

2019

Noviembre

NEWSLETTER

EMPRESA FAMILIAR

GARRIGUES

Comentarios - Sentencias - Resoluciones

ÍNDICE

1. Artículos

- 1.1 La empresa familiar explora vías alternativas de financiación en los mercados de capitales y de deuda
- 1.2 La venta de la empresa familiar: ¿oportunidad o problema?
- 1.3 Cómo evitar conflictos en la empresa familiar tras un segundo matrimonio
- 1.4 La acción de reintegración concursal y cómo podría afectar a la reestructuración del grupo familiar

2. Sentencias, resoluciones y consultas

- 2.1 Mercantil y Civil
- 2.2 Tributario

1. Artículos

1.1 La empresa familiar explora vías alternativas de financiación en los mercados de capitales y de deuda

Naiara Bueno

Las empresas familiares, pymes en su gran mayoría, han tenido que afrontar en la última década una crisis económica y financiera ante el estancamiento del sistema de financiación bancaria tradicional, lo que ha comportado un endurecimiento de las condiciones financieras y severas restricciones crediticias. En este contexto, los directivos de empresas familiares deben estudiar sistemas alternativos de financiación, como el acceso a los mercados de capitales y de deuda, para sostener el crecimiento de sus negocios.

La crisis económica y financiera que se inició en España en 2008 puso de manifiesto la dependencia de las empresas españolas de la financiación bancaria, extremo que el propio Banco Central Europeo reconoció en su informe *Survey on the acces to finance of small and medium-sized enterprises in the euro area*, publicado en 2012 y 2013. La falta de liquidez de los bancos y las fuertes restricciones para el acceso al crédito pusieron en jaque las estructuras de pasivo de gran parte del tejido empresarial español y, en particular, las pequeñas y medianas empresas - incluyendo un buen número de empresas familiares, que no pudieron afrontar la falta de acceso a financiación bancaria por razones exógenas a sus propios negocios.

Antes de la crisis económica las empresas familiares, y en especial las de mediano y pequeño tamaño, no tenían incentivos ni razones para diversificar sus fuentes de financiación; existía una gran oferta de crédito, con buenas condiciones, y las alternativas se presentaban escasas, de difícil acceso y por ende innecesarias. Tras el estallido de 2008, el incentivo de vías alternativas de financiación que redujeran la dependencia del crédito bancario y favorecieran la diversificación de proveedores financieros fue una realidad indefectible. En este sentido, el Gobierno propició una serie de medidas encaminadas a la promoción y simplificación del acceso a la financiación no bancaria mediante la creación, entre otros, de sistemas multilaterales de negociación como el Mercado Alternativo Bursátil (MAB) y el Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF), a los efectos de permitir, por un lado, el acceso a mercados alternativos a la pequeña y mediana empresa, y, por otro, la diversificación de inversión a los inversores institucionales. Una buena puerta, desde luego, para la entrada de la empresa familiar a los mercados de capitales y de deuda, tradicionalmente reservados para grandes compañías y para aquellos otros privilegiados que pudieran asumir los elevados costes de acceso y mantenimiento así como el alto nivel de profesionalización -casi sofisticación- que se requería al efecto.

Por un lado, el MAB nace en 2008 como sistema multilateral de negociación con el objeto de ofrecer a las empresas de capitalización reducida la posibilidad de acceder al mercado de valores de renta variable, permitiendo su cotización bursátil y, en consecuencia, la opción de obtener financiación mediante la captación de recursos propios a través de la incorporación de nuevos accionistas a través de la colocación de acciones en el mercado, ya sea en el momento de salida a cotización o en sucesivas ampliaciones de capital. Y teniendo en cuenta la simplicidad de requisitos para el acceso a dicho mercado, fácil sería que la empresa familiar pudiera cotizar, venciendo desde luego el efecto de la publicidad que exige cualquier mercado de capitales, pero dotando a la compañía sin lugar a dudas de control, transparencia e información que bien están para el buen orden de toda sociedad de capital que opere en los mercados nacionales e internacionales de hoy en día.

Por otro lado, el MARF nace en 2013 como sistema multilateral de negociación con el objeto de ofrecer a las empresas la posibilidad de acceder al mercado de deuda, mediante la emisión en dicho mercado de títulos de renta fija, como bonos, obligaciones y, en general, valores que reconozcan o creen deuda. Y de igual modo que el MAB, el MARF es buena horma para el ADN de la empresa familiar.

Los datos históricos de ambos mercados demuestran que las empresas españolas no son ajenas a las oportunidades que la financiación alternativa les brinda. Tanto el MAB como el MARF, desde sus inicios, han experimentado una tendencia continuada ascendente, tanto en el volumen de las empresas presentes en dichos mercados como en número de empresas que empiezan a operar en los mismos, lo que ha supuesto un gran aumento en su volumen de capitalización y emisión, respectivamente.

Según los datos publicados por la BME Holding, son ya 121 sociedades las que cotizan en el MAB. En MARF, el crecimiento también es continuado y en el primer semestre de 2019 las emisiones realizadas ascendieron a un volumen de deuda de más de 4.500 millones de euros que, a su vez, representa un incremento del 49% con respecto al mismo periodo del año anterior.

Dichos mercados, ahora sí, igual que el Euronext, se consolidan como fuentes de financiación para pymes, circunstancia que las empresas familiares valoran a la hora de acceder a financiación alternativa, compatible y complementaria desde luego con la bancaria, y que junto con los fondos de deuda permiten equilibrar la estructura de pasivo para que los negocios financiados sean independientes de la suerte natural de los distintos financiadores.

Ni qué decir tiene que una oferta de financiación diversificada permite a la empresa familiar optimizar los costes si se realiza mediante recursos propios, una mayor flexibilidad financiera y una relevante mitigación del riesgo, abandonando la excesiva dependencia del sistema de financiación mediante crédito bancario. Y a todo ello, se le añade (i) la bondad del intangible que supone una mejora en la reputación y credibilidad de la empresa familiar por cotizar en el mercado o contar con la confianza de nuevos financiadores o inversores, (ii) un fluido funcionamiento por la necesidad de instrumentos de control y transparencia y (iii) la profesionalización del gobierno corporativo que dichos contextos reclaman.

A nadie se le escapa, además, que estas nuevas plataformas pueden permitir la asunción de los clásicos retos a los que está sometida la empresa familiar para la continuidad del negocio con el cambio generacional, su profesionalización e incluso la dotación de liquidez para ciertos socios.

Claro está que estos mercados o la financiación directa por fondos de deuda tienen mayores costes de acceso y permanencia que la financiación bancaria tradicional y pueden implicar modificaciones en los sistemas de gobierno y gestión, que delimitan de forma quirúrgica propiedad y empresa, lo cual puede ser de difícil digestión inicial para las estructuras familiares pero no por ello poco recomendable.

En definitiva, la última década ha habilitado sistemas alternativos de financiación consistentes en el acceso para la empresa familiar a los mercados de capitales y de deuda, absolutamente complementarios con la financiación tradicional, que han tenido muy buena acogida en el sector de las pymes y muy válidos por supuesto para la idiosincrasia de la empresa familiar, que ofrecen una serie de ventajas que, cuanto menos, deben ser tenidas en cuenta por los directivos de las empresas familiares en el momento de planificar la estructura de deuda de sus compañías y diseñar las estrategias de crecimiento, teniendo en cuenta el contexto en el que hace tan solo unos días el FMI anunciaba previsiones de desaceleración económica y global. Veremos si las necesidades financieras reales de las empresas familiares para afrontar su crecimiento acaban siendo disruptivas con sus típicos tópicos para favorecer la competitividad respecto a sus pares no familiares, o cuanto menos, que dicha competitividad no se vea lastrada por un menor acceso a fuentes de financiación.

1.2 La venta de la empresa familiar: ¿oportunidad o problema?

Alma M^a Menéndez Vega

A la hora de plantear la venta de la empresa familiar se deben tener en cuenta todos sus posibles efectos y, en concreto, el impacto que la operación puede tener, desde un punto de vista impositivo, no sólo en la tributación de la desinversión, sino también en la imposición patrimonial de la familia empresaria transmitente.

Una de las decisiones más difíciles y trascendentales a las que se puede enfrentar una empresa familiar probablemente es la de su venta. Difícil porque a nadie se le escapa su componente emocional, al aflorar sentimientos encontrados. Tomar la decisión de desprenderse de la empresa que, o bien has creado y has hecho crecer, o bien has recibido como legado familiar (con el sentimiento de continuidad que ello implica) no es tarea fácil aun cuando desde un punto de vista objetivo pueda parecer la mejor decisión posible. Trascendente porque no solo afecta a la familia que es propietaria en el momento de la transmisión, sino también a las siguientes generaciones, a los empleados, a las relaciones de confianza generadas con clientes y proveedores, etc. En definitiva, conlleva un cambio absoluto de *statu quo* vital, familiar y empresarial.

Pero, superado el escollo emocional, la reflexión y valoración para la toma de decisión final se centrará normalmente en los condicionantes económicos de la transacción y, en particular, entre otros, en la fiscalidad de la operación, fundamentalmente en la tributación de la desinversión.

En las estructuras societarias más habituales, integradas por una sociedad *holding* que participa mayoritariamente en diversas sociedades operativas, normalmente la desinversión se realiza transmitiendo las participaciones en estas entidades operativas. Ello supone que la renta positiva generada en la *holding* debería poder tener derecho a la exención del artículo 21.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades siempre que se cumplan los requisitos del apartado 1 del citado artículo (en caso de sociedades residentes en territorio español, que se tenga un porcentaje de participación, directo o indirecto, superior al 5%, o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros y que esta se posea con más de un año de antelación a la fecha de transmisión). Es decir, lo normal es que la renta positiva generada en la transmisión quede exonerada de gravamen en el Impuesto sobre Sociedades.

La liquidez que, en su caso, llegue a la familia empresaria tendrá impacto en su imposición personal, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en función de cómo llegue esa liquidez, es decir, en función de la naturaleza de las rentas percibidas: dividendos (base imponible del ahorro), retribución de administradores (base imponible general), etc.

Es muy habitual que el análisis/reflexión sobre la fiscalidad de la operación concluya aquí y, sin embargo, restaría por analizar una cuestión en absoluto baladí. Es más, nos atrevemos a afirmar que, según las circunstancias personales concretas de la familia empresaria transmitente, de las más relevantes desde el punto de vista tributario.

Y ello es así porque la venta de la empresa familiar, dependiendo de cómo se realice, puede afectar de manera sustancial a la imposición patrimonial de la familia y, en particular, al acceso a los beneficios fiscales previstos para la empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, máxime a la luz de la interpretación realizada, sobre aspectos íntimamente ligados con el asunto que nos ocupa, en los últimos pronunciamientos de nuestros tribunales y en la más reciente doctrina administrativa.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de febrero de 2017, y la Audiencia Nacional, en su sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 de febrero de 2018, han analizado la consideración o no como “sociedad patrimonial” (i) de una

entidad holding tras la venta por esta de su única entidad participada (en el primer caso), y (ii) en el supuesto analizado por la Audiencia Nacional, de una sociedad tras la venta del negocio desarrollado por esta. En ambos casos se concluye que esas ventas suponen el fin del desarrollo de una actividad económica y que, en consecuencia, el beneficio derivado de dichas transmisiones no tiene la consideración de beneficio procedente de la realización de actividades económicas ni se puede asimilar a dividendos percibidos de la entidad participada, porque tal equiparación se basaría en una interpretación extensiva de la norma no justificada, teniendo en cuenta el principio de legalidad.

La consecuencia de dicha interpretación es la “patrimonialidad sobrevenida” de la entidad transmitente y la imposibilidad de aplicar, para evitar tal consideración, la regla de los beneficios no distribuidos de los últimos 10 años procedentes del ejercicio de actividades económicas.

En el ámbito de la doctrina administrativa, la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, en su resolución V1240, de 19 de mayo de 2017, continúa con la misma línea interpretativa, si bien matiza que la posterior reinversión del importe obtenido demostraría la voluntad de continuar en el ejercicio de una actividad económica, (sin perjuicio de que habría que analizar, en el supuesto concreto, si la reinversión se materializa en bienes afectos a la actividad económica).

Además, el citado centro directivo ha emitido varias resoluciones en 2019 sobre el alcance a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de la participación en sociedades operativas que mantienen un elevado saldo de tesorería y de inversiones financieras (resoluciones V0143 y V0174). En estas resoluciones concluye, con base en una decisión del mismo centro directivo de 1999, que el importe líquido mantenido en tesorería por las entidades operativas participadas se habrá de considerar “no afecto” para concluir si las entidades se pueden calificar como gestoras de un patrimonio; mientras que las inversiones financieras adquiridas con los beneficios no distribuidos obtenidos en el ejercicio de su actividad, se podrán computar como activo “afecto” con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los diez últimos años anteriores.

Esto es, la regla para evitar la “patrimonialidad sobrevenida” sólo aplicaría en relación con las inversiones financieras pero no respecto a la tesorería o depósitos líquidos. Por su parte, el Tribunal Económico Administrativo Central, en resolución de 11 de julio de 2019, parece dar un paso más en esa interpretación restrictiva y señala que la regla de la patrimonialidad sobrevenida no es de aplicación a los elementos excluidos como afectos “en todo caso” por el artículo 27.1. c) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, artículo que primaría sobre la previsión de la citada regla. En consecuencia, en ningún caso serían elementos afectos los derivados de la cesión de capitales a terceros y los préstamos (no hace referencia, sin embargo, a los activos representativos de la participación en fondos propios, que también están incluidos dentro del tenor literal del citado artículo).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y sin perjuicio de las consideraciones críticas que merece esta interpretación restrictiva, lo cierto es que la aplicación de estos criterios parece llevar a que la venta de sus participadas por una entidad *holding* (supuesto de partida planteado), sin reinversión posterior, determinaría la patrimonialidad sobrevenida de aquella y la imposibilidad en la práctica de “evitarla” mediante la aplicación de la regla de los beneficios no distribuidos procedentes del ejercicio de actividades económicas.

Su consideración como sociedad patrimonial implicaría, por tanto, que no se podrían aplicar los beneficios fiscales de la empresa familiar, consecuencia sumamente gravosa máxime en situaciones cercanas a la sucesión en la propiedad.

Por ello, en la toma de decisiones de venta de la empresa familiar, es recomendable tener en cuenta estos efectos, en función del caso concreto.

1.3 Cómo evitar conflictos en la empresa familiar tras un segundo matrimonio

Arantxa Tobaruela

Los segundos matrimonios en el marco de la empresa familiar conllevan la necesidad de abrir una reflexión en cuanto a la regulación de la sucesión, con el fin de dar cobertura a las necesidades del segundo cónyuge, en caso de quedar viudo, y proteger a su vez los derechos de los hijos del primer matrimonio (o de ambos matrimonios, de haberlos) en cuanto a la sucesión en la propiedad de la empresa.

Cada vez es más habitual contraer matrimonio más de una vez, o iniciar una relación estable de pareja tras un primer divorcio. Encontrar el equilibrio patrimonial entre el cónyuge y los hijos ya es de por sí complejo en el marco de la empresa familiar, por la concentración de patrimonio que ello supone, pero se complica todavía más si el cónyuge no es el progenitor de dichos hijos. Se trata de una cuestión ineludible que debe ser abordada por un empresario responsable.

Las dos situaciones que encontramos con mayor frecuencia son de este tipo:

- (i) Empresario (habitualmente hombre) entre 45 y 55 años, con hijos de un primer matrimonio, aun menores o rozando la mayoría de edad, que se divorcia y contrae un segundo matrimonio, (normalmente con una mujer soltera y sin hijos), con previsión de tener más hijos de esta segunda relación.
- (ii) Empresario (habitualmente hombre) pasados los 65 años, y generalmente viudo, que contrae segundas nupcias o inicia una relación estable con una mujer con quien, previsiblemente, por edad de ambos, no tendrá hijos (mujer que en muchas ocasiones puede tener también otra primera familia, y es divorciada o viuda).

En situaciones similares a las planteadas, exponemos algunas de las cuestiones a las que hemos de prestar mayor atención y reflexionar sobre su regulación:

1. Respecto del segundo cónyuge

Régimen Económico Matrimonial

Es altamente recomendable pactar en capítulos matrimoniales el régimen económico matrimonial expresamente y, de permitirlo el marco legislativo, consensuar pactos económicos en previsión de ruptura (en función del derecho aplicable, dichos pactos tendrán una mayor o menor eficacia, por el diferente reconocimiento que en el derecho común y en los distintos derechos forales se les da).

En cualquier caso, recordamos que, con carácter general, en el marco de la empresa familiar, suele ser recomendable acudir al régimen económico de separación de bienes en caso de contraer un segundo matrimonio. Si es posible consensuar pactos en previsión de ruptura, es relevante tratar de pactar que las acciones o participaciones de la empresa familiar o del grupo de empresas familiar no podrán ser reclamadas en pago de ninguna prestación o compensación que pueda corresponder al cónyuge no propietario y que la plusvalía o mayor valor de dichas acciones o participaciones en el momento de producirse el divorcio respecto del momento del inicio del matrimonio, del momento de su adquisición, no se tendrá en consideración a los efectos del cálculo de dichas prestaciones o compensaciones.

Derecho Sucesorio

Aclarado el régimen económico matrimonial, deben concretarse los derechos sucesorios del cónyuge superértite. Como siempre, dichos derechos variarán muchísimo en función del derecho civil aplicable (para más información ver el anterior artículo [Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la empresa o patrimonio familiar, de la newsletter de febrero de 2017](#)).

Una vez conozcamos los derechos mínimos y los límites que nos marca la normativa aplicable respecto del cónyuge, es relevante hacer el ejercicio práctico de tratar de concretar qué bienes queremos dejarle al cónyuge y con qué finalidad.

Generalmente, la vivienda y la liquidez o independencia económica suelen ser las cuestiones que preocupan en cuanto a la cobertura y seguridad de los cónyuges viudos en las segundas nupcias.

Ante la habitual cuestión sobre si dejarle la vivienda conyugal en propiedad o en usufructo, hemos de tener en cuenta que si los nudos propietarios van a ser los hijos de un primer matrimonio (o hijos de ambos matrimonios) es altamente probable que se produzcan tensiones en las relaciones nudo propietario-usufructuario, por lo que se recomienda valorar alternativas que puedan ser válidas y ajustarse a nuestra voluntad y composición de patrimonio. Por ejemplo, (i) que solo sean nudos propietarios los hijos del cónyuge viudo; (ii) que se le deje la plena propiedad al cónyuge viudo con fideicomiso ordinario o de residuo en favor de los hijos del primer matrimonio (o de ambos), de tal forma que en vida no estarán obligados el cónyuge y los hijos del primer matrimonio a mantener una relación continuada, pero una vez fallecido el cónyuge, la vivienda se transmitirá a dichos hijos; (iii) dejar la plena propiedad de la vivienda al cónyuge sin carga alguna (por considerar, por ejemplo que ya hay una primera vivienda que se concedió al primer cónyuge en el marco del divorcio, que ya llegará a los hijos del primer matrimonio), etc.

Ante la cuestión de dejarle liquidez o una posición financiera suficientemente holgada para no depender de sus hijos, y mucho menos de los hijos del primer matrimonio, cabría tomar en consideración lo siguiente: (i) valorar la posibilidad de dejarle activos financieros o liquidez directamente al cónyuge, sin ningún tipo de vinculación con la empresa ni con los hijos; (ii) valorar la posibilidad de contratar seguros o determinados productos aseguradores o mixtos que puedan garantizarle una renta en el momento del fallecimiento; (iii) valorar dejarle activos en plena propiedad que puedan proporcionarle una renta y que podrían gravarse con fideicomiso si queremos asegurar que la propiedad de los mismos, una vez fallecido el cónyuge viudo, pasarán a los hijos del primer matrimonio (o de ambos matrimonios); (iv) en última instancia, de ser esta la única o mayor fuente de liquidez, dejarle el usufructo de parte de las acciones o participaciones de la empresa familiar.

En caso de que decidamos dejarle el usufructo de parte de las acciones o participaciones de la empresa familiar, hemos de tener en cuenta diversas cuestiones como las siguientes:

- (i) El usufructo de las acciones o participaciones, por sí mismo, no garantiza la obtención de liquidez por parte del cónyuge, puesto que dicha liquidez dependerá de varios factores como la situación de la empresa; la decisión de distribución o no de dividendos por parte de los nudos propietarios; la existencia o no de dividendo mínimo (ya sea legal o estatutario), etc.
- (ii) Por otro lado, como ya hemos apuntado, la convivencia jurídica entre el nudo propietario y el usufructuario de las acciones o participaciones, puede generar tensiones. Para tratar de minimizarlas, se recomienda regular en el título constitutivo del usufructo (esto es, el testamento) las cuestiones básicas de dicha relación como, por ejemplo; (i) que el derecho de voto lo tendrá solo el nudo propietario; (ii) que el usufructuario no tendrá en ningún

caso, ni subsidiariamente, derecho de asunción/adquisición preferente; (iii) el precio/valor del usufructo en caso de transmisión de las acciones o participaciones; (iv) la prohibición de la cuota de liquidación del usufructo, etc.

Para finalizar, cabe señalar que en algunas ocasiones (si bien, excepcionales) los cónyuges que contraen segundas nupcias tienen ambos descendientes de anteriores matrimonios y, además, una situación económica o patrimonial similar o, cuanto menos, ambos la tienen resuelta, y no desean participar en modo alguno en el patrimonio del otro ni en caso de separación o divorcio ni en caso de fallecimiento. En estos casos, deberemos concretar los derechos sucesorios mínimos que la ley aplicable reconozca al cónyuge supérstite, y analizar si son o no renunciables por pacto entre ellos (avanzamos ya que la mayoría de ellos no son renunciables en vida, pero sí lo son en el momento del fallecimiento), y en caso de que no sean renunciables en vida, valorar alternativas de estructura patrimonial que en la práctica puedan minimizar dichos derechos; o incluso plantearse ser pareja de hecho y no matrimonio, en aquellas comunidades autónomas en las que las parejas de hecho no tengan equiparados los derechos al cónyuge viudo.

2. Respecto de los descendientes

En cuanto a los hijos (ya sean comunes o del primer matrimonio) deberemos considerar al menos lo siguiente:

Los hijos de un primer matrimonio, en general, van a tener la preocupación de ver garantizados sus derechos sucesorios en la empresa o patrimonio familiar, frente a la aparición de un segundo cónyuge, y frente a unos potenciales hijos del segundo matrimonio.

En aquellos derechos forales en los que estén permitidos los contratos sucesorios, podremos utilizar dichas figuras para dar tranquilidad absoluta a los hijos sobre su futura titularidad de las acciones o participaciones que les sean atribuidas en el contrato sucesorio.

En aquellos ordenamientos civiles en los que no se admitan los contratos sucesorios (como en el derecho común) solo cabe confiar en la voluntad del testador, en la amplitud del derecho de legítima, en su caso, y de ser los hijos del primer matrimonio ya mayores y estar implicados en la empresa. También se puede entrar a valorar una posible donación en vida, al menos de parte de las acciones o participaciones, o de la nuda propiedad de las mismas, todo ello con las reservas que considere oportunas el donante para mantener su nivel de vida e incluso el control de la empresa (por ejemplo, reserva del usufructo incluso con derecho de voto; creación de participaciones de voto plural que le den la mayoría aun manteniendo un porcentaje minoritario; creación de participaciones con dividendo privilegiado, etc.).

Finalmente, de haber hijos de un segundo matrimonio, la situación en la que se puede encontrar el empresario es que la diferencia de edad entre los hijos del primer y segundo matrimonio sea prácticamente de una generación. En este caso, los primeros se incorporarán a la empresa y empezarán a gestionarla, en su caso, cuando los pequeños apenas empiecen a andar. La diferencia generacional y el diferente sistema familiar en el que van a crecer los hijos del primer y segundo matrimonio puede hacer difícil la convivencia entre ambos grupos.

Las situaciones y los conflictos emocionales pueden ser múltiples en esta situación, pero en este artículo nos ceñiremos a un par de cuestiones sucesorias relevantes:

- (i) Hemos de tener en cuenta que, en caso de fallecimiento, siendo menores los hijos del segundo matrimonio, de no imponer una administración especial, será el segundo cónyuge quien administre dichos bienes y quien represente a los menores en la junta general de socios, con los potenciales conflictos que ello puede conllevar al compartir dicho espacio de la propiedad con los hijos del primer matrimonio. Ante ello, es recomendable valorar poner

como administradores especiales de los menores a los hijos del primer matrimonio (de ser posible, y siempre que haya una relación al menos cordial con el cónyuge) o bien directamente elegir a un profesional o tercero de confianza que represente a los menores y que pueda hacer de bisagra entre el segundo cónyuge y los hijos del primer matrimonio.

- (ii) Es importante, en el marco sucesorio, garantizar las rentas necesarias para que estos hijos del segundo matrimonio tengan los recursos para vivienda, estudios, formación, etc., que probablemente en vida ya les hemos facilitado a los hijos del primer matrimonio; ya sea utilizando los dividendos de la empresa familiar (con las cautelas que hemos indicado) o dejando activos financieros a los menores para ser gestionados por su progenitor o al progenitor con una carga de destino.

Tan solo hemos querido apuntar algunas cuestiones relevantes que han de ser objeto de reflexión para tratar de minimizar el conflicto en estos escenarios o afrontar los conflictos que ya estén sobre la mesa, tratando de dar la seguridad necesaria, en cuanto a la continuidad de la empresa familiar, a los hijos de un primer matrimonio, garantizar al cónyuge superviviente un nivel de vida adecuado, y garantizar a los eventuales hijos del segundo matrimonio recursos para tener las mismas oportunidades que los del primero en su acceso tardío a la empresa. Hechas las reflexiones oportunas y en función de las decisiones que se adopten y del mayor o menor nivel de protección que se quiera dar a unos y otros, se pueden buscar en el derecho sucesorio aplicable (ya sea el derecho común, o los derechos forales) y en el derecho societario las distintas figuras que pueden ayudar a cumplir la voluntad del donante. Para ello, es necesario un asesoramiento hecho a medida, pues no hay dos situaciones iguales, por más que haya ciertas emociones, miedos y deseos que son comunes en estas situaciones.

1.4 La acción de reintegración concursal y cómo podría afectar a la reestructuración del grupo familiar

Marina Lorente

La reestructuración del grupo de empresas familiar puede ser una herramienta muy útil a la hora de diversificar de manera racional la actividad de dichas sociedades y puede conllevar múltiples ventajas desde el punto de vista organizativo, de negocio o de gobierno, fiscal, de ahorro de costes, etc. Pero no se puede perder de vista que los actos que formen parte de una reestructuración podrían llegar a considerarse perjudiciales y ser objeto de análisis a efectos de su posible rescisión en un eventual proceso concursal declarado en los dos años posteriores.

Entre las operaciones que pueden formar parte de esa reestructuración se encuentran las modificaciones estructurales de sociedades (como la fusión o la escisión), la transmisión de filiales participadas, ramas de negocio o activos, los trasvases dinerarios, las operaciones financieras entre compañías del grupo, los repartos de dividendos etc.

En el supuesto de una posterior situación de insolvencia cercana en el tiempo, con declaración de concurso, cabe plantearse si los actos que formaron parte de esa reestructuración del grupo de empresas familiar pueden considerarse actos perjudiciales para la masa activa y son, por ende, actos susceptibles de ser rescindidos a través del ejercicio de la acción de reintegración regulada en el artículo 71 de la Ley Concursal. Si se declarase el concurso de alguna de las compañías del grupo familiar, entran en juego una serie de intereses diversos que hacen necesario examinar el pasado reciente de la compañía insolvente en cuestión y, en particular, aquellos actos en los que dicha sociedad hubiera intervenido que pudieran haber supuesto un perjuicio para la masa activa del concurso.

Dos son los presupuestos fundamentales que han de concurrir para el ejercicio de una acción de reintegración concursal: (i) que el acto que se pretende rescindir se haya llevado a cabo por el concursado dentro de los **dos años anteriores a la declaración de concurso**; y (ii) que dicho acto sea perjudicial para la masa activa. No es necesario que exista intención fraudulenta.

La doctrina ha aclarado que el concepto de **acto que puede ser objeto de reintegración** debe ser interpretado en sentido amplio, pudiendo tratarse de contratos o negocios de todo tipo, pagos (también por compensación), otorgamiento de garantías, reconocimiento de derechos a favor de terceros, o renuncia de derechos propios, entre otros. Ahora bien, una [sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2016](#) ha establecido que no cabe el ejercicio de acciones de reintegración que tengan por objeto rescindir operaciones que impliquen modificaciones estructurales, por la especial protección que a estas operaciones inscritas le otorga el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales. Existe el riesgo, en tales casos, de que terceros pudieran reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios si el impacto de la operación de modificación estructural supusiera, por ejemplo, la detacción de activos de una sociedad, de manera que sus acreedores no pudieran tener acceso a ellos; pero no podría instarse la ineffectuación de dicha modificación estructural.

En cuanto al **perjuicio patrimonial** o para la masa activa que debe concurrir en los actos del deudor para que sean susceptibles de rescisión, el artículo 71 de la Ley Concursal establece una serie de presunciones de diferente graduación.

De un lado, se presume el perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, cuando: 1) se trate de **actos de disposición a título gratuito** (salvo las liberalidades de uso); o 2) se trate pagos o **actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso**, excepto si contasen con garantía real. Esto quiere decir que cualquier acto o contrato que se lleve a cabo por el deudor en la reestructuración del grupo de empresas familiar, dentro del periodo temporal establecido, sin obtener nada a cambio, puede ser susceptible de ser rescindido en una eventual situación de insolvencia posterior. Especial atención habrán de merecer igualmente los pagos realizados antes de vencimiento.

De otro lado, se presume el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, cuando se trate de los siguientes actos:

1. **Los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.** En este punto cabe recordar que tanto las compañías del grupo, como los administradores y los socios con una participación relevante en la sociedad serán considerados personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a tenor de lo establecido en el artículo 93 de la Ley Concursal. Por eso, cualquier transmisión de negocio, o activos, préstamos, etc. a otras compañías del grupo en sede de una reestructuración del grupo de empresa familiar puede ser una operación examinada en caso de una eventual situación posterior de insolvencia o concurso.
2. **La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.** En caso de eventual concurso posterior, podrá ser examinada, por tanto, cualquier operación de refinanciación de una obligación preexistente del deudor que pueda formar parte de la reestructuración. Nótese, sin embargo, que ni los acuerdos de refinanciación que cumplan con los requisitos del artículo 71 bis de la Ley Concursal ni los acuerdos de refinanciación homologados que se regulan en la Disposición Adicional Cuarta de dicha ley serán rescindibles concursalmente.
3. **Los pagos o extinción de obligaciones con garantía real cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.**

En estos supuestos, al menos, la presunción del perjuicio puede rebatirse acreditando que en realidad no ha habido una pérdida o disminución patrimonial con dichos actos o que tales actos se encuentran justificados. Por ejemplo, podría llegar a desvirtuarse la presunción de perjuicio en el otorgamiento de garantías contextuales por deudas ajena en favor de otras sociedades del grupo familiar si se acredita que dichas garantías otorgan un beneficio patrimonial, siquiera indirecto, con entidad suficiente, al deudor garante (teoría jurisprudencial de las ventajas compensatorias).

Y es que, cuando los actos no encuentran encaje en ninguna de las presunciones establecidas en la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial debe ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. La jurisprudencia entiende que dicho perjuicio se identifica con el concepto de “sacrificio patrimonial injustificado”, que puede consistir tanto en una pérdida o disminución patrimonial, como en supuestos en que no se obtiene un aumento de la masa activa posible y previsible, como en actos que, sin afectar negativamente al patrimonio, alteran la *pars condicio creditorum* (o principio del trato equitativo a los acreedores), siempre que ello carezca de justificación.

Los **efectos de la rescisión** se regulan en el artículo 73 de la Ley Concursal y consisten en la declaración de ineficacia del acto impugnado y la condena a la restitución de las prestaciones objeto de aquel con sus frutos e intereses. El derecho a la prestación que resulte a favor de la contraparte del acto impugnado se considerará crédito contra la masa que habrá de satisfacerse simultáneamente en el momento de la reintegración. Ahora bien, en caso de apreciarse mala fe en el acreedor o contraparte en el acto impugnado, dicho crédito se considerará subordinado y podrá condenarse a dicha contraparte a indemnizar daños y perjuicios causados a la masa activa.

En definitiva, los actos que formen parte de una reestructuración, especialmente si suponen una desinversión de activos, u operaciones intragrupo, en los que no haya equilibrio entre las contraprestaciones o justificación suficiente, podrían llegar a considerarse perjudiciales y ser objeto de análisis a efectos de su posible rescisión en un eventual procedimiento concursal declarado en los dos años posteriores a dicho acto, si alguna de las sociedades del grupo deviene insolvente.

Si la reestructuración colleva algún tipo de acuerdo de refinanciación de pasivos financieros, recuérdese, no obstante, que si aquel se somete a homologación judicial de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, no podrá ser objeto de rescisión.

2. Sentencias, resoluciones y consultas

2.1 Mercantil y Civil

Es válida la convocatoria de junta realizada por varios de los administradores mancomunados

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 424/2019, de 16 de julio

El Tribunal Supremo analiza un supuesto en el que uno de los cinco socios de una sociedad de responsabilidad limitada -el único que no formaba parte del órgano de administración- impugna los acuerdos sociales adoptados por dos juntas generales y pretende la nulidad de las mismas ya que estas fueron convocadas por dos y tres de los cuatro administradores mancomunados de la sociedad, respectivamente, lo cual, en su opinión, contravenía el principio de administración mancomunada.

Siguiendo el mismo criterio de las dos instancias inferiores, el Tribunal Supremo deniega la nulidad de dichas juntas argumentando lo siguiente:

- (i) La facultad de convocar la junta se encuadra dentro del poder de gestión de los administradores, forma parte de una dimensión interna y únicamente afecta al círculo de relaciones entre la sociedad y sus socios, mientras que es el poder de representación aquel que atañe a la dimensión externa y para el cual la ley prevé la mancomunidad.
- (ii) A pesar de no haber sido convocadas por la totalidad de los administradores mancomunados, los no convocantes asistieron a las juntas sin hacer objeción alguna a las convocatorias o a su orden del día, lo que supone para el tribunal un acto concluyente de conformidad con la convocatoria.

La designación de un apoderado general no exime al administrador de la responsabilidad por las deudas sociales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 420/2019, de 15 de julio

La sentencia aborda la responsabilidad por deudas atribuible al administrador único de una sociedad anónima, cuyas trabajadoras, ahora demandantes, son despedidas durante la tramitación de un ERE promovido por el hijo del administrador único, a quien su padre, aquejado de una enfermedad crónica, había otorgado poderes generales para la gestión de la sociedad. Las demandantes reclaman el abono de sus correspondientes indemnizaciones por despido.

El Tribunal Supremo, en contra de la opinión de la audiencia provincial, considera que concurren los presupuestos que dan lugar a la acción de responsabilidad por deudas sociales (i.e. que la sociedad se encontraba incursa en causa legal de disolución, que el administrador dejó transcurrir los plazos legales sin adoptar alguna de las medidas previstas legalmente para remediar dicha situación, y que los créditos de las demandantes -en tanto en cuanto habían sido declarados por una sentencia del orden social con carácter constitutivo- eran posteriores a la fecha del acaecimiento de la causa legal de disolución). Según sostiene el Supremo, el hecho de que las demandantes conocieran la enfermedad del administrador, que, pese a ello, permanecieran en la empresa y que intentaran adquirirla, no exonera a este de su obligación de disolver y liquidar la sociedad cuando concurrió causa legal para ello. Además, para el Tribunal Supremo, el hecho de que el administrador nombrase a su hijo apoderado general tampoco exime de responsabilidad a aquel, ya que si el administrador “conservaba capacidad suficiente para acudir a una notaría para otorgar un poder de representación a favor de su hijo, también la conservaba para un acto tan sencillo como lo es la convocatoria de una junta general”.

Se puede aplicar el derecho de separación de un socio cuando una modificación de los estatutos sociales incluya la libre transmisión de participaciones a favor de sociedades controladas por los socios o sus familiares

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4^a, número 1022/2019, de 17 de julio

Un socio de una sociedad de responsabilidad limitada presenta una demanda en la que solicita que se declare su derecho de separación con base en una modificación del régimen de transmisión de participaciones sociales consistente en pasar de considerar limitada toda transmisión, excepto la realizada a favor de familiares, a permitirse toda transmisión a favor de estos, de las sociedades controladas por un socio o por sus familiares, la realizada a favor de otro socio y aquellas otras que

fueran aprobadas por la junta general. Por su parte, la sociedad demandada entiende que no existe un derecho de separación del socio porque la modificación acordada no supone una modificación sustancial del régimen de transmisión de participaciones sociales (ya que el objeto de la modificación es la transmisión libre a favor de sociedades controladas por los socios originarios o sus familiares).

La Audiencia Provincial sentencia a favor del socio demandante al entender que, efectivamente, el acuerdo adoptado por la junta general de la demandada supone una modificación sustancial del régimen de transmisión de las participaciones sociales ya que, a pesar de que las sociedades mercantiles se encuentren participadas por los mismos socios originarios, esa participación podría desaparecer en cualquier momento sin ninguna posibilidad de control para el demandante ni sus socios, pues esa transmisión estaría regida por los estatutos sociales de la sociedad controlada.

La aceptación tácita de la herencia impide al administrador de la herencia yacente ejercitar los derechos de socio de la entidad mercantil

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a, número 66/2019, de 31 de mayo

La Audiencia Provincial de Madrid analiza un supuesto de falta de capacidad procesal en el ejercicio de la acción social de responsabilidad por un heredero universal en el ámbito de la empresa familiar. Una vez fallecido el socio de una entidad mercantil, su heredera universal, actuando en nombre de la herencia yacente, interpone una demanda en ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el administrador único de dicha sociedad que, a su vez, también es heredero (de la legítima estricta).

La Audiencia Provincial apunta que la herencia yacente, en cuanto patrimonio relicto pendiente de titular, a pesar de carecer de personalidad jurídica, tiene capacidad procesal, pudiendo comparecer en juicio por medio de quienes la administren que, a falta de nombramiento de administrador, corresponderá a los llamados a la herencia (Sentencia del Tribunal Supremo 387/2000, de 11 de abril). Sin embargo, apunta el tribunal que dicha facultad puede ejercitarse siempre que el llamado no hubiese aceptado expresa o tácitamente la herencia puesto que, en ese caso, la actuación ya no sería en nombre de la herencia yacente sino en nombre propio y en su condición de heredero.

En el caso objeto de enjuiciamiento, el tribunal considera que la herencia fue aceptada tácitamente, no solo porque la llamada a la herencia ofreció la venta de las participaciones sociales, sino porque, además, el ejercicio de la acción social de responsabilidad no puede considerarse un mero acto de administración o conservación del caudal hereditario cuando no sea apreciable la necesidad de reacción urgente para evitar el deterioro de las acciones y participaciones sociales por consecuencia de esa gestión.

En este caso se trata de una asunción de la condición de heredero (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 5275/2206, de 17 de mayo), lo que supone que la demandante no tenga capacidad procesal para ejercitar la acción en beneficio de la herencia yacente, pues tras la aceptación esta ya no existe.

La adquisición preferente por transmisión ‘mortis causa’ de participaciones sociales no tiene efectos frente a la sociedad hasta que se produzca el pago al heredero

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de julio de 2019

¿Qué ocurre si, fallecido un socio, los socios sobrevivientes ejercitan un derecho de adquisición preferente estatutario sobre las participaciones sociales de aquel, cuando estas han sido adjudicadas a la herencia a la que tienen derecho los hijos del fallecido? ¿Pueden acudir los herederos a la junta general de la sociedad en calidad de socios? ¿Tiene alguna consecuencia el hecho de que los socios sobrevivientes no hayan abonado al tiempo de la celebración de la junta general el importe debido por las participaciones sociales objeto del referido derecho de adquisición preferente?

Con base en el régimen estatutario de transmisión *mortis causa* -que disponía que “la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio” y que, no obstante, “los socios sobrevivientes tendrán un derecho de preferente adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor real que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado”- y atendiendo a una interpretación finalista de la Ley de Sociedades de Capital, la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) acaba concluyendo que, siempre que el ejercicio del derecho de adquisición preferente no se haya consumado mediante el pago al socio heredero o legatario del valor de sus participaciones sociales, la condición de socio la ostentan los herederos del socio fallecido.

Por otra parte, la DGRN recuerda que, pese a que el cese de uno de los administradores mancomunados o su nombramiento pueden ser acordados por la junta general sin necesidad de que tales puntos figuren en el orden del día, la junta no puede cambiar la estructura del órgano de administración sin que figure este extremo en el orden del día. Lo que debe hacer la junta general para evitar la paralización o acefalia de la sociedad es nombrar otro administrador mancomunado.

Los estatutos sociales pueden incluir la posibilidad de convocar la junta general por correo electrónico

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de julio de 2019

Poco a poco, es más habitual acudir a las nuevas tecnologías para gestionar las relaciones entre socios o accionistas, o entre estos y la sociedad. Por ello, las sociedades de capital deben prestar especial atención a las pautas que establece la doctrina y jurisprudencia en pleno apogeo tecnológico.

Sirva de ejemplo en este sentido el criterio sentado por la DGRN en la presente resolución, donde acepta la incorporación a los estatutos sociales de una sociedad limitada de la posibilidad de que la convocatoria de la junta general se realice por correo electrónico con confirmación de lectura “teniendo en cuenta que la negativa de confirmación a la petición de lectura del envío del correo de convocatoria producirá los efectos de la misma siempre que no hubiera sido devuelto por el sistema”.

Concluye que este último inciso de la disposición únicamente puede entenderse como una vía para que, acreditada en la forma pactada la remisión y recepción de la comunicación telemática, prevalezca tal procedimiento sobre la actitud obstrucciónista del socio que se niegue a dicha confirmación de lectura, de suerte que en tal caso incumbirá al socio la prueba de la eventual falta de convocatoria.

2.2 Tributario

El Tribunal Supremo se pronunciará sobre la tributación en ITP o ISD en la consolidación del dominio por fallecimiento del usufructuario cuando el desmembramiento de la propiedad tuvo carácter oneroso

Auto del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2019

En este supuesto se produce un desmembramiento de la propiedad de carácter oneroso sobre determinado bien: el usufructo es adquirido por un padre y la nuda propiedad por su hijo. Como consecuencia del fallecimiento del padre, en esta sentencia se discute la tributación de la consolidación del dominio sobre este bien que se produce en su hijo (heredero).

La sentencia recurrida en este caso, del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, estima que esta consolidación del dominio debe tributar por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (ITP) y no por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), dado que el desmembramiento del dominio tuvo carácter oneroso y no lucrativo.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha consideró, para un caso similar, que esta consolidación del dominio debe tributar por el ISD.

Ante la existencia de pronunciamientos contradictorios, el Tribunal Supremo aprecia interés casacional y establecerá jurisprudencia sobre cómo debe tributar esta consolidación del dominio.

El Tribunal Supremo decidirá si el pago del usufructo que le corresponde por legado al cónyuge del fallecido, con bienes en plena propiedad, tributa por ISD o por ITP

Auto del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2019

En este caso se produce un fallecimiento en el que el causante legó en testamento a su viuda el usufructo de los bienes de la herencia e instituyó herederos a sus descendientes por partes iguales, todo ello de acuerdo con el Código Civil de Cataluña.

Se produce una conmutación entre usufructuarios y nudopropietarios del legado de usufructo, mediante la entrega en pleno dominio a la viuda de la mitad indivisa de determinados inmuebles. Según el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la conmutación se entiende realizada tras la adquisición del derecho de usufructo por la viuda, por lo que constituye un negocio jurídico al margen de la herencia que debe tributar por Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

El Tribunal Supremo se pronunciará sobre si este es el criterio correcto o si, por el contrario, la conmutación debe tratarse como una operación de consolidación del dominio sometida al ISD.

La reducción del 60% sobre los rendimientos derivados del arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda, ¿aplica solo sobre los rendimientos declarados o también sobre los regularizados por la Administración?

Auto del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2019

Tras un procedimiento de verificación de datos en el IRPF, la Administración dictó liquidación regularizando rendimientos de capital inmobiliario procedentes del arrendamiento de vivienda que no habían sido declarados por el contribuyente.

En esta liquidación denegó la aplicación de la reducción del 60% del rendimiento neto positivo del arrendamiento, prevista en el IRPF, a los rendimientos regularizados.

La Administración fundamentó su criterio en que la aplicación de la reducción requiere que los rendimientos hayan sido declarados previamente por el contribuyente.

En este caso, el Tribunal Supremo considera que existe interés casacional en precisar el alcance de la expresión “rendimientos declarados por el contribuyente” de la Ley del IRPF. Es decir, se pronunciará sobre si la aplicación de la reducción requiere que los rendimientos hayan sido declarados voluntariamente por el propio contribuyente.

Las inversiones financieras no dispuestas desde la última promoción inmobiliaria no son activos afectos para la aplicación del régimen de empresa familiar en el ISD

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 13 de marzo de 2019

En este caso, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña analiza la aplicación de la reducción de empresa familiar en el ISD a la adquisición sucesoria de las participaciones en una sociedad inmobiliaria cuyo activo está compuesto mayoritariamente por activos financieros a corto plazo.

La cuestión fundamental es comprobar si las citadas inversiones financieras son un activo necesario para la actividad empresarial de la sociedad. El tribunal admite que la afectación es un elemento que debe ser probado, y que deberá ser el contribuyente quien acredite la necesidad de estas inversiones financieras temporales en la realización de la actividad de la compañía.

En el presente caso, considera el tribunal que, en tanto en cuanto los activos financieros no han sido dispuestos para la realización de una actividad económica desde la última promoción de edificaciones realizada por la sociedad, no pueden considerarse afectos a su actividad empresarial.

No se aplica la exención de empresa familiar en el IP al préstamo participativo otorgado por una persona física a una sociedad

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia de 8 de marzo de 2019

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estima que la exención de empresa familiar prevista en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP) se aplica a las participaciones en el capital de la sociedad prestataria y no a los préstamos participativos otorgados a esta. Argumenta la sentencia que ello se debe a que estos préstamos no constituyen títulos representativos del capital y no atribuyen a su titular ni la condición de socio ni los derechos que le son inherentes.

Razona el tribunal que, a pesar de que la participación en la titularidad del capital de una entidad y los préstamos participativos concedidos a esta guardan ciertas similitudes mercantiles y contables, no puede admitirse la aplicación analógica de la exención prevista para las participaciones en el patrimonio de una sociedad a los préstamos participativos.

Para aplicar la reducción de empresa familiar en el ISD, las funciones directivas únicamente pueden realizarse por quienes ostentan legalmente la condición de administrador

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia de 24 de enero de 2019

En este supuesto se analiza el caso de una sociedad en la que existe un administrador único, el padre, que no es retribuido. Los descendientes, tres hijos, ostentan el cargo de directores de diferentes departamentos (comercial, post-venta y administración) y dos de ellos tienen concedidos poderes limitados de representación de la compañía.

En su sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda, en primer lugar, que la dirección y la remuneración por el ejercicio de funciones directivas para la aplicación del régimen de empresa familiar en una sucesión, son condiciones acumulativas que deben concurrir en el mismo sujeto pasivo, con independencia de que todas las personas del grupo de parentesco tengan derecho a la exención.

Sentado lo anterior, el tribunal estima que las funciones propiamente directivas implican las facultades de tomar por sí decisiones primordiales sobre el negocio familiar y de vincular con sus actos a la sociedad frente a terceros en ejercicio de un poder de representación. Estas facultades, continúa la sentencia, que además arrastran como contrapartida unos especiales deberes, únicamente son apreciables en quienes ostentan legalmente la condición de administrador social, sea cual sea su concreta denominación, pero no se extienden a otros miembros o empleados de la empresa por más decisiva que sea en la práctica su colaboración.

Considera el tribunal que la cualidad de meros apoderados de los miembros del grupo de parentesco, en este caso los descendientes, y su no pertenencia al órgano de administración es prueba de que su intervención era secundaria o accesoria en el ejercicio efectivo de funciones directivas y por lo tanto no considera probado el cumplimiento del requisito de realización de funciones directivas para la aplicación de la reducción de empresa familiar.

El reparto de dividendos con cargo a reservas tras un fallecimiento califica a las inversiones financieras como activos no afectos

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 13 de diciembre de 2018

En el presente supuesto se analiza la afectación a la actividad económica hotelera de diferentes activos de la sociedad, a los efectos de aplicar la reducción de empresa familiar en el ISD a la adquisición mortis causa de una compañía.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que las inversiones financieras temporales existentes en el momento del fallecimiento no tienen la calificación de activo afecto en tanto en cuanto la entidad repartió dividendos con cargo a reservas en los ejercicios siguientes a la defunción por un importe similar al de los citados activos financieros.

Una deuda no reclamada no se entiende condonada a efectos del ISD hasta el vencimiento del plazo de prescripción para su reclamación

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia de 15 de noviembre de 2018

La Administración Tributaria practicó liquidación por el ISD, en su modalidad de Donaciones, al considerar que el préstamo impagado que una sociedad mercantil mantenía con el recurrente, persona física, estaba condonado.

El recurrente alega que la sociedad prestamista sigue reflejando en su contabilidad los importes pendientes de pago y adicionalmente alega que no puede entenderse condonado el crédito en tanto que aún no ha prescrito la acción de reclamación, que ni siquiera ha sido entablada por la compañía.

Por el contrario, la Administración entiende que al no reclamarse judicialmente los pagarés impagados en un tiempo “prudencial”, se debe entender que nos encontramos ante una deuda condonada. Además entiende que el cómputo del plazo de prescripción para liquidar la donación debe realizarse desde el momento en el que la Inspección pudo tener conocimiento de la condonación.

El tribunal dictamina, por un lado y en línea con la argumentación del contribuyente, que no se puede entender una deuda condonada por el mero hecho de no ser reclamada en el día de vencimiento, puesto que lo que nace el día de impago es la acción para reclamar judicialmente el pago. Por otra parte, establece el tribunal que, en consecuencia, el devengo del ISD en la condonación debe entenderse producido en el momento del vencimiento del plazo de prescripción de la acción de reclamación del pago.

La aportación a título gratuito de un bien privativo de un cónyuge a la sociedad ganancial no implica para el cónyuge beneficiado una donación

Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Sentencia de 25 de octubre de 2018

La Administración Tributaria consideró que la aportación a título gratuito de una finca que realizó uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales constituía una donación al otro cónyuge de la mitad del valor de la finca aportada, emitiendo la correspondiente liquidación por el ISD.

El TSJ de Murcia no comparte el criterio de la Administración y, en referencia a pronunciamientos anteriores del mismo tribunal, establece que la aportación a la comunidad ganancial realizada por un cónyuge no beneficia al otro cónyuge, sino al patrimonio separado que es la comunidad de gananciales. En todo caso, la sentencia establece que habrá que atender al momento de la disolución de la comunidad de gananciales para determinar la variación de patrimonio que se produce en los cónyuges.

Por tanto, concluye el tribunal, en este caso no procede la liquidación practicada al cónyuge no aportante por el concepto de donaciones.

La normativa del IP no prohíbe utilizar los balances consolidados para calcular el importe de la exención de empresa familiar

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 29 de marzo de 2019

El TSJ de Cataluña resuelve varias cuestiones relativas a la aplicación de la exención de empresa familiar en el IP.

Entre ellas, el tribunal establece que la normativa no prohíbe la utilización de los balances consolidados para cuantificar el porcentaje entre los activos necesarios menos las deudas derivadas de la actividad y el patrimonio neto de las actividades (es decir, para cuantificar el alcance de la exención en el IP).

Además, en este caso, la sentencia establece que estos balances consolidados aparecen, dada la complejidad de las estructuras societarias, como más adecuados para conocer la situación patrimonial de las empresas.

El TSJ de Extremadura avala una sanción impuesta por la presentación extemporánea del modelo 720

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sentencia de 11 de julio de 2019

Una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura considera que una sanción impuesta a un contribuyente por la presentación extemporánea del modelo 720 no fue desproporcionada, teniendo en cuenta el valor de los bienes y el extenso retraso.

El tribunal entiende que, pese a existir un [expediente abierto frente a España por parte de la Comisión Europea](#) relativo a las sanciones del modelo 720, dicho expediente se centra en aquellas sanciones que puedan resultar desproporcionadas y abusivas y que ello obliga, al haber cobertura legal para dichas sanciones, a determinar si la normativa española pugna con los tratados y la normativa europea, en términos de proporcionalidad.

En el supuesto enjuiciado, la presentación tardía del modelo 720 fue sancionada con 5.800 euros. Se argumenta que la sanción no es desproporcionada atendiendo al tiempo excesivo de tardanza en la presentación del modelo, al número de acciones, a su valor y a las entidades depositarias de las mismas. Estas razones llevan a concluir al tribunal que la normativa sancionadora estatal no es contraria a la normativa comunitaria, por lo que no es necesario plantear una cuestión prejudicial.

Respecto a la culpabilidad del contribuyente, el TSJ entiende que resulta palmaria, al entender que una persona con bienes en el extranjero de unas cantidades elevadas se debe encontrar asesorada en sus obligaciones tributarias.

Ante un supuesto muy similar se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en sentencia de 18 de julio de 2019, de forma prácticamente idéntica, con cita expresa a la sentencia analizada de 11 de julio. En esta nueva resolución añade que, a la vista de la declaración, y atendiendo a que las acciones y valores corresponden a entidades situadas en países como Luxemburgo o Irlanda, el contribuyente contaba con conocimientos económicos superiores a los de un ciudadano medio y que, por tanto, se puede presumir su culpabilidad.

Un residente en un país tercero a la UE y al EEE no puede aplicar la normativa del IP de la comunidad autónoma donde radican los inmuebles

Dirección General de Tributos. Consulta V0676-19 de 27 de marzo de 2019

La Dirección General de Tributos (DGT) analiza un caso en el que un residente en México es propietario de una serie de inmuebles ubicados en Madrid.

En la medida en que la residencia fiscal del contribuyente se encuentra fuera de la Unión Europea (UE) y del Espacio Económico Europeo (EEE), será considerado sujeto pasivo del IP por obligación real.

De acuerdo con el criterio de la DGT, en este caso resultaría de aplicación exclusivamente la legislación estatal del impuesto, no pudiendo aplicar la normativa autonómica, en este caso, de la Comunidad de Madrid.

La DGT entiende que la aplicación de lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta de la Ley del IP, que regula el derecho a optar por la normativa de la comunidad autónoma donde radique el mayor importe de los bienes, no se extiende a los contribuyentes residentes fiscales fuera de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

En este mismo sentido se ha pronunciado la DGT en su consulta vinculante de 1 de abril de 2019.

Aplicación de la normativa autonómica del ISD en una donación a un contribuyente que lleva residiendo en España menos de dos años

Dirección General de Tributos. Consulta V1255-19 de 3 de junio de 2019

La DGT estudia un supuesto en el que se va a realizar una donación de efectivo en 2019 por parte de una madre a su hija que ha residido en México de 2011 hasta mayo de 2018, momento en el que traslada su residencia a Madrid.

Una vez se ha determinado que la contribuyente del impuesto es residente fiscal en España, la exacción del impuesto no le corresponderá al Estado, sino a la Comunidad Autónoma en la que la donataria haya permanecido mayor número de días de los cinco años inmediatos anteriores.

A estos efectos, la DGT concluye que para ser residente en una Comunidad autónoma, en este caso la Comunidad de Madrid, y poder aplicar su normativa autonómica, no es necesario que la donataria haya pasado la mitad más uno de los días de los últimos cinco años en dicha Comunidad Autónoma, sino que es suficiente con que no haya otra en la que haya permanecido un mayor número de días.

Las rentas derivadas de la venta de participadas computan como beneficios no distribuidos

Dirección General de Tributos. Consulta V0999-19 de 8 de mayo de 2019

En oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la DGT considera que las rentas procedentes de la transmisión de la participación en una sociedad filial se asimilarán a los dividendos percibidos de esa filial a los efectos de la aplicación de la “regla de los 10 años” en el IP.

Es decir, podrán no computarse como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos, entre otros, como consecuencia de la transmisión de la participación en una sociedad filial, siempre que los beneficios se hayan obtenido en el propio año o en los últimos 10 años anteriores y se cumplan el resto de requisitos previstos para la entidad participada en la normativa.

El régimen de neutralidad fiscal en el IS no aplica cuando el motivo principal es permitir una posterior donación de participaciones con una fiscalidad más ventajosa

Dirección General de Tributos. Consulta V1340-19 de 10 de junio de 2019

La DGT analiza un caso en el que los consultantes, como consecuencia de la realización de una operación de canje de valores a la que se le aplicó el régimen de neutralidad fiscal previsto en la ley del Impuesto sobre Sociedades, recibieron participaciones en una sociedad *holding* cuya nuda propiedad se va a donar.

Manifiesta la DGT que si el motivo principal de la operación de canje fue permitir una fiscalidad en la donación de la *holding* más ventajosa que la que hubiera resultado de haberse realizado la donación de las participaciones aportadas a la *holding*, este hecho puede llevar a negar la inexistencia de un motivo económico válido en la operación de canje de valores y, por tanto, la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal.

La DGT aclara cuándo deben considerarse cumplidos los requisitos para aplicar el régimen de empresa familiar en una donación

Dirección General de Tributos. Consulta V1483-19 de 20 de junio de 2019

Se plantea la cuestión sobre qué período impositivo debe tomarse como referencia a los efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos para la aplicación de la reducción en el ISD en la transmisión inter vivos de unas participaciones en una sociedad.

La DGT manifiesta que, para el caso de transmisiones inter vivos, el ISD se devenga el día en que se perfecciona la donación, por lo que será dicha fecha la que se tome en consideración a los efectos de analizar el cumplimiento de los requisitos para la aplicación de la reducción de empresa familiar en el ISD.

No obstante, continúa argumentando la DGT, como consecuencia de las remisiones que la normativa realiza al IP y al IRPF, deben conciliarse los distintos devengos de los tres impuestos.

Así, en lo que se refiere al IP, al tratarse de un impuesto instantáneo deberán analizarse el cumplimiento de los requisitos el día de devengo del ISD (día en que se perfecciona la donación), con independencia de los anteriores devengos del IP.

En el caso del IRPF, al tratarse de un impuesto cuyo periodo impositivo no se interrumpe con ocasión de la donación, a diferencia de lo que ocurre en las transmisiones mortis causa, se deberá considerar el último periodo impositivo anterior a la donación.

Más información: Departamento Empresa Familiar

Síguenos:



GARRIGUES

Esta publicación contiene información de carácter general,
sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© J&A Garrigues, S.L.P., quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación,
reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra,
sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

Hermosilla, 3
28001 Madrid España
T +34 91 514 52 00 - F +34 91 399 24 08

www.garrigues.com

