

LA ENTIDAD PATRIMONIAL EN EL NUEVO IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Francisco J. Magraner Moreno

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universitat de València*

EXTRACTO

La nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades ha creado la «entidad patrimonial» como una nueva categoría de contribuyente. Las características que debe reunir una entidad para tener la consideración de patrimonial en el Impuesto sobre Sociedades no son las mismas que las que establece la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio para declarar exentas las participaciones en sociedades. Tampoco recoge la nueva Ley los mismos requisitos que en leyes anteriores sirvieron para calificar a determinados sujetos pasivos como «sociedades transparentes» o como «sociedades patrimoniales». Los efectos derivados de la consideración como «entidad patrimonial», restringidos exclusivamente al ámbito del Impuesto sobre Sociedades, no pueden compararse con los que se derivaban de la inclusión en los regímenes especiales de «transparencia fiscal» y de «patrimoniales» vigentes en ejercicios anteriores.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, entidad patrimonial, valores, arrendamiento de inmuebles, Impuesto sobre el Patrimonio, grupo de sociedades y actividad económica.

Fecha de entrada: 13-02-2015 / Fecha de aceptación: 04-03-2015

THE «HOLDING COMPANY» IN THE NEW CORPORATE TAX

Francisco J. Magraner Moreno

ABSTRACT

The new Corporate Tax Law has created a new category of taxpayer: a special type of «holding company». The criteria that a company needs to meet in order to qualify as a holding company in relation to corporate taxation are not the same as those established by the Wealth Tax Law to declare company shares exempt. Further, the new Law does not draw from the same criteria that in prior laws served to qualify certain taxpayers as «entities under the fiscal transparency system» or as «holding companies». The new status of the «holding company» carries certain effects which are restricted to the sphere of corporate tax and which cannot be compared to the effects derived from considering such a company as regulated by a «fiscal transparency system» or the «holdings system» of previous years.

Keywords: Corporate Tax, holding company, securities, real property lease, Wealth Tax, group of companies and economic activity.

Sumario

1. Introducción
2. El concepto de «entidad patrimonial»
 - 2.1. Las entidades patrimoniales de valores
 - 2.2. Las entidades patrimoniales inactivas
3. Principales aspectos coincidentes y divergentes de las entidades cuyas participaciones están exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio y las entidades patrimoniales del IS
4. Efectos que se derivan de la consideración de una entidad como patrimonial
5. Una breve reflexión final

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En el preámbulo de la Ley 27/2014, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, la nueva LIS), se hace expresa referencia a esta nueva categoría mutable de sociedad tributaria¹, o más bien, especie –también mutable– de contribuyente del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS)², diciendo lo siguiente: «se introduce el concepto de entidad patrimonial, que toma como punto de partida a las sociedades cuya actividad principal consiste en la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, si bien se acomoda a las necesidades específicas de este impuesto»³.

Dentro del articulado de la nueva LIS, es el artículo 5 el que establece el concepto de entidad patrimonial, mientras que en otros preceptos es donde se explicitan de forma directa las consecuencias (siempre restricciones de índole desfavorable) que derivan de esta calificación. En concreto, estos preceptos son los siguientes: artículo 21 (exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español); artículo 26 (compensación de bases imponibles negativas); artículo 29 (el tipo de gravamen); artículo 100 (imputación de rentas po-

¹ El carácter «mutable» es consecuencia de la diferente calificación que «la entidad contribuyente» puede tener a lo largo de su vida, pudiendo ser «entidad patrimonial» en un ejercicio fiscal y en otro no, alternándose así con la no calificación como tal y, en consecuencia, siendo tratada en determinados ejercicios como cualquier contribuyente de características generales.

² Por tanto, no se trata de una nueva categoría de sociedad mercantil, el concepto es aplicable a cualquier entidad que pueda ser contribuyente del impuesto. Despejamos así la primera duda que podría plantearse en torno a la verdadera naturaleza jurídica de esta especie de contribuyente, que antaño se postuló de determinados supuestos de características similares contemplados en leyes anteriores (me refiero, a las sociedades patrimoniales y transparentes), produciendo interpretaciones erróneas.

³ Es importante hacer especial hincapié en el sentido último de esta afirmación. El legislador ha querido dotar del carácter de patrimonial a ciertas entidades exclusivamente a los efectos de este impuesto. Pruebas de ello las iremos mencionando a lo largo de este trabajo. Sin embargo, en su pretendido alejamiento del concepto de las llamadas sociedades *holding*, tal como estas se configuran en el Impuesto sobre el Patrimonio, y su reforzamiento del carácter propio de «entidad patrimonial», destacamos ya una evidente prueba. Obsérvese así, la diferencia de contenido entre los artículos 116, del Real Decreto Legislativo 4/2004, y del 107 de la nueva LIS, ambos preceptos reguladores del régimen de entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE). En el primero de ellos se establece que no podrán acogerse al régimen las entidades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, mientras que el artículo de la nueva LIS dispone que no podrán acogerse las entidades «que tengan la consideración de entidad patrimonial en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta ley».

sitivas obtenidas por entidades no residentes en el régimen de transparencia fiscal internacional); artículo 101 (incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión: ámbito de aplicación; cifra de negocios); y artículo 107 (régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros).

A la vista de la regulación ofrecida por la nueva LIS, nuestro estudio se focalizará en diversos aspectos. Así, en primer lugar, delimitaremos el concepto de «entidad patrimonial». Esto es, a la luz de la definición ofrecida por la nueva LIS, determinaremos en qué supuestos una entidad contribuyente del impuesto tiene esa calificación; en segundo lugar, pretendemos establecer una diferencia con supuestos similares contemplados en otro impuesto y que se encuentran vigentes hoy en día, en concreto, en el Impuesto sobre el Patrimonio; y, finalmente, dedicaremos un apartado especial a analizar las principales consecuencias que la nueva LIS atribuye a la calificación de este tipo de entidades.

2. EL CONCEPTO DE «ENTIDAD PATRIMONIAL»

Como hemos advertido anteriormente el primer objetivo de este estudio es delimitar el concepto de «entidad patrimonial» en el IS. A tal fin, el punto de partida se encuentra en el contenido del apartado 2 del artículo 5, el cual comienza diciendo lo siguiente: «A los efectos de lo previsto en esta ley, se entenderá por entidad patrimonial y que, por tanto, no realiza una actividad económica, aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto, en los términos del apartado anterior, a una actividad económica».

Repárese que, del contenido del citado precepto, se deduce una clara y principal intención legislativa, esta es, calificar como «entidad patrimonial» a cualquier tipo de entidad que no realice una «actividad económica». En consecuencia, en primer término, y a salvo de las precisiones que hace este artículo más adelante, interesa saber qué se entiende por «actividad económica».

A estos efectos, podemos observar hasta dos delimitaciones legales del citado concepto, ambas de carácter negativo. La primera, la que considera que las entidades que tienen más de la mitad de su activo constituido por valores (con las precisiones que sobre este concepto se hacen luego) no realizan una actividad económica. Y, la segunda, al darle idéntica consideración a las entidades en las que más de la mitad de su activo no se encuentra afecto, precisamente, a una «actividad económica».

De esta interpretación podemos deducir dos categorías de «entidad patrimonial». Denominaremos a la primera «entidad patrimonial de valores»; y, a la segunda, «entidad patrimonial inactiva». Sin embargo, advertimos de que el hecho de que adoptemos esta denominación para esta última categoría de entidades no significa que estas no ejerzan una «actividad económica», tal como la podemos entender a título general, sino que la entidad deviene patrimonial, exclusivamente a los efectos del IS, por la puntual composición de su activo. A continuación intentaremos resolver esta singular contradicción, devenga de ella una razón lógica o esta sea del todo incoherente.

sitivas obtenidas por entidades no residentes en el régimen de transparencia fiscal internacional); artículo 101 (incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión: ámbito de aplicación; cifra de negocios); y artículo 107 (régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros).

A la vista de la regulación ofrecida por la nueva LIS, nuestro estudio se focalizará en diversos aspectos. Así, en primer lugar, delimitaremos el concepto de «entidad patrimonial». Esto es, a la luz de la definición ofrecida por la nueva LIS, determinaremos en qué supuestos una entidad contribuyente del impuesto tiene esa calificación; en segundo lugar, pretendemos establecer una diferencia con supuestos similares contemplados en otro impuesto y que se encuentran vigentes hoy en día, en concreto, en el Impuesto sobre el Patrimonio; y, finalmente, dedicaremos un apartado especial a analizar las principales consecuencias que la nueva LIS atribuye a la calificación de este tipo de entidades.

2. EL CONCEPTO DE «ENTIDAD PATRIMONIAL»

Como hemos advertido anteriormente el primer objetivo de este estudio es delimitar el concepto de «entidad patrimonial» en el IS. A tal fin, el punto de partida se encuentra en el contenido del apartado 2 del artículo 5, el cual comienza diciendo lo siguiente: «A los efectos de lo previsto en esta ley, se entenderá por entidad patrimonial y que, por tanto, no realiza una actividad económica, aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto, en los términos del apartado anterior, a una actividad económica».

Repárese que, del contenido del citado precepto, se deduce una clara y principal intención legislativa, esta es, calificar como «entidad patrimonial» a cualquier tipo de entidad que no realice una «actividad económica». En consecuencia, en primer término, y a salvo de las precisiones que hace este artículo más adelante, interesa saber qué se entiende por «actividad económica».

A estos efectos, podemos observar hasta dos delimitaciones legales del citado concepto, ambas de carácter negativo. La primera, la que considera que las entidades que tienen más de la mitad de su activo constituido por valores (con las precisiones que sobre este concepto se hacen luego) no realizan una actividad económica. Y, la segunda, al darle idéntica consideración a las entidades en las que más de la mitad de su activo no se encuentra afecto, precisamente, a una «actividad económica».

De esta interpretación podemos deducir dos categorías de «entidad patrimonial». Denominaremos a la primera «entidad patrimonial de valores»; y, a la segunda, «entidad patrimonial inactiva». Sin embargo, advertimos de que el hecho de que adoptemos esta denominación para esta última categoría de entidades no significa que estas no ejerzan una «actividad económica», tal como la podemos entender a título general, sino que la entidad deviene patrimonial, exclusivamente a los efectos del IS, por la puntual composición de su activo. A continuación intentaremos resolver esta singular contradicción, devenga de ella una razón lógica o esta sea del todo incoherente.

2.1. LAS ENTIDADES PATRIMONIALES DE VALORES

Tal como hemos advertido anteriormente, la nueva LIS, en el apartado 2 de su artículo 5, califica de forma expresa como entidad patrimonial a toda entidad contribuyente en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores.

Sin embargo, a tenor de lo establecido en el precepto citado, la anterior apreciación no es más que el punto de partida para poder calificar como entidad patrimonial a una entidad poseedora de «valores». A tal efecto, deben seguirse varias reglas que vendrán a configurar sin duda alguna una singular guía para delimitar este carácter.

Así, siguiendo un proceder de actuación lógica en primer término, deberíamos cuantificar su activo total y, en relación con este, el porcentaje que ocupa la valoración contable que tengan, luego la redundancia, los «valores» incluidos en el mismo.

A tal efecto, resulta necesario determinar los elementos del activo que tienen la consideración de «valores».

A este respecto, el preámbulo de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, no ofrece mucha luz, al señalar que esta ley «reposa sobre el concepto de «valores» o, para mayor precisión, de «valores negociables», concepto difícil de definir de forma escueta en el articulado de un texto legal. Consecuentemente con esta apreciación de tono general, lejos de establecer una unívoca definición del concepto de «valores», establece en su artículo 2 una lista exhaustiva de carácter muy ilustrativo, al indicar que se considerarán en todo caso «valores negociables», a los efectos de esta ley, los siguientes: a) Las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren; b) Las cuotas participativas de las cajas de ahorros y las cuotas participativas de asociación de la Confederación Española de Cajas de Ahorros; c) Los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables; d) Las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias; e) Los bonos de titulización; f) Las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva; g) Los instrumentos del mercado monetario entendiéndose por tales las categorías de instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario tales como las letras del Tesoro, certificados de depósito y pagarés, salvo que sean librados singularmente, excluyéndose los instrumentos de pago que deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables; h) Las participaciones preferentes; i) Las cédulas territoriales; j) Los *warrants* y demás valores negociables derivados que confieran el derecho a adquirir o vender cualquier otro valor negociable, o que den derecho a una liquidación en efectivo determinada por referencia, entre otros, a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas, riesgo de crédito u otros índices o medidas; k) Los demás a los que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyan la condición de valor negociable; y, l) Las cédulas y bonos de internacionalización.

Quizá, tras esta ilustrativa lista de «valores negociables» ofrecida por la Ley del Mercado de Valores, lógicamente, para completar nuestro pretendido objeto de determinar los elementos del activo que tienen la consideración de «valores», solamente nos restaría averiguar cuáles son los «valores no negociables».

Para este propósito, resulta del todo apropiado acudir al texto del Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007), en particular, a su Cuarta Parte, donde se encuentra el Cuadro de Cuentas. Se trata, en definitiva, de señalar las cuentas que denominan de forma directa o indirecta como «valores» las inversiones efectuadas por la entidad. A tal efecto, podemos señalar seis cuentas, las tres primeras incluidas en el activo no corriente del balance y las otras tres en el activo corriente. Nos referimos a las siguientes: 1) Cuenta 241, «Valores representativos de deuda a largo plazo de partes vinculadas», que incluye las inversiones a largo plazo en obligaciones, bonos u otros valores representativos de deuda, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos, emitidos por partes vinculadas, con vencimiento superior a un año; 2) Cuenta 250, «Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio», que incluye las inversiones a largo plazo en derechos sobre el patrimonio neto –acciones con o sin cotización en un mercado regulado u otros valores, tales como participaciones en instituciones de inversión colectiva, o participaciones en sociedades de responsabilidad limitada– de entidades que no tengan la consideración de partes vinculadas; 3) Cuenta 251, «Valores representativos de deuda a largo plazo», incluye las inversiones a largo plazo en obligaciones, bonos u otros valores representativos de deuda, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos; 4) Cuenta 530, «Participaciones a corto plazo en partes vinculadas», incluye las inversiones a corto plazo en derechos sobre el patrimonio neto –con o sin cotización en un mercado regulado– de partes vinculadas; generalmente, acciones emitidas por una sociedad anónima o participaciones en sociedades de responsabilidad limitada; cuenta 531, «Valores representativos de deuda a corto plazo de partes vinculadas», incluye las inversiones a corto plazo en obligaciones, bonos u otros valores representativos de deuda, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos, emitidos por partes vinculadas, con vencimiento no superior a un año; 5) Cuenta 540, «Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio», incluye las inversiones a corto plazo en derechos sobre el patrimonio neto –acciones con o sin cotización en un mercado regulado u otros valores, tales como participaciones en instituciones de inversión colectiva, o participaciones en sociedades de responsabilidad limitada– de entidades que no tengan la consideración de partes vinculadas; y, 6) Cuenta 541, «Valores representativos de deuda a corto plazo», que incluye las inversiones a corto plazo, por suscripción o adquisición de obligaciones, bonos u otros valores de renta fija, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos.

Consideramos que, teniendo en cuenta tanto la lista de «valores negociables» incluida en la Ley del Mercado de Valores como las definiciones de las cuentas contables indicadas en el Plan General de Contabilidad, hemos conseguido nuestro objetivo. A tal efecto, no pensamos que resulte relevante lo establecido en el artículo 92 (la acción como valor mobiliario) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) (aprobada por el RDLeg. 1/2010), cuando determina lo siguiente: «1. Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por

medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios; 2. Las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores»⁴.

En nuestra opinión, cuando el precepto citado, en su apartado 2, dice que «las participaciones sociales... no tendrán el carácter de valores», debe entenderse que se está refiriendo a que no tendrán el carácter de «valores mobiliarios»⁵.

Téngase en cuenta que la diferencia más importante que existe entre las participaciones y las acciones, y uno de los rasgos más significativos que distinguen a la sociedad de responsabilidad limitada de la sociedad anónima, se encuentra en la manera de representación que cada una de ellas tiene. Así, mientras que en la sociedad anónima las acciones pueden estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, teniendo en ambos casos la consideración de valores mobiliarios («valores negociables» en la terminología de la Ley del Mercado de Valores), en cambio, en las sociedades de responsabilidad limitada se prohíbe expresamente que las participaciones sociales estén representadas de ese modo. Precisamente, entre otras cosas, lo más importante que trae como consecuencia la negación del carácter de valor a la participación social y la prohibición de representarla mediante títulos o anotaciones, es que no se le puede aplicar a su circulación el régimen especial de los títulos-valores, careciendo de este modo de aptitud circulatoria imprescindible para ser objeto de transmisiones masivas e impersonales, como las que se producen en los mercados de valores⁶.

Puntualícese, finalmente, que la definición que el diccionario de la RAE ofrece del término «valores» es la siguiente: «Títulos representativos o anotaciones en cuenta de participación en sociedades, de cantidades prestadas, de mercaderías, de depósitos y de fondos monetarios, futuros, opciones, etc., que son objeto de operaciones mercantiles».

⁴ Redacción que recoge el contenido de dos preceptos derogados tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital. Por un lado, del artículo 51 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010), en el que se establecía lo siguiente: «Representación de las acciones. Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios»; y, de otro parte, el contenido del artículo 5 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010) que establecía lo siguiente: «1. El capital social estará dividido en participaciones indivisibles y acumulables. Las participaciones atribuirán a los socios los mismos derechos, con las excepciones expresamente establecidas en la presente ley. 2. Las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones».

⁵ Esta conclusión podría estar corroborada por lo que dice la Directiva 85/611/CEE, del Consejo de 20 de diciembre, refundida en la Directiva 2009/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, cuando define los valores mobiliarios como: «a) las acciones y demás valores asimilables a acciones; b) las obligaciones y demás formas de deuda titulizada; y, c) cualesquiera otros valores negociables que otorguen derecho a adquirir dichos valores mobiliarios mediante suscripción o canje, excluidas las técnicas e instrumentos contemplados en el artículo 21».

⁶ *Vid.* una exposición más detallada de las diferencias que existen entre las acciones y las participaciones sociales, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (2014), págs. 464 a 468.

A fortiori, también la interpretación ofrecida por la Dirección General de Tributos, a través de la resolución de diversas consultas vinculantes [entre otras, V1661/2009 (NFC034595); V2046/2009 (NFC035624)], resulta coherente con la interpretación general del concepto de valores que hemos adoptado, cuando considera que por «valores» deben entenderse «los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, u otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la ley, como es el caso de participaciones en fondos de inversión –art. 20 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva–, y en general títulos representativos del capital social de entidades que ostentan la condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. Cuando un ente tiene personalidad jurídica, las participaciones en su patrimonio se consideran valores...».

En definitiva, en nuestra opinión, por las razones esgrimidas, entendemos que el término «valores» que se incluye en el artículo 5 de la nueva LIS comprende también a las participaciones sociales en las que se divide el capital de las sociedades de responsabilidad limitada.

En segundo lugar, una vez calificados como «valores» los elementos integrantes del activo de la entidad, debe advertirse de que la nueva LIS considera que «no deben computarse» los siguientes: «a) Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias; b) Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas; c) Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto; y 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 correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en este apartado. Esta condición se determinará teniendo en cuenta a todas las sociedades que formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».

Aunque parezca innecesario hacer mención expresa a ello, es interesante puntualizar que el hecho de que estos «valores», tal como establece el precepto citado, «no deben computarse», significa realmente que estos valores deben considerarse como «afectos». Y ello, precisamente, a los efectos de computar el porcentaje del activo que se encuentra afecto o no afecto a una actividad económica. De tal manera que no tendrá la calificación de entidad patrimonial aquella entidad en la que más de la mitad de su activo esté compuesto por esta categoría de activos, independientemente de cuál sea la actividad (económica o no) de la entidad o del tipo de elementos que formen el resto del activo⁷.

⁷ Interpretando un supuesto que consideramos similar, este es, el previsto en el artículo 75.1 a) de la Ley 43/1995 [que contaba con una redacción casi idéntica de la contenida en el artículo 61.1 a) del texto refundido, aprobado por RDLeg. 4/2004], se expresa la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de noviembre de 2011 [rec. 470/2008 (NFJ044998)], cuyo criterio ha sido confirmado por la Sentencia, resolviendo el recurso de casación, del Tribunal Supremo de fecha 3 de abril de 2014 [rec. 6437/2011 (NFJ057850)], al entender que «cuando la norma prevé que no

Por otro lado, en lo referente a la interpretación de las cuatro categorías de «valores» que en particular «no deben computarse» en el activo, poco podemos añadir a lo ya dicho por la doctrina científica, administrativa y jurisprudencial, en los análisis efectuados de supuestos prácticamente idénticos pero utilizados para otros fines impositivos.

Quizá, a efectos de nuestro análisis, tan solo despierta un cierto interés particular la referencia que se hace a algunos aspectos mencionados en la cuarta categoría. Por un lado, porque se observa una diferencia en su redacción respecto de la utilizada en supuestos similares (en concreto, en el Impuesto sobre el Patrimonio⁸), y, de otra parte, porque en su texto se siguen incluyendo determinados requisitos puntuales sobre los que todavía continúan vertiéndose algunas interpretaciones de diversa índole.

Así, por ejemplo, la nueva LIS fija el porcentaje de valores mínimo a ostentar en «el 5 por ciento del capital de una entidad», añadiendo, además, que estos «se posean durante un plazo mínimo de un año». Mientras que en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio se dice que no se computarán los valores «que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto».

Es evidente esta diferencia. Recordemos que la Ley de Sociedades de Capital⁹ establece la posibilidad de que tanto las sociedades de responsabilidad limitada como las anónimas puedan crear participaciones sociales (las unas) o emitir acciones (las otras) sin derecho a voto (participaciones o acciones mudas), respectivamente, siempre que respeten una serie de límites previs-

pueden computarse como no afectos, es porque deben computarse como afectos, señalando a favor de ello que dos negaciones implican una afirmación». En definitiva, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concluye que «los beneficios no distribuidos deben ser considerados parte del activo de la sociedad. Y además, si se trata de beneficios de la actividad empresarial con mayor razón deben ser considerados no solamente como activos, sino en principio, por subrogación, como activos empresariales, que han producido los beneficios en los que se plasman».

⁸ Tal como hemos indicado, la Ley 19/1991, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio, establece en su artículo 4, apartado 8, dos, letra a), que a efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos: «1.º No se computarán los valores siguientes: Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias; Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas; Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto; Los que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en esta letra». A este respecto, véanse también algunos de los requisitos previstos en, entre otros, los artículos 21, que regula la *exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español*; el artículo 116, encargado de regular el régimen de entidades de tenencia de valores extranjeros, ambos preceptos contenidos en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (vigente hasta el 1 de enero de 2015); o, el artículo 107 de la nueva LIS, donde al regular la *Entidades de tenencia de valores extranjeros* también hace referencia expresa a la exigencia de la «correspondiente organización de medios materiales y personales».

⁹ Aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

tos en la propia normativa¹⁰. Consecuentemente, puede no coincidir el porcentaje de capital que se ostente con la cantidad de derechos de voto que se tengan. Este hecho es el que puede ocasionar que los valores no se computen a efectos del IS para determinar la condición de entidad patrimonial y que, sin embargo, el titular de las acciones o participaciones no las tenga exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio, o viceversa.

Además, en cuanto a la exigencia de un plazo mínimo de tenencia de la participación nada se dice en este último impuesto, mientras que la nueva LIS sí que establece que la participación debe tenerse como mínimo durante un año. Esta diferencia entre la regulación ofrecida por ambos impuestos puede generar alguna duda interpretativa puesto que no se señala si este plazo debe estar cumplido cuando se deba evaluar el «no cómputo» o bien si se trata de un plazo que, sin estar cumplido en el momento de dicha evaluación, solamente es necesario que se cumpla. Recordemos que en la nueva LIS existen supuestos en los que se vincula un determinado efecto al cumplimiento de un plazo mínimo de tiempo de tenencia de un nivel de participación. Sin embargo, en estos supuestos, el legislador sí que despeja las dudas que en torno a su interpretación podrían plantearse. Así, por ejemplo, el artículo 21, al regular la exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español, dice lo siguiente: «La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el periodo en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas». Pensamos que esta debe ser la interpretación que debe darse al plazo mínimo contenido en el artículo 5, y ello en coherencia con esta y otras matizaciones efectuadas con un propósito similar en el texto legal¹¹.

¹⁰ Así se establece en el artículo 98 de esta ley, en el sentido siguiente: «Las sociedades de responsabilidad limitada podrán crear participaciones sociales sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital y las sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado». Añadiendo, el artículo 188 que: «1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto. 2. En la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. 3. En la sociedad anónima, los estatutos podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, sin perjuicio de la aplicación a las sociedades cotizadas de lo establecido en el artículo 527».

¹¹ En otros preceptos de la nueva LIS se establece, o bien un criterio idéntico al establecido en el citado artículo 21 (en este sentido, el art. 32), o bien, un indiscutible plazo de cómputo; así, en el artículo 87.1, se dice «Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior», o en el artículo 92, letra b), cuando dice lo siguiente: «siempre que, en ambos casos, los valores se mantengan ininterrumpidamente en el patrimonio de la entidad por un plazo de 10 años».

Por otra parte, se sigue requiriendo que la entidad disponga de una organización de medios materiales y personales para dirigir y gestionar la participación.

La nueva LIS no establece (como tampoco hacía su antecesora), a estos efectos, un umbral concreto de medios materiales o personales mínimos requeridos para ejercer la función anterior. Ha sido, para cubrir esta laguna legal, la Dirección General de Tributos la que ha venido estableciendo cuándo debe entenderse que existen medios personales adecuados, si bien lo ha efectuado para el recto entendimiento de otros preceptos¹², aunque *mutatis mutandis*, puede ser perfectamente aplicable al contenido del precepto analizado hoy por nosotros. De este modo, entiende el citado órgano administrativo que este requisito se cumple «cuando algún miembro del Consejo de Administración se ocupe asimismo de la adecuada dirección y gestión de las participaciones. Por el contrario, si la dirección y gestión de las participaciones se desarrollara en su totalidad por medios ajenos, se entendería incumplido este requisito y los valores en cuestión habrían de computarse para determinar la posible inclusión en el régimen de transparencia fiscal»¹³.

De igual manera, aunque en esta ocasión interpretando el mismo requisito pero previsto para un supuesto legal distinto¹⁴, la Dirección General de Tributos ha venido considerando que la organización de medios materiales y personales adecuados para tomar las decisiones necesarias en orden a su correcta administración se exige... «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».

De este modo, recapitulando, lo importante, a estos efectos, es que la entidad disponga, al menos, de medios personales, aunque mínimos, que se ocupen de su gestión ordinaria mediante la adecuada administración de las participaciones poseídas, aunque esta gestión no implique, en sí misma y a efectos del IS, el desarrollo de una actividad empresarial. Sin embargo, por el contrario, si la dirección y gestión de las participaciones se desarrollara en su totalidad por medios ajenos, consideraremos que este requisito no se cumple y los valores en cuestión habrán de computarse como no afectos¹⁵.

Finalmente, si tenemos en cuenta que son tres los requisitos que se establecen para que los valores de la cuarta categoría «no se computen» para determinar la mitad del activo: a saber, el primero, el porcentaje mínimo de participación; el segundo, la existencia de una organización; y,

¹² En particular, dando luz a idéntico requisito establecido en el artículo 75.1 a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, referido a las «sociedades transparentes».

¹³ Contestación a una Consulta vinculante de fecha 7 de mayo de 2001, referencia V0026/2001 (NFC012828).

¹⁴ Nos referimos al artículo 61 del Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, regulando el régimen de las «sociedades patrimoniales».

¹⁵ Contestación a una Consulta vinculante de fecha 15 de febrero de 2005, referencia V0227/2005 (NFC024864), aplicable perfectamente a la interpretación de los términos que ahora estamos realizando, aunque la Dirección General de Tributos se esté refiriendo en la misma a la aplicación del derogado régimen de sociedades patrimoniales.

el tercero, que la entidad participada no tenga la condición de patrimonial, cuando en este apartado se establece *in fine* que «esta condición se determinará teniendo en cuenta a todas las sociedades que formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas», debemos interpretar sin duda alguna que se está refiriendo solamente al tercer requisito. En definitiva, de lo antedicho deducimos que, para determinar si la participada es o no una entidad patrimonial debemos hacer una análisis conjunto de todas las sociedades que formen parte de un grupo societario, tal como nos dice el texto legal.

Se introduce así un nuevo aspecto a tener en cuenta que requiere de un peculiar análisis. Este consistirá en determinar cuándo una sociedad forma parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio. Sin duda alguna, no solo nos encontramos ante un aspecto de difícil determinación desde un punto de vista teórico sino también lo es desde un punto de vista práctico. En este trabajo nos centraremos en despejar algunas de las cuestiones cuya controversia teórica todavía no arroja una incontestable luz. Las dudas prácticas aparecerán caso a caso y, en consecuencia, estas deberán resolverse atendiendo a cada situación en particular.

De este modo, respecto al denominado aspecto teórico, no podemos si no partir de la dicción del artículo 42 del Código de Comercio donde se establece que existe un grupo cuando «una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona».

En torno a qué entidades pueden o no formar parte de un grupo mercantil, la reforma introducida en el Derecho contable por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, siguiendo a este respecto el criterio establecido por el ICAC¹⁶, define

¹⁶ Boletín Oficial de Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (BOICAC) número 83/2010, consulta 1 (NFC039175).

dos conceptos de grupo: a) El regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, que podríamos denominar de subordinación, formado por una sociedad dominante y otra u otras dependientes controladas por la primera; y, b) el grupo de coordinación, integrado por empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas, físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, previsto en la indicación decimotercera del artículo 260 del TRLSC y en la NECA n.º 13, «Empresas del grupo, multi-grupo y asociadas» del PGC.

La relación de subordinación a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio es la consecuencia de que una sociedad posea la mayoría de los derechos de voto, o de la facultad de nombrar o haber designado a la mayoría de los miembros del órgano de administración, circunstancia que también requiere, con carácter general, gozar de los derechos de voto. Sin embargo, no es menos cierto que el artículo 42 del Código de Comercio contempla la posibilidad de que el control se puede ejercer sin participación, configurándose a partir de esta conclusión una nueva tipología de sociedades dependientes, las denominadas «entidades de propósito especial», para cuya identificación uno de los aspectos más relevantes a considerar será la participación de una sociedad en los riesgos y beneficios de otra.

Téngase en cuenta que la principal consecuencia de la reforma del artículo 42 del Código de Comercio, elaborada por la Ley 16/2007, fue la eliminación de la obligación de consolidar para los denominados «grupos de coordinación», integrados por las empresas sometidas a una misma unidad de decisión; concepto jurídico que permite identificar la obligación de consolidar cuando varias sociedades están controladas por terceros no obligados a consolidar, por carecer de la forma societaria mercantil, en particular, este tipo de grupos son las sociedades participadas por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco¹⁷.

En definitiva, en palabras del propio ICAC, «cabe concluir que la calificación como empresas del grupo de un entramado societario es una cuestión de hecho, que viene determinada por la existencia o la posibilidad de control entre sociedades o de una empresa por una sociedad, para cuya apreciación concreta sería preciso analizar todos los antecedentes y circunstancias del correspondiente caso».

Precisamente, y esto es lo que queríamos advertir, las citadas circunstancias van a dificultar enormemente la calificación como entidad patrimonial en el IS, pues, en todo caso, se requerirá un análisis previo de si la entidad en cuestión (de la que se posee el requerido porcentaje mí-

¹⁷ Seguimos así lo dicho por el ICAC, consulta número 4 (NFC045900), BOICAC número 92/2012, que a su vez reproduce lo dicho en la exposición de motivos del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre. El apuntado criterio del ICAC indicado en la consulta citada ha sido recogido por la Dirección General de Tributos en su contestación a una consulta vinculante de fecha 21 de febrero de 2013 [referencia V0554/2013 (NFC046586)].

nimo de participación) forma o no parte de un grupo del artículo 42 del Código de Comercio, algo que como hemos podido comprobar no resulta sencillo de determinar. Ejemplos de ello los podemos ver ya en la resolución de algunos casos planteados ante la Dirección General de Tributos a propósito de la determinación de la existencia o no de un grupo mercantil a efectos de aplicar los incentivos fiscales previstos para las empresas de reducida dimensión en la ley anterior a la vigente¹⁸.

Acabado este primer análisis (exclusivamente referido a entidades que en su activo tengan «valores»), los resultados obtenidos pueden ser alguno de los siguientes: *uno*, que la mayor parte del activo esté compuesto por valores que «no deban computarse», en consecuencia, «afectos», nos encontraremos entonces ante una entidad no patrimonial; *dos*, que la mayor parte del activo esté formado por valores que deben computarse, la conclusión será que se trata de una entidad patrimonial; y, *tres*, que en su activo existan valores que deban y otros que no deban computarse, pero que ni los unos ni los otros alcancen la mitad del activo aunque en un conjunto supongan más del 50% del mismo. En este último supuesto deberá analizarse la composición del resto del activo, determinando que parte de este está «afecto» o «no afecto» a una actividad económica.

Así, de este último supuesto, se aperturan a la vez dos nuevos escenarios. El primero, que la suma de los valores que no deben computarse más el resto del activo afecto constituya más de la mitad del activo. Queda claro que estaremos entonces ante una entidad no patrimonial. Y, el segundo escenario, que la suma de los valores que deben computarse más la parte del activo no afecto sea superior a la mitad del activo. En este caso nos encontraremos ante una entidad patrimonial.

En este particular punto, en torno al concepto de qué parte del activo se encuentra «afecto» o «no afecto» a una actividad económica, debemos hacer dos matizaciones. La primera, de carácter general, consistirá necesariamente en determinar cuándo la entidad está realizando una «actividad económica» y qué elementos del activo se encuentran afectos a la misma. Esta primera cuestión la analizaremos con detalle en el epígrafe siguiente.

Y la segunda matización, de tono más específico, se refiere a dos controvertidos elementos del activo, a saber, el dinero y los derechos de crédito. Así, en el artículo 5 de la nueva LIS, expresamente se nos dice que a los efectos de determinar el valor del activo «no se computarán, en su caso, el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales

¹⁸ La Dirección General de Tributos, en la consulta que hemos indicado en la nota anterior, llega a la conclusión de que determinadas sociedades «están integradas en un grupo familiar sometido a una misma unidad de decisión, por lo que forman parte de un grupo mercantil, a efectos de lo dispuesto en el artículo 42 del C.Com. Por tanto, a efectos de computar el importe neto de la cifra de negocios habido en el periodo impositivo inmediato anterior, a que se refiere el artículo 108.1 del TRLIS, deberá tomarse en consideración, conjuntamente, el importe neto de la cifra de negocios de todas las sociedades que integran el grupo mercantil (A, B y H), correspondiente al periodo impositivo inmediato anterior, a efectos de determinar si resultan de aplicación los incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión regulados en el capítulo XII del Título VII del TRLIS». [Este órgano administrativo resuelve una Consulta de una manera similar en su contestación de fecha 19 de septiembre de 2011, referencia V2129/2011 (NFC042389)].

afectos a actividades económicas» o los procedentes de la transmisión de cualquiera de las cuatro categorías de valores «que no deben computarse», siempre que dichas transmisiones se hayan realizado «en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores».

En consecuencia, tanto el importe del «dinero» como el de «los derechos de crédito» que se encuentren contabilizados se deberá computar o no para determinar si más de la mitad del activo se encuentra afecto o no afecto, y ello independientemente de que pudiera entenderse que tanto uno como el otro elemento son necesarios o derivados del ejercicio de una actividad económica. Esto es, para determinar si estos dos elementos deben o no computarse, debe obviarse cualquier análisis acerca de su posible vinculación o no a una determinada actividad económica. Lo relevante no va a ser eso, la clave va a ser determinar su procedencia, de conformidad con lo que dice el precepto citado de la nueva LIS.

Ante esta nueva situación, lo que nos queda por resolver es determinar los elementos que deben agruparse dentro del concepto «dinero» y del término «derechos de crédito». Este análisis conceptual, que, efectuado de forma aislada, podría llevarnos a controvertidas exégesis, sin embargo, a nuestro juicio, se debe realizar desde dos puntos de vista. El primero de ellos, muy sencillo, será el «dinero» y «los derechos de crédito» que no deben computarse son solamente los que proceden de las transmisiones citadas en el precepto legal.

El segundo es más complejo. Lo que se pretende averiguar son los elementos que se recogen en el activo del balance bajo los conceptos de «dinero» y de «derechos de crédito», por supuesto, no procedentes de las mencionadas transmisiones. Esta cuestión no es baladí, puesto que, atendiendo a la literal dicción del precepto, a contrario sensu, y en este punto es en el que queremos incidir, esos elementos tendrán la calificación de no afectos.

En definitiva, tendrán la condición de elementos afectos las partidas que se agrupen como «dinero» o como «derechos de crédito» que no deban computarse porque proceden de transmisiones –efectuadas en el ejercicio o en los dos anteriores– de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas o valores «no incluibles» en el activo.

A este respecto, la dificultad de interpretar estos términos se hace patente tras observar que en el cuadro de cuentas del Plan General de Contabilidad no aparece ninguno de ellos relacionado de forma expresa. Tampoco ofrece ninguna luz con este propósito la legislación tributaria a pesar de que los conceptos no son extraños a la misma¹⁹.

Si acudimos, para efectuar una correcta interpretación, a lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley General Tributaria, en virtud del cual «en tanto no se definan por la normativa tributa-

¹⁹ Véase, a título de ejemplo, el artículo 3 de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMIS), cuando dice: «A estos efectos no se computarán, en su caso, el dinero o derechos de crédito procedente de la transmisión de dichos inmuebles o participaciones que se haya realizado en el mismo ejercicio o anteriores...».

ria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda», podríamos considerar como «dinero» las cuentas incluidas en los siguientes subgrupos, las cuales figurarán en el activo no corriente del balance: en primer lugar, el subgrupo 26 «inversiones financieras a largo plazo», que recoge las inversiones financieras, cualquiera que sea su forma de instrumentación, cuyo vencimiento o fecha esperada de enajenación sea superior a un año, incluidos los intereses devengados con vencimiento superior a un año; en segundo término, el subgrupo 54 «inversiones financieras a corto plazo», que recoge, en general, las inversiones financieras, cualquiera que sea su forma de instrumentación, cuyo vencimiento o fecha esperada de enajenación no sea superior a un año; en tercer lugar, el subgrupo 55 «otras cuentas financieras», que recoge otras cuentas financieras que no se clasifiquen en otros subgrupos; y, en cuarto término, el subgrupo 57 «efectivo y activos líquidos equivalentes», que recoge las disponibilidades de medios líquidos; los saldos a favor de la entidad en cuentas operativas, de disponibilidad inmediata, en bancos e instituciones de crédito; los saldos a favor de la entidad en cuentas restringidas de recaudación, las disponibilidades líquidas destinadas a pagos a justificar y anticipos de caja fija; los saldos a favor de la entidad en cuentas restringidas de pagos; y las inversiones financieras de gran liquidez, que cumplan todas las condiciones siguientes: primera, se realicen con el objetivo de rentabilizar excedentes temporales de efectivo y formen parte de la gestión normal de la liquidez de la entidad; segunda, en el momento de su formalización tengan un vencimiento no superior a tres meses; tercera, sean fácilmente convertibles en importes determinados de efectivo sin incurrir en penalizaciones significativas; y, por último, no estén sujetas a riesgo de cambios en su valor.

De otro lado, en lo referente a los «derechos de crédito», debemos comenzar indicando que este concepto no es novedoso en la legislación tributaria. Así, vemos que se refiere al mismo, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley 16/2012, cuando trata la actualización de balances²⁰; o, el artículo 15, apartado 9, de la nueva LIS, cuando pretende establecer el importe de la depreciación a los efectos de integrar en la base imponible las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del activo fijo o de estos elementos que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta, que tengan la naturaleza de bienes inmuebles. Precepto, este último, que recoge mutatis mutandis lo establecido en el también apartado 9, del artículo 15, de la Ley derogada del Impuesto sobre Sociedades²¹.

²⁰ Así, en su apartado 6, señala lo siguiente: «La diferencia entre las cantidades determinadas por aplicación de lo establecido en el apartado anterior se minorará en el importe del valor neto anterior del elemento patrimonial y al resultado se aplicará, en cuanto proceda, un coeficiente que vendrá determinado por: 1.º En el numerador: el patrimonio neto. 2.º En el denominador: el patrimonio neto más pasivo total menos los derechos de crédito y la tesorería».

²¹ En materia de corrección monetaria, este artículo 15.9 del Texto Refundido de la LIS establecía lo siguiente: «A los efectos de integrar en la base imponible las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del activo fijo o de estos elementos que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta, que tengan la naturaleza de bienes inmuebles, se deducirá el importe de la depreciación monetaria producida desde el día 1 de enero de 1983, calculada de acuerdo con las siguientes reglas: a) Se multiplicará el precio de adquisición o coste de producción de los bienes inmuebles transmitidos y las amortizaciones acumuladas relativas a aquellos

Sin embargo, a pesar de que la Ley anterior del IS ya hacía referencia a «los derechos de crédito», en su articulado no se contenía ningún precepto que definiese este concepto. Así lo reconoce la Dirección General de Tributos, considerando que, acudiendo a lo preceptuado por la Ley General Tributaria en materia de interpretación, los derechos de crédito podrían ser, a título general, todos aquellos derechos en virtud de los cuales un acreedor puede exigir una determinada prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, a un deudor. O bien, desde una perspectiva específicamente contable, como indica el citado órgano administrativo, los derechos de crédito incluirían «todas aquellas cuentas representativas de deudas de terceros con la empresa con fecha establecida de vencimiento, ya sea en el corto o largo plazo, como son, entre otras, todas las cuentas de clientes, deudores y de valores representativos de la cesión de capitales propios a terceros»²². Observamos así como la remisión a la norma contable es la solución que adopta la Administración tributaria para interpretar este concepto, criterio que corrobora al contestar en el INFORMA a la pregunta de si las magnitudes a que se refiere el artículo 9 apartado sexto de la Ley 16/2012 (Actualización de balances), en orden a aplicar el coeficiente en función del endeudamiento del contribuyente, son magnitudes contables o fiscales. A lo que responde que «las referencias a patrimonio neto, pasivo total, derechos de crédito y tesorería son magnitudes contables y deben entenderse por las mismas conforme a lo previsto en el código de comercio y normas de desarrollo».

De este modo, tras haber predeterminado ya los subgrupos que incluirían el «dinero» y los «valores», a nuestro juicio, por defecto, aunque determinadas cuentas de estos subgrupos podrían recoger también determinados «derechos de crédito», reservamos para albergar este elemento las cuentas de los subgrupos 43 (clientes) y 44 (deudores varios) del cuadro de cuentas del Plan General de Contabilidad.

Por último, en otro orden de cosas y para finalizar este apartado, a efectos de la realización del análisis del balance societario que va a servir para determinar el porcentaje de bienes afectos a la actividad económica, se observa que el precepto legal citado especifica que el porcentaje de activo no afecto debe determinarse teniendo en cuenta la media de los balances trimestrales del ejercicio. En definitiva, solamente al final del ejercicio, tras aprobar el balance anual, podrá efectuarse la requerida calificación, puesto que la influencia del porcentaje de un balance trimestral (por ejemplo, del último) podría modificar la calificación que se deduciría de la media de los anteriores balances trimestrales (por ejemplo: si durante un ejercicio se encuentra un 60% de bie-

por los coeficientes que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. b) La diferencia entre las cantidades determinadas por la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior se minorará en el valor contable del elemento patrimonial transmitido. c) La cantidad resultante de dicha operación se multiplicará por un coeficiente determinado por: 1.º En el numerador: el patrimonio neto. 2.º En el denominador: el patrimonio neto más pasivo total menos los derechos de crédito y la tesorería. Las magnitudes determinantes del coeficiente serán las habidas durante el tiempo de tenencia del elemento patrimonial transmitido o en los cinco ejercicios anteriores a la fecha de la transmisión, si este último plazo fuere menor, a elección del sujeto pasivo. Lo previsto en este párrafo no se aplicará cuando el coeficiente sea superior a 0,4».

²² Contestación a una consulta tributaria vinculante referencia V2739/2014, de fecha 13 de octubre de 2014 (NFC052720).

nes no afectos en el primer trimestre; 60% en el segundo trimestre; 60% en el tercer trimestre; y, 15% en el cuarto trimestre; la media de los trimestres arrojaría un resultado del 48,75% de bienes no afectos; en consecuencia, en ese ejercicio la entidad no tendría el carácter de patrimonial).

A ello debemos añadir que, en caso de que la entidad en cuestión sea la «dominante» de un grupo mercantil (concepto de grupo del art. 42 del Código de Comercio que ya hemos tenido la oportunidad de analizarlo anteriormente), los balances a tener en cuenta no serán los suyos únicamente sino los consolidados, con independencia de la residencia y de que el grupo esté obligado a formular cuentas anuales. A estos efectos, se entenderá que es una sociedad dominante aquella que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras, que se calificarán como dependientes o dominadas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social. Debiendo entenderse por control el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades²³.

2.2. LAS ENTIDADES PATRIMONIALES INACTIVAS

Recordemos que la nueva LIS configura la segunda especie de «entidad patrimonial» como aquella entidad que sin tener más de la mitad de su activo constituido por valores (con las precisiones hechas a este respecto en el epígrafe anterior) tenga más de la mitad de su activo no afecto a una «actividad económica».

A este respecto, son tres los aspectos que necesariamente debemos analizar. El primero consiste en resolver cuándo se considera que, en general, una entidad ejerce una «actividad económica»; el segundo trata de delimitar el supuesto específico de ejercicio de una actividad económica cuando la entidad tiene como objeto el arrendamiento de inmuebles; y, nuestro tercer objetivo deberá ser, en íntima conexión con el examen de la concurrencia del primer aspecto, el análisis de dos conceptos que la nueva LIS dice que deben o no tenerse en cuenta a los efectos del cómputo

²³ Es el artículo 42 del Código de Comercio del que se desprende el concepto de entidad dominante, cuando establece que tendrá esta calificación la sociedad que «se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado». A este respecto, véase también el artículo 2 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

de los elementos no afectos a una actividad económica, a saber, el dinero y los derechos de crédito. Adviértase, no obstante, de que el análisis de este tercer aspecto ya lo hemos efectuado en el apartado anterior, por tanto, a lo dicho allí nos remitimos.

De este modo, en lo referente a la definición del concepto de actividad económica, es el artículo 5 de la nueva LIS, en su apartado 1, el que parcamente lo define, en los siguientes términos: «Se entenderá por actividad económica la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

Resulta curioso que no se haya definido de una manera más explícita este importante concepto, por varias razones. Primera, porque su importancia viene dada por la reiteración de su concepto en numerosas ocasiones a lo largo del articulado de la nueva LIS²⁴; la segunda, porque su recto entendimiento no ha gozado de una claridad meridiana, siendo la prueba más evidente de ello que ha sido objeto de interpretaciones de diversa índole procedentes tanto de la Administración tributaria como de los tribunales y de la doctrina científica; y, la tercera, porque en la propia exposición de motivos de la nueva LIS se dice que, al regular el hecho imponible, «se incorpora el concepto de actividad económica, que no presenta diferencias relevantes respecto al concepto tradicionalmente utilizado en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo, resulta esencial que un impuesto cuya finalidad primordial es gravar las rentas obtenidas en la realización de actividades económicas, y siendo este el impuesto que grava por excelencia las rentas de este tipo de actividades, contenga una definición al respecto, adaptada a la propia naturaleza de las personas jurídicas»²⁵. Enunciado este que negativamente contrasta con la parquedad de la definición que en el articulado se hace de este concepto respecto del establecido en el artículo 27 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el cual al definir el concepto de rendimientos procedentes de actividades económicas, dispone lo siguiente: «Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos,

²⁴ Entre otros, véanse los siguientes: artículo 18.3 (operaciones vinculadas); artículo 23.1 (Reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles); artículo 26.4 (Compensación de bases imponibles negativas); artículo 29.1 (tipo de gravamen); artículo 48 (entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda); artículo 50.1 (Sociedades y fondos de capital-riesgo y sociedades de desarrollo industrial regional); artículo 100.3 (transparencia fiscal internacional); y, artículo 110.1 (régimen de entidades parcialmente exentas).

²⁵ Resulta curioso que tan solo uno de los preceptos de la nueva LIS se remita a la Ley del IRPF para conceptuar el término «actividad económica». Se trata del artículo 50, dentro del capítulo dedicado al régimen especial de sociedades y fondos de capital-riesgo y sociedades de desarrollo industrial regional, en el que se dice lo siguiente «... la aplicación de la exención quedará condicionada a que, al menos, los inmuebles que representen el 85 % del valor contable total de los inmuebles de la entidad participada estén afectos, ininterrumpidamente durante el tiempo de tenencia de los valores, **al desarrollo de una actividad económica en los términos previstos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**, distinta de la financiera, tal y como se define en la Ley reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, o inmobiliaria» (la negrita es nuestra).

con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas»²⁶.

Precisamente, la crítica que apuntamos obedece a la enumeración de esas actividades que «en particular» incluye la Ley del IRPF y que no aparecen en la nueva LIS. No obstante, consideramos que todas ellas deben tener contenido en el concepto de «actividad económica» que establece esta última ley.

A mayor abundamiento, debe servir también como necesario recurso para completar el contenido de este concepto acudir a la normativa reguladora del Impuesto sobre Actividades Económicas (en adelante, IAE), de la que podemos destacar, como cuestiones relevantes, las siguientes²⁷: en primer lugar, al definir el hecho imponible del impuesto dice que este está constituido por el mero ejercicio, en territorio nacional, «de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto», considerándose, a estos efectos, actividades empresariales las ganaderas que tengan carácter independiente, las mineras, industriales, comerciales y de servicios; en segundo lugar, establece que no tienen la consideración de hecho imponible «las actividades agrícolas, las ganaderas dependientes, las forestales y las pesqueras», sin embargo, esta consideración debe tenerse en cuenta exclusivamente a efectos de este impuesto, sin que ello sea suficiente para no atribuir la condición de actividad económica en otros impuestos, por ejemplo, en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), IS o IRPF, en los que indudablemente sí la tienen; en tercer lugar, en el IAE se considera, a título general, y de la misma manera que se define en el IRPF y en el IS la actividad económica, que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Añadiéndose, no obstante, que «el contenido de las actividades gravadas se definirá en las tarifas del impuesto»²⁸; por último, se establece que el ejercicio de las actividades gravadas se probará por cualquier medio admisible en derecho y, en particular, por los contemplados en el artículo 3 del Código de Comercio, según el cual «existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares,

²⁶ A mayor abundamiento, esta es también la definición que de la actividad empresarial o profesional se establece en el artículo 5, dos, de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Resultan también de interés algunas aportaciones efectuadas en torno al concepto de actividad económica en el IVA por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este respecto, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: LUCAS DURÁN, M. (2011), págs. 239-248; VILLAR EZCURRA, M. (2007), págs. 213-220; y CHECA GONZÁLEZ, C. (2009), págs. 39-43.

²⁷ Artículos 78 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

²⁸ Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del impuesto sobre actividades económicas.

periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil»²⁹.

Sin duda alguna, dadas las controvertidas interpretaciones que se han producido de este concepto en el ámbito del IS, pensamos que hubiera sido conveniente precisar algo más esta definición, recurriendo, como hemos comentado, de forma expresa, bien a la dada en la Ley del IRPF, a la ofrecida por la Ley del IVA, o, al menos, haciendo una referencia a la dada por la normativa reguladora del IAE.

De este modo, puede observarse como, ante las citadas dificultades interpretativas, algunos tribunales han ofrecido la suya propia, diciendo, por ejemplo, que se observa tal existencia cuando la entidad tiene un conjunto organizado de elementos patrimoniales y personales dispuestos y efectivamente utilizados para la realización de una explotación económica cuya actividad supone la colocación de un bien o servicio en el mercado, sin que, por ello, sea suficiente la mera titularidad o tenencia de elementos patrimoniales aislados³⁰.

O bien, tratándose de la problemática calificación como económica de la actividad de urbanización de terrenos, tendrá tal consideración no solamente cuando se han soportado costes de urbanización directamente relacionados con la ejecución material de las obras de transformación del suelo para dotarle de los servicios mínimos exigidos, de suministro de agua y electricidad, de evacuación de aguas residuales, de vialidad, de parques y jardines, etc., sino también aquellos otros gastos de carácter técnico o administrativo necesarios para la urbanización y generalmente previos al inicio de las obras, siempre que su adquisición se realice con la intención confirmada por elementos objetivos de destinar estos servicios a la actividad urbanizadora. Además, los costes afectos a la actividad urbanizadora no son necesaria y únicamente los que se refieren a la ejecución material de las obras, sino, como se ha expuesto anteriormente, todos aquellos que contribuyan a la realización de tal actividad, como costes técnicos y administrativos, con independencia de que en el momento en que tales costes se produzcan las obras se hayan iniciado, tal como ha confirmado el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), en su Resolución de fecha 19 de octubre de 2012³¹.

²⁹ Esta presunción del ejercicio de una actividad empresarial o profesional también se recoge en el artículo 5.Tres de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que además añade, como presunción de este ejercicio, «cuando para la realización de las operaciones definidas en el artículo 4 de esta ley se exija contribuir por el Impuesto sobre Actividades Económicas».

³⁰ Según el Tribunal Supremo, «es evidente que al construir los locales y venderlos la recurrente ha ordenado por cuenta propia los factores de producción con la finalidad de producir tales inmuebles, siendo irrelevante que la venta se haya hecho a socios o a terceros ajenos a la sociedad... por lo que estaba realizando una actividad económica» [Sentencia de fecha de 3 de abril de 2014, rec. 5019/2011 (NFJ054224)]. El Tribunal Supremo entiende también que la sociedad recurrente realiza una actividad económica de promoción inmobiliaria en su Sentencia de fecha de 18 de septiembre de 2014 (rec. 3185/2012), corroborando así el criterio sustentado por la Sentencia de instancia de la Audiencia Nacional de fecha 28 de junio de 2012 [rec. 341/2009 (NFJ048109)].

³¹ También el Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 3 de abril de 2014 [rec. 5019/2011 (NFJ054224)], ha matizado el carácter de la promoción inmobiliaria, señalando que en todo caso esta actividad debe tener el carácter de económica.

Por último, también para tildar de económica la actividad de compraventa de bienes inmuebles se ha venido exigiendo que no solamente se disponga de medios materiales y personales sino que además se hayan ejecutado obras materiales concretas.

En consecuencia, no podemos establecer apriorísticamente cuándo una entidad va a estar desarrollando una actividad económica, a los efectos del IS. Deberá efectuarse un análisis caso por caso, en función de la actividad que desarrolle, de los medios materiales y personales de que dispone y utiliza efectivamente en el desarrollo de la misma.

Un caso especial, sin embargo, es el de las entidades que tengan como actividad el arrendamiento de inmuebles, puesto que en este supuesto la nueva LIS considera que se entenderá que existe actividad económica, únicamente cuando para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa³².

Se recoge así uno de los requisitos que durante mucho tiempo ha establecido la Ley del IRPF para calificar los rendimientos procedentes de dicha actividad como del capital inmobiliario o bien como de la actividad económica y que, precisamente, no ha gozado de una pacífica interpretación.

A tal efecto, entiende que esta actividad consiste «en el desarrollo urbanístico del suelo para poner en el mercado inmobiliario parcelas que antes no estaban en el mismo por sus condiciones tanto físicas como jurídicas». Siguiendo este criterio, el Tribunal Supremo distingue la actividad de promoción inmobiliaria de la de arrendamiento o compraventa de inmuebles, indicando que aquella es más amplia que estas dos últimas, ya que además del posible arrendamiento o compraventa del producto final, «incluye la adquisición del suelo y su transformación hasta alcanzar el estado, físico y jurídico, que permite la edificación sobre el mismo, conforme a los parámetros fijados por la ordenación del suelo» [Sentencia de fecha de 27 de octubre de 2014, rec. 4428/2012 (NFJ056453)]. En torno al concepto de la actividad urbanizadora como actividad económica véase el trabajo de MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (2009), págs. 11-46.

³² Por lo que se refiere a la exigencia de un «contrato laboral», la Dirección General de Tributos interpreta que «solo se entenderá cumplido este requisito si el contrato es calificado como laboral por la normativa laboral vigente, cuestión ajena al ámbito tributario». De este modo, dicho órgano administrativo llega a la conclusión de que dicho requisito no puede entenderse cumplido si el contrato se hace al cónyuge del máximo accionista de la sociedad. Así, «debe tenerse en cuenta que el artículo 1.2 c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo –BOE de 12 de julio–, declara expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha ley y excluidos por tanto de la relación laboral a "Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio". Por su parte, la referida disposición adicional establece que se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad, cuando, entre otras circunstancias, al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios el trabajador esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado, circunstancia que se produce en el cónyuge de la consultante; por lo que, en caso de que la relación establecida entre la sociedad y el cónyuge de la consultante no tuviera naturaleza laboral, no se cumplirían los requisitos establecidos en el artículo 27.2 de la Ley del Impuesto para considerar la actividad de arrendamiento desarrollada como actividad económica» [contestación a una Consulta tributaria de fecha 2 de abril de 2014, referencia V0920/2014 (NFC050814)].

No obstante, después de una tormentosa jurisprudencia al respecto, se ha establecido un cierto criterio unánime en torno a la interpretación de los requisitos que deben cumplirse para que la actividad de arrendamiento de inmuebles tenga la consideración de económica. Este criterio lo podemos ver resumido, entre otras, en la Resolución del TEAC de fecha 28 de mayo de 2013 (NFJ051064), recogiendo unas pautas de la doctrina del Tribunal Supremo, de las cuales vamos a señalar las que hoy en día pueden resultar de aplicación al supuesto recogido en la nueva LIS, son las siguientes: *primera*, la regla solo es aplicable al arrendamiento, no lo es si la actividad inmobiliaria realizada es otra (por ejemplo, promoción, construcción o compraventa de inmuebles). Por tanto, la adecuada calificación del supuesto de hecho es prioritaria, y debe ser previa al análisis de la regla del empleado, que puede no ser de aplicación; *segunda*, cuando la actividad realizada no es un mero arrendamiento, deja de ser trascendente si se emplea en ella, o no, empleado. En ese caso son meros indicios (ni necesarios ni suficientes) de la realización de la actividad económica; y, *tercera*, cuando sí es de aplicación la regla, el empleado es un requisito necesario («únicamente...») para que haya actividad económica, aunque no suficiente si se acreditase que la carga de trabajo que genera la actividad no justifica tener empleado y que, por tanto, se tenga para aparentar que hay actividad económica³³.

Sin embargo, a pesar de que es indudable que estas pautas resuelven algunas dudas de interpretación del cumplimiento del requisito «persona», no aclaran todas las que se pueden plantear. Quedaría, por ejemplo, pendiente de resolver el tiempo en el que debe constatarse la contratación, así, si la persona debe estar contratada laboralmente durante todo el ejercicio a tiempo completo, o serviría que este requisito se cumpliera solamente en la fecha del devengo. También tenemos dudas acerca del grado de actividad arrendaticia que deba justificar la contratación de un empleado, este juicio podrá ser en todo caso objeto de controversia. En definitiva, lo que sí que podemos deducir de todo lo dicho hasta ahora es que cuando la entidad tenga como actividad principal el arrendamiento de inmuebles, o, mejor dicho, tenga la mayor parte del activo constituido por inmuebles destinados a la actividad de arrendamiento, y no tenga contratada laboralmente al menos una persona a tiempo completo, la entidad tendrá la consideración de patrimonial. Fuera de este específico supuesto pueden plantearse diversas dudas interpretativas.

A lo dicho anteriormente, en torno a la general dificultad que en determinados supuestos va a tener la determinación de la existencia de una «actividad económica» en el seno de una entidad, debe advertirse de que el mismo artículo 5 de la nueva LIS añade otro criterio que hará difícil no ya conceptualarla sino valorar su existencia a nivel global. Nos referimos a lo dicho en el último párrafo de su apartado uno, el cual establece que «cuando se trate de entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales

³³ Esta doctrina jurisprudencial la recoge actualmente la Dirección General de Tributos, entre otras, en su contestación a una Consulta vinculante de fecha de 25 de octubre de 2013, referencia V2699/2013 (NFC048929). También ha sido acuñado este criterio por diversos autores, entre otros: ROIG SÁNCHEZ, A. (2014); ALONSO ARCE, I. (2014).

consolidadas, el concepto de actividad económica se determinará teniendo en cuenta a todas las que formen parte del mismo».

De este modo, a la denunciada falta de concreción sobre la composición del grupo societario, a la que hemos ya aludido en el epígrafe anterior, se suma la necesaria determinación de una actividad económica en su seno, por tanto, observada a nivel global³⁴.

Así, cuando la entidad forme parte de un grupo societario, para determinar si es o no entidad patrimonial, no nos podremos detener solamente con la actividad por ella desarrollada, ni por la particular representación que sus elementos del activo tengan en su balance individual. Deberá hacerse un análisis grupal. De tal manera que, habrán de consolidarse los balances de todas las entidades que integren el grupo, estén o no obligadas a consolidar sus cuentas contablemente, y, a la vista de este resultado global, se establecerá la valoración final³⁵.

³⁴ No es del todo novedosa la valoración a nivel de grupo societario, prevista ahora legislativamente, para observar la concurrencia de un determinado requisito legal. Así lo vemos, a título de ejemplo, en la contestación a una consulta vinculante de fecha 11 de febrero de 2010 [referencia V0236/2010 (NFC037330)], en la que la Dirección General de Tributos interpreta que a efectos de considerar la existencia de una estructura empresarial mínima, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia que el Tribunal Supremo tiene al configurar la doctrina de los grupos de empresas en las relaciones laborales en las que parte de la existencia de un único empleador. De esta forma, por ejemplo, a efectos de determinar el importe de las indemnizaciones exentas en el IRPF, el número de años de servicio a considerar serán los trabajados para el grupo, en cuanto empleador. «Trasladando este criterio a la cuestión planteada considerando, además, que el cumplimiento de la norma fiscal no puede derivar en una situación de ineficiencia empresarial, podría deducirse que la actividad efectuada por las sociedades dedicadas al arrendamiento de inmuebles se efectúa contando con la necesaria organización o medios que establece el artículo 27.2 de la LIRPF, siempre que los mismos sean necesarios y suficientes para la realización de tal actividad considerando cada sociedad participada de forma individual, aunque estos se encuentren en sede de la sociedad SE gestora de la actividad de arrendamiento, siempre que esta última y aquellas pertenezcan al mismo grupo de sociedades en el sentido del artículo 16 del TRLIS, es decir, el arrendamiento de inmuebles se entendería como una actividad económica, en cuyo caso podría aplicarse el régimen establecido en el artículo 21 del TRLIS de cumplirse los demás requisitos establecidos en dicho precepto. En definitiva, la concentración de la gestión de la actividad de arrendamiento en una sola sociedad permite reducir los medios materiales (un solo local) así como los personales ante la sinergia que de ello se deriva, dado que es posible que no se requiera tantos empleados como sociedades gestionadas, siempre que a nivel individual se justifique la necesidad de esos medios personales y materiales mínimos en cada sociedad». Debe indicarse, no obstante, que este criterio de la Dirección General de Tributos, mantenido durante varios años [por ejemplo, en sus Consultas vinculantes referencia V0473/2007 (NFC025471) y V0509/2007 (NFC025425)], fue expresamente modificado [por ejemplo, en su Consulta vinculante V1729/2012 (NFC045366)] a tenor de la doctrina emanada por el TEAC, en Resoluciones de 30 de junio de 2010 (NFJ040369) y de 2 de febrero de 2012 (NFJ046312), en la que en definitiva se establece que los requisitos mínimos para que la actividad de arrendamiento tenga la condición de económica deben concurrir en cada una de las sociedades tenedoras de inmuebles. Ahora, sin embargo, la nueva LIS ha rescatado la doctrina anterior de la Dirección General de Tributos, convirtiendo así en papel mojado la establecida por el TEAC.

³⁵ El artículo 10 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, establece los métodos de consolidación aplicables, son los siguientes: a) integración global; y, b) integración proporcional.

La exigida y novedosa valoración de la actividad económica a nivel de grupo, prevista en la nueva LIS, con el objeto de determinar si una entidad, a título individual, es o no patrimonial, se convierte así en un arma de doble filo. Por un lado, podría rescatar de esta calificación a una entidad que analizada a nivel individual se observase nítidamente que no desarrolla ningún tipo de actividad económica. Sin embargo, de otro lado, podría ser calificada como patrimonial cualquier entidad que, desarrollando a título individual una incontestable actividad económica, la evaluación del grupo diera un resultado diferente.

En definitiva, la exigida valoración a nivel de grupo de la existencia de actividad económica desemboca en una meridiana conclusión, esta es, o todas las sociedades que forman un grupo societario deben ser calificadas como entidades patrimoniales o ninguna de ellas debe tener esta condición. Entendemos que del expreso mandato contenido a este respecto por el legislador no cabe otra interpretación distinta.

3. PRINCIPALES ASPECTOS COINCIDENTES Y DIVERGENTES DE LAS ENTIDADES CUYAS PARTICIPACIONES ESTÁN EXENTAS EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO Y LAS ENTIDADES PATRIMONIALES DEL IS

El carácter de «entidad patrimonial» que revisten ciertas entidades, tal como establece la nueva LIS, tiene un efecto exclusivo para este impuesto. Así, ni la nueva LIS extiende sus efectos a otros impuestos ni en ninguna otra norma de derecho tributario –en particular, de las que regulan otros tributos– se hace remisión alguna a este concepto.

Sin embargo, es cierto que existen otras normas tributarias que recogen, si bien con otras finalidades, supuestos societarios con características muy similares. Nos referimos, en particular, a la Ley 19/1991, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, IP), y, en concreto, a los requisitos que establece para que las participaciones de una entidad puedan estar exentas del mismo.

De este modo, aunque tanto la nueva LIS como la Ley del IP configuran –para sus peculiares fines– una especie de entidades semejantes –las de gestión de patrimonios mobiliarios e inmobiliarios–, al no ser coincidentes los requisitos que cada una de ellas establecen para delimitarlas, como a continuación justificaremos, podemos encontrarnos hasta en cuatro escenarios diferentes. En primer lugar, una entidad patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP; en segundo lugar, una entidad patrimonial del IS puede tener sus participaciones no exentas en el IP; en tercer lugar, una entidad no patrimonial del IS puede tener sus participaciones no exentas en el IP; y, por último, una entidad no patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP.

Para llegar a las conclusiones anteriores resulta necesario analizar tanto los caracteres que debe reunir una entidad para ser patrimonial en el IS (a tal efecto, nos remitimos a lo dicho en

epígrafes anteriores) como los requisitos que la Ley del IP determina que deben reunir las participaciones de las entidades para estar exentas.

Para este propósito, es el artículo 4, apartado 8, dos, de la Ley del IP, el que establece las condiciones que deben concurrir en las participaciones de las entidades para que estén exentas, son las siguientes: «a) Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes: 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». A estos efectos, «para determinar si existe actividad económica o si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella, se estará a lo dispuesto en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Tanto el valor del activo como el de los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que esta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad. A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos: 1.º No se computarán los valores siguientes: Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias. Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas. Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto. Los que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en esta letra. 2.º No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por ciento, de la realización de actividades económicas. b) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción. c) Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal...».

En definitiva, sin necesidad de efectuar un análisis exhaustivo de los requisitos que establece la Ley del IP para considerar exentas las participaciones de las entidades, si hacemos un estudio comparativo de las condiciones que exige esta norma y la nueva LIS podemos justificar

cada uno de los escenarios que habíamos planteado. Así, si bien es cierto que la casuística puede arrojar indeterminados supuestos reales, nosotros vamos solamente a señalar un ejemplo para cada uno de los casos.

Así, en primer lugar, hemos dicho que una entidad patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP. En efecto, existe un requisito en la Ley del IP, diferente al previsto en la nueva LIS, a tener en cuenta. Se trata de los valores y los elementos no afectos a la actividad económica que «no se computarán» siempre que su precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad procedentes de la realización de actividades económicas, «con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores»³⁶. En definitiva, en el activo de la entidad pueden encontrarse «elementos no afectos» (por ejemplo, dinero o derechos de crédito) que para determinar la mitad no afecta en el IP no deben computarse mientras que para el IS deben tenerse en cuenta. La clave está, precisamente, en el diferente plazo que establecen dichas normas.

En segundo y tercer lugar, hemos indicado que una entidad patrimonial, o una no patrimonial, del IS pueden tener sus participaciones no exentas en el IP. Quizá este sería el supuesto más sencillo de ejemplificar. Así, puede observarse que la Ley del IP contiene dos elementos que son irrelevantes en la nueva Ley del IS. Nos referimos, por un lado, al porcentaje de participación que como mínimo debe tener en la entidad participada la persona física accionista (5%, a título individual, o 20%, conjuntamente con su grupo familiar), y, de otra parte, a la retribución que se le exige al sujeto pasivo que ejerce funciones de dirección. En consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de estos dos requisitos exigidos al titular de las participaciones hace que, no solo la entidad patrimonial del IS, sino cualquier entidad de este impuesto no tenga sus participaciones exentas en el IP.

Por último, hemos dicho que una entidad no patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP. Quizá este será el supuesto más común, siempre y cuando, eso sí, se reúnan todos los requisitos establecidos en la Ley del IP.

³⁶ Curiosamente, si bien la finalidad que tenían los regímenes de transparencia fiscal y de sociedades patrimoniales previstos en normativas anteriores es diferente a la que hoy se desprende de las entidades calificadas como «patrimoniales» en la nueva LIS, no puede obviarse que la calificación como unas u otras requería la concurrencia de requisitos similares. Así, no podemos dejar de lado que alguno de ellos es ahora de carácter más restrictivo que lo era antaño. Por ejemplo, el artículo 61 del Real Decreto Legislativo 4/2004 (recogiendo lo establecido en el art. 75 de la Ley 43/1995) establecía que «No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por ciento, de la realización de actividades económicas.»

En definitiva, tras este breve análisis, hemos querido demostrar que el hecho de calificar en el IS a una entidad como patrimonial no implica automáticamente, como se ha señalado en algún apresurado comentario al proyecto legislativo, que sus participaciones se encuentren no exentas en el IP.

4. EFECTOS QUE SE DERIVAN DE LA CONSIDERACIÓN DE UNA ENTIDAD COMO PATRIMONIAL

A lo largo de este trabajo hemos constatado –en reiteradas ocasiones– que los efectos de la calificación de «entidad patrimonial» que se hace en la nueva LIS tienen una proyección exclusiva en el propio IS. En efecto, la nueva LIS, ni para considerar a una entidad como tal recurre a los requisitos establecidos en otro impuesto (por ejemplo, los previstos para aplicar la exención de las participaciones de una entidad en el Impuesto sobre el Patrimonio), ni tan siquiera extiende los efectos de esta calificación a otros impuestos.

De este modo, resta por determinar los efectos concretos que va a tener en el IS la consideración como entidad patrimonial, todos ellos previstos en los preceptos de la nueva LIS que a continuación enumeramos.

En primer lugar, el artículo 21, en su apartado 5, de la nueva LIS, restringe la aplicación de la exención para evitar la doble imposición a aquella parte de las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de las entidades patrimoniales que se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación. En cambio, no se impide la aplicación de la exención prevista en este precepto sobre los dividendos recibidos de estas entidades. Además, como estas entidades pueden ser calificadas como patrimoniales en determinados ejercicios y no serlo en otros, se establece que la exención solamente no se aplicará respecto de aquella parte de las rentas que proporcionalmente se corresponda con los periodos impositivos en que hubiesen tenido tal carácter durante la tenencia de la participación. El mismo criterio se aplicará en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo.

En segundo lugar, el apartado 4, del artículo 26, establece que no podrán ser objeto de compensación las bases imponibles negativas que tenga pendientes de compensar una entidad patrimonial, cuando además concurren las siguientes circunstancias: a) La mayoría del capital social o de los derechos a participar en los resultados de esta entidad hubiera sido adquirida por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del periodo impositivo al que corresponde la base imponible negativa; y, b) Estas personas o entidades hubieran tenido una participación inferior al 25% en el momento de la conclusión del periodo impositivo al que corresponde la base imponible negativa. En definitiva, se restringe la aplicación de la compensación de bases imponibles negativas a las entidades que sean trans-

mitidas bajo ciertos condicionantes, entre ellos, que la entidad que se transmite tenga el carácter de patrimonial. Sin embargo, nada se dice en torno a cuándo debe tener la consideración de patrimonial la entidad transmitida. Nos queda la duda así de determinar si solamente debe ser patrimonial en el ejercicio de la transmisión, lo cual no parece lógico, o bien si solo deben tenerse en cuenta los ejercicios en los que tuvo esta condición. Aunque esto no queda claro en el texto legal, aplicando un criterio lógico, nos inclinamos por esta última interpretación.

En tercer lugar, el artículo 29 establece que el tipo reducido del 15 % no les resulta de aplicación a aquellas entidades que tenga la consideración de entidad patrimonial. Recordemos que el tipo general que se establece en este precepto es del 25 %, no obstante, se prevé la aplicación del tipo del 15 %, en el primer periodo impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente, a las entidades de nueva creación que realicen actividades económicas. Adviértase, sin embargo, de que la disposición transitoria trigésima cuarta de la nueva LIS establece, entre las *Medidas temporales aplicables en el periodo impositivo 2015*, y con efectos para los periodos impositivos que se inicien dentro del año 2015, determinadas especialidades entre las que se encuentran algunas referidas al tipo de gravamen. En particular, determina que el tipo de gravamen general será del 28 % [letra i)], no obstante, según se dispone en la letra j), las entidades que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 101 de la ley tributarán, excepto si de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 deban tributar a un tipo diferente del general, por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros, al tipo del 25 %; y, por la parte de base imponible restante, al tipo del 28 %. Esta escala no resulta de aplicación a las entidades patrimoniales, pues, como diremos más adelante, es el propio artículo 101 el que las excluye expresamente. Sin embargo, nada dice la citada disposición transitoria de la nueva LIS, sobre la procedencia de utilizar el tipo de gravamen previsto en la letra k) a las entidades patrimoniales en 2015. Recordemos que según lo dispuesto en esta letra k), tributarán al 25 % «las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en los periodos impositivos iniciados en 2015 sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media en los mismos sea inferior a 25 empleados». A continuación se establecen determinados requisitos en lo referente al mantenimiento de la plantilla pero nada se dice sobre la exclusión de las entidades patrimoniales, por lo que entendemos que, ante la ausencia de exclusión legal expresa, podría llegar a pensarse que no cabe restringir la aplicación de este supuesto especial a este tipo de entidades. Sin embargo, no se puede llegar a esta conclusión si se aplica la doctrina administrativa y jurisprudencial –la cual analizaremos más adelante–, que considera que no cabe hablar de cifra de negocios en las entidades que no tienen actividad económica.

En cuarto lugar, el artículo 100, en su apartado 12, dentro del capítulo dedicado por la nueva LIS al régimen especial de transparencia fiscal internacional, establece, al regular el cálculo de la renta derivada de la transmisión de las participaciones de una entidad (en concreto, para la imputación de rentas positivas obtenidas por entidades no residentes), que el valor de adquisición se incrementará en el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, se correspondan con rentas que hubiesen sido imputadas a los socios como rentas de sus acciones o participaciones en el periodo de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión. Concretando acto seguido que, en el caso de entidades que tengan la consideración de entidad patri-

monial, «el valor de transmisión a computar será como mínimo, el valor del patrimonio neto que corresponda a los valores transmitidos resultante del último balance cerrado, una vez sustituido el valor contable de los activos por el valor que tendrían a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio o por el valor de mercado si este fuere inferior». En este específico supuesto, la nueva ley ha modificado, respecto del total contenido del precepto que regulaba esta misma cuestión en la ley precedente (art. 107, apdo. 10), la referencia que se hacía a «las sociedades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el artículo 4.Ocho de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio» por la referencia hecha ahora a «las entidades patrimoniales». Esta modificación no puede pasar desapercibida, pues, como ya hemos indicado a lo largo de este trabajo, el concepto de «entidad patrimonial» no tiene por qué ser coincidente con el de una entidad que tiene sus participaciones no exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio.

En quinto lugar, el artículo 101 establece que los incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión no resultarán de aplicación cuando la entidad tenga la consideración de entidad patrimonial. Se trata de un esperado supuesto expreso de exclusión, a tenor de la doctrina administrativa y jurisprudencial vertida a la luz de la anterior legislación en torno a la aplicación de dicho régimen a las entidades que no se acomodaban al concepto de «empresa». Recordemos que este criterio había sido sostenido por la Dirección General de Tributos³⁷; por los Tribunales económico-administrativos³⁸; por la Audiencia Nacional³⁹; y, finalmente, también por el Tribunal Supremo⁴⁰. De este modo, en esta última Sentencia citada, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo establece que «a partir de que el régimen de empresas de reducida dimensión supone el reconocimiento de un incentivo fiscal al ejercicio de actividades económicas por las mismas, el motivo debe desestimarse ante la carencia de organización empresarial puesta de manifiesto por la resolución del TEAC y confirmada igualmente por la sentencia de instancia». De este modo, este Tribunal no hace más que confirmar una interpretación que venía ya siguiendo desde su Sentencia de 5 de julio de 2012, además de ratificar el criterio mantenido por la sentencia de instancia de la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, de fecha 18 de octubre de 2012, en la que se establecía que «el beneficio regulado por la norma fiscal se hace depender del "importe neto de la cifra de negocios" realizados por la entidad en el ejercicio correspondiente; en definitiva, el sustento fáctico sobre el que se asienta la aplicación de dicho beneficio se predica de la existencia de una actividad empresarial originadora de la "cifra de negocios" y el "importe" de los mismos». Así las cosas, teniendo en cuenta que el concepto de «cifra de negocios» da a entender que los ingresos que lo componen deben provenir de una actividad económica, se concluye que «no es

³⁷ Por todas, véase la contestación a la Consulta de fecha de 8 de julio de 2014, referencia V1771/2014 (NFC052284).

³⁸ Entre otras, véase la Resolución del TEAC de fecha de 30 de mayo de 2012 (NFJ047068).

³⁹ Véase, a este respecto, la Sentencia de 18 de octubre de 2012, recurso 338/2009 (NFJ057852).

⁴⁰ Entre otras, en sus Sentencias de 5 de julio de 2012, recurso 724/2010 (NFJ048308); y, en la más reciente de fecha de 27 de noviembre de 2014, recurso 4070/2012 (NFJ057851).

posible extender este concepto a las entidades de mera tenencia de bienes que no desarrollan actividad mercantil alguna».

Por último, en el apartado 1 del artículo 107, se establece de manera expresa que las entidades patrimoniales no podrán acogerse al régimen especial de las entidades de tenencia de valores extranjeros. A este respecto, solamente nos queda advertir de que la diferencia con el texto de la ley anterior que regulaba este régimen (art. 116, apdo. 1) se encuentra en la distinta concepción que ahora se ofrece de las entidades de similares características que quedan excluidas de este régimen especial. Así, si bien ahora se hace una expresa referencia a las entidades patrimoniales (según la definición dada a las mismas en la propia ley), la normativa precedente excluía a las entidades que tenían como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en la Ley del IP, añadiendo además determinados requisitos relativos a la composición de su accionariado (grupo familiar, personas jurídicas de derecho público, etc.). En definitiva, ya hemos tenido la oportunidad de comentar que una entidad patrimonial definida como tal por la nueva LIS no tiene por qué ser coincidente con la entidad que puede tener no exentas sus participaciones en el Impuesto sobre el Patrimonio. En consecuencia, podría darse el caso, a tenor de este, posiblemente inadvertido, cambio normativo que entidades que antes no podían acogerse al régimen especial lo pudieran hacer ahora y viceversa.

5. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

A dos conclusiones de carácter general llegamos tras la realización de este estudio. La primera, relativa a la razón que ha hecho que se incorpore en la nueva LIS un tratamiento especial para las entidades patrimoniales. Y, la segunda, una vez establecida por el legislador esta singular calificación –no es ni tan siquiera un régimen especial–, se refiere a la valoración del motivo que ha propiciado singularizar la condición de entidad patrimonial a los solos efectos del IS.

En lo que respecta a la primera conclusión, hemos dicho que no tenemos clara la razón que ha llevado al legislador a incorporar esta categoría de entidades en el seno del IS (impuesto, cuya mejor denominación podría ser hoy en día la de Impuesto sobre la Renta de las Entidades). El motivo es sencillo de explicar. Si como se anuncia en la exposición de motivos de la nueva LIS, la finalidad primordial del impuesto es gravar las rentas obtenidas en la realización de actividades económicas (lo que justificaría la novedosa inclusión de las sociedades civiles que tengan objeto mercantil como contribuyentes del impuesto), no parece adecuado que también se pretendan gravar, y además darles la consideración de contribuyente, a aquellas entidades que no desarrollan una actividad económica. Posiblemente, alguna razón de coherencia con lo establecido para situaciones más o menos similares en normativas anteriores (nos referimos a los regímenes especiales de transparencia fiscal y de sociedades patrimoniales) ha sido la justificación de ello. Sin embargo, esto se diluye si se observan las diferentes consecuencias que de la pertenencia a aquellos regímenes se derivaban (básicamente se les quería hacer tributar con parámetros del

IRPF) respecto de las que ahora se observan para las llamadas entidades patrimoniales. De este modo, se ha creado un ente, un *tertium genus*, que con los parámetros de la legislación anterior no se puede identificar ni como «sociedad transparente» ni como «sociedad patrimonial», pero al que tampoco le es de aplicación la totalidad de las normas que sí lo son para el contribuyente en el nuevo impuesto que tributa en el régimen general.

La segunda conclusión trae causa de las características específicas que la nueva LIS impone para que una entidad tenga el carácter de patrimonial. Así, de un lado, aunque a lo largo de este trabajo hemos pretendido interpretar todos y cada uno de los elementos que intervienen para calificar como patrimonial a una entidad, no podemos aventurar que su aplicación sea plenamente pacífica. De este modo, conseguir un pleno entendimiento en torno a conceptos tales como el de actividad económica (en particular, cuando esta consiste en el arrendamiento de inmuebles), valores, dinero, derechos de crédito o grupo societario, nos parece que va a ser una ardua labor. Y, de otra parte, no consideramos acertada la decisión del legislador de alejar la configuración dada a las entidades patrimoniales de la ofrecida a las sociedades de tenencia de bienes por el Impuesto sobre el Patrimonio. Esta última, por el paso de los años y tras numerosas interpretaciones efectuadas por la Administración tributaria, doctrina científica y tribunales de justicia, se encuentra bastante asentada en nuestro derecho, lo que ofrece ciertas garantías de una seguridad jurídica que no dará la de tener que recurrir a normas diferentes para, en definitiva, alcanzar objetivos de carácter similar. No encontramos por ello motivo alguno que justifique esta distinta configuración.

Bibliografía

ALONSO ARCE, I. [2014]: «El arrendamiento de inmuebles y el concepto de actividad económica», *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*, número 191, págs. 41-42.

CHECA GONZÁLEZ, C. [2009]: «El concepto de "actividad económica" a efectos del IVA (SSTJCE de 26 de junio de 2007. As. C-284/04 y C-369/04, T-Mobile Austria GMBH y otros, y Hutchinson 3G UK Ltd. y otros)», *Noticias de la Unión Europea*, número 290, págs. 39-43.

LUCAS DURÁN, M. [2011]: «SSTJCE 21-2-2006, Halifax, As. C 255/02 y University of Huddersfield, As. C-223/03: Sexta directiva IVA. Artículos 2, punto 1, 4, apartados 1 y 2, 5, apartado 1, y 6, apartado 1. Actividad económica. Entregas de bienes. Prestaciones de servicios. Operaciones realizadas con la única finalidad de obtener una ventaja fiscal», *Crónica tributaria*, número 138, págs. 239-248.

MARTÍNEZ LAFUENTE, A. [2009]: «La actividad económica ante el sistema tributario. Especial referencia a la actividad urbanizadora», *Impuestos*, número 8, págs. 11-46.

MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.) [2014]: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters, Madrid, 12.^a edición.

PÉREZ ARANA, R. [2004]: «El arrendamiento de inmuebles: su tributación en el IRPF e implicaciones en otros impuestos», *Estrategia financiera*, número 211, págs. 72-75.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y GINER PARREÑO, C. A. [2008]: «Jurisprudencia comunitaria. Art. 82 CE: conceptos de empresa y de actividad económica: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 1 de julio de 2008, en el asunto C-49/2007 (MOTOE)», *Derecho de los negocios*, número 217, pág. 64.

ROIG SÁNCHEZ, A. [2014]: «Arrendamiento de inmuebles: local y empleado. Requisitos mínimos pero no suficientes en los grupos de sociedades», *Diario La Ley*, número 8.265.

VILLAR EZCURRA, M. [2007]: «STJCE 21-4-2005, Finanzamt Bergish Gladbach y HE, As. C-25/03: Sexta Directiva IVA: Construcción de un inmueble de uso residencial por una sociedad conyugal que no desarrolla, como tal, una actividad económica - Derecho a deducción», *Crónica tributaria*, número 125, págs. 213-220.

2.1. LAS ENTIDADES PATRIMONIALES DE VALORES

Tal como hemos advertido anteriormente, la nueva LIS, en el apartado 2 de su artículo 5, califica de forma expresa como entidad patrimonial a toda entidad contribuyente en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores.

Sin embargo, a tenor de lo establecido en el precepto citado, la anterior apreciación no es más que el punto de partida para poder calificar como entidad patrimonial a una entidad poseedora de «valores». A tal efecto, deben seguirse varias reglas que vendrán a configurar sin duda alguna una singular guía para delimitar este carácter.

Así, siguiendo un proceder de actuación lógica en primer término, deberíamos cuantificar su activo total y, en relación con este, el porcentaje que ocupa la valoración contable que tengan, luego la redundancia, los «valores» incluidos en el mismo.

A tal efecto, resulta necesario determinar los elementos del activo que tienen la consideración de «valores».

A este respecto, el preámbulo de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, no ofrece mucha luz, al señalar que esta ley «reposa sobre el concepto de «valores» o, para mayor precisión, de «valores negociables», concepto difícil de definir de forma escueta en el articulado de un texto legal. Consecuentemente con esta apreciación de tono general, lejos de establecer una unívoca definición del concepto de «valores», establece en su artículo 2 una lista exhaustiva de carácter muy ilustrativo, al indicar que se considerarán en todo caso «valores negociables», a los efectos de esta ley, los siguientes: a) Las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren; b) Las cuotas participativas de las cajas de ahorros y las cuotas participativas de asociación de la Confederación Española de Cajas de Ahorros; c) Los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables; d) Las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias; e) Los bonos de titulización; f) Las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva; g) Los instrumentos del mercado monetario entendiéndose por tales las categorías de instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario tales como las letras del Tesoro, certificados de depósito y pagarés, salvo que sean librados singularmente, excluyéndose los instrumentos de pago que deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables; h) Las participaciones preferentes; i) Las cédulas territoriales; j) Los *warrants* y demás valores negociables derivados que confieran el derecho a adquirir o vender cualquier otro valor negociable, o que den derecho a una liquidación en efectivo determinada por referencia, entre otros, a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas, riesgo de crédito u otros índices o medidas; k) Los demás a los que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyan la condición de valor negociable; y, l) Las cédulas y bonos de internacionalización.

Quizá, tras esta ilustrativa lista de «valores negociables» ofrecida por la Ley del Mercado de Valores, lógicamente, para completar nuestro pretendido objeto de determinar los elementos del activo que tienen la consideración de «valores», solamente nos restaría averiguar cuáles son los «valores no negociables».

Para este propósito, resulta del todo apropiado acudir al texto del Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007), en particular, a su Cuarta Parte, donde se encuentra el Cuadro de Cuentas. Se trata, en definitiva, de señalar las cuentas que denominan de forma directa o indirecta como «valores» las inversiones efectuadas por la entidad. A tal efecto, podemos señalar seis cuentas, las tres primeras incluidas en el activo no corriente del balance y las otras tres en el activo corriente. Nos referimos a las siguientes: 1) Cuenta 241, «Valores representativos de deuda a largo plazo de partes vinculadas», que incluye las inversiones a largo plazo en obligaciones, bonos u otros valores representativos de deuda, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos, emitidos por partes vinculadas, con vencimiento superior a un año; 2) Cuenta 250, «Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio», que incluye las inversiones a largo plazo en derechos sobre el patrimonio neto –acciones con o sin cotización en un mercado regulado u otros valores, tales como participaciones en instituciones de inversión colectiva, o participaciones en sociedades de responsabilidad limitada– de entidades que no tengan la consideración de partes vinculadas; 3) Cuenta 251, «Valores representativos de deuda a largo plazo», incluye las inversiones a largo plazo en obligaciones, bonos u otros valores representativos de deuda, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos; 4) Cuenta 530, «Participaciones a corto plazo en partes vinculadas», incluye las inversiones a corto plazo en derechos sobre el patrimonio neto –con o sin cotización en un mercado regulado– de partes vinculadas; generalmente, acciones emitidas por una sociedad anónima o participaciones en sociedades de responsabilidad limitada; cuenta 531, «Valores representativos de deuda a corto plazo de partes vinculadas», incluye las inversiones a corto plazo en obligaciones, bonos u otros valores representativos de deuda, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos, emitidos por partes vinculadas, con vencimiento no superior a un año; 5) Cuenta 540, «Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio», incluye las inversiones a corto plazo en derechos sobre el patrimonio neto –acciones con o sin cotización en un mercado regulado u otros valores, tales como participaciones en instituciones de inversión colectiva, o participaciones en sociedades de responsabilidad limitada– de entidades que no tengan la consideración de partes vinculadas; y, 6) Cuenta 541, «Valores representativos de deuda a corto plazo», que incluye las inversiones a corto plazo, por suscripción o adquisición de obligaciones, bonos u otros valores de renta fija, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos.

Consideramos que, teniendo en cuenta tanto la lista de «valores negociables» incluida en la Ley del Mercado de Valores como las definiciones de las cuentas contables indicadas en el Plan General de Contabilidad, hemos conseguido nuestro objetivo. A tal efecto, no pensamos que resulte relevante lo establecido en el artículo 92 (la acción como valor mobiliario) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) (aprobada por el RDLeg. 1/2010), cuando determina lo siguiente: «1. Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por

medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios; 2. Las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores»⁴.

En nuestra opinión, cuando el precepto citado, en su apartado 2, dice que «las participaciones sociales... no tendrán el carácter de valores», debe entenderse que se está refiriendo a que no tendrán el carácter de «valores mobiliarios»⁵.

Téngase en cuenta que la diferencia más importante que existe entre las participaciones y las acciones, y uno de los rasgos más significativos que distinguen a la sociedad de responsabilidad limitada de la sociedad anónima, se encuentra en la manera de representación que cada una de ellas tiene. Así, mientras que en la sociedad anónima las acciones pueden estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, teniendo en ambos casos la consideración de valores mobiliarios («valores negociables» en la terminología de la Ley del Mercado de Valores), en cambio, en las sociedades de responsabilidad limitada se prohíbe expresamente que las participaciones sociales estén representadas de ese modo. Precisamente, entre otras cosas, lo más importante que trae como consecuencia la negación del carácter de valor a la participación social y la prohibición de representarla mediante títulos o anotaciones, es que no se le puede aplicar a su circulación el régimen especial de los títulos-valores, careciendo de este modo de aptitud circulatoria imprescindible para ser objeto de transmisiones masivas e impersonales, como las que se producen en los mercados de valores⁶.

Puntualícese, finalmente, que la definición que el diccionario de la RAE ofrece del término «valores» es la siguiente: «Títulos representativos o anotaciones en cuenta de participación en sociedades, de cantidades prestadas, de mercaderías, de depósitos y de fondos monetarios, futuros, opciones, etc., que son objeto de operaciones mercantiles».

⁴ Redacción que recoge el contenido de dos preceptos derogados tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital. Por un lado, del artículo 51 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010), en el que se establecía lo siguiente: «Representación de las acciones. Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios»; y, de otro parte, el contenido del artículo 5 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010) que establecía lo siguiente: «1. El capital social estará dividido en participaciones indivisibles y acumulables. Las participaciones atribuirán a los socios los mismos derechos, con las excepciones expresamente establecidas en la presente ley. 2. Las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones».

⁵ Esta conclusión podría estar corroborada por lo que dice la Directiva 85/611/CEE, del Consejo de 20 de diciembre, refundida en la Directiva 2009/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, cuando define los valores mobiliarios como: «a) las acciones y demás valores asimilables a acciones; b) las obligaciones y demás formas de deuda titulizada; y, c) cualesquiera otros valores negociables que otorguen derecho a adquirir dichos valores mobiliarios mediante suscripción o canje, excluidas las técnicas e instrumentos contemplados en el artículo 21».

⁶ *Vid.* una exposición más detallada de las diferencias que existen entre las acciones y las participaciones sociales, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (2014), págs. 464 a 468.

A fortiori, también la interpretación ofrecida por la Dirección General de Tributos, a través de la resolución de diversas consultas vinculantes [entre otras, V1661/2009 (NFC034595); V2046/2009 (NFC035624)], resulta coherente con la interpretación general del concepto de valores que hemos adoptado, cuando considera que por «valores» deben entenderse «los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, u otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la ley, como es el caso de participaciones en fondos de inversión—art. 20 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva—, y en general títulos representativos del capital social de entidades que ostentan la condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. Cuando un ente tiene personalidad jurídica, las participaciones en su patrimonio se consideran valores...».

En definitiva, en nuestra opinión, por las razones esgrimidas, entendemos que el término «valores» que se incluye en el artículo 5 de la nueva LIS comprende también a las participaciones sociales en las que se divide el capital de las sociedades de responsabilidad limitada.

En segundo lugar, una vez calificados como «valores» los elementos integrantes del activo de la entidad, debe advertirse de que la nueva LIS considera que «no deben computarse» los siguientes: «a) Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias; b) Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas; c) Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto; y 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 correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en este apartado. Esta condición se determinará teniendo en cuenta a todas las sociedades que formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».

Aunque parezca innecesario hacer mención expresa a ello, es interesante puntualizar que el hecho de que estos «valores», tal como establece el precepto citado, «no deben computarse», significa realmente que estos valores deben considerarse como «afectos». Y ello, precisamente, a los efectos de computar el porcentaje del activo que se encuentra afecto o no afecto a una actividad económica. De tal manera que no tendrá la calificación de entidad patrimonial aquella entidad en la que más de la mitad de su activo esté compuesto por esta categoría de activos, independientemente de cuál sea la actividad (económica o no) de la entidad o del tipo de elementos que formen el resto del activo⁷.

⁷ Interpretando un supuesto que consideramos similar, este es, el previsto en el artículo 75.1 a) de la Ley 43/1995 [que contaba con una redacción casi idéntica de la contenida en el artículo 61.1 a) del texto refundido, aprobado por RDLeg. 4/2004], se expresa la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de noviembre de 2011 [rec. 470/2008 (NFJ044998)], cuyo criterio ha sido confirmado por la Sentencia, resolviendo el recurso de casación, del Tribunal Supremo de fecha 3 de abril de 2014 [rec. 6437/2011 (NFJ057850)], al entender que «cuando la norma prevé que no

Por otro lado, en lo referente a la interpretación de las cuatro categorías de «valores» que en particular «no deben computarse» en el activo, poco podemos añadir a lo ya dicho por la doctrina científica, administrativa y jurisprudencial, en los análisis efectuados de supuestos prácticamente idénticos pero utilizados para otros fines impositivos.

Quizá, a efectos de nuestro análisis, tan solo despierta un cierto interés particular la referencia que se hace a algunos aspectos mencionados en la cuarta categoría. Por un lado, porque se observa una diferencia en su redacción respecto de la utilizada en supuestos similares (en concreto, en el Impuesto sobre el Patrimonio⁸), y, de otra parte, porque en su texto se siguen incluyendo determinados requisitos puntuales sobre los que todavía continúan vertiéndose algunas interpretaciones de diversa índole.

Así, por ejemplo, la nueva LIS fija el porcentaje de valores mínimo a ostentar en «el 5 por ciento del capital de una entidad», añadiendo, además, que estos «se posean durante un plazo mínimo de un año». Mientras que en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio se dice que no se computarán los valores «que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto».

Es evidente esta diferencia. Recordemos que la Ley de Sociedades de Capital⁹ establece la posibilidad de que tanto las sociedades de responsabilidad limitada como las anónimas puedan crear participaciones sociales (las unas) o emitir acciones (las otras) sin derecho a voto (participaciones o acciones mudas), respectivamente, siempre que respeten una serie de límites previs-

pueden computarse como no afectos, es porque deben computarse como afectos, señalando a favor de ello que dos negaciones implican una afirmación». En definitiva, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concluye que «los beneficios no distribuidos deben ser considerados parte del activo de la sociedad. Y además, si se trata de beneficios de la actividad empresarial con mayor razón deben ser considerados no solamente como activos, sino en principio, por subrogación, como activos empresariales, que han producido los beneficios en los que se plasman».

⁸ Tal como hemos indicado, la Ley 19/1991, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio, establece en su artículo 4, apartado 8, dos, letra a), que a efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos: «1.º No se computarán los valores siguientes: Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias; Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas; Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto; Los que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en esta letra». A este respecto, véanse también algunos de los requisitos previstos en, entre otros, los artículos 21, que regula la *exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español*; el artículo 116, encargado de regular el régimen de entidades de tenencia de valores extranjeros, ambos preceptos contenidos en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (vigente hasta el 1 de enero de 2015); o, el artículo 107 de la nueva LIS, donde al regular la *Entidades de tenencia de valores extranjeros* también hace referencia expresa a la exigencia de la «correspondiente organización de medios materiales y personales».

⁹ Aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

tos en la propia normativa¹⁰. Consecuentemente, puede no coincidir el porcentaje de capital que se ostente con la cantidad de derechos de voto que se tengan. Este hecho es el que puede ocasionar que los valores no se computen a efectos del IS para determinar la condición de entidad patrimonial y que, sin embargo, el titular de las acciones o participaciones no las tenga exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio, o viceversa.

Además, en cuanto a la exigencia de un plazo mínimo de tenencia de la participación nada se dice en este último impuesto, mientras que la nueva LIS sí que establece que la participación debe tenerse como mínimo durante un año. Esta diferencia entre la regulación ofrecida por ambos impuestos puede generar alguna duda interpretativa puesto que no se señala si este plazo debe estar cumplido cuando se deba evaluar el «no cómputo» o bien si se trata de un plazo que, sin estar cumplido en el momento de dicha evaluación, solamente es necesario que se cumpla. Recordemos que en la nueva LIS existen supuestos en los que se vincula un determinado efecto al cumplimiento de un plazo mínimo de tiempo de tenencia de un nivel de participación. Sin embargo, en estos supuestos, el legislador sí que despeja las dudas que en torno a su interpretación podrían plantearse. Así, por ejemplo, el artículo 21, al regular la exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español, dice lo siguiente: «La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el periodo en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas». Pensamos que esta debe ser la interpretación que debe darse al plazo mínimo contenido en el artículo 5, y ello en coherencia con esta y otras matizaciones efectuadas con un propósito similar en el texto legal¹¹.

¹⁰ Así se establece en el artículo 98 de esta ley, en el sentido siguiente: «Las sociedades de responsabilidad limitada podrán crear participaciones sociales sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital y las sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado». Añadiendo, el artículo 188 que: «1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto. 2. En la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. 3. En la sociedad anónima, los estatutos podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, sin perjuicio de la aplicación a las sociedades cotizadas de lo establecido en el artículo 527».

¹¹ En otros preceptos de la nueva LIS se establece, o bien un criterio idéntico al establecido en el citado artículo 21 (en este sentido, el art. 32), o bien, un indiscutible plazo de cómputo; así, en el artículo 87.1, se dice «Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior», o en el artículo 92, letra b), cuando dice lo siguiente: «siempre que, en ambos casos, los valores se mantengan ininterrumpidamente en el patrimonio de la entidad por un plazo de 10 años».

Por otra parte, se sigue requiriendo que la entidad disponga de una organización de medios materiales y personales para dirigir y gestionar la participación.

La nueva LIS no establece (como tampoco hacía su antecesora), a estos efectos, un umbral concreto de medios materiales o personales mínimos requeridos para ejercer la función anterior. Ha sido, para cubrir esta laguna legal, la Dirección General de Tributos la que ha venido estableciendo cuándo debe entenderse que existen medios personales adecuados, si bien lo ha efectuado para el recto entendimiento de otros preceptos¹², aunque *mutatis mutandis*, puede ser perfectamente aplicable al contenido del precepto analizado hoy por nosotros. De este modo, entiende el citado órgano administrativo que este requisito se cumple «cuando algún miembro del Consejo de Administración se ocupe asimismo de la adecuada dirección y gestión de las participaciones. Por el contrario, si la dirección y gestión de las participaciones se desarrollara en su totalidad por medios ajenos, se entendería incumplido este requisito y los valores en cuestión habrían de computarse para determinar la posible inclusión en el régimen de transparencia fiscal»¹³.

De igual manera, aunque en esta ocasión interpretando el mismo requisito pero previsto para un supuesto legal distinto¹⁴, la Dirección General de Tributos ha venido considerando que la organización de medios materiales y personales adecuados para tomar las decisiones necesarias en orden a su correcta administración se exige... «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».

De este modo, recapitulando, lo importante, a estos efectos, es que la entidad disponga, al menos, de medios personales, aunque mínimos, que se ocupen de su gestión ordinaria mediante la adecuada administración de las participaciones poseídas, aunque esta gestión no implique, en sí misma y a efectos del IS, el desarrollo de una actividad empresarial. Sin embargo, por el contrario, si la dirección y gestión de las participaciones se desarrollara en su totalidad por medios ajenos, consideraremos que este requisito no se cumple y los valores en cuestión habrán de computarse como no afectos¹⁵.

Finalmente, si tenemos en cuenta que son tres los requisitos que se establecen para que los valores de la cuarta categoría «no se computen» para determinar la mitad del activo: a saber, el primero, el porcentaje mínimo de participación; el segundo, la existencia de una organización; y,

¹² En particular, dando luz a idéntico requisito establecido en el artículo 75.1 a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, referido a las «sociedades transparentes».

¹³ Contestación a una Consulta vinculante de fecha 7 de mayo de 2001, referencia V0026/2001 (NFC012828).

¹⁴ Nos referimos al artículo 61 del Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, regulando el régimen de las «sociedades patrimoniales».

¹⁵ Contestación a una Consulta vinculante de fecha 15 de febrero de 2005, referencia V0227/2005 (NFC024864), aplicable perfectamente a la interpretación de los términos que ahora estamos realizando, aunque la Dirección General de Tributos se esté refiriendo en la misma a la aplicación del derogado régimen de sociedades patrimoniales.

el tercero, que la entidad participada no tenga la condición de patrimonial, cuando en este apartado se establece *in fine* que «esta condición se determinará teniendo en cuenta a todas las sociedades que formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas», debemos interpretar sin duda alguna que se está refiriendo solamente al tercer requisito. En definitiva, de lo antedicho deducimos que, para determinar si la participada es o no una entidad patrimonial debemos hacer una análisis conjunto de todas las sociedades que formen parte de un grupo societario, tal como nos dice el texto legal.

Se introduce así un nuevo aspecto a tener en cuenta que requiere de un peculiar análisis. Este consistirá en determinar cuándo una sociedad forma parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio. Sin duda alguna, no solo nos encontramos ante un aspecto de difícil determinación desde un punto de vista teórico sino también lo es desde un punto de vista práctico. En este trabajo nos centraremos en despejar algunas de las cuestiones cuya controversia teórica todavía no arroja una incontestable luz. Las dudas prácticas aparecerán caso a caso y, en consecuencia, estas deberán resolverse atendiendo a cada situación en particular.

De este modo, respecto al denominado aspecto teórico, no podemos si no partir de la dicción del artículo 42 del Código de Comercio donde se establece que existe un grupo cuando «una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona».

En torno a qué entidades pueden o no formar parte de un grupo mercantil, la reforma introducida en el Derecho contable por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, siguiendo a este respecto el criterio establecido por el ICAC¹⁶, define

¹⁶ Boletín Oficial de Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (BOICAC) número 83/2010, consulta 1 (NFC039175).

dos conceptos de grupo: a) El regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, que podríamos denominar de subordinación, formado por una sociedad dominante y otra u otras dependientes controladas por la primera; y, b) el grupo de coordinación, integrado por empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas, físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, previsto en la indicación decimotercera del artículo 260 del TRLSC y en la NECA n.º 13, «Empresas del grupo, multi-grupo y asociadas» del PGC.

La relación de subordinación a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio es la consecuencia de que una sociedad posea la mayoría de los derechos de voto, o de la facultad de nombrar o haber designado a la mayoría de los miembros del órgano de administración, circunstancia que también requiere, con carácter general, gozar de los derechos de voto. Sin embargo, no es menos cierto que el artículo 42 del Código de Comercio contempla la posibilidad de que el control se puede ejercer sin participación, configurándose a partir de esta conclusión una nueva tipología de sociedades dependientes, las denominadas «entidades de propósito especial», para cuya identificación uno de los aspectos más relevantes a considerar será la participación de una sociedad en los riesgos y beneficios de otra.

Téngase en cuenta que la principal consecuencia de la reforma del artículo 42 del Código de Comercio, elaborada por la Ley 16/2007, fue la eliminación de la obligación de consolidar para los denominados «grupos de coordinación», integrados por las empresas sometidas a una misma unidad de decisión; concepto jurídico que permite identificar la obligación de consolidar cuando varias sociedades están controladas por terceros no obligados a consolidar, por carecer de la forma societaria mercantil, en particular, este tipo de grupos son las sociedades participadas por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco¹⁷.

En definitiva, en palabras del propio ICAC, «cabe concluir que la calificación como empresas del grupo de un entramado societario es una cuestión de hecho, que viene determinada por la existencia o la posibilidad de control entre sociedades o de una empresa por una sociedad, para cuya apreciación concreta sería preciso analizar todos los antecedentes y circunstancias del correspondiente caso».

Precisamente, y esto es lo que queríamos advertir, las citadas circunstancias van a dificultar enormemente la calificación como entidad patrimonial en el IS, pues, en todo caso, se requerirá un análisis previo de si la entidad en cuestión (de la que se posee el requerido porcentaje mí-

¹⁷ Seguimos así lo dicho por el ICAC, consulta número 4 (NFC045900), BOICAC número 92/2012, que a su vez reproduce lo dicho en la exposición de motivos del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre. El apuntado criterio del ICAC indicado en la consulta citada ha sido recogido por la Dirección General de Tributos en su contestación a una consulta vinculante de fecha 21 de febrero de 2013 [referencia V0554/2013 (NFC046586)].

nimo de participación) forma o no parte de un grupo del artículo 42 del Código de Comercio, algo que como hemos podido comprobar no resulta sencillo de determinar. Ejemplos de ello los podemos ver ya en la resolución de algunos casos planteados ante la Dirección General de Tributos a propósito de la determinación de la existencia o no de un grupo mercantil a efectos de aplicar los incentivos fiscales previstos para las empresas de reducida dimensión en la ley anterior a la vigente¹⁸.

Acabado este primer análisis (exclusivamente referido a entidades que en su activo tengan «valores»), los resultados obtenidos pueden ser alguno de los siguientes: *uno*, que la mayor parte del activo esté compuesto por valores que «no deban computarse», en consecuencia, «afectos», nos encontraremos entonces ante una entidad no patrimonial; *dos*, que la mayor parte del activo esté formado por valores que deben computarse, la conclusión será que se trata de una entidad patrimonial; y, *tres*, que en su activo existan valores que deban y otros que no deban computarse, pero que ni los unos ni los otros alcancen la mitad del activo aunque en un conjunto supongan más del 50% del mismo. En este último supuesto deberá analizarse la composición del resto del activo, determinando que parte de este está «afecto» o «no afecto» a una actividad económica.

Así, de este último supuesto, se aperturan a la vez dos nuevos escenarios. El primero, que la suma de los valores que no deben computarse más el resto del activo afecto constituya más de la mitad del activo. Queda claro que estaremos entonces ante una entidad no patrimonial. Y, el segundo escenario, que la suma de los valores que deben computarse más la parte del activo no afecto sea superior a la mitad del activo. En este caso nos encontraremos ante una entidad patrimonial.

En este particular punto, en torno al concepto de qué parte del activo se encuentra «afecto» o «no afecto» a una actividad económica, debemos hacer dos matizaciones. La primera, de carácter general, consistirá necesariamente en determinar cuándo la entidad está realizando una «actividad económica» y qué elementos del activo se encuentran afectos a la misma. Esta primera cuestión la analizaremos con detalle en el epígrafe siguiente.

Y la segunda matización, de tono más específico, se refiere a dos controvertidos elementos del activo, a saber, el dinero y los derechos de crédito. Así, en el artículo 5 de la nueva LIS, expresamente se nos dice que a los efectos de determinar el valor del activo «no se computarán, en su caso, el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales

¹⁸ La Dirección General de Tributos, en la consulta que hemos indicado en la nota anterior, llega a la conclusión de que determinadas sociedades «están integradas en un grupo familiar sometido a una misma unidad de decisión, por lo que forman parte de un grupo mercantil, a efectos de lo dispuesto en el artículo 42 del C.Com. Por tanto, a efectos de computar el importe neto de la cifra de negocios habido en el periodo impositivo inmediato anterior, a que se refiere el artículo 108.1 del TRLIS, deberá tomarse en consideración, conjuntamente, el importe neto de la cifra de negocios de todas las sociedades que integran el grupo mercantil (A, B y H), correspondiente al periodo impositivo inmediato anterior, a efectos de determinar si resultan de aplicación los incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión regulados en el capítulo XII del Título VII del TRLIS». [Este órgano administrativo resuelve una Consulta de una manera similar en su contestación de fecha 19 de septiembre de 2011, referencia V2129/2011 (NFC042389)].

afectos a actividades económicas» o los procedentes de la transmisión de cualquiera de las cuatro categorías de valores «que no deben computarse», siempre que dichas transmisiones se hayan realizado «en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores».

En consecuencia, tanto el importe del «dinero» como el de «los derechos de crédito» que se encuentren contabilizados se deberá computar o no para determinar si más de la mitad del activo se encuentra afecto o no afecto, y ello independientemente de que pudiera entenderse que tanto uno como el otro elemento son necesarios o derivados del ejercicio de una actividad económica. Esto es, para determinar si estos dos elementos deben o no computarse, debe obviarse cualquier análisis acerca de su posible vinculación o no a una determinada actividad económica. Lo relevante no va a ser eso, la clave va a ser determinar su procedencia, de conformidad con lo que dice el precepto citado de la nueva LIS.

Ante esta nueva situación, lo que nos queda por resolver es determinar los elementos que deben agruparse dentro del concepto «dinero» y del término «derechos de crédito». Este análisis conceptual, que, efectuado de forma aislada, podría llevarnos a controvertidas exégesis, sin embargo, a nuestro juicio, se debe realizar desde dos puntos de vista. El primero de ellos, muy sencillo, será el «dinero» y «los derechos de crédito» que no deben computarse son solamente los que proceden de las transmisiones citadas en el precepto legal.

El segundo es más complejo. Lo que se pretende averiguar son los elementos que se recogen en el activo del balance bajo los conceptos de «dinero» y de «derechos de crédito», por supuesto, no procedentes de las mencionadas transmisiones. Esta cuestión no es baladí, puesto que, atendiendo a la literal dicción del precepto, a contrario sensu, y en este punto es en el que queremos incidir, esos elementos tendrán la calificación de no afectos.

En definitiva, tendrán la condición de elementos afectos las partidas que se agrupen como «dinero» o como «derechos de crédito» que no deban computarse porque proceden de transmisiones –efectuadas en el ejercicio o en los dos anteriores– de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas o valores «no incluibles» en el activo.

A este respecto, la dificultad de interpretar estos términos se hace patente tras observar que en el cuadro de cuentas del Plan General de Contabilidad no aparece ninguno de ellos relacionado de forma expresa. Tampoco ofrece ninguna luz con este propósito la legislación tributaria a pesar de que los conceptos no son extraños a la misma¹⁹.

Si acudimos, para efectuar una correcta interpretación, a lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley General Tributaria, en virtud del cual «en tanto no se definan por la normativa tributa-

¹⁹ Véase, a título de ejemplo, el artículo 3 de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMIS), cuando dice: «A estos efectos no se computarán, en su caso, el dinero o derechos de crédito procedente de la transmisión de dichos inmuebles o participaciones que se haya realizado en el mismo ejercicio o anteriores...».

ria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda», podríamos considerar como «dinero» las cuentas incluidas en los siguientes subgrupos, las cuales figurarán en el activo no corriente del balance: en primer lugar, el subgrupo 26 «inversiones financieras a largo plazo», que recoge las inversiones financieras, cualquiera que sea su forma de instrumentación, cuyo vencimiento o fecha esperada de enajenación sea superior a un año, incluidos los intereses devengados con vencimiento superior a un año; en segundo término, el subgrupo 54 «inversiones financieras a corto plazo», que recoge, en general, las inversiones financieras, cualquiera que sea su forma de instrumentación, cuyo vencimiento o fecha esperada de enajenación no sea superior a un año; en tercer lugar, el subgrupo 55 «otras cuentas financieras», que recoge otras cuentas financieras que no se clasifiquen en otros subgrupos; y, en cuarto término, el subgrupo 57 «efectivo y activos líquidos equivalentes», que recoge las disponibilidades de medios líquidos; los saldos a favor de la entidad en cuentas operativas, de disponibilidad inmediata, en bancos e instituciones de crédito; los saldos a favor de la entidad en cuentas restringidas de recaudación, las disponibilidades líquidas destinadas a pagos a justificar y anticipos de caja fija; los saldos a favor de la entidad en cuentas restringidas de pagos; y las inversiones financieras de gran liquidez, que cumplan todas las condiciones siguientes: primera, se realicen con el objetivo de rentabilizar excedentes temporales de efectivo y formen parte de la gestión normal de la liquidez de la entidad; segunda, en el momento de su formalización tengan un vencimiento no superior a tres meses; tercera, sean fácilmente convertibles en importes determinados de efectivo sin incurrir en penalizaciones significativas; y, por último, no estén sujetas a riesgo de cambios en su valor.

De otro lado, en lo referente a los «derechos de crédito», debemos comenzar indicando que este concepto no es novedoso en la legislación tributaria. Así, vemos que se refiere al mismo, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley 16/2012, cuando trata la actualización de balances²⁰; o, el artículo 15, apartado 9, de la nueva LIS, cuando pretende establecer el importe de la depreciación a los efectos de integrar en la base imponible las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del activo fijo o de estos elementos que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta, que tengan la naturaleza de bienes inmuebles. Precepto, este último, que recoge mutatis mutandis lo establecido en el también apartado 9, del artículo 15, de la Ley derogada del Impuesto sobre Sociedades²¹.

²⁰ Así, en su apartado 6, señala lo siguiente: «La diferencia entre las cantidades determinadas por aplicación de lo establecido en el apartado anterior se minorará en el importe del valor neto anterior del elemento patrimonial y al resultado se aplicará, en cuanto proceda, un coeficiente que vendrá determinado por: 1.º En el numerador: el patrimonio neto. 2.º En el denominador: el patrimonio neto más pasivo total menos los derechos de crédito y la tesorería».

²¹ En materia de corrección monetaria, este artículo 15.9 del Texto Refundido de la LIS establecía lo siguiente: «A los efectos de integrar en la base imponible las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del activo fijo o de estos elementos que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta, que tengan la naturaleza de bienes inmuebles, se deducirá el importe de la depreciación monetaria producida desde el día 1 de enero de 1983, calculada de acuerdo con las siguientes reglas: a) Se multiplicará el precio de adquisición o coste de producción de los bienes inmuebles transmitidos y las amortizaciones acumuladas relativas a aquellos

Sin embargo, a pesar de que la Ley anterior del IS ya hacía referencia a «los derechos de crédito», en su articulado no se contenía ningún precepto que definiese este concepto. Así lo reconoce la Dirección General de Tributos, considerando que, acudiendo a lo preceptuado por la Ley General Tributaria en materia de interpretación, los derechos de crédito podrían ser, a título general, todos aquellos derechos en virtud de los cuales un acreedor puede exigir una determinada prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, a un deudor. O bien, desde una perspectiva específicamente contable, como indica el citado órgano administrativo, los derechos de crédito incluirían «todas aquellas cuentas representativas de deudas de terceros con la empresa con fecha establecida de vencimiento, ya sea en el corto o largo plazo, como son, entre otras, todas las cuentas de clientes, deudores y de valores representativos de la cesión de capitales propios a terceros»²². Observamos así como la remisión a la norma contable es la solución que adopta la Administración tributaria para interpretar este concepto, criterio que corrobora al contestar en el INFORMA a la pregunta de si las magnitudes a que se refiere el artículo 9 apartado sexto de la Ley 16/2012 (Actualización de balances), en orden a aplicar el coeficiente en función del endeudamiento del contribuyente, son magnitudes contables o fiscales. A lo que responde que «las referencias a patrimonio neto, pasivo total, derechos de crédito y tesorería son magnitudes contables y deben entenderse por las mismas conforme a lo previsto en el código de comercio y normas de desarrollo».

De este modo, tras haber predeterminado ya los subgrupos que incluirían el «dinero» y los «valores», a nuestro juicio, por defecto, aunque determinadas cuentas de estos subgrupos podrían recoger también determinados «derechos de crédito», reservamos para albergar este elemento las cuentas de los subgrupos 43 (clientes) y 44 (deudores varios) del cuadro de cuentas del Plan General de Contabilidad.

Por último, en otro orden de cosas y para finalizar este apartado, a efectos de la realización del análisis del balance societario que va a servir para determinar el porcentaje de bienes afectos a la actividad económica, se observa que el precepto legal citado especifica que el porcentaje de activo no afecto debe determinarse teniendo en cuenta la media de los balances trimestrales del ejercicio. En definitiva, solamente al final del ejercicio, tras aprobar el balance anual, podrá efectuarse la requerida calificación, puesto que la influencia del porcentaje de un balance trimestral (por ejemplo, del último) podría modificar la calificación que se deduciría de la media de los anteriores balances trimestrales (por ejemplo: si durante un ejercicio se encuentra un 60% de bie-

por los coeficientes que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. b) La diferencia entre las cantidades determinadas por la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior se minorará en el valor contable del elemento patrimonial transmitido. c) La cantidad resultante de dicha operación se multiplicará por un coeficiente determinado por: 1.º En el numerador: el patrimonio neto. 2.º En el denominador: el patrimonio neto más pasivo total menos los derechos de crédito y la tesorería. Las magnitudes determinantes del coeficiente serán las habidas durante el tiempo de tenencia del elemento patrimonial transmitido o en los cinco ejercicios anteriores a la fecha de la transmisión, si este último plazo fuere menor, a elección del sujeto pasivo. Lo previsto en este párrafo no se aplicará cuando el coeficiente sea superior a 0,4».

²² Contestación a una consulta tributaria vinculante referencia V2739/2014, de fecha 13 de octubre de 2014 (NFC052720).

nes no afectos en el primer trimestre; 60% en el segundo trimestre; 60% en el tercer trimestre; y, 15% en el cuarto trimestre; la media de los trimestres arrojaría un resultado del 48,75% de bienes no afectos; en consecuencia, en ese ejercicio la entidad no tendría el carácter de patrimonial).

A ello debemos añadir que, en caso de que la entidad en cuestión sea la «dominante» de un grupo mercantil (concepto de grupo del art. 42 del Código de Comercio que ya hemos tenido la oportunidad de analizarlo anteriormente), los balances a tener en cuenta no serán los suyos únicamente sino los consolidados, con independencia de la residencia y de que el grupo esté obligado a formular cuentas anuales. A estos efectos, se entenderá que es una sociedad dominante aquella que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras, que se calificarán como dependientes o dominadas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social. Debiendo entenderse por control el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades²³.

2.2. LAS ENTIDADES PATRIMONIALES INACTIVAS

Recordemos que la nueva LIS configura la segunda especie de «entidad patrimonial» como aquella entidad que sin tener más de la mitad de su activo constituido por valores (con las precisiones hechas a este respecto en el epígrafe anterior) tenga más de la mitad de su activo no afecto a una «actividad económica».

A este respecto, son tres los aspectos que necesariamente debemos analizar. El primero consiste en resolver cuándo se considera que, en general, una entidad ejerce una «actividad económica»; el segundo trata de delimitar el supuesto específico de ejercicio de una actividad económica cuando la entidad tiene como objeto el arrendamiento de inmuebles; y, nuestro tercer objetivo deberá ser, en íntima conexión con el examen de la concurrencia del primer aspecto, el análisis de dos conceptos que la nueva LIS dice que deben o no tenerse en cuenta a los efectos del cómputo

²³ Es el artículo 42 del Código de Comercio del que se desprende el concepto de entidad dominante, cuando establece que tendrá esta calificación la sociedad que «se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado». A este respecto, véase también el artículo 2 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

de los elementos no afectos a una actividad económica, a saber, el dinero y los derechos de crédito. Adviértase, no obstante, de que el análisis de este tercer aspecto ya lo hemos efectuado en el apartado anterior, por tanto, a lo dicho allí nos remitimos.

De este modo, en lo referente a la definición del concepto de actividad económica, es el artículo 5 de la nueva LIS, en su apartado 1, el que parcamente lo define, en los siguientes términos: «Se entenderá por actividad económica la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

Resulta curioso que no se haya definido de una manera más explícita este importante concepto, por varias razones. Primera, porque su importancia viene dada por la reiteración de su concepto en numerosas ocasiones a lo largo del articulado de la nueva LIS²⁴; la segunda, porque su recto entendimiento no ha gozado de una claridad meridiana, siendo la prueba más evidente de ello que ha sido objeto de interpretaciones de diversa índole procedentes tanto de la Administración tributaria como de los tribunales y de la doctrina científica; y, la tercera, porque en la propia exposición de motivos de la nueva LIS se dice que, al regular el hecho imponible, «se incorpora el concepto de actividad económica, que no presenta diferencias relevantes respecto al concepto tradicionalmente utilizado en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo, resulta esencial que un impuesto cuya finalidad primordial es gravar las rentas obtenidas en la realización de actividades económicas, y siendo este el impuesto que grava por excelencia las rentas de este tipo de actividades, contenga una definición al respecto, adaptada a la propia naturaleza de las personas jurídicas»²⁵. Enunciado este que negativamente contrasta con la parquedad de la definición que en el articulado se hace de este concepto respecto del establecido en el artículo 27 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el cual al definir el concepto de rendimientos procedentes de actividades económicas, dispone lo siguiente: «Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos,

²⁴ Entre otros, véanse los siguientes: artículo 18.3 (operaciones vinculadas); artículo 23.1 (Reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles); artículo 26.4 (Compensación de bases imponibles negativas); artículo 29.1 (tipo de gravamen); artículo 48 (entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda); artículo 50.1 (Sociedades y fondos de capital-riesgo y sociedades de desarrollo industrial regional); artículo 100.3 (transparencia fiscal internacional); y, artículo 110.1 (régimen de entidades parcialmente exentas).

²⁵ Resulta curioso que tan solo uno de los preceptos de la nueva LIS se remita a la Ley del IRPF para conceptuar el término «actividad económica». Se trata del artículo 50, dentro del capítulo dedicado al régimen especial de sociedades y fondos de capital-riesgo y sociedades de desarrollo industrial regional, en el que se dice lo siguiente «... la aplicación de la exención quedará condicionada a que, al menos, los inmuebles que representen el 85 % del valor contable total de los inmuebles de la entidad participada estén afectos, ininterrumpidamente durante el tiempo de tenencia de los valores, **al desarrollo de una actividad económica en los términos previstos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**, distinta de la financiera, tal y como se define en la Ley reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, o inmobiliaria» (la negrita es nuestra).

con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas»²⁶.

Precisamente, la crítica que apuntamos obedece a la enumeración de esas actividades que «en particular» incluye la Ley del IRPF y que no aparecen en la nueva LIS. No obstante, consideramos que todas ellas deben tener contenido en el concepto de «actividad económica» que establece esta última ley.

A mayor abundamiento, debe servir también como necesario recurso para completar el contenido de este concepto acudir a la normativa reguladora del Impuesto sobre Actividades Económicas (en adelante, IAE), de la que podemos destacar, como cuestiones relevantes, las siguientes²⁷: en primer lugar, al definir el hecho imponible del impuesto dice que este está constituido por el mero ejercicio, en territorio nacional, «de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto», considerándose, a estos efectos, actividades empresariales las ganaderas que tengan carácter independiente, las mineras, industriales, comerciales y de servicios; en segundo lugar, establece que no tienen la consideración de hecho imponible «las actividades agrícolas, las ganaderas dependientes, las forestales y las pesqueras», sin embargo, esta consideración debe tenerse en cuenta exclusivamente a efectos de este impuesto, sin que ello sea suficiente para no atribuir la condición de actividad económica en otros impuestos, por ejemplo, en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), IS o IRPF, en los que indudablemente sí la tienen; en tercer lugar, en el IAE se considera, a título general, y de la misma manera que se define en el IRPF y en el IS la actividad económica, que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Añadiéndose, no obstante, que «el contenido de las actividades gravadas se definirá en las tarifas del impuesto»²⁸; por último, se establece que el ejercicio de las actividades gravadas se probará por cualquier medio admisible en derecho y, en particular, por los contemplados en el artículo 3 del Código de Comercio, según el cual «existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares,

²⁶ A mayor abundamiento, esta es también la definición que de la actividad empresarial o profesional se establece en el artículo 5, dos, de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Resultan también de interés algunas aportaciones efectuadas en torno al concepto de actividad económica en el IVA por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este respecto, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: LUCAS DURÁN, M. (2011), págs. 239-248; VILLAR EZCURRA, M. (2007), págs. 213-220; y CHECA GONZÁLEZ, C. (2009), págs. 39-43.

²⁷ Artículos 78 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

²⁸ Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del impuesto sobre actividades económicas.

periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil»²⁹.

Sin duda alguna, dadas las controvertidas interpretaciones que se han producido de este concepto en el ámbito del IS, pensamos que hubiera sido conveniente precisar algo más esta definición, recurriendo, como hemos comentado, de forma expresa, bien a la dada en la Ley del IRPF, a la ofrecida por la Ley del IVA, o, al menos, haciendo una referencia a la dada por la normativa reguladora del IAE.

De este modo, puede observarse como, ante las citadas dificultades interpretativas, algunos tribunales han ofrecido la suya propia, diciendo, por ejemplo, que se observa tal existencia cuando la entidad tiene un conjunto organizado de elementos patrimoniales y personales dispuestos y efectivamente utilizados para la realización de una explotación económica cuya actividad supone la colocación de un bien o servicio en el mercado, sin que, por ello, sea suficiente la mera titularidad o tenencia de elementos patrimoniales aislados³⁰.

O bien, tratándose de la problemática calificación como económica de la actividad de urbanización de terrenos, tendrá tal consideración no solamente cuando se han soportado costes de urbanización directamente relacionados con la ejecución material de las obras de transformación del suelo para dotarle de los servicios mínimos exigidos, de suministro de agua y electricidad, de evacuación de aguas residuales, de vialidad, de parques y jardines, etc., sino también aquellos otros gastos de carácter técnico o administrativo necesarios para la urbanización y generalmente previos al inicio de las obras, siempre que su adquisición se realice con la intención confirmada por elementos objetivos de destinar estos servicios a la actividad urbanizadora. Además, los costes afectos a la actividad urbanizadora no son necesaria y únicamente los que se refieren a la ejecución material de las obras, sino, como se ha expuesto anteriormente, todos aquellos que contribuyan a la realización de tal actividad, como costes técnicos y administrativos, con independencia de que en el momento en que tales costes se produzcan las obras se hayan iniciado, tal como ha confirmado el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), en su Resolución de fecha 19 de octubre de 2012³¹.

²⁹ Esta presunción del ejercicio de una actividad empresarial o profesional también se recoge en el artículo 5.Tres de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que además añade, como presunción de este ejercicio, «cuando para la realización de las operaciones definidas en el artículo 4 de esta ley se exija contribuir por el Impuesto sobre Actividades Económicas».

³⁰ Según el Tribunal Supremo, «es evidente que al construir los locales y venderlos la recurrente ha ordenado por cuenta propia los factores de producción con la finalidad de producir tales inmuebles, siendo irrelevante que la venta se haya hecho a socios o a terceros ajenos a la sociedad... por lo que estaba realizando una actividad económica» [Sentencia de fecha de 3 de abril de 2014, rec. 5019/2011 (NFJ054224)]. El Tribunal Supremo entiende también que la sociedad recurrente realiza una actividad económica de promoción inmobiliaria en su Sentencia de fecha de 18 de septiembre de 2014 (rec. 3185/2012), corroborando así el criterio sustentado por la Sentencia de instancia de la Audiencia Nacional de fecha 28 de junio de 2012 [rec. 341/2009 (NFJ048109)].

³¹ También el Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 3 de abril de 2014 [rec. 5019/2011 (NFJ054224)], ha matizado el carácter de la promoción inmobiliaria, señalando que en todo caso esta actividad debe tener el carácter de económica.

Por último, también para tildar de económica la actividad de compraventa de bienes inmuebles se ha venido exigiendo que no solamente se disponga de medios materiales y personales sino que además se hayan ejecutado obras materiales concretas.

En consecuencia, no podemos establecer apriorísticamente cuándo una entidad va a estar desarrollando una actividad económica, a los efectos del IS. Deberá efectuarse un análisis caso por caso, en función de la actividad que desarrolle, de los medios materiales y personales de que dispone y utiliza efectivamente en el desarrollo de la misma.

Un caso especial, sin embargo, es el de las entidades que tengan como actividad el arrendamiento de inmuebles, puesto que en este supuesto la nueva LIS considera que se entenderá que existe actividad económica, únicamente cuando para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa³².

Se recoge así uno de los requisitos que durante mucho tiempo ha establecido la Ley del IRPF para calificar los rendimientos procedentes de dicha actividad como del capital inmobiliario o bien como de la actividad económica y que, precisamente, no ha gozado de una pacífica interpretación.

A tal efecto, entiende que esta actividad consiste «en el desarrollo urbanístico del suelo para poner en el mercado inmobiliario parcelas que antes no estaban en el mismo por sus condiciones tanto físicas como jurídicas». Siguiendo este criterio, el Tribunal Supremo distingue la actividad de promoción inmobiliaria de la de arrendamiento o compraventa de inmuebles, indicando que aquella es más amplia que estas dos últimas, ya que además del posible arrendamiento o compraventa del producto final, «incluye la adquisición del suelo y su transformación hasta alcanzar el estado, físico y jurídico, que permite la edificación sobre el mismo, conforme a los parámetros fijados por la ordenación del suelo» [Sentencia de fecha de 27 de octubre de 2014, rec. 4428/2012 (NFJ056453)]. En torno al concepto de la actividad urbanizadora como actividad económica véase el trabajo de MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (2009), págs. 11-46.

³² Por lo que se refiere a la exigencia de un «contrato laboral», la Dirección General de Tributos interpreta que «solo se entenderá cumplido este requisito si el contrato es calificado como laboral por la normativa laboral vigente, cuestión ajena al ámbito tributario». De este modo, dicho órgano administrativo llega a la conclusión de que dicho requisito no puede entenderse cumplido si el contrato se hace al cónyuge del máximo accionista de la sociedad. Así, «debe tenerse en cuenta que el artículo 1.2 c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo –BOE de 12 de julio–, declara expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha ley y excluidos por tanto de la relación laboral a "Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio". Por su parte, la referida disposición adicional establece que se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad, cuando, entre otras circunstancias, al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios el trabajador esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado, circunstancia que se produce en el cónyuge de la consultante; por lo que, en caso de que la relación establecida entre la sociedad y el cónyuge de la consultante no tuviera naturaleza laboral, no se cumplirían los requisitos establecidos en el artículo 27.2 de la Ley del Impuesto para considerar la actividad de arrendamiento desarrollada como actividad económica» [contestación a una Consulta tributaria de fecha 2 de abril de 2014, referencia V0920/2014 (NFC050814)].

No obstante, después de una tormentosa jurisprudencia al respecto, se ha establecido un cierto criterio unánime en torno a la interpretación de los requisitos que deben cumplirse para que la actividad de arrendamiento de inmuebles tenga la consideración de económica. Este criterio lo podemos ver resumido, entre otras, en la Resolución del TEAC de fecha 28 de mayo de 2013 (NFJ051064), recogiendo unas pautas de la doctrina del Tribunal Supremo, de las cuales vamos a señalar las que hoy en día pueden resultar de aplicación al supuesto recogido en la nueva LIS, son las siguientes: *primera*, la regla solo es aplicable al arrendamiento, no lo es si la actividad inmobiliaria realizada es otra (por ejemplo, promoción, construcción o compraventa de inmuebles). Por tanto, la adecuada calificación del supuesto de hecho es prioritaria, y debe ser previa al análisis de la regla del empleado, que puede no ser de aplicación; *segunda*, cuando la actividad realizada no es un mero arrendamiento, deja de ser trascendente si se emplea en ella, o no, empleado. En ese caso son meros indicios (ni necesarios ni suficientes) de la realización de la actividad económica; y, *tercera*, cuando sí es de aplicación la regla, el empleado es un requisito necesario («únicamente...») para que haya actividad económica, aunque no suficiente si se acreditase que la carga de trabajo que genera la actividad no justifica tener empleado y que, por tanto, se tenga para aparentar que hay actividad económica³³.

Sin embargo, a pesar de que es indudable que estas pautas resuelven algunas dudas de interpretación del cumplimiento del requisito «persona», no aclaran todas las que se pueden plantear. Quedaría, por ejemplo, pendiente de resolver el tiempo en el que debe constatarse la contratación, así, si la persona debe estar contratada laboralmente durante todo el ejercicio a tiempo completo, o serviría que este requisito se cumpliera solamente en la fecha del devengo. También tenemos dudas acerca del grado de actividad arrendaticia que deba justificar la contratación de un empleado, este juicio podrá ser en todo caso objeto de controversia. En definitiva, lo que sí que podemos deducir de todo lo dicho hasta ahora es que cuando la entidad tenga como actividad principal el arrendamiento de inmuebles, o, mejor dicho, tenga la mayor parte del activo constituido por inmuebles destinados a la actividad de arrendamiento, y no tenga contratada laboralmente al menos una persona a tiempo completo, la entidad tendrá la consideración de patrimonial. Fuera de este específico supuesto pueden plantearse diversas dudas interpretativas.

A lo dicho anteriormente, en torno a la general dificultad que en determinados supuestos va a tener la determinación de la existencia de una «actividad económica» en el seno de una entidad, debe advertirse de que el mismo artículo 5 de la nueva LIS añade otro criterio que hará difícil no ya conceptuarla sino valorar su existencia a nivel global. Nos referimos a lo dicho en el último párrafo de su apartado uno, el cual establece que «cuando se trate de entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales

³³ Esta doctrina jurisprudencial la recoge actualmente la Dirección General de Tributos, entre otras, en su contestación a una Consulta vinculante de fecha de 25 de octubre de 2013, referencia V2699/2013 (NFC048929). También ha sido acuñado este criterio por diversos autores, entre otros: ROIG SÁNCHEZ, A. (2014); ALONSO ARCE, I. (2014).

consolidadas, el concepto de actividad económica se determinará teniendo en cuenta a todas las que formen parte del mismo».

De este modo, a la denunciada falta de concreción sobre la composición del grupo societario, a la que hemos ya aludido en el epígrafe anterior, se suma la necesaria determinación de una actividad económica en su seno, por tanto, observada a nivel global³⁴.

Así, cuando la entidad forme parte de un grupo societario, para determinar si es o no entidad patrimonial, no nos podremos detener solamente con la actividad por ella desarrollada, ni por la particular representación que sus elementos del activo tengan en su balance individual. Deberá hacerse un análisis grupal. De tal manera que, habrán de consolidarse los balances de todas las entidades que integren el grupo, estén o no obligadas a consolidar sus cuentas contablemente, y, a la vista de este resultado global, se establecerá la valoración final³⁵.

³⁴ No es del todo novedosa la valoración a nivel de grupo societario, prevista ahora legislativamente, para observar la concurrencia de un determinado requisito legal. Así lo vemos, a título de ejemplo, en la contestación a una consulta vinculante de fecha 11 de febrero de 2010 [referencia V0236/2010 (NFC037330)], en la que la Dirección General de Tributos interpreta que a efectos de considerar la existencia de una estructura empresarial mínima, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia que el Tribunal Supremo tiene al configurar la doctrina de los grupos de empresas en las relaciones laborales en las que parte de la existencia de un único empleador. De esta forma, por ejemplo, a efectos de determinar el importe de las indemnizaciones exentas en el IRPF, el número de años de servicio a considerar serán los trabajados para el grupo, en cuanto empleador. «Trasladando este criterio a la cuestión planteada considerando, además, que el cumplimiento de la norma fiscal no puede derivar en una situación de ineficiencia empresarial, podría deducirse que la actividad efectuada por las sociedades dedicadas al arrendamiento de inmuebles se efectúa contando con la necesaria organización o medios que establece el artículo 27.2 de la LIRPF, siempre que los mismos sean necesarios y suficientes para la realización de tal actividad considerando cada sociedad participada de forma individual, aunque estos se encuentren en sede de la sociedad SE gestora de la actividad de arrendamiento, siempre que esta última y aquellas pertenezcan al mismo grupo de sociedades en el sentido del artículo 16 del TRLIS, es decir, el arrendamiento de inmuebles se entendería como una actividad económica, en cuyo caso podría aplicarse el régimen establecido en el artículo 21 del TRLIS de cumplirse los demás requisitos establecidos en dicho precepto. En definitiva, la concentración de la gestión de la actividad de arrendamiento en una sola sociedad permite reducir los medios materiales (un solo local) así como los personales ante la sinergia que de ello se deriva, dado que es posible que no se requiera tantos empleados como sociedades gestionadas, siempre que a nivel individual se justifique la necesidad de esos medios personales y materiales mínimos en cada sociedad». Debe indicarse, no obstante, que este criterio de la Dirección General de Tributos, mantenido durante varios años [por ejemplo, en sus Consultas vinculantes referencia V0473/2007 (NFC025471) y V0509/2007 (NFC025425)], fue expresamente modificado [por ejemplo, en su Consulta vinculante V1729/2012 (NFC045366)] a tenor de la doctrina emanada por el TEAC, en Resoluciones de 30 de junio de 2010 (NFJ040369) y de 2 de febrero de 2012 (NFJ046312), en la que en definitiva se establece que los requisitos mínimos para que la actividad de arrendamiento tenga la condición de económica deben concurrir en cada una de las sociedades tenedoras de inmuebles. Ahora, sin embargo, la nueva LIS ha rescatado la doctrina anterior de la Dirección General de Tributos, convirtiendo así en papel mojado la establecida por el TEAC.

³⁵ El artículo 10 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, establece los métodos de consolidación aplicables, son los siguientes: a) integración global; y, b) integración proporcional.

La exigida y novedosa valoración de la actividad económica a nivel de grupo, prevista en la nueva LIS, con el objeto de determinar si una entidad, a título individual, es o no patrimonial, se convierte así en un arma de doble filo. Por un lado, podría rescatar de esta calificación a una entidad que analizada a nivel individual se observase nítidamente que no desarrolla ningún tipo de actividad económica. Sin embargo, de otro lado, podría ser calificada como patrimonial cualquier entidad que, desarrollando a título individual una incontestable actividad económica, la evaluación del grupo diera un resultado diferente.

En definitiva, la exigida valoración a nivel de grupo de la existencia de actividad económica desemboca en una meridiana conclusión, esta es, o todas las sociedades que forman un grupo societario deben ser calificadas como entidades patrimoniales o ninguna de ellas debe tener esta condición. Entendemos que del expreso mandato contenido a este respecto por el legislador no cabe otra interpretación distinta.

3. PRINCIPALES ASPECTOS COINCIDENTES Y DIVERGENTES DE LAS ENTIDADES CUYAS PARTICIPACIONES ESTÁN EXENTAS EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO Y LAS ENTIDADES PATRIMONIALES DEL IS

El carácter de «entidad patrimonial» que revisten ciertas entidades, tal como establece la nueva LIS, tiene un efecto exclusivo para este impuesto. Así, ni la nueva LIS extiende sus efectos a otros impuestos ni en ninguna otra norma de derecho tributario –en particular, de las que regulan otros tributos– se hace remisión alguna a este concepto.

Sin embargo, es cierto que existen otras normas tributarias que recogen, si bien con otras finalidades, supuestos societarios con características muy similares. Nos referimos, en particular, a la Ley 19/1991, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, IP), y, en concreto, a los requisitos que establece para que las participaciones de una entidad puedan estar exentas del mismo.

De este modo, aunque tanto la nueva LIS como la Ley del IP configuran –para sus peculiares fines– una especie de entidades semejantes –las de gestión de patrimonios mobiliarios e inmobiliarios–, al no ser coincidentes los requisitos que cada una de ellas establecen para delimitarlas, como a continuación justificaremos, podemos encontrarnos hasta en cuatro escenarios diferentes. En primer lugar, una entidad patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP; en segundo lugar, una entidad patrimonial del IS puede tener sus participaciones no exentas en el IP; en tercer lugar, una entidad no patrimonial del IS puede tener sus participaciones no exentas en el IP; y, por último, una entidad no patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP.

Para llegar a las conclusiones anteriores resulta necesario analizar tanto los caracteres que debe reunir una entidad para ser patrimonial en el IS (a tal efecto, nos remitimos a lo dicho en

epígrafes anteriores) como los requisitos que la Ley del IP determina que deben reunir las participaciones de las entidades para estar exentas.

Para este propósito, es el artículo 4, apartado 8, dos, de la Ley del IP, el que establece las condiciones que deben concurrir en las participaciones de las entidades para que estén exentas, son las siguientes: «a) Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes: 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». A estos efectos, «para determinar si existe actividad económica o si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella, se estará a lo dispuesto en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Tanto el valor del activo como el de los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que esta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad. A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos: 1.º No se computarán los valores siguientes: Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias. Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas. Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto. Los que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en esta letra. 2.º No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por ciento, de la realización de actividades económicas. b) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción. c) Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal...».

En definitiva, sin necesidad de efectuar un análisis exhaustivo de los requisitos que establece la Ley del IP para considerar exentas las participaciones de las entidades, si hacemos un estudio comparativo de las condiciones que exige esta norma y la nueva LIS podemos justificar

cada uno de los escenarios que habíamos planteado. Así, si bien es cierto que la casuística puede arrojar indeterminados supuestos reales, nosotros vamos solamente a señalar un ejemplo para cada uno de los casos.

Así, en primer lugar, hemos dicho que una entidad patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP. En efecto, existe un requisito en la Ley del IP, diferente al previsto en la nueva LIS, a tener en cuenta. Se trata de los valores y los elementos no afectos a la actividad económica que «no se computarán» siempre que su precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad procedentes de la realización de actividades económicas, «con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores»³⁶. En definitiva, en el activo de la entidad pueden encontrarse «elementos no afectos» (por ejemplo, dinero o derechos de crédito) que para determinar la mitad no afecta en el IP no deben computarse mientras que para el IS deben tenerse en cuenta. La clave está, precisamente, en el diferente plazo que establecen dichas normas.

En segundo y tercer lugar, hemos indicado que una entidad patrimonial, o una no patrimonial, del IS pueden tener sus participaciones no exentas en el IP. Quizá este sería el supuesto más sencillo de ejemplificar. Así, puede observarse que la Ley del IP contiene dos elementos que son irrelevantes en la nueva Ley del IS. Nos referimos, por un lado, al porcentaje de participación que como mínimo debe tener en la entidad participada la persona física accionista (5%, a título individual, o 20%, conjuntamente con su grupo familiar), y, de otra parte, a la retribución que se le exige al sujeto pasivo que ejerce funciones de dirección. En consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de estos dos requisitos exigidos al titular de las participaciones hace que, no solo la entidad patrimonial del IS, sino cualquier entidad de este impuesto no tenga sus participaciones exentas en el IP.

Por último, hemos dicho que una entidad no patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP. Quizá este será el supuesto más común, siempre y cuando, eso sí, se reúnan todos los requisitos establecidos en la Ley del IP.

³⁶ Curiosamente, si bien la finalidad que tenían los regímenes de transparencia fiscal y de sociedades patrimoniales previstos en normativas anteriores es diferente a la que hoy se desprende de las entidades calificadas como «patrimoniales» en la nueva LIS, no puede obviarse que la calificación como unas u otras requería la concurrencia de requisitos similares. Así, no podemos dejar de lado que alguno de ellos es ahora de carácter más restrictivo que lo era antaño. Por ejemplo, el artículo 61 del Real Decreto Legislativo 4/2004 (recogiendo lo establecido en el art. 75 de la Ley 43/1995) establecía que «No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por ciento, de la realización de actividades económicas.»

En definitiva, tras este breve análisis, hemos querido demostrar que el hecho de calificar en el IS a una entidad como patrimonial no implica automáticamente, como se ha señalado en algún apresurado comentario al proyecto legislativo, que sus participaciones se encuentren no exentas en el IP.

4. EFECTOS QUE SE DERIVAN DE LA CONSIDERACIÓN DE UNA ENTIDAD COMO PATRIMONIAL

A lo largo de este trabajo hemos constatado –en reiteradas ocasiones– que los efectos de la calificación de «entidad patrimonial» que se hace en la nueva LIS tienen una proyección exclusiva en el propio IS. En efecto, la nueva LIS, ni para considerar a una entidad como tal recurre a los requisitos establecidos en otro impuesto (por ejemplo, los previstos para aplicar la exención de las participaciones de una entidad en el Impuesto sobre el Patrimonio), ni tan siquiera extiende los efectos de esta calificación a otros impuestos.

De este modo, resta por determinar los efectos concretos que va a tener en el IS la consideración como entidad patrimonial, todos ellos previstos en los preceptos de la nueva LIS que a continuación enumeramos.

En primer lugar, el artículo 21, en su apartado 5, de la nueva LIS, restringe la aplicación de la exención para evitar la doble imposición a aquella parte de las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de las entidades patrimoniales que se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación. En cambio, no se impide la aplicación de la exención prevista en este precepto sobre los dividendos recibidos de estas entidades. Además, como estas entidades pueden ser calificadas como patrimoniales en determinados ejercicios y no serlo en otros, se establece que la exención solamente no se aplicará respecto de aquella parte de las rentas que proporcionalmente se corresponda con los periodos impositivos en que hubiesen tenido tal carácter durante la tenencia de la participación. El mismo criterio se aplicará en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo.

En segundo lugar, el apartado 4, del artículo 26, establece que no podrán ser objeto de compensación las bases imponibles negativas que tenga pendientes de compensar una entidad patrimonial, cuando además concurren las siguientes circunstancias: a) La mayoría del capital social o de los derechos a participar en los resultados de esta entidad hubiera sido adquirida por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del periodo impositivo al que corresponde la base imponible negativa; y, b) Estas personas o entidades hubieran tenido una participación inferior al 25% en el momento de la conclusión del periodo impositivo al que corresponde la base imponible negativa. En definitiva, se restringe la aplicación de la compensación de bases imponibles negativas a las entidades que sean trans-

mitidas bajo ciertos condicionantes, entre ellos, que la entidad que se transmite tenga el carácter de patrimonial. Sin embargo, nada se dice en torno a cuándo debe tener la consideración de patrimonial la entidad transmitida. Nos queda la duda así de determinar si solamente debe ser patrimonial en el ejercicio de la transmisión, lo cual no parece lógico, o bien si solo deben tenerse en cuenta los ejercicios en los que tuvo esta condición. Aunque esto no queda claro en el texto legal, aplicando un criterio lógico, nos inclinamos por esta última interpretación.

En tercer lugar, el artículo 29 establece que el tipo reducido del 15 % no les resulta de aplicación a aquellas entidades que tenga la consideración de entidad patrimonial. Recordemos que el tipo general que se establece en este precepto es del 25 %, no obstante, se prevé la aplicación del tipo del 15 %, en el primer periodo impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente, a las entidades de nueva creación que realicen actividades económicas. Adviértase, sin embargo, de que la disposición transitoria trigésima cuarta de la nueva LIS establece, entre las *Medidas temporales aplicables en el periodo impositivo 2015*, y con efectos para los periodos impositivos que se inicien dentro del año 2015, determinadas especialidades entre las que se encuentran algunas referidas al tipo de gravamen. En particular, determina que el tipo de gravamen general será del 28 % [letra i)], no obstante, según se dispone en la letra j), las entidades que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 101 de la ley tributarán, excepto si de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 deban tributar a un tipo diferente del general, por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros, al tipo del 25 %; y, por la parte de base imponible restante, al tipo del 28 %. Esta escala no resulta de aplicación a las entidades patrimoniales, pues, como diremos más adelante, es el propio artículo 101 el que las excluye expresamente. Sin embargo, nada dice la citada disposición transitoria de la nueva LIS, sobre la procedencia de utilizar el tipo de gravamen previsto en la letra k) a las entidades patrimoniales en 2015. Recordemos que según lo dispuesto en esta letra k), tributarán al 25 % «las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en los periodos impositivos iniciados en 2015 sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media en los mismos sea inferior a 25 empleados». A continuación se establecen determinados requisitos en lo referente al mantenimiento de la plantilla pero nada se dice sobre la exclusión de las entidades patrimoniales, por lo que entendemos que, ante la ausencia de exclusión legal expresa, podría llegar a pensarse que no cabe restringir la aplicación de este supuesto especial a este tipo de entidades. Sin embargo, no se puede llegar a esta conclusión si se aplica la doctrina administrativa y jurisprudencial –la cual analizaremos más adelante–, que considera que no cabe hablar de cifra de negocios en las entidades que no tienen actividad económica.

En cuarto lugar, el artículo 100, en su apartado 12, dentro del capítulo dedicado por la nueva LIS al régimen especial de transparencia fiscal internacional, establece, al regular el cálculo de la renta derivada de la transmisión de las participaciones de una entidad (en concreto, para la imputación de rentas positivas obtenidas por entidades no residentes), que el valor de adquisición se incrementará en el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, se correspondan con rentas que hubiesen sido imputadas a los socios como rentas de sus acciones o participaciones en el periodo de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión. Concretando acto seguido que, en el caso de entidades que tengan la consideración de entidad patri-

monial, «el valor de transmisión a computar será como mínimo, el valor del patrimonio neto que corresponda a los valores transmitidos resultante del último balance cerrado, una vez sustituido el valor contable de los activos por el valor que tendrían a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio o por el valor de mercado si este fuere inferior». En este específico supuesto, la nueva ley ha modificado, respecto del total contenido del precepto que regulaba esta misma cuestión en la ley precedente (art. 107, apdo. 10), la referencia que se hacía a «las sociedades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el artículo 4.Ocho de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio» por la referencia hecha ahora a «las entidades patrimoniales». Esta modificación no puede pasar desapercibida, pues, como ya hemos indicado a lo largo de este trabajo, el concepto de «entidad patrimonial» no tiene por qué ser coincidente con el de una entidad que tiene sus participaciones no exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio.

En quinto lugar, el artículo 101 establece que los incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión no resultarán de aplicación cuando la entidad tenga la consideración de entidad patrimonial. Se trata de un esperado supuesto expreso de exclusión, a tenor de la doctrina administrativa y jurisprudencial vertida a la luz de la anterior legislación en torno a la aplicación de dicho régimen a las entidades que no se acomodaban al concepto de «empresa». Recordemos que este criterio había sido sostenido por la Dirección General de Tributos³⁷; por los Tribunales económico-administrativos³⁸; por la Audiencia Nacional³⁹; y, finalmente, también por el Tribunal Supremo⁴⁰. De este modo, en esta última Sentencia citada, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo establece que «a partir de que el régimen de empresas de reducida dimensión supone el reconocimiento de un incentivo fiscal al ejercicio de actividades económicas por las mismas, el motivo debe desestimarse ante la carencia de organización empresarial puesta de manifiesto por la resolución del TEAC y confirmada igualmente por la sentencia de instancia». De este modo, este Tribunal no hace más que confirmar una interpretación que venía ya siguiendo desde su Sentencia de 5 de julio de 2012, además de ratificar el criterio mantenido por la sentencia de instancia de la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, de fecha 18 de octubre de 2012, en la que se establecía que «el beneficio regulado por la norma fiscal se hace depender del "importe neto de la cifra de negocios" realizados por la entidad en el ejercicio correspondiente; en definitiva, el sustento fáctico sobre el que se asienta la aplicación de dicho beneficio se predica de la existencia de una actividad empresarial originadora de la "cifra de negocios" y el "importe" de los mismos». Así las cosas, teniendo en cuenta que el concepto de «cifra de negocios» da a entender que los ingresos que lo componen deben provenir de una actividad económica, se concluye que «no es

³⁷ Por todas, véase la contestación a la Consulta de fecha de 8 de julio de 2014, referencia V1771/2014 (NFC052284).

³⁸ Entre otras, véase la Resolución del TEAC de fecha de 30 de mayo de 2012 (NFJ047068).

³⁹ Véase, a este respecto, la Sentencia de 18 de octubre de 2012, recurso 338/2009 (NFJ057852).

⁴⁰ Entre otras, en sus Sentencias de 5 de julio de 2012, recurso 724/2010 (NFJ048308); y, en la más reciente de fecha de 27 de noviembre de 2014, recurso 4070/2012 (NFJ057851).

posible extender este concepto a las entidades de mera tenencia de bienes que no desarrollan actividad mercantil alguna».

Por último, en el apartado 1 del artículo 107, se establece de manera expresa que las entidades patrimoniales no podrán acogerse al régimen especial de las entidades de tenencia de valores extranjeros. A este respecto, solamente nos queda advertir de que la diferencia con el texto de la ley anterior que regulaba este régimen (art. 116, apdo. 1) se encuentra en la distinta conceptualización que ahora se ofrece de las entidades de similares características que quedan excluidas de este régimen especial. Así, si bien ahora se hace una expresa referencia a las entidades patrimoniales (según la definición dada a las mismas en la propia ley), la normativa precedente excluía a las entidades que tenían como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en la Ley del IP, añadiendo además determinados requisitos relativos a la composición de su accionariado (grupo familiar, personas jurídicas de derecho público, etc.). En definitiva, ya hemos tenido la oportunidad de comentar que una entidad patrimonial definida como tal por la nueva LIS no tiene por qué ser coincidente con la entidad que puede tener no exentas sus participaciones en el Impuesto sobre el Patrimonio. En consecuencia, podría darse el caso, a tenor de este, posiblemente inadvertido, cambio normativo que entidades que antes no podían acogerse al régimen especial lo pudieran hacer ahora y viceversa.

5. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

A dos conclusiones de carácter general llegamos tras la realización de este estudio. La primera, relativa a la razón que ha hecho que se incorpore en la nueva LIS un tratamiento especial para las entidades patrimoniales. Y, la segunda, una vez establecida por el legislador esta singular calificación –no es ni tan siquiera un régimen especial–, se refiere a la valoración del motivo que ha propiciado singularizar la condición de entidad patrimonial a los solos efectos del IS.

En lo que respecta a la primera conclusión, hemos dicho que no tenemos clara la razón que ha llevado al legislador a incorporar esta categoría de entidades en el seno del IS (impuesto, cuya mejor denominación podría ser hoy en día la de Impuesto sobre la Renta de las Entidades). El motivo es sencillo de explicar. Si como se anuncia en la exposición de motivos de la nueva LIS, la finalidad primordial del impuesto es gravar las rentas obtenidas en la realización de actividades económicas (lo que justificaría la novedosa inclusión de las sociedades civiles que tengan objeto mercantil como contribuyentes del impuesto), no parece adecuado que también se pretendan gravar, y además darles la consideración de contribuyente, a aquellas entidades que no desarrollan una actividad económica. Posiblemente, alguna razón de coherencia con lo establecido para situaciones más o menos similares en normativas anteriores (nos referimos a los regímenes especiales de transparencia fiscal y de sociedades patrimoniales) ha sido la justificación de ello. Sin embargo, esto se diluye si se observan las diferentes consecuencias que de la pertenencia a aquellos regímenes se derivaban (básicamente se les quería hacer tributar con parámetros del

IRPF) respecto de las que ahora se observan para las llamadas entidades patrimoniales. De este modo, se ha creado un ente, un *tertium genus*, que con los parámetros de la legislación anterior no se puede identificar ni como «sociedad transparente» ni como «sociedad patrimonial», pero al que tampoco le es de aplicación la totalidad de las normas que sí lo son para el contribuyente en el nuevo impuesto que tributa en el régimen general.

La segunda conclusión trae causa de las características específicas que la nueva LIS impone para que una entidad tenga el carácter de patrimonial. Así, de un lado, aunque a lo largo de este trabajo hemos pretendido interpretar todos y cada uno de los elementos que intervienen para calificar como patrimonial a una entidad, no podemos aventurar que su aplicación sea plenamente pacífica. De este modo, conseguir un pleno entendimiento en torno a conceptos tales como el de actividad económica (en particular, cuando esta consiste en el arrendamiento de inmuebles), valores, dinero, derechos de crédito o grupo societario, nos parece que va a ser una ardua labor. Y, de otra parte, no consideramos acertada la decisión del legislador de alejar la configuración dada a las entidades patrimoniales de la ofrecida a las sociedades de tenencia de bienes por el Impuesto sobre el Patrimonio. Esta última, por el paso de los años y tras numerosas interpretaciones efectuadas por la Administración tributaria, doctrina científica y tribunales de justicia, se encuentra bastante asentada en nuestro derecho, lo que ofrece ciertas garantías de una seguridad jurídica que no dará la de tener que recurrir a normas diferentes para, en definitiva, alcanzar objetivos de carácter similar. No encontramos por ello motivo alguno que justifique esta distinta configuración.

Bibliografía

- ALONSO ARCE, I. [2014]: «El arrendamiento de inmuebles y el concepto de actividad económica», *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*, número 191, págs. 41-42.
- CHECA GONZÁLEZ, C. [2009]: «El concepto de "actividad económica" a efectos del IVA (SSTJCE de 26 de junio de 2007. As. C-284/04 y C-369/04, T-Mobile Austria GmbH y otros, y Hutchinson 3G UK Ltd. y otros)», *Noticias de la Unión Europea*, número 290, págs. 39-43.
- LUCAS DURÁN, M. [2011]: «SSTJCE 21-2-2006, Halifax, As. C 255/02 y University of Huddersfield, As. C-223/03: Sexta directiva IVA. Artículos 2, punto 1, 4, apartados 1 y 2, 5, apartado 1, y 6, apartado 1. Actividad económica. Entregas de bienes. Prestaciones de servicios. Operaciones realizadas con la única finalidad de obtener una ventaja fiscal», *Crónica tributaria*, número 138, págs. 239-248.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A. [2009]: «La actividad económica ante el sistema tributario. Especial referencia a la actividad urbanizadora», *Impuestos*, número 8, págs. 11-46.
- MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.) [2014]: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters, Madrid, 12.^a edición.
- PÉREZ ARANA, R. [2004]: «El arrendamiento de inmuebles: su tributación en el IRPF e implicaciones en otros impuestos», *Estrategia financiera*, número 211, págs. 72-75.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y GINER PARREÑO, C. A. [2008]: «Jurisprudencia comunitaria. Art. 82 CE: conceptos de empresa y de actividad económica: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 1 de julio de 2008, en el asunto C-49/2007 (MOTOE)», *Derecho de los negocios*, número 217, pág. 64.

ROIG SÁNCHEZ, A. [2014]: «Arrendamiento de inmuebles: local y empleado. Requisitos mínimos pero no suficientes en los grupos de sociedades», *Diario La Ley*, número 8.265.

VILLAR EZCURRA, M. [2007]: «STJCE 21-4-2005, Finanzamt Bergish Gladbach y HE, As. C-25/03: Sexta Directiva IVA: Construcción de un inmueble de uso residencial por una sociedad conyugal que no desarrolla, como tal, una actividad económica - Derecho a deducción», *Crónica tributaria*, número 125, págs. 213-220.