientes y las imposiciones a plazo a corto plazo?*

De esta consulta podemos extraer los siguientes criterios:

- «En primer lugar, los clientes por ventas son un activo afecto al desarrollo de la actividad económica de Y, en la medida en que no tengan la consideración de elementos no computables por consistir en valores que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.
- En los **últimos años**, la actividad mayorista le ha generado a Y un importante excedente de tesorería, que ha retenido en buena parte en espera de alguna oportunidad de inversión. El activo total de Y se corresponde casi en su totalidad con su activo corriente total, dentro del cual se encuentran las partidas clientes por ventas, otros activos financieros a corto plazo (fundamentalmente imposiciones a plazo fijo) y tesorería.

Por otro lado, el artículo 5.2 de la LIS establece **que no se computarán el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión:**

- **de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas, o**
- **de valores no computables,**
- **que se haya realizado en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores.**

Por tanto, la tesorería y activos financieros a corto plazo, acumuladas por la entidad Y en el desarrollo ordinario de su actividad económica, no procedente de la transmisión de elementos patrimoniales ni de valores no computables, se considerarán como elementos afectos».

*Consulta V2067/2016, de 13 de mayo.* ¿Están afectas las acciones en sociedades cotizadas, las participaciones en fondos de inversión y valores de deuda pública, entre otros?

«La consultante tiene, en su último balance aprobado –del ejercicio 2014–, más de la mitad de su activo en valores a corto plazo tales como participaciones en fondos de inversión, acciones de sociedades cotizadas, valores de deuda pública, etc. Estos valores provienen de los beneficios no distribuidos, es decir, de las reservas de la sociedad, que se invierten en dichos valores para intentar obtener una rentabilidad superior a la que se obtendría dejando el dinero en cuentas corrientes al uso. Pero la sociedad no se dedica como actividad a la tenencia de valores, sino que dichos valores son la materialización de los excesos de tesorería de los beneficios no distribuidos que genera la actividad económica.

Los valores se pueden hacer líquidos en cualquier momento si se necesitan para inversiones o pagos de circulante de la actividad económica.

[...] se plantea el tratamiento de los valores a corto plazo. El artículo 5.2 de la LIS establece que no se computarán el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas o de valores no computables, que se haya realizado en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores. Por tanto, los activos financieros a corto plazo, acumulados por la entidad X al materializar los excesos de tesorería de los beneficios no distribuidos del desarrollo ordinario de su actividad económica, **no procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos ni de valores no computables, se considerarán como elementos afectos** a la hora de determinar si la entidad consultante tiene o no la consideración de entidad patrimonial».

Por tanto, la DGT señala como **afectos** los valores a corto plazo en fondos de inversión, sociedades cotizadas y deuda pública cuando se cumplan las condiciones que se plantean en la consulta.

Vistas las tres consultas anteriores, según nuestra interpretación, los activos financieros en los que se materializa la tesorería procedente de la actividad ordinaria de la empresa se considerarán activos afectos mientras no se transmitan. A partir de la transmisión nos encontraremos con dos escenarios en cuanto a la calificación de la tesorería generada (por dicha transmisión):

- La tesorería generada en el año de la transmisión y los dos siguientes se calificará como activos afectos (interpretación del art. 5.2 LIS por el Tribunal Supremo antes citada) formando parte del activo total a considerar para realizar los cálculos que establece la LIS en el artículo 5, apartado 2.

- La misma tesorería una vez transcurridos dos años desde la transmisión, entendemos que debería ser calificada como activo no afecto puesto que otras calificaciones no se ajustarían al espíritu del precepto.

Más allá del horizonte temporal expuesto nos planteamos la calificación que merecerían los activos nuevamente comparados con la tesorería generada por la venta de los activos financieros calificados como afectos como consecuencia de la interpretación del Tribunal Supremo. Veámoslo con un ejemplo para mayor claridad:

### EJEMPLO

La entidad Z acumulaba tesorería procedente de su actividad ordinaria –y, por tanto, afecta– (venta de mobiliario) que invirtió en un fondo de inversión en 2014. Al año siguiente, vendió las participaciones del fondo de inversión volviendo a generar tesorería. Dicha tesorería se considera afecta en el ejercicio 2015 según la interpretación del Tribunal Supremo, tal y como hemos señalado anteriormente dado que procede de la transmisión de un activo afecto. Acto seguido, en el mismo año 2015 se invierte dicha tesorería en:

- a) Un bajo comercial para exposición de los productos (activo necesario). En este caso, dada su naturaleza el inmueble seguiría considerándose afecto.
- b) Un depósito. En este caso, creemos que lo más acertado sería considerarlo como activo no afecto porque, según criterio de la DGT (V2067/2016), la tesorería procede de la transmisión de un activo afecto. En cambio, si en lugar de invertir la tesorería en un depósito la hubiéramos mantenido como recursos líquidos, deducimos que se consideraría afecta hasta el año 2018 (ejercicio + 2 siguientes).

Como hemos visto en el ejemplo anterior, la interpretación de la norma tal y como hemos expuesto condiciona sumamente las políticas de inversión (materialización de la tesorería) en algunos de sus parámetros básicos, tales como horizonte temporal, cuantía y naturaleza del activo. El efecto inmediato de la norma es que las empresas que desarrollan actividades económicas y que obtienen beneficios tendrían que distribuirlos o introducir las exigencias de esta norma en las políticas de inversión para evitar la patrimonialidad sobrevenida, aun a costa de debilitar sus fondos propios –pensemos en la incoherencia financiera que pudiera implicar en caso de estar pensando en una futura expansión o, simplemente, si sus plazos de reinversión son distintos al plazo previsto en el art. 5.2 LIS–. Además, tal y como hemos avanzado ya, esto agrede de manera frontal a la finalidad perseguida por la nueva LIS al introducir ciertos incentivos para aumentar la capitalización y el patrimonio neto (estamos pensando, obviamente, en la reserva de capitalización y nivelación) y, por último, y no por ello menos importante, se atenta contra la libre organización de la empresa a la hora de fundamentar sus decisiones en criterios económicos (no tributarios).

En consecuencia, en la práctica, va a ser de la máxima necesidad extremar el control de los excesos de tesorería (importes, plazos, fines, vencimientos, etc.) derivados de la propia actividad o de la transmisión de elementos patrimoniales, con el aumento de costes administrativos que esto supondrá. **Piénsese que determinar qué activos financieros son afectos y no afectos de acuerdo con la regla de los dos años más el del ejercicio del artículo 5.2 de la LIS no es asunto baladí, sobre todo cuando una entidad realiza variadas inversiones con diferentes vencimientos, al tiempo que se sigue generando tesorería por la propia actividad del negocio. ¿Cómo saber qué tesorería es la que se destina a la compra de nuevos activos financieros?, ¿serviría un estado de origen y aplicación de fondos o habría que llevar un control individual de cada inversión financiera?** Lo que sí puede afirmarse es que el control administrativo interno que debería llevarse para atender a la calificación de la entidad como patrimonial o no supone un incremento de costes para la empresa. A nuestro juicio, se trata de una carga burocrática innecesaria que podría haberse resuelto con una regulación más asequible y precisa.

Si se nos permite, llegados a este punto, aparcaremos durante unas frases «el ser» para realizar un breve inciso sobre «el deber ser», dada la importancia de la cuestión. Con la restricción de las medidas contra la patrimonialidad sobrevenida, el legislador más que por una lógica económica que contribuya al crecimiento y expansión del tamaño de la empresa parece guiado por un afán recaudatorio y lo que persigue es «forzar» a la salida de estos beneficios mediante dividendos o reducciones de capital. Aunque quizá su vital importancia pueda pasar desapercibida, este hecho es fundamental puesto que el principal problema de las empresas españolas en comparación con el mercado internacional no es realmente de productividad, es de tamaño. A un mismo tamaño la empresa española se muestra fuertemente competitiva siendo el problema principal la gran cantidad de pymes existentes en nuestro tejido empresarial (es lo que el catedrático de Harvard University, Pol Antràs, ha denominado «la paradoja española»<sup>6</sup>).

### Consultas V2129/2007, de 8 de octubre (NFC027733) y V0457/2007, de 28 de febrero (NFC025069): ¿Cómo probar que un elemento está afecto?

La justificación o prueba de estar un elemento afecto o no a la actividad *es posible* según se desprende de la contestación efectuada por la propia DGT a otra consulta, en concreto, la Consulta V0457/2007, así como la V2129/2007<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> ANTRÀS, P.; SEGURA-CAYUELA, R. y RODRÍGUEZ-RODRÍGUEZ, D. (2010): «Firms in International Trade (with an Application to Spain)», SERIEs Invited Lecture at the XXXV Simposio de la Asociación Española de Economía.

<sup>7</sup> «La utilización exclusiva de un elemento patrimonial en una determinada actividad económica, en definitiva, su afectación, podrá acreditarse mediante cualquiera de los medios de prueba generalmente admitidos en Derecho. En todo caso, la valoración de tal circunstancia no corresponde a este Centro Directivo sino a los Servicios de comprobación e inspección de la Administración Tributaria, que podrán tomar en consideración, si así lo estiman oportuno, la proporcionalidad, volumen o permanencia de los activos de que se trate en función del total activo de la entidad y del tipo de actividad a que esta se dedique, entre otros parámetros económicos o financieros de la entidad que consideren oportuno para la formación de su criterio».

De esta consulta, podemos resaltar la llamada a la proporcionalidad, volumen o permanencia de los activos en función del total activo de la entidad y del tipo de actividad. A este hecho es al que hacíamos referencia al hablar del necesario papel que la delimitación negativa debe jugar como elemento informador de la situación de cada contribuyente.

Por otra parte, en cuanto al medio de prueba se expresa la consulta en términos idénticos al artículo 106 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Y, por último, parece inferirse del primer párrafo citado de la consulta, que el uso exclusivo es equivalente a la afectación. Si bien este matiz no era necesario, dada su lógica.

## V. PRINCIPALES EFECTOS DE LA PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

Además de los gravosos efectos que puede tener en sede del impuesto sobre el patrimonio y el impuesto sobre sucesiones y donaciones (los cuales no son objeto del presente trabajo), en el IS la patrimonialidad sobrevenida tendría las siguientes desventajas:

- No poder aplicar los incentivos de empresas de reducida dimensión (art. 101.1.2.º párrafo LIS).
- No resulta aplicable el tipo impositivo previsto para las entidades de nueva creación (art. 29.1 b).2.º párrafo LIS).
- En caso de venta de participaciones en dichas sociedades, los socios no pueden disfrutar plenamente de la exención por doble imposición aplicable en estos casos (art. 21.5 a) LIS).
- Imposibilidad de compensación de bases imponibles negativas en caso de cambio accionarial (art. 26.4 c).3.º LIS).

## VI. SITUACIÓN FUTURA Y POSIBLES MEDIDAS FRENTE A LA PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

### A) SITUACIÓN FUTURA

El impacto de la patrimonialidad sobrevenida, como no podía ser de otra forma, va a depender del actuar de la Administración tributaria y su concreción a través de los criterios administrativos y jurisprudenciales que se vayan produciendo.

Lo que sí sabemos es que dicha situación obligaría a la aplicación de menores beneficios fiscales (como hemos visto), así como a un ensanchamiento de bases imponibles (que, como de-

claró el ministro de Hacienda al explicar el RDL 3/2016 el pasado mes de diciembre, es una de las finalidades de las últimas reformas administrativas).

No cabe duda de que puede constituir otra fuente de conflicto tributario con la Administración si la misma opta por criterios poco flexibles y excesivamente interesados (fines meramente recaudatorios).

## B) POSIBLES MEDIDAS PARA EVITAR LA PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

Ante tales perspectivas, será fundamental la planificación empresarial para evitar la patrimonialidad sobrevenida, o revertirla en caso de que se hubiera producido ya. Como hemos anticipado, ello va a implicar unos costes de administración y control (tesorería, plazos de inversión y desinversión, tipos de financiación, etc.), correspondiendo en última instancia a las entidades decidir qué les resulta más ventajoso: si asumir dichos costes y aplicar los incentivos que la norma le permite al no ser patrimonial o, por el contrario, devenir en patrimonial y ahorrarse dichos costes pero con las penalizaciones expuestas en el epígrafe anterior.

Pensamos que algunas alternativas para evitar la patrimonialidad sobrevenida en el actual marco normativo podrían ser las siguientes:

- a) Repartir dividendos lo cual acarreará consecuencias impositivas tanto para los socios (tributación en sede de IRPF o IS, dependiendo de la estructura societaria) como para la propia sociedad (la cual verá como se reduce su capacidad inversora y se interrumpen los ciclos de reinversión con la autofinanciación).
- b) Cuando se produzcan beneficios, habrá que invertir los mismos en activos afectos directamente a la actividad de la empresa para así evitar los problemas antes comentados respecto a la tesorería y las inversiones financieras. No obstante, esta solución parece fácilmente realizable desde una perspectiva teórica, pero en la realidad empresarial los flujos de beneficios suelen ser constantes mientras que las oportunidades de inversión suelen ser puntuales. Además, no siempre las necesidades de renovación de bienes de equipo para las empresas coincidirán en el tiempo con las exigencias temporales que la normativa establece para evitar la patrimonialidad sobrevenida.
- c) Cuando la filosofía financiera de la empresa sea la colocación del excedente de tesorería procedente del negocio en activos financieros, habrá que escoger inversiones a largo plazo. En este sentido, creemos conveniente invertir en vehículos procedentes de instituciones de inversión colectiva (SICAV, fondos de inversión, etc.) puesto que las transmisiones de los activos financieros subyacentes son realizados por el vehículo de inversión y no por la propia empresa y, de esta forma, evitamos tener que calificar dichos activos como afectos o no en función de los parámetros expuestos en líneas anteriores.

- d) Como alternativa de cierre, sería interesante plantear una estrategia mixta que integrara las diferentes medidas anteriores que fuera compatible con las necesidades de inversión de la empresa, tanto en activos afectos directamente al negocio como en activos financieros, así como en la política de dividendos de la entidad.

## VII. CONCLUSIONES

- 1.<sup>a</sup> El concepto de patrimonialidad no ha quedado suficientemente definido por la LIS a pesar de que fuera uno de sus objetivos, como tampoco han sido suficientemente claras las consultas de la DGT, quedando tal concepto, en muchos aspectos, sujeto a interpretación, como así lo demuestran las múltiples consultas formuladas en un breve lapso de tiempo desde su regulación. Como ya hemos apuntado en líneas anteriores, pensamos que la falta de seguridad jurídica se traducirá en una nueva fuente de conflicto con la Administración tributaria, aunque habrá que esperar a ver qué papel quiere desempeñar la Agencia Tributaria en esta materia.
- 2.<sup>a</sup> En la práctica empresarial, como hemos tenido ocasión de comentar, los sujetos pasivos deberán llevar un control exhaustivo de la tesorería que se va generando, de los plazos de inversión y desinversión y, por supuesto, de los distintos elementos patrimoniales que configuran el activo.
- 3.<sup>a</sup> Por último, y a pesar de lo comentado en las conclusiones anteriores, tenemos la esperanza –quizá ilusoria– de que Hacienda no aplique de forma taxativa el artículo 5.2 y se vayan aclarando los conceptos expuestos en este trabajo.

---

## Bibliografía

ANTRÀS, P.; SEGURA-CAYUELA, R. y RODRÍGUEZ-RODRÍGUEZ, D. [2010]: «Firms in International Trade (with an Application to Spain)», SERIEs Invited Lecture at the XXXV Simposio de la Asociación Española de Economía.

BORRÁS AMBLAR, F. y NAVARRO ALCÁZAR, J. V. [2016]: *Impuesto sobre sociedades (1). Régimen General. Comentarios y casos prácticos*, 6.<sup>a</sup> edición, Madrid: CEF.

GABINETE TÉCNICO DEL CEF [2008]: *Plan General de Contabilidad*, Madrid: CEF.

VV. AA. [2010]: *Todo contabilidad*, Edición Contable, CISS.

VV. AA. [2015]: *Memento práctico Fiscal 2015*, Ediciones Francis Lefebvre.

VV. AA. [2016]: *Memento Impuesto sobre sociedades 2016*, Ediciones Francis Lefebvre.