

GARRIGUES

Empresa Familiar

Octubre 2015



Desafíos actuales de la Empresa Familiar

Índice

- 3** **Desafíos actuales** de la empresa familiar
- 6** ¿Qué le espera en el futuro al **régimen fiscal** de la Empresa Familiar?
- 10** Un poco de luz sobre la **nueva regulación de la remuneración** de los administradores
- 12** El **reto de la planificación testamentaria** ante la ausencia transitoria o permanente de sucesor idóneo
- 16** **Riesgos y cumplimiento normativo:** contribución a la continuidad del legado familiar
- 18** El **nuevo Derecho Civil** Vasco
- 20** **Sentencias y consultas**

Desafíos actuales de la Empresa Familiar

David Moreno

Los últimos datos macroeconómicos revelan que hemos superado la peor crisis económica de los últimos setenta años. Durante estos años, la empresa familiar se ha reafirmado como uno de los pilares fundamentales de la economía española. No obstante, en este período de estancamiento económico también hemos sido testigos de cómo muchas empresas familiares han sido liquidadas o disueltas, con los consecuentes efectos perjudiciales en materia de empleo y de riqueza.

Ante el nuevo contexto económico que se presenta, se hace necesario para las empresas familiares identificar los principales retos que van a tener que afrontar en el futuro para lograr su objetivo de supervivencia a largo plazo. Muchos de estos retos son comunes a los que tienen las empresas no familiares, pero otros son específicos de aquellas, dado su carácter familiar.

Tradicionalmente se han identificado tres principales retos o desafíos de las empresas familiares: la madurez de los mercados, la madurez de la estructura organizativa y la sucesión del emprendedor.

- La **madurez del mercado** se suele identificar como la tercera fase del ciclo de vida de un producto o servicio (tras las fases de introducción y crecimiento). En esta fase las ventas son comúnmente estables y las técnicas de producción están muy perfeccionadas –lo que hace que los costes de producción sean menores-. Pero por otra parte, existe un gran número de competidores, que presionan a la baja el precio del producto o servicio y, por lo tanto, la rentabilidad empresarial no es elevada. Adicionalmente, es común encontrar en esta etapa una resistencia al cambio por parte del empresario-fundador y su equipo, los cuales, frente al ímpetu inicial, se vuelven más conservadores y menos flexibles, siendo difícil adoptar medidas correctoras.

El desafío para las empresas familiares en esta fase de madurez del mercado es la **innovación**, que permitirá la promoción y diferenciación de los productos y servicios actuales, actualizándolos o relanzándolos, y prolongando esta fase de madurez; y el desarrollo de nuevas ideas, productos y servicios en el seno de la empresa familiar. Para ello es necesario (i) conocer el mercado, identificando perfectamente cuál es el valor añadido que la empresa otorga a los clientes; (ii) diferenciarse de la competencia, para lo cual es necesario conocer y transmitir al mercado la ventaja competitiva de la empresa frente a otros productos o servicios y (iii) establecer una cultura de cambio en el seno de la organización que permita readaptarse tantas



veces como sea necesario. Esta innovación permitirá que la empresa familiar no caiga en fase de declive, sino que esté en continua renovación.

- La **madurez de la estructura organizativa** se alcanza generalmente cuando la empresa familiar ha llegado al éxito, tiene un posicionamiento diferenciado, credibilidad en el mercado y una capacidad comprobada. Es habitual que en esta etapa la organización manifieste su incapacidad o limitaciones para afrontar situaciones y problemas que difieren de los que se enfrentó en el pasado.

Frente a esta madurez de la estructura organizativa, el reto es la **profesionalización** de la empresa familiar; esto es, asignar responsabilidad a personas con aptitudes y actitudes reconocidas para desempeñar las mismas, y no atendiendo a lazos afectivos o la costumbre; evaluar y retribuir justamente al personal, otorgándole asimismo capacidad de desarrollo futuro; dar a conocer a toda la organización la propia estructura organizativa y procedimientos o procesos internos; y evaluar periódicamente la propia estructura, personal y procesos, estableciendo las medidas correctoras o de ajuste que sean necesarias.

- Finalmente, la **sucesión del emprendedor** es uno de los momentos claves y más delicados de la empresa familiar. Aunque resulte paradójico, la experiencia demuestra que si bien las empresas familiares destacan por su agilidad, facilidad y rapidez para adaptarse a los cambios del entorno socioeconómico, en numerosas ocasiones estas organizaciones no logran sobrevivir a los cambios generacionales que, por ley de vida, se producen en el seno de las mismas. Así, si bien la sucesión es un hecho que irremediablemente ha de llegar, en ocasiones es un asunto que se rehúye, no afrontando dicha situación hasta que suceda por muerte o incapacidad del empresario. Lo adecuado sería, sin embargo, afrontar dicha sucesión teniendo en cuenta que supone un desafío trascendental para la supervivencia de la empresa –aunque sin perder la naturalidad–, planificando con antelación la estrategia a seguir ante la misma y, llegado el momento, llevándola a la práctica. Son dos los principales retos asociados a la sucesión:
- (i) En primer lugar, el **liderazgo** del sucesor. Para que se dé dicho liderazgo debe seguirse, por una parte, un proceso sucesorio adecuado, en el cual se analicen los factores económico-familiares que afectan a la sucesión –evaluándose la preparación de los sucesores, la organización, la familia y el empresario a suceder para afrontar la misma– y los legales –programando una adecuada transmisión del patrimonio con el mínimo coste fiscal–. Adicionalmente, dicho liderazgo ha de sustentarse en un conocimiento amplio del

negocio, la empresa familiar y la familia empresaria; formación y experiencia adecuada (interna y externa); y en un amplio consenso en el seno de la empresa familia sobre la identidad del líder.

- (ii) Por otra parte, se encuentra el reto de continuar siendo una **familia empresaria**, lo cual implica la voluntad de que la familia ostente el control accionarial de la empresa, y que sean personas pertenecientes a la familia las que lideren la empresa. Este reto supone, en definitiva, asumir que la principal responsabilidad de la familia empresaria está en transmitir la empresa y liderazgo a la siguiente generación mejorando las condiciones en las que se recibió, identificándose más bien idea de con la responsabilidad de *administrar* la empresa familiar que se traspasará a la siguiente generación que con el hecho de *tener o ser propietario* de dicha empresa.

Junto a los problemas anteriores, en los últimos tiempos se está poniendo de manifiesto que en las empresas familiares se está experimentando un **distanciamiento entre la propiedad y la gestión**, motivado primeramente por el acceso de la segunda o ulteriores generaciones a la propiedad de la empresa familiar y por el propio crecimiento de la misma. Este hecho que en sí no es más que un dato –distanciamiento entre la propiedad y la gestión–, se revela como problema si lo ponemos en relación con la pérdida generalizada de la confianza que se da en estos momentos. La causa principal de la crisis de los últimos años está en la gestión deficiente de las organizaciones, tanto públicas como privadas, por parte de sus responsables, y en que los operadores económicos han buscado su propio interés a corto plazo como fin esencial. Los gestores públicos y privados centraron su actividad en la obtención de resultados –políticos, financieros o de cualquier otra índole– en el corto plazo, obviando el objetivo que suponía la propia supervivencia de sus organizaciones. Lo anterior ha tenido consecuencias nefastas tanto para dichas organizaciones como en la economía en general. Por ello ahora nos encontramos en una situación en la que se ha perdido la confianza en el sistema; sin ella es difícil construir un proceso a largo plazo, ya que los agentes económicos sólo estarán dispuestos a colaborar con las empresas familiares en términos de corto plazo.

Frente a la situación anterior, el desafío es la **recuperación de la confianza**, para lo cual es necesario contar en primer lugar con líderes honestos, íntegros y responsables, y en segundo lugar, modificar los criterios de gobierno y de gestión de las empresas familiares, adoptando mejores prácticas que las seguidas en el pasado.

Este problema de falta de confianza también está relacionado con los retos tradicionales de las empresas familiares, esto es,

madurez del mercado, madurez de la organización y sucesión, especialmente con este último. La sucesión no está ya limitada a la transición entre un líder y otro; junto a dicha transición, habrán de modificarse las prácticas de gobierno y gestión de la empresa familiar para adaptarse a la nueva situación. En este sentido, el distanciamiento entre la propiedad y la gestión y la pérdida de confianza está relacionado con lo que podría denominarse la *madurez de la propiedad*. La empresa familiar es un ente formado en definitiva por personas, y debe dar respuesta en primer término a los intereses de los socios, intereses que en esta fase de madurez se han visto modificados.

¿Cómo afrontar este reto de recuperación de la confianza? Para conseguir lo anterior, parece oportuno iniciar en el seno de la empresa familiar un proceso de reflexión y posterior debate, teniendo en cuenta todos los intereses de las partes afectadas –los *stakeholders* o grupos de interés: accionistas, directivos, empleados, clientes, proveedores, entidades financieras, etc.–, que permita llegar a un acuerdo, respaldado por una amplia base, sobre el **proyecto empresarial y las condiciones esenciales para su desarrollo**, estableciendo las líneas rojas que no se podrán traspasar. Para esto será necesario un amplio conocimiento del proyecto que se pretende desarrollar y de los instrumentos y los medios a utilizar, para lo cual será necesario fomentar la transparencia y facilitar información de calidad en tiempo oportuno, invitando a su conocimiento. Asimismo, será necesario legitimar la actuación de los líderes aceptando su dirección con tal orientación, lo cual reforzará su autoridad sobre la base del consenso alcanzado.

Las cuestiones fundamentales que debe contemplar este acuerdo sobre el proyecto empresarial y su desarrollo son las siguientes: (i) en primer lugar, se debe definir **qué** vamos hacer, cuál es el proyecto o actividad fundamental de la empresa familiar; (ii) **qué** no se puede hacer –cuáles son las líneas rojas que no es posible traspasar por quienes ostentan responsabilidades en la empresa–; (iii) **por qué** lo vamos a hacer –cuáles son los motivos o valores compartidos que justifican el proyecto de la empresa familiar–; (iv) **quién** lo va a hacer –cómo elegimos al líder y cuáles son sus límites de actuación–; (v) **cómo** se va a hacer –qué pautas de dirección y control han de seguirse–; (vi) **con qué** recursos lo vamos a hacer –conjugando las necesidades o intereses financieros de la empresa (obtener recursos necesarios para el negocio) y los de la familia (obtener las mayores rentas posibles de la empresa familiar). La búsqueda de recursos para el desarrollo del proyecto es una de las responsabilidades principales del órgano de gobierno–; (vii) **cómo** se van a distribuir las plusvalías –cuál va a ser el reparto de dividendos y como de transparentes son las retribuciones–; (viii) **cómo y cuándo** se puede dejar de ser socio –regulación de las desinversiones–, y (ix) **cómo** se resuelven los conflictos.

Las respuestas a las cuestiones anteriores pueden variar entre diferentes empresas familiares, y en una misma empresa familiar, a lo largo del tiempo, ya las circunstancias cambian. Por ello este ejercicio de reflexión sobre el gobierno de la empresa familiar debe repetirse cada cierto tiempo.

La experiencia demuestra que las empresas familiares que dan respuestas a las preguntas anteriores están en mejores condiciones para afrontar el futuro y perdurar en el tiempo. No dejemos, por tanto, la reflexión propuesta para mañana, pues la pervivencia a largo plazo de la empresa familiar depende de ella.



¿Qué le espera en el futuro al régimen fiscal de la Empresa Familiar?

Pablo Torrano y Laia Martínez

La actual normativa que regula los llamados beneficios de la empresa familiar (aplicables tanto en el Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante IP) como en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante ISD)), muy estable en los últimos años, parece que está llamada a ser objeto de modificaciones en un futuro no muy lejano.

En este sentido, el Libro Blanco para la Reforma Fiscal (más conocido como el "Informe Lagares") ya proponía su modificación, que se plasmaba, respecto del IP, en la eliminación de todo el Impuesto, y respecto del ISD, en una redefinición de lo que debía considerarse como "Empresa Familiar", que debía restringir la aplicación del beneficio fiscal, y, además, en una reducción significativa de la actual reducción aplicable del 95%, eso sí, compensada también por una reducción muy significativa de los actuales tipos de gravamen del impuesto. Si

bien es de sobras conocido que las modificaciones o reformas propuestas para estos dos tributos fueron pospuestas a una posterior legislatura, no es menos cierto que desde ese momento no cesan de oírse voces en el sentido de una necesaria modificación, de forma global en estos dos tributos y, de forma particular, en el ámbito de los mencionados beneficios fiscales de la "Empresa Familiar".

A todo ello se han venido a unir dos recientes sentencias que han causado un relativo impacto mediático en la prensa económica. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 17 de diciembre de 2014 y a la Sentencia del Tribunal Supremo del pasado 16 de julio de 2015.

Respecto de la primera de ellas, el Tribunal Constitucional Alemán publicó una sentencia a finales de 2014 en la que se pronuncia sobre la regulación tributaria alemana que permite heredar empresas con una práctica exención impositiva, aplicable a empresas de cualquier dimensión, declarando que la misma conlleva un trato especial discriminatorio respecto





a las restantes cargas fiscales que afectan a las herencias. Es decir, el Alto Tribunal Alemán entiende que no se justifica en términos de igualdad, de acuerdo con la Constitución Alemana, que los descendientes que heredan un patrimonio empresarial obtengan un trato fiscal favorable con respecto de aquellos otros descendientes que reciban un patrimonio distinto a aquél. No obstante, sí considera legítima la regulación vigente para las pequeñas empresas familiares pues respecto de ellas debe primar el objetivo de preservar los puestos de trabajo de ellas dependientes. Con todo ello, el Alto Tribunal emplaza al poder legislativo a fin de articular una nueva regulación a más tardar para junio del próximo año precisando que hasta entonces seguiría en vigor la normativa existente hasta la fecha.

A la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán se ha unido la reciente sentencia del Tribunal Supremo (TS), en unificación de doctrina, del pasado 16 de julio. En ella, el TS manifiesta su criterio en relación con la base de cálculo de la reducción del 95% en el ISD aplicable a participaciones en empresas fami-

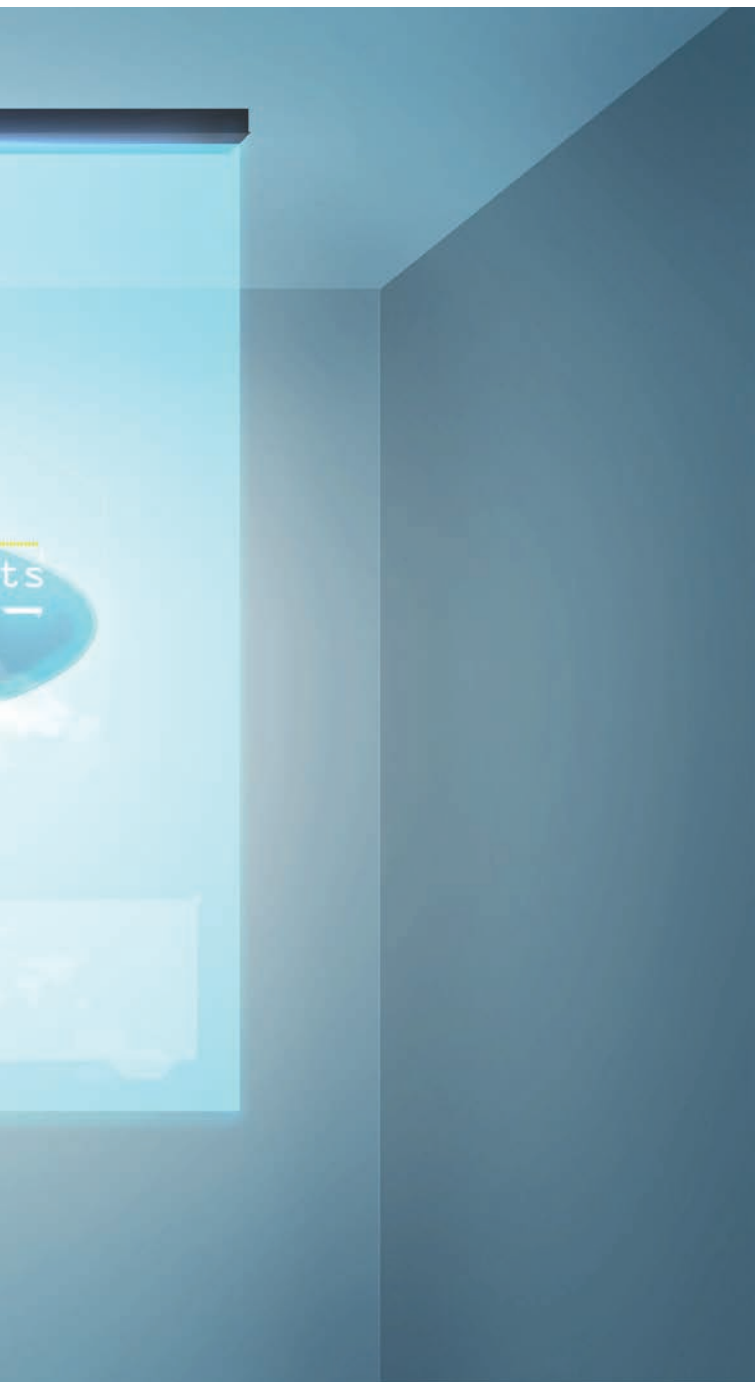
liares regulada en el artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD).

El recurso de casación en unificación de doctrina que da lugar a la Sentencia citada se fundamentaba en la existencia de pronunciamientos contradictorios en sede jurisdiccional. En concreto, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (de fecha 31 de mayo de 2013) y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (de fechas 21 de enero de 2013, 1 de marzo de 2013 y de 7 de septiembre de 2012). Así, mientras el primero de los Tribunales resolvía que la reducción de la “Empresa Familiar” debería aplicarse en la misma proporción que la exención determinada de conformidad a la Ley reguladora del IP, esto es, en proporción a los activos afectos a la actividad, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid resolvía que debía aplicarse la reducción de la “Empresa Familiar” en su totalidad, sin prorrateo alguno, sin encontrarse vinculada al porcentaje de exención en el IP y sólo bajo la condición de que se tuviera acceso a la exención en dicho impuesto.



Así, el TSJ de Madrid sostenía que la remisión que el artículo 20.2.c) realiza al artículo 4, dos.8 de la Ley del IP debía entenderse que lo es únicamente a los efectos de evitar situaciones de fraude de ley en cuanto a lo que se entiende por empresa familiar y para ello exige acudir a la regulación del IP a los efectos de poder entender qué requisitos deben darse para que pueda incluirse un patrimonio en el concepto de empresa familiar y conseguirse así la continuidad en la citada actividad empresarial que es la finalidad de la reducción del 95% del valor de la misma. Y entre dichos requisitos se regula en la Ley del IP lo que debe entenderse por funciones de dirección de la empresa familiar y las remuneraciones que deben recibirse por el ejercicio de

dichas funciones directivas y a ellos debe acudir cuando se está ante la transmisión lucrativa de una actividad empresarial que quiere beneficiarse de la reducción del 95% de su valor total sin distinción alguna en la regulación recogida en el artículo 20.2.c) de la Ley reguladora del ISD. Por tanto el TSJ de Madrid entendía que carecía de cobertura legal la aplicación de la reducción del 95% en función de la afectación a la actividad económica solicitada por la Comunidad de Madrid, máxime cuando dicha Comunidad no había hecho uso de sus competencias normativas en relación con las reducciones en el ISD y no había establecido la limitación referida de la afectación, a diferencia de lo que habían hecho otras CCAA como la catalana.



Por el contrario, el TS en la reciente sentencia a la que nos hemos referido anteriormente, se sustenta en la interpretación finalista de la norma. En este sentido, según el Alto Tribunal, el objetivo perseguido por el legislador y recogido en el Derecho Comunitario (Recomendación de la Comisión 94/1069/CE), es que la exención en el IP se reconoce a los bienes y derechos necesarios para ejercer una actividad empresarial, con aplicación del principio de proporcionalidad. Por ello, en opinión del Tribunal, es claro que debe aplicarse esa misma regla y criterio de proporcionalidad en la base de cálculo sobre la que debe aplicarse la reducción por transmisión inter-vivos y mortis-causa de la “Empresa Familiar” en el ámbito de aplicación del ISD.

En esta misma línea, la Dirección General de Tributos (DGT) ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, en Consulta Vinculante de 29 de junio, indicando que la no sujeción en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas prevista para las plusvalías afluídas en sede de los donantes por la transmisión inter-vivos de la “Empresa Familiar” debe aplicarse la misma proporción que corresponda aplicar en sede del donatario a la hora de calcular su reducción del 95% en el ISD. Ello implica que, también en el ámbito del IRPF, la DGT acude a una interpretación finalista y no literal de la norma para cuantificar un beneficio fiscal establecido para favorecer la transmisión de las denominadas “Empresas Familiares”.

De todo lo anterior pueden extraerse algunas conclusiones:

- La normativa aplicable para determinar el tratamiento de los denominados beneficios fiscales de la “Empresa Familiar” será, muy posiblemente, objeto de modificaciones en un futuro no muy lejano.
- Parece claro que en ningún caso estaríamos hablando de una eliminación sino de una modificación normativa que previsiblemente reducirá su alcance.
- Adicionalmente, por lo que respecta a la doctrina y jurisprudencia española que se está imponiendo, y a la que nos hemos referido anteriormente, justifican una limitación de la cuantificación de los beneficios fiscales aplicables a la “Empresa Familiar” en base a una interpretación finalista de la normativa en vigor que permita su aplicación, únicamente, a los activos que resulten necesarios para el desarrollo de la actividad económica.

En consecuencia, a las tradicionales dudas e incógnitas que la interpretación y aplicación de los requisitos establecidos por la normativa ya generan, se añade también un escenario de una razonable inestabilidad normativa futura. En esta situación, se hace muy recomendable, más si cabe que en momentos anteriores, la revisión de estas estructuras de propiedad que posibilitan la aplicación de estos beneficios fiscales de la “Empresa Familiar”. Ello, con el doble fin de determinar si estamos realizando una interpretación razonable de los mismos y, en su caso, si conviene o no anticipar su aplicación, esencialmente en el caso del 95% de reducción en el ISD, por la vía de la transmisión “inter vivos” de participaciones o negocios familiares, con anterioridad a que se puedan producir los citados cambios normativos que puedan limitar el beneficio fiscal existente actualmente.

Un poco de luz sobre la nueva regulación de la remuneración de los administradores

Antonio Rego López

Tratábamos en diciembre de 2014, en vísperas de la publicación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (Ley 31/2014), sobre el nuevo régimen de retribución de los administradores que iba a incorporar esta norma en la Ley de Sociedades de Capital.

Así, destacábamos, entre otros aspectos, que esta regulación plantea ahora un esquema novedoso en esta materia basado en la distinción de las retribuciones de los administradores en su condición de tales (artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital) y, en el caso del consejo de administración, las correspondientes a aquel consejero que tenga asignadas funciones ejecutivas bien por delegación, como el consejero delegado, bien por cualquier otro título de naturaleza laboral, civil o mercantil (artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital).

La remuneración del administrador en su condición de tal, además de respetar determinadas directrices de carácter programático y ejemplarizante, esto es, ser siempre proporcionada y esencialmente revisable, deberá constar en los estatutos sociales, podrá consistir en uno o varios conceptos retributivos, habrá de ser aprobada por un acuerdo de la junta general que determinará el importe máximo anual y esta remuneración se mantendrá en vigor hasta que no resulte modificada.

Por lo que se refiere a la remuneración del administrador integrado en un consejo de administración que tenga asignadas funciones ejecutivas, apuntábamos que:

- Esta relación habrá de consignarse en un contrato que suscribirán la sociedad y el administrador;
- El contrato deberá ser aprobado previamente mediante un acuerdo adoptado por las dos terceras partes de los

consejeros sin que el administrador afectado pueda asistir y participar en la votación;

- El contrato deberá comprender todos los conceptos retributivos que el administrador pueda obtener por el desempeño de estas funciones ejecutivas; y
- Nada dice, por otro lado, la Ley de Sociedades de Capital respecto a que esta remuneración haya de constar en los estatutos sociales.

Por otro lado, poníamos de manifiesto que esta novedosa regulación, proyectaba algunas sombras interpretativas. Así ¿Qué sucede con los administradores únicos, solidarios y mancomunados? ¿Realmente la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas es distinta a la de los administradores en su condición de tales? ¿Realmente bastará con que sea el consejo el que apruebe la remuneración del consejero delegado sin pasar por la junta general? ¿Puede existir un consejero delegado que perciba remuneración por tener funciones ejecutivas delegadas aunque el cargo de administrador como tal sea gratuito? ¿La retribución del consejero delegado debe tener reflejo en los estatutos sociales? ¿Regirá el principio de proporcionalidad y el carácter esencialmente revisable de las remuneraciones de los administradores como tales en las retribuciones del consejero delegado?.

Aunque buena parte de estos interrogantes siguen sin desparejarse, al menos con la rotundidad que sería deseable para garantizar la seguridad jurídica en una cuestión tan relevante como es la retribución de los administradores, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en su Resolución de 30 de julio de 2015, ha tenido la oportunidad de arrojar un poco de luz en la interpretación que ha de darse a esta nueva regulación al pronunciarse sobre la redacción de una cláusula estatutaria de una determinada sociedad que aludía a ambos conceptos retributivos, esto es, a la remuneración de los administradores en su condición de tales (participación en beneficios) y a algunos conceptos que comprendían

la retribución de aquellos integrantes del consejo de administración que además tengan delegadas funciones ejecutivas. Tal y como pone de manifiesto la sociedad recurrente, se hizo constar en los estatutos la mención a la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas “en aras de una mayor transparencia”, “voluntariamente, para proporcionar un mayor grado de transparencia y seguridad”. El registrador calificó negativamente el artículo estatutario aduciendo que la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas no estaba lo suficientemente determinada incumpliendo, por lo tanto, lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital (precepto que se refiere a la retribución de los administradores en su condición de tales).

La DGRN da la razón a la sociedad recurrente apelando a la literalidad del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital (retribución del consejero con funciones ejecutivas delegadas). De este precepto, dice la DGRN, se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad; el contrato debe ser aprobado previamente por el consejo de administración con los requisitos previstos en dicho precepto; y en este contrato es donde han de detallarse todos los conceptos retributivos por el desempeño de dichas funciones ejecutivas y no en los estatutos de la sociedad.

Aunque la resolución de la DGRN es ciertamente parca en sus argumentos, de la misma parece posible colegir lo siguiente:

- La remuneración de los administradores en su condición de tales se rige por unas reglas (contenidas en el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital) distintas a las contempladas para la remuneración de los administradores con funciones ejecutivas delegadas (previstas en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital).
- Cuando el cargo de administrador, en su condición de tal, sea remunerado, la retribución debe determinarse claramente en los estatutos sociales. Por el contrario, la retribución de los consejeros ejecutivos es preciso que

conste en un contrato que han de suscribir el consejero y la sociedad pero no en los estatutos.

- La remuneración de los administradores en su condición de tales será aprobada por la junta general mientras que el contrato en el que se recogerán todos los conceptos retributivos del consejero ejecutivo será aprobado por el consejo observando determinados requisitos.
- Nada impide que en los estatutos se haga constar voluntariamente que los consejeros con funciones ejecutivas tienen una remuneración que será establecida en un contrato suscrito entre la sociedad y el administrador.
- La política de retribuciones del órgano de administración será aprobada por la junta general, en su caso. No obstante tal política solo es obligatoria en las sociedades cotizadas (artículo 529 novodecies de la Ley de Sociedades de Capital).

A pesar de la parquedad de la DGRN y del hecho de que apele a la literalidad del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, la resolución arroja luz sobre una cuestión de mucha relevancia y donde es deseable que impere la seguridad jurídica y los criterios sean claros.

Desde la entrada en vigor de esta nueva regulación de la retribución de los administradores se ha puesto en evidencia que la materia es compleja y poliédrica, puesto que para realizar una adecuada aproximación a la misma han de conjugarse distintos aspectos técnicos que le afectan, tales como la fiscalidad aplicable, el encuadramiento de los administradores en la seguridad social, el carácter laboral o no de la relación, gobierno corporativo, etc., y está generando dudas interpretativas respecto a su aplicación.

Tal y como concluíamos en diciembre de 2014, como sabiamente apuntaba Sancho a su señor Don Quijote, “aún la cola falta por desollar”... pero algo se ha avanzado.



El **reto** de la planificación testamentaria ante la **ausencia transitoria o permanente** de sucesor idóneo

Arantxa Tobaruela

Los rasgos esenciales que caracterizan a una Empresa Familiar, como ya hemos recordado en varias ocasiones son: (i) la conexión última de la empresa con un grupo familiar propietario que posee una relevante influencia en el gobierno y en la gestión, y (ii) el tener como objetivo estratégico la continuidad generacional en dicha influencia.

Dentro de las condiciones generales para preservar el carácter familiar de la empresa es un elemento clave la transición generacional en los 3 sistemas que caracterizan a la empresa familiar; la familia, la propiedad y la empresa. Dicha transición generacional tiene como base una premisa, muy obvia, que es la existencia de uno o varios potenciales sucesores familiares.

En aquellos supuestos en los que no existe ningún posible sucesor familiar; o en aquellos en los que ninguno de ellos es idóneo para la sucesión o, no lo es todavía, la planificación de la sucesión obviamente se torna más compleja.

En los últimos años uno de los retos más frecuentes que nos estamos encontrando en la planificación testamentaria de los empresarios familiares es precisamente este, la ausencia (ya sea transitoria o definitiva) de un sucesor idóneo.

Por nuestra experiencia, las razones por las que han aumentado dichas situaciones son: (i) en primer lugar, el hecho de que parece que, finalmente, está calando la idea de que la planificación de la sucesión no es algo que deba dilatarse al momento de la jubilación sino que, dentro de las responsabilidades de un empresario, está la planificación de su sucesión en caso de que se produzca una ausencia repentina del mismo a cualquier edad (ya sea por fallecimiento o incapacidad) y; (ii) en segundo lugar, las nuevas estructuras familiares, los vertiginosos cambios del entorno socio-económico, la dedicación absoluta que requiere la empresa, la extensión y diversificación de los estudios universitarios y post-universitarios etc., hace que en ocasiones, aun habiendo descendientes, estos no estén preparados todavía o prefieran otras opciones de desarrollo personal y profesional ajenas a la empresa.

La ausencia, ya sea temporal o definitiva, de uno o varios sucesores idóneos en la propiedad de la Empresa Familiar suele concretarse en alguna de estas situaciones:

- (i) Inexistencia de descendientes.
- (ii) Descendientes menores de edad, o en edad aún no madura.

(iii) Descendientes con problemáticas de incapacidad de obrar, o bien de falta de capacidad para gestionar patrimonio (por situaciones transitorias o permanentes de adicciones, enfermedades, etc.).

(iv) Descendientes no involucrados ni interesados en la Empresa Familiar:

A pesar de la magnitud del reto, nuestro ordenamiento jurídico, dispone de distintas figuras que por sí mismas o combinadas con otras (tanto de ámbito civil, como societario) pueden ayudarnos a superarlo y conservar así la Empresa Familiar.

Con el fin de apuntar a grandes rasgos algunas de las figuras que podemos aplicar ante este desafío, y a efectos meramente didácticos, diferenciaremos aquellas situaciones en las que existe uno o varios potenciales sucesores pero que aún no cuentan con la madurez (legal o práctica) suficiente, para asumir siquiera la sucesión en la propiedad de la Empresa Familiar –“*el reto ante el Sucesor aún no maduro*”- de aquellas otras en las que no existe un sucesor idóneo ni en el momento de la planificación ni en un futuro cercano –“*el reto ante la ausencia de sucesor idóneo próximo*”-



I.El reto ante el Sucesor aún no maduro

Este es uno de los supuestos más habituales que nos encontramos a la hora de planificar la sucesión de la propiedad en la Empresa Familiar en el marco del Plan de Contingencia, o simplemente en aquel perfil de empresario responsable (ya sea emprendedor o de segunda generación) que, en el esplendor de su ejercicio profesional, asume la responsabilidad de planificar el impacto que tendría en la propiedad y en la empresa, su fallecimiento repentino, en un ciclo vital en el que, en principio, no es habitual que se produzca.

En este caso, un rasgo común en los potenciales sucesores suele ser su minoría de edad.

Dentro de este supuesto, la situación más habitual es que el deseo del testador sea instituir como sucesores en la propiedad a todos los hijos por igual, por entender que no hay criterios para elegir entre ellos o adjudicarles porcentajes distintos. En este escenario, lo que vamos a tener que prever y regular testamentariamente son sistemas de administración de las acciones o participaciones de la Empresa Familiar que dejen en manos de personas capacitadas (familiares o no, en función de varios criterios) la representación, administración y gestión de dichas acciones o participaciones hasta que los referidos hijos alcancen una edad que se considere madura para ejercer sus derechos como socios (que como mínimo será la mayoría de edad legal pero que en la práctica, habitualmente, se extiende a los 25 o incluso 30 años de edad).

Dentro de estos sistemas de administración especial, se deberá elegir y desarrollar aquel que, en el marco de la normativa común o foral aplicable, sea válido y se ajuste mejor a las necesidades de la empresa y la familia; y que podrá consistir en uno o dos administradores, o incluso en un órgano colegiado. En todo caso, es recomendable dar instrucciones a los administradores especiales; así como establecer, en su caso, límites en cuanto a la eventual transmisión o gravamen de las acciones o participaciones etc.

Otro supuesto específico y algo menos habitual dentro de las situaciones de minoría de edad de los sucesores, es aquel en el que el testador, por criterio propio o por imposición de un protocolo o pacto familiar, debe elegir de entre sus descendientes a un solo sucesor (para mantener por ejemplo la concentración accionarial de su rama). En este caso, saber quién será el sucesor idóneo es prácticamente imposible si se tienen varios hijos menores de edad, por lo que se suelen utilizar figuras (principalmente fiduciarias) que permitan dilatar la designación del sucesor más allá del fallecimiento del testador; estamos hablando de figuras como la "fiducia sucesoria conyugal" (art. 831 CC), la fiducia aragonesa (art. 439 CCA) la herencia de confianza catalana o la designación de heredero por cónyuge y parientes, (424-I y ss. del CCCAT), la ordenación por comisario vasca (art.30 LDCV) etc.

Con mayor o menor flexibilidad, estas figuras, por sí mismas o combinadas con otras, pueden permitirnos delegar en otras personas (nuestro cónyuge, parientes próximos o, en algunos casos, en terceros) la determinación final de nuestro sucesor; e

incluso, dejar ya establecidos en el testamento o en instrucciones a los referidos electores, los criterios que deberán tenerse en consideración para la determinación del sucesor o sucesores (p.e. nivel de estudios, interés mostrado en la empresa, aptitudes personales etc.).

Las figuras que de algún modo permiten "delegar" y posponer la determinación del sucesor definitivo de entre los elegibles, nos dan, por tanto, la oportunidad de poder esperar a que los potenciales sucesores alcancen una edad de madurez suficiente y puedan demostrar sus capacidades e interés respecto de la Empresa Familiar y seleccionar así a los más idóneos para garantizar la continuidad de la Empresa Familiar (habitualmente la decisión suele posponerse hasta que el menor de los potenciales sucesores tenga alrededor de los 25 años).

Obviamente, todas estas figuras fiduciarias suponen la necesidad de diseñar de forma clara y detallada el sistema de administración de las acciones o participaciones hasta el momento de la determinación definitiva del sucesor y, como siempre, en función del derecho aplicable tendremos mayor o menor flexibilidad para regular dicho régimen de administración transitorio.



2. El reto ante la ausencia de Sucesor Idóneo próximo

Como ya hemos apuntado, en la práctica se dan otros supuestos en los que, o bien no hay descendientes que puedan continuar con la Empresa Familiar; o bien los descendientes que hay, aun siendo mayores de edad, no se consideran idóneos para la sucesión en aras a la continuidad de la Empresa Familiar:

En estos supuestos, habitualmente, la voluntad del testador suele enfocarse en la búsqueda de sistemas que permitan que sus descendientes (de haberlos) o familiares de posteriores grados (p.e. sobrinos) tengan garantizadas determinadas rentas o rendimientos de las acciones o participaciones, sin que tengan la representación legal (esto es el poder político) de las mismas, o incluso en algunos casos sin que tengan la titularidad de las mismas.

En estos escenarios, se suele buscar una combinación de figuras civiles y societarias que permitan en la medida de lo posible conservar la empresa en manos de terceros (habitualmente los directivos clave o profesionales de máxima confianza), y que los familiares puedan disfrutar de los beneficios; es decir, se buscan figuras que permitan efectos similares a los trust que no están expresamente reconocidos en nuestro ordenamiento y que resultarían de suma utilidad para estos supuestos.

Así, en algunas ocasiones puede resultar adecuado utilizar fundaciones –con fines de interés general reales y propios- (ya sean españolas o extranjeras), en cuyo patronato se integren dichos directivos o profesionales externos y transmitir a dicha fundación la totalidad o parte de las participaciones (en algunas ocasiones con voto privilegiado), de tal que forma que se le otorgue el control político del grupo empresarial etc. En otras ocasiones (p.e. aquellas en las que los sucesores tengan una situación problemática con la capacidad para gestionar patrimonio) bastará con separar los derechos políticos de los económicos y diseñar un sistema de administración especial de la propiedad similar al descrito para las situaciones de minoría de edad; y, en otras ocasiones podrán usarse figuras como los fideicomisos combinadas con las dos anteriores, para saltar, por ejemplo, una generación en la transmisión de la propiedad si el sucesor idóneo no se encuentra en la generación inmediatamente siguiente, sino en posteriores; etc.

Estas situaciones son las más complejas técnicamente, pero puede salirse exitoso del reto, siempre que se cuente con personas de confianza (directivos o profesionales externos) que puedan asumir el control de la empresa durante un largo periodo o incluso una generación completa.

Por supuesto que, en algunas ocasiones, la ausencia de sucesor idóneo, nos va a llevar a asumir que la empresa deberá dejar de tener el carácter familiar o bien incluso, en algunos casos, los mínimos, la mejor solución será la transmisión de la misma ya sea con carácter previo al fallecimiento o ya sea tras el fallecimiento ordenando a los albaceas o ejecutores de la voluntad testamentaria dicha venta y distribución. Pero como decimos, por suerte, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con suficientes recursos para que esta, sea una opción a considerar únicamente en casos extremos.



Riesgos y cumplimiento normativo: contribución a la continuidad del legado familiar

Fernando Sánchez Mora

Este artículo no versa sobre leyes ni técnicas de gestión. Trata de realidades humanas y de necesidades empresariales.

La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal español está suponiendo la implantación generalizada de herramientas de gestión que hasta ahora eran desconocidas para la mayoría de empresas familiares. Mapas de riesgos legales, programas de prevención de delitos, sistemas de cumplimiento normativo... ¿Qué es fundamental conocer y comprender antes de tomar la decisión de adentrarse con éxito en este territorio, hasta ahora propio de empresas cotizadas?

Las personas tenemos distintos *niveles de sensibilidad* al riesgo. Algunos conviven con él de forma natural mientras otros tratan de evitarlo a toda costa. Esta *sensibilidad al riesgo* nos caracteriza y se evidencia en nuestras actividades, comportamientos y decisiones de cada día; en los deportes que hacemos y el modo en que los practicamos, en cómo invertimos nuestros ahorros, en el estilo de conducción que tenemos, etc. Existe otro aspecto que también nos caracteriza y es interesante destacar para comprender la problemática empresarial de la que es objeto este artículo: el *nivel de atención a las normas*, es decir, la facilidad o dificultad con las que, a título personal, aceptamos y respetamos las normas que nos marca nuestro entorno. Normas de circulación, cánones sociales, reglas de juego, etc. Los dos aspectos de nuestra personalidad están relacionados: incumplir normas es un riesgo, en tanto en cuanto puede conllevar consecuencias negativas para quien las incumple.

Como en muchos otros aspectos que conforman nuestro carácter, las personas solemos presentar patrones de comportamiento recurrentes. Esto es, una misma persona en situaciones

parecidas, suele responder de forma equivalente: por ejemplo, asumiendo siempre poco riesgo y cumpliendo las normas. En general, las personas somos predecibles, pero no somos autómatas. Que una persona sea adversa al riesgo no implica que no pueda tomar una decisión arriesgada. De hecho, existen teorías, como la del *Triángulo del fraude*, de D. Cressey, que ayudan a comprender cuáles son los factores que inducen a asumir riesgos superiores a los habituales a personas que habitualmente son adversas al riesgo, o a transgredir normas fundamentales a otras que han acreditado trayectorias de ética y cumplimiento impecables. Los factores son tres: la presión, que impulsa a tomar la decisión de riesgo, la oportunidad de hacerlo sin que se sepa y la posibilidad de justificar la decisión.



¿Cuáles son la traducción y el efecto de todo lo anterior en las empresas?

Las empresas, como las personas que las dirigen y gestionan, tienen su *carácter*. Y también muestran patrones de comportamiento. Dichos carácter y patrones, a los que en este artículo nos referiremos como *cultura empresarial*, se evidencian cuando se analizan sucesi-

vas decisiones de negocio, inversión, financiación, contabilidad, de relaciones con los intermediarios y colaboradores... Los niveles de asunción de riesgos y de respeto a las normas suelen mantenerse siempre dentro de unos mismos límites.

No obstante, como ocurría con las personas, las empresas también se enfrentan a situaciones de presión interna y externa en las que sus empleados pueden encontrarse en la "necesidad" (racionalidad, en el esquema de Donald R. Cressey) y ver la "oportunidad" de adoptar decisiones de riesgo excesivo, en las que además se podría estar incumpliendo leyes, normas sectoriales, compromisos contractuales o políticas de la compañía, entre otras. De esta forma, fuertes tensiones de tesorería, retrasos de proveedores, presiones de clientes para cumplir con los plazos de entrega, impagos de clientes importantes, tensiones con algún empleado o presiones por cumplir con los objetivos, entre otras razones, pueden llevar a algún directivo, responsable de departamento o cualquier empleado, a tomar decisiones comprometidas para la empresa, con la justificación de "salvar la situación", "proteger el patrimonio familiar", "compensar inequidades entre ramas familiares", "asegurar la continuidad de la empresa", "cobrar una retribución variable" o "mantener su puesto de trabajo", etc.

Por desgracia, en ocasiones son estas decisiones y no el problema de partida - que suele ofrecer soluciones dentro de los límites de riesgo asumibles y de la legalidad, aunque éstas no son fáciles de "ver" cuando la persona que decide está bajo presión - las que agravan las crisis y acaban implicando a los miembros del Consejo de Administración o a los accionistas, hipotecando el futuro de la empresa o abriendo brechas en el grupo familiar; con independencia del nivel jerárquico en que se haya tomado la decisión. Porque además, como puede deducirse de todo lo anterior; las organizaciones se enfrentan también a la dificultad de alinear las distintas sensibilidades a la asunción de riesgos y al respeto a las normas que tienen cada una de las personas que toman decisiones cada día, con los valores y expectativas de la propiedad.

La importancia del reto que supone todo lo anterior en una empresa familiar se comprende mejor cuando se toma conciencia de que dichas decisiones, tomadas a cualquier nivel de la organización, pueden generar; además de una responsabilidad individual, la responsabilidad penal de la persona jurídica y lo que ello significa: la posibilidad de que la empresa y el directivo puedan tener intereses contrapuestos en el proceso. Esto es, la empresa podría llegar a quedar penalmente exonerada si, entre otras cosas, se demuestra que se habían tomado medidas para prevenir el delito y que el empleado o directivo lo había cometido omitiendo o vulnerando los controles establecidos. A todo lo anterior cabría añadir el tiempo que pueden durar estos procesos, la habitual implicación de miembros de la familia en algunas de las decisiones más relevantes, los elevados importes que pueden suponer las penas y el impacto

reputacional que el proceso puede generar para la empresa y para la propia familia.

¿Y en qué pueden ayudar los sistemas de cumplimiento normativo y, más en concreto, los de prevención de delitos? Un sistema de cumplimiento normativo bien diseñado permite abordar el reto al que nos referíamos, de forma ordenada, rigurosa y sistemática. Debe prevenir los incumplimientos, detectarlos si se producen y reaccionar para mitigar sus consecuencias y evitar que vuelvan a repetirse. Y debe hacerlo de forma eficaz y eficiente.

Aparentemente el problema es diseñar el sistema. Y hacerlo bien es importante, pero la metodología es muy clara. Se inicia el proceso con la selección de los requisitos legales que se considera oportuno gestionar (por ejemplo, delitos, competencia, fraude y corrupción, ambientales, blanqueo de capitales, LOPD, etc.) y con la identificación de las actividades empresariales en las que se puede producir un incumplimiento. A continuación se analiza la probabilidad de que dichos incumplimientos puedan ocurrir - atendiendo a las políticas, procedimientos, controles y criterios de actuación existentes, a los focos de presión habituales y a la cultura de la organización - y el impacto que ello supondrá para la empresa. El resultado de este primer trabajo se materializa en un documento denominado *mapa de riesgos* en el que se representa de forma gráfica la exposición (probabilidad e impacto) de cada actividad al riesgo de incumplimiento. Con esta información, se está en situación de dimensionar adecuadamente en cada empresa los recursos a destinar a la gestión del cumplimiento, tanto desde el punto de vista organizativo (qué personas implicar; cuánto tiempo dedicar; etc.) como del preventivo (qué riesgos considerar; en qué medidas de prevención y control tiene sentido invertir). En el caso de los riesgos penales, si queremos que el sistema pueda incluso esgrimirse para lograr la exoneración de la empresa, posibilidad que se contempla en el Código Penal desde marzo de 2015, se deberán cumplir unos requisitos de diseño y funcionamiento que el propio Código indica.

Pero el desafío real es que funcionen de verdad. Que sean, como decía antes, eficaces y eficientes. Y para ello, sin duda, un diseño que adapte el sistema de cumplimiento a la organización, contemplando su contexto interno y externo, y aproveche las sinergias con las prácticas de gestión ya existentes, es importante. Pero lo que es fundamental, es adoptarlos desde el convencimiento de que, más allá de utilizarse como elemento de defensa en un hipotético proceso judicial (que también debe preverse), han de servir para que los miembros del órgano de administración y la propiedad sean debidamente informados sobre los riesgos y tengan la tranquilidad de que las personas que cada día toman decisiones en la empresa lo hacen dentro de los niveles de tolerancia al riesgo y de respeto a las normas que les son exigidos, facilitando así la continuidad de la empresa y el legado familiar.

El nuevo **Derecho Civil** Vasco



Alberto Guerra San José

Uno de los principales desafíos de todo negocio familiar es su supervivencia en el relevo generacional. A tal efecto, la planificación sucesoria se antoja esencial. Por ello debe llamarse la atención de una importante novedad para la Comunidad Autónoma Vasca. Tras una *vacatio legis* de tres meses desde su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco (BOPV), sin incidencias de impugnación y de forma discreta y casi silente, el pasado 3 de octubre entraba en vigor la Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho Civil Vasco (LDCV). Es difícil en una nota con la extensión de la presente destacar todo lo que supone para el derecho privado de la Comunidad Autónoma Vasca una ley como la LDCV. Para empezar, debe considerarse que nace tras un largo proceso de reflexión y debate iniciado con las ponencias parlamentarias en 1983, 1986 y 2006,

así como con la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (Ley 3/1992) y la posterior Ley 3/1999, fundamentalmente. Así mismo, debe destacarse el gran clima de consenso parlamentario desarrollado desde el inicio de su tramitación, tras la Resolución de 28 de noviembre de 2013 del Parlamento Vasco “para la actualización del Derecho Civil Vasco”, que desembocó el 10 de marzo de este año en la presentación de una proposición de ley suscrita, desde el momento de partida, por los grupos parlamentarios Nacionalista Vasco, Socialista Vasco y Popular Vasco, con ningún voto en contra dentro de todo el arco parlamentario.

La LDCV está llamada a ser la piedra angular de la tarea de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral competencialmente reconocido en el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía, bajo el esencial principio foral de *libertad civil*, es decir, con el derecho de optar o no por su aplicación.

Dado el carácter breve de la presente nota, no abordamos un análisis detallado que merecerá sin duda una reflexión más pausada. En efecto, también la entrada en vigor de la LDCV supone un reto en materia jurídico tributaria, en la medida en que los nuevos títulos de sucesión y su tratamiento fiscal pueden impulsar y facilitar nuevas posibilidades de eficiente planificación en el relevo de la empresa familiar.

Destacamos a continuación únicamente los aspectos más novedosos de la LDCV:

- La gran novedad de la LDCV es el concepto de *vecindad civil vasca*, que se convierte en vecindad civil común. La LDCV resultará de aplicación en toda la Comunidad Autónoma Vasca a todo ciudadano con vecindad civil vasca, que se adquiere, conserva y pierde conforme a las normas establecidas en el Código Civil.
- Sin perjuicio de lo anterior, se conserva también la vecindad local, toda vez que se mantienen especificidades territoriales de carácter foral como la troncalidad o el régimen económico matrimonial de comunicación foral en Vizcaya, la libertad de testar en el Valle de Ayala (Álava) o el típico régimen de transmisión del caserío en Guipúzcoa.
- Las principales novedades vienen en materia sucesoria. Debe tenerse en cuenta que el ciudadano con vecindad civil vasca podrá acceder a la herencia por sucesión testada, por sucesión intestada y, a partir de ahora, por pacto sucesorio o por poder testatorio a través del testamento por comisario. La llamada sucesión contractual o pacto sucesorio, así como el ejercicio del poder testatorio a través de un testamento con designación de comisario estaba reservado hasta la entrada en vigor de la LDCV al Infanzonado o Tierra Llana de Vizcaya (es decir, todo el territorio histórico, menos la parte no aforada del territorio en las doce villas vizcaínas y la ciudad de Orduña).
- Otra novedad esencial es la reducción de las legítimas en línea con el derecho comparado europeo en materia sucesoria. Además de conservar el carácter foral de legítima colectiva, la legítima de descendientes se reduce a 1/3. Debe valorarse este cambio esencial, teniendo en cuenta que la actual legítima en territorio foral de Vizcaya es de 4/5 y en Álava (salvo Valle de Ayala, Llodio y Aramaio), así como en Guipúzcoa y en las doce villas de

Vizcaya y la ciudad de Orduña, es de 2/3, procedente de la regulación del Código Civil. Todo ello con la salvedad de la troncalidad en Vizcaya y la libertad de testar en el Valle de Ayala, donde no habría legítimas.

- En línea con la tendencia europea de la libertad de testar, se suprime la legítima respecto de los padres del fallecido.
- La posición del cónyuge viudo puede mejorar sensiblemente, porque además de contar con el usufructo viudal, habrá que unir el derecho de habitación en la vivienda conyugal y la posibilidad de hacer el testamento por comisario.
- Siguiendo la última tendencia jurisprudencial, se equipara a todos los efectos sucesorios al miembro supérstite de la pareja de hecho respecto al cónyuge viudo.
- En cuanto a los regímenes económico matrimoniales, se conservan los propios del Código Civil, respetándose el régimen de la comunicación foral de bienes en el Infanzonado o Tierra Llana de Vizcaya, para el que habrá que tener en cuenta la vecindad local además de la vecindad civil común vasca.
- Por último, debe apreciarse la novedad que supone la limitación de la responsabilidad para el heredero respecto de las deudas del causante contenida en su artículo 21.2., operando de forma automática la sucesión en beneficio legal de inventario, influido por el derecho civil aragonés. Relacionado con la anterior, e inspirado en el derecho civil catalán, el apartado 3 del mismo precepto atribuye al acreedor de la herencia un beneficio de separación de patrimonios, a ejercer en un plazo de seis meses, en virtud del cual el heredero deberá realizar un inventario de bienes que quedarán separados de su patrimonio anterior, hasta la satisfacción de los créditos del causante.

En conclusión, la nueva norma introducirá importantes cambios en el régimen sucesorio de quienes antes ostentaban tanto la vecindad civil común como la foral. Las indicadas modificaciones serán polémicas para una parte de los afectados, y para otros no satisfarán ciertas pretensiones. Para ello, la LDCV crea una Comisión de Derecho Civil Vasco que promoverá la investigación y propuestas de modificación legislativa.



Sentencias y consultas

2. I Civil.

Sobre el maltrato psicológico o psíquico como justa causa de desheredación (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 59/2015 de fecha 30 de enero de 2015).

Una de las cuestiones más conflictivas con respecto a la institución de la desheredación es la de la consideración del maltrato psicológico o psíquico al progenitor o ascendiente testador como justa causa para apartar al descendiente de la sucesión. Así, si bien, desde un punto de vista social, parece lógico que todo aquel que maltrate psicológica o psíquicamente a su padre, madre o ascendiente en general no esté legitimado para heredar de su víctima si ésta así lo desea, lo cierto es que su consideración como justa causa de desheredación no siempre ha sido exitosa.

Ello es así porque el Código Civil no se refiere expresamente al maltrato psíquico o psicológico como causa de desheredación, sino que configura como tales, exclusivamente, la denegación de alimentos, el maltrato de obra o la injuria grave de palabra, aplicándose todas ellas, dadas las gravosas consecuencias que de dicho instituto se derivan, de forma restrictiva.

Pues bien, en los últimos tiempos, se ha venido observando una corriente doctrinal y jurisprudencial que, adaptándose a la realidad social, viene admitiendo el maltrato psicológico o psíquico como causa justa de desheredación. Y de ello precisamente trata la sentencia objeto de análisis.

Así, en el supuesto de hecho planteado, el demandante solicitaba que se declarase nula la desheredación total realizada por su madre, la cual había decidido testar en tal sentido como consecuencia del maltrato psicológico al que, al parecer, le había sometido el demandante, quien incluso le había arrebatado su patrimonio, bajo engaño y coacción.

Si bien la pretensión del demandante desheredado no tuvo éxito en primera instancia, la Audiencia Provincial correspondiente, en sede de apelación, revocó la sentencia basándose, como adelantábamos, en la aplicación restrictiva del instituto de la desheredación.

Pues bien, el Tribunal Supremo defendió que, de conformidad con la jurisprudencia actual, no es necesario el empleo de violencia física para configurar la situación de "maltrato de obra" que constituye justa causa

de desheredación. Y ello porque, entre otros motivos, el concepto de malos tratos o injurias graves debe ser objeto de una "interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen".

Esta sentencia resume, por lo tanto, la tendencia actual de la jurisprudencia no ya a aplicar por analogía "nuevas" causas de desheredación o a hacer una interpretación extensiva de la causas existentes, sino a interpretar o valorar la concreta causa de desheredación de forma flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en el que se produce.

Mención especial en este apartado merece, aunque no se trate de una sentencia del Tribunal Supremo, la dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz el día 16 de julio de 2015 bajo el número 176/2015. La Audiencia Provincial considera que es claro maltrato de obra y, por lo tanto, causa de desheredación, el comportamiento "no exigible ni normal", "que merece el calificativo de *contranatural*" de una hija que, en el momento en el que a su padre, de avanzada edad, le detectan una grave enfermedad que desemboca en su fallecimiento, rompe totalmente su relación con él. Y esta ruptura llega hasta los extremos de realizar manifestaciones como "ese no es mi padre" o "para mí murió".

La Audiencia Provincial de Badajoz califica la actitud de la hija legitimaria de maltrato de obra, siguiendo, pues, con la corriente jurisprudencial que se viene de describir, y que lleva a una interpretación actualizada a la sociedad de hoy de las causas de desheredación establecidas en el Código Civil.

Sobre la prohibición de la intervención judicial en la herencia impuesta por el testador- la cautela socini (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 717/2014 de fecha 21 de abril de 2015).

Ya en el año 2014 fue muy comentada una sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de enero, que fijaba doctrina jurisprudencial en torno a la validez de la prohibición de la intervención judicial de la herencia impuesta por el testador (testador que, en ese caso, era Juan Banús, famoso promotor junto con su hermano José; lo cual, unido a la importante cuantía de la herencia, mediatizó la referida sentencia).

Si bien, al igual que ocurre con el maltrato psíquico o psicológico como causa de desheredación que venimos de analizar, en un primer momento puede parecer que

la imposición de tal prohibición no debería llevar a discusión, lo cierto es que su admisión no ha sido siempre tan incuestionable, por cuanto ha llegado a entenderse que dicha *cautela socini* comprometía o gravaba, indebidamente, la legítima de quien tuviese derecho a ella.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 2014 antes referida, zanjó dicha discusión, señalando que una prohibición del tenor comentado no debe ser considerada una “sanción”, sino un “derecho de opción o facultad alternativa”. Es decir, un legitimario podría elegir entre aceptar la prohibición- y, por lo tanto, consolidar sus derechos hereditarios- o contravenirla, solicitando la intervención judicial, acatando la consecuencia de ello, que no sería otra que percibir únicamente la legítima que por ley le correspondería, acreciendo el resto a los demás herederos.

No obstante, señalaba el Tribunal Supremo que no toda contravención de la prohibición de instar la intervención judicial de la herencia debería tener la consecuencia señalada, sino sólo cuando el contenido impugnatorio se dirija a “combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador”.

En el supuesto resuelto por la sentencia objeto de análisis, de 26 de junio de 2015, nos encontramos ante una situación familiar ciertamente peculiar: la testadora tenía varios sobrinos, hermanos entre ellos y, por distintas circunstancias, terminó adoptando a una de ellas, la cual se convirtió, por lo tanto, en su única hija (y legitimaria).

A su fallecimiento, a la vista del testamento particional otorgado por la causante, su única hija interpuso una demanda de juicio ordinario frente a los sobrinos de la testadora en acción de complemento de legítima, por entender que su madre (antes tía) había fallecido con vecindad civil común- no navarra, como manifestaba la causante- y, por lo tanto, su legítima era superior a los bienes que, efectivamente, había recibido.

No obstante, no logró desacreditar la demandante que la vecindad civil de su madre fuese la navarra (entre otras pruebas, como curiosidad, se hace referencia a que la causante llegó a otorgar doce testamentos, en todos los cuales manifestó su vecindad civil navarra y voluntad de conservarla). Por lo tanto, se consideró que su legítima habría sido cubierta, con creces, por los bienes adjudicados por su madre en testamento.

Quedaría, pues, resolver la aplicación o no de la *cautela socini* puesto que, recordemos, la hija- única legitimaria-

había solicitado la intervención judicial en la herencia.

Pues bien, aunque pudiese llegar a considerarse que la discusión de la demandante se centraba en un dato objetivo- la vecindad civil de la causante- lo cierto que el Tribunal Supremo consideró que, en realidad, estaba discutiendo el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por la testadora (quien, recordemos, realizó testamento particional conforme a su vecindad civil, que tantas veces ratificó).

Por ello, los derechos hereditarios de la impugnante acrecieron a los demás herederos y a ella se le atribuyó la legítima estricta navarra que, recordemos, son “cinco sueldos febles o carlines por muebles y una robada de tierra en los montes comunales por inmuebles”. Por lo tanto, nada.

Sobre la no aplicación retroactiva del principio constitucional de no discriminación en el ámbito sucesorio (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 733/2014 de 29 de abril de 2015).

Interesante resulta también, por varias circunstancias, la postura del Tribunal Supremo con respecto a los derechos que tienen en la herencia de sus padres los hijos nacidos fuera del matrimonio antes de la entrada en vigor de la Constitución Española.

En el supuesto resuelto por la sentencia de referencia, la demandante reclamaba sus derechos hereditarios con respecto a la sucesión de su padre, fallecido en enero de 1978, tras haber sido reconocida como hija suya a raíz de una declaración judicial de filiación extramatrimonial en el año 2008.

Es precisamente en la Constitución Española donde la demandante encuentra la base para su reclamación: entendía que ella estaría tan legitimada a la herencia de su padre como cualquier otro hijo matrimonial o reconocido por éste en base a una posible aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación contenido en la Constitución Española (artículos 14 y 9.3 C).

Ahora bien, resulta necesario tener en cuenta que (i) la apertura de la sucesión se produjo antes de la entrada en vigor de la Constitución Española y (ii) el supuesto de hecho encajaría perfectamente en la circunstancia prevista por la Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen



Sentencias y consultas

económico del matrimonio: “*La sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas después, por la nueva legislación*”. Y, recordemos, la legislación anterior no contemplaba derechos sucesorios para los hijos antes denominados “ilegítimos” y no reconocidos, cual es el caso.

Esta argumentación jurídica fue tomada como base para la sentencia que desestimó la demanda en primera instancia y que fue ratificada en apelación, hasta llegar al Tribunal Supremo, quien confirmó lo decidido en ambas instancias.

Por lo tanto, a día de hoy, el Tribunal Supremo no admite la aplicación retroactiva del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito sucesorio a hijos no matrimoniales de causantes cuya sucesión se haya abierto antes de la entrada en vigor de la Constitución Española.

Ahora bien, no debe obviarse un voto particular, emitido por el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, que, quién sabe, quizás abra camino a la modernización de la doctrina. Así, D. Rafael Saraza entiende que debe ser aplicable a estos supuestos lo que el propio Tribunal Constitucional ha sentado: “(*...*) *todo español tiene, desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento (...)*”.

Además, el Tribunal Constitucional llegó a darle una débil eficacia retroactiva a la Constitución Española en relación con “*leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella y que no hubieran agotado sus efectos*”.

Todo ello, desde el punto de vista de D. Rafael Saraza, debería llevar a la aplicación del principio de no discriminación por razón de filiación a todas aquellas sucesiones en las que no se hubiera producido la aceptación de la herencia por todos los herederos antes de la entrada en vigor de la Constitución (esto, que se no se hubiesen “*agotado los efectos*” de la sucesión).

2.2 Mercantil.

Sobre la nueva competencia exclusiva de la junta general: la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales (resoluciones de la DGRN de 28 y 29 de julio de 2015).

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo introdujo como novedad destacable el apartado f) del artículo 160 de la Ley de Sociedades

de Capital que somete a la deliberación y votación de la junta general la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales, presumiéndose el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

La DGRN se enfrenta a la negativa de un registrador a inscribir la constitución de una sociedad limitada al no constar la manifestación de que el activo aportado en la constitución no es un activo esencial o, en caso contrario, acompañar el correspondiente acuerdo de la junta general autorizando la aportación realizada.

La DGRN rechaza tal negativa del registrador aduciendo que no existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial. Por lo tanto, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. No obstante, el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (por ejemplo, cuando se aporta toda la actividad fabril de la sociedad que constituye su objeto social), o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (por ejemplo, resulte palmario del propio título o de los asientos que el activo representa más del 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado).

Por último, la DGRN, consciente de lo espinoso que resulta este nuevo precepto, desliza un consejo: incluir en la escritura una manifestación sobre el carácter no esencial del activo mejora la posición jurídica de la contraparte que contrata con la sociedad en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave, esto es, verificar que la operación se ha realizado con quien tenía competencia para llevarla a cabo.

La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada: a vueltas con el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital (resoluciones de la DGRN de 30 de julio de 2015).

La DGRN aborda en sendas resoluciones la interpretación que ha de darse al artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital que prevé que cuando una modificación de los estatutos afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados. A tal efecto, la DGRN rescata su resolución de 21 de mayo de 1999 en la que ya se abordaba qué ha de

entenderse por “derechos individuales” del socio de una sociedad de responsabilidad limitada. Derechos individuales no se refiere a derechos especiales o privilegiados sino que incluye todos los derechos esenciales que configuran la posición jurídica del socio y que no pueden ser suprimidos o modificados por acuerdo mayoritario de la junta si no concurre el consentimiento de su titular. Tal concepto se extiende a los supuestos en los que no exista una desigualdad previa entre las posiciones jurídicas de los socios y la modificación estatutaria implique la introducción de diferencias en el contenido del derecho.

Así, la DGRN considera que una modificación de los estatutos en el sentido de permitir que los dividendos o la restitución de aportaciones en una reducción de capital pueda realizarse en especie constituye una alteración de los derechos individuales de los socios que requerirá su consentimiento.

Conducta diligente de los administradores al adquirir acciones en autocartera (sentencia de Tribunal Supremo –TS–, Sala Primera, de lo Civil, número 732/2014, de 26 de diciembre de 2014).

Se ejercita una acción social de responsabilidad contra determinados administradores de una sociedad dedicada al negocio inmobiliario por entender que la adquisición de autocartera, llevada a cabo por el consejo de administración en ejecución de una autorización otorgada por la junta general, se realizó desatendiendo el deber de diligente administración. El TS entiende que los administradores actuaron con la diligencia exigible en el momento en el que se adoptaron tales decisiones.

Los hechos juzgados acaecen en el periodo comprendido entre marzo de 2007 y marzo de 2008 y constituyen un buen ejemplo de la dificultad que entraña juzgar a *posteriori* determinadas decisiones empresariales y establecer si las mismas se han adoptado de acuerdo con un estándar de diligencia de un ordenado empresario, máxime cuando ya se ha puesto en evidencia que tales decisiones no fueron acertadas y han ocasionado un resultado negativo a la sociedad.

El TS pone de manifiesto en su sentencia (i) que la adquisición de autocartera se realizó justo antes del estallido de la burbuja inmobiliaria y este estallido no era previsible en ese momento; (ii) que las entidades expertas y con mayor conocimiento de la situación financiera y patrimonial de la sociedad no formularon reproche alguno a esta operación sino que incluso la facilitó; y (iii) que la sociedad en el momento en el que se realizó tal operación se

encontraba respaldada por los inversores y los bancos financiadores.

Situaciones como la juzgada justifican la incorporación del principio de protección de la discrecionalidad empresarial (*business judgment rule*) en nuestro ordenamiento (nuevo artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital). De acuerdo con este principio, una decisión estratégica y de negocio se entenderá que se ha adoptado conforme al estándar de diligencia exigible a un ordenado empresario cuando se acredite que se ha tomado actuando de buena fe, sin interés personal del administrador en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

Otra vez sobre el derecho de información de un socio (sentencia de TS, Sala Primera, de lo Civil, número 406/2015, de 15 de julio de 2015).

En una sociedad anónima, accionistas que ostentan una minoría cualificada (superior al 25%), requirieron al consejo de administración para que convocara junta general extraordinaria con la intención de tratar determinados puntos en el orden del día, entre los que se incluían explicaciones sobre determinadas acciones llevadas a cabo en una filial íntegramente participada. Celebrada la junta general los minoritarios impugnaron la misma por haberse negado el debate y votación de dichos puntos del orden del día referidos a la filial íntegramente participada aduciendo que la junta no es competente para tratar asuntos que conciernen a otra sociedad (la filial íntegramente participada).

El TS confirma la sentencia dictada en primera instancia que declaró el derecho de los demandantes a que sean objeto de debate, discusión y votación en la junta todos y cada uno de los puntos del orden del día, en particular los referidos a la filial íntegramente participada. El TS reitera la doctrina contenida en otra sentencia del TS de 13 de junio de 2012 que establece que no pueden limitarse los derechos de la minoría cualificada a proponer la adopción de acuerdos, vetando aquellos que tengan por objeto obtener información sobre asuntos que no estén relacionados con la sociedad, al socaire de que la junta es un órgano decisorio sobre materias de su competencia, lo que cercenaría el derecho autónomo de información de los socios y permitiría la opacidad sobre determinadas materias que decidieran no someter a la junta, máxime cuando, como en este caso, se trata de asuntos relacionados con una sociedad filial íntegramente participada y no existían razones objetivas para negar la información.



Sentencias y consultas

Probablemente el fallo del TS hubiera tenido otro sentido, o matices relevantes a la sentencia dictada, si los hechos hubiesen acaecido vigentes las novedades introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, en los artículos 161 (intervención de la junta general de las sociedades de capital en asuntos de gestión) y 197 (derecho de información en la sociedad anónima).

2.3 Fiscal.

Sentencia del TSJ de Aragón, de 3 de junio de 2015, sobre la consideración como afecta a la actividad de la participación en un fondo de inversión pignorado en garantía de un crédito parcialmente dispuesto para la adquisición de inmuebles afectos a la actividad, a efectos de aplicación de la “reducción de empresa familiar” en ISD a participaciones en entidades.

En primer lugar, esta sentencia corrobora pronunciamientos anteriores sobre la aplicación de “la reducción de empresa familiar”, tanto en adquisiciones inter vivos como mortis causa, concluyendo que la misma solo podrá aplicarse al valor de las participaciones en entidades de forma proporcional a los activos afectos a la actividad empresarial.

Posteriormente, la sentencia analiza si deben entenderse afectas a la actividad empresarial las participaciones en un fondo de inversión pignoradas para la concesión de un crédito destinado a la adquisición de inmuebles afectos a la actividad. Es de reseñar que la pignoración de las participaciones del fondo de inversión se realizaba por un importe del 150% de los límites acordados de los créditos y que, a fecha de fallecimiento, los créditos se encontraban dispuestos en un 80%.

La Administración considera que, sin bien las cantidades destinadas a garantizar la deuda podrían considerarse como afectas a la actividad, en todo caso lo serían por el importe dispuesto para adquirir los bienes, no por el importe de la garantía.

El TSJ de Aragón en su sentencia resuelve a favor del contribuyente estimando la afectación a la actividad de la totalidad de las participaciones en el fondo de inversión. Para su conclusión, el TSJ de Aragón toma en consideración un informe pericial aportado por el contribuyente en el que se pone de manifiesto, entre otras circunstancias, que: (i) el fondo de inversión, que se adquirió como contravalor en una ampliación de ca-

pital, únicamente tenía dos ventanas de liquidez anuales que impedirían hacerlo efectivo para la adquisición de los inmuebles en el momento de su adquisición, (ii) que es habitual en el mercado inmobiliario la adquisición de bienes con hipotecas sobre el propio bien o con pignoración de valores mobiliarios, siendo menos costosa, en términos de gastos e impuestos, la pignoración de valores mobiliarios, y (iii), que habitualmente los prestamistas conceden financiación por un valor de entre el 60 y el 75% del valor del bien que constituye la garantía, ascendiendo en este caso a un 66,27% del valor del bien pignorado.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de enero de 2015, sobre la posibilidad, a efectos de la aplicación del “régimen de empresa familiar” en el ISD, de que los requisitos de persona empleada y local necesarios para la consideración de la actividad de arrendamiento de inmuebles como actividad económica puedan entenderse cumplidos por medio de otra sociedad vinculada a las sociedades cuyas acciones se donaron.

En esta sentencia el TSJ de Cataluña analiza la aplicación del “régimen de empresa familiar” en el ISD en caso de donación de las acciones de sociedades dedicadas al arrendamiento y subarrendamiento de bienes inmuebles. En concreto, resuelve la cuestión de si para considerar que la actividad de arrendamiento constituye una actividad económica es necesario que las sociedades donadas que realizan esta actividad dispongan para ello de un local y una persona empleada a jornada completa de forma individualizada, o bien, que dichos requisitos puedan entenderse cumplidos por medio de otra sociedad vinculada que, contando con dichos elementos, actúa como gestora de la actividad de arrendamiento de estas sociedades.

En el supuesto analizado, el TSJ de Cataluña resuelve la cuestión afirmando que en caso de un grupo de empresas, sería suficiente con que una de ellas contara con la persona y el local necesarios para la calificación de la actividad de arrendamiento de inmuebles como de económica a los efectos de la aplicación del “régimen de empresa familiar”. Añade el Tribunal que: (i) el propio TEAR de Cataluña había llegado a la misma conclusión en relación con una hermana de la donataria, por lo que debe mantenerse este criterio con base en el principio de unidad de doctrina, y (ii), que “el caso que nos ocupa lejos de constituir un pronunciamiento de alcance general o de principio, debe circunscribirse a las circunstancias que lo rodean”.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 22 de abril de 2015, sobre la aplicación de la “reducción de empresa familiar” en el ISD cuando la persona que cumple los requisitos de realización de funciones de dirección y cómputo de la principal fuente de renta fallece antes, pero en el mismo año, que la causante titular de participaciones sociales que transmite a sus herederos, hijos de la primera persona fallecida.

El TSJ de Galicia establece que, a efectos de aplicar la “reducción de empresa familiar” en el ISD, los requisitos que exige la norma para aplicar el beneficio fiscal han de cumplirse en la fecha de devengo del Impuesto, bastando con que en dicho momento se cumplan en alguna de las personas que pertenezcan al grupo de parentesco.

En el supuesto analizado el Tribunal niega el cumplimiento de los requisitos de ejercicio de funciones de dirección y percepción de la principal fuente de renta, puesto que la única persona que reunía los mencionados requisitos, hijo de la causante, falleció un mes antes (pero en el mismo año) que la causante que transmite las participaciones sociales. De esta forma, en el momento del fallecimiento de la madre, esto es, a fecha de devengo del ISD, ningún miembro del grupo de parentesco ejercía funciones directivas en las sociedades cuyas participaciones se transmiten, lo que imposibilita la aplicación del beneficio fiscal.

El Tribunal fundamenta su argumentación en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2013 en la que establece que, a los efectos del cómputo de la principal fuente de renta por la realización de funciones directivas por miembros del grupo familiar, ha de atenderse a la fecha de fallecimiento del causante con independencia de que en ese momento no se produzca un devengo anticipado del IRPF para dichos miembros del grupo familiar.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 25 de mayo de 2015, sobre la consideración como donación teórica de una donación de la nuda propiedad de un inmueble en la que el donante se reserva el usufructo vitalicio y la facultad de disponer de lo donado.

El TSJ de la Región de Murcia analiza la tributación en el Impuesto sobre Donaciones de una donación de la nuda propiedad de un inmueble en la que el donante se reserva el usufructo vitalicio y la facultad de disponer de lo donado.

El Tribunal, con base en diversas consultas de la Dirección General de Tributos, entre otras, V3173-14, V0742-12 y

V0718-05, y en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1978 y 22 de marzo de 1993, califica la citada donación como de teórica, cuya base de liquidación será cero, hasta que desaparezcan las limitaciones a la donación.

Consulta Vinculante de la DGT V2294/2015, de 21 de julio de 2015, sobre la aplicación de la “exención de empresa familiar” en el IP a las participaciones en una sociedad “holding” cuando las funciones de dirección son realizadas en la filial, a efectos de aplicar la “reducción de empresa familiar” en ISD en la donación de dichas participaciones.

La DGT manifiesta que el ejercicio de funciones directivas en una filial, así como la percepción de retribución por ello, no atribuye de forma automática la exención en el IP de las participaciones en la entidad matriz.

En este sentido, la DGT en su consulta exige, con independencia de cuál sea la entidad pagadora, que respecto de la entidad cuyas participaciones se donan, en este caso la sociedad Holding, se desarrollen funciones directivas por el sujeto pasivo titular de las participaciones, bien por sí mismo, bien por alguno de los miembros del grupo de parentesco.

Consulta Vinculante de la DGT VI654/2015, de 27 de mayo de 2015, sobre el cómputo de los rendimientos por el ejercicio de funciones directivas en un supuesto de canje de valores, a los efectos de aplicar la “exención de empresa familiar” en IP a participaciones en entidades.

En el presente supuesto se plantea el caso de una reestructuración del patrimonio familiar mediante un canje de valores, acogido al “régimen de neutralidad fiscal”, según el cual un miembro de la familia, una vez ostente todas las participaciones en una sociedad, las aportará a la sociedad “holding”, de forma que esta compañía controlará la totalidad del patrimonio familiar.

La DGT determina que los requisitos y condiciones para que resulte de aplicación la exención en el IP deberán referirse al momento de devengo del impuesto, es decir, a 31 de diciembre de cada año. Por tanto, en relación con los rendimientos obtenidos por el ejercicio de funciones directivas de la persona aportante, concluye que para la aplicación de la exención a las participaciones de la entidad Holding será necesario que, a 31 de diciembre, esta persona haya percibido más del 50% de sus retribuciones directamente de esta entidad.



Sentencias y consultas

Consulta Vinculante de la DGT V1271-15, de 27 de abril de 2015, sobre la posibilidad de aplicar los incentivos de empresa familiar por parte de todos los miembros del grupo de parentesco, con independencia del porcentaje individual que les corresponda, cuando el requisito de las funciones de dirección y remuneraciones se cumpla en al menos una de los miembros del grupo de parentesco.

En este caso la DGT analiza si, a efectos de aplicar la "reducción de empresa familiar" en el ISD, el requisito de ejercicio de funciones directivas y percepción de retribución ha de cumplirse en la persona del donante o en cualquiera de las personas que integran el grupo de parentesco, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.6 LISD.

De este modo, la DGT concluye que constituido un grupo de parentesco por los padres, hermana y el propio consultante, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán cumplirse, al menos, en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención, tal y como indica el artículo 4.Ocho.Dos de la LIP. Por ello, teniendo todos sus integrantes derecho a la exención en el impuesto patrimonial y con independencia del porcentaje individual que les corresponda, la donación de participaciones por cualquiera de ellos tendrá derecho a la reducción del 20.6 de la LISD siempre que, como es obvio, se cumplan los requisitos establecidos en esta última norma.

Consulta Vinculante V2017/2015, de 29 de junio de 2015, sobre la aplicación proporcional a los activos afectos a la actividad económica de una entidad de la "exención de empresa familiar" en el IP, de la "reducción de empresa familiar" en el ISD y de la inexistencia de ganancia patrimonial en el IRPF.

La DGT, en el presente caso, valida la conclusión a que llega el consultante relativa a la no consideración como "no afectas a actividades económicas" de las inversiones financieras cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad. No obstante, la DGT remarca que esta no consideración opera exclusivamente a los efectos de determinar si la entidad cumple los requisitos para que le sea de aplicación al "exención de empresa familiar" en el IP, lo cual es cuestión distinta a que tales bienes estén efectivamente afectos a la actividad económica en el sentido de la LIRPF (necesarios para el desarrollo de dicha actividad), hecho éste que se trata de una cuestión fáctica.

De acuerdo con todo lo anterior, la DGT termina concluyendo que la exención en IP será proporcional al nivel de afectación de los activos en el sentido de la LIRPF, y que siempre con ese alcance objetivo serán de aplicación tanto la "reducción de empresa familiar" como la "presunción de inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial" de la LIRPF.

Consulta Vinculante de la DGT V1081/2015, de 8 de abril de 2015, sobre la normativa aplicable a una donación efectuada a favor de un ciudadano español residente en un tercer estado distinto de los Estados miembros de la UE o del Espacio Económico Europeo (Suiza).

En el presente supuesto se plantea si, en el caso de una donación, un sujeto pasivo residente en Suiza tributa exclusivamente con arreglo a la LISD y su normativa de desarrollo o si resulta aplicable la normativa de alguna Comunidad Autónoma.

En primer lugar, la DGT analiza que, debido a la condición de no residente, el sujeto pasivo estará sujeto al impuesto por obligación real, es decir, únicamente por los derechos y bienes situados o que puedan ejercitarse o hayan de cumplirse en territorio español. Finalmente, concluye la DGT que los residentes en países terceros distintos de los Estados Miembros de la UE y del Espacio Económico Europeo tributan en el ISD exclusivamente con arreglo a la ley estatal y su normativa de desarrollo, pero no resulta aplicable la normativa de ninguna Comunidad Autónoma puesto que el impuesto de los no residentes no se encuentra cedido a las mismas.

Consulta Vinculante V1969/2015, de 23 de junio de 2015, sobre la tributación en el ISD de la donación de la nuda propiedad de las participaciones en una entidad "holding", reservándose el usufructuario tanto los derechos económicos como los políticos de las participaciones.

En el presente supuesto la DGT establece que en el momento de la donación de la nuda propiedad deberá presentarse una autoliquidación por el concepto donaciones valorando las participaciones por la diferencia entre su valor real y el del usufructo (calculado en función de la edad del usufructuario en dicho momento), aplicando a tal diferencia el tipo medio efectivo de gravamen correspondiente al valor íntegro de los bienes recibidos.

En la extinción del usufructo por fallecimiento del usufructuario, establece la DGT que se tributará, asimismo, por el concepto de donación, teniendo en cuenta: (i) el valor que tenían las participaciones en el momento del

desmembramiento del dominio y no en el momento de la consolidación del mismo con motivo del fallecimiento del usufructuario, (ii), el porcentaje del valor del bien no liquidado en el momento de adquirirse la nuda propiedad, y (iii), la normativa existente en el momento de desmembración del dominio en lo que respecta a la tarifa (tipo medio de gravamen), reducciones y bonificaciones aplicables.

En relación con la aplicación del “régimen de empresa familiar” en el ISD a esta transmisión concluye la DGT que, cumpliéndose los requisitos para su aplicación, la reducción del 95% prevista en el régimen podrá aplicarse en la extinción del usufructo en el caso de que el nudo propietario, por insuficiencia de base imponible, no la hubiera podido aplicar en su totalidad en la liquidación correspondiente al desmembramiento del dominio.

Consulta Vinculante VI687/2015, de 28 de mayo de 2015, sobre si en el caso de que fuera suprimida la “reducción de empresa familiar” en el ISD para la donación de participaciones en entidades deberían cumplirse los requisitos de mantenimiento regulados en la normativa actual en las donaciones realizadas con anterioridad a la supresión de la reducción.

Confirma la DGT que las normas tributarias no tienen efectos retroactivos y se aplican a los tributos sin periodo impositivo devengados a partir de la entrada en vigor de la misma y a los tributos cuyo periodo impositivo se inicie desde ese momento.

Concretamente, la DGT determina que, en caso de que fuera suprimida la “reducción de empresa familiar” para donaciones, y no regulando nada al respecto la ley que lo modificara, se deberían seguir cumpliendo los requisitos posteriores establecidos por la norma aplicada en el momento de devengo del impuesto, como el consistente en el mantenimiento por los adquirentes del derecho a exención en el Impuesto sobre Patrimonio de los bienes recibidos durante los diez años posteriores a la adquisición.

Consulta Vinculante V0833/2015, de 13 de marzo de 2015, sobre diversas cuestiones relativas a una adquisición mortis causa vía herencia y legado con condición suspensiva.

En este caso, se plantea un supuesto en el que la causante, viuda, instituye como herederos a sus hijos de la totalidad de su patrimonio, a salvo de un inmueble (hotel) del cual, bajo condición suspensiva, son nombrados legatarios. De

esta forma, la condición suspensiva establece que en caso de que en un plazo de tres años el hotel fuera vendido, los legatarios obtendrían el dinero percibido en la venta, en caso contrario, el hotel sería adquirido como legado por una entidad sin ánimo de lucro.

En cuanto a la tributación de esta operación la DGT concluye:

- En primer lugar, que en la declaración correspondiente a la herencia se habrán de incluir los bienes heredados así como el legado condicional, pero la obligación de pago no nacerá hasta que no se haya devengado el impuesto, momento que coincidirá con el fallecimiento de la causante, pero que quedará diferido por la parte del legado al momento en que se cumpla la condición suspensiva.
- En el caso de que se cumpla la condición suspensiva, los legatarios tendrán que presentar una declaración complementaria para efectuar el pago correspondiente al legado.
- La base imponible a tributar en la declaración o autoliquidación complementaria será la correspondiente al legado, determinada por el valor del dinero percibido en el momento en que desaparezca la condición suspensiva. No obstante el tipo efectivo de gravamen será el tipo medio resultante de aplicar la tarifa vigente en el momento del nuevo devengo (venta del hotel) a la base imponible total de la sucesión, es decir a la suma de la herencia más el legado. A los efectos de este cálculo se consignará el valor que tenga cada bien en el momento de su adquisición: los bienes adquiridos por herencia en la fecha del fallecimiento del causante y los bienes adquiridos por el legado por su valor en el momento en que se cumplió la condición suspensiva (el día en que se venda el hotel).
- En el caso de que los herederos no lleguen a convertirse en legatarios por no cumplirse la condición suspensiva, dado que ya presentaron la liquidación del ISD en el momento del fallecimiento del causante, incluyendo la herencia y el legado condicional (en este último caso sin obligación de pago), no tendrán ninguna otra obligación frente a la Administración Tributaria por el legado condicional.



GARRIGUES

Hermosilla, 3 - 28001 Madrid
Tel. +34 91 514 52 00
Fax +34 91 399 24 08

www.garrigues.com

